

ОСНОВИ КРИВИЧНОГ ПРАВА КРАЉЕВИНЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ, 1935.

Садржај

У В О Д

§ 1. Предмети увода

ГЛАВА I

Кривично право и Наука кривичног права

§ 2. Појам кривичног права

§ 3. Извори кривичног права Краљевине Југославије

§ 4. Страни кривични законици. Рад на интернационалној унификацији кривичног законодавства (удружења, конгреси и конференције). Израда светског пројекта кривичног законика

§ 5. Појам и систематика Науке кривичног права (принципи Науке Кривичног права)

§ 6. Остале кривичне науке. Помоћне науке Науци Кривичног права

ГЛАВА II

Историја кривичног права и Науке кривичног права

§ 7. Историјски развитак кривичног права у опште (његови општи принципи или општи део)

§ 8. Историја римског кривичног права. Византијско и канонско кривично право

§ 9. Историја француског кривичног права

§ 10. Историја немачког кривичног права

§ 11. Историја српског и осталог југословенског кривичног права

§ 12. Историја постанка српског Кривичног законика

§ 13. Рад на реформи кривичног законодавства на страни

§ 14. Рад на реформи кривичног законодавства у Краљевини Србији и у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца, Југославији

§ 15. Историја Науке кривичног права (Кривичног права)

ОДЕЉАК I

Кривично дело

УВОД

- § 16. Појам (формални и материјални) кривичног дела
- § 17. Објекат кривичног дела
- § 18. Тројна деоба кривичних дела (кривичних дела – криваца)
- § 19. Политичка кривична дела и остале деобе кривичних дела
- § 20. Систематика учења о кривичном делу

ОДСЕК I

Обележја кривичног дела

ГЛАВА I

*Кривично дело као проузроковање (scil. извесне последице)
људском радњом (као људско дело)*

- § 21. Предмет I главе (саставни делови проузроковања људском радњом)
- § 22. Људска радња
- § 23. Последица
- § 24. Узрок (проузроковање)
- § 25. Теорије о узроку
- § 26. Теорија узрочног разликовања услова према природи њихових последица и времену кад су испуњени
- § 27. Узрочност нечињења
- § 28. Врсте људске радње. I Радња извршења
- § 29. Врсте људске радње. II Подстрекавање
- § 30. Врсте људске радње. III Помагање
- § 31. Радња извршења, подстрекавање и помагање с гледишта узрочности
- § 32. Место и време кривичног дела

ГЛАВА II

*Кривично дело као противправно проузроковање (scil. извесне последице)
људском радњом (као противправно дело)*

- § 33. Појам противправности

- § 34. Противправност нечињења
- § 35. Основи искључења противправности (основи непротивправности)
- § 36. Нужна одбрана
- § 36. Нужна одбрана. Напад
- § 36. Нужна одбрана. Одбијање напада
- § 37. Пристанак повређеног
- § 38. Самоповреда
- § 39. Остали основи искључења противправности

ГЛАВА III

*Кривично дело као у казненом закону предвиђено проузроковање
(scil. извесне последице) људском радњом (као у казненом
закону предвиђено дело)*

- § 40. Појам предвиђености у казненом закону
- § 41. Појам казног и кривичног закона
- § 42. Тумачење казних и у опште кривичних закона. Аналогија
- § 43. Важење казних и у опште кривичних закона у погледу времена
- § 44. Важење казних и у опште кривичних закона у погледу места (просторно). Међународно кривично право
- § 45. Издавање (екстрадиција). Међународно кривично право (наставак)

ГЛАВА IV

*Кривично дело као условима инкриминације одговарајуће проузроковање
(scil. извесне последице) људском радњом (као условима инкриминације
одговарајуће дело)*

- § 46. Појам услова инкриминације
- § 47. Приватна тужба
- § 48. Одобрење и предлог

ОДСЕК II

Јединство кривичног дела с гледишта кажњивости

ГЛАВА I

Јединство кривичног дела с гледишта кажњивости и поред правне (законске) вишине кривичних дела

§ 49. Идеални стицај кривичних дела (и криваца)

ГЛАВА II

Јединство кривичног дела и с гледишта кажњивости и правно (кривично дело састављено из више проузроковања [из више дела] са више људских радњи и трајно)

§ 50. Сложено кривично дело (и кривац)

§ 51. Продужено кривично дело (и кривац)

§ 52. Колективно (укупно) кривично дело (и кривац)

§ 53. Кривична дела, код којих је равнодушно, да ли су састављена из једног или из више проузроковања и према томе, колико је пута извршилац кривац

§ 54. Трајно кривично дело и кривично дело стања (и кривци)

Сит. 343

Д. ПЕ

ОСНОВИ
КРИВИЧНОГ ПРАВА

КРАЉЕВИНЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ

ОПШТИ ДЕО

ОД

Др. ТОМЕ ЖИВАНОВИЋА

РЕД. ПРОФЕСОРА КРИВИЧНОГ ПРАВА НА УНИВЕРЗИТЕТУ У БЕОГРАДУ

І. КЊИГА

(Увод. — І. Кривично дело).

1.—3. ПОТПУНО ПЕРЕАЂЕНО И ЗНАТНО ДОПУЊЕНО ИЗДАЊЕ

БЕОГРАД

1 9 3 5

II 809/jc
MOBIL



Успомени своје драге мајке и учитељице

СТАНИЈЕ (НИНЕ) ЖИВАНОВИЋ

посвећује ово своје дело

ПИСАЦ.

ПРЕДГОВОР

Основи Кривичног права, Општи део, објављени у наслову на Кривични законик *Краљевине Србије*, 1910 у првом изд., 1922 у другом, појављују се овде пре свега потпуно прилагођени новом Кривичном законнику (од 29. јануара, 1929), дакле као Основи Кривичног права *Краљевине Југославије*.

Но они се сада појављују и као теоријски изнова потпуно прерађени. То је имало за нужну консеквенцу њихово знатно повећање (нарочито у примедбама, које сада заузимају знатан део књиге).

Уз то је свуда унета *историја*.

Они излазе сада дакле као Основи Кривичног права *Краљевине Југославије* у *Првом* издању. Као *шеорейски* пак рад они су у *шрећем* издању. То је наглашено у наслову књиге (1.—3. изд.).

Ново издавање Основа Кривичног права смо отпочели с *Посебним* делом, и то с његовом II. књигом, чија је прва свеска изашла 1933 (у 14 шт. табака). Свеска друга (крај) је у току штампе.

Општи део је подељен у 2 књиге (1. књ.: Увод — I. Кривично дело; 2. књ.: II. Кривац. — III. Кривична санкција).

Ослонац Општег дела Основа су *Основни проблеми Кривичног права* (*виши* Општи део Кривичног права), који су у потпуном издању (прво 1910), изашли на француском 1929, на српском 1930.

Како је штампање Општег дела, почело пре две године, појавило се је потребним, да се на крају додаду извесне допуне.

Београд, 14. маја, 1935.

Др. Тома Живановић.

ИЗ ПРЕДГОВОРА КА 1. ИЗДАЊУ

Темељ Основа Кривичног права положен је у Основним проблемима. Ту су утврђени елементи три основна појма Кривичног права: кривичног дела, кривца и казне, од којих је претпоследњи од писца конструисан на супрот општој теорији, која погрешно сматра као основне кривично-правне појмове само кривично дело и казну. С обзиром на пишчеву трихотомiju основних кривично-правних појмова Основи су, за разлику од осталих система Кривичног права, подељени у три одељка: Одељак I кривично дело, одељак II кривац, одељак III казна.

Конструисање појма кривца као самосталног основног појма Кривичног права има за последницу измену било у суштини било у појединостима многих учења његовог Општег дела. Тако наука о радњи, саучешћу, покушају, „условима кажњивости“, „личним основима искључења казне“, продуженом и колективном кривичном делу и многе друге добиле су у Основима сасвим нов облик, и у том извођењу закључака из трихотомije основних појмова лежала је највећа тешкоћа при изради истих.

Београд, 1. маја, 1910.

ДЕЛА И ЧАСОПИСИ СКРАЂЕНО ЦИТИРАНИ.

Домаћа књижевност:

- Авакумовић: Авакумовић* Теорија Казненог права 1887—1891.
Пешироновић: Пешироновић Основи Логике 1932.
Ценић: Ценић Објашњење Казнителног законика 1866.
Мотиви: Мотиви уз пројекат с. к. з. (Марковић и др.).
Објашњење: Кратко објашњење с. к. з. пројекта к. з. 1933.
Арх.: Архив за правне и друштвене науке, орган Правног факултета.
Б.: Браич, орган Адвокатског удружења.
П. г.: Полицијски Гласник, орган Министарства Унутрашњих дела.
Полиција: Полиција, час. за упр.-пол. и суд. праксу.
Пор.: Порота, часопис за правне науке.
Правни.: Правник, часопис за правне науке.
Срп. правн.: Српски правник, часопис за правне науке.
Ѕиловић—Франк: Ѕиловић (уз сарадњу *St Franka*) *Kazneno pravo, Opći deo* 1929.
Јанка—Ѕиловић: Јанка *Kazneno Pravo, priredio J. Ѕilović* 1908 (4. изд.).
Доленс: Dolenc *Tumač Krivičnog zakonika* 1930.
М.: Мјесећник (правничкога друштва у Загребу).
Новаковић Д. з.: *Св. Новаковић* Законик Стефана Душана 1898.
Новаковић Сп.: *Св. Новаковић* Законски споменици српских држава средњег века 1912.
Тарановски: Тарановски Историја српског права у немањинској држави, II. Историја кривичног права 1931.
Соловјев З. Д.: *Соловјев* Законодавство Стефана Душана 1928.
Соловјев Сп.: *Соловјев* Одабрани споменици српског права 1926.
Долаичићев: Долаичићев Наказателно право (Општа част) 1933.
Живановић Правна филозофија: Систем синтетичке Правне филозофије I 1921.
Основни проблеми: Живановић Основни проблеми Кривичног права 1930.
Основни проблеми Етике: Живановић Основни проблеми Етике (Филозофије моралне) 1935.
Војно кривично право: Живановић Основи војног Кривичног права, Општи део, 1924.
Иступи: Живановић Иступи из Кривичног законика (објашњење 3. части) 1925 (2. изд.).
К. з. или к. с. п.: *Живановић* Кривични законик и поступак с кратким објашњењем 1930.
Дуалистич: Живановић Дуалитет кривичних санкција (прист. ак. бес. 1926) Глас Срп. краљ. академије CXVIII, 2. р., 65 (посебно одшт. 1928).
Живановић Административно право: Административно право Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца (обј. у Народној енциклопедији 1925, стр. 17—30).

Француска књижевност:

- Chauveau—Hélie: Chauveau и Hélie* *Théorie du Code pénal* 1887 (6. изд.).
Boitard—Mesnard *Leçons de droit criminel* (13. изд.).
Cuche: Cuche *Précis de Droit criminel* 1926.
Garçon: Garçon *Code pénal annoté* 1901—1906.
Garraud: Garraud *Précis de Droit criminel* 1926 (14. изд.).
Garraud *Traité de Droit pénal français* 1913—1924 (3. изд.).
Degois: Degois *Traité élémentaire de Droit criminel* 1922 (2. изд.).

- Haus*: *Haus* Principes généraux du Droit pénal belge 1879 (3. изд.).
Lainé: *Lainé* Traité élémentaire de Droit criminel 1879.
Laborde: *Laborde* Cours de Droit criminel 1898 (2. изд.).
Molinier-Vidal: *Molinier-Vidal* Traité théorique et pratique de Droit pénal 1894.
Ortolan: *Ortolan—Desjardin* Eléments du Droit pénal 1886 (5. изд.).
Prins: *Prins* Science pénale et droit positif 1899.
Rossi: *Rossi—Hélie* Traité de Droit pénal 1855 (2. изд.).
Roux: *Roux* Cours de Droit criminel français I (Droit pénal) 1927 (2. изд.).
Vidal—Magnol: *Vidal—Magnol* Cours de Droit criminel 1927 (7. изд.; 8. изд. 1935 [по Трипартицији прерађено] неузето у обзир).
Villey: *Villey* Précis d'un cours de Droit criminel 1891 (5. изд.).
R. int.: Revue internationale de Droit pénal (organe de l'Association internationale de Droit pénal) Paris (od 1924).
R. pén.: Revue pénitentiaire et de Droit pénal.

Немачка књижевност:

- v. Bar*: *v. Bar* Gesetz und Schuld im Strafrecht 1906—1909.
Beling: *Beling* Die Lehre vom Verbrechen 1906.
Beling (одн *v. Lil.*) *Heft* 1: Strafrechtliche Abhandlungen, herausgegeben von *H. Bennecke*; vom 15. Heft ab von *Beling*; vom 68. Heft ab von *v. Lillenthal*.
Berner: *Berner* Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1898 (18. изд.).
Binding: *Binding* Handbuch des deutschen Strafrechts 1 1885.
Binding Normen: *Binding* Die Normen und ihre Uebertretung 1 1890 (2. изд., 3. изд. 1916), 2 1877 (2. изд. 1914 и 1916), 3 1918, 4 1919/20.
Binding Grundriss: *Binding* Grundriss des deutschen Strafrechts 1907 (7. изд.).
Birkmeyer: *Birkmeyer* Das Strafrecht у његовој Enzyklopädie der Rechtswissenschaften 1904 (2. изд.).
v. Buri: *v. Buri* Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuch. Gesammelte Abhandlungen 1894.
Finger: *Finger* Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1 1904.
Frank: *Frank* Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 1931 (18. изд.).
G A: *Goldammers* Archiv für Strafrecht.
Geyer: *Geyer* Grundriss 1884—1885.
G S: Gerichtssaal.
Haftler: *Haftler* Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts 1926.
Hälschner: *Hälschner* Das gemeine deutsche Strafrecht 1 1881, 2 1884—1887.
H H: *v. Holtzendorff* Handbuch des deutschen Strafrechts 1871—1877.
J K V.: Internationale kriminalistische Vereinigung.
Kohler: *Kohler* Studien aus dem Strafrecht 1890.
Köhler: *Köhler* Deutsches Strafrecht, Allg. Teil 1917.
Liepmann: *Liepmann* Einleitung in das Strafrecht 1900.
v. Lillenthal: *v. Lillenthal* Grundriss 1908 (3. изд.).
v. Lil. *Heft*: Strafrechtliche Abhandlungen. B. *Beling*.
v. Liszt: *v. Liszt* Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1919 (21. и 22. изд.).
v. Liszt Aufsätze: *v. Liszt* Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge 2 књ. 1905.
v. Liszt—Schmidt: *v. Liszt* Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1927 (изд. 23. и сл. од *Schmidt-a*), 25. изд. 1927 (26. изд. 1932 [неузето у обзир]).
Löning: *Löning* Grundriss 1885.
Merkel: *Merkel* Lehrbuch des Strafrechts 1889.
Meyer-Allfeld: *Meyer* Lehrbuch des deutschen Strafrechts (изд. 6. и сл. од *Allfeld-a*) 8. изд. 1922 (9. изд. 1934 недовршено [неузето у обзир]).
M. E. Mayer: *M. E. Mayer* Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts 1915.
Mezger: *Mezger* Strafrecht (Allg. Theil) 1931.
Mitteilungen: Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung поч. 1889.
Monatsschrift: Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform.
Olshausen: *Olshausen* Kommentar zum Strafgesetzbuch 1927 (11. изд.).
Oppenhoff: *Oppenhoff* Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich 1901 (14. изд.).
Sauer: *Sauer* Grundlagen des Strafrechts 1921.
Stiegert: *Stiegert* Grundzüge des Strafrechts im neuen Staat 1934.
Schütze: *Schütze* Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1874 (2. изд.).



- Schwartz: Schwartz* Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich 1914.
Schweiz. Z.: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht.
Stooss: Stooss Lehrbuch des österreichischen Strafrechts 1913 (2. изд.).
Vergl. D. (Allg. T. или Bes. T): Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts 1905—1909.
Temme: Temme Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts 1876.
Wachenfeld: Wachenfeld Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1914.
Z.: Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft.

Руска и италијанска књижевност:

- Таганцев: Таганцев* Русское Уголовное Право 1902.
Пустореслев: Пустореслев Уголовное Право 1909.
Carrara: Carrara Programma del Corso di Diritto criminale 1924 (11. изд.).
Florian: Florian Trattato di Diritto penale 1926 (3. изд.).
Ferri: Ferri Principii di Diritto criminale 1928.
Impallomeni: Impallomeni Istituzioni di Diritto penale 1921 (3. изд.).
Lanza: Lanza Istituzioni di Diritto penale 1924-26.
Riv. p.: Rivista penale.
Sc. p.: La Scuola positiva.
R. d.: Rivista di Diritto e Procedura penale.
-

УВОД.

§ 1. Предмети увода.

Књижевности. — Живановић Основни проблеми Кривичног права (§ 18 IV).

I. 1. Садржину Науке кривичног права сачињава, као и садржину сваке друге науке, учење о њеним *објектима* (в. § 5).

Али то није сва, већ само битна, главна њена садржина. У њу мора ући и учење о оној грани права, у коме се садрже њени објекти, т. ј. о *кривичном праву*, као и учење о *њој самој*, т. ј. и *Наука* о њој самој посматраној као наука.¹⁾ Ни једно ни друго од ова два њена учења не може међутим с обзиром на разлику природе њихових објеката наћи место у учењу о самим *предметима* Науке кривичног права. Обадва та учења мора према томе да претходе учењу о предметима ове науке. Као *претходна*, уводна учења она сачињавају т. зв. *увод*, уводни део Науке кривичног права.

а) Учење о кривичном праву и о његовој науци биће потпуно тек онда, ако се изнесе њихов *историјски* развој (еволуција). Историјско пак учење је као излагање принципа еволуције једно *особено* учење.

б) Из реченог излази, да се *увод* у Науку кривичног права (краће²⁾ у Кривично право) има да подели у две *паралелне* главе. Прва ће имати за предмет *кривично право* и *Науку кривичног права*, а друга њихову *историју*.

II. Учење о *кривичном праву* и о *Науци кривичног права*, глава I *увода* дакле, има посебице да обухвата као своје објекте:

1. *Појам* оне гране права, која сачињава материјал Науке кривичног права, т. ј. појам *кривичног права*. При одређивању овога појма мора се узети за основицу појам права у опште, тако да остаје само да се одреде обележја, која одликују ову врсту права од осталих.

¹⁾ В. Живановић Правна филозофија §§ 1, 3, 5 и 8.

²⁾ В. § 2 пр. 1.

2. *Изворе* кривичног права Краљевине Југославије. Томе се има додати и излагање главних извора *страних* кривичних права и о раду на међународној унификацији кривичног права.

3. *Појам* саме *Науке* кривичног права. При одређивању овога појма се има узети за основу појам правне науке у опште, тако да се имају само одредити она обележја, која одликују Науку кривичног права од осталих специјалних правних наука. С овим излагањем стоји у вези и излагање *системашке* Науке кривичног права.

4. *Појам осталих* кривичних наука, као и *помоћних* наука Науке кривичног права.

III. *Историјско* учење, глава II увода дакле, има се поделити у више §§-а. У једном ће се расправљати историјски развој кривичног права у *опште*, т. ј. *општи принципи* (закони) његове еволуције, без обзира дакле на место и време, другим речима оно што је *заједничко* у историјском развоју кривичног права свију народа и времена. У њему следећим §-има се имају изложити у општим потезима историје: *римског* кривичног права као најранијег познатог европског кривичног права, старог *француског* и *немачког* кривичног права као два за разумевање савременог кривичног законодавства најважнија кривична права и *српског* кривичног права са историјом постанка српског Казненог (Криминалног) законика од 29. марта, 1860. Затим се има изложити рад на *реформи* кривичног законодавства на страни и у нас, и најзад у особеном §-у историја *Науке* кривичног права, у опште и посебице у нас.

ГЛАВА I.

Кривично право и Наука кривичног права.

§ 2. Појам кривичног права.

Књижевност. — Живановић Основни проблеми Кривичног права 1930 (§§ 2—8).
Givanovitch (исто) *Les problèmes fondamentaux du Droit criminel* 1929 (§§ 2—8).

I. *Право* као појам је *правни пропис* (правна норма). У смислу енциклопедијском пак *право* је *скуп (државних) правних прописа*. Према томе је *кривично право*¹⁾ као појам *кривично-правни пропис* (норма), а у смислу енциклопедијском скуп *кривично-правних прописа*. *Кривично-правни пропис* се одликује од осталих правних прописа по својим *предметима*, по апстрактним правним бићима која садржи. Његови су предмети (бића, елементи): *кривично дело, кривац и казна с мером безбедности*, т. ј. *кривична санкција* (њихов род, генус), или сви скупа или само поједини од њих (т. зв. зависни или несамостални правни прописи). На тај начин *кривично право* посматрано као скуп одређених правних прописа (*енциклопедијски* смисао) је скуп (*државних*) *правних прописа, којима се за кривично дело одређује кривична санкција (казна мера и безбедности) против кривца*. Ово је појам кривичног права у *објективном* смислу (т. ј. посматрано само за себе, дакле као један *објективни* правни феномен). *Кривично право* пак у *субјективном* смислу (т. ј. као моћ, овлашћење једног лица, т. зв. *субјекта* права, *facultas agendi*), дакле као *субјективни* правни феномен је *право на кривичну санкцију* (т. ј. на казну, *ius puniendi*, и на *меру безбедности*), које *припада држави на основу оних прописа, кад постоје кривично дело и кривац*, т. ј. које проистиче из кривичног права у *објективном* смислу (*potestas agendi*).

1. Из појма кривичног права у *објективном* смислу излази, да има *три основна кривично-правна (кривично — законска) бића* (апстракције,

¹⁾ Термин кривично право (писан дакле малим почетним словом) означава једну грану *права* (законодавства), док термин Кривично право (писан дакле великим почетним словом) треба да означи једну од специјалних правних *наука*, Науку кривичног права.

три елемента кривичног права) и према томе три основна појма Науке кривичног права (в. § 5 I и VIII): *кривично дело, кривац и кривична санкција* (т. ј. казна и мера безбедности). Систем Науке кривичног права је према томе систем *тројне, троделне, трипартицијне деобе*, краће **Трипартиција** (Трипартизам, Трихотомија, Трилогија, Триализам или [в. в] *Персонализам*), постављен и изведен први пут (в. *Основни проблеми* § 4) у нашој расправи¹⁾ *О субјективном елементу у појму кривичног дела* од 1909, данас владајући систем у теорији и законодавству.

а) Према *традиционалној* доктрини међутим (која је — в. *Основни проблеми* § 3—једина постојала и неограничено и аподиктички владала до појаве наше поменуте расправе од 1909) у кривичном праву се садрже само два основна правна бића (*две основне дијалектичко-правне апстракције, елементи*), и према томе Наука кривичног права има само два основна појма: *кривично дело и казну* (одн., обухватајући и савремену санкцију меру безбедности, *кривичну санкцију*). Тај смо систем означили, насупрот нашем, као систем *двојне, дводелне, бијартицијне деобе*, краће као **Бипартицију** (Бипартизам, Дихотомију, Биологију, Дуализам, *Инперсонализам*). Под тим ћемо називом његовим доктринама противстављати доктрине **Трипартиције** или **Персонализма**.

б) До појаве Трипартиције *кривац* је у кривичном праву био само *физичко-психичко* (по *Ломброзу* — в. ниже — *физичко-психолошко* [анормално]), не и правно биће, не *дијалектичко-правна* апстракција. Његови физичко-психички састојци, *људски карактер радње, и особито виносћ*, унети су били у појам кривичног дела, у његов *производ* дакле, као састојци овог *правног* појма. Неколико пак писаца (као *Feuerbach, Ortolan, Tetme, Schütze, Merkel, Finger*) су га бојажљиво уносили у својству извршиоца у састојке кривичног дела, под називом или „*активног субјекта*“ кривичног дела или просто „*субјекта*“ кривичног дела. Антрополози-позитивисти (*Lombroso, Ferri, Garofalo*) су потом физичко-психичко биће човека-кривца огласили за *физичко-психолошко* биће и тако јаче скренули пажњу на његову *душу* (по њима *анормалну*). Трипартиција долазећи после тога представља *прећу* фазу у еволуцији појма човека-извршиоца кривичног дела, *дијалектичко-правну* фазу, у којој тек тај човек улази у *правни* свет (у свет *правних* појмова) и његова *психичка* садржина долази до самосталног, одсечног и тако пуног изражаја.

Схватање Бипартиције нашло је свог израза и у самој дефиницији *кривичног права*, те је та дефиниција бипартиста друкчија. Тако према

¹⁾ Објављена под насловом *De l'élément subjectif („moral“) dans la notion du délit* у *Schweiz* 22 (1909) 257—265; затим у *Арх.* 1909 (376—384). В. исту у *Основни проблеми*, 199—206. — В. проф. *Gunzburg* *Les transformations récentes du droit pénal* 1933, 26 (даје нов назив: „*Givanovitch... le père de la théorie du tripartisme dans la science du droit criminel*“).

главном и најтипичнијем представнику Бипартиције, v. Liszt-у: „Кривично право је скуп оних државних правних пројиса, којима се за кривично дело као биће (als Tatbestand) надовезује казна као правна последица“.¹⁾

в) Главна новина у Трипартицији је кривац као правно, и уз то као самостално правно биће (персонализација кривичног права дакле). Уношење истога у кривично-правни систем повлачи прераду из основа како традиционалне систематике тако и многих доктрина. Тиме је дакле створен и нов метод обраде грађе, метод трипартицијски или персоналистички (в. о томе Основни проблеми § 7). Споредна новина је свођење казне и мере безбедности на виши појам кривична санкција.

Кривац у својству самосталног правног бића, новог елемента кривичног права, и тиме створени нов метод остали би у осталом као главне и конструктивно једино значајне новине и онда, ако би се, што је у ствари немогуће, у кривично-правни систем поред кривца унело још нешто као самостално правно биће (као што проф. Stooss предлаже,²⁾ да се казна и мера безбедности сматрају као два генерички потпуно одвојена највиша бића и према томе паралелна осталим), ако би дакле место система Трипартиције, створеног (консеквенца) конструкцијом кривца, дошао какав нов. Они би то остали и онда, ако би се појам кривац у систему раздвојио (што је — в. Основни проблеми § 6 II — појамно немогуће) у „личност“ извршиоачу (die Täterpersönlichkeit) (где би нашле места само подобности за урачуњљивост, опасност, потреба васпитања и лечења, као „особености личности“ [Persönlichkeits-Eigenarten]), и у „виност“, унесећи ову у кривично дело (као што то предлаже³⁾ проф. Mittermaier, а као што су то већ у својим делима учинили — в. Основни проблеми § 6 II — трипартисти Alimena и Cuche). У сваком случају би дакле персоналистичка доктрина остала недирнута (што признаје и Mittermaier), т. ј. систем би у сваком случају остао персоналистички (с варијантама у конструктивно безначајним моментима).

¹⁾ § 1 I.—В. за сличне дефиниције осталих бипартиста наше расправе: Sulle nozioni fondamentali del Diritto criminale nella letteratura criminale-giuridica italiana, у Sc. p. 1916 и Sur les notions fondamentales du Droit criminel dans la littérature criminelle-juridique française, у R. pén. 1916, 36. За немачке писце в. наш горе (под 1 пр. 1) наведен рад.

²⁾ У Strafrechtliche Systematik, Schweiz, Z. 44 (1930) 156—159 поводом појаве (у 1929) наших Les problèmes fondamentaux du Droit criminel. В. наш одговор под насловом Systématique criminelle-juridique, у истом часопису 44 (1930) 428—432 (в. и Основни проблеми 213 и сл.). В. против њега Florian Confluenza delle pene et delle misure de sicurezza, Sc. p. 10 (1930). — У нас сада (тврдивши раније — в. Основни проблеми § 6 VIII — да то није „стварна потреба“) и Субошић (тврдећи сада, 1933, да је то „реална потреба живота“) примљив кривца (и назив кривично право), а у осталом (логички немогућем и конструктивно безначајном) се угледа на Stodss-а и Mittermaier а (мешајући уз то научни израз „основни“ с „важни“ [важних проблема има много више но „шест“]), слажући се (6 „основних“ проблема) с младим грчким правником Karinakas-ом (в. Живановић Арх. 1933).

³⁾ У расправи Strafrechtliche Systematik, Monatsschrift 21 (1930) 452—454 (у броју посвећеном X. Међ. конгресу за казнене заводе у Прагу 1930). В. Основни проблеми 212

г) За *систематску аргументацију* против Бипартиције у прилог Трипартиције (консеквенце конструкције *кривца*) в. *Основни проблеми* § 5.

д) За *одјеке* конструкције троеобног система у књижевности и за примену троеобног система (уношењем *новог* елемента, субјекта) и *метода* у осталим кривичним наукама, у целокупном деликтном праву и деликтном моралу, у Педагогији и у Медцини (Патологији и Психопатологији) в. *Основни проблеми* §§ 6 и 8 и Додатак В.

ђ) *Кривац* је изрично признат као особено и самостално *правно* биће прво у пројекту Кривичног законика Краљевине Србије од 1911, потом у италијанском пројекту од 1921 (*Ferri*), па онда у Кривичном законнику Краљевине Југославије од 27. јануара, 1929, затим у Кривичном законнику *италијанском* од 1930, (укинутом) *италијанском* од 1928, *пољском* од 1932 и *руском* од 1922 и у *француском* пројекту од 1932, а претходно у Пројекту немачког Кривичног законика од 1925—1927.

1° У к. з. се то види већ по наслову главе друге, који гласи „Кривично дело и учинилац“. Затим се то види по строгом разликовању између *објективне* и *субјективне* (личне) формулације појединих законских одредаба:

(1) У *општем* делу на име где год је у питању искључење *објективних* момената кажњивости, дакле *кривичног дела*, формулација је *објективна*, безлична, т. ј. каже се, да нема *кривичног дела* (§ 23: „Нема кривичног дела, ако...“; § 24: „Оно дело, које неко учини у нужној одбрани, није противправно“). Тамо међутим, где је у питању искључење *личних* (субјективних) момената кажњивости, дакле *кривца*, формулација је *лична*, т. ј. не каже се, да нема кривичног дела, већ да *извршилац* није „*одговоран*“ (§§ 19, 20, 22: „Неће бити одговоран...“) или да се „*неће казнићи*“ (§§ 25, 26 и 27).

(2) У *општем* и *посебном* пак делу где год је реч о кажњењу, где год су дакле у питању казни императиви као *објектив* кажњења се наводи *извршилац*, кривац, формулација је дакле субјективна, а кривично дело се наводи само као *основ* кажњења кривца, као оно „*за*“ шта се казни (н. пр. у општем делу §§ 18, 32, 33, 34, у посебном §§ 91, 141 ал. 1 и 2).¹⁾

2° У *италијанском* к. з. *кривцу* је посвећена особена глава, гл. IV (књ. 1), чији је наслов „О кривцу и лицу повређеном кривичним делом“. Но у њему није строго спроведено разликовање између *објективне* и *субјективне* (личне) формулације. Сем тога у њему је психички елемент исцепкан на два дела, и један, на име *виност*, унет је у кри-

¹⁾ В. о једној и другој формулацији к. з. нашу ниже (2°) поменућу расправу *Alcune osservazioni* под 6 и *Givanovitch Code criminel du Royaume de Yougoslavie* у часопису *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 45 (1931) 305—321.

вично дело (као његов „психолошки“ елеменат), а други, подобност за виност (урачунљивост), у кривца (као што су то учинили — в. горе в — неки од оних писаца, који су примили Трипартицију).¹⁾ За италијански пројекат од 1921, који је садржавао три главе, једна посвећена *кривичном делу*, друга *кривцу*, а трећа *санкцији*, в. *Основни проблеми* § 613.

3^о *Шпански* (укинути) к. з. од 1928 подељен је у свом *ојштем* делу, после уводних одредаба, у пет глава са следећим насловима: I. о *кривичном делу*, II. о *одговорности*, III. о *рејресији*, IV о ништењу кривичне и цивилне одговорности и V. опште одредбе. Глава I има дакле за предмет *кривично дело*, а друга *одговорност*, т. ј. *кривца*. Трећа и четврта пак су посвећене, као што се види, кривичним санкцијама и основима ништења истих, чине дакле у ствари једну појамну целину, односећи се на *треће* основно законско биће, *кривичну санкцију*. Најзад последња, пета глава садржи само објашњења некојих термина, те је требало да уђе у уводне одредбе. *Magnol* у свом „Шпанском казниеном законуку“²⁾ излаже у уводу главу II овог законика под насловом „*Кривац* и његова одговорност“, и цело своје излагање је поделио у три одсека, један о кривичном делу, други о кривцу и трећи о кривичној санкцији.

4^о За Пројекат *немачког* к. з. од 1925—1927 в. *Основни проблеми* § 6 IV (и нашу расправу о њему, ту наведену.³⁾

5^о *Руски* и *пољски* к. з. и особито *француски* пројекат к. з. (где је кривцу посвећен особен одељак) одликују се такође трипартитном редакцијом.⁴⁾

6^о Што се тиче старих к. з. (где је спадао и српски) рађених у време аподиктичне владавине Бипартиције, у њима се није ишло на то, да се редигују у наслону на одређена *основна бића*. Они су напротив сви тако редиговани, као да њихови редактори у опште *нису имали предсјаву* о (формалној и материјалној) потреби систематике у к. з. Отуда није чудновато, што су у тим к. з. (н. пр. у француском и немачком) неке за питање о основним кривично-правним бићима важне одредбе формулисане објек-

1) В. о италијанском к. з. с овог гледишта *Givanovitch* Alcune osservazioni sul progetto italiano di Codice penale, прешт. из Annuario di Diritto comparato e di Studi legislativi (vol. 6, fasc. II), под 2 и 4 и особито 6.

2) Le Code pénal espagnol du septembre 1928, Paris, 1931.

3) В. и нашу горе наведену расправу Alcune osservazioni и *Основни проблеми*, Додатак В („Кривично-правна систематика“) 213.

4) Један од редактора француског пројеката. проф. *Roux* (сада члан Касационог суда) нагласио нам је у свом писму, да овај пројекат прима наш троеобни систем. Проф. *Magnol*, издавач старијег, познатог *Vidal*-овог Cours de Droit criminel изјавио нам је, да ће у новом издању ово дело прерадити у смислу Трипартиције.



тивно место субјективно (н.пр. чл. 64 франц. к. з. и § 51 нем. к. з., где се каже, да нема „ни злочина ни престапа“ у првome, „кажњиве радње“ у другоме, кад изршилац није подобан за урачуљивост), док су опет друге, нарочито оне из посебног дела, где се прописују казне, формулисане обично субјективно („казниће се..., ко...“), као што и треба, али и оне често објективно место субјективно.

Стари к. з. могу се на тај начин научно излагати и по Бипартицији и по Трипартицији. Али је само ова последња у стању, да их научно објасни, без прибегавања фикцијама и апсурдним конструкцијама (као што је особито фикција о *посредном* извршиоцу, данас изрично одбачена, сходно захтевима Трипартиције, из немачког прој. к. з. од 1952-1927 (в. *Основни проблеми* § 6 IV)).

Али чак и кад би се нашао касније неки нов к. з., чији би редактори (из заблуде или из каприса) у некој одредби изрично формулисали, да су само кривично дело и кривична санкција основна законска бића, Трипартиција би се и на тај к. з. морала да примени при његовом научном објашњењу. Законодавци могу постављати нормe за људску делатност, за уређење односа међу људима, али наравно не и нормe за научно објашњење својих производа, према томе за давање смисла тим производима са гледишта сазнања истине о њима и могућности примењивања у пракси.

е) *Проблем систематике и метода* обраде Науке кривичног права и кривичних законика постављен је у светској књижевности први пут у нашој поменутој расправи *De l'élément subjectif („moral“) dans la notion du délit* од 1909. Ту је, као што је горе примећено, уједно заснована први пут *трипартицијна* систематика с *кривцем* као основним законским бићем и основним кривично-правним појмом. Антрополошка школа и њен изданак италијанска позитивна школа истакле су истина јаче но неки ранији писци, да узрок криминалитета треба тражити особито у био-психичкој индивидуалности (конституцији) кривца и да у борби против криминалитета треба обратити више пажње на кривца. Али се нико од њихових заступника није бавио проблемом кривично-правне *систематике* и *метода*, и при *правном* излагању су се заједно с *Ломброзом* држали Бипартиције и бипартитног метода (в. *Основни проблеми* § 6 I). Чак је и једино њихово систематско дело, *Florian*-ово, у свом првом издању (од 1912) било засновано на *Бипартицији*, и тек у трећем (од 1926) је прерађено у смислу Трипартиције, с особеним одељком о *кривцу* (в. *Основни проблеми* § 6 I 2). Ипак је проф. *Ferri* (који је међутим своју Криминалну социологију дефинисао као „науку о кривичним делима и казнама“, и који је тек 1928 издао своје дело *Принципи кривичног права*, засновав га на Трипартицији) могао 1916 да тврди, да је корен

Трипартиције у његовој позитивној школи (не рекавши, зашто не онда у изворнику исте, антрополошкој, *Ломброзовој*), док је оснивач друге једне италијанске школе, хуманитарне, проф. *Lanza* (који је међутим 1908 у 1. издању, 1921 у другом, објавио посмртно *Имјаломенцево* дело Института кривичног права, засновано на Бипартицији, без икакве примедбе против исте, и који је од 1924—1926 објавио своје сопствено дело Института кривичног права, засновано такође на Бипартицији) 1926 тврдио, да смо ми из његовог „хуманизма“, а не из позитивне школе, извели свој „основни принцип, који сачињава једну новину у методи изучавања“ (в. о томе *Основни проблеми* § 6 I 2 и 4 и *Додашак Б*).

2. Из појма кривичног права у *субјективном* смислу излази, да је оно једна грана *јавног* права. Пошто на име право кажњенја припада *држави*, то и правни однос, из којег то право истиче и који је заснован постојањем кривичног дела и кривца, постоји, не између *по-вређеника* и кривца, већ између *државе* и кривца. То је дакле један *јавно-правни* однос, те је према томе и право, које уређује такве односе, т. ј. кривично право један део *јавног* права. Или тачније, сходно нашој деоби права (и правних наука) у право о *праву* (или просто *право*) и у право о *неправу* или *деликтно* право (која је деоба права примарна, а римска деоба секундарна), кривично право спада, као и државно, административно и међународно јавно, у *јавно* право, али за разлику од три поменута јавна права, у *јавно деликтно* право.¹⁾ Оно је најкарактеристичнији и централни део јавног деликтог права.

II. Горе (I) дат појам кривичног права се односи само на *форму* (облик) истога, *формалан* је дакле.²⁾ Но као у опште о праву тако се и о кривичном праву треба да да и појам, који ће се односити на његову *садржину*, материју (субстанцу, принцип, идеју). То ће бити *материјални* појам кривичног права, или тачније, пошто он мора садржавати и елементе *формалне* природе, *материјално-формални* појам.

Материја кривичног права и у опште права састоји се у ономе, што ствара право, дакле у његовом *узроку* (*causa efficiens*). Овај узрок може бити одређен било непосредно било одређењем *циља* права (отуда назив *телеолошки* појам права, кривичног права). На име ако није тачно, да се каже с *Ihering*-ом (в. *Основни проблеми* § 17 пр. 1), да сам *циљ* права ствара право, истина је, да се у *циљу* права налази као један од његових

¹⁾ В. *Основни проблеми* § 8 II и наш чланак *Нова деоба права (и правних наука) место традиционалне, римске*, Арх. 1927.

²⁾ Он нам даје одговор само на питање, како један правни пропис треба да изгледа, да би био кривично-правни пропис, т. ј. да би био кривично право у логичком смислу (*causa formalis Аристотелов*). Он је спољни склоп (састав), у коме се материја појављује у правном свету. В. *Живановић Систем синтетичке правне филозофије*, књ. II. § 2.

елемената и узрок права (*causa efficiens* права проистиче дакле из његовог *causa finalis*). Право стварају према нама (в. *Основни проблеми* § 17 I 2) индивидуалне или колективне потребе постојања друштва у облику државе (друштва—државе), а његов циљ је заштити ових потреба. Кривично право у материјално-формалном смислу је на тај начин индивидуална или колективна потреба (у енциклопедијском смислу скућених таквих потреба) постојања друштва-државе правно заштићена (за разлику од потреба заштићених другим гранама деликтног права) средством угрожења кривичном санкцијом за напад на њу.

III. За однос кривичног права ка моралу важи наравно исто, што и у опште за однос права ка моралу. Они се обично већ *a priori* мешају по својој садржини, тако да се право појављује као један део морала. Други их опет одвајају *a priori* потпуно једно од другог. Отуда први карактеришу кривично право (или право у опште) као етички (морални) минимум, док је према другима оно *a priori* независно од морала. У ствари се (на супрот поменутој, класичној, *секуларној*, чисто дедуктивној, једностраној методи, која приступа испитивању од унапред већ установљених метафизичких поставки) истраживања садржине појма права и морала има да врше независно једно од другог, и тек ако би се у томе дошло до резултата, да им је садржина („принцип“, „идеја“) иста одн. различна (емпиријска, индуктивно-дедуктивна метода, која спаја искуство и мишљење), имала би се тврдити материјална истоветност одн. различност између права и морала и према томе између кривичног права и деликтног (сходно — в. 12 — нашој одговарајућој деоби права) морала. Пре тога може се навести као неоспорна чињеница, да су правни прописи и посебице кривично-правни обично по својој садржини и морални, али да их има доста, који су индиферентни са гледишта морала или су чак у супротности с њиме. Што се пак тиче *форме*, право се одликује од морала по томе, што само оно има *принудљивост* (*коактивност*) за елемент. Посебице кривично право се одликује од деликтног морала по својим санкцијама.

IV. 1. Они кривично-правни прописи, који прописују казну за кривично дело против кривца (*самостални* — в. I — кривично-правни прописи, не наравно и несамостални), који се појављују дакле као *казнени императиви* (за разлику од осталих правних императива), садрже у себи *прећућно* друге правне прописе, на име прописе који се састоје у *забрани* извесног дела („не убиј“ у §§ 167 и сл. к. з. н. пр.) или у *поведању* (налагању) извесног дела или радње („пријави надлежној власти припрему извршења каквог злочина“ у § 135 к. з., „одазови се позиву власти“ у § 327 т. 1 срп. к. з. н. пр.).¹⁾ Ови прећутни правни

¹⁾ Ово исто важи и за одговарајуће прописе осталих деликтних права, и ако има мало таквих прописа.

прописи (који се састоје много чешће у *забранама*, т. ј. у *ограничењу* људске делатности,¹⁾ но у *завеситима*) се обично (по *Binding-u*) називају „*нормама*“ за разлику од првих, који се називају „*казненим законима*“. Но пошто су и казнени (кривични) закони *норме*, тачније је, да се они први означе као *прећутни* кривични прописи (закони). Код извесних кривичних дела они су изрично наведени (н. пр. § 338 т. I срп. к. з.), а то је обичан случај у споредном (в. VIII 2) кривичном законодавству. Но и тада они не губе своју *прећутну* природу.

Прећутни прописи (*норме*) једино се у Трипартицији могу правилно логички да формулишу. Прећутна норма се у њој на име не мења, као у Бипартицији, према врсти виности узете у закону у обзир код овог или оног кривичног дела. Тако код убиства она у Трипартицији гласи увек „не лиши другога живота“, док ће у Бипартицији она нелогички да гласи „не лиши другога живота“: час „с умишљајем“, час „с предумишљајем“, час „из нехата“ итд.

2. Поменути прећутни кривични прописи појављују се као *нужне претходставке* кривичних закона. С обзиром на то они се означају као *примарни*, а ови други као *секундарни* кривично-правни прописи и на основу тога се вели, да је кривично право *секундарне* природе. С обзиром на то пак, што кривични закони *дођуњују* прећутне кривичне прописе, пружајући кривичну *санкцију* њиховим императивима, они се називају још *комплементарни* (суплеторни) или *санкционирајући* кривично-правни прописи, и на основу тога се за кривично право каже, да је *комплементарне* или *санкционаторске* природе. Но кривични закони се називају још и *акцесорни* кривично-правни прописи с обзиром на то, што се они примењују, тек кад постоји повреда одговарајућег прећутног кривичног прописа, и отуда се за кривично право каже још, да је *акцесорне* (подређене) природе. Логички однос између кривичних закона и прећутних кривичних прописа („норми“) је дакле *ипроситрук*.

V. Кривично право је искључиво *законско* право. Оно се садржи у главном у Кривичном законнику. Само су у њему и у опште у кривичном законодавству одређени како казне и мере безбедности тако и кривична дела и кривци. То је принцип *легалитетна* кривичног дела, кривца, казне и мере безбедности. Он се појављује као самоограничење државне казнене власти.

VI. До краја 18. века садашња иступна кривична дела била су инкриминисана полицијским општим наредбама. Ове су сачињавале т. зв. *полицијско* кривично право. Од тога се је одступило први пут у Француској, чији *Code pénal* садржи иступе у четвртој књизи, те је тако и

¹⁾ Уп. *Ortolan* п. 598, *Cuche* п. 22.

овај део кривичног права постао законско право. О садашњем схватању „полицејског кривичног права“ в. § 33 III.

VII. Кривично право, о коме је овде реч, назива се и *материјално* кривично право (*materielles Strafrecht*) за разлику од кривичног поступка, који се назива и *формалним* кривичним правом („*formelles*“ *Strafrecht*). Назив *кривично право* обухвата на тај начин према овој терминологији као *генус* и *материјално* и *формално* кривично право, или тачније по нама (да би се избегло мешање с формом и материјом кривичног права) и *инкриминаџорско* и *процесуално* кривично право. У француској правној књижевности ово је општа терминологија. У њој се формално кривично право обрађује заједно с материјалним под општим називом целог учења Кривично право. Али не треба наравно губити из вида, да су овде у питању две *различне* врсте права и да су према томе и науке о једном и другом две засебне науке.¹⁾

VIII. 1. Кривично право делимо пре свега у *опште* и *посебно*. Ово се последње одликује тиме, што оно за разлику од првог не важи за *сва*, већ само на једну *одређену* категорију лица (н. пр. само за војна лица).

2. *Опште* кривично право и *посебно* кривично право делимо, свако поједино, у *главно* и *споредно*. Ово се последње одликује тиме, што је оно привезано за једно друго *некривично* право (обично административно),²⁾ садржавајући кривичне санкције за заштиту установа овог *другог* права, према томе појављујући се, не само логички (в. IV 2), већ и *законодавно-технички* као *акцесорно*, подређено право.

3. *Главно* и *споредно* кривично право делимо, свако поједино, у *основно* и *допунско*. Последње се одликује тиме, што оно, садржавајући или не самосталне инкриминације (т.ј. — в. IV 1 — казнене императиве), служи само као додатак другом (главном одн. споредном) кривичном праву. Оно се појављује дакле и с овог гледишта, а не само (в. IV 2) логички, као *допуњујуће* (суплеторно право).

IX. К. з. и в. к. з. важе за целу државну област. Од осталог кривичног законодавства пак има међутим један мали део, који није опште државни, већ покрајински. Сходно томе се кривично право у државама, где је то случај, дели у *опште државно* и *покрајинско* (*партикуларно*).³⁾ У Краљевини Југославији *партикуларно* кривично право сачињавају:

¹⁾ Ово се међутим често губи из вида у дефиницијама (обухватајући у истој дефиницији или „доби“ једно и друго право). Тако нарочито старији писци (н. пр. *Heffter Lehrbuch des Strafrechts* (6 изд. 1857) § 1, *Ortolan* п. 23, *Hälschner* § 1), али и новији, н. пр. *Degeois* п. 1 и 35). В. *Живановић* Појам кривичног и грађанског поступка, у Браничу 14 (1929) 97.

²⁾ Отуда се сусрећу кадкад термини *административно* кривично право, *административне* казне. У ствари не постоји никаква појамна разлика између овог кривичног права одн. ових казни и других кривичних права одн. казни.

³⁾ В. *Liszt* § 20 („стварна област важења кривично-правних прописа“).

1. Још *неизједначено* кривично законодавство (иступи и известан део споредног кривичног законодавства садржаног у неизједначеним административним законима).

2. Кривични закони (главни или споредни, основни или узгредни), који су у Југославији издати за *поједине* покрајине. То је случај са Законом о јавној безбедности од 31. јануара, 1905, проширеним на Босну и Херцеговину и Црну Гору 2. јуна 1919 (узаконење указа 19. априла, 1921).

§ 3. Извори кривичног права Краљевине Југославије.

1. 1. *Кривични законик* од 27. јануара, 1929 (с изменама и допунама Законом о изм. и доп. од 9. октобра, 1931) је до издања Закона о иступима једини *главни* извор *ојшћег* кривичног права Краљевине Југославије, једино дакле *основно* главно опште кривично право, које важи за целу државну област. До изједначења кривичног законодавства о *иступима* служе као главни извор за иступно кривично право разни покрајински (*партикуларно* право) кривични законици, као и з. о иступима за подручје Апелационог суда у Новом Саду, у колико су наравно у питању иступи необухваћени у Кривичном законнику (в. §§ 1 и 6 з. о приврем. прод. важ. з. прописа о кажњавању за иступе од 31. децембра, 1929).

2. Има више закона, који служе као *дојуна* Кривичном законнику (*дојунско* главно опште кривично право). То су:

а) Уводни закон од 16. фебруара, 1929 (з., којим се стављају на снагу и уводе у живот Кривични законик, Законик о судском кривичном поступку и Закон о извршавању казни лишења слободе).

б) Закон о извршавању казни лишења слободе од 16. фебруара, 1929.

в) Уредба о организацији, употреби и наплати осуђеничке радне снаге у казним и другим сличним заводима од 18. јануара, 1930.

г) Уредба о одрађивању новчаних казни и замењивању тих казни казнама лишења слободе од 31. децембра, 1929.

д) Основица о распореду осуђеника на поједине казнене заводе у смислу § 7 Закона о извршавању казни лишења слободе од 21. децембра, 1929.

ђ) Уредба о извршењу мера безбедности од 13. јануара, 1930.

е) Уредба о оснивању и раду државних завода за васпитање и поправљање деце и млађих малолетника од 18. јануара, 1930.

ж) Уредба о васпитању и поправљању старијих малолетника осуђених на казну лишења слободе од 18. јануара, 1930.

з) Распоред за упућивање малолетника-ца у заводе за васпитање и поправљање од 31. децембра, 1930.

и) Уредба о начину васпитања у заводима за васпитање деце и млађих малолетника од 24. априла, 1930.

ј) Законик о судском кривичном поступку од 16. фебруара, 1929 (делимице: гл. 22 о извршењу пресуда, §§ 415—427; гл. 23 о амнестији и помиловању, §§ 429 и 431; §§ 449 и 454 о извршењу мера наређених против млађих малолетника; §§ 476—485 о рехабилитацији; гл. 26 о екстрадицији, §§ 486—499).

к) Закон о заштити јавне безбедности и поретка у држави од 6. јануара, 1929.

л) Закон о штампи од 6. августа, 1925 са изменама и допунама од 6. јануара, 1929.

м) Многи закони о међународним уговорима (н. пр.: з. о међународној конвенцији за сузбијање промета неморалних публикација и трговине истим од 28. фебруара, 1929, чији је § 2 бланкетни § о овлашћењу Министра унутрашњих дела, да за извршење овога закона пропише уредбу са казненом санкцијом до 30 дана затвора и 3000 динара новчане казне; з. о међународној конвенцији за сузбијање трговине женицама и децом, о међународној конвенцији за сузбијање трговине белим робљем и о међународном споразуму за успешну заштиту од криминалне трговине познате под именом трговина белим робљем од 28. фебруара, 1929, чији чл. 2 садржи исто овлашћење за Министра унутрашњих дела), нарочито о међународним уговорима о екстрадицији (з. о конвенцији о помоћи у циљу уређења узајамних правних односа са Чехо-Словачком од 27. маја, 1924; з. о конвенцији о судској помоћи и о издавању кривца с Бугарском од 27. маја, 1924; з. о конвенцији о правним односима њихових држављана с Пољском од 8. октобра, 1928; з. о конвенцији о издавању кривца с Арбанијом од 20. априла, 1929; з. о узајамном општењу с Аустријом од 31. јануара, 1929, који садржи једну општу одредбу о правној помоћи у кривичним стварима непољитичке природе, где се може подвести и екстрадиција, на име чл. 57 т. 1 ст. 1; з. о конвенцији о издавању кривца и о судској помоћи у кривичним стварима с Мађарском од 20. априла, 1929, з. о конвенцији о издавању кривца с Италијом [где је ратифициран и споразум о правној и судској заштити односних држављана] од 11. марта, 1930, поред уговора, које је закључила¹⁾ Краљевина Србија).

II. *Споредни* извори *ојшћег* кривичног права (основно или и допунско *споредно* опште кривично право) су поред Устава разни јавно

¹⁾ В. Живановић Збирка кривичних закона 1921 (359 и сл.: 1^о са Швајцарском з. од 8. априла, 1888, с Белгијом з. од 10. јануара, 1896, с Холандијом з. од 23. октобра, 1896, с Великом Британијом з. од 25. јануара, 1931 и с Уједињеним америчким државама з. од 28. новембра, 1901 [два друга не важе]).

(административно)-правни закони (н. пр. царински з. од 23. јануара, 1899; з. о таксама од 30. марта, 1911; з. о шумама од 21. децембра, 1929, 6. део, §§ 141—171; з. о унапређењу сточарства од 21. децембра, 1929, § 55; з. о контроли лекова биолошког порекла од 31. јануара, 1930, §§ 20 и 21; з. о сузбијању заразних болести од 10. јануара, 1930, §§ 60—63; з. о уређењу бујица од 20. фебруара, 1930, § 39; з. о надзору над намирницама за живот од 8. фебруара, 1930, §§ 21—23; з. о држ. монополама од 5. децембра, 1931; з. о устан. и уређ. држ. кл. лутр од 5. децембра, 1931; з. о лову од 5. децембра, 1931; з. о удруж., збор. и догов. од 18. септембра, 1931). Ту би се могли подвести и закони под I 2 j, к и л наведени.

III. Посебна кривична права су само:

1. Војно кривично право. Његов главни извор је Војни кривични законик од 11. фебруара, 1930 (с изм. и доп. Законом о изм. и доп. в. к. з. од 2. децембра, 1931) и

2. Министарско кривично право (чл. 80 уст.).

§ 4. Страни кривични законици. — Рад на интернационалној унификацији кривичног законодавства (*удружења, конгреси и конференције*). Израда светског пројекта кривичног законика.

Књижевности. — О страном кривичном праву у опште: *Die Strafgesetzgebung der Gegenwart* in rechtsvergleichender Darstellung, herausgegeben von der Internationalen kriminalistischen Vereinigung (Stg). 1. Band: Das Strafrecht der Staaten Europas, herausgegeben von v. Liszt 1894. 2. Band: Das Strafrecht der aussereuropäischen Staaten, herausgegeben von v. Liszt und Crusen 1898 (mit Nachträgen zum ersten Band). Исто у француском преводу (*Le droit pénal des Etats européens*) 1894. *Birkmeyer Z.* 16 95.—*Mitteilungen der Internationalen kriminalistischen Vereinigung.* — *Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher* in deutscher Übersetzung, herausgegeben von den Redaktionen der Z. und der Mitteilungen der Internationalen kriminalistischen Vereinigung. — *Annuaire de législation étrangère* и *Bulletin de la Société de législation comparée.* — *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausserdeutschen Strafrechts.* Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform, herausgegeben auf Anregung des Reichsjustizamtes. 16 Bände 1905—1909 — **Уџбеници, системи и коментари страних кривичних права:** За I 1—6: за исте в. код „Дела и часописи скраћено цитирани“. Сем тога: *Фојницки Курс Уголовнаго права* 1890. *Познишев* Основна начела науки Уголовнаго права (2. изд.) 1909. *Спасович* Учебник Уголовнаго права 1863. *Сергејевски* уџбеник (преведено на српски). *Freund*

Strafgesetzbuch, Gerichtsverfassungsgesetz und Strafprozessordnung Sowjetruslands 1925. *Герней и Трајнин Коментар* (Москва) 1923. *Вроблевски Коментар* (Москва) 1923. *Galín* Gerichtswesen und Strafsystem im revolutionären Russland 1920. v. *Harten* Schweiz. Z. 36 103. *Zaitzeff* Z. 43 198, 44 328. *Freund* L' évolution du droit pénal des Soviets, R. int. 2 40. *Perris* Le nuove teorie penali della Russia sovietica, Sc. pos. 39 (1931) 1 и сл. *De Mauro* Diritto penale del Vaticano, Riv. p. 110 (1929) 181. — За 17: *Gautier* Mitteilungen 6 61 и 9 232. *Teichmann* Mitteilungen 9 218. *Kronauer* Kompendium des Bundesstrafrechts, 2. изд., 1912. *Stooss* Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, im Auftrage des Bundesrates vergleichend dargestellt, 1 1892, 2 1893. *Pfenninger* Das Strafrecht der Schweiz 1890. *E. Hafter* Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts 1926. — За 1 8: Уџбеник од *Saripolos* 1868—71 и од *Kosti*, 2. изд., 1892—93. В. *Thot* G S 71 163. — За 1 9: В. *Tanoviceanu* Mitteilungen 9 26. *Tanoviceanu* Tratat de Drept si procedura penala св. 1—5 (посмрт., 2. изд.) 1924 (општи део 1—3, к. с. п. 4—5). *Dongoroz* Drept penal (спец. део) 1 1929. *Pop* Lehrbuch des in den ehemals ungarischen Landesteilen gültigen Strafrechts (у 2 св.) 1923. — За 1 10 *Hinkow* Mitteilungen 10 66. *Ников* Основи 1902. *Иовев* Българско наказателно право. — За 1 11: *Cuello Calon* Derecho penal (parte general) Barcelona, 1926. *L. I. de Asua* Programa de Derecho penal, Madrid 1927. *Magnol* Le Code pénal espagnol du 8 septembre 1928. — За 1 12: *Silvela* El derecho penal 1874, 1879. *Viada y Vilaseca* Codigo penal 1890. *R. Rueda* Elementos de Derecho penal, 2. изд. 1886. *García* El codigo penal 1908. — За 1 13: *H. Schmidt* Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, 3. изд., 1900. *Van Hamel* Strafrecht (уџбеник), 2. изд., 1907. *Simons* Strafrecht (уџбеник) 4. изд., 1 1921, 2 1923. *Simon van der Aa* уџбеник 1928. — За 1 14: *Goos* Den Danske Strafferet 1875 и 1878, 1895—1896 (посебни део). *Torp* Den danske Strafferet almindelige Del 1905. *Rüdinger* Z. 39 194, 371 (о давском пројекту). — За 1 15: *Hagströmer* Strafferet (уџбеник) 1 1901, 2 1906 (1911), 1912 В. и *Goos* N. Retsencyklopädie (излагање данског, шведског и норвешког кривичног права). *Nils Stjernberg* Strafferet (уџбеник) 1920. *Исџи* Kriminalpolitik 1918. *Thyren* Prinzipien einer Strafgesetzreform 1 1911 (о истоме *Oetker* GS 82 81 и *Löffler* Österr. Z. 3 192), 2 1912, 3 1914. — За 1 16: В. *Gooss* N. Retsencyklopädie. *Hagerup* уџбеник (о. д.) 1911. Mitteilungen 7 и 12 (превод к. з.; мотиви од *Bittl*, *Frank*, *Webel* 1907—1912). — За 1 17: Уџбеници од *Fayer-a*, 3. изд., 1904, *Finkey*, 4. изд., 1914, *Vámbéry* 1 1913, 2 1918. v. *Angyal* 1 (3. изд.) 1920, 2 1915. *Illés* Коментар (срп. превод, П. *Жорж*: Тумачење угарског Казненог законика 1 1924). — За 1 18: *Serlachius* уџбеник 1909—1914. *Forsmayer* предавање. — За 1 19: *Delahaye* Mitteilungen 11 63. *Ruppert* к. з. (изд. франц. и нем.) 1900. — За 1 20: *Turrel und Crusen* St G 1 475. — За 1 21: *Sa-*

chari Muhamedanisches Recht nach schaffitischer Lehre 1897. *Jaenecke* Die Grundprobleme des türkischen Strafrechts 1918. Mitteilungen 6 411 и 9 247 за египћанско кривично право. — За I 22: *Almena* StG 1 606. — За I 23: *Krzymski, Makarewicz, Wroblewski* уџбеници. — За I 24: *A. Mirička* R. int. 3 (1926) 179, Z. 43 281, Schweiz. Z. 35 26. *Milota* уџбеник. — За I 25: *Lamouche* Bulletin soc. lég. comp. 49 (1920) 244. Z. f. d. Ethnologie 31 352. — За I 28: *Müntz* Z. 44 361. *Миџ* Курс Угаловнога права (Рига) I (о. д.) 1925. *Jacoby* ново изд. Таганцевљовог уџбеника 1922. — За I 30: *Büchler* Strafrecht in der Republik Litauen Z. 46 389. — За II: *I. F. Stephen* A Digest of the Criminal law (6 изд.) 1904. *Russel* A treatise on crimes and misdemeanors (8. изд.) 1923. *Philpps* Manual of Indian Criminal law 1883. *Denman* Digest of Criminal law 1918. *Kenny* Outlines of Criminal law (11. изд.) 1922 (на франц.: *Esquisse du Droit criminel anglais* 1921). *Buresch* StG 2 269 (о кривичном праву британских колонија). *Schuster* Das Strafrecht Grossbritaniens 1894. — За III 1: *Bishop* Commentaries on Criminal law (8. изд.) 1892. *Wharton* A treatise on Criminal law (10. изд.) 1896. *M. Clain* Criminal law 1897. *Beale* StG 2 195. — За III 3(1): *Eisenmann* Z. 14 19. — За III 3 (6): *Ochoa* Exposicion del codigo penal venezolano 1888 и Mitteilungen 11 47. *Delaquis* Z. 39 371. *Hartwig* Mitteilungen 18 561. — За III 3 (7): *Araujo* Mitteilungen 11 70 и 17 398. — За III 3 (8): *Peco* Reforma penal de 1917—1920, 1921. *Rivarola* Derecho penal argentino 1910. — За III 3 (12): Riv. p. 105 (1924) 501. — За остале америчке државе: StG. — За III 4: *Michaelis* Zur Kenntnis der Geschichte des japanischen Strafrechts 1887. *Маџоџи* уџбеник. *Оба* уџбеник. *Макино* коментар — За III 5: *Louwers* Lois en vigueur dans l'Etat indépendant du Congo 1905. — За III 6: *Staunton* Ta-tsing-leu-lee ou les lois fondamentales du Code pénal de la Chine (2 књ.) 1812. *Alabaster* Notes and commentaries on chinese Criminal law 1899. — За III 11: *Monatsschrift* 23 691 (огледа се у њему тежња, да се укине крвна освета, која према абисинском обичајном праву постоји још за телесне повреде и увреде). — *Рад на интернационалној унификацији кривичног права (V—VII): Givanovitch* Est-il désirable d'unifier les principes fondamentaux du droit criminel, dans quelle mesure et par quels moyens? Rapport présenté au Congrès pénal et pénitentiaire de Prague 1930 (в. Actes du Congrès за друге реферате). *Живановић* Потреба и разлози унификације кривичног права и права у опште словенских држава, Арх. 1933. *Ebertmayer* Z. 51 524 (о питању унификације на конгресу у Прагу 1930).

1. *Европски кривични законици.* — У свим европским државама постоје кривични законици сем Енглеске (в. II). Ти су законици:

1. Француски *Code pénal* од 1810.

2. Белгијски (нешто измењен франц. *C. pénal*) од 1867.

3. Немачки од 1871.
4. Аустријски од 1852.
5. Италијански од 1930.

6. Руски од 1903, чији су само општи део и неки одељци посебног дела били у важности, а у осталом се је још примењивао стари Кривични законик од 1866. У Совјетској Русији је декретом од 24. новембра, 1918 укинута старо кривично право, а ново није било издато. Извор су били декрети и „социјалистичка правна свест“, а било је и неколико специјалних закона (о спекулацији од 1918, побацивању од 1920, о лажном пријављивању од 1921, уредба о одузимању слободе као казненој мери од 1918 и закон о поправци радом од 1924). 1924 је издат Декрет о принципима кривичног законодавства С. с. с. р. и Савезних република (4: Руска, Украјинска, Белоруска и Транскавказска). Он садржи само опште кривично-правне принципе, т. ј. општи део. Исте године је издат и Декрет о војним кривичним делима. Поред Декрета о принципима издале су пре тога поједине четири савезне републике свака свој кривични законик, који су готово истоветни с московским (Руске совјетске републике) од 1922, на који се наслањају и Принципи. Но над њима имају Принципи преимућство (сходно §-у 3, према коме Савезна република има право издавања општих кривично-правних принципа) у случају одступања.

7. 23 к. з. појединих швајцарских кантона (два — в. § 13 II — без к. з.).

8. Грчки од 1834.¹⁾
9. Румунски од 1864.
10. Бугарски од 1896.
11. Шпански од 1932 (ревизија старог од 1870) (нови к. з. од 1928 укинут²⁾ 1931).
12. Португалски од 1852.
13. Холандски од 1881.
14. Дански од 1866.
15. Шведски од 1865.
16. Норвешки од 1902 (у важности од 1. јануара, 1905).
17. Угарски од 1878.
18. Фински од 1889 (од априла 1894 у важности на место шведског законодавства од 1734).
19. Луксембуршки од 1879.
20. Монако од 1874.
21. Турски од 1926.

¹⁾ *Tzortzopoulos G S 99 171* (о грчком пројекту и мотивима од 1929).

²⁾ *B. I. de Asua (La legislazione penale nella Spagna) Sc. pos. (39 1931) 473. В. и Z.Ж 811.*

22. Сан Марино од 1865.
23. Пољски од 1932, з. о ист. 1932.
24. Чехословачка: у њој важе још покрај. к. з., аустријски одн. маџарски. Пројекат 1926 објављен.
25. Арбаиски од 1930.
26. Данциг: важи нем. к. з.
27. Исландски од 1869.
28. Летонија: важи у целини руски к. з., од 1903 (з. од 1918).
29. Естонија: важи стари руски к. з. од 1866, а нови од 1903 у колико је од руске владе био добио обавезну снагу.
30. Литванија: важи (од 1919) у целини руски к. з. у колико није у супротности с литванским уставом.

II. *Енглеско* кривично право се заснива на појединачним законима о овом или оном кривичном делу (statute law), на обичајном праву (common law) и на судској пракси (case law). Иницијативом криминалисте *J. St. Stephen*-а издат је 1860 кривични законик за Индију (реформиран 1870, 1882, 1886 и 1896). Од тога доба почео се је захтевати кривични законик и за Енглеску. Али су због отпора у парламенту пропали пројекти од 1878, 1879 и 1880. 1883 понова је учињен покушај, али опет безуспешно. Кодификације постоје у Канади 1892, Викторији 1890, Судану 1899, западној Аустралији 1902, Квинленду 1899.

III. *Ваневројски кривични законици*. — 1. У *Уједињеним Америчким Државама* само држава Њујорк има кривични законик, издат 1881, У осталим кривично право почива на истим основима као и у Енглеској. и истог је карактера као и енглеско. Заједничко право сачињавају сада Савезни кривични законик од 1909 и више савезних закона кривично-правне садржине. *Хавај* (анектиран) има к. з. од 1850.

2. На *Куби* и *Пуерто-Рико* важи кривични законик од 1879, а на *Филипинима* од 1884. Оба су рађена по шпанском кривичном законуку.

3. Кривични законици *средње и јужно-америчких држава*:

- (1) Мексико од 1929.
- (2) Костарика од 1880.
- (3) Сан Салвадор од 1881.
- (4) Чили од 1874.
- (5) Перу од 1862.
- (6) Венецуела од 1904.
- (7) Бразилија од 1890. Пројекти од 1893 и 1899 и од један од 1913.
- (8) Аргентина од 1921.
- (9) Хондурас од 1880. Гватемала од 1869.
- (10) Никарагуа од 1891.
- (11) Боливија од 1834.

- (12) Колумбија од 1922 (важи од 1924).
- (13) Уругвај од 1889.
- (14) Парагвај од 1880.
- (15) Еквадор од 1906.
- (16) Сан Доминго од 1884.
- (17) Црначка република Хаити од 1835.
- 4. Јапан од 1907. Корејски од 1908.
- 5. Држава Конго од 1888, прерађен 1896.
- 6. Кина од 1912 (заменио к. з. од 1727, сличан јапанском); нов (издат од националистичке владе) од 1928 (енгл. превод).
- 7. Сиам од 1908.
- 8. Камбоџа (франц. колонија) од 1924.
- 9. Египат од 1855.
- 10. Тунис од 1914.
- 11. Абисинија („Казнена уредба криваца“) од 1930.

IV. Сви се горе наведени светски кривични законици могу по методу израде и садржини поделити у *три* типа: *француски, пруски и савремени, међународни.*¹⁾

1. Једни од старијих к. з. (особито к. з. германских земаља и словенских, српски од 1860, руски од 1903 и бугарски од 1896) рађени су по угледу на *пруски* к. з. од 1851 одн. на по њему рађени *немачки* к. з. од 1871. Други међутим од старијих к. з. (особито к. з. латинских земаља) рађени су по угледу на *француски* к. з. од 1810 (који је у осталом — в. § 12 II — служио за модел и при изради пруског к. з.). Разлика се између ова два типа к. з. огледа пре свега у систематици општег дела и конструкцији појединих општих кривично-правних принципа, затим у систематици посебног дела и особито у конструкцији појмова разних кривичних дела и њиховој деоби у врсте и подврсте.

2. Шпански к. з. од 1928, југословенски од 1929 и италијански од 1930 представљају савремени, *међународни* тип. Одликују се особито систематиком општег дела с признањем кривца за законско биће (установу) и увођењем нове кривичне санкције, мере безбедности. Ту спадају и руски к. з. од 1922 и пољски од 1932.

V. Наведена (IV) одступања између к. з. разних држава нису међутим нужна, а штетна су, нарочито узимајући у обзир раније (в. IV 1), данас застареле к. з., с обзиром на све већу и већу интернационализацију кривичних дела и криваца. Ова штетност, у вези с послератном тенденцијом зближавања народа у циљу стварања једне опште правне заједнице или бар обезбеђења трајног мира, довела је до идеје, да се приступи уни-

¹⁾ В. *Givanovitch cit.* (в. књ.) IV 20.

фикацији кривичног законодавства.¹⁾ У том смислу је била донета одлука на I. Међународном конгресу за Кривично право, приређеном у Брислу 1926 (од 26.—29. јула) од *Међународног удружења за Кривично право*, основаног 1924 у Паризу, на место с ратом престале негдашње *Међународне уније за Кривично право* (основане 1889 од проф. v. Liszt-a, Prins-a и van Hamel-a). У следству те одлуке одржане су до сада четири Конференције за *Међународну унификацију кривичног законодавства*: 1^о у *Варшави* 1927 (од 1.—5. новембра), на којој су у облику законодавних норми решена питања о међународном кривичном праву, нужној одбрани, стању нужде, покушају и саучешћу; 2^о у *Риму* 1928 (од 21.—25. маја), на којој су у истом облику решена питања о мерма безбедности, међународном поврату и о неспособностима и губитцима у случају осуде у иностранству изречене; 3^о у *Брислу* 1930 (од 26.—30. јуна), на којој су у том облику решена питања о екстрадицији (делом), прављењу лажног новца, трговини опијајућим дрогама и скаредним публикацијама; 4^о у *Паризу* 1931 (од 27.—30. децембра), на којој су у истом облику решена питања о екстрадицији (један део), о гусарству, трговини робовима и трговини женскињем и децом.²⁾

На Конференцији у Риму (1928) установљен је ради руковођења конференцијама за унификацију кривичног законодавства *Међународни биро за унификацију кривичног законодавства*. Сходно одлуци 12. Скупштине *Друштва народа* Биро је од 1932 под окриљем ове међународне установе. Саобразно томе је на његовим седницама у *Базелу* 1932 (од 27.—28. септембра) прерађен статут, проширена управа (у коју су том приликом први пут ушли представници Немачке и Аустрије).

VI. И горе (V) поменуто *Међународно удружење за кривично право* (Association internationale de droit criminel) ради посредно на унификацији кривичног права (као што је на томе радила и наведена предратна *Међународна унија за кривично право*, Internationale kriminalistische Vereinigung), а и *Међународна комисија казнена и казнено-заводска* (Commission pénale et pénitentiaire internationale). На конгресима се претресају

¹⁾ Питање унификације кривичног права било је стављено на дневни ред Конгреса Међународне комисије за казнене заводе одржаног у *Прагу* 1930 („Треба ли унифицирати основне принципе кривичног права, у којој мери и којим средствима“). У нашем извештају (Rapport présenté par Th. Givanovitch) за тај Конгрес ми смо доказивали вужност унификације. Решење је било повољно и резултат тога је учешће Комисије у радовима Бироа, о коме је ниже реч, од састанка у *Базелу*.

²⁾ Радови поменуто четири конференције су већ објављени: Actes de la Conférence pour l'unification du droit criminel de Varsovie 1929 (Paris), Actes de la Conférence pour l'unification du droit criminel de Rome 1931 (Roma), Actes de la Conférence pour l'unification du droit criminel de Bruxelles 1931 (Bruxelles), Actes de la Conférence pour l'unification du droit criminel de Paris 1933 (Paris).

разни важнији предмети и о томе доносе одлуке у облику жеља, како би се ти предмети што боље и интернационално решили. Удружење је до сада имало три конгреса: 1^о у *Брислу* 1926 (од 26.—29. јула),¹⁾ 2^о у *Букурешћу* 1929 (од 6.—12. октобра)²⁾ и 3^о у *Палерму* 1933 (од 3.—8. априла).

VII. 1. Важан део унификације кривичног законодавства сачињавају и међународне конвенције о екстрадицији и разне конвенције о појединим кривичним делима. Ради се сада на једној, универзалној конвенцији или бар типу — конвенцији о екстрадицији.

2. Важну улогу у међународном изједначењу кривичног законодавства предузело је и *Друштво народа*. Последњи његов рад у том правцу је *Међународна конвенција о сузбијању фалсификовања новца*, израђена и примљена од скоро свих држава на дипломатској конференцији од 1929 (од 9.-20. априла, у палати Друштва народа у Женеви), ратифицирана у нас законом од 1930³⁾

3. На унификацији кривичног законодавства ради и *International Law Association* (Удружење међународно—правно), основано у Брислу 1873. Тако је на конгресу у Варшави од 1928 израђена у облику законодавних норми Конвенција о екстрадицији.⁴⁾

4. Питање о унификацији кривичног права *словенских* држава стављено је на дневни ред I. Конгреса словенских правника, који се је одржао 1933 (од 8.-10. септембра) у Братислави.⁵⁾

5. Питање о унификацији кривичног права балканских држава стављено је на дневни ред *Интербалканске правничке комисије* (установљене у Београду 11. јуна, 1932 као помоћни орган Балканске конференције).

§ 5. Појам и систематика Науке кривичног права (принципи Науке Кривичног права).

Књижевност. — *Жавановић* Основни проблеми Кривичног права 1930. *Исти* Систем синтетичке правне филозофије I 1921, *Исти* (*Givanovitch*) *Système de la Philosophie juridique synthétique* I (1927). *Binding* Handbuch 6 и сл. *M. Finzi* E. Carnevale e il problema metodologico del Diritto penale 1918. *Wassermann* Rechtsvergleichung und Strafrechtsreform 1909. *Mirto* Riv. p. 101 113. *Rabel* Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung 1925. *Vaihinger* Die Philosophie des Als-ob, System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus (7. и 8. изд.) 1922. *W. Strauch* Die Philosophie des Als-ob und die hauptsächlichsten Probleme der

¹⁾ B. Actes du premier Congrès international de droit criminel, 1927 (Paris).

²⁾ B. Actes du deuxième Congrès international de droit criminel, 1930 (Paris)

³⁾ Actes de la Conférence 1929.

⁴⁾ B. Report of the thirty-fifth Conference held at Warsaw, 1929 (London).

⁵⁾ B. наш реферат с предлогом резолуције, коју је овај конгрес примио (в. књ.).

Rechtswissenschaft 1923. *Mannheim* Die Philosophie des Als-ob und ihre Bedeutung für das Strafrecht, Monatsschrift 11 12. *Kückmann* в. књ. § 24. *Лоренц* Мисао и акција 1930 (за § 5 V 76).

I. Наука кривичног права (Кривично право) појављује се, као и све друге науке, *двосіруко*: 1^о као готов *резултат* научне делатности у области кривичног законодавства; 2^о као *сама* научна делатност у области кривичног законодавства. Посматрати науку кривичног права с првог гледишта, значи узети је у обзир у њеном стању, *статички*, а посматрати је с другог гледишта, значи узети је у обзир у њеном стварању, *динамички*. Њена дефиниција с првог гледишта може се на тај начин означити као њена *статичка* дефиниција или дефиниција њеног *статичког* појма, а с другог гледишта као њена *динамичка* дефиниција или дефиниција њеног *динамичког* појма. Одређење једног и другог појма Науке кривичног права има за задатак једна *особена* наука: Наука *Науке* кривичног права.¹⁾

II. 1. Са *статичког* гледишта, наука је *систем појмова*, правна наука (као *genus*) је према томе *систем правних појмова*. Кривично право је на тај начин *систем кривично-правних појмова*. И како су правни појмови појмови о *објектима* правних наука, а то су правне установе (институти),²⁾ Кривично право је *систем појмова о кривично-правним установама*. Кривично-правне установе су, као што је већ речено (§ 2 I), тројаке: *кривична дела*, *кривци* и *кривичне санкције* (казне и мере безбедности). Кривично право је према томе *систем појмова о кривичним делима, кривцима и кривичним санкцијама*.

2. Кривично-правна наука биће систем појмова у правом смислу само онда, ако је њен систем *синтетички*. Он ће пак то бити, ако се појављује као уређење најнижих, виших и највиших (основних) кривично-правних појмова на основу постепене координације и субординације истих (в. III).

III. Са *динамичког* гледишта, т.ј. посматрано као одређена научна *делатност*, Кривично право је *систематизирање* (*класификација*, *уређивање*) у облику *координације и субординације* (*суређивања и подређивања*) *кривично-правних појмова добијених средством уопштавајуће* (*генерализирајуће*) *апстракције*. Изучавање *средстава* кривично-правне делатности, т.ј. *метода* Кривичног права сачињава дакле *динамичко учење о Науци кривичног права*. Оно сачињава у Науци Науке кривичног права кривично-правну *методологију*.

Кривично право има, као и друге правне науке, више метода. Један је од њих такав, да се оно без њега не може да замисли. То је

¹⁾ В. *Живановић* Правна филозофија §§ 1 I 1 и 8 II 2.

²⁾ Права (правни прописи) ова или она (грађанско, кривично и т. д.) су само *материјал* правних наука, не њихови објекти. В. *Живановић* Правна филозофија § 5.

основни метод кривично-правне науке. Он је обухваћен изрично у самој дефиницији динамичког појма ове науке. Остали методи ове науке су само њени *допунски* методи. Они су истина потребни ради потпуног научног сазнања кривично-правних установа, али нису такви, да без њих у опште нема Науке кривичног права.¹⁾

IV. Основни (битни) *метод* Науке кривичног права је дакле, исто као и метод осталих специјалних правних наука, *уопштавајућа апстракција* („*логичко-правна конструкција*“, v. *Liszt*).²⁾ Средством ње се одређују појмови разних кривично-правних института (као н. пр. увреде и увредоца, убиства и убице умишљајног, с предумишљајем, нехатног и т. д.) и њихових елемената. То се постизава на тај начин, што се анализирајући суштину извесне веће или мање групе њихових разноврсних конкретних случајева откривају састојци истих и потом одбацују (апстрахују) они састојци, који им нису заједнички (н. пр. код увреде конкретни начин изјаве; код убиства конкретно средство извршења, као нож, револвер, штап), те се тако изналазе елементи, који су им *заједнички* (генерализација) и чији скуп сачињава према томе суштину, појам дотичног кривично-правног института одн. овог или оног од његових елемената. Затим да би се открили и одредили *родни* (генусни) појмови појединих кривично-правних института, и ови сами се скупа подвргавају генерализирајућој апстракцији

Међу нађеним елементима један се увек појављује (у облику субсантива) као *род* (генус) дотичног кривично-правног појма, као елемент дакле који му је заједнички с другим кривично-правним или у опште правним појмовима, или чак у опште с појавама спољњег света. Он се има наравно узети за *основни* елемент у дефиницији дотичног

¹⁾ У Италији се је као реакција на претераности „позитивне школе“ (н. пр. *Ferri*, који Кривично право сматра чак само као одељак Криминалне социологије, но које је гледиште он прећутно напустио издањем, 1928, Принципа кривичног права) појавио т. зв. *правац* (школа) *правног техницизма* (особито *Rocco* *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale* у *Riv. dir. e proc. pen.* 1910, 497 и сл.; в. међутим његов чланак у *Il pensiero giuridico penale* 1932, где прима разне кривичне науке и чак филозофију кривичног права), према коме тобож кривично-правне установе треба обрађивати „чисто правно“ („догматички метод“), правно-технички, не улазећи у њихове „рационалне“, „филозофске“ изворе, т. ј. задржавајући се на њиховој форми. Не види се, да ли они тиме устају само против антрополошко-психолошко-социолошког метода и телеолошког (в. V 1 и 2) или и против филозофског (в. V 7). Али у сваком случају тај „правац“ значи враћање на коментаторски, припремно-научни рад, одбацујући сазнање пуне истине о кривично-правним институтима. Његова добра страна је само *негативне* природе, на име у колико се је тиме устало против занемаривања научне обраде кривичног права од стране италијанских антрополога — позитивиста. Уп. против овог „правца“ (са њиховог гледишта) *Ferri* 77 и сл. (под 26), *Florian* 1 п. 13 IV (30 и сл.).

²⁾ § 5 I. — В. и *Петронијевих* 36/7.

појма. Остали елементи имају му се додати, као *атрибутивни* (адјективни) елементи, распоредивши их по њиховом логичком реду приоритета.

На горњи начин, т. ј. узимањем у посматрање разноврсних *конкретних* случајева одређује се појам свију оних кривично-правних установа, чији појам није утврђен самим законом, ни у колико (као н. пр. увреда) или делимично (н. пр. убиство).¹⁾ Обично је међутим сам законодавац извршио, у својим дефиницијама, генерализацију појединих кривично-правних установа (н. пр. повреде тајне писмена, § 251 к. з.) или чак и појединих њихових елемената (н. пр. код сексуалних деликата елемента блудна радња, § 289 к. з.). Често је законодавац поред ових најнижих (почетних) генерализација извршио и више генерализације, одређујући *родове* (генусе) ових или оних кривично-правних институција (н. пр. у § 314 к. з. појам крађе у опште, т. ј. посматране као генерички појам појединих крађа). У овим случајевима Наука кривичног права има само, да анализом *законских* дефиниција утврди њихове елементе и у исто време открије њихове у закону евентуално подразумеване елементе, и онда да уреди све ове елементе по њиховом логичком реду приоритета и тако формулише *научне* дефиниције дотичних кривично-правних појмова.

V. Допунски *методи* Науке кривичног права су:

1. **Антрополошко - психолошко - психопатолошко - социолошки метод.** Овај је допунски метод својствен од правних наука (за разлику од следећих допунских метода) само Кривичном праву због његовог основног појма *кривца*. Оно се њиме служи, у колико примењује у својој области истраживања резултате, до којих су дошле (самосталне) науке Кривична антропологија, психологија, психопатологија и социологија, да би одредило *материју* (супстанцу) **кривца** (криминално—психичко стање, кривичну душу), као и да би могло решити разне проблеме из области *криминолошких* школа (в. *Основни проблеми* §§ 25 I и 35).

2. **Телеолошки метод.** Наука кривичног права (као и све друге специјалне правне науке) је систем појмова кривично-правних института посматраних како са њихове *формалне* тако и са њихове *материјалне* стране. Она мора дакле, да би њен рад био потпуно завршен, да одреди и *материју* својих објеката.

а) *Материја* (*материјални* садржај, *субстанца*) својствена појединим *кривичним делима* може се потпуно схватити тек онда, ако се

¹⁾ Појам убиства је одређен у § 167 ал. 1 к. з., али ту ипак није одређена особеност *радње*, а та је особеност од великог значаја код покушаја. Она се има одредити узимањем у посматрање конкретно могућих радњи, којима се смрт проузрокује. Тако ће се одредити нов, т. ј. у закону неискazan елемент убиства, а то је (в. *Посебни део* I § 3 I 2) *подобност* радње да смрт проузрокује.

доведе у везу са материјом (садржином) неправна, одн. права у *ошће*, према томе с *циљем* (са каузалитетског гледишта с *узроком*) права, пошто се материја права из истог (в. § 2 II) лакше изводи. Отуда се употреба *материјалног* начина изучавања кривичних дела може означити као *телеолошки* метод у Кривичном праву (телеологија је учење о циљу). Како ми заступамо *социолошко* гледиште у погледу *субјекта* циља права (в. § 2 II: овај субјекат није појединац, већ *друштво*-држава), тај се метод може означити уједно као *социолошки* метод, т.ј. као *социолошко* (у том смислу) посматрање кривично-правних установа.

б) За одређене *материје кривца* в. 1.

в) *Материја кривичних санкција* лежи такође у њиховом *циљу*.¹⁾ Отуда се и употреба *материјалног* начина изучавања казне и мере безбедности може да значи као *телеолошки* или и овде (као и — в. а — код кривичног дела) као *социолошки* метод.

г) *Телеолошким* (в. а и в) методом не примењују се у Кривичном праву резултати какве *друге* науке, као што је то случај с методама антрополошким, психолошким, психопатолошким и социолошким (в. 1). Зато је изучавање *материје* кривичног дела и кривичне санкције задатак *саме* Науке кривичног права, док *антрополошка, психолошка, психопатолошка* и *социолошка* изучавања кривца сачињавају *самосталне* кривичне науке (в. о њима § 6). Кривично право је истина (као и све друге науке) принуђено, да ради поменутог изучавања и контролисања својих сопствених резултата узме у обзир резултате *других* наука о сличним објектима, на првом месту *Социологије* и *Етике*. Али је произвољно тврђење неких писаца, да *материју* кривичног дела и кривичне санкције (једне и друге) и извесних њихових генеричких елемената (нарочито противправности) има да одреде *Социологија* и *Етика* (према томе материју кривца Психологија). Ове би две науке створиле, вели се, „метајуристичке“, „предправне“ или „нормативно-социолошке“ појмове, тако да би Наука кривичног права имала само да *преиштори* те појмове у *правне* појмове, додајући им, како се то каже, само „моменат *правнога*“. У ствари међутим материја поменутих кривично-правних установа не би могла, чак узета *осамљена*, да буде успешно одређена од самих поменутих *неправних* дисциплина. А у осталом и кад би то ове науке могле да учине, удвостручио би се, бескорисно, научни рад одређења материје кривично-правних установа.²⁾

3. **Историјски и упоредни метод.** Предмет Науке кривичног права су институти *позитивног* кривичног права, које *важи* у једној *одређеној* држави.

¹⁾ В. *Основни проблеми* § 30 I.

²⁾ В. *Основни проблеми* § 17 III против поменутог тврђења, као и против називања материјалних правних појмова *метајуристичким* или *предправним*.

а) Али је за што боље разумевање суштине садањих кривично-правних института од значаја и познавање њиховог историјског развоја, познавање дакле некадањег позитивног права о њима. Употреба оваког начина проучавања кривично-правних института назива се *историјски* метод.

б) С друге стране опет корисно је испитивати и стање кривично-правних института у другим државама, т.ј. у на страни важећим позитивним кривичним правима. Ово испитивање, чија се употреба у Кривичном праву означава као *упоредни* метод, метод *упоредног* права, од користи је нарочито са гледишта *реформе* постојећег кривичног права. Истина је, да не изгледа основано, из принципа органске еволуције изведено и засновано на материјализму или монизму, тврђење *Merkel*-ово¹⁾ и *v. Liszt*-ово²⁾, да оно што *постјаје* („Werdendes“) истиче неминовно и искључиво из онога што *је* („Seiendes“) и да је прво, т.ј. оно што *постјаје*, исто што и оно, што *треба* да буде („Seinsollendes“). Али је ипак неоспорно, да се за проналажење онога, што *треба* да буде, мора познавати оно, што *је*, и да се према томе, што се тиче посебице *упоредног* права, и из овога може извести у многome право, које треба да буде у извесној држави ради постигнућа одређеног циља.

в) Поред метода *упоредног* права треба се у интересу што бољег и објективнијег развића науке служити у Кривичном праву (као и у другим правним наукама) и *упоредно-научним* методом, методом *упоредне* правне науке. Теоретичари позитивног права једне државе треба дакле да узму у обзир научне производе страних теоретичара. Од каквих је штетних последица узајамно занемаривање, најбоље се види при *упоређењу* научних дела француско-немачких, особито енглеских и континенталних.³⁾

4. *Деонтолошки метод*. Као и свака друга правна наука (и Етика), Кривично право треба да изучава своје објекте, кривично-правне установе, не само такве какве су, већ и такве, какве *треба* да буду, да научно сазна дакле, не само кривично право, које *је* (и које сачињава њен материјал), већ и кривично право, које *треба* да буде. Ово друго изучавање је потребно зато, што између кривичног права, које

¹⁾Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur „positiven“ Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Teil derselben у Grünhuts Zeitschrift f. d. priv. und öff. Recht 1 (1874) 1 и сл., 402 и сл.

²⁾Z 26 553, 27 91, Vergl. D. Bes. T. 5 1 и сл. В. полемику против њега: Radbruch Z 27 246, Belling Z 26 693, Hafter Schweiz. Z. 19 133, Thomsen Z. 26 696, Kohlrausch Vergl. D. Allg. T. 3 130. Као *v. Liszt* и *Макаревич* Einführung in die Philosophie des Strafrechts 14. Против, од ранијих писаца, особито *Kirchmann* Grundbegriffe des Rechts und der Moral.

³⁾В. о томе *Живановић* Правна филозофија § 7 II.

је, и кривичног права, које треба да буде, постоји генетичка (в. 3 б) веза, и нема никаквог разлога за одвајање поменутих изучавања у две засебне науке. Ово издвајање је некад захтевао *Kirchmann* на основу свог погрешног схватања, да правне науке и наука о моралу не могу предузети критику постојећег права одн. морала, пошто између онога, што је, и онога, што треба да буде, нема никакве везе. Примена у Науци кривичног права изучавања правних установа таквих, какве *шреба* да су, може се означити као *деонтолошки* или (саобразно уобичајеној терминологији) као метод *de lege ferenda* (насупротив изучавању *de lege lata*, које се по себи разуме као делатност својствена Науци кривичног права).

У Науци кривичног права појавила се је међутим одавно тенденција, да се извесан део њеног деонтолошког истраживања издвоји у самосталну науку, т. з. *Криминалну политику*, као што се је слична тенденција појавила и у Науци државног права. В. о правом односу између Криминалне политике и Кривичног права § 6 I 1 б.

5. *Метод нефиктивитета (нефикције, реалности)*. Све се науке, особито математика и правне науке са законодавцем, служе *фикцијама* т. ј. објашњењима *противречним* са стварношћу: представља се нешто тако, *као да* је оно такво у ствари.¹⁾

Vaihinger је први, који се је фикцијама систематски бавио.²⁾ Али он придаје карактер фиктивитета многобројним научним и правно-научним појмовима и многим законским конструкцијама, који се иначе не сматрају таквим. По њему би чак изашло, да је *цело* право фикција, практичка фикција, што се и тврди од неких.³⁾ Ово претеривање је дошло, што се права тиче, услед *Vaihinger*-овог нетачног схватања суштине правне фикције, т. ј. противречности правне норме одн. правног појма са стварношћу.⁴⁾

¹⁾ В. о фикцијама у праву *Живановић* Правне и правно-теоријске фикције, Арх. 1928, 81 и сл.

²⁾ *Die Philosophie des Als-Ob* op. cit.

³⁾ *W. Strauch* op. cit. 18.

⁴⁾ Противречност са стварношћу састоји се у праву према њему у томе, што се „поједини особени случајеви абнормалне природе“ подводе под једну норму или општи појам, као да они ту заиста спадају. То је случај н. пр. с изједначењем правног лица с физичким, адоптивног сина с природним. Али би из његове формуле изашло, да се законске фикције састоје у *проширењима* правних прописа на случајеве њима необухваћене. Услед овог изопачења суштине противречности у праву са стварношћу појављују се као правне фикције многи појмови и права бића, који у ствари то нису, који су у ствари само *проширења* норми на случајеве иначе њима необухваћене, а не фикције (н. пр. на адоптивног сина). Уп. против *Vaihinger*-а о овоме *Kelsen* *Der sociologische und der juristische Staatsbegriff* (1922) 205 и сл., *Strauch* op. cit. 27 и сл.

а) Несумњиво је међутим, да (свесних) противречности има у *праву* (законодавству) као и у правним наукама. То су *правне* фикције (у ширем смислу).

1^о У колико је у питању *право* (законодавство), те су противречности, бар у извесним случајевима (као и фикције у правним наукама) потребне, корисне. Та корисност је једино, што оправдава ове фикције. Њих називамо *правим правним* фикцијама (законског и незаконског права) или просто *правним* (законским) фикцијама (у ужем смислу дакле), да би их разликовали од следећих, *теоријско* (научно)-*правних* или просто *теоријских* (научних) фикција. Такве су н. пр. фикција правно лице у приватном и јавном праву, фикција кривац правно лице у кривичном праву.

2^о У колико су међутим у питању *правне науке*, фикције од њих створене су двојачке. Оне су или прећутне *правне* (законске) фикције и према томе за ове науке неизбежне, или су *теоријске*, т. ј. *чисто њихове*, према томе *прошљивне* закону, те се морају одбацити.

Метод правних наука при образовању појмова мора на тај начин да буде, у колико је у питању однос тих појмова ка *стварности*, метод *реалности* (*реалистички* у том смислу), не метод *фикције*, *фикциони* (фиктивистички). Ово нарочито мора да важи за науку права, чији је извор искључиво закон и које садржи најтеже санкције, за Науку кривичног права дакле.¹⁾

б) Правно-научне, теоријске, закону дакле противне фикције стваране су само, да би се могао провести овај или онај погрешан систем или теорија. То је једини њихов разлог, али их то наравно не оправдава. Такве су у традиционалној Науци кривичног права фикција *посредног* извршиштва и фикција *прекидања* каузалне везе (на којој се

¹⁾ Уп. против фикција у опште још *Ortolan* п. 521 (поводом фикције екстратериторијалности страних посланстава), 930 (фикција је „једна лажна слика, повод многобројних контроверза, под којом сликом се измиче и губи правни разлог решења“); *Garraud* I п. 170 IV, 362 (за фикцију екстратериторијалности нехришћанских земаља), према коме се једна фикција може примити „само ако се законом налаже“; *Roux* 64 (за фикције територијалности). Али се и француски писци ипак служе фикцијом посредног извршиштва и другим, н. пр. *Garraud* противзаконском фикцијом територијалности лађа на отвореном мору (I п. 170 I), *Roux* противзаконском фикцијом, да странац улазећи у земљу постаје њен привремени држављанин (65). Уп. *Travers* *Le Droit pénal international* I (1921) п. 18 и сл. против територијалних фикција у Међународном кривичном праву. За ове фикције је дало повода, вели, старо схватање кривичног права као искључиво територијалног права, услед чега се је ради попуна празнина подводило под појам територије (као фиктивна територија) оно, што у ствари није њен састојак (н. пр. конзуларна земља, окупирана територија: у ствари ту су у питању праве правне фикције државне територије, но у *кривично-правном* смислу, в. § 44 III 1 б).

прва заснива). Те две најфаталније фикције Бипартиције смо у расправи *De l'élément subjectif („moral“) dans la notion du délit* од 1909 први напали.¹⁾ Ту смо их навели као један од најјачих аргумената против традиционалног, дводеобног система, ради чијег омогућења су и створене у погледу разних случајева (на име због разних случајева одсуства виности код извршиоца, јер би у овим случајевима без поменутих фикција и саучесници због акцесорне природе саучешћа остали некажњени).²⁾

6. Реалистички метод (на супрот идеалистичком, било рационалном било спекулативном). Кривично дело и кривац су појаве (реална бића) како спољњег (физичког) тако и правног света (света апстракција, апстрактних бића). То исто важи наравно и за кривичну санкцију, за коју треба увек имати на уму, да је она једна несумњива потреба постојања друштва — државе. Кривично дело, кривац и кривична санкција су дакле нешто *реално*, сами по себи постојећи, независно дакле од мишљења.

а) Из реченог излази, да се већ при самом изналажењу предмета Науке кривичног права, т. ј. систематских основа њених, њених основних појмова дакле треба држати *реалности*. Другим речима треба да се рад кривично-правне науке при изналажењу њених објеката креће у границама физичке и правне (законске) *реалности*, а не у границама идеализма (спекулације), извођења из разума (у смислу идеалистичке, било рационалне било спекулативне филозофије). Бипартиција, која је изгубила из вида реално, не само физичко, већ и правно биће кривца, увевши га несвесно и прећутно у његов производ, кривично дело, резултат је идеалистичког, антиреалистичког правца научне делатности.

б) Из реченог излази с друге стране, да се при научном објашњењу објеката Науке кривичног права треба такође држати *реалности*. Кривично-правна наука треба на име како формално тако особито и материјално (супстанцијално) објашњење својих објеката да изведе из њих самих посматраних *шакви*, *какви* се појављују у реалном, физичком и правном свету, а не такви, како они идеалистички изгледају.

Кобно дејство је имао у овом погледу идеалистички (рационални и спекулативни) метод већ и у самим учењима Бипартиције о кривичном делу и његовим формама (тако н. пр. хегелианстичко схватање кривичног неправга и хегелианстички заснована субјективна теорија о суштини покушаја и о односу између појмова извршилац и саучесник). Делимично се утицај идеализма показује и у аподиктичкој теорији Ломброзовој и његових последника о абнормалности криваца у опште.

¹⁾ В. о овој расправи § 1 I.

²⁾ В. *Основни проблеми* § 5 I 26 1^о (1).

Но нарочито је кобне резултате имао *идеализам* у области казне. Овде су његов плод идеалистичке, иреалне теорије о *правном основу* казне и нарочито апсолутне (или идеалистичке) иреалне теорије о *циљу* казне. На њему се заснивају делимице (у колико за циљ казни при- дају и одмазду идеалистички схваћену) и спојне теорије. Њиме се је руководила и теорија *позитивистичке* школе о кривичној санкцији, на име негативно, у колико се заснива на порицању слобода воље, а и позитивно, у колико тврди, да једино слобода воље може бити основ психичке подобности за урачуљивост и да је сходно томе одмазда једини могући циљ казне (в. *Основни проблеми* § 35 II 3 а).¹⁾

в) *Тријархиција*, трдеобна систематизаторска (догматички) школа (правац), као и криминолошка (в. *Основни проблеми* § 35) *реалистичко-психолошка* школа (особито с њеним индиферентистичким, чисто психолошким [т. ј. без наслона на индетерминизам и детерминизам] схватањем основа [материје, субстанце] кривичних санкција) резултат су *реалистичког* метода.²⁾

7. *Филозофски метод* (*ојшће* филозофски [или *метафизички*], *правно* филозофски и *психолошки*).

а) Објекти Науке кривичног права (као и сваке друге) биће потпуно научно проучени тек онда, ако се доведу у везу са њиховим *родовима* (генусима), и то не само кривично-правним, већ и вишим правним и чак неправним. Ови виши родови су међутим објекти *правне* или чак *ојшће* *Филозофије* (*Метафизике*).³⁾ Тако се на пр. суштина кривичног дела или неправна не може потпуно проучити, ако се оно не доведе у везу с ванкривично-правним неправима и према томе с појмом неправна у *ојшће*, а ово је објекат (синтетичке) *Правне филозофије* (в. *Основни проблеми* § 9). Или појам узрока не може се одредити, ако се не пође од појма узрока у *ојшће*, а овај појам је предмет *Филозофије* (*Метафизике*). Овакав начин изучавања кривично-правних института има се означити као *филозофско-правни* одн. *филозофски* или *метафизички* метод. Специјалиста, који тај метод примењује, је *синтетичко-филозофски* специјалиста.⁴⁾

б) У *Кривичном праву*, нарочито у учењу о кривцу (ван — в. горе — криминалног психичког стања) налазе се многи чисто *психолошки* појмови, појмови дакле, који су иначе објекат *Психологије*. (1) То су пре свега сви *субјективни* (психолошки) momenti, који су потребни за кривичну одговорност (као састојци другог елемента формалног појма

¹⁾ В. и *Дуалист* § 1 II.

²⁾ В. *Дуалист* § 2 § II 4 б.

³⁾ В. *Живановић* *Правна филозофија* § 1 II, § 6 I 1.

⁴⁾ В. *Живановић* *Правна филозофија* § 3 VI 1, § 11 II 2.

кривца, виности). Ово је случај н. пр. с моментом хотења, умишљаја, нехата, намере и предумишљаја и с подобношћу за урачунљивост. (2) Затим у области казне и мере безбедности поставља се од реалистичко-психолошке школе питање о психолошким супстратима њихових циљева. (3) Најзад психолошких појмова има и у области самог кривичног дела (и ако леже наравно ван његовог појма). Тако се н. пр. код прекорачења нужне одбране појављује питање о афектима, који искључују кажњивост (кривца). Све ове психолошке појаве могу се наравно у Кривичном праву одредити само онда, ако се узме за основу учење Психологије о њима. Примена оваког начина изучавања дотичних психолошких појава у Кривичном праву може се означити као психолошки метод.

в) Примена филозофског метода у Кривичном праву од стране извесних старијих писаца (почев од Feuerbach-а) дало је повода њиховом погрешном називању општег дела филозофским делом Кривичног права. Филозофски обрађен тај део је заиста филозофског карактера. Али је он ипак само највиши део генерализација Науке самог позитивног кривичног права, извршених већ у посебном делу ове науке и само настављених и завршених у њеном општем делу. Он је дакле у свом основу позитивно-правног карактера, те је, ако је обрађен по филозофском методу (што важи и за посебни део), само кривично-правна филозофска специјалност, али не филозофски део Науке кривичног права, а још мање „филозофски“ („рационални“ или „природни“) део ове науке у смислу сувројности њеном „позитивном“ делу, као што се је то некад тврдило.¹⁾

VI. Поред државног позитивног права разликују неки као другу врсту права т. зв. аутономно право. То је право појединих друштвених заједница, које постоје у одређеној држави или у више држава (н. пр католичка црква). Налазећи на основу своје погрешне идентификације државе и друштва, да између овог и државног позитивног права нема никакве разлике, извесни писци заступају гледиште, да правне науке, према томе и Кривично право, треба да одређују правне појмове с обзиром, не само на државно позитивно право, већ и с обзиром на друштвено позитивно право, т. ј. с обзиром и на т. зв. аутономно право. Од криминалиста то је нарочито покушао да изведе Makarewitz у свом делу Einführung in die Philosophie des Strafrechts.²⁾ У ствари међутим између

¹⁾ То је називање било некад уобичајено почев од Feuerbach-а, који је општем делу свога Lehrbuch des reinlichen Rechts (1. изд. 1801, 14. изд од Mittermaier-а 1847) дао назив „филозофски или општи део Кривичног права“, а посебном „позитивни или посебни део.“ В. прот. Schütze 4 („Оба су, вели, поједнако позитивна и подједнако — нефилозофска“, јер право је само позитивно, т.ј. историјски постало оди. још важеће“), губећи међутим из вида могућност филозофског карактера општег дела у горњем смислу.

²⁾ (1908) 82/3.

два поменута права постоји појамна разлика, пошто само државно позитивно право има за елеменат принудљивост (коактивитет), те је према томе и поменути метод образовања правних појмова неумесав.

VII. Кривично право није нити чисто *дескриптивно-експликативна* нити чисто *нормативна* наука, као што се то често тврди и једно и друго за правне науке у опште и за науку о моралу.¹⁾ Оно је *уједно* и *дескриптивно-експликативна* и *нормативна* наука.

1. Кривично право је *дескриптивно-експликативна* наука, у колико одређује суштину (формалну и материјалну) кривично правних института. У том погледу оно је (противно лајчком мишљењу неких логичара и јуриста коментатора), са свим другим правним наукама (и Етиком), равно физичким наукама. Правне норме, извор правних наука су истина правила (закони) о ономе, што *треба* да буде, а не о ономе, што је, и као такве су „конвенционална“ правила у ширем смислу. Али је тај њихов карактер без значаја за правне науке при њиховом изучавању правних установа, као што су н. пр. за научног ботаничара без значаја разне конкретне варијације ове или оне биљке (варијације, којих има код свих физичких феномена, и које можемо назвати природним [трансцедентним] *конвенцијама* насупрот социалним конвенцијама, какве су правне и моралне норме). Правне науке посматрају правне норме о ономе, што *треба* да је, као такве, какве су, а тако посматране оне су подложне правилима, која изражавају оно, што је, законима дакле у *опшће* научној смислу, каузалитетским законима *духовног* света, сачињавајући с правним институтима у њима садржаним особену групу феномена тога света, правне феномене, правни свет.

2. Оно је пак *нормативна* наука троструко. Оно је таква наука пре свега, у колико су његов материјал *норме*, т. ј. правила, која, посматрана сама за себе (в. 1), изражавају оно, што *треба* да је (Seinsollen), а не оно што је (Sein), т. ј. узрочне односе. Затим оно је нормативна наука нарочито, у колико је, ради одређења суштине кривично-правних установа, принуђено, да утврђује *прави* смисао појединих законских прописа (*шумачење*), који те установе регулишу, и да открива принципе (норме), који нису формулисани од законодавца, али проистичу из принципа од њега формулисаних и из материје појединих кривично-правних установа (н. пр. принципе неподобног покушаја и стања нужде у законодавствима, где нису изрично постављени). Најзад оно је нормативна наука, и у колико има за дужност (в. V 4), да предлаже кривично-правне прописе, који *треба* да буду (de lege ferenda).

¹⁾ В. н. пр. Wandt Die Ethik I 1, Jellinek Allgemeine Staatslehre (3. изд., 1905) 19 (нормативне су науке, а не, како он вели [јер су и норме као и каузална правила „објекат описивања и објашњења“], „каузалне“, схватајући *каузално* правило сувише уско).

VIII. 1. Кривично право је *чиста* наука, у колико се бави испитивањем *de lege lata*, т. ј. у колико испитује кривично-правне установе такве, какве су. Оно је пак *примењена* наука, у колико се бави испитивањем *de lege ferenda* (деонтолошким), с обзиром на однос, који постоји између права, које је, и права, које *треба* да буде (в. V 4).

2. У колико је Кривично право *чиста* наука, оно се назива и кривично-правна *догматика* или и *техника* (scil. систематика), али неумесно с обзиром на неодређеност смисла ових термина, а нарочито с обзиром на то, што би се на основу истих могло држати, да оно није и чиста наука.

IX. Савршено прегледно систематско уређење садржине једне науке, синтетички обрађене (в. II 2), постојаће само онда, ако се она подели у два дела, *општи* и *посебни*, тако да се у првом делу излажу *основни* појмови те науке, а у посебном њени овима *подређени* појмови (в. II 2).

Тако мора бити и с Науком кривичног права. Она у осталом једина међу специјалним правним наукама има *синтетички* (в. II 2) конструисан систем. Почињући с образовањем својих најнижих појмова, она је доспела, посредством постепене уопштавајуће генерализације, до својих највиших („првих“ или „последњих“), основних појмова, којима су сви њени нижи појмови субординирани, налазећи се међу собом у односу координације и субординације.¹⁾

У *првом* делу се има говорити о њеним *основним* појмовима, дакле о кривичном делу, кривцу и кривичној санкцији (казни и мери безбедности) у *општем*, т. ј. без обзира на то, да ли је у питању ово или оно кривично дело, и према томе овај или онај кривац, ова или она санкција. Другим речима у *општем* делу се има да утврде појам и елементи кривичног дела, кривца, казне и мере безбедности и да се проучи суштина сваког од тих елемената.²⁾ У *посебном* делу пак има да се говори о разним кривичним делима, в. пр. о убиству, крађи, и код сваког од тих кривичних дела о кривцу и казни, пошто су ови различни према томе, да ли је у питању ово или оно кривично дело. *Општи* део Кривичног права има се на тај начин појавити као *систем основних кривично-правних појмова*, а његов *посебни* део као *систем појмова о кривичним делима, кривцима и кривичним санкцијама*.

¹⁾ Друге специјалне правне науке нису још доспеле, да створе један *синтетички* систем. Њихови општи делови садрже њихове више или мање опште принципе. В. *Живановић* Правна филозофија § 7 I 2., *Основни проблеми* § 1 II 2.

²⁾ О погрешном, противном самом појму науке стављању „казненог закона“ у особен одељак општег дела, *координираног* одељцима о *основним* појмовима, од стране неких писаца, в. *Основни проблеми* §§ 11 II и 18 IV 2.

1. Пошто има *три* основна појма, о којима се има расправљати у *општем* делу, поделићемо овај на *три одељка*. Што се *системајике* његове тиче, мора се наравно расправљати о кривичном делу, кривцу и кривичној санкцији њиховим *природним* и *логичким* редом. На име за казну и меру безбедности је претпоставка, да постоје кривично дело и кривац, те ћемо о *кривичној санкцији* расправљати у *трећем одељку*.¹⁾ Да би пак било кривца, треба да постоји кривично дело. Кривичног дела може бити, ма да нема кривца, већ само извршиоца, али не обрнуто. Зато ћемо о *кривичном делу* говорити у *првом одељку* општег дела, а о *кривцу* у *другом*.²⁾

2. Што се тиче деобе и систематике *посебног* дела, оне се морају заснивати на природи *кривичних дела*, јер су услови за кривца и казне различни према томе, да ли је у питању ово или оно кривично дело. Како се има извршити та деоба, и каква има да буде систематика у њој, биће речи у уводу у Посебни део Основа (§ I II).

X. О двема врстама *школа* (праваца) у Кривичном праву, *догматајичким* и *криминолошким* (систематизаторским) в. *Основни проблеми* § 2.

XI. 1. *Кривично* право назива се у савременој немачкој правној књижевности *Казнено* право („Strafrecht“), док је раније³⁾ био кроз више векова уобичајен назив *Кривично* право („Kriminalrecht“). У француској правној књижевности су међутим оба назива у употреби, тако да чак једни исти писци веле и *Кривично* и *Казнено* право (Droit „criminel“, „pénal“). Н. пр. *Garraud* је свом већем делу о Кривичном праву дао назив *Traité de Droit pénal*, док уџбенику *Précis de Droit criminel*. Оба се ова назива употребљавају и за означавање гране *права*, чији су предмети кривична дела, кривци и казне. У латинским делима Кривично право се је такође називало и *ius criminale* и *ius penale* (новолатински називи). Први назив не одговара терминологији римског права, јер кривично дело се

¹⁾ Погрешно је према томе почети излагање с *кривичном санкцијом*, као што то н. пр. чини *Sauer*, истичући тај ред у својим *Grundlagen des Strafrechts* (1921, 6, 69). В. прот. њега (и *Baumgarten*-а *Aufbau* итд. 7) *Mittermaier* Z. 44 3, 4.

²⁾ Погрешно је према томе почети с *кривцем* и излагати потом кривично дело и кривичну санкцију (као што то чини *Florian* у 3. изд. свога *Traitato di Diritto penale* од 1926, где је примио Трипартицију, и после њега *Ferri* у својим *Principi di Diritto criminale* од 1928, док је у свом пројекту итал. к. з. од 1921 био почео с кривичним делом). В. о томе *Основни проблеми* § 4 пр. 1 и Додатак В. 214 под III за аргументацију против онога поступка, као и против бипартициста (као *Stooss*), који почињу излагање о кривичном делу с *виношћу*.

³⁾ В. *Schütze* 3 (у наслову, вели, на римско-правни појам *crimen*, који означава „јавно кажњив деликат као и гоњење истог *accusatio*-м“). В. *Schütze* 4 за немачки назив *Peinliches Recht* („сходно средњевековном правном говору, који је разликовао према особености законског казненог зла „*peinliche*“ и „*bürgerliche Vergehen*“).

је обично звало *maleficium, scelus, facinus* (неправнички, сакрални или етички изрази), доцније *delictum*, а врло ретко *crimen*. Израз *crimen* је означавао по правилу *шужбу* поводом *јавних* (ретко приватних) деликата, т.ј. правих кривичних дела (*delicta publica*), н.пр. *persevere in crimine, crimina audire et discutere, in crimen suscribere*, затим судску истрагу (н. пр. *aliquem in crimen vocare*).¹⁾ Тек у доба декаденције се је уобичајио израз *crimen*, и отуда долази назив *ius criminale* (*jurisprudencia criminalis*, кривично-правна наука)²⁾ у каснијој науци.

2. У нас је уобичајен назив *Кривично* право. Називање Кривичног права Казненим правом од стране *Авакумовића* остало је усамљено.³⁾ Назив *Кривично* право је у осталом тачнији. (1^о) Њиме се на име наглашује, да се ова правна наука бави кривичним делима и кривцима. Ови су обоје пак *прећпостјавке* за примену казне, док је казна само њихова *правна последица*. На тај начин кад се ова правна наука назове *Кривичним* правом, онда се тим самим каже, да се она бави, поред кривичног дела и кривца, и казном, т. ј. њиховом кривично-правном *последицом*, пошто они само заједно с овом последицом представљају једну природну логичку и правну целину. Међутим кад би се она назвала *Казненим* правом, онда није толико по себи разумљиво, да су њени предмети и *прећпостјавке* казне, т. ј. да она није просто „*Пени-шенциарно*“ право. (2^о) Сем тога логички је оправданије, да се свака наука назове по оним њеним појмовима, који су *прећпостјавке* осталих.

Поред казни у Кривичном законнику од 1929 предвиђене су и *мере безбедности*. Ове су санкције исто тако значајне и обимне по својим врстама као и казне. Сем тога примењују се и на *душевно болесне* кривце, т. ј. и ови су унети у кривично право, као и малолетници неподобни за урачунљивост, дакле кривци, према којима је казна *немогућа*. Отуда је данас трећи основни појам, као што је већ наглашено (в. § 2 I), не казна, *казнена* санкција, већ *кривична* санкција, те и кривично-правни прописи нису више само *казнени* прописи. Назив *Казнено* право је према томе не само из горња два разлога нелогичан, већ је он при садањем законодавству *немогућ*, као што је доследно данас *немогућ* и назив *Казнени* законик.⁴⁾ Наука кривичног права није дакле више само Наука

¹⁾ В. *Mommsen* Römische Strafrecht 7 и сл.

²⁾ В. *Heffler* 1.

³⁾ Теорија Казненог права, Београд 1887—1891.

⁴⁾ Наше инсистирање на називу Кривично право примно је и нужност тога назива због мера безбедности нагласио и проф. *Stooss* (писац дела *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*), одобривши тако нашу аргументацију изнету у *Основним проблемима* (на француском) § 1 пр. 1). С мерама безбедности се „Казнено право (*das Strafrecht*)“ проширује, вели у чланку *Zur Natur der sichernden Massnahmen* (*Schweiz. Z. 44* 268), у *Кривично* право (*das Kriminalrecht*). То је нашло одзива и код извесних немачких писаца (осо-

казненог права, и Законик о кривичним делима и кривцима није више само *Казнени* законик. О томе је вођено рачуна, те је нов законик, од 27. јануара, 1929, назван *Кривичним* закоником (док је у пројекту Краљевине Србије од 1910 назван био *Казненим* закоником). Исто је тако и нов војни законик од 11. фебруара, 1930, назван (за разлику од старог, од 1901) *Војним кривичним* закоником.

§ 6. Остале кривичне науке. — Помоћне науке Науци кривичног права.

I. *Остале кривичне науке.* — Кривично дело, кривац и кризична санкција нису предмети само Науке кривичног права. Поред ове има и других *кривичних наука*.

Израз *Кривична наука* означава дакле према нама скуп свију наука, које изучавају кривично дело, кривца и кривичну санкцију ма са кога гледишта, *правног* или *ванправног*. Његов је синоним израз „*Кримнологија*“, који се, погрешно, употребљава као синоним израза *Криминална ециологија*. Но место њега се не може употребити израз „*Казнена наука*“ (уобичајен некада у Француској: *Science pénale*) из истих разлога, из којих се не може употребити израз *Казнено* право (§ 5 XI 2), а још мање израз „*Целокупна казнено-правна наука*“ (употребљен некад у Немачкој по *v. Liszt*-у: *die gesamte Strafrechtswissenschaft*).

Наше издвајање *кривичних наука* са класификацијом истих је следеће:

1. *Правне кривичне науке* су поред Кривичног права:

а) *Виши ошћни део* (или *Основни проблеми*) Кривичног права (или *Синтетичка филозофија* кривичног права). То је систем основних (првих, последњих) појмова Науке кривичног права посматраних критички и у својој целини, како по својој форми тако и по својој материји (субстанци, садржини), и уједно по свом односу ка осталим сродним правним и ванправ-

бито *Mezger* 4: „много шта би говорило за то, да се старо име „*Kriminalrecht*“ данас опет истргне из заборава“). Назив *Кривично* право примио је и *Ferri*, давши свом делу од 1928 наслов *Принципи Кривичног права* (док је пројекту итал. к. з. од 1921 дао назив пројекат *Казненог* законика, свакојако ради отклањања опозиције, и ако он предвиђа као кривичну санкцију само „санкцију“). Присталица позитивне школе *Florian* је и у 3. изд. задржао назив „*Казнено* право“, с примедбом, да (и ако се „као консеквенца новог правца“ предлаже папуштање тог израза) „по његовом мишљењу нема разлога за промену имена, пошто име не чини ствар и има за себе традицију векова“. Међутим казна није више ни по њему једина санкција, и баш оно име у ствари „чини ствар“, те се са самом „стварју“ противречи, кад „традиционално“ име *Казнено* право задржава и чак обухвата пол „казну“ у „ширем смислу“ и меру безбедности. Назив *Кривично* право као једино данас могућ прихватно је и *Carnevale* у своме извештају за III. Међународни конгрес за *Кривично* право, *R. Int. 9* (1932) 257.

ним појмовима.¹⁾ Кривично право има према томе да прими одатле поменуте појмове као готове резултате, да би од своје стране испитало њихове елементе.

б) *Кривични поступак* (или *формално* Кривично право). То је систем појмова о правно регулисаним радњама управљеним на то, да се судском одлуком утврди постојање кривичног дела и кривца и, из тога проистичућег, државног права на казну и да се ово, ако постоји, принудно оствари. Из њега и из Кривичног права (у колико к. з. садржи норме о извршењу кривичних санкција) може се издвојити као засебна кривична наука *Извршење казне и мере безбедности* (кривичне санкције), као што се (особито у Француској) Извршење пресуде (*Voies d'exécution*) издваја из *Грађанског поступка*. Ово издвајање је међутим немогуће у потпуности извести, а још мање издвајање самих законских норми, због тесне везе између одредаба о извршењу с одредбама к. з. о казнама и мерама безбедности одн. с одредбама к. с. п. о извршењу пресуде у опште.²⁾

в) *Криминална* (кривично-правна) *полиџика* (или *терапетика*). Она је у ствари састојак саме Науке кривичног права, нарочито с обзиром на њен карактер привременог слагалишта разних нових криминално-политичких идеја, које су кроз краће или дуже време улазиле у законодавство.

2. *Ванправне* кривичне науке су:

а) *Ециолошке* кривичне науке. Укупни назив *Криминална ециологија* обухвата науке о чиниоцима (факторима, тачније узроцима) криминалитета, од којих свака поједина изучава ову или ону врсту чинилаца. Ециолошке кривичне науке су:

1^о *Криминална социологија*.³⁾ То је наука о социјалним чиниоцима криминалитета. Она изучава дакле кривично дело и кривца као *социјалне* феномене, т. ј. у колико су резултат дејства *социјалних* фактора.

2^о *Криминална анџропологија* (или *биологија*). Она је при садањој њеној научној диференцијацији у ствари само укупан назив за самосталне дисциплине о овим или оним *анџрополошким* чиниоцима криминалитета. Те су дисциплине:

(1) *Криминална психологија*. То је наука о психичким чиниоцима криминалитета. Она изучава дакле кривца као *психички* феномен, т. ј. у колико је он, па према томе и кривично дело, резултат дејства *психичких* фактора.

¹⁾ В. *Основни проблеми*, предговор.

²⁾ Питање о могућности издвајања норми о извршењу у засебан закон је било на дневном реду III. Међународног конгреса за Кривично право у Палерму 1933.

³⁾ Може се назвати и *Социјалном* криминологијом по угледу на одговарајућу јој *Социјалну медицину* (в. о овој Т. Самић Општа бактериологија и имунологија, 1929 I).

(2) Криминална *психијатрија* (психопатологија или *анормална*, патолошка психологија). То је наука о *анормалним* (патолошким) психичким чиниоцима криминалитета.

(3) Криминална *соматологија* (анатомија и физиологија). То је наука (још не потпуно диференцирана) о анатомско физиолошким одблесцима кривичне душе (особито патолошке) и о евентуалним физиолошким чиниоцима криминалитета.

б) Остале (неециолошке) *ванправне* кривичне науке су:

1^о Криминална (или судска) *полиција* или тачније Криминална *техника* и *тактика*. То је наука о средствима за утврђивање личног идентитета ради доказа извршиоштва кривичног дела, о траговима кривичног дела и о тактичним средствима успешне кривичне истраге. То је дакле наука о *техничко-тактичним* средствима кривичне истраге. Из ње би се могла издвојити као особена кривична наука Криминална (судска) *хемија*.

2^о Криминална *статистика*. То је наука о криминално-статистичким методима, т. ј. методима за испитивање утицаја личних и социјалних чинилаца на опадање и рашћење криминалитета и дејства казни и мера безбедности на то опадање и рашћење. Њена изучавања служе особито омогућавању сазнања реформи, које треба предузети у систему кривичних санкција, у вези с криминално-политичким мерама, нарочито у уређењу казних завода и завода за извршење мера безбедности.

3^о Криминална *педагогија*. То је наука о методима васпитања и поправљања осуђеника, особито малолетних, у казним заводима и заводима за мере безбедности, као и о уређењу васпитних и поправних школа.

4^о Криминална *профилактика* (или хигиена). То је наука о средствима за отклањање индивидуалних и социјалних чинилаца криминалитета.¹⁾

5^о Криминална *етнологија* (етнографија). То је наука о народним обичајима и празноверицама (сујеверју), архаистичким (т. ј. преостатцима из примитивних времена код културних народа; Криминални *фолклор*) или садашњем стању народног душевног развића одговарајућим, који су чиниоци криминалитета или су већ и по себи (као крвна освета) кривичног карактера. Ова издваја те обичаје и празноверице, описује их (т. зв. дескриптивни или *етнографски* њен део или просто Етнографија), изучава их у њиховом развићу (особито у вези с криминалитетом) и у каузалној вези с криминалитетом (њен експликативни део или *етнолошки* у ужем смислу).²⁾

¹⁾ Уп. *Prins* п. 48 (превентивна хигиена).

²⁾ В. Живановић Предговор на књигу И. Јелића Трагови гостинске обљубе код нашег народа 1931.

6^o Криминална *антропогеографија*. То је (још недиференцирана) наука о криминалним психичким диспозицијама у народу, које проистичу из особености физичке природе, на чијем земљишту живи.

7^o Криминална *лингвистика*. То је наука о језику позивних (професионалних) криваца (о злочиначком језику, *аргоу*).

II. Помоћне науке Кривичног права су:

1. *Филозофија* (Метафизика, Наука о првим или последњим принципима), *Етика*, *Правна филозофија* и *Психологија*. Већ учење о методима (§ 5 IV и V) упућује на потребу познавања ових дисциплина за научну обраду кривичног права. То се пак још јасније види из садржине науке о њему. Велики број проблема Општег дела наине су по себи ванправне природе, и то било филозофске или метафизичке (као проблем о слободи воље), било етичке (о односу кривичног права ка моралу, на чему се заснива решење многих проблема, н. пр. о могућности „моралног“ елемента кривичног дела и „моралне“ урачунљивости и одговорности), било правно-филозофске (н. пр. о положају кривичног неправа у систему неправа), било психолошке (н. пр. појам виности, питање о стеничким и астеничким афектима и о мотивима). Поред поменутих дисциплина помоћна је наука Кривичног права, као и свих других грана правне науке, наравно и *Логика*, наука о законима мишљења и научним методима (методологија).

2. *Судска медицина* је од великог значаја за кривични поступак и Науку ове гране права као и за судску праксу, потпомажући да се (од законодавца, теоретичара и практичара) дође до истине.¹) Али је она од значаја и за Кривично право, јер има кривичних дела, чији су неки елементи судско-медицинске природе, те је за утврђивање њиховог појма потребно познавање Судске медицине. Такав је случај са убиством, тровањем, са силовањем, противприродним блудом и т. д. Зато је она помоћна наука и Науци кривичног права.

¹ Уп. Д-р М. Јовановић-Бабуш П. г. 1909, Полиција, суд и медицина, Полиција 1926 и Установа судских лекара; М. Миловановић Значај Судске медицине, Арх. 1925, 437.

ГЛАВА II.

Историја кривичног права и Науке кривичног права.

§ 7. Историјски развитак кривичног права у опште (његови општи принципи или општи део).

Књижевност.—М. Миловановић Кривично право, историјска критичка студија 1889. *Samner Maine* L'ancien droit. *Du Bois* Histoire du droit criminel des peuples anciens Paris 1845. *Du Bois* Histoire du droit criminel des peuples modernes depuis la chute de l'empire romain jusqu'au XIX siècle, 6 књ. 1854—1874 (1 књ. у 2. изд. 1865). *Thonissen* Histoire du droit criminel des peuples anciens 1869. *Geib* Lehrbuch 1861. *Puglla* Evoluzione storica e scientifica del diritto e della procedura penale 1892. *Tissot* Le droit pénal des divers peuples (књ. I. и II. 3. изд.) 1888. *v. Bar* Handbuch des deutschen Strafrechts I. *Gruber* M. 37 (II) 1138, *Zocco-Rosa* Lo stato preistorico e il periodo teologico-metafisico del diritto penale a Roma 1893. *Merkel* Über den Zusammenhang zwischen der Gesamtentwicklung der öffentlichen Zustände und des geistigen Lebens der Völker 1889. *Neukamp* Die Einleitung in eine Entwicklungsgeschichte des Rechts 1895. *Mommsen* Zum ältesten Strafrecht der Kulturvölker 1905. *Junk* Blutrache und Sühngeld, Arch. Crim. R. 71 274. *Steinmetz* Ethnologische Studien zur ersten Entwicklung der Strafe 1894. *Kohler* Zur Lehre von der Blutrache 1885. *Frauenstädt* Blutrache und Totschlagsühne im deutschen Mittelalter 1881. *Förster* Das mosaische Strafrecht 1900. *Tommsen* Zum ältesten Strafrecht der Kulturvölker 1905. *Declareuil* La justice dans les coutumes primitives 1889. *Stephen* A History of the Criminal law of England 1883. *Makarewicz* Einführung in die Philosophie des Strafrechts auf entwicklungsgeschichtlicher Grundlage 1906. *Mayer* Geschichte des Strafrechts von Moses bis zur Gegenwart 1876. *Hellwig* Asylrecht der Naturvölker 1903. *Post* Die Grundlagen des Rechts und die Grundlagen einer Entwicklungsgeschichte 1884. *Исму* Afrikanische Jurisprudenz 2 1887. *Исму* Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz 1894. *И. Јелић* Крвна освета и умир код старих културних народа, Гл. етн. муз. 2 (1928). *Шурц-Ђорђевић* Етнографија 2. изд. 1931.

I. Кривично право почиње са постанком друштва, дакле још пре постанка државе. Чим се је прва друштвена заједница обрзовала, чланови њени морали су (в. II 2 в) осетити потребу *реакције* (*санкције*) против извршилаца оних радњи, које су они сматрали као противне потребама своје заједнице.¹⁾ Отуда се кривично право сматра не много

¹⁾ Друштво се у почетку свог стварања и развића може без опасности по своју егзистенцију одрећи великог броја својих данашњих функција, али не своје казнене функције. Уп. *Hätschner* I 2.

произвољно као први слој у развићу права, кривично неправо као претходник права.¹⁾ Начин, на који се је поменута реакција (санкција) вршила, био је различан према културном ступњу, на коме се је друштво у овој или оној епоси налазило. Изучавање облика реакције против криваца и доследно карактера кривичних дела у разним фазама друштвеног развитка сачињава основни предмет ошће Историје кривичног права.

Облик реакције против криваца (казне у ширем смислу) прошао је кроз исте фазе у кривичном праву свију народа (општи закон еволуције, услед сличности људске природе), идући од несавршенијег ка савршенијем, културнијем (закон прогреса). Ми разликујемо два главна периода, другим речима два главна облика реакције у историском развитку кривичног права: период приватне и период јавне, т. ј. државне реакције (приватног и јавног кривичног права). Узимамо дакле као главни критеријум за деобу у периоде карактер вршиоца реакције, јер, као што ће се видети, у том се састоји битна разлика између облика реакције. У првом су периоду на име појединци, сами или колективно, реагирали против криваца, а у другом је држава присвојила то право себи. Ова наша деоба историске еволуције кривичног права према облику реакције је посредно деоба према карактеру кривичног дела: у периоду приватне реакције и кривична дела су била приватна, док у периоду јавне реакције и она добијају јаван карактер, т. ј. постају јавна кривична дела. Но и приватна и јавна реакција пролазиле су од своје стране кроз више фаза, тако да се сваки од два главна периода дели на више периода.

II. Први главни период (приватна реакција). — Приватна реакција (казна у ширем смислу) прошла је кроз три фазе: период прогонства из заједнице, период освете, нарочито крвне освете, и период измирења средством накнаде причињене штете, т. зв. систем композиције (од сопруге, измирити), оштете.

1. Прогонство из заједнице. — Држи се, да се је реакција вршила искључиво у овом облику у првој, преисториској људској зајед-

¹⁾ Први закони су особити кривични закони, и стари закони садрже највише кривичне прописе (в. *Samler Maine* 347). И у обновљеној српској држави први закони су били кривични (Законик проте Матеје и Карађорђевог). Уп. Соловјев (О Карађорђевог законика *Арх.* 24 1932, 5 и 9) за старе словенске племенске закове, као што је Законик црногорски 1798—1803 и Карађорђевог, као и руска Правда XI. века (претежно су, вели, кривично-правне садржине као сваки *Lex Barbarorum* [с простим одредбама за разлику од „отменог законодавства Душановог“], јер је уређење кривичног права прва и најпреча потреба једне државе у стварању*). За руску Правду наводи (*ibid.* 9 пр. 22), да се од 43 члана у првој редакцији 40 односе на кривично право и поступак и да су тек у другој редакцију узете грађанско-правне одредбе.

ници,¹⁾ а вршила се је и касније, па се врши и у најновије време код примитивних народа раздељених у братства и племена, али поред освете и измирења (в. 2 и 3). Пошто је та заједница почивала на крвном сродству, она је носила, вели се, *верско* обележје. *Кривично дело* се је зато сматрало као управљено не само против појединца, који реагира, већ и против *божанства*, и казна је била *прогонство* из *верске заједнице*, сматрано не само као *приватно* задовољавање, већ и као *жртвовање* божанству ради умирења. Изгнанство је у том примитивном друштвеном уређењу значило исто што и смртна казна, пошто је кривац сматран као непријатељ и тако изложен животној опасности.²⁾

2. Освета, нарочито *крвна освета*. — Овај се је облик приватне реакције састојао у томе, *што су повређеник и његови сродници реагирали сами против извршиоца или чланова његове крвне заједнице* (породице, братства или племена)³⁾ *шме*, *што су им наносили једно зло, које је према њиховом схватању еквивалентно злу нанетом повређенику*. Кривично дело се је дакле сматрало као управљено против *појединца*, против самог повређеног као и против *свакога* члана његове крвне заједнице, што важи и за фазу композиције (в. 3).

а) Као што се већ и по самом другом називу може видети, освета се није вршила против чланова крвне заједнице, којој и сама жртва припада, већ против чланова друге заједнице. Према томе дакле да ли је народ живео у *породичним* или од породице *ширим* крвним заједницама, као што су (у Срба и осталих Словена) братство и племе, освета се је вршила од породице против породице, или и од братства против братства, од племена против племена. Сваки члан породице, братства и племена, којима повређеник припада, није се осећао умирен, док год освета није извршена.

б) Освета има, види се, три карактерне особине: (1^о) у погледу онога, који ју је вршио, она је *социјална* (тачније *колективна*), а не *индивидуална* реакција, јер ју је сваки члан друштвене заједнице, којој повређеник припада, вршио у име исте; (2^о) и у погледу оног, против кога се је вршила, она није *индивидуална* реакција, као што је данашња казна, јер се није морала извршити против извршиоца кривичног дела, већ је

¹⁾ Тако и *Liszt* § 2 II. *Garraud* (Précis и Traité) разликује само две следеће фазе. *Vidal-Magnol* (п. 13. и сл.) наводи само освету, представљајући (п. 14) композицију („оштету, новчану казну“) само као друго ограничење њено (прво је, вели, ограничење утврђење степена зла, које се може нанети, талионом).

²⁾ Уп. *Шурц* — *Ђорђевић* 53 (под. 6).

³⁾ О овим трима примарним облицима друштва в. *Шурц* — *Ђорђевић* 50 и сл. (братство, род, *gens* је велика фамилија, на извесном малом простору раширена, а племе је скуп много група фамилија или братстава, који стоје у извесној вези, а раширени су на великом простору). За ова три облика друштва у Црној Гори в. *Јелић*.

њена жртва могао бити ма који члан његове друштвене заједнице (кривична одговорност није дакле била индивидуална, већ *колективна*); (3^о) она није морала бити *сразмерна* злу нанетом кривичним делом (ни материјално, а још мање формално у облику [в. ниже и III За 1^о] јеврејског талиона, сем једино [и то касније] што је била ограничена јавношћу извршења).

в) Освета (као и прогонство из заједнице) има за извор инстикат¹⁾ освете, а овај инстикат је манифестација *нагона самоодржања*.²⁾ Овај нагон је дакле праизвор казне. Њему се често придружује религијско осећање дужности (дужности освете за повређени божански поредак на земљи), а у случају убиства осећање пијетета према убијеном покојнику (из чега проистиче осећање породичне или братствене и племенске дужности освете, које се преноси с колена на колена).³⁾ Но у току времена освета се је, остајући ипак по свом извору инстинктивна реакција, претварала од чисто инстинктивне, т. ј. никаквом социјалном правилу неподвргнуте реакције примитивног човека, у освету, која се врши по извесним обичајем утврђеним правилима. Као најсавршеније правно регулисана освета појављује се т. зв. (јеврејски) *талион*.⁴⁾ Та је освета подвргнута правилу *сразмерности*, и то *формалне* сразмерности, тако да зло буде по *форми*⁵⁾ једнако злу нанетом повређеном (право талиона, *jus talionis*).⁶⁾

¹⁾ Не „нагон“ (као што веле немачки писци) нити „страст“ (као што каже међу другима, од старијих *Ortolan* I п. 79). В. *Живановић* Дуалитет пр. 38.

²⁾ Први није дакле паралелан с њиме, као што веле неки (н. пр. *Vidal-Magnol* п. 14: „она је манифестација два природна осећања, инстинкта конзервације и инстинкта освете“).

³⁾ Освета се је за убиство (н. пр. у Црној Гори, в. *Јелић* *op. cit.*) сматрала не само као дужност, већ и као (незастаримо) *право*, које се преноси до остварења на мушкарце, као *наследно* право мушкараца породице одн. братства и племена дакле.

⁴⁾ Уп. *Weismann* (в. књ. § 8) 2. У јеврејском кривичном праву принцип талиона је (уп. *Weisman* I. с.) најодлучније исказан и најдоследније изведен, и он је у овом праву најкарактеристичнији, њиме доминирајући принцип (и ако је [в. § 8] у њему било и јавне казне), принцип дакле, који му даје специфични карактер (уп. *Günther* I 44).

⁵⁾ Установа талиона је различна према томе од одмазде, која захтева само једнакост у тежини, и приближна је на тај начин казни (и ако талиону освету врши појединац) (в. *Живановић* Дуалитет пр. 56).

⁶⁾ У *Мојсијевим* законима (2. и 5. књ.) принцип талиона био је пластично формулисан речима „живот за живот, око за око, зуб за зуб, руку за руку, ногу за ногу, ужег за ужег, рану за рану, модрицу за модрицу“. Исто је тако *Мухамед* уредио установу крвне освете (коју је и он за убиство и телесну повреду признао као божанску установу) по систему (кисоса) талиона („Слободан човек за слободна човека, роб за роба, а жена за жену“). Освету је вршио појединац без икакве интервенције власти. Но доцније је Коран (в. *Mahomet* Le Coran, trad. de Casimirski I и 2 1925) допуњен у толико, што је у интересу државног ауторитета и спречавања претеривања било прописано, да право на освету има претходно да утврди суд, тако да је породица тек потом могла вршити Кораном признато право (т. зв. *судски талион*). Уп. *Јелић* Крвна освета и умир код старих културних народа *cit.*

Крвна освета као и прогонство из мирне заједнице нису, вели *v. Liszt*,¹⁾ против овога претежно заступљеног мишљења, реакција *појединог* човека, већ реакција племенске *заједнице* као носиоца правног и мирног поретка. И радње, против којих је реакција уперена, појављују се увек, „било непосредно било посредно, као повреда *заједничких интереса племенске заједнице*, као нарушење мира, као прекршај права“. Казна је, закључује он, „од свог почетка *социјална* реакција (*Selbstbehaftung*) против *антисоцијалних* радња“. Примедбе *v. Liszt*-ове су неосноване. Истина је, да је крвна освета социјална реакција, али ову није вршио један стални *представник* друштвене заједнице, него је *сваки* њен члан сматрао вршење исте за своју дужност, а то се може објаснити само као једна манифестација *личног* нагона самоодржања. Истина је такође, да се кривична дела појављују као напад на друштвена добра, али су она у исто време, било непосредно било посредно, и повреда појединачних добара, а то је довољно, да се у одсуству друштвене реакције нагон самоодржања покрене на реакцију.²⁾

3. Измирење накнадом (*композициони систем*). — Крвна освета и у опште освета не одговара интересима заједница, које су стално настањене и које живе у таквим међусобним економским приликама, да су чланови њихови неминовно упућени на међусобну помоћ (нарочито услед размене својих [природних или занатских] производа [трговина нема или пијачна]).³⁾ Њене зле последице по друштво не осећају се тако много само онда, ако се живи у мањим друштвеним заједницама потпуно одвојеним једна од друге. Зато је са сталним настањењем, са проширавањем друштвених заједница, услед чега оне губе чисто племенски карактер, и са развојем трговине и у опште све већим привредним развитком почео да се појављује нов облик реакције против криминалитета: *измирење средством* накнаде (еквивалента), *композиције* (*pretium sanguinis*, крвнина, *Blutgeld* за случај убиства), т. зв. *систем композиције* (измирења).⁴⁾

Систем композиције састојао се је у томе, *што је породица (браћуство или племе) извршиоца кривичног дела плаћала (сразмерну) уговорену*

¹⁾ В. § 6 II. Тако и *Garraud I 37*.

²⁾ Тако (против нас) и *Gruber M. 1139* (приписујући неосновано, и ако оштроумно, члановима оваквих примитивних заједница осећања *солидарности* друштвене, сматра освету као „етапасију“ тог осећања; а превиђа, да постојање нагона самоодржања нема никакве везе са „развитком индивидуализма личности“). Уп. *Живановић* Дуалитет пр. 38.

³⁾ Уп. *Шурц—Ђорђевић 76* (в. н 62, бр. 3).

⁴⁾ Од тада се је освета схватала дакле као *откупљиво* право. То се схватање налази заступљено и у најстаријем грчком и римском праву, у Мојсијевим књигама (за лакше случајеве, али по престанку овлашћеног), у Корану (у случају нехатно извршеног убиства), а и код најстаријих азијских и афричких жутих и црних народа. Уп. *Јелић cit.* и *Крвна освета и умор код старих културних народа, cit.*

накнаду (у предметима размене, који служе као новаци или у особито омиљеним предметима, као што је оружје) *породици (брајсџиву или племену) повређеног*. И (в. 2) ова реакција је дакле *колективна*, социјална како с гледишта онога, који је врши, тако и с гледишта онога, против кога се врши. А и она се јасно појављује као једна манифестација нагона самоодржања, ма да у блажијем (привидно социјализираном) облику.¹⁾ Она само престаје дакле да буде чисто нагонска и отуда постаје умеренија и сагласна извесном циљу.

Разумљиво је по себи, да између овог периода и пређашњег нема одсечне границе тако, да би се могло рећи, да период композиције почиње од тог и тог времена, и да период освете онда престаје. Напротив и за време система композиције било је освете. Само док је она у првом периоду, кад се идеја о држави још није појавила, редовни облик реакције, у овом је изузетна појава.

Величина накнаде је утврђивана уговором или на основу обичаја. Ако се она није платила својевољно, изнуђивала се је борбом. Но доцније кад је државна власт почела утврђивати своју превласт над племенима, она је не само наметнула композицију, него је и величину исте утврдила, старала се је о наплати, за себе узимајући један део (в. III 2), и чак су је њени судови изрицали (в. § 11 II 3 за српско право). То је *последњи*, завршни стадијум композиције, стадијум њене декаденције и приближења јавној новчаној казни, иза кога непосредно (в. III 2) долази јавна новчана казна. Она је у том стадијуму композиција — новчана казна, т. ј. приватно-јавна, *мешовита* реакција.

Јачање државне власти повукло је за собом распадање друштвених заједница. Зато је и реакција у облику измирења средством накнаде најзад изгубила *колективни* карактер. Накнаду је имао да плаћа по вредилац повређеном према такси прописаној од државне власти.

III. *Други главни период (јавна, државна реакција или јавно, државно кривично право).*

1. Кад се је државна власт толико ојачала, да је силом могла натурати своју вољу појединцима, она је себи присвојила право реакције, испрва за нека кривична дела. Држава је ту реакцију почела вршити у облику једног *зла*, т. зв. *казне*, које су њени органи у њено име *изрицали против извршиоца кривичног дела у ошћем интересу и према томе у извесном циљу*. Особине периода државне казне су према томе: (1⁰) реакција је *индивидуална* (индивидуалисана) у погледу онога, против

¹⁾ Према томе наше тврђење о колективном карактеру овог облика реакције није у опречи са нашим назором о освети као манифестацији (личног) нагона самоодржања, као што то тврди Gruber M. 1139. Напротив противречи се в. Liszt, пошто он сам сматра освету као „нагонску радњу“, за разлику од државне казне, која је „вољна радња“.

кога се врши, т. ј. кривична одговорност је *лична*, индивидуална, а не колективна; (2^о) у погледу пак вршиоца она је *колективна*, али за разлику од првог главног периода врше је само за то *нарочито одређени представници државе*, а не сваки члан исте; право на казну постаје према томе *државно* право (казна се, постајући тако *државна* казна, „објективира“), и сва се кривична дела претварају у дела уперена против *друштва-државе* било непосредно било посредно (*scil.* против потреба *друштвено-државне* егзистенције), у *јавна* кривична дела дакле; (3^о) *сразмерност* између реакције и тежине кривичног дела је бар *in abstracto обезбеђена*, јер се казна изриче у општем интересу и изричу је и извршују непристрасни органи државни, а не лично заинтересовани чланови породице, братства или племена; (4^о) од несвесно циљне, нагонске реакције, реакција се претвара у овом периоду све више и више у свесно циљну, вољну (*v. Liszt*) реакцију, реакција је дакле *циљна* казна у правом смислу; (5^о) са стварањем уставних држава уведен је принцип легалитета, т. ј. у закону су унапред одређене казне и утврђени појмови кривичних дела и криваца, чиме је држава ограничила своју власт кажњавања.

2. Државна казна се је појавила први пут за време феудалног режима. Феудални владоци, прогласив композицију обвезном, узимали су од ње једну трећину (у нас једну половину) за себе под видом накнаде за јемчење безбедности кривцу, који се измирује. Но између 12. и 13. столећа они су (испрва у извесним случајевима) узимали целу композицију, сматрајући себе као повређене кривичним делом. На тај начин се композиција преображава у *новчану казну*, т. ј. у једну врсту државне реакције. Ту је зачетак овој периоди.

Новчана казна је за извесно време била једини облик државне казне. Но са множењем сиротног сталежа, нарочито услед крсташких ратова и развијања великоварошког живота, новчана казна се није могла увек наплаћивати. Отуда појава *телесне* казне, с којом државна реакција добија већма *јавни* карактер, јер искључива реакција у облику новчане казне подсећа на систем композиције, на приватно-правну реакцију. Казна лишења *слободе* развија се постепено тек с културним развићем.¹⁾

Али и ако је држава на тај начин узела у своје руке право кажњавања, ипак ранији облици реакције нису сасвим исчезли. За дуго време било је у средњем веку крвне освете и композиције поред новчане и телесне казне. То нарочито важи за брдске крајеве, где је било теже, да се државној власти прибави поштовање. Тако је трајало све до краја средњег века, а и касније.

¹⁾ Код некултурних народа је она ретка или непозната (*v. Шурц—Ђорђевић* 63, бр. 5).

3. Као што смо први *главни* период поделили на три периода (фазе) с обзиром на *облик* приватне реакције, као и историју кривичног права у опште на два *главна* периода с обзиром на *облик* реакције и према томе на карактер кривичних дела, тако исто други *главни* период, период *државне* реакције делимо *данас* у два периода с обзиром на *облик* те реакције: у (стари) период државне реакције *казном* и у (савремени) период државне реакције *казном* и *мером безбедности*. Први од ова два периода може се с обзиром на *циљ* казне у овој или оној епоси поделити у три подпериода (фазе): у период *испаштања* (одмазде) и *застрашења*, који обухвата средњи век и ренесанс, период *неиндивидуалисаног поправљања* (т. зв. *хуманитарни* период), који обухвата крај 18. столећа и један део 19., и период *индивидуализације* казне, који почиње у другој половини 19. века.

а) *Период државне реакције казном.*

1^о *Период испаштања и застрашења.* — У овом периоду државне казне сматрало се је, да су једини циљеви казне: испрва, у теократској фази (фази божанске правде), *испаштање* извршиоца кривичног дела, засновано на (јеврејској, Мојсијевој) религиозној идеји талиона, сразмерности (дегенерација система композиције), која даје нагону освете меру и циљ, другим речима извршење *јавне*, сразмерне освете над њиме; доцније и *застрашење* околине, како се не би више усуђивало на вршење кривичних дела. С обзиром на свој циљ казне су биле сурове: састојале су се у свирепим смртним казнама и у сваковрсним сакаћењима, и кривци су излагани разним унижавањима пре и после извршења казне.

2^о *Период неиндивидуалисаног поправљања или хуманитарни период (или период класичне школе).* — Овај период је дело философије 18. столећа, посебице природно и рационално правне философије (доктрине о *природним* правима човековим). Хуманитарни покрет у Кривичном праву (инаугурисан, у наслону на Декларацију човекових права од 1789 од *Бекарије* († 1794) и брзо распрострањен у разним земљама) имао је првенствено *политички* циљ ревендикације „права човека“, његових „природних“ права у области кривичног законодавства (афирмација индивидуалних природних права према држави), као реакција на злоупотребе дотадањег кривичног права, које је у извршиоцу кривичног дела гледало само објекат државног права кажњења (што се је огледало како у кажњавању деце и душевно болесних, тако и у свирепим телесним и смртним казнама). У том правцу хуманитарни покрет је истакао, да се може казнити само човек, биће по њему обдарено слободном вољом, и то само у колико му је воља у време извршења била слободна, и поштујући његова природна, од државног признања независна права. Отуда филантропско расположење филозофа 18. века према кривцима, носиоцима

природних права као и остали људи. Оно је међу криминалистима нашло израза у схватању, да је задатак кривично-правне науке „ограничење злоупотреба власти“ (*Carrara*), затим у борби против смртне казне и телесних казни и особито у захтеву, да се кривци по казним заводима васпитавају у циљу *поправке*, а не да се муче у циљу испаштања.¹⁾

Под утицајем ових идеја основаше се за време просвећеног деспотизма, под Фридрихом Великим и Јосифом II, Леополдом Тосканским и Катарином Великом, казни заводите уређени тако, да би се кривци у њима могли поправљати. Али у место да је криминалитет почео да пада, он је нагло растао. Број криваца у поврату се је уздизао до 80%. Узрок овом неуспеху тадашњег казног режима лежи у погрешној методи хуманитарне (класичне) школе: у *дедуктивној ајстракцији* и *генерализацији*. На име ова школа је имала у виду кривца (унетог појамно у кривично дело) *искључиво* као *ајстрактно*, а не уједно као једно живо биће. Зато је она *генерализирала* кривце, т. ј. сматрала је, да се они сви могу подвести под оно апстрактно једноставно биће, које је представљало разборитог човека обдареног слободном вољом и подобног за поправљање. Из прве грешке њене, апстракције, потекла је дакле друга, генерализација. Не сматрајући на име кривца као живо, већ искључиво као апстрактно биће, ова школа је изгубила из вида, да кривци нису исте индивидуалности, да међу њима као међу живим бићима постоји разлика у погледу њиховог образовања, васпитања, начина мишљења, моралних и правних погледа и осећања, наслеђених и стечених душевних особина (у опште карактера). Зато и тадањи казни заводите, удешени тако као да су сви кривци подједнако подобни за поправљање и сходно томе уређени по систему заједничког издржавања казне, нису могли имати успех, који се је од њих очекивао.

3^о *Период индивидуализације*. — Он почиње онда, кад су се увиделе две поменуте (2^о) махне хуманитарног периода, особито са т. зв. *антрополошком* школом, чији је оснивач *Ломброзо*. Ова школа је обратила нарочито пажњу на *био—психичку индивидуалност* криваца. Њене грешке покушале су да исправе т. зв. *позитивна* и *социолошка* школа. В. од. III о овим школама и о *реалистичко—психолошкој* школи.

б) *Период државне реакције казном и мером безбедности*. — У овом периоду (који почиње у теорији од пре две деценије, у законодавству у погледу малолетника такође од пре две деценије, а потпуно тек с к. з. и с итал. к. з.) се поставља као *функција* кривичног права *одбрана друштва*, обезбеђење истога од криминалитета, те се с једне

¹⁾ Уп. *Ferri* 41 (који наглашава, да је обратно тај покрет довео и до смањивања оправданих права државе према кривцима).

стране у њ' уносе и душевно болесни кривци, а с друге се казна до-
дуњује новом кривичном санкцијом, мером безбедности, која се изриче
поред казне против опасних нормалних криваца и као једина санкција
против неподобних за урачунљивост.

IV. Круг кривичних дела, криваца и казни је био врло разнолик у
разним временима и код разних народа и пун је супротности. Што је
у једном времену сматрано као тежак злочин са смртном казном, у
каснијем, културнијем времену то се или у опште не сматра више као
кривично дело (н. пр. јерес) или се сматра као лакше кривично дело
(н. пр. хуљење Бога). Или што је код народа с једним друштвено-по-
литичким уређењем кривично дело, код народа с другачијим уређењем
није у опште кривично дело или се таква дела у опште не појављују
(н. пр. разни деликти из савременог административног права). У при-
митивним друштвима допуштено је чак убиство ове или оне групе лица
(н. пр. изнемоглих старца или [као на пренасељеним Полинеским остр-
вима или некад у Спарти, где је и побацивање било допуштено]¹⁾ деце).
Нема у опште ниједног кривичног дела ван убиства, које се је код
свих народа у свим временима сматрало као кривично дело, а као што
се види, чак ни с убиством то није био случај неограничено.²⁾ То је један
од најјачих аргумената против класичних теорија природног и рационал-
ног (умног) права.

§ 8. Историја римског кривичног права. — Византијско и ка- нонско кривично право.

Књижевност. — *Mommsen* Römisches Strafrecht 1899. *Hitzig* Schweiz Z. 13 182.
Ferrini Diritto penale romano. Teorie generali 1899. *Истму* Diritto penale romano (Cogliolo
Trattato I, в. 56 нр. 2). *Zump* Das Criminalrecht der römischen Republik 1865. *Lehmann* Über die
Vermögensstrafen des römischen Rechts 1904. *Albertario* Delictum e crimen nel diritto romano
—classico e nella legislazione giustiniana 1924. *Levy* Privatstrafe und Schadenersatz im
klassischen römischen Recht 1915. *Homo* La civilisation romaine 1930. *Doerr* Der Prozess Jesu
in rechtsgeschichtlicher Beleuchtung. Ein Beitrag zur Kenntnis des jüdisch-römischen
Provinzialstrafrechts 1920. *Kohler* und *Wenger* Orientalisches Recht und Recht der Griechen
und Römer 1914. *Köstlin* Die perduellio unter den römischen Königen 1841. *Napodano*
Il diritto penale romano nelle sue attinenze col diritto penale moderno 1878. *Osenbrüggen*
Das altrömische parricidium 1841. *Capobianco* Il diritto penale di Roma 1894. *Maynz*
(Esquisse historique du droit criminel de l' ancienne Rome) N. r. histor. 1882, 31 и сл.
Costa Cicerone giurisconsulta 4 (il diritto e il processo penale) 1919. *Истму* Crimine e pene
da Romolo a Giustiniano 1921. *Rein* Das Kriminalrecht der Römer 1844. *Stephen* A History
(в. књ. § 7) 1 49 (о утицају римског кривичног права у Енглеској). — За књ. визан-
тијског права в. IV.

¹⁾ В. н. пр. *Шурц-Горбескић* cit. 63 под 5.

²⁾ В. н. пр. *Makarewicz* Einführung cit., *Prins* п. 43.

I. *Доба краљевства*. — 1. У овом добу налазе се још само трагови трију облика *приватне* реакције: изгнанства из заједнице, крвне освете и композиције.¹⁾ *Изгнанство из заједнице* ради измирења божанства са преступником, *expiatio* и *exsecratio capitis* са *consecratio bonorum*, примењивало се је код злостављања родитеља, код повреде граничног камена, код убиства земљорадничке говеди, код *fraus*-а између патрона и клиента, код повреде извесних чиновника и *leges sacratae*. Од *крвне освете* пак траг је право повређеног, да убије ноћног крадљивца, разбојника, роба, који је извршио крађу, и браколомника на делу ухваћеног. Систем *композиције* најзад очувао се је у ретко закључиваним уговорима о откупу (*si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto*. Festus: талиона казна дакле), у прописима о величини оштете за *os fractum aut collisum* и остале инјурие (доцније су ови прописи замењени естиматорском *actio injuriarum*) и у приватно-правним пеналним тужбама, којима се је тражила оштета неколико пута већа од штете (*actiones penales*) нанете извесним приватним деликтом (*delictum privatum*), н. пр. крађом, кад крадљивац није ухваћен на делу (*furtum nec manifestum*).

¹⁾ Из ранијег доба познат је само обичај римљански, пре XII таблица (од 451. 450 пре Хр.), да наследник није могао наследити убијеног претка, пре но што га је осветио (и тако по веровању умирио душу покојникову). В. *Jeluh* Крвна освета и умир код старих културних народа cit. (в. књ. § 7) 6. — Крвне освете и композиције било је и у Грка. Доцније се је појавило и јавно кривично право (за убиство у Атини право на тужбу припадало је само сродницима), али племенско и месно и слабо развијено, тако да је остало без утицаја за касније развиће кривичног права. В. *Mommsen* cit. (в. књ. § 7) 9; *Jeluh* cit. 5; *Thonissen* Le droit pénal à la république Athénienne 1875; *Du Bois* Histoire de droit criminel des peuples anciens 1845; *Lipsius* Über die Bedeutung des griechischen Rechts 1893; *Hermann* Grundsätze des Strafrechts im griechischen Altertum 1855; *Herrlich* Die Verbrechen gegen das Leben nach attischem Recht 1883; *Gilbert* Beiträge zur Entwicklungsgeschichte des griechischen Gerichtsverfahrens und des griechischen Rechts 1896; *Tesar* Staatsidee und Strafrecht, I Teil, Das griechische Recht und die griechische Lehre bis Aristoteles 1914; *усту* Z. 25 615 и сл. — За *јеврејско* кривично (које је, као у опште јеврејско право, врло непотпуно [како примећује *Weismann* 5, 11] очувано: оно се са осталим јеврејским правом своди на Мојсија као својега творца, али је у ствари резултат дугог историјског развића у неслону на Мојсија) право (*изгнанство из заједнице*, *освета* и *композиција*; касније *талион*, и то само за одређена кривична дела [телесна повреда, убиство, лажно обвинявање и неки случајеви повреде ствари], и најзад и *јавна казна* [за кривична дела против општих добара од којих се помињу у изворима блудничење, за које је била одређена смртна казна спаљивањем, и бесталитет, за који је такође изрицана смртна казна, вероватно спаљивањем, које, како вели *Förster* 411, има за основ мисао: земља кривичним делом упрљана, треба да се очисти потпуним исчезнућем нечистог елемента]) в. *Förster* Das mosaische Strafrecht 1900. В. и *Saalschütz* Das mosaische Recht (2. изд.) 1853; *Duschak* Das mosaisch-talmudische Strafrecht 1869; *Michaells* Mosaisches peinliches Recht 2. изд.; *Goitein* Das Vergeltungsprinzip im biblischen Strafrecht 1891; *Gronemann* Abschnitte aus dem talmudischen Strafrecht, Z. f. vergl. Rw. 13 415; *Weismann* Talion und öffentliche Strafe im mosaischen Recht (Festgabe für Wach) 1913; *Merz* Die Blutrache bei den Israeliten 1916. — В. још за **античка** кривично

2. Али поред ових остатака приватне реакције постојала је још од почетка доба краљевства државна реакција, т. ј. било је кривичних дела, која су се сматрала као повреда јавно-правног поретка (*ојшћих* добара) и казна за њих као јавно-правна (државна) реакција. Од свих индоевропских народа у почецима њиховог развића Римљани су први успели да кривичном праву даду државни карактер.¹⁾ *Perduellio* (издаја и велеиздаја) је била тип кривичних дела против *ојшћих* добара,²⁾ а *parricidium* тип кривичних дела против *приватних* добара. *Perduellio* је била полазна тачка за развитак политичких кривичних дела (издаја и велеиздаја савременог права). *Parricidium* је убиство, али је спорно (за ово доба, не касније по *Lex Pompeja de parricidio*),³⁾ да ли је то само убиство блиског сродника или у опште римског грађанина, као што излази из *Lex Numa* (*qui hominem liberum morti duit, parricidas esto*), чије се постојање оспорава.⁴⁾ За оба ова кривична дела примењивала се је смртна казна. Од осталих пак кривичних дела ове врсте најважнија су била *furtum manifestum* и подмињивање судија.

II. *Доба републике*. — 1. У овом добу се је увећао број кривичних дела, за која је била прописана јавна казна. Тако поред ранијих налазимо: лажно сведочење, ноћне скупове, паљевину, опсеварство и јавно подругивање. Поред смртне казне (одсецањем главе, *igni necari, virgis*

вична права *Taubenschlag Das Strafrecht im Recht der Papyri 1916; Z 25 609* (о вавилонском праву, законима Хамурабиевим); *Cuy Études de droit babylonien (Les lois assyriennes et les lois hittites) 1930; Cruvellhice Recueil des lois assyriennes (traduction annotée, étude, comparaison) 1-3, 1926—1929; Zimmer Altindisches Leben 1897; Jolly Recht und Sitte der Inder 1896; Foy Die königliche Gewalt nach den altindischen Rechtsbüchern (Diss.) 1895; Leist Altarisches jus civile 1892, 1896; Murker Das Strafrecht der altisländischen Greifas (Diss.) 1907; Mommsen в. књ. § 7; Tommsen в. књ. § 7; Jelut в. књ. § 7. — Исламски правници деле кривична дела (џерем) према санкцији у три групе: 1^о она, за која је шериат прописао талон (кисас) и композицију (дија), а то су убиство и телесна повреда; 2^о она, за која је сам Куран прописао казну (пијанство: 40 батина; крађа: одсецање десне руке; разбојништво: одсецање леве ноге и десне руке, за квалифицирано смрћу смртна казна вешањем или одсецањем главе; недопуштена обљуба: каменовање за ожењеног, 100 батина за неожењеног муслимана; клевета: 80 батина; прелаз из ислама: смрт за мушкарца, за жену затвор и батине до покајања; побуна против власти: смрт у случају непокајања); 3^о она, за која се казни арбитрарним казнама (батине, затвор, новчана казна, протеривање, опомена) од шеријатског судије или других државних органа (приј. саопштење дсц. Дг. Мехмеда Беговића). Ово, шеријатско кривично право важило је до турског к. з. од 9. августа, 1858 (египатског од 1855 и туниског од 1914). О изворима шеријатског права (Коран, сувет [традиција], Иума-ул-умет [сагласна решења исламских правника] и Кијас [аналогном изведена правна правила]) в. Беговић Извори шеријатског права, Арх. 1933, 6 и сл.*

¹⁾ Уп. *Liszt § 7 I, Шурц-Ђорђевић* сит. 62 под 3.

²⁾ В. *Посебни део II 1 § 1 VII 2.*

³⁾ В. *Посебни део II 1 § 3.*

⁴⁾ В. о овом спору *Allfeld Die Entwicklung des Begriffes Mord 1877.*

песаги, бацањем са тарпејске стене) налазе се и казне лишења слободе и губитка грађанске части, међу којима нарочито aquae et ignis interdictio. Ова последња је постепено заменила за римске грађане смртну казну и телесне.

2. Но *јавно* кривично право се је почело развијати најјаче са установљењем т. зв. квесционских процеса. Ради суђења за изнуде извршене од провинцијских управника Lex Calpurnia de repetundis од 149 год. пре Христа установио је једну такву квесцију (quaestio perpetua), састављену од сталног одбора сената под председништвом једног претора. Lex Semproniana од 123 год. пре Христа пренесе судијско звање у овој квесцији на ритере са правом, да не само осуђују на повратак изнуђеног, већ и да казне. Ова казна је за собом повлачила aquae et ignis interdictio. На тај начин квесционски процес је постао *кривични судски поступак*. Доцнијим законима његова је надлежност проширена и на друга кривична дела, но увек су то била кривична дела само владајућег *сенаџорског* staleжа, дакле кривична дела по превасходству *политичког* карактера. Тек је Сула својим законима (leges Corneliae de sicariis, testamentaria — parricaria, de majestate, de falsis и т. д.) од 82—84 год. пре Христа проширио његову надлежност и на обична кривична дела, повећао и број постојећих квесција.¹⁾

Цезареве и *Аугустове* leges Juliae завршиле су овај период установљењем ordo iudiciorum publicorum. Број кривичних дела био је повећан и овим законима (leges Juliae de vi, lex Julia majestatis) као и неким каснијим (lex Pompeja de parricidiis, lex Fabia plagiaris и т. д.).

3. Кривична дела, за која је прописана *јавна* казна, звала су се због тога crimina publica (legitima, ordinaria). Њихов је *појам* био подробно утврђен. Казна је била апсолутно одређена (poena legitima). Најчешће је прописана интердикција. За сваку квесцију била су одређена кривична дела, за која је она искључиво надлежна. Сваки је имао право тужбе. Судије су имале да реше само питање о виности. Пошто је на име казна била апсолутно одређена, то се у свим конкретним случајевима истог кривичног дела иста казна досуђивала. За нехатно извршење није се казнило. За покушај и саучешће се је по правилу казнило.

Crimina publica су била следећа кривична дела: кривична дела чиновника у службеној дужности, на име изнуда (crimen repetundarum), добијање знања недопуштеним путем (ambitus и crimen sodalicioium) и крађа и утаја у званичној дужности извршене (crimen peculatus et de residuis); велеиздаја (crimen majestatis на место perduellio); нарушавање јавног мира насиљем (vis publica et privata); фалсификовање (falsum); убис-

¹⁾ В. о њима Hitzig у Schweiz Z. 9 16 и 13 196.

тво мучко и тровање (*crimen sicariorum et veneficorum*); телесна повреда и нарушење кућног мира силом (*injuriae atroces: pulsare, verberare, domum vi introire*); кривично дело лишења слободе (*plagium*); најзад кривична дела предвиђена у *lex Julia de adulteriis* од 18 год. пре Христа: браколомство, блудничење, подвођење и брак између сродника (*adulterium, stuprum, lenocinium, incestus*).

4. Поред *crimina publica* постојали су у овом периоду многобројни деликти, за које је била прописана *приватна* новчана казна, т. ј. казна, која је досуђивана у корист *повређеног* (т. зв. *delicta privata*). Тако *injuria, damnum injuria datum, furtum* у многим случајевима.

5. Средину између *crimina publica* и *delicta privata* чине кривична дела, за која је била одређена *actio popularis*: тужба, коју је сваки могао подићи, и по којој је досуђивана само новчана казна, изрицана обично у корист *шужиоца*.

III. *Доба царства*. — 1. У овом периоду број кривичних дела је увећан *царским конципицијума* и *сенајусконзулџима*, нарочито проширењем старих одредаба путем *правосуђа* (н. пр. случајеви *quasi falsum* сматрани су као *falsum*). Тако нова су кривична дела: отмица (*raptum*), превара (*stellionatus* и *venditio fumi*), прикривање (*crimen receptatorum*), побацивање (*abactus partus*), одбацивање деце (*expositio infantium*), затим под утицајем хришћанства: богохуљење, напуштање вере, јерес, нарушење Божје службе, повреда гробова. Ова су кривична дела добила назив *crimina extraordinaria*, јер се је за њих судило *extra ordinem* (т. ј. од стране једног царског чиновника) као касније и за *crimina publica*.

2. Истим путем, којим су постала *crimina extraordinaria*, многи и то најтежи *приватни деликти* (*delicta privata*) преобрађени су у *crimina extraordinaria*, пошто је казна за њих поштрена. Тако много врста крађа као *furtum balnearium* (крађа по купатилима), *abigeatus* (крађа стоке по занату: *quasi artem exercentes*), *furtum nocturnum*, *saccularii* (кесароши), за тим извесне врсте *injuriae* као *libelli famosi* (клеветнички спис), најзад *crimen directarium* (нарушење кућног мира *animo furandi*), и *crimen rapinae* (*latrones* и *grassatores*).

3. Најзад изгледа скоро за све *приватне деликте* било је касније остављено на вољу повређеном, да бира између приватно-правне *actio ex delicto* и кривично-правне *accusatio extra ordinem* (н. за *injuria Lex 45 Dig. de injuriis 47,10*). Кад је дакле повређени изабрао *accusatio extra ordinem*, онда је *delictum privatum* у питању постајао *crimen extraordinarium* и на тај начин улазио у трећу групу ових кривичних дела.

4. Казнени систем се је у овом периоду такође преобразио. *Aquae et ignis interdictio* била је замењена другим, особито казнама против сло-

боде, н. пр. депортацијом на одређена острва, релегацијом из једне провинције и робијом доживотног или на одређено време с принудним радом (*opera publica*) на јавним друмовима, грађевинама и у рудницима (*metallum* и *opus metalli*). Сем казни лишења слободе врло су често примењиване разноврсне телесне и смртне казне (н. пр. *bestiis abjici* и борба са гладиаторима), за тим конфискација, повлачећи у извесним случајевима и *damnatio memoriae*.

На врсту казне, која се има досудити, имао је утицаја и сталеж кривчев. Тако док су *honestiores* често били кажњавани депортацијом или релегацијом, дотле су *humiliores* за исто кривично дело осуђивани на робију или чак на смрт. Казне нису биле апсолутно одређене као у прошлом периоду, већ је било остављено судијама, да их они одмере. Захтевао се је као и у прошлом периоду умишљај (*dolus malus*), а ретко се је казнило за нехатно извршење. За покушај и саучешће казнило се је. Владалачко право помиловања постојало је. Под утицајем хришћанства поменуте свирепе казне изобичајиле су се.

5. Појмови именованих кривичних дела били су схваћени или сувише казуистички¹⁾ или сувише опште. На виност се није довољно обраћала пажња. Што се пак теорије о римском кривичном праву тиче, она је и у овој епоси рђаво стајала. *Општи* принципи Кривичног права остали су као такви неиздвојени. Тек су италијански криминалисти из средњег века покушали да то учине.

IV. Византијско право. — По распаду римског царства у западно и источно, ово последње, створено с преносом престонице у Цариград 330 под Константином Великим, који га је покристио, добило је назив *Византија* и оно је постало средиште даљег развијања римског права све до свога пада, 1453. Од 6., нарочито од 7. века Византија није по народности више латинска, већ грчка држава с грчким државним и законским језиком.²⁾

1. Велика кодификација римских правних текстова извршена је на територији Византије, у Цариграду од цара *Јустинијана* (527—565),³⁾ т. зв. *Corpus juris civilis*, с три дела испрва (*Институције* у 4 књиге, *Дигесте* или *Пандекте* у 50 књига и *Кодекс* у 12 књига, с којим је рад [по објави царске конституције о саставу комисије 13. фебруара, 528] отпочет и чије је прво издање, под називом *Codex Justinianus*, изашло 529, а друго 534), који су публиковани у разна времена (529—534) и ко-

¹⁾ Н. пр. *crimen majestatis, furtum, falsum, crimen vis* и *injuria* (где је делом спорно, да ли је цео појам *crimen* или само у закону поменути случајеви). Уп. *Meyer-Allfeld* § 8 пр. 27.

²⁾ В. Ђ. Анастасијевић Народна енциклопедија, под „Византија“.

³⁾ В. о њему Ђ. Анастасијевић, Народна енциклопедија, под „Јустинијан I Велики“.

јима је касније од болоњских глосатора придружена још једна књига, *Новеле*, где су скупљене и новеле (novellae constitutiones или само novellae) самог Јустинијана).¹⁾ О кривичном праву у *Corpus*-у в. § 11.

2. Од *Corpus*-а почела је декаденција римског права у Византији. Место даљег законодавног рада превођени су од 6. века на грчки поједини делови *Corpus juris*-а и правили се изводи из истих, а било је и монографских радова. Скоро искључиво се је у том правцу кретало и законодавство. Око 900 су издате (у 60 књига) *Василике*, почете од цара *Василија I Македонца* (Basilius Macedo). Оне се заснивају на поменутих преводима и изводима из 6. века и појављују се као скраћено и прерађено издање садржине *Corpus*-а, које обухвата и новеле поменутог владоца. Придат им је као увод, слично институцијама, *Прохирон* (в. о њему § 11). Кривичном праву је посвећена последња, 60. књига *Василика*. У ствари су *Василике* у пракси све више и више потискиване разним изводима. После Синтагме Матије Властара (в. § 11) успешнији рад ове врсте био је *Хексабиблос* Арменопулосов од 1345 (који се, не потпуно основано, означава као „најбеднији извод из извода извода“).²⁾ Он је са Синтагмом био у важности до пада Византије као римска правна књига. У грчким областима одржао се је и касније, под турском владавином, и 1835 је добио у Грчкој законску снагу.³⁾

V. **Канонско право.** — Од како је римска католичка црква, почев од краја 11. века, добила световну власт, она је почела стварати поред чисто канонског световно законодавство, прерадом римског приватног, особито кривичног и процесуалног права папским *декреталијама* (појединачним одлукама папа, на упућена им питања, сличним рескрипцијама

¹⁾ В. R. *Sohm* Institutionen (15. изд. 1917) § 21; Р. Поповић Народна енциклопедија, под „Јустинијанова кодификација“. Јустинијан је свако коментарисање огласио за кривично дело. Тек по његовој смрти је изашао један коментар Дигеста (в. *Sohm* *ibid.* и § 23 пр. 1).

²⁾ *Bruno-Lenel* Geschichte und Quellen des römischen Rechts, Holtendorff—Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaften I (7. изд.) 389 (уп. *Sohm* *op. cit.* 154). В. нем. издање *Хексабиблоса* од *Heimbach-a* (Leipzig) 1851 О римско-византијском праву в.: *E. Zachariae* Geschichte des römisch-griechischen Rechts (3. изд.) 1892; *P. Krüger* Geschichte und Quellen des römischen Rechts, 2. изд. (405 и сл.); *Hans Peters* Die oströmische Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten, Berichte über die Verhandl. der sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften, Bd 65, Heft 1, 1913 (в. о његовом открићу, да схолине *Василика* садрже схолине састављене за Дигесте од неког византијског научника око 600 [истовремено с *Florentina*] на основу коментара Дигеста из 6. века); *Riccobono* Tracce di diritto romano classico nelle collezioni bizantine 1906; *Blandini* Il diritto penale da Giustiniano ai nostri giorni, у *Cogliolo* Completo trattato teorico e pratico di Diritto penale I (1888) 268 и сл.; *Collinet* Études historiques sur le droit de Justinien I 1912, 2 1925, 4 1932 (недовршено) В. и Ст. *Новаковић* В. С. IV и сл.

³⁾ Уп. *Sohm* *op. cit.* 154, *Соловјев* Законодавство Стефана Душана (в. књ. § 11) 77.

римских царева), међу којима су најважније декреталије папе Александра II и Инокентија III. Тако се је појавило поред римског, царског, папско световно право (*jus utrumque*). Оно је скупљено у (у 14. веку довршен) *Corpus juris canonici*.¹⁾ Ово црквено-световно право, које је као највећу новину садржавало канонско кривично право и канонски поступак, важило је и за лаике, али само у црквеним судовима.²⁾

§ 9. Историја француског кривичног права.

Књижевност. — *Garraud* *Traité* I 135, *Glasson* *Histoire du droit et des institutions de la France* I—6, 1887—1895. *Chenon* *Histoire générale du droit français public et privé, des origines à 1815*, 1928. *Esmein* *Cours élémentaire d'histoire du droit français* 1930. *Jobbé-Duval* *Les idées primitives dans la Bretagne contemporaine. Essais de folk-lore du droit* I 1919, 2 1930. *Vié* *Les aliénés et les correctionnaires à Saint-Lazare au 17^e et 18^e siècles* 1930. *Daboys* *Histoire du droit criminel de la France* 1874. *Albéric Allard* *Histoire de la justice criminelle au 16^e siècle*. *H. Remy* *Les principes généraux du Code pénal de 1791* (thèse) 1910. *Overbeck* *Das Strafrecht der französischen Enzyklopädie* 1902. *Herz* *Voltaire und die französische Strafrechtspflege im achtzehnten Jahrhundert* 1887. *Fayer* *Exposé du droit pénal normand au 18^e siècle* 1931.

I. Кад је Галија била романизирана, њено кривично право је имало исти карактер као и римско, т. ј. реакција против криминалитета била је јавно-правна. Али са освајањем Галије од варвара у V. и VI. столећу социјална реакција почела се је губити и њено место је заузимала приватна у облику крвне освете и система композиције. Овај систем постојао је између племена и племена, док је у сваком племену шеф или народни скуп кажњавао за извесна кривична дела, која су била махом војне природе. Но ипак није сасвим било нестало надплеменске јавне реакције. Она се је налазила у градском обичајном праву јужне Француске, у капитуларијама Карла Великог и у многим варварским законима, нарочито у законима бургундским.

¹⁾ В. о њему *Sohm* *op. cit.* 102 пр. 1.

²⁾ О канонском кривичном праву в. *v. Holtzendorf* *НН* I 21; *Eichmann* *Das Strafrecht des Codex juris canonici* 1920; *Kahn* *Étude sur le droit et la peine en droit canonique* 1898; *Schlappoli* *Diritto penale canonico*, у *Pessina* *Encyclopedia* I 905 (612 и сл., 647 и сл); *Florian* I 129; *Fournier* *Histoire des collections canoniques en occident* I 1931, 2 1933. У *Corpus*-у нема ниједног кривичног праву посебно посвећеног одељка. Канонско-правна традиционална деоба кривичних дела је деоба истих у *delicta ecclesiastica* (чисто црквена кривична дела), *delicta mere secularia* (световна кривична дела, где санкција цркве има седиште само у *forum*-у *conscientiae*) и *delicta mixta* (кривична дела мешовита, т. ј. и против божанског и против световног поретка, где може казнити црквена власт или световна, н. пр. противприродни блуд и родооскрвњење), с одговарајућом тројном деобом казни у *poenitentiae*, *poene medicinales* (или *censure*) и *poenae vindicative*. В. *v. Holtzendorff* §§ 23—24, *Florian* I 130.

II. У феудалној периоди, која је заменила у XI. веку варварску и трајала до XV. столећа, реакција против криминалитета сасвим је изгубила социјални карактер.¹⁾ Казна се је онда изрицала, не у друштвеном интересу, већ у интересу феудалног шефа. Крвна освета и композиција владале су свуда и за сва кривична дела против приватних добара. Композиција је постепено постала облигаторном.

III. Кад је краљевство успело да сруши феудални режим, настаје нова периода француског кривичног права. Она је трајала од 1483 до 1789.

1. У овој периоди свака је провинција имала своје обичајно право (*droit coutumier*) као и у претходној. Али су правни научници почели радити на уједињењу писаног и разних обичајних кривичних права. Благодарени њиховом раду краљеви су почели издавати специјалне уредбе (*ordonnances*), које су имале важити за целу краљевину.

2. Што је најважније, са победом краљевства реакција против криминалитета није више била приватна као за време феудалног режима, већ јавно-правна. Приватна кривична дела, на име она, чија је правна последица била композиција, сасвим су исчезла. За сва кривична дела се је на тај начин реакција вршила у облику државне казне.

3. Кривична дела су се делила на *три* групе и казне су за сваку групу биле различне.

а) Најтежа кривична дела звала су се *délits de grand criminel* (велико-кривични деликти) или *crimes*, т. ј. *злочинства*. За њих је важио инквизиторски поступак, т. зв. поступак *à l'extraordinaire*. Ова кривична дела су се делила у злочине против *божанског величанства* (*crimes de lèse-majesté divine*, као богохуљење, отпадништво, јерес, атеизам), у злочине против *људског величанства* (*crimes de lèse-majesté humaine*, као атентати против владоца и чланова његове породице) и у злочине против *приватних* добара (*crimes contre les particuliers*), где су спадала најтежа кривична дела против имовине и личности.

б) Другу групу сачињавала су кривична дела осредње тежине, т. зв. *délits privés de petit criminel* (мало-кривични приватни деликти), данашњи *преступи*. На њих се је примењивао *скузаторски* поступак, познат под именом *la procédure ordinaire*.

в) Трећу групу кривичних дела сачињавали су *délits de police générale ou locale* (деликти опште или месне *полиције*), данашњи *иступи*.

¹⁾ „Када се је срушила државна организација, коју је успео да поврати Шарлеман, и уступила место феудалној, социјално схватање казне, вели *Garraud* (*Précis* n. 24), губи се и тада наступа регресија, која производи стање ствари слично примитивном, с том разликом што је племе или клан замењен једним новим агрегатом, агрегатом феудалним.“

4. а) *Прва* је карактеристика старог француског кривичног права *свирејосџ* казни, јер су се као једини циљеви казне сматрали одмазда (испаштање) и застрашавање. Сакаћења и сваковрсна мучења су изрицана и за лакша кривична дела, као што је проста крађа.

б) Казна се није извршивала на исти начин. Овај је зависио од сталежа, коме је осуђени припадао, и врсте кривичног дела: људи из народа (*les roturiers*) погубљивани су вешањем, племићи одсецањем главе, точак је био досуђиван за најтежа кривична дела, као за убиство с предумишљајем, спаљивање за злочине против божанског величанства, вучење у супротним правцима од четири коња везаних за ноге и руке (*l'écartèlement*) за теже злочине против људског величанства. Тако исто казна је била већа или мања према томе, да ли је повређени племић или не. Ова *неједнакосџ* је друга карактеристика ондашњег кривичног права француског.

в) *Трећа* је његова карактеристика *судијска својеволносџ* у одређивању казне (т. зв. *арбиџрарне* казне). Истина за извесна кривична дела казна је била законом одређена, али су судије могле место ње изрећи другу врсту казне. Они су могли шта више казнити за дела, која нису предвиђена законом као кривична.

г) Даље кривична одговорност није била увек *лична*, већ су за извесна кривична дела претци, потомци и супруг кривчев кажњавани често прогонством и имовина им је била конфискована. Ово је *чешврџа* карактеристика кривичног права из доба краљевства.

д) *Виносџ* се није тражила за кривичну одговорност. Деца и за урачунљивост неподобна лица кажњавана су исто тако као и остали. Судило се је и казна изрицала чак и по смрти кривчевој. Ово је *пеша* особеност старог француског кривичног права.

IV. У XVIII. веку појављује се негодовање јавног мњења против тадањег кривичног права.¹⁾ Овај преображај се има већим делом приписати филозофском покрету из друге половине XVIII. столећа. Но за време краљевства није се учинила никаква реформа на пољу кривичног права, и ако је било извесних предлога. Тек је Уставотворна скупштина од 1789 преобразила француско кривично право у смислу нових идеја, и од тада (до 1810) почиње период т. зв. *посредног* кривичног права. Она је пре свега утврдила принципе кривичног законодавства у Декларацији права човека и грађанина од 26. августа, 1789 и у закону од 21. јануара, 1790. Ти су принципи: (1^о) *законом се има право да забране само радње шешетне по друштво*, (2^о) *он може да проише само казне очигледно потребне* (закључци из чл. 2 Декларације, према коме

¹⁾ В. о овој споси, нарочито о принципима Кривичног законика од 1791 *Рету*.

је циљ сваког политичког друштва очување природних и незаслужених човекових права); (3^о) може се казнићи само на основу закона објављеног пре кривичног дела и законски примењеног (чл. 8 Декларације); 4^о за кривична дела исте врсте казниће се казнама исте врсте, ма ком стању кривца припадао и ма ког ранга он био (чл. 1 з. од 21. јануара, 1790); 5^о чл. породице кривчеве није ни у колико умрљана осудом његовом (чл. 2 истог закона), те сродници његови имају право да и даље упражњавају своје занимање и да стицају у државну службу; 6^о општа конфискација добара осуђеног не може ни у ком случају бити изречена (чл. 3. истог закона).

Пошто су ови принципи били утврђени, приступило се је изради кривичног законодавства. Кривична дела су подељена у злочине (*les délits de sûreté*), преслује (*les délits de police correctionnelle*) и ислује (*les délits de police municipale*). Уставотворна скупштина их је раздвојила у два законика, један за злочине (од 6. октобра, 1791), назван *Code pénal*, и други (од 22. јула, 1791), назван *Décret*, за остала кривична дела. За злочине казне су биле апсолутно одређене, за преступе пак и иступе релативно. Ниједна казна лишења слободе није била доживотна. Право помиловања било је укинато.

V. 1810 год. извршена је у француској понова реформа кривичног законодавства. На место пређашња два кривична законика издат је један, *Code pénal*, који и данас важи, претрпев од тога доба велики број измена и допуна. Кривична су дела подељена у *crimes*, *délits* и *contraventions*, т. зв. *трихошомиа*, која је прешла у сва страна законодавства (в. § 18). О злочинама и преступима говори се у истом одељку. За казне је предвиђен минимум и максимум. Смртна казна је врло често прописана. Вечите казне лишења слободе су уведене, као и општа конфискација и разноврсна мучења. Но доцнијим изменама и допунама многе су погрешке поправљене. Казнени систем је ублажен, систем олакшавних околности проширен је, прописане су нарочите одредбе о кривцима у поврату и у опште извршене су многе криминално-политичке реформе. За политичке кривце прописане су нарочите казне (з. од 28. априла, 1832).

§ 10. Историја немачког кривичног права.

Књижевност. — *Köstlin* Die Geschichte des deutschen Strafrechts im Umriss 1859. *Brunner* Deutsche Rechtsgeschichte I (2. изд.) 1906, §§ 21—23. *Wilda* Das Strafrecht der Germanen 1842. *Geib* Lehrbuch, v. *Bar* Geschichte des deutschen Strafrechts 1882. *Schröder* Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte (5. изд.) 107. *Guterbech* Die Entstehungsgeschichte der Karolina 1876. *Kantorowitz* Gobbers Carolinen Kommentar und seine Nachfolger 1904.

Friese Das Strafrecht des Sachsenspiegels 1898. *Binding* Die Entstehung der öffentlichen Strafe im germanisch — deutschen Recht 1909. *Brunnenmeister* Die Quellen der Bambergensis 1879. *Hls* Das Strafrecht der Friesen im Mittelalter 1901. *Rudolf* Das Strafrecht des deutschen Mittelalters 1920. *Maurer* Vorlesungen über altnordische Rechtsgeschichte I—V, 1910. *Fehr* Deutsche Rechtsgeschichte 1851. *John* Das Strafrecht in Norddeutschland 1851. *Bauke* Der erste Entwurf eines deutschen Einheitstrafrechts 1912. v. *Kwiatkowski* Die C. C. Theresiana 1904. *Berner* Die Strafgesetzgebung von 1751 bis zur Gegenwart 1867. *Schaffstein* (Die Karolina in ihrer Bedeutung für die strafrechtliche Begriffsentwicklung) Z. 52 781. *Hcau* Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts 1930.

I. У средњовековном немачком кривичном праву реакција за кривична дела била је по правилу приватна. Она се је састојала у крвној освети и систему композиције, а у северонемачком праву и у изгнанству из заједнице за сва тежа кривична дела. Крвна се је освета могла избећи композицијом, ако је повређени на то пристао. Но кад је државна власт ојачала, композиција је постала обавезном и уговор се о томе морао пред судом да закључи.

Величина композиције за убиство зависила је од staleжа, старости и пола убијеног. Звала се је Wergeld. Величина пак композиције за остала кривична дела зависила је од предмета, врсте и средства повреде. Она је била позната под именом Busse. Један део композиције, т. зв. fredum, припадао је краљу. Ту је зачетак каснијој новчаној казни. Ко није хтео да пристане на плаћање композиције жртви, могао је бити стављен ван законске заштите, тако да га је сваки могао убити, т. зв. Acht. Ко пак није могао платити уговорену композицију, падао је у ropство.

Но за мучко убиство и за кривична дела против општих добара реакција се је и у овом периоду вршила у облику државне казне. То су била највише кривична дела политичко-војне природе.

II. За време франачког царства за велики број кривичних дела, за која је дотле важио систем композиције, биле су прописане јавне казне разним законима, т. зв. капитуларима, међу којима је најважнија капитуларија *Карла Великог*. Сем тога на основу т. зв. bannus regius-а могло се је казнити у случајевима, где се дотле није казнило.

III. После пропасти франачког царства кривично право почиње све више и више губити јавно-правни карактер: композиција замењује казну код свих кривичних дела. Непоузданост правосуђа пак имала је за последицу развијање права *Феснице* (Fehderecht), које се је за разлику од крвне освете употребљавало само онда, кад се није могла добити судска помоћ. Капитуларије се заборављају, и њихово место заузима обичајно право.

IV. Од 13. столећа државна власт почиње јачати и с тим упоредо раавија се јавно-правни карактер кривичног права. Писано право почиње замењивати обичајно и појављују се популарне правне књиге, које доприносе стварању *ојшџег* немачког кривичног права.

У овој периоди систем композиције је исчезао и његово је место заузела државна казна. Казне су биле лишење слободе, телесне казне састојећи се обично у сакаћењима, новчана казна и смртна казна, која је извршивана одсецањем главе или спаљивањем.

Стварање поменутог *ојшџег* права од 13. столећа почело је рецепцијом *италијанског* кривичног права, које је дело глосатора и постгло-сатора. Она се је извршила највише средством поменутих популарних правних књига. Међу њима се одликује и својом унутарњом вредношћу и утицајем на развитак немачког кривичног права *Тужбено огледало* (Klagspiegel). Издао га је 1516 Sebastian Brant.

У другој половини 15. и првој 16. столећа издаване су многе судске уредбе (Halsgerichtsordnungen). Њима је највећим делом регулисан кривични судски поступак. Све те уредбе почивају на основици старог немачког права, али стоје и под утицајем страног. Најважнија је од њих Бамбершка судска уредба (Bamberger Halsgerichtsordnung, Bambergensis) од 1507. Она је позната под именом *mater Carolinae*. Њен писац је Johann Freiherr zu Schwarzenberg († 1528).

Период од 13. до почетка 16. века појављује се, као што се види, као *припрема* за Каролину и опште немачко кривично право (V). Зато се може назвати *припремним* периодом општег немачког кривичног права.

V. На основу Шварценбергове судске уредбе створена је *Казнена судска уредба* за цело царство по одлуци Вормске скупштине од 1521. Пројекат је постао законом 1532 на Регенсбуршкој скупштини. Ова казнена уредба (Peinliche Gerichtsordnung, скраћено PGO или C.C.C.) позната је обично под именом *Carolina*. Њен најважнији део је регулисање кривичног судског поступка. Само пак кривично право је предмет чл. 104. до 180. Казне су се имале одређивати према домаћем обичајном праву. Само се у чл. 104 вели, да се ни за једно дело не сме казнити кривичном казном, на име смртном казном и телесним казнама (састојећим се у осакаћењима), ако она у римском праву није била за то дело прописана.

Carolina није законик у данашњем смислу те речи. То је више једна правна књига, чији је циљ давање савета поротницима, те је и писана језиком врло разумљивим. Њена унутарња вредност је значајна,

Појмови кривичних дела у њој предвиђених доста су јасно утврђени, а и извесни општи кривично-правни принципи као покушај, нехат и т. д. Отуда су кроз пуна три столећа немачко кривично право, теорија и пракса почивали на Каролини, и због тога се период немачког кривичног права од Каролине до средине 18. века назива *ојштите* немачким кривичним правом (*das gemein-deutsche Strafrecht*).

VI. После Каролине, од које почиње (в. V) *ојштите* немачко кривично право, кривично право се је развијало самостално у појединим покрајинама, а царевинско законодавство се је ограничило на инкриминацију радњи полицијске природе (царев. полиц. ур. од 1548 и 1577). Покрајинско кривично законодавство, почев од друге половине 16., достигло је врхунац свог развика у првој половини 17. столећа. Разне покрајине као Баварска, Саксонска имале су своје кривичне законике. Сви су се наслањали на Каролину, и у њима је вођено рачуна о одредбама царевинског законодавства. Два најзначајнија законодавна споменика из овога доба су: *Codex iuris criminalis Bavarici* од 7. октобра, 1751 и *Constitutio criminalis Theresiana* (краће т. зв. *Терезиана*) за аустријске покрајине од 31. децембра, 1768. Од 1750 покрајинско законодавство почело је опадати.

Казнени систем Каролинин био је знатно измењен у покрајинском законодавству. Смртна казна и осакаћујуће телесне казне су ређе примењиване. Оне су замењене новим врстама казни. Одмеравање казни било је остављено судијској самовољи.

VII. *Хуманистарни* период у историји кривичног права постојао је и у немачком кривичном праву. Француски филозофи, чије је дело хуманитарни правац у кривичном праву, имали су својих прџсталица и у Немачкој, међу којима се је налазио и сам *Фридрик Велики*. Резултат је њиховог рада на пољу законодавства: аустриски закон о кривичним делима и о казни за њих од 13. јануара, 1787, који је објављен од *Joseph-а II.*, 2. априла, 1787, и са извесним изменама постао Казненим закоником за целу монархију 3. септембра, 1803.; затим пруско Опште земаљско право од 1794 за владе *Фридриха Великог*, чија 20. глава 2. дела садржи кривично право у 1577 параграфа.

VIII. У 19. столећу су издати у свима немачким државама кривични законници. Међу њима је по свом утицају најважнији *пруски* Казнени законик од 1851. Он је поглавито служио као основа при изради српског Кривичног законика (в. § 17 II). 1870 сви су покрајински кривични законници замењени *царевинским Казненим закоником*, који је почео важити 1. јануара, 1871.

§ 11. Историја српског и осталог југословенског кривичног права.

Књижевност. — За I—IV: *Авакумовић* 37. *Ст. Новаковић* Матије Властара Синтагмат 1907 (Срп. краљ. академија). *Исти* Законик Стефана Душана, цара српског 1898. *Исти* Законски споменици српских држава средњег века 1912 (Срп. краљ. академија). *Љ. Стојановић* Стари српски хрисовуљи, акти, биографије, летописи, типци, поменици, записи и др. 1890 (Срп. краљ. академија). *М. Пуцић* Споменици српски I-II 1858 и 1862. *V. Bogišić* Pisani zakoni na slovenskom jugu (Zagreb) 1872. *А. Јовановић* Привосци за историју старог српског права 1900. *М. Веснић* Т. зв. Јустинијанови закони и старо српско право, Б. 3 (1889) 137 и сл., 221 и сл. *Д. Мијушковић* Систем Душанова законика, Српски преглед 1895. *А. Радловић* Кривична дела у старој царевини и новој краљевини српској, Отаџбина 23—29 (1889—1891). *М. Костренчић* Казне за кривична дела, Народна енциклопедија 2 209. *М. Вукићевић* Смртне и телесне казне по старом српском законодавству, П. Г. 1905. *К. Јуречек* Историја Срба 1922. *Живановић* Извршење смртне казне по Душановом законнику и у обновљеној српској држави, Б. 1906, 371 и сл. *А. Соловјев* Одабрани споменици српског права (од XII до краја XV века) 1926. *Тарановски* Историја српског права у немачкој држави, II Историја кривичног права 1931. *Evers* Das älteste Recht der Russen 1826. *С. С. Бобчев* Историја старобугарског права (на бугарском) Софија 1910. *Исти* Римско и византијско право у старовременској Бугарској (на бугарском) Софија 1926 (на крају Conclusions). *Исти* Старобугарски правни паметници (на бугарском) Софија 1903. *Исти* Бугарско обичајно кривично право 1926. *М. Костренчић* Hrvatska pravna povjest. Законик цара Stefana Dušana. Zagreb. *Исти* Vinodolski zakon, Rad Jugosl. akademije 228 (1923) 110 и сл. *Ч. Мишковић* Црквено право, 3 изд., 1929 (35 и сл.). *М. Dolenc* Dušanov zakonik Ljubljana 1925. *Кадлец* Првобитно словенско право пре V века (превод) 1924. *Sv. Gjorčić* Das öffentliche Recht im mittelalterlichen Serbien (Diss.) 1926. *Исти* Verbrechen und Strafe im Gesetzbuch des serbischen Zaren St. Duschán, Z. f. d. vergl. R. 30 (1923) 337 и сл. *Ђорђевић* Основна питања о Душановом законнику, Арх. 7 (1914) 190 и сл., 263 и сл. *Ј. Герасимовић* Старо српско право 1925. *Namislowski* (в. о њему Тарановски, Арх. 9 [1924] 285. *А. Соловјев* Законодавство Стефана Душана (докт. распр.) 1928. *М. Веснић* Die Blutrache bei den Südslaven 1889. *Miklosich* Die Blutrache bei den Slaven 1887. *Tibien* Die Blutrache nach altem russischen Recht 1840. *С. Тројановић* Крв и умир код Срба и Арнаута 1901. *Исти* Народна енциклопедија 2 444. *Petranović* O osveti, mirenju i vraždi po negdašnjem srpsko-hrvatskom pravnom običaju, Rad jugosl. akademije 6 (1869). *Бакић* О правосуђу у Црној Гори, Арх. 1923. *И. Јелић* Крвна освета и умир у Црној Гори и Северној Албанији (докт. распр.) 1926. *Р. Петровићева* Доба постанка Грбаљског законика (прешт. из Записа 5 [1929] 247 и сл.). *Иста* Законик Петра I, Записи, 1929 (прешт.). — За *византијско* право в. § 6 IV и сем тога: *Mortreuil* Histoire du droit byzantin 1843—1846. *Mollner* Études sur le droit byzantin, N. Revue hist. de dr. 16 (1892), 17 (1893), 19 (1895). *Р. Поповић* Римско и византијско право код СХС, Народна енциклопедија 3 781. *Соловјев* Значај византијског права на Балкану, Годишњица 37 (1928) 125. *Мијушковић* Грчка држава и њене установе у средњем веку, Просветни гласник 14 (1893) 49 и сл. — За VI: *Проша Матија Ненадовић* Мемоари (в. и Ђоровићево издање с Противним кратким запискама: Целокупна дела Противна; раније изд. мемоара с кратким запискама од Љубе Ненадовића 1867, без истих од Љубе Ковачевића 1893). *Ст. Новаковић* Уставно питање и закон Карађорђевог времена 1907. *Л. А. Баталака* Историја српског устанка I 1898. *Р. Петровићева* Законик Петра I, Владике црногорског (1798 и 1803), Го-

дишњица Н. Чупића, 39 (1930) 43 и сл. М. Миљковић Кратак поглед на историски развитак кривичног права за последњих 100 година, Б. 11 (1905) 164. Вл. Николић Законик Матије Ненадовића, Арх. 9 (1910) 172 и сл. М. Вукићевић Судови и њихово уређење за време устанка од 1804—1813, П. Г. 1 (1905). Данило Медаковић Повестница српског народа 1852. Р. Пешровићева Законик Проте Матеје Неваловића, Гласник истор. др. Н. Сад 2 (1929) 380 и сл. Соловјев О Карађорђевог законика, Арх. 24 (1932) 373 и сл. Ст. Максимовић Суђења у Кнежевини Србији пре писаних закона, из Архиве пожаревачког магистрата 1898. Исаи Грађа за правну историју пре писаних закона из протокола суда вахије лозничке, Б. 1901. Прошкол Шабачког магистрата од 1808—1821 (Гласник срп. ученог друштва 2. од., књ. 1, 1868). Деловодни протокол Карађорђа Петровића (Друштво српске словесности) 1848. М. Пешровић Финансије и установе обновљене Србије 1898. М. Ђ. Милићевић Кнежевина Србија 1872. Костренчић Народна енциклопедија (под Винодолски закон и Пољички статут). Т. Ђорђевић Наш народни живот 1930—1933.

I. И српско (као и остало југословенско и у опште¹⁾ словенско) кривично право прошло је кроз исте фазе у свом историјском развитуку, кроз које и кривично право других народа, т. ј. кроз периоде приватне и јавне реакције. Истина је, да законодавни споменици почињу тек с 12. столењем и да у њима садржано кривично право већ има *јавно-правни* карактер рецепцијом римско-византијског кривичног права (в. II). Али они садрже једну санкцију, која је по њима у то доба била *приватно-јавна* реакција, мешовитог карактера дакле, а по својој основној, правој и историјској природи *приватна* реакција. То је установа *вражде*, композиције за убиство (в. о њој II). Чак се је дакле за убиство, место изрицања казне, плаћала накнада. Из овога пак јасно излази, да је у ранијем српском кривичном праву, пре рецепције (в. II) римско-византијског, реакција против криминалитета била приватна, и да је непосредно пред том рецепцијом, т. ј. у последњем стадијуму свога развића, она имала искључиво или можда поглавито облик композиције (в. II 4). На то у осталом јасно упућује и доскорашње приватно кривично право у Црној Гори. Вражда је постојала, као што ће се ниже (II) видети, за *све* време средњевековне српске државе, и увек се је у то доба плаћала једна њена половина држави (одн., на повлашћеним црквеним имањима, цркви), а друга породици (дакле као у приватном кривичном праву у опште у последњем његовом стадијуму, стадијуму распада). Вражда се помиње и у Винодолском закону (од 1280) и Пољичком (из 15.—18. века) статуту, била је дакле општа установа средњевековног југословенског кривичног права.

II. Са стварањем јаке државе за *Немањића* реакција је морала губити у све већој мери *приватни* карактер. Тај је преображај свакојако наступио у српским земљама и раније, али историјски подаци су за њ' несумњиви од доба *Немањића*. Он је дошао са све обимнијом рецепцијом *римско-византијског* права (в. о овоме праву § 8 IV). То је право, које је *већ* пре заузећа *важило* у српским областима и у суседним ви-

¹⁾ В. Кадлец 88 и сл. (за Руску правду 96).

зантијским земљама (у класичној домовини римског права, како се је то рекло;¹⁾ у отаџбини *Јустинијана*, великог кодификатора римског права). Отуда се је оно и самом том чињеницом психолошки наметало у опште, па у толико пре својом јавном кривичном реакцијом, првим основом јаке државне организације.

1. Рецепција *римско-византијског* права вршила се је преко скраћених зборника *византијског* или тачније *римско-византијског* права као и преко зборника *црквено-државних* (световних) закона, т. зв. *номокана*.

а) Од првих, т. ј. чисто грађанских (световних) зборника имали су утицаја: *Еклога* (Избор закона) из 730 године (састављена из Јустинијанових закона и новела са изменама и допунама, на словенски преведена у Бугарској [893—927]) и нарочито *Прохирон* (приручни зборник) од 870—878, код Словена познат под именом *Градског закона* (рађен по угледу и са искоришћењем Еклоге, на словенски преведен раније у Бугарској у исто доба, кад и Еклога, затим [в. б] у Св. Савском номоканону, садржавајући кривично право у 39. одсеку).²⁾ И један и други су касније послужили као извор за састав т. зв. *Закона цара Јустинијана* (в. б).

б) Што се тиче номоканона, од особитог значаја за рецепцију римско-византијског права у старој српској држави био је т. зв. *Фотијев номоканон* (од Патријарха Фотија 883 прерађен „Номоканон у 14 наслова“ из 7. века), који је у источно православној цркви потиснуо ранији „Номоканон у 50 наслова“ (из 6. века, Јована Схоластика, преведен у 9. веку с претходним на словенски) и све друге зборнике. Старањем *Св. Саве* (за владе *Стевана Првовенчаног*) преведен је тај номоканон (у скраћеном издању Аристиновом из 12. века, т. зв. Синопису, и с

¹⁾ *Ст. Новаковић* Средњовековна Србија и римско право, Архив 1906, 206—226. В. и Соловјев З. Д. 60 и сл.

²⁾ В. о овим зборницима *Ст. Новаковић* Синтагмат IV и сл., *Поповић* Народна Енциклопедија (Прохирон је био уперен против новачења Еклоге, али је она ипак ту искоришћена; важио је до краја империје поред *Василика*, при чијем саставу је узето нешто [поред пасуса Јустинијановог права и новела Василија I Македонца, јединих текстова, који су из законодавства после — јустинијанског унети у њих] из њега). — Прохирон, Градски закон издат је од *Н. Дучића* у Гласнику Српског ученог друштва, 2. од VIII, 1877. — Од ранијих зборника византијског права за цркву (који су у то доба били одвојени од чисто канонских зборника и тек су доцније почели да се спајају с канонским нормама, у номоканоне), који нису били преведени на словенски, важни су *Извод из Новела Јустинијанових у 87 глава* (*Collectio octoginta septem capitulorum*) и *Збирка* изведена из Јустинијановог *Corpus-a*, т. зв. *Collectio tripartita* (из институција, дигеста и новела). В. Ч. *Митаровић* 141.

коментарима Зонаријим и Аристиновим¹⁾ с грчког на српски 1200—1208, те се зове и *Св. Савски* номоканон, а познат је и под именом *Српска крмчија* (на основу које је касније, 1650 у Русији издана *Словенска [руска] штампа* крмчија).²⁾ У овоме номоканону с великим бројем световних закона налазе се и „Извод из новела Јустинијанових“ (т. зв. Јустинијанов закон; гл. 47 [у штамп. К. гл. 44]), Мојсијеви закони (гл. 48 [гл. 45 штамп. К.]) и³⁾ Градски закон (Прохирон).

За *Св. Савски номоканон* се тврди, да су у њему садржани световни закони „св. отаца“ у старој српској држави „већ по православљу као закон“ важили, т. ј. били од судова примењивани, и да је *цар Душан* баш хтео ову књигу „замашну и непрегледну“ да замени „делом подеснијим и прегледнијим“, које би се лакше могло да употребљава по судовима.⁴⁾ У одсуству података не може се међутим поуздано рећи, у којој је мери ово мишљење основано. Али је несумњиво, с обзиром на значај и улогу *Св. Саве*, да је поред важења за цркву његов номоканон бар једним делом својих кривичних одредаба примењиван и у државним судовима или им бар служио као ослонац и да је у исто време служио за извор посебних закона и наредба. За ово су доказ многе повеље и уговори из 12. и 13. века, о којима је ниже реч, а у којима се налазе кривичне одредбе римско-византијског порекла.

2. *Законодавни рад Немањића* пре Душановог законика очуван је само у колико се је састојао (почев још од Стевана Немање) у *повељама* (хрисовуљама, злато-печатним писменима, манастирским и баштинским) и *уговорима с Дубровачком општином и наредбама* о повластицама овој општини, као и у колико су извесне владалачке наредбе (као наредбе *Краља Милутина* о пороти и сеоским међама) и обичајно право ушли у Душанов законик (в. III 4).⁵⁾

а) Од *повеља* (црквама и чисто баштинских, којима су давани са земљиштем и судски имунитети, т. ј. право суђења људима са тога земљишта) кривично-правни су извори особито: *Жичка (Стевана Првовенчаног)* (манастиру Жичи) од 1220 (где се у чл. 18 прописују

¹⁾ Синопис, синоптички зборник створен је прерађивањем појединих нома и канонона у општије норме. Уп. *Грујић* Народна енциклопедија.

²⁾ В. Ч. *Мишровић* 50 и сл., *Новаковић* Д. з. XXXVII, *Бобчев* Р. и виз. пр. 11 (друкчије), *Соловјев* З. Д. 35.

³⁾ В. о *Св. Савском* преводу (у *Номоканону*) Градског закона *Новаковић* Д. з. LXIX.

⁴⁾ *Новаковић* Д. з. XLI, Синтагмат I и сл.

⁵⁾ В. за ове законодавне споменике *Новаковић* *Заковски споменици српских држава средњег века* (изд. Српске краљевске академије) 1912 и *Соловјев* *Одабрани споменици српског права* (од XII до краја XV века) 1926 (в. књ.).

новчана и телесне казне за брачна кривична дела);¹⁾ *Св. Николи Врањинском (Краља Владислава)* од 1242 (где се у чл. 5 налази кривично дело непослушности владаоцу с казном од 1000 перпера, које је касније унето у чл. 135 Душановог законика);²⁾ *Хилендарска (Краља Драгушина)* од 1276-1281 (где је у чл. 4 реч и о невери и вражди);³⁾ *Св. Ђурђу Скоройосицијском* код Скопља (*Краља Милушина*)⁴⁾ од 1300 (где се у чл. 49 прописује, да се вражда не узима од „града или села“, већ од „убице кто то учини“, и то *судом*“, уводи се дакле лична одговорност);⁵⁾ *Св. Стефанска или Бањска* (Манастиру Св. Стефана у Бањској) (*Краља Милушина*) од 1313—1318 (где се налазе више кривичних дела, као противстајање у чл. 14 [„А кто буде пристављал, да се накаже“], светотатство у чл. 30, самовлашће [„самосуд“] у чл. 34, телесна повреда у чл. 38, у коме се прописује тамница од 3 месеца; и где се у чл. 35 за „глобе“ прописује, кад их суд изриче да иду у корист цркве [„и где год се суд чини, свака глоба цркви“]);⁶⁾ *Грачаничка (Краља Милушина)* од 1321 (где се прописује у чл. 20 казна глобе за крађу, у чл. 22 за „мехоскубину“, а у чл. 23 да „човеку“, који краде цркву и „вражду учини“ [и само се дело дакле назива враждом], суди краљ);⁷⁾ *Хилендарска (Стевана Дечанског)* од 1357 (где се у чл. 4 прописује казна за неверу);⁸⁾ *Дечанска* од 1330 (где се у чл. 22 за величину вражде упућује на закон по српској земљи“ и прописује, да се даје „цркви половина, а наводчији [scil.⁹⁾ породици] половина“);¹⁰⁾ *Арханђеловска* (Арханђеловом манастиру код Призрена) (*Цара Душана*) од 1384—1353 (где се поред другог садрже одредбе о *вражди*: у чл. 30, у коме се прописује игуманска надлежност, одн. царска ако је спор између „црквених људи“ са другим [„иним“], и у чл. 34, где се прописује, да се, ако је вражда досуђена „црквеном човеку“, даје „половина наводчији [scil. породици], а половина цркви“ [и то „и вражде и глобе“];¹¹⁾ две баштинске повеље *цара Душана* од 1350

¹⁾ В. Новаковић Сп. 571, Соловјев Сп. 17. Бројеви чланова су наведени по Соловјеву за споменике, који се налазе и у његовом издању.

²⁾ Новаковић Сп. 577.

³⁾ В. Новаковић Сп. 387.

⁴⁾ В. Новаковић Сп. 608, Соловјев Сп. 69.

⁵⁾ Исто тако у Бугарској повељи од 1258, В. Соловјев Сп. 64.

⁶⁾ В. Новаковић Сп. 622, Соловјев Сп. 89.

⁷⁾ В. Новаковић Сп. 633, Соловјев Сп. 99.

⁸⁾ В. Новаковић Сп. 397.

⁹⁾ В. Соловјев Сп. 154 пр. 4.

¹⁰⁾ В. Новаковић Сп. 646 (чл. 46), Соловјев Сп. 112 (чл. 22).

¹¹⁾ В. Новаковић Сп. 682, Соловјев Сп. 135.

индикта III (где се у чл. 2 одн. 3 помиње „невера“¹⁾)²⁾ и баштинска повељи цара Уроша од 1363 (где се у чл. 4 помиње непослушност).³⁾

б) Од уговора с Дубровачком одишћином и наредбама о повластицама истој кривично-правни су извори особито: уговор Великог жујана Стефана од 1215 (где се у чл. 1 предвиђа обавеза екстрадиције и где се у чл. 3 одређује, да „исправљају судије“, „ако се учини кривина“ [в. и чл. 2 повластице Великог жупана Стефава Дубровнику од 1205, где се у чл. 3 наређује, да ако се што у којој жупи „испакости“, та жупа има или „да да кривца или да плати“]);⁴⁾ наредба краља Стевана Првовенчаног од (око) 1220 (где се говори о продаји вина мешана с водом и меда „през уцен“ и прописује одузимање свега);⁵⁾ наредба краља Уроша од 13. августа, 1253 (чл. 4, где се говори о непослушности [„преслушав повеље краљевства ми“] и прописује, да се казни [без одређења казне];⁶⁾ уговор Краља Уроша од 23. августа, 1254 (где се у чл. 5 прописује, „да се судом исправља“, ако се „која год кривина чини“, и где се у чл. 11 не предвиђа издавање бегунца);⁷⁾ наредба Краља Милушина од 1282 (где се у чл. 2 прописује, да „ако што сгреше краљевству ми, да се судом исправља, како је по закону“);⁸⁾ наредба Краља Милушина од (око) 1283 (где се у чл. 2 прописује за непослушност [који се израз ту не употребљује као у наредби од 1253, већ „испакостив им или узме од њих“] плаћање 500 перпера краљевству);⁹⁾ наредба Краља Милушина од 1308 (која је значајна за вражду, а изда на је по његовом одбијању измене обичаја плаћања вражде за убиство између Србина и Дубровчанина; и где је о вражди реч у чл. 10 [господар, који не изда свог човека, који „крв учини“, плаћа вражду као и „Саси“] и 15 [према коме Србин и Дубровчанин за вражду „пред краљевство ми да иду“], а о одговорности за штету у селу у чл. 12 [„да плати село ближње; ако село не плати, да плати краљевство ми“]).¹⁰⁾

в) Кривично-правни извори су и поједине босанске повеље (н. пр. повеља босанског Бана Стефана од 1322,¹¹⁾ где се помиње „невера“, и Бана Тврђка од 1354, где се помињу клевета и невера).¹²⁾

¹⁾ В. Новаковић Сп. 305.

²⁾ В. Новаковић Сп. 306.

³⁾ В. Новаковић Сп. 316.

⁴⁾ В. Новаковић Сп. 136, Соловјев Сп. 15 и 16.

⁵⁾ В. Новаковић Сп. 137.

⁶⁾ В. Новаковић Сп. 149.

⁷⁾ В. Новаковић Сп. 150, Соловјев Сп. 46.

⁸⁾ В. Новаковић Сп. 156.

⁹⁾ В. Новаковић Сп. 161.

¹⁰⁾ В. Новаковић Сп. 156.

¹¹⁾ В. Соловјев Сп. 106.

¹²⁾ В. Новаковић Сп. 315.

3. Као што се види из горе изнетих законодавних споменика, *јавно* кривично право постојало је под *Немањићима* још много пре Душановог заковица. Кривична дела, која се у тим споменицима налазе, су најчешће кривична дела против *ојшћих* добара (невера [т. ј. данашња велеиздаја и издаја], кривоклетство и непослушност), али има у њима и кривичних дела против *приватних* добара (као крађа, самовлашће и браколомство). Државно кривично право Немањића пре Душана садржавало је дакле бар та кривична дела. Но вероватно је, да је још у то доба било закона, у којима су се налазила, у наслову на Номоканон, поред поменутих и друга кривична дела, јер се у споменицима често прописује (в. горе 2), да за „кривине“ исправља „суд“, „како је по закону“. ¹⁾ У осталом и кад не би било горе наведених законских споменика, не би се могло замислити, да државно кривично право замени приватно у једанпут, и то у тако великом обиму, као што се оно налази у *Душановом законнику* (в. III).

4. Но из споменика доба Немањића пре Душана јасно излази и то, да је тада било и приватне реакције (особито за убиство и телесне повреде), али да је она (изузев можда поједине забачене брдске крајеве земље) изгубила облик освете и била у *последњем* стадијуму композиције. То је (в. § 7 II 3 и III 2) стадијум, у коме композиција добија карактер новчане казне, делом *приватне* а делом *јавне*. Она се на име у *то* доба изриче против кривца у корист повређеног (губећи тако у оба погледа колективни карактер) као и једним делом у корист државе, и изричу је државни судови. Да се је приватна реакција у томе стадијуму налазила у то доба, види се по *вражди* (касније под турском владавином т. зв. [в. VI] крварива). ²⁾ Још у Са. Стефанској повељи се прописује и „глоба“ (чл. 34, 36—38), али се она (за разлику од вражде) изриче само у корист *цркве* (чл. 35: „свака глоба цркви“), те је тако јавна казна, а не композиција. ³⁾

а) Не може се утврдити, за *која* је све *кривична* дела у та доба плаћала вражда и у *чему* се је све она могла да *састави* (у повељама Дечанској и Арханђелској се каже само „вражда“ [без означања дела, за које се она изриче] и само „половина“ [без означања дакле, од чега половине]). Но у наредби краља Милутина о повластици Дубровачкој општини од 1308 (в. 2 б) говори се о вражди за „крв“, те је несум-

¹⁾ Ту се је под „законом“ упућивало (в. 6) и на казне из обичајног права. Уп. *Тарановски* 40.

²⁾ Поменути карактер вражде као јавно-приватне реакције се превиђа, те се она погрешно оглашава (тако и *Тарановски* 43) за новчану казну (од 500 перпера) за *убиство*. В. д.

³⁾ Уп. (несумесно за њу) *Соловјев* Сп. 154.

њиво, да је она плаћана за *убиство* и *телесну повреду*. По запису пак у Дубровачком статуту вражда је за убиство између Србина и Дубовчанина износила „по старом обичају“ (*antiqua consuetudo*) 500 перпера. Али је вероватно износ вражде био иначе остављен оцени суда, пошто су судови за изрицање исте били надлежни, а у споменицима се не означаје њена мера.¹⁾

б) За изрицање вражде је према Хилендарској повељи надлежан краљ, т. ј. његов дворски судија или суд (чл. 4: „разве . . . вражде . . . да им јест пред краљем или пред једним од владалац двора ми, којег испроси игуман“). Према Арханђеловској хрисовуљи пак за изрицање исте је надлежан *цар* (*scil.* царски дворски судија или суд), а ако је спор између црквених људи, онда игуман. У сваком случају изриче вражду дакле један *јавни* орган (владарски дворски судија или игуман као владаочев представник), т. ј. она је с гледишта субјекта, који је изриче, *јавна* реакција.

в) Вражда се према манастирским повељама (в. 2 в) изриче пола у корист *цркве*, а пола у корист „*наводчије*“,²⁾ т. ј. тужиоца (чл. 22 Дечанске и чл. 34 Арханђеловске повеље). Но пошто је према Арханђеловској повељи надлежан цар за случај спора између црквеног човека и ког *другог*, половина је у овом случају свакако у његову корист изрицана. По Хилендарској повељи Краља Драгутина од 1276—1281 половина вражде се је свакојачко изрицала само у корист краља, пошто је за изрицање он надлежан (сем можда случаја, кад ју је игуману изаслани чиновник [„владалац“] изрекао). У сваком случају је вражда дакле с гледишта лица, у чију се корист изриче, *мешовита, приватно-јавна* реакција, т. ј. *композиција — казна*.

г) Из споменика се не види, да ли је установа вражде важила за убиство и телесну повреду (за „крв“) *само* између људи повлашћених властелинставз, отрока дакле (као што је она по Душановом законнику [в. д] важила само за отроке [и пастире]), и за убиство Дубровчанина од стране Србина и обратно, или је у то доба била у важности за *свако* убиство и телесну повреду, што је (в. чл. 30 арх. пов: „иним“) вероватно.

д) Вражда постоји и у *Душановом законнику*. Помиње се у три члана овог Законика, у чл. 20, 113 и 183. У чл. 20 се вражда прописује против села, које сажеже мртваца (који се случај дакле сматрао прећутно као дело слично убиству). У чл. 103 се установљава за отроке (робове) надлежност државног судије за изрицање вражде и за

¹⁾ *Тарановски* (43) закључује (противно *Миклошић*), да је износ вражде и у земљи био исти као у односу с Дубровником.

²⁾ Уп. *Соловјев* (с Намисловским) Сп. 154 пр. 4 за то значење израза (*delator*).

„крв“. У чл. 183 се то исто прописује за вражду и „крв“ у погледу „станика“ (пастира).

Из споменика *пре* Душановог законика се, као што се је видело, *вражда* изриче за „крв“ (scil. убиство и телесну повреду). У чл. 103 и 183 законика се међутим, као што се види, *вражда* помиње као предмет судске надлежности *најпоре*до с „крви“. Намеће се на тај начин питање о карактеру вражде у Душановом законнику. Новаковић узима, да је вражда у Душановом законнику „накнада за непронађено убиство (scil. убицу), коју је измиривало село“.¹⁾ Неки каснији мисле међутим, да је вражда у закључку изгубила „карактер казне за проливену крв“ и добила значај новчане казне за *разне* деликте и да је вражда и свака друга новчана казна у Законнику, и ако се тако не назива (п. пр. чл. 87 и 94).²⁾ *Новаковићево* мишљење може се наслањати на чл. 20, у коме се вражда прописује против села. Али је у овоме члану реч о једном особеном случају, а сем тога ту се село казни без обзира на то, да ли је познат извршилац. Друго пак мишљење је произвољно, јер се у Законнику новчана казна нигде не означава као вражда. Сем тога се у њему вражди даје особен значај, значај једне особене санкције, а не новчане казне. Најзад у ранијим споменицима се новчана казна назива глобом и одваја од вражде (в. 2 а), и немогуће је замислити, да Законик чини тако потпуву измену, да реч вражду употреби за други појам.

Реч вражда је у ствари задржала у Законнику смисао, који је од увек имала, али јој је у њему сужена примена. Док је раније била вероватно (в. г) санкција за убиство у опште и телесну повреду, у Законнику је за убиство умишљено и чак нехатно извршено прописана *јавна* казна, те је вражда само *изузетна* санкција, санкција *ошрока* и *пастирска*. Питање је само, на које се случајеве отрочког и пастирског убиства у Законнику мисли на вражду као санкцију. То су на сваки начин случајеви убиства *ошрока* од стране *ошрока*, одн. *станика* од стране *станика*. Израз „крв“ се према томе односи на *остале* случајеве убиства (н. пр. властелина или себра од стране отрока или станика) и на телесну повреду.

III. 1. С великим појачањем државне власти у доба *Цара Душана* створени су услови, да се већ постојеће *јавно* кривично право потпуно учврсти и још више прошири. Тада се је и могла појавити мисао израде једног обимнијег закона, који би прерадио, проширио и кодифицирао кривично право садржано у разним наредбама и повељама владалачким, у судској пракси и Номоканону, а вероватно, као што је горе примећено, и у особеним законима. То је учинио *цар Душан* својом кодификацијом у *Законнику* од 1349, допуњеном 1354.

¹⁾ Чл. 183.

²⁾ Тако *Тарановски* 44 (с *Косиренчићем*).

2. Пре издања Законика преведена је (с грчког) око 1347—1348 *Синтагма Матије Власшара* од 1335.¹⁾ То је књига, у којој су по азбучном реду изложене, као у Номоканону, одредбе византијског државног (световног) и канонског права. Она је прерада и допуна ранијих грађанских (особито Прохирона) и канонских зборника и номоканона (као што је то био и грчки *Арменоулуос* зборник од 1345 [в. о њему § 8 IV 2], који на српски није био преведен). У почетку 15. века, око 1413, састављено је српско скраћено издање Синтагме. То је т. зв. *Скраћена синтагма* (на супрот *Пуној*).²⁾ По некима ова кратка синтагма је израђена у време *Цара Душана* пред издањем Законика.³⁾ У свим старијим преписима Душановог законика налазе се пред њиме прво ова скраћена Синтагма с Правилима Св. Јована Посника [којих у некима нема] или још која канонска ствар и после ње кратки Јустинијанов закон (в. II 1а).⁴⁾⁵⁾

Превод Синтагме извршен је, узима се, по заповести *Цара Душана*.⁶⁾ Ово се у осталом може као очигледно закључити из тога, што Законик у појединим члановима (в. ниже) упућује на „закон св. отаца“ (како се назива римско-византијско право, зато што је⁷⁾ преко црквених зборника реципирано заједно с црквеним канонима). Синтагма му је у преводу била потребна како због тога упућивања, за потребе судова дакле, тако и да служи за основ при изради пројекта Законика.

¹⁾ *Матије Власшара Синтагма*, азбучни зборник византијских црквених и државних закона и правила, издање *Св. Новаковића* (Српске краљевске академије), 2. изд 1907. Овај зборник (синтагмат) саставио је солунски (као и *Арменоулуос*) правник, јеромонах *Матија Власшар*. Сходно грчкој азбуци од 24 слова овај азбучни зборник је подељен на 24 дела, од којих сваки на главе (где се најпре излажу канони, па испод њих одговарајући државни закони). В. *Новаковић* Синтагмат IV и сл., LXIX.

²⁾ В. *Св. Новаковић* Синтагмат XI (скраћен текст Синтагмата „припада, вели, само српској правној књижевности *средњег* века“), XXX и сл., XXXIX („међу 1402 до 1427, најпре пак око 1413“). Скраћена синтагма постала је по њему (XXXIX) при ревизији *закона* од стране *Десиоша Стевана*, око 1402—1413.

³⁾ Тако *Соловјев* З. Д. 9, 57, 88. По њему (у наслову на *Флоринског*) су и превод *Синтагме* и њено *скраћење* извршени у исто време по наредби Цара Душана, непосредно пред Закоником (око 1346—1349, највероватније зими 1348—1349) од истог законодавног одбора, који је израдио пројекат Законика (88).

⁴⁾ Уп. *Новаковић* Синтагмат XXXIX, *Соловјев* З. Д. 49 (у доцнијим је, вели, грађа Сс расподељена између З. Ј. и Д. з.).

⁵⁾ Та се рукописна целина (дело самих преписивача за потребе цркве) назива „Закоником“. Али се у њима и Душанов законик назива Закоником (*Новаковић* XXXIX: законик значи зборник или књигу закона, ма ови не чинили у ствари једну законску целину), као што се и у Душановом законнику по некад упућује на „законик светих отаца“, место на „закон светих отаца“ (в. б), т. ј. и Синтагма се назива закоником.

⁶⁾ Тако *Новаковић* Д. з. XLI (или је Цар Душан наредио, вели, превођење Синтагме или му је превод баш тог зборника био препоручен).

⁷⁾ Уп. *Новаковић* Д. з. XLV.

3. Законик *Стефана Душана, Цара српског* од 1349 (са Сабора од 1349) допуњен је (на Сабору) 1354.¹⁾ Првој редакцији од 135 чланова (Законика од 1349) додато је 66 чланова (Законика од 1354), тако да Законик има 201 члан. Међу додатим члановима многи су царске новеле (заповести) издате (у облику хрисовуља или наредба) у међувремену од 1349 до 1354 (што се види по натпису код тих чланова [в. пр. чл. 145: „Повелева царство ми“]), али има и потпуно нових норми.²⁾

4. Душанов законик обухвата све гране права, али је у њему претежно *кривично* право. Извор су његових кривично-правних одредаба, као што је већ горе (под 1 и 2) изнето, *римско-византијско* право, ранији закони, повеље и изредбе, али поред тога и српско *обичајно*⁴⁾ кривично право. Утицај првог се нарочито огледа и у казненом систему, који се подудара с казним системом византијске *Еклоге* (в. горе II 1а), *Прохирона* (Градског закона) и *Синтагме* Матије Властара. Тако је у Синтагми прописана за оцеубиство и детеубиство смртна казна спаљивањем, а исто је тако и у Душановом законнику (чл. 96). Спајање пак српског са византијским правом и допуњавање овога њиме се јасно огледа, поређујући одредбе Законика с одредбама Прохирона и Синтагме.⁵⁾

5. а) Казне су биле у Душановом законнику врло *сурове* као и у византијском праву, са суровим начинима извршења смртне казне и с телесним казнама боја и осакаћивања. То је *прва* одлика тедањег кривичног права.

б) Казне су за извесна кривична дела биле *различне* по врсти и тежини према томе, да ли је извршилац или повређеник властелин, властеличић, свештено лице или себар (чл. 50, 53, 55, 94, 95). *Сталешка неједнакост* је друга одлика кривичног права Душановог законика.

в) Казне су у самом Законнику биле одређене за свако поједино кривично дело. Према томе судијска *својеволјност*, арбитражност казни

¹⁾ В. *Новаковић* Д. з. LV за писце, који сумњају, да је Законик рађен на два сабора (на основу тога, што сви рукописи немају као призренски назначене обадве године).

²⁾ В. *Новаковић* Д. з. XLXI и сл.

³⁾ Законик није очуван у оригиналу, већ само у двадесет разних преписа (в. о преписима и вероватном облику оригинала *Новаковић* Д. з. LX и сл., *Соловјев* З. Д. 16 и сл.), који се разликују по садржини и стилу, а од којих су најстарији и највернији (*Новаковић* Д. з. и *Соловјев* З. Д. 40, 45) *Призренски* (најпотпунији) из 15.—16. века и (непотпун) *Струшки* из 14. века (с оригиналним обликом царских наредба [царство ми], замењеним у осталим преписима индиректним стилом [цар, царев]). У *Новаковићевом* дефинитивном издању (раније, с промењеним редом чланова у циљу систематизације, је од 1870) Д. з. (од 1898) узет је за основу (LXVIII) *Призренски* препис, који рукопис он сматра (после струшких фрагмената) за најстарију и оригиналу најближу верзију). Уп. *Соловјев* З. Д. 38.

⁴⁾ Уп. *Новаковић* Синтагмат XVI и сл., XXIV и сл., Д. з. LX, *Bogišić* *Pisani zakoni* 35.

⁵⁾ В. за то упоређење *Новаковић* Синтагмат XVI и сл.

није његова одлика, као н. пр. француског кривичног права. За кривична дела пак, за која је упућено на „закон св. отаца“ (в. 6), казне су (н. пр. за неверу) биле одређене у самом том закону, т. ј. у Синтагми Властоаревој (римско-византијском праву).

г) *Колективна* кривична одговорност *йородична* била је само новчана (чл. 52). За извесне случајеве била је прописана *колективна* новчана одговорност *села*, н. пр. за штету нанету паљевином или на други начин у чл. 58, за само кривично дело у чл. 20.

д) Односно *виности* нигде се она изрично не помиње, сем у чл. 57 („пизма“) и 78 („нахвалицом“). Само се код убиства чини разлика у казни између умишљеног и нехатног извршења (чл. 87).¹⁾ О поступању с децом и неподобним за урачуљивост не говори се нигде.

6. У Законику има неколико чл. нова, где се само одређује кривично дело, а за казну се упућује на „законик“ (н. пр. чл. 6: „да се каже, како пише у законику светих отаца“), или краће на „закон“ (н. пр. чл. 109: „да се каже по закону светих отаца“) *свѣтих оцаца*. Ово упућивање се односи на казне прописане у *Синтагми* Властоаревој (т. ј. на у њој садржано римско-византијско право [као што се старо немачко право допуњавало римским одредбама]). Сем тога има у Законику чланова, где се само помиње кривично дело, особито *невера* (н. пр. у чл. 52, и 192), или где се за неко кривично дело прописује, да ће се кривац казнити за њ' као неверник (н. пр. чл. 140 и 144). И у тим члановима се упућује, и ако само *йрећушно*, на казну прописану у Властоаревој *Синтагми*.²⁾ Ако се у Законику налази извесно кривично дело без одређења казне, а тога дела нема у *Синтагми* (као што је случај — в. *Посебни део II § 10 VII За 1°* — са непослушношћу), онда се има узети, да се на њ' примењивало *обичајно* јавно кривично право (одн. судска пракса). То важи и онда, кад је за то кривично дело одређена казна у некојој *йовељи* (као што је случај — в. I. с. — баш с поменутом непослушношћу), пошто су повеље законодавни акти само за повељско имање,³⁾ и ако је наравно могуће, да је казна обичајног јавног кривичног права била иста као и казна у дотичној повељи прописана.

Горе речено је довољно за решење питања, да ли је поред *Заковика* важила и у колико *Синтагма*. Према неким *Синтагма* је

¹⁾ У чл. 4 се налази један казновски деликат и ту се вели „вољом или нехотенијем“

²⁾ Уп. *Соловјев* З. Д. 171.

³⁾ С обзиром на ово, као особито и с обзиром на то, што се *Законик* позива за допуну на „закон св. отаца“, има се узети, да *Законик* допуњује *Синтагма* и онда, кад се за извесно кривично дело, које се у *Законику* садржи без одређења казне, ова налази и у *Синтагми* и у некојој повељи (као н. пр. силовање, „разбој владически“ из чл. 192, којег има и у *Синтагми* и у више повеља).

служила у судовима као допуна Законику, не само у колико се на њу упућује у извесним члановима истога, већ и за сва кривична дела, која су само у њој била садржана, т. ј. она је имала поред Законика *неограничено* важење¹⁾ Но као што се види, у Законику постоје чланови, у којима се упућује на „законе св. отаца“ за *тачно* у њима *одређена* кривична дела, а нигде се не упућује на те законе за кривична дела, која у Законику у *опште* нису предвиђена. Из тога јасно излази, да је Синтагма служила као допуна Законику само, у колико се на њу, изрично или прећутно, у њему упућује, т. ј. само за ту *одређена* кривична дела, а не неограничено.

7. Што се тиче *обичајног* права, оно је, као што је горе (в. 4) примењено, ушло у Законик, спајајући се или допуњајући римско-византијско. Оно је могло према томе да важи (у колико није у питању случај *обичајног јавног* кривичног права горе [под 6] наведен) *поред* Законика само за дела, за која у Законику нису прописане *јавне* казне, т. ј. само у колико је оно за извесна, у Законику необухваћена дела садржавало *приватну* реакцију. Оваквих дела било је и у Византији, као и за Јустинијана. Тако је крађа у лакшим случајевима била и по Јустинијановом праву приватно кривично дело. Покрадени је имао право да тражи *вишеструку* вредност украдене му ствари поред повраћаја ове саме.

IV. Кривично право цара Душана остало је за све време трајања српске државе, т. ј. до пада *Деспотовине* (1459). *Деспот Стеван* је био преузео извесну ревизију закона (1402—1427) и у то је време, изгледа, постала, као што се је видело (в. III 2), *Скраћена синтагма* (око 1413). Није пак познато, да ли су том приликом или касније под *деспотом Бур-*

¹⁾ Тако *Новаковић* Д. з. XLI; и с њим (но у обратном смислу [в. ниже]) *Соловјев* З. Д. (9, 57, 88 и сл.), али за *Скраћену синтагму* (т. ј. она је по њему служила као допуна Законику заједно с *Јустинијановим* законом [и правилима Јована Посника]). В. *Посебни део* I § 1 VII 5. *Тарановски* (н. пр. § 21) у опште превиди важење саме Синтагме, узимајући, да је за допуна Законика (н. пр. односно појма и казне за неверу) служило „старо *обичајно* право“ и „стари преседани или пракса“.

Према неким би обратни Душанов законик имао да буде само допуна (по њима: *скраћеној*) Синтагми и Јустинијановом закону (или по *Хубеу* чак само овоме). Тако *Новаковић* (раније, пре издања Душановог законика), *Павлов*, *Фабрински* (в. *Соловјев* З. Д. 2 и сл.), *Соловјев* З. Д. 90 („оно што се не налази у С. с. треба, вели, судија да тражи у З. Ј. и у З. Д.“). Допунску везу Д. з., С. с. и З. Ј. и уједно наслон Д. з. на С. с., а не на П. С., изводи *Соловјев* како из упоређења њихове садржине тако и из тога, што „у свим старијим преписима не долази Д. з. никад сам, него увек у истом друштву — *после* С. с. и З. Ј.“ (но в. III 2 пр. 5 за то спајање, од стране каснијих преписивача).

За кратки *Јустинијанов закон* се може сматрати, да је служио као допуна *правнина* у Душановом законика, само ако се је и он убрајао у закон „св. отаца“ или ако се је сматрао као састојак Синтагме или ако је био ушао у *обичајно* право судском праксом.

ђем учињене измене Заковика, које се налазе у Атонском препису.¹⁾ По паду српске државе цркве (манастири) су чувале старе законодавне споменике (в. V 1).

V. По паду Деспотовине (1459) престало је наравно у одсуству државне власти важење старог кривичног права. Но традицију његову одржала је црква тиме, што су се стари законодавни акти чували у манастирима и преписивали. Као што је поменуто, има двадесет преписа Душановог законика (с његовим [в. горе] додатцима), а преписивани су и други споменици (као Св. Савски номоканон и потпуна Синтагма). У 17. веку је чак извршена редакцијска (и стилска) измена целог горе поменутог зборника („Душановог кодекса“) на тај начин, што је тај зборник скраћен и раздељен у два дела (Codex bipartitus): у „Законик цара Константина Јустинијана“ (с једним делом одредаба скраћене Синтагме) и у „Законик маћедонског цара Стефана“ (с другим делом одредаба те Синтагме; т. зв. раваничка редакција). Непознато је, да ли су овакви преписи налазили какву примену.²⁾

VI. Пошто су Срби за време турске владавине живели одвојено по селима и како је турска судска власт била и сувише неуређена, да би могла распрострајти своју делатност и на кривична дела у тим крајевима извршена, реакција за кривична дела била је приватна, било у облику прогонства и освете, било у облику композиције.³⁾ Нарочито је у Црној Гори, која је очувала извесну независност, реакција била приватна, и таква је до недавно остала.⁴⁾ Накнада за убиство звала се је *крвнина* (крварина), а убица крвник (пушка крвница).⁵⁾ Она се је у Црној Гори уговарала по нарочитом, обичајем утврђеном поступку мирења, т. зв. *умиру* или *мирењу* крви (крвном колу или вражди). Обичајем је било утврђено, колико се је плаћало за главу, крв и друга дела.⁶⁾ Освете је с

¹⁾ В. *Новаковић* Д. з. LXIX („вегде пре 1444“).

²⁾ Уп. *Веснић* Т. зв. Јустинијанови закони 230, *Соловјев* о Карађорђевог законик, Арх. 24 (1932) 374, прешт. 3.

³⁾ В. *Речник* Вука Караџића за крвнину (под „крвнина“). За турску крв се у Србији плаћало 1000 гроша, а за хришћанску 1001. Крвнину су плаћали и Турци у случају убиства у вароши. Крвнину је плаћао не само убица, већ цело село (или више села), где је „крв учињена“. Плаћали су је и манастири, ако би се мртав човек нашао на њиховом земљишту. Турци су ретко тражили „крвника“, већ „ишту крвнину.“ В. о томе и *Т. Ђорђевић* Наш народни живот 5 (1932) 67.

⁴⁾ Крвна освета и умир су били одобрени као установа обичајног права и у самом *Законик Црногорском* св. *Петра* од 1798—1803. Она је у чл. 18 ограничена само, у колико је ту забрањена према приморцима (в. *Соловјев* О Карађорђевог законик сит. 5 пр. 8: „да се избегну сукоби са аустријском владом; *Р. Пешировићева* Законик Петра I).

⁵⁾ В. *И. Јелић*.

⁶⁾ В. *Јелић* сит. 89 и сл. (о величини и начину одређивања крвнине). В. о чл. 1 и сл. т. зв. *Грбаљског* закона (из 15. или 18. века) *Новаковић* Сп. 105 и сл. Тако чл. 1 гласи: „Ко човека убије, главу за главу или 120 цекина, 40 гроша и пару сребрну турску у новцу, ако би страна убијенога хтела пристати.“

компензацијом било и у Јужној (Старој) Србији, Херцеговини, Босни, и Боци Которској. Од свију ових области у Црној Гори је приватна реакција најкасније престала да постоји као *правна* установа (и ако је још има у вези са старим обичајним правом, али спада наравно у област кривичности).¹⁾

VII. У Србији се од првог устанка већ почињу издавати кривични закони. Кривично право почиње дакле одмах да добија *јавни* карактер.

1. Први је кривични законик саставио 1804 *прота Матија Ненадовић*. Он садржи „14, 15 ли пунктова“, како вели *прота Матија*, и одобрен је од Скупштине ваљевске Нахије 5. маја, 1804.²⁾ Он је свакојачко убрзо, ако не одмах, почео да важи за целу земљу, с обзиром како на углед својег доносиоца тако и на то, што до *Карађорђевог* законика није било каквог другог сличног законодавног акта.³⁾ Но могао је важити само до издања *Карађорђевог* законика, у коме се у осталом налазе и одредбе о кривичним делима из Законика *проте Матије* (изузев кривоклетство и бегство из војске и са страже [која су се кривична дела могла налазити у неочуваним одредбама]).⁴⁾ Прота наводи у својим Мемоарима само седам „пунктова“.⁵⁾

¹⁾ Уп. *Трајановић* Народна енциклопедија. Последњи умир је по њему био у Дробњацима 1854 (за случај из 1874 кривац је кажњен). По њему у Македонији услед полурпског положаја сељака (чивчије) није било крвне освете.

²⁾ Уп. *Р. Петровићева* Законик Проте Матеје Ненадовића (прешт. из Гласника Историје, др. у Н. Саду 2 [1929] 380 (по којој се не зна тачно, да ли је Скупштина била 5. маја, као што неки, вели, узимају, али је морала бити пре 6. маја, пошто су тада по речима противним главари ваљевске Нахије кренули за Врачар). У својим Кратким записима (обј. у изд. противних Мемоара од 1867, Љ. Ненадовића, и у целокуп. делима противних, изд. Петровића) прота вели, да се Скупштина састала „у почетку маја 1804“. — Према кратким записима било је „до 15 - 20 пунктова“.

³⁾ Уп. (за произвољне поставке неких) *Р. Петровићева* cit. 384.

⁴⁾ Уп. *Р. Петровићева* cit. 384.

⁵⁾ Ти су пунктови:

1^о Ко би убио човека, да се убије и на точак метне.

2^о Ко отме девојку силом (као што је где бивало, а особито у каквим бунама, кад се судови побркају), тај женик, кум и стари сват шибу да трче, а други штаповима да се кажњавају.

3^о Ко украде јагње, прасе, коњ, тај да плати двоје, и да се каштигује штаповима.

4^о Ко утече из војске без допуштења, да трчи шибу.

5^о Са страже који побегне, да се стреља.

6^о Који се криво закуне и криво осведочи, тај ону сву штету, за коју је сведочио, да плати, штаповима да се каштигује, и да му се никад више ништа не верује и да се свагда лажом проглаша.

7^о Кад се сваде и псују, који се привати за оружје, као пола убиство да трчи шибу.

Прота Матија је све прописе, како сам каже, преписао из *Крмчије*, „а читао сам, вели он, и законе *Јустинијанове* и *Мојсијеву* строгост над Јеврејима“. *Крмчија*, коју прота помиње као извор, је Св. Савски помоћанон или Српска крмчија, по ов ју је имао

2. 1807 издао је *Карађорђе* „Криминални Законик“.¹⁾ О начину његовог постанка нема података. Законик је имао 38 §§-а, од којих први тринаест нису очувани.¹⁾²⁾³⁾⁴⁾

у руском, штампаном издању (в. о њој горе II 1 б). Крмчија му у ствари није била једини извор (а и у колико је из ње узео, он то није просто преписао, већ је чинио измене, особито у погледу прописане казне). Од познатих седам пунктова на име само су први, други и трећи узети из Крмчије. Узети су из гл. 48 Српске оди, гл. 45 Руске штампане крмчије, а у тој глави се налазе и неки *Мојсијеви* закони. Од остала четири члана три су, као што се је видело, војни кривични закони, а један (чл. 6) садржи кривоклетство. Овај последњи, о кривоклетству (који се налази у Јустинијановом Кодексу, т. зв. Јустинијановом закону) није узет (као ни три војна кривична дела) из Крмчије, јер се не налази, ве само у поменутој глави, већ ни у њеној гл. 47 (оди., у штампаној Крмчији, 44), где су неки Јустинијански закони. Као што се види, ниједан од седам пунктова противних није из *Јустинијанових* закона Крмчије (уп. *Р. Петровићева* cit. 383). Тиме добија смисао његово горње засебно помињање „*Јустинијанових* закона“ и „*Мојсијеве* строгости“, које је, вели, читао. Тиме је хтео рећи, да је читао из Крмчије и оне од Јустинијанових и Мојсијевих закона, које није „преписао“, и да је можда читао Јустинијанове законе (scil. кодекс) и из друге књиге, што се види по кривичном делу кривоклетства из чл. 6. Из овога свега излази, да се је прота рђаво сећао, кад је у Кратким запискама рекао: „Ја сам имао Крмчију, из ње извадио неколико параграфа Јустинијанових и Мојсијевих закона, кад украде јагње, вола, коња да плати двоје и штапови, ко отме девојку, који војник утече из војске, са страже и тако даље, до 15—20 пунктова“ (уп. *Р. Петровићева* cit. 382).

Што се пак тиче начина постанка овог закона и власти, која га је имала примењивати, *прота Матија* вели у својим Мемоарима: „Сад Скупштини кажемо, да ми сваки на своју страну с војском одлазимо, нахија остаје без старешине и суда, а народу, који код кућа остаје, требаће суда. Зато нека Скупштина избере два поштена човека, да их у Кличевцу немачком шанцу више Ваљева оставимо. Скупштина повиче: Ви старешине изберите и именујте да видимо које ви знате. Ми преставимо Петра Читака из Мушића а Грбовића кнежине и Јована Рабаса из села Рабаса. Сва Скупштина одобри да су они поштени и прави кметови и да им се да власт да буду и судије. Сад ја пред народом прочитам ове пунктове, које сам из *Крмчије* преписао, како су стари царевни судили, бегенишу ли они, и хоћемо ли овако. Они сваки пункт један по један слушају и повичу: тако, тако нека нам се суди, да нема ни глобе ни хатара. Предамо те пунктове Читаку и два пандура, да иду у Кличевац да начине колебу и тамо да седе и суде, што не могу расудити да изма на Врачар у логор шаљу“.

¹⁾ Према архивском примерку (Држ. архива), пронађеном од *пасца* (у колико се сећа) 1903 при прибирању материјала за историју српског кривичног права. В. *Ст. Новаковић* Уставно питање (17). Не позивајући овај примерак, вели, да би он поменути Законик ставио „у радњу Савета — scil. правителствујућег — после 1810, где се већ у Србији било развило неко уредније стање“. Уп. и *Соловјев* О Карађорђевој законнику cit. 6. — Први штампани текст је изишао у Подунавци 2 (1844) 3—10, 15, 18—19, под насловом „Карађорђеви криминални закони“.

²⁾ §§ 14—38 гласе:

§ 14. Који би се војник усудио при изгубљењу баталије за живота оружје из руке дати или бацити, без изговора да трчи шибу мртву 6 пута кроз 600 момака.

§ 15. Који би се војник усудио у војсци пушку буди нашто избацити без питања старешине и допуштења, 25 штапа да трчи.

3. У оба законика налазе се највише (због непрекидног ратовања с Турцима) кривична дела *војне* природе. Казне су биле сурове, н. пр. разаципање на коло, пошто се претходно испребијају ноге и руке, и

§ 16. Који би се год пронашао или ухватио, буди свештеник, буди старешина, буди војник или најпоследњи копач, да зло о правитељству и о држави српској говори, макар у војсци, макар у селу, тај подлежи каштигу као издатељ отачества и шпијун.

§ 17. Налаже се сваком Србину, а особито сеоском кмету, како би писмо у село дошло, да се такм даде кмету, у које му драго доба било и кмет тај час да га шиље куд иде и коме. Тако исто и џебана кад би у село дошла; који би се усудио од више помених ствари задржати, тај подлежи 50 штапова трпети.

§ 18. Који би убио човека својевољно а онај није на њега пређе пушку потегао, и осведочи се чисто, осуђује се да се стреља и потом обеси.

§ 19. Кој би убио неотице човека, по добром испиту да се осведочи, томе апс пола године у гвожђу и проче спрема фамилије његове, што суд донесе, деци и жени платити.

§ 20. Кој потегне пушку или нож на кога и окреше а не убије, тај каштигу убице, који је нехотице убио, да трпи, ако ли не окреше, но на празно потегне, томе по 50 штапа у два пута да се удари.

§ 21. Момци који се на стражу одреде, и ако би патрола затекла шилбока да је заспао, шилбок (у) шибе кроз 300 момака 3 пута, а каплар (у) њин (ом) који је међу њима, по 50 штапа у два јутра, а прочим по 25. Ако би патрола затаила и прочуло се и осведочило, то исто патрола да трпи и они.

§ 22. Кој би се старешина усудио, или капетан или каплар војника за мито из војске кући пустити, или за какав дар сваком оном, (ма) који био, прописује се издајничество, подлежи суду војничком, који да плати сваком свом војнику колико под командом његовом стоји, по онолико колико је од онога једнога узео, и у напред да се искључи из власти.

§ 23. Који би се усудио злословити то јест псовати или безвестити свештеника, старешину, чиновника, трговца, кмета, било са узроком било без узрока, а не би га суду и власти пријавио, то да се (од) суди по 25 штапа у два јутра.

§ 24. Кој би се Србин уфатио и осведочио да тајно води шпиунлук да род свој издаје, тај да се каштигује, да му се пребију обе ноге на 2 места и обе руке, и тако жив да се дигне на коло, и да се не скине док кост траје.

§ 25. Сваки старешина својој војсци да изда заповест, у србску стоку или какву рушадину за живот не дирати, но гди је баш нужда, да је војска гладна, то капетану војске да се пријави, капетан војводи, и по том војвода да заиште од оближњи села, нека покупе и нека за вовеце донесу и у војсци продају. А што би села на војводино искање дала, то војвода да попише, колико је примио да се рачун може дати после. Кој би се војник усудио сам собом учинити и туђе марвинче убити, тај да плати двоструко и 25 штапа прими. А у кога би се рушадина наша туђа, тај шибу кроз 300 момака (да трчи) три пута, зато, што је свога брата харао.

§ 26. Ко би украде вола или коња, да плати добро, пошто газда хоће, и да прими у два јутра по 50 штапа, ко украде овцу или јагње, за једно двоје да даде и 25 штапа (прими).

§ 27. Који се усуди отети девојку, тај момак да трчи шибу 3 пута кроз 300 момака, девојка да се пусти, и за кога она хоће нека се уда, а ово венчање безаконно не броји се за бракосочетање: куму (да се удари) 50 штапа, деверу 50, старом свату 50, а осталим сватовима по 30.

шиба, нарочито мртва шибa (после које се тешко остајало у животу). Водила се је код убиства (§§ 18 и 19 Карађорђевог законика) разлика између умишљајног и нехатног извршења.

§ 28. Свештеник, који венча отету девојку, да се лиши парохије (вурје) и да више за живота нигда добити не може, за узрок, да он, као законодавац преступивши, учинио је повод безаконни брак благословити користи ради своје.

§ 29. Жена и човек законо венчани који су, распустити се не могу без велика узрока и велика суда и владике.

§ 30. Жена или девојка, којој би се случило да роди без мужа дете, то јест копиле, ово је природно, заповест да се изда да никаква се не би усудила удавити дете но слободно нека рани, или ако је веома стидно, то може однети и на путу оставити, кад људи сваки час пролазе, да који год нађе, примиће се и наћиће се и ранити. Ако би се усудила удавити, то таки и она се осуђује на смрт, без никакве даље Милости, за узрок, што је убила човека на свету.

§ 31. Ко би се усудио вештице тражити и убијати жене и мучити како што су биле овакове будалаштине или у воду бацити, ко би ово учинио, — овакову лудост, за коју се Србима бели свет смеје, за овакву будалаштину одсуђујемо му: оно што би он учинио било више реченим вештицама, њему да се учини.

§ 32. Старешинама сваког чина, служитељима народа, определиће се плата и рана по мери, а да кулука од народа ни у какво дело своје нема, нити се народу допушта кулуковати коме; само народне службе што се каса, што је за целу општину, то дужно да буде, како косити сено, беглук за коње војничке, бећарске, то јест општу војску, од ког беглука определиће се и старешинама за трошак како рана, тако и сено, а старешина који хоће какав рад водити кући, а он нека плати, нека му се ради.

§ 33. Који се усуди оставити од војне село или више, за кулука себи, тај ће подлежати народном суду, и платиће у касу осуђену цену и искључиће се власти неко време за каштигу.

§ 34. Који би човек рђаву човеку, ајдуку, дао леба, а не крвао одпут селу да се такови гони, онај да прими каштигу ајдука.

§ 35. Ко би отишао у ајдуке и ценно, и харао браћу своју, томе никакве Милости ни предаје никад, но једнако да се тера, и кад се уфати жив да се преда суду и суд да поврати похарано, да му испребија и ноге и руке, и потом на коло да се разанне.

§ 36. Кој би се старешина, судица, или који му драго чиновник, усудио, да хајдуке шиће, и народ да харају, и њему се дају, да их он сахрањава, томе ако се чисто осведочи, каштига по пропису 35, преписује му се, да је он харо, а не они хајдуци.

§ 37. Старешина, или којиму драго судица, ако се пронађе, да је са лоповима који коње и волове краду; ако се усуди, са оваковим делити, а коме је украдено не плаћати, но лопове бранити, а сиротињу угњетавати, тај осуђује се, како исти лопов, под каштигу, и власти да се лиши.

§ 38. Народу у власти није изабирати војничке старешине, који ће војском управљати, и на бој водити. Ово остаје на промотрењу војне власти и старешина, да они изберу, који је вешт и искусан војску водити, и њом управљати. Народу се допушта изабирати судица за маџистрат, сеоског кмета, среског, то јест кунпаниског кнеза, а изабирати ни једног да не може без суда и високе власти, докле му се не би нашле и осведочиле погрешке, а погрешке га могу извадити из званија а лишити воља ничија, или хатар или пизма.

²⁾ *Данило Медаковић* у Повестница српског народа (1852, Нови Сад) помиње „један акт, који је неким образом био закон војени и грађански“ с насловом „Правила војена и

За извесна дела, непредвиђена у Законику проте *Майије* и у Криминалном законику, владао је систем композиције. То су била лакша кривична дела, као проста крађа. Тако у протроколу Шабачког маги-

*народна**, и ту објављује само неке горе наведене §§-е Карађорђевог законика, но с три члана више: чл. 9, 10 и један с крајз, који је, како примећује *Соловјев* (cit. 7), нетачно означен бројем 27 („вероватно је то, вели, био чл. 41*). *Соловјев* (cit. 8) у наслоу на наслов Карађорђевог законика у поменутом издању *Медаковићевом* (и на један 1927 пронађен рукопис [у Нар. библиотеци заведен под бр. 1080] без наслова [у коме има два члана више: 39. и 40. тако да би Законик, с поменутиим чланом Медаковићевог издања, који је означен погрешно бројем 27, место 41, имао укупно 41 члан]) тврди, да Карађорђевог законик има у оригиналу (наведени рукопис с преправкама и допунама је „концепат оригинала“) наслов „*Правила војена и народна*“ (с обзиром и на то, вели, што §§ 29, 32, 38, 40 и 41 не спадају у кривично право [што у ствари није јак разлог, јер се може узети и да они садрже само норме, а да су казне арбитрарне]).

Поменути §§ 9—10 из *Медаковићевог* издања гласе (в. *Соловјев* cit. 9.).

§ 9. Старешина, војвода, капетан, кнез, судица, буди кога чина, кој би се усудио кому судити по атеру или по пизми или по кумству, или по пријатељству или по сротству или по миту, тај ће се сваки пред цјелим народом изобличити за разоритеља правде народне, и онакови по чистој сведочби лишине се свога званија, а од кога би мито и глобу узео, срамотно пред народом вратити.

§ 10. Кои би старешина или кои му драго од војнички управитеља усудио се добити пљачку на боју, коју војник добије, отети, тај старешина војничком суду да се преда, да му се дело међу војском целом суди, и срамотно да вратити мора, и чина то јест старешинства свог да се лиши, и по том како прости војник да мора у кумпанији служити за кривицу што је од своје браће отимао.

Чл. 39, 41 и 42, о којима је горе реч, гласе:

§ 39. А избацити ни едвога да не може без суда и велике власти, докле му се не би нашле и осведочиле погрешке, и погрешке га могу извадити и (з) званија, а лишити воља ничија или хатер или пизма (но ово је само крај §-а 38, с којим је у вези, те су само два следећа §§-а нова).

§ 40. Налаже се и заповеда да сваки војвода, капетан, кнез велики, кнез кумпаниски, каплар, кмет сеоски [избр: да се], кои е год у служби народној, макар у како му драго чину, да мора се заклети пред собратим народом и свештеником на кресту и Евангелију, да како он хоће вјерно службу Отачества.

§ 41. Сваки Србин слободу да има своју тужбу што му је неправедно учињено од кога му драго показати старешини, и баш да би на самог старешину тужбу имао, слободно да је може суду претставити и да му старешина пизме не може имати. Кои би старешина замрзано што би се когод тужно праведно на њега, тај повинен већем осужденију да буде, што против закона народног стоји; кои би се трвио да на правди и без никакове кривице тужбу преда на чиновника а не посведочи се, по срамоти чествно лице, том каштига подлежи у аресту.

*) В. поводом § 31 Карађорђевог законика о вештицама: *Ladame Procés criminel de la dernière sorcière 1888*. — Деликат *вештичарство* (Hexerei) развико се је (заснован на веровању у припадање, не божанском, већ ђаволском свету, у савезу и љубавничком односу с ђаволом) у средњем веку (у римском праву није га било, као ни мађиништва [Zauberei]; в. чл. 109 Душановог законика, који говори о мађинику и отровнику, али не и о вештици [в. П. д. 2 § 33 IV 5а 10⁶]) од 13. столећа као религијски деликат (до краја 16. века у надлеж-

страта бр. 836 од 11. јула, 1811 вели се: „Подмири се . . . са . . . , што је украо . . . Тако ми пресудисмо, да . . . повраги . . . , што је украо“. Из овога се види још, да је уговор о накнади (композицији, чија се висина из наведене пресуде не види, већ се само помиње повраћај ствари) судски потврђиван.

4. Сем ова два закона издато је било касније још неколико наредба, решења, прокламација, прописујући казну за поједина кривична дела. Но већи број тих кривичних дела је био већ предвиђен у Криминалном законнику, и обично је само казна поштравана. Тако се у наредби проти Матији од 2. маја, 1813 прописује, да се крадљивци бесе.

5. Од 1815 до издања Казненог (Криминалног) законика 1860 кривично право било је садржано у „Казнителном закону за полицајне преступке“ од 27. маја, 1850 и у многобројним „височајшим“ наредбама, уредбама, решењима, издаваним с времена на време по угледу на страног законодавство. Они су садржавали прописе о појединим кривичним делима. Тако 1^о уредба, у којој се говори о кривичним делима поводом удадбе и женидбе од 14. маја, 1818, 2^о заповест од 1. децембра, 1820, у којој је реч о шумским преступима и о кривичним делима поводом удадбе и женидбе, 3^о уредба од 21. октобра, 1838, којом се прописује смртна казна за ископавање кужних ствари, 4^о решење

ности цркве) са тортуром (да би одала „ђавољи печат“ [на вештици, о којој говори *Ladame*, нађена су тобож била два жига од ђавола стављена: један на горњој усници, а други на десном буту], по коме се оне познају, и тако доказало вештичарство [највеће мучење је било стављање на дрвеног коња]) и смртном казном на ломачи (тако и чл. 246 пољичког статута за вештице, чаробнице и врачарице: шибање први пут, потом саживање). И ако је вештичарство (убрајано у *deficta excerpta*, најтеже злочине, где нису допуштани изузеци од општих принципа) имало противника још у 15. веку (особито *Agrippa von Nettesheim* [† 1535], *Weier* [† 1563] и језуита *v. Spee* [† 1631]), оно је ушло и у С.С.С. (чл. 109: за мађиништво, које је навело штету, спаљивање, за остала арбитрарна казна) и одобрено је било чак од *Carpzov*-а. Достигло је врхунац у 17. веку. Тек је под утицајем писаца из доба свитања (особито *Thomasius: De crimine magiae* 1731, *De origine ac progressu processus inquisitorii contra sagas* 1712; касније *Montesquieu*, *Voltaire* и *Rousseau*) почела пракса да напушта гоњење за вештичарство, по мађиништво је ушло чак и у *Codex crim. bavarici* од 1751. Последња погубљења вештица у Немачкој су од 1749 (у Вирдбургу) 1751 и 1775. У Швајцарској је једна вештица погубљена 1782 (*Ladame* представља нетачно кривични процес вештице спаљене 6. априла, 1652 у Женеви као последњи процес те врсте). В. *Riezler* *Geschichte der Hexenprozesse in Bayern* 1896, *Byloff* *Das Verbrechen der Zauberei* 1902, *Ammann* *Die Hexenprozesse* 1814, *Kobler* *GA* 66 39, *Stintzing* I 641, *v. Liszt* § 10 III, *Meyer-Alfheid* § 10 II. — О вештичарству у нас *И. Вушовић* Судско истраживање вештица код нас, Записи (часопис за науку и књижевност, Цетиње) 10 (1932) 350 и сл. (наводећи и чл. 59 Винодолског закона, који говори о женама „стварицама“, држећи да ту спадају и вештице); *М. Веснић* Кривична одговорност у светлости данашње науке (1890) 46 и сл.; *Ј. Ткачић* *Parnice proti vješticam u Hrvatskoj*, Рад Ј. ак. 103.

од 1. децембра, 1842, да се „бунтовник“ казни смрћу, 5^о решење од 22. октобра, 1843, којим се прописују казне за „бунтовништво, издајство и опорочавање власти“, 6^о уредба о кажњењу крадљиваца од 22. маја, 1845, 7^о казнени закон за „поаре и крађе“ од 26. маја, 1847 и т. д. Но сем кривичних дела садржаних у овим разним законским прописима било их је много још, за која није било таквих прописа, али за која је такође изрицана казна, као што се види из разних пресуда.

Крвна освета и композиција су од овог доба постепено исчезле под утицајем страног законодавства, које је врло брзо примљено у Србији, тако да је за сва кривична дела, и за она, за која је важило обичајно право, и за остала, реакција била јавна. Казне су као и у ондашњим страним законодавствима биле врло сурове.¹⁾

VIII. 1860 издат је Кривични (Казнени) законик. Ранији посебни казнени закони тиме су престали да важе. О историји постанка Законика в. § 12.

§ 12. Историја постанка српског Кривичног законика.

Књижевност. — Б. Марковић Историја Казненог законика II, г. 1905 (5).

I. Рад на изради Кривичног законика отпочео је 1855. Иницијативу је за то узео сам владалац српски. 1. јуна, 1855 упућен је „Савету књажевства српског“ акт, у коме је изложено, колико је велика потреба за законима, „по којима се нарушитељи и притеснитељи права или имања или слободе казнити имају“, и препоручено је Савету, да одмах одреди комисију за израду кривичног законика и законика о поступку судском у кривичним делима. Савет је актом од 17. јуна, 1855 одговорио, да, по његовом мишљењу, не треба приступити одмах изради поменутих законика, већ да се задржи дотадашње стање, т. ј. да се издају закони о овом или оном кривичном делу, како се кад потреба укаже. Злочинства су у Србији, вели, ретка, те се потреба за кодификацијом још не осећа, и не би остало друго, до да се копира страно кривично законодавство. Кнез није усвојио саветско мишљење и препоручио му је поново, 23. јануара, 1856, да одреди комисију за израду кривичног законика. Савет је то учинио, и комисија је израдила за годину дана пројекат, али је посао прекинут 1858.

1858 у септембру сам је Савет покренуо питање о изради кривичног законика. Одредио је комисију, која је имала да прегледа два пројекта: пројекат раније комисије и пројекат београдског адвоката Симе Станисављевића. Комисија је усвојила први пројекат, учинив извесне измене и допуне у њему, и Савет је то одобрио „с неким малим изменама“. Затим је актом од 20. априла, 1859 известио кнеза о томе, изложив колико је потребно, да се изради кривични законик. Кнез је одо-

¹⁾ В. Живановић Извршење смртне казне по Душановом законнику и у обновљеној српској држави, Б. 1906, 371.

брио пројекат и наредио, да се штампа. После разних формалности он је обнародован као „Криминални (казнителни) законик за књажевство Србију“ 29. марта, 1860.

II. Српски Кривични законик рађен је поглавито по *пруском* Кривичном закону од 14. априла, 1851. Овај Законик је резултат дугог низа претходних радова на реформи пруског кривичног законодавства. Ови су радови отпочели још у почетку 19. столећа, и до 1819 било је пет пројеката реформе постојећег кривичног законодавства. Од 1826 почињу изнова радови на реформи. Од тог времена па до публикације Кривичног законика од 1851 било је једанаест пројеката. Тек је једанаести, објављен 1851, постао Кривичним законом. Санкционисан је 14. априла, 1851., а ступио је на снагу 1. јула, 1851.

Пруски Кривични законик рађен је с обзиром на постојеће пруско кривично законодавство. Но његовим је редакторима служио за углед француски *Code pénal*, што је по себи разумљиво с обзиром на то, да је *Code pénal* први кривични законик. Тако усвојена је у њему и пр. тројна деоба кривичних дела (у злочине, преступе и иступе, трихотомија).¹⁾

Пошто је српски Кривични законик рађен по пруском, за потпуно познавање истог било је од користи познавање пруског Кривичног законика, па према томе и научних обрада његове садржине. Од ових обрада најважније су: *Goltdammer Materialien zum Strafgesetzbuche für die preussischen Staaten*, Theil 1, 1851, Theil 2, 1852, Berlin; *F. Oppenhoff Strafgesetzbuch für die preussischen Staaten*, Berlin, 1858; *Berner Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1851; *Hälschner System des preussischen Strafrechts*, 1, 1858, 2, 1868, Bonn; *Beseler Kommentar über das Strafgesetzbuch für die preussischen Staaten*, Leipzig, 1851; *Köstlin System des deutschen Strafrechts*, 1, Abteil., Tübingen, 1855 (в. и *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, Tübingen, 1845, које дело, засновано на идејама Хегеловим, служи као увод за System).

Поред пруског и остали немачки кривични законици служили су, и ако у много мањој мери, узгредно, за углед редакторима српског Кривичног законика и његових разних измена и допуна. Ту спадају: *баденски* од 1845, *баварски* од 1861, *саксонски* од 1855, *виртембершки* од 1839, *хамбуршки* од 1869, *брауншвајски* од 1840, *шириншки* од 1850, *хески* од 1868.

III. Многим законима о изменама и допунама, новелама, српски Кривични законик био је претрпео знатне промене у својој првобитној садржини. Међу законима о изменама и допунама највеће су реформе у свима трима частима извршене законом о изменама и допунама од 17. јуна, 1861; затим законима о изменама и допунама од 13. маја, 1902, 20. марта, 1863, 6. октобра, 1899, 15. јуна, 1863, 17. јануара, 1894, 10. јануара, 1879, 30. јуна, 1882 и најзад од 17. децембра, 1910. Остали закони о изменама и допунама су: од 3. августа, 1860, 4. новембра, 1860, 11. јуна, 1861, 19. јануара, 1862, 30. јуна, 1862, 21. септембра, 1866, 8. априла, 1868, 17. јуна, 1868, 24. октобра, 1870, 23. октобра, 1871, 11.

¹⁾ Уп. в. *Liszt* § 12 1 3 (о „рецепцији француског кривичног права и у пруском к. з., чиме је вели, Пруска иступила из везе опште—немачких предања“).

децембра, 1873 (којим је укинута¹⁾ *шлесна* казна [бојем]), 10. јануара, 1876, 10. јануара, 1879, 30. јуна, 1882, 5. јуна, 1884, 21. априла, 1885, 17. априла, 1890, 19. марта, 1891, 27. априла, 1895, 7. фебруара, 1896, 6. октомбра, 1899, 17. јануара, 1900 и 17. децембра, 1910.

§ 13. Рад на реформи кривичног законодавства на страни.

Књижевност. — За I: *Donnedieu de Vabres* La riforma del codice penale francese, Riv. di dir. penit. II (1933) (прешт.). *Champcommunal* Examen critique et comparé du projet du Code pénal 1896. — За II: *Teichmann* Schweiz. Z. 11 189. — За III: За *Entwurf*: v. *Lilienthal*, v. *Liszt*, v. *Calker*, *Mittermaier* Z 30 224, 250, 280, 623. *Kitzinger* Z 31 204, 341, 597. *Binding* G S 76 87, 77 22. v. *Overbeck* Schweiz. Z. 23 1. v. *Birkmeyer* Beiträge zur Kritik des Vorentwurfes 1910. *Aschrott* Z 31 321. — За *Gegenentwurf*: v. *Jagemann* Monatsschrift 8 193. *Hartwig* Z 34 35. *Kahl*, *Wach*, D J Z 16 501, 833, 958. *Goldschmidt*, *Löffler* Öster. Z. 3 221, 356. — За *Kommissionsentwurf*: *Olshausen* Kritische Bemerkungen zu den Beschlüssen der Strafrechtskommission 1913. *Ebermayer* Der Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuches 1914. *Baer* (Strafe und Logik im Strafgesetzentwurf) G A 75 (1931) 286. *Живановић* Триализам у немачком пројекту Кривичног законика од 1925, Арх. 1927, 163 и сл. — За т. зв. *ауторитарно* кривично право: *Живановић* Арх. — За IV: *Ritter*, *Löffler* Öster. Z. 3 326 и 401. *Graf Gleispach* Der österreichische Strafgesetzentwurf 1912 и Z 35 501. *Makarewicz* G S 82 161. *Löffler* Öster. Z. 4 45, 117, 232. — За V: *Löffler* Öster. Z. 3 192. *Oetker* G S 82 81. — За VI: *Givanovitch* Alcune osservazioni sul progetto italiano di codice penale, Annuario di Diritto Comparato et di Studi Legislativi 6 (1931), P. 1, Fasc. II (и посебно).

I. 1887 установљена је у *Француској* једна комисија са задатком, да изради пројекат кривичног законика. Ова комисија није ништа дефинитивно урадила. 1892 образована је једна нова комисија. 1893 ова је комисија довршила израду пројекта општег дела у сто дванаест чланова са насловом: *Књига I, Кривична дела у опште и казне (Livre Ier, Des infractions en général et des peines)*. Пројекат је објављен у *Bulletin de la Société générale des prisons* 1893.²⁾ Али је од тада њен рад потпуно застао, тако да је укупна реформа кривичног законодавства прећутно напуштена.³⁾ Тек је 1930 (у децембру) установљена у Министарству правде једна комисија за ревизију к. з. од 1810 и к. с. п. од 1808. Ова је комисија довршила и објавила 1932 пројекат општег дела (унев *кривца* као особено законско биће поред кривичног дела и ставивши га у засебан одељак, а увевши и мере безбедности поред казни).

¹⁾ В. Стенографске белешке Народне скупштине за 1873.

²⁾ 157.

³⁾ „Од тада, вели *Garraud* (Précis п. 33 і 5^о пр. 1), нисмо чули више да се говори о њеним радовима, и може се сматрати, да су пројекти укупне реформе моментано напуштени.“ В. и *Laborde* 32.

II. У Швајцарској¹⁾ поред Савезног закона (Bundesgesetz) од 1853, који садржи кривична дела против савеза, кривична дела савезних службеника и још нека друга, и који сачињава једини општи кривични закон швајцарске републике, и поред разних савезних споредних закона постоје двадесет и три кантонска кривична законика.²⁾ Од 1890 почело се је радити на стварању једног општег кривичног законика, за целу републику. Израда истога је била поверена проф. *Stooss*-у у Берн-у (доцн. у Бечу). Он је као претходне радове издао пре свега, 1890, *Збирку швајцарских кривичних законика* (Zusammenstellung der schweizerischen Strafgesetzbücher), затим *Основе швајцарског Кривичног права* у две књиге, 1892 и 1893 (Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts im Auftrage des Bundesrates vergleichend dargestellt 1 1892, 2 1893). 1893/4 *Stooss* је објавио с мотивима свој „претходни пројекат Кривичног законика“ (Vorentwurf), уневши у њ' многе нове криминално-политичке идеје тога времена. 1896 је објављен „претходни пројекат“ експертне комисије (Vorentwurf der Expertenkommission). Затим су једно за другим били израђени, сви на основу првог, *Stooss*-овог, претходни комисијски пројекти од 1903., 1908 и 1916 (овај са Beilagen und Protokollen). 1918 је израђен и објављен „Владин пројекат“ (Regierungsentwurf, Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 23. Juli, 1918).³⁾ 1916 објављен је с мотивима *Hafer*-ов (проф. у Цириху), по налогу владе израђени пројекат војног Кривичног законика (Entwurf eines Militärstrafgesetzbuches), који би имао да замени з. од 1851 о кривичном правосуђу за савезне трупе (чије су процесуалне одредбе замењене војном кривичном судском уредбом од 1889).⁴⁾

Швајцарски пројекат одбацује разлику између злочина и престапа, делећи кривична дела само у две групе, у „злочине“ (Verbrechen) и иступе (Übertretungen). У њ' су поред „злочина“ унети и иступи.

III. У Немачкој се је од 1902 почело мислити на израду новог Кривичног законика. Те године био је створен у Министарству правде један „слободан научни комитет“ састављен од осам професора свих праваца (класичне школе, социолошке и посредног, неокласичног правца).

¹⁾ У Швајцарској је од 1799 до 1803 важио франц. к. з. (Code pénal) од 1791. В *Hafer* § 6 II А, *Kronauer* Kompendium des Bundesstrafrechts (2. изд.) 1912.

²⁾ Два кантона (Ури и Нидвалден) немају к. з., већ у њима важи обичајно право (кажњење по коме према пракси Савезног суда „не сме да пређе разумно још замишљиво раширење граница кажњивог неправга“) и од судске праксе реципирано страни право (нем. и луцерн. к. з. и швајц. прој., а у Уриу и његов прој. к. з. од 1894), на које се она наслња. Уп. *Hafer* § 5 II.

³⁾ В. о њему *Hafer* § 7. В. и Z 52 839 (о претресању пројекта у 1932 у комисији Нац. савета).

⁴⁾ Овај прој. је прештампан 1918 (франц. превод од *Logoz*-а 1919). В. *Hafer* § 6 II С 2.

Задатак му је био, да ради припреме реформе немачког Кривичног законика изда једно дело, „у коме би имало да се да *упоредно излагање* свију кривично-правних материја, које долазе у обзир, да се критички оцене закључци упоређења права и да се прикључе предлози за немачко законодавство.“ Ово дело (рађено од 50 сарадника, већином професора Кривичног права) издато је потпуно до 1909. Општи наслов му је „*Упоредно излагање немачког и страниог Кривичног права*“ (*Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*). Подељено је у 16 књига (*Bände*), од којих 6 имају за предмет општи, 9 посебни део, а последња подробен регистар садржине. Оно представља један од главних извора упоредног кривичног права. Али је с појавом најновијих к. з., с новим системом (Трипартиција) и новом (трипартитном) формулацијом оно изгубило знатно од своје вредности.

Још у току издавања овога дела образована је била, 1906 у Министарству правде једна комисија, којој је била поверена израда претходног пројекта немачког Кривичног законика. Од ње израђени пројекат са мотивима објављен је 1909. Од новина, које су се у њему налазиле, важније су биле: признање смањене подобности за урачунљивост, увођење условне осуде и рехабилитације, увођење малолетничког кривичног права (заснованог „готово ни најмање“ на идеји одмазде, већ на идеји васпитања и поправке), увођење мера безбедности поред казни.

1911 објављен је један други немачки пројекат. То је „Противни пројекат“ (*Gegenentwurf*) с мотивима, од професора *v. Liszt*-а, *v. Lilienthal*-а, *Kahl*-а и *Goldschmidt*-а („Професорски“ пројекат). *v. Liszt* је истицао нарочито као махне званичног предпројекта, што у њему није прихваћено и *споредно* кривично законодавство и што т. зв. „полицијски деликти“ (иступи), који се по његовом, неоснованом гледишту квалитативно разликују од кривичних дела, нису из њега издвојени. Ове две махне су пре свега, вели, отклоњене у Противном пројекту. Бар један део споредног кривичног законодавства је, вели *v. Liszt*, унет у њ, чиме у осталом признаје прећутно, да је потпуно извођење идеје у питању немогуће због тесне везе између кривичних одредаба поменутог споредног законодавства и осталих његових одредаба.¹⁾ Сем тога „полицијски испути су, вели *v. Liszt*, доследно издвојени од кривичног неправа.“²⁾

¹⁾ Уп. *Марковић* 103.

²⁾ „Уз то се је, вели (§ 15 III), трудило, да се казни систем пројекта оштрије диференцира, да се у хаотична казнена угрожења унесе чврст ред и да се добију за одмеравање казне јасна правила. Најзад било је потребно, да се из основа преобразе основни кривично-правни појмови, одређење којих сачињаваше најслабију страну предпројекта и да се посебни део брижљиво испита“.

1911 образована је била у Министарству правде нова комисија, да предпројекат прегледа и од њега начини владин пројекат. Она је била готова 1913. 1918 образована је једна друга, ужа комисија са налогом, да преради „комисијски“ пројекат. Њен пројекат са мотивима је од 1919. Објављен је у истој књизи с оним од 1913. Тада се је у Аустрији појавио покрет, да се изради на основу немачког пројекта од 1919 заједнички пројекат, и у њој је састављен био тога ради један противпројекат. Од тада је почео рад на новом, заједничком пројекту, који је довршен 1922, али је (с изменама) објављен тек 1925 с мотивима. Овај последњи пројекат представља значајан напредак према ранијем. У њему је *кривац* самостално законско биће. То се јасно види по строгом чињењу разлике између *објективне* и *субјективне* (личне) формулације одговарајућих одредаба, што се изрично и одсечно наглашава и у мотивима. То се види и по томе, што се у њему не налазе одредбе пројекта од 1919, у којима се (за разлику од ранијих пројеката) озакоњава „посредно“ извршиштво, створено у теорији Бипартиције ради избегавања контрадикција. Но у пројекту је избегнуто, на уштрб његове вредности, да се *кривац* отворено призна за законско биће.¹⁾

Пројекат од 1925 је замењен пројектом од 1928. Овај пројекат задржава наведену добру страну претходног пројекта. И у њ' су унети иступи поред злочина и престапа. Но рад на реформи је услед политичких прилика застао (захтева се тобожње „ауторитарно“ кривично право).²⁾

IV. У Аустрији се је такође било почело да ради пројекат Кривичног законика, који би заменио аустријски Кривични законик од 1852 (који је у ствари само једна слаба прерада Кривичног законика од 1803). 1909 објављен је био „предпројекат“ (Vorentwurf), 1912 „владин пројекат“ (Regierungsentwurf) са мотивима. За даљи рад у сарадњи с Немачком в. III.

V. У Шведској се је почело 1888 радити на реформи кривичног законодавства. 1916 је објављен један претходни пројекат, израђен од проф. *Thyrén*-а.³⁾

¹⁾ В. о томе ближе *Живановић* Трвализам (в. књ.).

²⁾ В. *Vornhak* Das Ende des Strafrechtsausschusses und der Strafrechtsreform, G S 89 (где он тврди, да је рад на реформи пропао и да је нов к. з. излишан [јер су, вели, потребне реформе већ унете у к. з., а за њих, као за условну осуду и, пр., су погоднији специјални закони због лакоће измене или укидања], и чак да би он био „песрећа“ за немачки народ [због појачаног криминалитета после рата, с чиме није у сагласности про- страни хуманитет пројекта, као и због пропасти у случају новог к. з. постојеће, деценијама нагомилане чврсте судске праксе, која би се имала изнова да ствара]). В. *Живановић* Т. ав. ауторитарно кривично право.

³⁾ В. његов рад *Prinzipien einer Strafgesetzreform*, I. Bd. 1911.

VI. У Данској је 1912 објављен један пројекат, а 1917 „против-пројекат“. Ради претреса овог последњег, израђеног од проф. *Тогр-а*, била је образована у Министарству правде једна комисија.

VII. У Италији је 1919 образована комисија за реформу кривичног законодавства. Она је (с *Ferri*-ем на челу) израдила пројекат општег дела, који је објављен с мотивима 1921.¹⁾ Овај је пројекат рађен у духу *Ломброзове* и *Ferri*-еве теорије *анормалности* криваца, заменив доследно казне „санкцијама“ (мерама безбедности, и ако би по мотивима то биле нека врста хибридних мера одбране друштва, с карактером и казне и мере безбедности).²⁾ Пројекат је примио *кривца* за законско биће и доследно је после уводних одредаба подељен у три одељка, први о кривичном делу, други о кривцу (*delinquente*) и трећи о „санкцијама“ (*sanzioni*).

Овај пројекат није наишао на одобравање, нарочито због примене теорије анормалности и због својих „санкција“. 1925 је због тога образована нова комисија, којом је руководио проф. *Россо*, министар правде. Она је свој пројекат (с општим и посебним делом) довршила 1927, и он је објављен као „предпројекат“ 1927 (с француским преводом). „Дефинитиван пројекат Казненог законика“ завршен је од шире Комисије (где је био и *Ferri*) и објављен 1929 с опсежним извештајем (мотивима) *Россо-а* (откуда назив овог пројекта у Италији „пројекат Россо“).³⁾ Овај пројекат у погледу систематике стоји иза пројекта *Ferri*-евог. Али он задржава такође изрично *кривца* као законско биће, давши му особени одељак (од. IV: О кривцу и лицу повређеном кривичним делом). Задржавајући казне, уводи мере безбедности. Уноси и иступе,⁴⁾ а разликовање између злочина и престапа одбацује, као и тадањи италијански к. з., и тако поред иступа познаје само „преступе“ (*delitti*). За иступе важи општи део престапа, у колико није друкчије прописано.

§ 14. Рад на реформи кривичног законодавства у Краљевини Србији и у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца, Југославији.

Књижевност. — За I: *Neubecker* Der Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Serbien Eine kritische Skizze. У Festgabe für Martitz, 1911. *Seidel* Monatsschrift

¹⁾ Relazione sul progetto preliminare di Codice penale italiano (libero I), служб. изд. Мин. правде 1921 (с француским преводом).

²⁾ В. о овоме *Основни проблеми* § 29 пр. 1 и *Glvanovitch* (в. књ.).

³⁾ Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale, volume V: Progetto definitivo di un nuovo Codice penale con la relazione del guardasigilli on. *Alfredo Rocco* 1929 (у 3 књиге).

⁴⁾ Уп. Мотиве 9 (придајући поглавито историјски значај разликовању иступа од осталих кривичних дела, а то се, вели се, види и по томе, што данас и за њих важе великим делом исте опште одредбе).

8 555. *Grispigni* Sc. p. 1911. — За II: *Tauffer* Der kroatische Strafgesetzentwurf im Ver- gleiche mit den Bestimmungen des neuen ungarischen Strafgesetzes und des österrei- chischen Strafgesetzentwurfes 1880. *Schwartz* G S 31. *Ullmann* G S 32. *Ružić* M. 1890. *Brusa* Il progetto di Codice penale croato y *Rivista di Discipline Carcerarie* I. — За III: *Givanovitch* Code criminel du Royaume de Yougoslavie, *Schweiz. Z.* 46 (1932) 305 и сл.

1. 1. 1908 била је образована у Министарству правде једна „ужа комисија“ за израду пројекта српског Кривичног законика.¹⁾ Ова коми- сија је предала министру правде 27. марта, 1910, рукопис израђеног про- јекта Кривичног законика и мотива за њ'. Овај рукопис је исте го- дине објављен као службено издање Министарства правде под насловом: „Пројекат и Мотиви Казненог законика.“

2. 1911 образована је била у истом Министарству једна „шира коми- сија“ за преглед поменутог пројекта.²⁾ Ова комисија је учинила знатне измене и допуне у пројекту. Тако од ње прерађен пројекат, који је требало да буде дефинитиван, није објављен услед ратних догађаја.

Главне су новине у пројекту од 1911 према пројекту од 1910: 1^о увођење *кривца* у законски систем са свима консеквенцама, *принципи- јелним* и *редакцијским* (гл. III.: „Кривично дело и учинилац“),³⁾ 2^о пот- пуно увођење *мера безбедности*, у засебној глави (гл. II.: „Казне и мере безбедности“).

У Sammlung Ausserdeutscher Strafgesetzbücher изишао је као св. 32 српски пројекат у немачком преводу, Vorentwurf zu einem Strafge- setzbuch für das Königreich Serbien.⁴⁾ Ту је преведен општи део пројекта такав, какав је прерађен од шире комисије, док је посебни део, с којим у то време шира комисија још није била готова, преведен према про- јекту уже комисије.

II. У Хрватској је била поднета⁵⁾ 1879, тадањем бану, „Osnova po- vog kaznenog zakona o zločinstvima i prestupcima za Kraljevine Hrvatsku i Slavoniju iz obrazloženje“. Ради прегледа овог пројекта образована је

¹⁾ Чланови исте су били: *Марковић*, *Ђуричић*, *Миљковић* и *Субошић*.

²⁾ Чланови исте су били поред поменутих чланова уже комисије: *Јовановић-Бабуш*, *Јовановић*, *Симић*, *Ђорђевић* и *Исац*.

³⁾ В. *Основни проблеми* § 5 пр. 3 (под 5). — То је, као што смо рекли (*Givano- vitch* 306), „у светској законодавној области прво признање *кривца* као самосталног *правног* (законског) бића“ (не тек у *Ferri*-евом пројекту Кривичног законика од 1921, као што је он то тврдио на основу увођења кривца и кривичног дела у исту главу про екта, што је било учињено противно нашем предлогу [в. *Основни проблем* I. с.], а што нема зна- чаја, особито кад се има на уму, да је гл. III израђена и принципијелно и редакцијски сходно Трипартицији, с којом се при томе *Ferri*-ев пројекат често противречи).

⁴⁾ Nach der amtlichen Ausgabe des Justizministeriums, übersetzt und herausgegeben von Topalovits und Landsberg, Berlin 1911 (Guttentag).

⁵⁾ Од Матије Деречина.

била 1882 једна комисија, но иста је после претреса тридесет и три параграфа пројекта на осам седница прекинула рад.¹⁾

III. Са проширењем Краљевине Србије у Краљевину, Срба, Хрвата и Словенаца настала је потреба, да се створи општи Кривични законик. У Министарству Правде, где је 1920 основан Стални законодавни савет,²⁾ почело се је од 17. јануара, 1921 да ради на овој унификацији. Пројекат је завршен 1923 и објављен од Министарства правде с кратким мотивима. 1926 је био упућен Народној скупштини. У њеном Законодавном одбору био је предмет дискусија, али је преглед остао незавршен. 27. јануара, 1929 је он обнародован и тако је постао закоником. Дан, кад ће добити обавезну снагу, имао се је према пропису његовог §-а 405 одредити. Према чл. 1 Закона од 16. фебруара, 1929 Кривични законик је добио за целу државну област обавезну снагу 1. јануара, 1930.

IV. 1. Пројекат, оди. сада Кривични законик израђен је на подлози српског пројекта од 1911 (не 1910). Кривац је с кривичним делом унет у гл. II, а казне и мере безбедности су прешле у гл. III. Строго је спроведено разликовање између објективне и субјективне формулације.

2. При изради пројекта Законика није задржана двојна деоба кривичних дела српских пројеката од 1910 и 1911 у злочине и преступе (scil. иступе). Одсек је примио тројну деобу у злочине, преступе и иступе, али су у пројекат Кривичног законика унети само злочини и преступи, а иступи су остављени за посебан закон, који би садржавао и иступни кривични поступак.

3. Рад на пројекту Закона о иступима почет је одмах по завршетку пројекта Кривичног законика, 1923. Кривично-правни одсек Сталног законодавног савета поверио је израду пројекта тројници својих чланова.³⁾ Они су пројекат довршили и предали 1923. Овај је пројекат био упућен Народној скупштини 1927. Но претрес у њеном Законодавном одбору није био завршен до 1929. Од 1929 се пројекат налази у Министарству унутрашњих дела.

¹⁾ В. Јанка—Šilović § 13.

²⁾ В. Уредбу Министарства правде од 1920 о устројству овога Савета. Овај Савет је 1929 замењен установом Врховног законодавног савета истог саветодавног карактера. По укинућу овога Савета, 1932, у Министарству правде, на штету правилног и хармоничног законодавног рада, не постоји таква установа (каких има свуда, па и у самим уставима установљених, и пр. румунски Законодавни савет, установљен у чл. 76 уст., унетом 29. марта, 1923 [где сви законски пројекти, владини или парламентарни, сем пројеката о буџетским кредитима, и све опште уредбе за примену закона мора да прођу у циљу „координације закона и давања мишљења о редакцији“]). Чланови кривично-правног одсека, који су пројекат радили, били су Јосановић, Марковић, Шиловић, Доленц, Ђуричић, Огорелица, Посиловић, Миљковић, Суботић и писац.

³⁾ Суботић, Алимпић и писац.

§ 15. Историја Науке кривичног права (Кривичног права).

Књижевност. — *Кисшјаковски* Главнијидје моменты историји науки уголовного права. *Garraud* 1 149. *Stintzing* Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechtes in Deutschland 1867. *Истии* Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, fortgeführt von Landsberg 1880 и сл., 3 1898—1910. *Kantorowicz* Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik 1907. *Тогаицев* 4. v. *Bar* Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien 1882. *Cesare Cantu* Beccaria e il diritto penale 1862. *Frank* Die Wolfsehe Strafrechtsphilosophie und ihr Verhältnis zur kriminalpolitischen Aufklärung im 18. Jahrh. 1887. v. *Moeller* Julius Clarus aus Aiessandria (v. *Lil.* Abh. 136) 1911. *Neukamp* Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus 1901. *Willmbücher* Die strafrechtsphilosophischen Auseinandersetzungen Friedrichs des Grossen 1904. *Zahn* Karl Ferdinand Hommel als Strafrechtsphilosoph und Strafrechtslehrer 1911. *I. Masaven* Contribucion al estudio de la Escuela penal española 1922 (в. о томе R. pén. 46 648).

I. Док је римско приватно право достигло велики развитак, кривично право (садржано поглавито у 47. и 48. књизи Пандеката: libri terribiles, у 9. књизи Кодекса и у последњој књизи Институција) је остало потпуно необрађено. Само у 47. и 48. књизи Пандеката налазе се фрагменти о кривично-правним питањима. Научну обраду кривичног права на основу римских извора предузели су тек италијански правници (за византијске правнике в. § 8 IV). Но они су обрађивали римско кривично право онако, како је оно било у њихово време, а оно је онда било (особито услед спајања с лонгобардским¹⁾ статутима) знатно измењено, тако да се може сматрати као италијанско кривично право. Сем тога они су га обрађивали, не самостално, већ уз римско право, као део предавања о овоме, и то не систематски, већ (болоњска школа, глосатори) у облику глоса (т. ј. кратких егзегетичких примедба), а доцније (постглосатори, звани и коментатори и епигони) у облику дужих коментара појединих места Corpus juris civilis-а.²⁾

Што је од нарочите важности, италијански правници су обратили особиту пажњу на опште појмове и дали основу за даљу научну обраду истих. Њиховом раду има се приписати рецепција римско-италијанског права у Немачкој. Међу њима су најважнији од глосатора и постглосатора *Azo* († 1230), *Bartolus* († 1357) и *Baldus* († 1400); од канониста *Goffredus* († 1250) и *Durantis* († 1296); од т. зв. италијанских практичара *Rolandinus de Romanicis* († 1284), *Albertus Gandinus*³⁾ († 1290), *Jacob de Belvisio* († 1335), *Bonifacius de Vidalinis* († око 1340), *Angelus Aretinus* († 1450). Од каснијих могу се поменути *Hippolyt de Marsillis*

¹⁾ В. о овом праву *Osenbruggen* Das Strafrecht der Longobarden 1863, *Blandini* Il delitto e la pena nelle leggi longobarde 1890.

²⁾ Канонисти су се ограничавали на коментарисање појединих декреталија (в. о овоме § 8 V), особито декреталије Инокентија III о инквизиторском поступку.

³⁾ В. о њему *Dubois* (в. књ. § 9), *Kantorowicz*.

(† 1529), писац дела *Practica causarum criminalium* (1529), *Agidius Bossius* († 1546), *Julius Clarus* (1525—1575), писац дела *Rescriptae sententiarum* (у 5. књ. кривично право: *Practica criminalis*), највећи правник свога времена, с којим је кривично-правна наука у Италији достигла врхунац тога доба, *Tib. Decianus* († 1581), *Jacobus Menochius* († 1607) и *Prosper Farinaeus* (1544—1618), писац опсежног дела *Variarum quaestionum et communium opinionum criminalium* или *Praxis et theoria criminalis* (више практичког карактера према кратком и јасном, теоријском делу *Clarus*-овом).¹⁾ Најстарије дело посвећено Кривичном праву је *Gandinus*-ово дело *Libellus de maleficiis*, написано 1262 (по Haus-у, 1285 по L. Gandini-у), а штампано први пут (у Венецији) 1491;²⁾ затим дело *Belvisio*-во *Practica criminalis* из 14. века (названо *aurea* од доцнијих писаца); затим из 15. века дело *Aretinus*-ово *Tractatus de maleficiis*, написано око 1437, штампано први пут 1470.

II. Од 16. столећа почела се је развијати кривично-правна наука у Немачкој. Но у првој половини овог столећа она се налази, како вели *v. Liszt*, „у рукама преписивача без духа и без критике, којима је римско право било исто тако непознато као и немачко“, као што су н. пр. *König* († 1526), чије је дело *Practica* из 1541, и *Sawr*, чије је дело *Straffbuch* из 1577. Изузетак чине *Zasius* († 1535) и *Gobler* († 1567).

У другој половини 16. столећа Кривично право се је почело предавати на универзитетима, и од тога доба наука је почела нагло напредовати, за шта су доказ многобројна дела, као што су збирке конзилиума и диспутација, н. пр. *Collegii criminalis disputationes* из 1621 гисенског професора *Hunnus*-а († 1636), *Collegium criminale*, 1618, 1671 од *Petrus Theodoricus*-а, професора у Јени († 1640).

У Немачкој је први применио *синтеитичку* методу у Кривичном праву *Nic. Vigetius*, професор у Марбургу († 1600), у делу *Constitutiones Carolinae cum iure communi collatae* 1583, где је хтео да докаже везу између Каролине и римског права. За собом је имао велики број последника, који су у истом правцу радили и од којих су многи писали коментаре Каролине.

Но највише су допринели развоју немачког Кривичног права *саксонски* правници 17. века. Међу њима заузима прво место *Benedict Carpzov* (1595—1666), који је својим, на Каролини заснованим делом *Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium* од 1635 и другим

¹⁾ Његова укупна дела (орега omnia) изашла су 1597 (прештампана у Лиону 1621 до 1639 у 9 књига). Он је имао све до краја 18. века, па у неколико и у почетку 19. века (*Chauveau-Heffe* се на њега позивају) велики утицај на теорију и праксу у свима земљама.

²⁾ В. Таганцев 23. Према неким прво дело из Кривичног права је *Romanicus*-ово *De ordine maleficiorum*.

основао у Немачкој *емпиричку* методу.¹⁾ Тек је *J. S. F. Böhmer* († 1772) својим делом *Observationes ad Carpzovii practica* 1759 успео, да уздрма углед Карпцовљев.²⁾ Напредак кривично-правне науке, за који се има благодарити саксонским правницима, опажа се у коментарима Каролине и у системима Кривичног права на основици *Carolinae*. Први уџбеник од научног значаја био је *Böhmer*-ов од 1732.³⁾

Хуманитарни период имво је, као што је речено, својих представника и у Немачкој. Међу њима заузимају прво место *Sonnenfels* († 1817) у Аустрији и *Hommel* († 1781), лајпцишки професор, а нарочито *Christian Thomasius* († 1728), професор у Хали. У то доба живео је и *A. Feuerbach* (1775—1833), који се сматра као оснивач савремене немачке кривично-правне науке (критикујући на основу *Kant*-овог критичког идеализма рационалистичке теорије својих претходника и падајући на основу истог и он сам као и његови последници у нове заблуде). Његово главно дело је *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* 1801, 14. изд. 1848 (*Mittermaier*-ово).

III. У Француској је научно обрађивање кривичног права такође прешло из Италије. У Шпанији и Холандији тако исто. У Француској *Tiraquellus* († 1558), у Шпанији *Covarruvias* († 1577), у Холандији *Damhouder* († 1581)⁴⁾ створили су *синтезитичку* методу, која је заменила ранију *егзегезичку*. Од других се могу навести *Millau* (*Praxis criminalis persequendi* 1541, с више каснијих издања) и *Ayrault* (*D'ordre et la formalité qui doit être observée aux matières criminelles* 1598, 2. изд. 1615). Од каснијих су најпознатији *Muyart de Vouglans* (*Institutes au droit criminel* 1747, *Institutes criminelles suivant le lois et ordonnances du royaume* 1762 и *Les lois criminelles de France, suivant leur ordre naturel* 1780) и *Jousse* (*Traité de la justice criminelle de France* 1771);⁵⁾ у Италији *Renazi* (*Elementa juris criminalis* 1733) и *Cremani* (*De jure criminali* 1779). У Русији се у 17. веку почело обрађивати Кривично право. С почетка су постојали само

¹⁾ „Члан лајпцишког суда и професор лајпцишког правног факултета, одликујући се великом начитаношћу, научном ваљаношћу и богатим практичким искуством, он је, вели *v. Liszt* (§ 10 II), за цело једно столеће утиснуо жиг свога духа на Кривично право“. В. о њему *Stintzing* 2 55 и *Löning* Z 5 579.

²⁾ Пре њега и *Kress Commentatio succincta in Carolinam* 1721.

³⁾ *Elementa jurisprudentiae criminalis* (6. изд. 1794). В. и његове *Meditationes* 1770

⁴⁾ Његово дело *Praxis rerum criminalium* имало је великог утицаја у Француској и Немачкој. В. о њему *Haus La Pratique criminelle de Damhouder et les ordonnances de Philippe II*, 1871. О њему као плагиатору *v. v. Liszt* § 10 пр. 2.

⁵⁾ Дело *Jousse*-ово (више практичког карактера) садржи значајна историјска обавештења. У предговору се налази *Examen des principaux ouvrages qui ont paru sur les matières criminelles* (с потпуном биографијом француских и страних писаца, почињући са страним, нарочито италијанским, који су, вели [XIV], дали најобилнија и највише искоришћавана дела). — В. *Garraud* 1 149 пр. 33 о француским писцима другог реда (*poetae minores*)

преводи страних дела, али су се убрзо почели појављивати самостални научни радови. Први су радови професора у Москви *Дилџеа* († 1781), затим *Десницког* († 1789), познатог под именом оца руске правне науке.

У свима овим земљама Кривично право је предавано на универзитетима. У Француској се раду професора правника има највише благодарити за кодификацију кривичног права у *Code pénal*, а то исто важи и за кодификацију кривичног права у другим државама, јер је пруски Казнени законик од 1851 састављен (в. § 12 II) на основу *Code pénal*, а обоје су опет служили као модел каснијим европским законодавствима.

IV. Кривично право се је од друге половине 18. столећа почело научно обрађивати на народним језицима, док су ранија дела писана латински. Тако први *учбеник* Кривичног права штампан на немачком језику је од *Steltzer-a* 1793.

Као најважнији писци из тога времена могу се поменути: *Beccaria* са својим чувеним делом *Dei delitti e delle pene* (1764) и *Filangieri Scinza penale* у Италији; *Bentham* (*Traité de législation civile et pénale, Traité des peines et des récompenses*, 1802—1811) у Енглеској; *F. J. A. Feuerbach* са својим поменути (II) делом и са делом *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts* 1799—1800 у Немачкој. Од каснијих се могу поменути као значајнији: у Француској пре *Garraud-a* († 1930) *Ortolan* (са својим делом *Éléments du Droit pénal*, 2 изд. 1859); у Немачкој пре *v. Liszt-a* († 1919) (присталице позитивистичке филозофије) *Köstlin* († 1856), *Hälschner* († 1889), особито *Merkel* († 1896) (присталица *Хегелове* спекулативне филозофије, особито у његовом учењу о казни, да је она као дијалектичко развиће правног појма негација неправда, падајући на основу тога у исте заблуде, реалности противне конструкције); у Италији пре (криминалног социолога) *Ferri-a* († 1929) *Carrara* (са својим делом *Programma del Corso del Diritto criminale*); у Русији *Тагањцев* и *Фојницки*.

V. У Србији је по пропасти средњевековне државе (1459) престали рад на праву отпочео с обновом државе, од првог устанка. Отпочета је одмах с рецепцијом страног права и научна делатност на основи принципа научним радом у иностранству утврђених. Научни рад на кривичном праву отпочео је у правом смислу с почетком предавања ове гране права на Лицеју, затим Великој школи (проф. *Гргуур Миловановић*, † 1924), па онда (1905) на Универзитету. Међу најранијим криминалистима српским пре *Миловановића* могу се поменути *А. Чумић* и *Св. Вељковић*, особито *Ђ. Ценић* (с његовим делом *Објашњење Казништелног законика* од 1865). Но тај ранији период, заснован на старој кривично-правној науци европској из доба до 1890, достигао је у Србији врхунац у многобројним радовима *Јована Авакумовића* (1841—1928), свестрано образованог криминалисте српског, завршетак чијег делања представља његова *Теорија Казненог права* (1887—1891).

Олељак I.

Кривично дело.

УВОД.

§ 16. Појам (формални и материјални) кривичног дела.¹⁾

Књижевност. — За исту в. *Живановић* Основни проблеми Кривичног права (1930 §§ 9 — 19.

1. *Кривично дело* (вулгарно звано обично „кривица“, а често и у судској пракси и законодавству²⁾) је једна *врста неправа* или *деликта*, названа *кривично* неправо (*kriminelles Unrecht* или *Delikt*, *illicite* или *délit criminel* или *pénal*) за разлику од *приватног (грађанског)* неправа или деликта (*illicite privé*, *délit privé*, *Privatunrecht*, *Privatdelikt* или за грађанско право *délit civil*, *Zivilunrecht*)³⁾ и од осталих врста *јавног* неправа. Теорија *Хегелова*, да су кривично неправо и приватно неправо два различита рода неправа, није се могла одржати, и ако је дуго време имала велики број присталица, јер ниједна од предложених разлика између ова два неправа није се показала као оправдана.⁴⁾ Пошто је на тај начин неправо род (генус), под који се кривично дело (с осталим врстама јавног неправа) и приватни деликат подводе, кривично дело мора имати извесне елементе заједничке са приватним деликтом.⁵⁾

¹⁾ У § 16 је изнета само наша теорија о појму кривичног дела, и на истој се заснива следеће излагање о кривичном делу. За остале као и за подробно излагање наше в. *Основни проблеми* § 10 II — VII.

²⁾ *Štović* употребљава сходно немачкој терминологији израз *злочин* противно народном схватању овог израза. — Погрешно се вулгарно употребљаје израз „*кажњива радња* или *дело*“ (в. *Основни проблеми* § 10 VII). — У српским средњовековним споменицима се кадкад употребљава израз „*кривина*“ (н. пр. у чл. 3 дубров. уг. Великог жупана Стефана од 1215 [в. *Новаковић* Споменици 137] и у повељи бана Твртка од 1354 [в. *Новаковић* Споменици 316]). Уп. *Соловјев* 140.

³⁾ Неки се служе латинском речју *деликат* (*delictum*) да означе неправо у опште, т. ј. као род. Тако *Binding Handbich* 499 (код Римљана је, вели, ова реч у ужем смислу означавала приватни деликат, али у ширем све противправне радње). Обично су пак у употреби оба израза, и неправо и деликат. В. в. *Liszt* § 26.

⁴⁾ О кривичном делу као врсти *неправа* и односу кривичног неправа ка осталим јавним и ка приватном в. *Основни проблеми* § 9.

⁵⁾ О методама одређења појма кривичног дела в. *Основни проблеми* § 10 I.

II. *Кривично дело* (crimen, maleficium) је према нама *противправно*, у казненом закону *предвиђено* и условима инкриминације *одговарајуће* проузроковање извесне *последице* људском радњом. Обележја (елементи) кривичног дела дакле (т. ј. његови састојци по учињеној анализи његове дефиниције [т. ј. његове формалне суштине], анализи *квалитативној* [у смислу хемијском, на супрот *квантитативној*, коју судија врши по извршењу прве] или онтолошкој) су (или, како вели *Ferri*, *анатомија* кривичног дела је):

1. Кривично дело је *проузроковање* (scil. *извесне последице*) људском радњом. Радња се може састојати, као што ће се видети (§ 22), у *чињењу* или *нечињењу*.

2. Кривично дело је *противправно* проузроковање људском радњом.

3. Кривично дело је у казненом закону *предвиђено* проузроковање људском радњом. Док су прва два елемента заједничка кривичном делу и приватном деликту (као и осталим врстама неправда), овај трећи и следећи одликују прво од другог.

4. Кривично дело је *условима инкриминације одговарајуће* проузроковање људском радњом.

III. I. Из наше дефиниције кривичног дела излази:

а) Да је *основни* елеменат (генус) кривичног дела једна *чињеница* по себи *правно ирелевантна* (једна *реална, физичка* чињеница): проузроковање људском радњом, т. ј. да је наш појам кривичног дела *реалистички* (физички).¹⁾

б) Да према Трипартицији кривично дело није *кажњиво* дело (проузроковање, „радња“) као према Бипартицији, већ дело (проузроковање, „радња“), *које је услов постојања кривца и према томе примене казне против кривца*.

2. Место „проузроковање (scil. извесне последице) људском радњом“ може се рећи краће „дело“. Кривично дело је према томе *противправно*, у казненом закону *предвиђено* и условима инкриминације *одговарајуће* дело.

3. Поред нашег *реалистичког* појма кривичног дела постоје *оштри* реалистички (основни елеменат: *радња*), *јурисички* или *нормативни* (основни елеменат: *повреда једне норме*) и *симптомастички* (кривично дело је појав, који је *симптом* кривично-правне виности).²⁾

4. Наведени скуп четири обележја (међу којима нема ниједног *негативног*)³⁾ појма кривичног дела означава се (нарочито у немачкој књи-

¹⁾ В. *Основни проблеми* § 10 I 4.

²⁾ О њима и против њих в. *Основни проблеми* § 10 II — IV.

³⁾ О позитивним и негативним елементима и о дефиницијама неких писаца с негативним елементом в. *Основни проблеми* § 14.

жевности) као *биће* (*sacitav*) кривичног дела (*le corps, der Verbrechenstatbestand, corpus delicti*), и то као *опште* *биће* истора (*allgemeiner Tatbestand*) за разлику од *посебног* (*spezieller Tatbestand*), које сачињава скуп обележја, којима се одликују *поједина* кривична дела једна од других. Биће (опште и посебно) кривичног дела се у Бипартицији разликује у *објективно* (спољне) и (унутарње) *субјективно* (*objektiver* и *subjektiver Tatbestand*). Ово друго означава виновост. Биће кривичног дела (за разлику од *бића кривца*) је међутим у Трипартицији *чисто објективно*.¹⁾

IV. I. Горе дат појам кривичног дела је његов *формални* појам, т. ј. то је појам кривичног дела посматраног искључиво са гледишта његове *форме* (*scil. склопа*, у коме се појављује у спољнем свету). Овај појам је довољан за ограничење кривичног дела од осталих правних установа. Зато се он редовно узима за основу научног излагања о кривичном делу у опште као и о појединим кривичним делима.

2. Но потпуна суштина кривичног дела састоји се као и потпуна суштина сваког другог правног појма како из његове форме тако и из његове *садржине* (материје, субстанце).²⁾ Његова садржина ће бити одређена са одређењем садржине појма права. Право је према нама по својој садржини индивидуална или колективна потреба постојања друштва у облику државе (в. § 2 II). Према томе кривично дело је по својој садржини *повреда или угрожење индивидуалне или колективне потребе постојања друштва у облику државе*. Но то је по својој садржини и свака друга врста неправда, приватно-правни деликат и пр. Да би се ограничио појам кривичног дела посматраног са гледишта његове садржине од појма осталих, некривичних неправда, потребно је према томе, да се дата дефиниција допуни извесним *формалним* елементима појма кривичног дела. Тако допуњена дефиниција гласиће: *кривично дело је противправно, у казненом закону предвиђено и условима инкриминације одговарајућа повреда или угрожење индивидуалне или колективне потребе постојања друштва у облику државе*. Овај се појам има према томе да назове *садржајно* (*материјално, субстанцијално, шелеолошко*) - *формални* појам кривичног дела.

а) Од других међутим до сада дати појмови кривичног дела са гледишта његове садржине појављују се *искључиво* као *материјални*,

¹⁾ „Биће“ кривичног дела је дакле синоним „кривичног дела“. О појму *биће* кривичног дела в. *Основни проблеми* § 15 (о *општем*, генеричким, и *посебним*, специфичким обележјима и о њиховом узајамном односу в. § 13).

²⁾ В. о *формалном* и *материјалном* (*материјално-формалном*) појму кривичног дела *Основни проблеми* § 17. Тај се појам назива и „филозофски“, а присталице позитивне школе говоре о „социолошком“ појму (в. *Основни проблеми* § 25 I 6, *Givanovičh Nozioni* [в. § 2 I в пр. 1] §§ 2 и 3, *Florjan* I п. 225 и 227).

према томе као недовољни. Они их и престављају као „материјални“ (или, погрешно,¹⁾ као „метајуристички“, предправни) појам кривичног дела.²⁾ Одређују га на разне начине према томе, шта сматрају као циљ одн. као узрок права (в. § 2 II).

б) Материјално-формални појам кривичног дела, изражавајући садржину истога, треба да садржи тим самим одговор на питање, *зашто* законодавац сматра дела, неправа од њега инкриминисана као *кривична* дела. Свако је кривично дело истина повреда или угрожење извесне *потребе* постојања друштва у облику државе. Али и свако друго *неправо*, приватно или јавно, је повреда или угрожење такве једне *потребе*, па ипак за њих законодавац не угрожава казном, т. ј. не сматра их као кривична дела. Према томе горе дата дефиниција по свом материјалном, основном елементу не садржи потпун одговор на питање, *зашто* законодавац сматра извесна дела као *кривична* дела. Она у свом основном елементу садржи само одговор на питање, *зашто* се дела од њега инкриминисана сматрају као *неправа* у опште. Потребно је на тај начин, да се *материјални* елемент оне дефиниције допуни, ако се хоће да да потпуно објашњење. Законодавац на име прописује *казну* за извесна дела, неправа, т. ј. оглашава их за *кривична* неправа, дела зато, што сматра, да би ту правна заштита *без* угрожења казном била *недовољна*. Он пак тако узима било с обзиром на то, што су *извесне* потребе, добра (н. пр. живот и телесна целокупност) тако велике *вредности*, да се само казна појављује као довољна одмазда за повреду њихову и да се оне у опште правно могу потпуно заштитити само средством казне; било с обзиром на то, што су *извесне радње* (у опште или одређеним средствима) управљене против *осталих* потреба, добара (н. пр. имовина, слобода, част) тако *опасне* по ова добра, да се она могу од истих правно потпуно заштитити само средством казне. Кривично дело са гледишта *материјално-формалног* је према томе *проштив-правна*, у казном закону *предвиђена* и *услове* инкриминације *испуњујућа повреда* или *угрожење извесне индивидуалне или колективне потребе постојања друштва у облику државе, која се без угрожења казном (и мером безбедности) не може правно потпуно (scil. у највећој мери) заштитити.*³⁾

¹⁾ В. Основни проблеми § 17 III.

²⁾ Тако и. пр. Frank Einl. Best. IV (в. за његов појам § 16 I 4). В. о томе Основни проблеми § 17 III.

³⁾ Ihering (Der Zweck im Recht I 1916, 382 и срп. прев.) даје следећу дефиницију појма кривичног дела схваћеног са гледишта садржине, сходно својој теорији о циљу права: „*кривично дело је од стране законодавства констатовано угрожење животињских услова друштва, које се може само казном одбити.*“

в) Материјално-формални појам кривичног дела изражавајући *садржину* истога даје тим самим објашњење, зашто се је историјски стално мењао круг кривичних дела и криваца и према томе сфера примене казне. Индивидуалне и колективне потребе друштвене егзистенције као и схватање о вредности појединих потреба и о опасности појединих радњи мењале су се у току векова и код једног истог народа наредо са променама у његовом културном стању, особито у његовим моралним и правним погледима, те се је и сфера инкриминације тим самим морала мењати. У пркос свију тих промена горе дати материјално-формални појам кривичног дела обухвата сва кривична дела свију времена и народа, у колико је у питању његов основни, садржину кривичног дела изражавајући елемент.

3. а) По теорији *природног* права (*Hugo Grotius*) садржина права, које треба да буде, проистиче из људске природе (њоме је диктована, не људском, државном вољом), н. пр. по *Grotius*-у из нагона дружељубивости. То је т. зв. *природно* право. Оно постоји, важи поред позитивног права (као право *по себи*). Отуда заступници природно-правне школе разликују између *позитивно*-правног кривичног дела и *„природног“* кривичног дела. Ово су кривична дела, која су повреде *природних* права, права *по себи*, т. ј. права, која се не добијају од друштва, већ се имају на основу свог својства човека и која су према томе, вели се, иста код свих народа у свим временима. Њима на супрот стоје дакле *позитивно-правна* кривична дела, т. ј. дела, која су кривична само по позитивном праву, која дакле *по себи* нису противправна и према томе кривична као природна кривична дела.¹⁾ Исту разлику чине и заступници *Kant*-ове *рационално-правне* школе.²⁾ Но оставив на страну питање тачности теорије природног одн. умног права, ове две доктрине остављају без одређења материју „позитивно-правних“ кривичних дела.

б) *Garofalo* и *Durkheim* су схватили на други, „позитивистички“ начин *природно* кривично дело, прилагођавајући појам истога принципу еволуције, еволуционистички дакле. Сматрајући *осећања* као извор садржине права (као и морала), чији скуп означају као „морално чуло“ (*sens moral*), они закључују, да кривична могу бити само она дела, која су управљена против *моралних осећања*. Но сва морална осећања нису таква, да се повреда истих појављује као природно кривично дело.

1° Према *Garofalo* у ово су осећања, повреда којих представља извршиоца као *анормално* лице, а то су она морална осећања, чију повреду „јавна свест цивилизованог дела човечанства“ сматра као кри-

¹⁾ Ову разлику је чинио и *Feuerbach* § 22.

²⁾ В. о овим двема школама *Правна филозофија* 2. књ.

вичну. Таква су она осећања, која се могу сматрати као „*дефинитивно прибављена*“ цивилизованом делу човечанства, и која према томе сачињавају „*прави савремени морал*“. Он сматра као осећања ове врсте „*алтруистичка осећања сажаљења и честитости*“. Но додаје, да повреда истих сачињава природно кривично дело само онда, ако се дело појављује као „*штетно*“, комбинујући на тај начин своју теорију са утилитаристичком (енглеском) теоријом (према којој је право по својој материји највећа *корисност* за највећи број). *Garofalo* набраја уједно категорије *природних* кривичних дела и предлаже, да се она унесу у нарочити законик, „*Законик природних кривичних дела*“, „*који ће бити исти код свих народа исте расе и цивилизације*“, и поред кога ће постојати „*специјални репресивни Законници појединих држава*“. Први он назива „*Кривични законик*“, а други „*Законик побуна (револта)*“.

Garofalo-ово природно кривично дело не означава дакле дела, која су кривична код свих народа и у свим временима, као што је то случај с природним кривичним делом природно-одн. рационално-правне школе. Али се њихов појам заснива на неодређеном и произвољном критеријуму објекта и каквоће овога, и та је неодређеност и произвољност још више појачана комбиновањем са утилитаристичком теоријом.¹⁾

²⁾ Према *Durkheim*-у *природно* кривично дело је повреда „*једног колективног осећања јако урезаног у свим свестима и прецизног*“.²⁾ Што је речено против *Garofalo*-а, важи наравно и за ову теорију.

V. *Облици* (форме) кривичног дела. — Кривично дело има *две* своје највише опште врсте: *свршено* и *покушано* (т. зв. покушај) кривично дело. Ове су његове опште врсте познате под именом *облици* (или *форме*) кривичног дела. Тако их треба назвати ради разликовања од других *оштрих*, али од њих *нижих* врста кривичног дела (особито од политичког, продуженог и колективног кривичног дела).³⁾

1. У својој *првој* форми кривично дело се појављује по свом основном елементу као *свршено* (довршено) проузроковање последице људском радњом. В. о овоме облику кривичног дела § 57.

2. У својој *другој* форми кривично дело се пак по свом основном елементу појављује као *покушано* (започето) проузроковање последице људском радњом. В. о овоме облику кривичног дела § 74.

VI. Код извесних кривичних дела наступање последице није појамно обележје, не захтева се дакле, да је последица заиста проузро-

¹⁾ Уп. против њега *Alimena I limiti e i modificatori dell' imputabilità I* (1894) 260 *Ferri Sociologie criminelle* 127, *Lucchini Le droit pénal et les nouvelles théories* (1892) 89.

²⁾ *De la division du travail social* (1893) 65 и сл. В. 85 за његово сопствено нејасно формулисање његовог појма природног кривичног дела.

³⁾ В. о појму *облик* (форма) кривичног дела *Основни проблеми* § 16.

кована, већ је њено наступање само *законодавни мотив инкриминације* (н. пр. паљевина из § 187 к. з., увреда и клевета, многи иступи). Кривично дело је дакле и с овог гледишта по свом *основном* елементу двојако: 1^о кривично дело проузроковањем последице, које је *заиста* наступило и 2^о кривично дело проузроковањем последице, које је *законодавни мотив инкриминације* радње.¹⁾ Кривична дела прве врсте могу се назвати кривичним делима с *конкретном* последицом или с *конкретним* проузроковањем последице, а друга кривична дела с *ајстракћном* последицом или с *ајстракћним* проузроковањем последице. Међу кривичним делима с *ајстракћном* последицом има и кривичних дела угрожавања. Ту је већ сама *ојасносћ* по правно добро законодавни мотив инкриминације (н. пр. паљевина из § 187 к. з.). В. § 23 IV 1.

§ 17. Објекат кривичног дела.

Књижевност. — *v. Liszt* Aufsätze I 212. *Frank* Vergl. D. Allg. T. 51 71. *Oppenheim* Die Objekte des Verbrechens 1894. *Beling* Die Lehre vom Verbrechen 115, 209. *Gerland* GS 59 92 и Vergl. D. Allg. T. I 203. *Wagner* Objekt des Verbrechens. *Hirschberg* Die Schutzobjekte der Verbrechen (v. Lil. Heft 113) 1910. *Jacobs* Schutzobjekt und Tatobjekt 1914. *Ötzer* Z 17 49. *Philippborn* Die Klassifikation der einzelnen strafbaren Handlungen 1906. *Neumeyer* Z 23 436. *Kessler* GS 39 94, 40 580. *v. Bar* Gesetz und Schuld I 22. *Binding* Normen I 295. *Finger* GS 40 139. *Hiller* Das Recht an sich selbst 1908. *Ihering* Zweck im Recht (1916) I 377 (в. и српски превод). *Stoos* Schweiz. Z. 7 350. *Kann* Beiträge zur Lehre vom Rechtsgutbegriff im Strafrecht 1913. *Rocco* L' oggetto del reato e della tutela giuridica penale 1913.

I. Питање о *објекћу* кривичног дела (objectum delicti) схваћеног у *формалном* смислу дало је повода постанку неколико теорија са већим бројем варијаната.²⁾

1. Објекат кривичног дела је према једној *известан правно заштићени интерес*.³⁾ Тако код убиства објекат је правно заштићени интерес на живот, код увреде правно заштићени интерес на част.

2. Објекат кривичног дела је према неким писцима извесно *правно добро*.⁴⁾ Једно људско добро је н. пр. живот, и кад се за повреду истог

¹⁾ В. *Основни проблеми* § 10 V 1.

²⁾ В. *Oppenheim* 1—63.

³⁾ Тако *Таганцев* I 484, *Garraud* Précis 61 (intérêt juridique), *Hertz* Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts (1880) 15—21 и 54—73, *Kessler*.

⁴⁾ Тако *v. Liszt* § 2 I 1, *Meyer-Alfeld* § 4 пр. 7 (правно добро је „добро правом заштићено“), *M. E. Mayer* 21 (као *v. Liszt*), *Wachenfeld* 70—71 (објекат је, вели за разлику од осталих, не просто правно заштићени, већ *кривично*-правно заштићени интерес, добро), *Познишев* 120, *Florian* I п. 163 („правно добро *казнено* заштићено“ је објекат, али се служи и изразом „повређено право“, из чега се види само, да нема јасну представу о предмету). — Према *v. Liszt*-у и *Meyer-Alfeld*-у правно добро је правно заштићени интерес. Они изједна-

пропише казна и у опште кад му се да правна заштита он постаје *правним* добром. Правно добро живота је према томе објекат убиства.

3. Према *Merkel*-у излишан је спор око тога, да ли је објекат кривичног дела добро или интерес, јер објекат може да буде схваћен и као добро и као интерес.¹⁾ Тако код телесне повреде сасвим је исто рећи, да је објекат добро интегритета телесног или интерес ва одржање овог интегритета или просто овај интегритет. Ипак он узима, да појам интерес има преимућство код кривичних дела, где је у питању интерес, који се тек има да оствари. Тако је н. пр. код оних, где се вређа јавни интерес, да се одстрани опште опасности (§ 360 т. 10 нем., § 327 т. 4 срп. к. з.), пошто се, вели, овом интересу само с натезањем може субституирати одговарајуће добро. Но из тога излази, да у ствари и према *Merkel*-у треба сматрати *интерес* као општи предмет кривичног дела.

4. Према *Frank*-у има кривичних дела, која немају за објекат извесно правно добро (наводећи за примере²⁾ родооскрвњење из § 173 и кривична дела из §§ 175, 180 и 181а нем. к. з.). Свима кривичним делима *заједничко* је само то, што су управљена сва против *државних интереса*. Зато он сматра³⁾ као општи („први и последњи“) предмет кривичног дела *државни интерес, да се радња не догоди* (у посл. изд. се сада задовољава тврђењем, да је „заједничко свим кривичним делима само то, да се од њих штити државни, ма и посредни интерес“.⁴⁾ В. против њега ниже III 2.⁵⁾

чују добро и интерес. *Kessler* је доказао, да је погрешно ово изједначење. Једно људско добро је н. пр. живот, али живот не значи исто, што и интерес на живот. и *Liszt*-ово позивање на обичан говор неумесно је (в. *Oppenheim* 3, *Frank* Einl. B. IV („може се имати интерес на добро, али добро није интерес“)). *Ötker* (495) схвата правно добро као „стање, коме право тежи.“ Тако и *Gerland* („конкретно постојеће стање“ [в. о њему *M. E. Mayer* 22]).

¹⁾ § 7.

²⁾ У посл. изд. (18. од 1931) додаје (Einl. B. IV): „ако се овде апстрахује казниено угрожење, не остаје онда никакво добро“, и постаје ли једно такво казниеним угрожењем онда се заиста може рећи, да законодавац *ствара* једно правно добро, али не да га *штиши*“ (губећи из вида, да чим законодавац ствара једно добро, он га тиме самим штити). Овај његов нов аргумент личи на један од аргумената, које смо ми (још од 1910) увек наводили. Али он се може навести само у прилог наше теорије (в. II), на име да је горња чињеница доказ, да објекат кривичног дела не може бити *правно* добро или *правно* заштићени интерес, већ просто добро или интерес. *Frank* га међутим употребљава да докаже, да објекат не може бити „добро“, већ „интерес“, и ако су у ствари та два појма у свом основу (в. II) идентична.

³⁾ Einl. B. IV. и Vergl. D. Allg. T. 5 171.

⁴⁾ Einl. B. IV (кривично дело у „материјалном смислу“ је „казном угрожена повреда државног интереса“).

⁵⁾ Уп. *Mayer* 23.

5. Према једној теорији (која је по свом постанку у вези са схватањем 18. века [у добу свитања], да је задатак државе, да се штите *права* грађана)¹⁾ објекат кривичног дела је (приватно или државно) *субјективно право*, н. пр. право на живот, имовину, част, слободу, уставно уређење и т. д. Засновава је од *Feuerbach-а*,²⁾ и са извесним изменама заступана је од *Wächter-а*,³⁾ *Berner-а*,⁴⁾ нарочито од *Loening-а*.⁵⁾ Против ове теорије се наводи, да сва кривична дела нису управљена против субјективних права, н. пр. то нису кривична дела против моралности, религије,⁶⁾ опште опасна, где је заиста немогуће наћи субјекта субјективног права (као и узгред то, да је субјективно право неповредимо).⁷⁾ Из тога би пак изашло, да та дела не могу бити кривична дела (да држава, чијем се кривичном праву придаје [у следству теорије правне заштите као јединог задатка државе] за циљ за-

¹⁾ Уп. *Frank Einl. B. IV* (особито 11 изд. 1919).

²⁾ §§ 21, 22, 23, 388. В. против његовог покушаја, да свуда пронађе субјективна права *Thibaut Beiträge zur Kritik der Feuerbachschen Theorie*, 1882, 32 и сл.

³⁾ 118—120.

⁴⁾ § 51.

⁵⁾ IV—VI. Тако и *Vidal-Magnol* п. 67 („право повређено кривичним делом“).

⁶⁾ *Berner* (§ 51), заступник теорије права као објекта кривичног дела, примећује за кривична дела против религије и моралности, да она „свакојачко“ не повређују „никакво право у правом смислу“. Али да би одржао своју теорију, он додаје да религија и морал „добијају карактер права“ тиме, што се за повреде истих само у толико казни, у колико се држава и друштво тиме саповређују. Не стоји онда према томе, вели он, више ништа на супрот „ставу, да онде где никакво одређено право није засновано, није више могуће никакво кривично дело“.

⁷⁾ В. и. *Liszt* § 2 пр. 1, *Frank Einl. B. IV* (особ. 11. изд. 1919), *Binding* 169. Према *Binding*-у (као и према *Frank*-у) ни живот, телесни интегритет слобода, нису субјективна права (уп. за прот. глед. *Hiller*). В. и *Познишев* 121. *Frank* (*Einl. B. IV*, особито 11. изд. од 1919) тврди, да је до теорије „субјективног права“ („права“) довела теорија „правне заштите“ (теорија, према којој се задатак државе састоји само у томе, да заштити њене поданике у ненарушеном уживању њихових права*), у следству које се је тражило „ограничење појма кривичног дела на случајеве, у којима се једно *право* повређује или угрожава“, те се је, пошто се није могло одрећи кривичних дела, као што су убиство и лишење слободе, узело, „да су и живот и слобода субјективна права“. Он то исто тврди и за теорију *правног добра*. Пошто се је, вели, појам „субјективног права“ морао сувнише проширити, да би се под појам кривично дело обухватили и деликти такви, као што су убиство и лишење слободе, ставило се је у 19. веку по предлогу *Birnbaum*-а „на место права“ „добро“. „Сходно томе се је у 18. веку постављени постулат преформулисао тако, да држава треба да казни само за повреду *правних добара*“, и тврди се, „да је заштитни објекат кривичног дела *правно добро*“. Налази да је ова теорија (у 11 изд., у посл. теорија субјективног права) имала знатног утицаја на законодавце у том смислу, што се је укинула кажњивост за поједина дела, н. пр. „за извесне блудне радње“, а код других јеучињена зависном од „повреде права“, и сем тога се често за кажњивост вахтева „изазивање *саблазна* (§§ 166, 183, 184 в, 360 т. 13).“ В. ниже III 2.

штити права, не може да огласи та дела за кривична дела). Док неки заступници ове теорије чине покушаје (в. пр. за покушај *Berner-ов*), да и код кривичних дела, као што су поменута, нађу права, која она повређују, *Binding* избегава приговор тиме, што сматра као објекат кривичног дела субјективно право државе на *послушност* засновано „нормама“, и то као објекат напада, а не повреде.¹⁾ Али из тога излази, као да кривично право постоји ради заштите државног права на послушност, док је ово у ствари само последица праве заштите, којој кривично право служи.

6. Према неким писцима кривична дела немају своје специјалне објекте, већ им је свима објекат *објективно право*, т. ј. правни прописи („норме“), против којих је управљена радња.²⁾ Но ови су у ствари само *посредни* објекат (в. и 5 против *Binding-а* речено).

II. Немачке теорије о објекту кривичног дела мешају објекат *кривичног дела* и објекат *радње*, којом се кривично дело извршује. Субјективно право, правно заштићени интерес, правно добро нису објекат *кривичних дела*, јер тек повреда или угрожење истих сачињава ово или оно кривично дело. Она су објекат *радње* кривичних дела. Сем тога именоване теорије превиђају чињеницу, да добра одн. интереси код многих кривичних дела постају правним одн. правно заштићеним добрима или субјективним правима тек тиме, што је повреда истих оглашена од законодавца за *кривично дело*.³⁾ Из реченог излази, да су правна добра одн. правно заштићени интереси објекти кривичних дела присто као *добра* одн. *интереси*, да не може бити говора о субјективним правима као објектима кривичних дела и да објекти кривичних дела у опште нису *добра права*.⁴⁾

Објекти кривичних дела су дакле према нама *добра* или *интереси*. Интерес је *вредност*, коју има за појединца или друштво и посредно за обоје изван предмет, в. пр. част, државно уставно уређење и безбедност саобраћаја. Добро је пак *предмет*, који је за појединца, друштво

¹⁾ 168 (деликат се може да схвати, вели, било као делање против субјективног права у наведеном смислу било као повреда правног добра; у колико је, вели [169 пр. 12], правно добро предмет субјективног права, његова повреда је управљена против два права: права државе на послушност и права сопственика правног добра), *Normen* I 295.

²⁾ В. *Carrara* I 73, *Bekker Theorie*, 86, *Geib Lehrbuch* 173, *Garraud* I п. 266 в, *Allinea* I 292. — В. о немачким писцима *Oppenheim* 56—63.

³⁾ Правно добро нема дакле у погледу кривичног права увек *примарни* карактер, као што неки тврде.

⁴⁾ И ако в. *Liszt* тврди (§ 2 пр. 1), да према његовом схватању објекта кривичног дела овај објекат није као по *Binding-овом* и других схватању добро *права*, већ „*људско добро* правом признато и заштићено“, у ствари је и по њему објекат кривичног дела у исто време и добро *права* (добро „*правом* признато...“).

и посредно за обоје од извесне вредности, т. ј. интереса, и. пр. част, државно уставно уређење и безбедност саобраћаја.

Сваком интересу одговара дакле једно добро. Зато је умесна *Merkel*-ова примедба, да је узалудан спор о употреби једног или другог израза за означавање објекта кривичног дела. Но ипак је боље ради јединства у излагању служити се само једним од ових израза. Ми ћемо употребљавати термин *добро*. Објекат појединих кривичних дела је на тај начин извесно *одређено добро*, и. пр. *добро* живота, части, слободе и уставног уређења државе и т. д. или просто *живош*, *част*, *слобода*, *уставно државно уређење* и т. д. према томе, да ли је у питању ово или оно кривично дело.

III. 1. Дато схватање (као и остала наведена схватања) објекта кривичног дела је *формално*.¹⁾ *Материјални* (садржајни) пак појам објекта кривичног дела истиче из материјално-формалног појма кривичног дела (в. § 16 IV). Објекат кривичног дела је дакле по својој *садржини* (материји) *индивидуална или колективна потреба постојања друштва у облику државе*. Пошто пак друштво—држава постоји ради људи, који га сачињавају, то су и колективне потребе посредно *људске* (дакле индивидуалне) потребе (као што су индивидуалне посредно колективне). Објекат кривичног дела је према томе са формалног гледишта *људско*²⁾ добро (в. II).

2. Објекат *радње* кривичног дела је дакле (в. II) *правно добро*, одн. *правно заштићена* потреба постојања друштва у облику државе. *Frank*-ово разликовање између *државног интереса* и *правног добра* (I 4) неосновано је, јер државни интерес постаје правно добро, чим је заштићен *правно* (в. I 4 пр. 2), без обзира на то, шта се сматра као *циљ* (задатак) државе, заштита права (као што се узимало у 18. веку, добу свитања) или друго што. Схватање објекта *радње* као *правног добра* нема дакле никакве везе с теоријом о заштити *права* као циљу државе, као што то он тврди (в. горе I 5 пр. 7) за теорију правног добра (као особито и за теорију субјективног права).³⁾

IV. Објекат *радње* кривичног дела, па тиме и самог *кривичног дела* може се схватити и у *другом* смислу:

1. *Orpenheit* схвата објекат *радње* као предмет, на коме се *радња кривичног дела мора предузети, па да се добро, објекат кривичног*

¹⁾ в. *Liszt* § 32 I (в. ниже § 33 I 4), *Frank* Einl. B. IV. *Wachenfeld* (71) погрешно означава схватање објекта као *правног добра* (*Frank*: државни интерес) као *материјални* појам истога и дефиницију кривичног дела као *повреду правног добра* (*Rechtsgüterverletzung*; *Frank*: као повреду једног државног интереса) као *материјалну* дефиницију истога.

²⁾ в. *Liszt* (§ 2 I 1) такође наглашава ово.

³⁾ Vergl. D. Allg. T. 5 171.

дела повреди.¹⁾ Тако код убиства предмет у овом смислу је човек, код крађе и утаје *покрећна ствар*, код побацивања *плод у утроби матере*, код употребе лажне исправе *ова исправа*, код врбовања у страну војску онај, који се *врбује*, код клевете *неистиништа чињеница*. Законодавац по правилу изрично наводи објекте радње у свом смислу. Да би термилошки разликовао поменута два смисла објекта, *Oppenheim* означава објекат у смислу добра као *заштитни* (в. 2) објекат (*Schutz-Objekt*) кривичног дела, а објекат у другом смислу просто као *објекат* кривичног дела или и као објекат радње (*Handlungs-Objekt*).²⁾ Као што је он доказао, ово разликовање је од особитог значаја. Тако н. пр. о теорији о *неподобном* покушају само се онда може говорити, ако се чини ова разлика. Код исте се има у виду објекат у другом смислу.

2. *Oppenheim*-ов објекат радње *Beling* разликује у два квалитативно различна објекта.³⁾ Он разликује на име *нападне* објекте (*Angriffsobjekte*) и *граматичке* објекте (*grammatikalische Objekte*). Прво су они објекти, према којима се радња појављује као *напад* на њих⁴⁾ као радња *нападног* карактера дакле, другим речима као радња, која је (scil. објективно) на њих *непријатељски* управљена. Тако нападни је објекат код убиства човек, код лажног обвињавања лажно обвињени. Код неких кривичних дела нема, вели (в. међутим 3 б 1^о), *нападног* објекта, н. пр. код врбовања у страну војну службу, где има последице, али се она не садржи у повреди или угрожењу извесног *нападног* објекта, или код изношења неистините чињенице ради извињења од стране сведока, где нема последице (формални деликат). Граматички објекти су пак они предмети, на којима се радња извршује, н. пр. код врбовања у страну војну службу онај, који се *врбује*, код кривоклетства заклетва, код прављења и употребе лажног новца *лажан новац*. *Заштитни* објекат кривичног дела *Beling* назива „*заштитним нормним објектом*“ (*normmässiges Schutzobjekt*), пошто, вели, само „норме и посредно казнени закони“ служе заштити извесног објекта, а не биће (*Tatbestand*) кривичног дела.

3. *Beling*-ово опажање је основано. Али његово противстављање граматичког објекта *нападном* објекту неосновано је, пошто је овај једна нарочита врста првога, т. ј. уједно је и граматички предмет. Треба према томе разликовати између граматичког објекта у *ужем* смислу (т. ј. не-

¹⁾ Уп. *Oppenheim* 156 и сл., 175 и сл.

²⁾ 158. Ово се разликовање у основу налази и код других (*Garraud I* п. 266, *Alimenta I* 292: они разликују између *правног* и *материјалног* објекта; први је заштитни објекат у *Oppenheim*-овом смислу, а други, који они, нетачно (в. 36 3^о пр. 1), дефинишу као „лице или ствар, на којима се производи кривично дело“, је објекат кривичног дела или радње у *Oppenheim*-овом смислу).

³⁾ 209 и сл.

нападног) и *нападног* (или „материјалног“) објекта, поред *заштитног* објекта. Под том оградом само задржавамо изразе граматички и нападни објекат.

а) Противно *Beling*-овом тврђењу термин *заштитни* објекат *кривичног* дела могао би се задржати, јер се ту наравно не мисли на објекат, који би кривично дело штитило, већ на објекат заштите кривичног закона од кривичног дела.¹⁾ Али краткоће ради служићемо се и изразом *објекат* кривичног дела одн. — в. III 2 — радње, разумевајући под тиме према реченоме људско добро, и разликоваћемо поред њега *нападни* и *граматички* објекат кривичног дела или *радње* кривичног дела. Све ове три врсте објеката могу се скупа (дакле енциклопедијски, не логички) подвести под појам објекат кривичног дела (радње) у *ширем* смислу.

б) 1^о Заштитни, нападни и граматички објекат су код неких кривичних дела истоветни, т. ј. *истио* је биће и једно и друго и треће, н. пр. код велеиздаје против Устава (§ 94 т. 1 к. з.). Код кривичних дела, где нема *особеног* нападног и граматичког објекта, биће, које је њихов заштитни објекат, уједно је њихов нападни и граматички објекат, био тај заштитни објекат елеменат посебног бића као у горњем случају (*scil.* Устав) или не (као н. пр. код издајничке конспирације из § 104 к. з., где је заштитни објекат спољна државна безбедност). Неосновано је према томе *Beling*-ово (и ми раније) тврђење (в. 2), да има кривичних дела без нападног објекта (тврђење засновано, као што се види, на превиђању, да је н. пр. код врбовања у страну војну службу, које он наводи, нападни објекат идентичан са само подразумеваним заштитним).

2^о Код неких кривичних дела су *шири* поменуте врсте објекта кривичног дела потпуно *одељена* бића (н. пр. код кривоклетства у кривичном поступку из § 144 ал. 2 к. з., где је граматички објекат заклетва, нападни окривљеник а заштитни правосуђе), а код неких су по *два* спојена (н. пр. код убиства, где је човек и граматички и нападни објекат према животу, који је заштитни објекат; или код непријаве припреме извршења злочинства из § 135 к. з., где је правосуђе и заштитни и нападни објекат, а припрема извршења злочинства граматички). Код многих кривичних дела, где нападни објекат није истоветан са заштитним, он је носилац и представник истога (н. пр. код убиства човек, код крађе ствар).

3^о Нападни објекат не мора бити, као што се из наведених примера види, лице или ствар, већ се може састојати у неком другом, нематеријалном бићу (н. пр. код велеиздаје против Устава Устав). Отуда се он нетачно од неких (в. горе 1 пр. 2) назива *материјалним* објектом кривичног дела.

¹⁾ Тако н. пр. *Frank Einl. B. IV.*

в) Као *нападни* објекат радње кривичног дела може се сматрати и *кривично-правни пропис*, против којег је иста управљена, дакле право. То би био *посредни* објекат радње насупрот ранијем, који се у овом случају појављује као *непосредни*.¹⁾

г) Код неких кривичних дела има *више нападних* објеката. Ова кривична дела су *двојака*:

1° Код неких је *сваки поједини* нападни објекат *довољан*. Њих називамо кривичним делима с *мешовитим нападним* објектом. То је случај н. пр. с повредом тајне писмена из § 251 к. з. Ова кривична дела се неумесно, место да се издвоје појамно од кривичних дела с мешовитом радњом (в. § 28 III 2), с овима заједно подводе просто под појам кривичног дела с мешовитим *бићем* (в. § 28 III 2).²⁾

2° Код неких (ретких) кривичних дела с *више нападних* објеката су међутим *сви* нападни објекти потребни за њихово постојање. То је случај н. пр. с побацивањем (нападни објекти су дете и мати). Ова кривична дела (која у опште нису уочена) називамо *вишеобјектним* кривичним делима (за вишеделатна в. § 28 III 2). Она сачињавају дакле једну особену врсту кривичног дела с *мешовитим* бићем.

§ 18. Тројна деоба кривичних дела (кривичних дела — криваца).

Књижевност: За I: Wach Vergl. D. Allg. T. 6 49. O. Mayer Bedeutung und Wert der Dreiteilung der strafbaren Handlungen 1891. Jacobi Z 22 161. Träger G S 77 81. Hoegel G S 84 56. Dalmer Die Unterscheidung der strafbaren Handlungen nach ihrer Schwere (Diss.) 1915. Rosenberg Z 24 1. Hafner (Verbrechen, Vergehen und Übertretungen. Bundesstrafrecht und Nebenstrafgesetze) Schweiz. Z. 45(1931) 149.

1. 1. У француском к. з. (Code pénal) од 1791, а за тим и у другом од 1810 извршена је *тројна* деоба (трихотомија) кривичних дела према њиховој *тежини* на *злочине*, *преступе* и *исступе* (crimes, délits et contraventions). Ова је деоба била усвојена у извесним немачким к. з., међу којима и у пруском Казненом закону од 1851, одакле је примљена и у српском к. з.

2. И у домаћем кривичном законодавству усвојена је *тројна* деоба кривичних дела у *злочине*, *преступе* и *исступе*. У к. з. се садрже на име

¹⁾ Неки писци, не чинећи разлику између објекта кривичног дела и објекта радње кривичног дела, разликују такође између непосредног и посредног објекта кривичног дела, одређујући први као правно добро, правно заштићени интерес и на друге начине, а други као субјективно право, правни пропис, против којег је кривично дело управљено (Таганцев I 493), као „опште право“ или „право као такво“, т.ј. као „у закону изражену општу вољу“ (Bernier § 51).

²⁾ В. н. пр. Otshausen § 306, 10.

тежа кривична дела, и она су раздељена у *злочине* („злочинства“) и *преступе*. *Иступи*, најлакша кривична дела налазе се пак још у некадашњим покрајинским к. з. (српском, хрватском, босанском, црногорском, далматинско-словеначком, који су у толико остали у важности и по издању к. з.) оди. у војвођ. з. о ист. Унификација иступног кривичног законодавства остарљена је (в. § 14 IV 2 и 3) за особен закон, *закон о иступима*. Иступи се поред тога садрже у великом броју у споредном кривичном законодавству.

а) За деобу кривичних дела у *злочинства* и *преступе* меродавна је према к. з. (§ 15) *врста* казне:

1^о *Злочинства* су кривична дела, „за која закон прописује *смртну казну, робију или заточење*“ (§ 15 ал. 2 к. з.).

2^о *Преступи* су кривична дела, „за која закон прописује *строги затвор, затвор или новчану казну*“ (§ 15 ал. 3 к. з.).

б) Према § 1 срп. к. з. *иступ* је „дело, за које закони доносе *затвор до месец дана или новчану казну до три стотине динара*.“

Као што са види, одсечна граница по величини прописане казне, која је до к. з. од 1929 постојала између иступа и преступа, сада више не постоји, пошто (в. в 2^о) за преступе затвор не мора бити преко месец дана, нити новчана казна преко триста динара. Несталу границу између иступа и преступа треба да утврди понова, ма у ком облику, будући закон о иступима.

в) За сада је разлика између *иступа* и *преступа* двојака:

1^о Иступи се садрже у старим к. з. оди. у војв. з. о ист. и у споредном (административном) кривичном законодавству (ма да у овом последњем има и преступа и тешко је, да се они одвоје од иступа).

2^о Минимум затвора за преступе је према § 39 к. з. затвор од *седам дана*, а минимум новчане казне за њих је новчана казна од *двадесет и пет* динара. Минимум иступног затвора је међутим *један дан*, а минимум иступне новчане казне *пет* динара (§§ 311 и 313 срп. к. з.). Но споредно кривично законодавство се често не придржава овог критеријума, тако да се тада не зна, шта је у њему иступ, а шта преступ.

II. За законско разликовање кривичних дела у злочинства, преступе и иступе меродавна је у ствари не само тежина *кривичног дела*, већ и тежина *кривца*. Тако убиство *с предумишљајем или умишљајем* извршено је злочинство (§ 167 к. з.), док је *нехашно* извршено убиство преступ (§ 177 к. з.). Према томе т. зв. тројна деоба *кривичних дела* је у ствари тројна деоба *кривичних дела* — *кривца*. То је само Трипартиција могла да обелодани, док се је у Бипартицији при тројној деоби мислило само на тежину *кривичних дела* (што је и дало повода за ниже под VI 1 изнету критику те деобе).

III. Да ли ће једно кривично дело бити злочинство, преступ или иступ, може бити учињено зависним било од казне *iprovisane* у закону за њ' (изречене in thesi), било од казне *dosuђene* кривцу у конкретном случају (изречене in hypothesis). Једно кривично дело може бити злочин према казни законом одређеној, а преступ према казни од суда изреченој. Од великог је значаја, да се реши, да ли је меродавна *ајстпракћна* или *конкретна* казна, јер у многим погледима (н. пр. за застарелост гоњења) важе различна правила за злочинства, преступе и иступе.

Према § 15 к. з. одн. према § 1 срп. к. з. извесно дело је злочин, преступ или иступ према казни, коју „закон“ за њ' „*iprovisује*“. Јасно је дакле, да је меродавна казна у закону *iprovisана*, а не у конкретном случају *dосуђена* (заслужена). Ако према томе суд за одбацивање немоћног лица из § 176 к. з., које је према за њ' у закону прописаној казни злочинство, изрече затвор, дакле преступну казну, услед примене општих ублажавних околности из §§ 71 и 72 к. з.¹⁾ или због малолетства (§ 30 ал. 1 т. 3 к. з.) или што је дело само покушано (§ 32 к. з.),²⁾ или што је кривац био само помагач (§ 34 ал. 3 к. з.)³⁾, или што је дело извршено у прекорачењу нужне одбране (§ 24 ал. 3 к. з.), оно се ипак има сматрати као *злочинство*.⁴⁾

1. Казна законом прописана је она, која је одређена за *конкретну врсту* кривичног дела одн. кривца. Тако крађа може бити злочин (н. пр.

¹⁾ Уп. v. *Liszt* § 27 III 2.

²⁾ ³⁾ Тако v. *Liszt* § 27 III 3, *Meyer-Allfeld* § 20 III 4, *Wachenfeld* 77, *Schwartz* § 1. 20, *Binding* 516, *Jacobi* 166. Противно у погледу и покушаја и саучешћа *Frank* § 1 I 4, *Olshausen* § 1, 8: меродаван је максимум казне прописане за сам покушај одн. за само саучешће.

⁴⁾ И ако се у чл. 1 франц. к. з. такође вели, да је кривично дело злочин, преступ или иступ према казни, коју *закони* одређују („*l'infraction que les lois punissent*“), ипак је од већине француских писаца заступљено мишљење, да је меродавна *dосуђена* казна. Кад суд, применом слакшавних околности, спусти казну за убиство с предумишљајем од робије на затвор, он то чини, веле ови писци, зато, што тако закон наређује. Другим речима сам закон замењује робију затвором, сам закон казни кривца затвором, те је према томе сагласно чл. 1 к. з., да се дело у питању сматра као преступ, а не као злочин (в. *Vidal-Magnol* п. 73, *Thiry* п^o 173). Ово тумачење чл. 1 је и сувише усиљено, да би имало изгледа на тачност. Противно истоме узимају неки, да је меродавна увек казна у закону *прописана* (тако *Bertauld* 390, 621, *Villee* 251). Постоји у француској књижевности и једно треће, *мешовито* мишљење (тако *Garraud* п. 107 и 201, 1 233, п. 107), према коме је меродавна у неким случајевима *dосуђена* (код *excuses légales*, *одређених* ублажавних околности), у другим у закону прописана казна (код *circonstances atténuantes*). В. о овоме *Garçon* art. 1, п. 36—45, *Vidal-Magnol* п. 73. — В. *Vidal-Magnol* п. 794 bis за т. зв. *корекционализацију* (*correctionnalisation*) злочина, т. ј. за претварање истих у преступе апстраховањем специјалних поштровних околности (н. пр. обијања код крађе), да би се избегла надлежност пороте. Ова пракса датира од 1848 и одобрена је и препоручена министарским расписима, да би се избегле незгоде поротног суђења.

§ 316 к. з.) или преступ (н. пр. § 314). Да ли ће пак она бити једно или друго, зависи од тога, да ли је у конкретном случају у питању тешка или проста крађа.¹⁾

Исто се тако има наравно узети и за случај *нарочитих*, тежих или лакших *врста* појединих кривичних дела или криваца. Тако могуће је, да је за једно кривично дело прописана поред н. пр. робије и извесна преступна казна, н. пр. затвор, ако постоји извесна, том кривичном делу *особена ублажавна* околност (н. пр. § 168 ал. 2 к. з.), или обрнуто поред затвора и робија, ако постоји таква *пооштравна* околност (н. пр. § 172 ал. 2 к. з.). И у овом случају се дакле има узети, ако суд нађе да поменута ублажавна одн. пооштравна околност постоји, да је меродавна казна, која је у закону одређена за ту *конкретну*, нарочиту врсту кривичног дела одн. кривца.

а) Исто то важи и за случај, кад су за кривично дело прописане алтернативне (по избору) злочине и преступне врсте казне (н. пр. робија или строги затвор, заточење или затвор),²⁾ јер се, као што ће се видети, према § 74 к. з. има за дотично кривично дело изрећи тежа казна само против у овом §-у *одређене* теже врсте кривца (кривац с нечасном побудом или злим карактером), те је на тај начин и ту у питању једна *посебна*, а не општа пооштравна околност. Тако су за паљевину прописани робија до пет година или строги затвор, те ће она бити злочин или преступ према томе, да ли је извршилац кривац поменуте врсте или не. Ово решење је у складу и с одредбама к. с. п. о надлежности (§ 11 т. 2, према коме је увек у тим случајевима надлежан окружни суд као зборни суд).

б) Исто важи и онда, кад је за кривично дело поред обичне прописана за особито тешке случајеве (§ 75 ал. 2 к. з.) тежа (злочина) врсте казне, јер су и ови случајеви једна *посебна* пооштравна околност. Тако ће присвајање ствари, где закон прописује затвор, а за особито тешке случајеве робију, бити злочинство, ако овакав тежак случај постоји.

в) Поред општег прописа о поврату (§ 76 к. з.) у закону се кадкад прописује особено за ово или оно кривично дело *строжија* врста казне за извршење у поврату (н. пр. § 343 ал. 2 к. з.) или просто у *поновљеном случају* (н. пр. § 315). Предвиђа се дакле код дотичних кривичних дела *нарочита*, тежа врста кривца (кривац повратник одн. у поновном случају). Доследно горе изнетом и овде се има дакле узети, ако суд нађе да

¹⁾ Тако в. *Liszt* § 27 III 2, *Meyer-Allfeld* § 20 III 4 (но в. пр. 29, где чини одступања). *Wachenfeld* 76, *Schaper* Н Н 2 100.

²⁾ Друкчије је по срп. к. з. (в. 2. изд. § 18 II 3) и по нем. к. з. (в. *Liszt* § 27 III 1, *Meyer-Allfeld* § 20 III 4, *Wachenfeld* 76).

постоји та врста кривца, да је меродавна у закону за ту *нарочиту*, конкретну врсту кривца одређена казна.

2. Кад су *више врсти* казни прописане алтернативно за једно кривично дело с тим, да се тежа врста казне има изрећи *према околностима, важностима* случаја, *величини* повреде и сличном (н. пр. § 39 в. к. з.), меродавна је увек *строжија* врста, пошто у таквим случајевима није у питању једна одређена, дакле *посебна* поштравна околност (т. ј. околност, која би сачињавала нарочиту, тежу врсту кривичног дела или кривца).

3. Кадкад законодавац прописује *новчану* казну, али не одређује величину исте, да би се знало, да ли је у питању преступ или иступ, него вели само, да ће новчана казна бити *толико и толико пута већа*, него ли н. пр. корист прибављена, штета причињена и т. д. У таквом случају се има узети, да је кривично дело преступ или иступ према томе, да ли се налази у к. з. или у з. о ист. (одн. сада у покрај. ист. законодавству), или у опште према томе, да ли се налази у закону, у коме се садрже само злочини и преступи, или у чисто иступном закону. Ако се пак кривично дело налази у некоме закону, који садржи и преступе (или злочине) и иступе (н. пр. §§ 161 и 162 з. о шум., § 101 з. о држ. моноп. од 5. децембра, 1931), онда је меродавна *досуђена* казна.¹⁾

IV. Тројна деоба кривичних дела §-а 15 к. з. одн. §-а 1 срп. к. з. важи и за кривична дела из *споредног* кривичног законодавства, не дакле само за кривична дела из к. з., пошто друкчије није прописано.²⁾ Исти критеријум је примљен у *војном* к. з. Војна се кривична дела према § 10 в. к. в. деле на име према казни у закону *прописаној* у *злочинства* и *преступе*: прво су она, за која је прописана смртна казна, робија или заточење; друго су она, за која је прописан строги затвор или затвор. Повреде војних службених дужности лакше од војних преступних кривичних дела оглашене су (место за војна *иступна* кривична дела) за које *дисциплинске* иступе.³⁾

¹⁾ Немачки писци или узимају за меродавну досуђену казну (н. пр. в. *Liszt* д 27 III 1, *Meyer-Allfeld* § 20 пр. 25, *Wachensfeld* 77, *Olshausen* § 1, 10) или веле, да је *фотично* кривично дело увек преступно (*Frank* § 112, *Binding* 515 и *Grundriss* § 114 пр. 22, *Finger* 126, *M. E. Mayer* 18), наравно ако се не налази у одељку о иступима.

²⁾ Прот. узима К. с. нач. о. о. с. 1913. бр. 2034 (сва су дела из споредног [„специјалног“, вели нетачно] кривичног законодавства *иступи*, и ако би за које била прописана преступна казна, те за њих увек важи само општи део за иступе). — Неки француски писци (*Chauveau-Hélie* 6 2720, *Bertauld* 116) и раније судска пракса сматрали су као иступе она кривична дела из споредног кривичног законодавства, код којих се не захтева *умишљај* (*intention*), и ако је за њих прописана *преступна* казна, одвајајући их тако од осталих као засебну групу кривичних дела, као „*преступе-иступе*“ (*délits-contraventions*). В. против *Garçon* art. 1, п. 28—35 и *Garraud* 1 п. 109. В. *Vidal-Magnol* п. 75 bis.

³⁾ В. *Војно Кривично право* § 8.

V. *Значај тројне деобе кривичних дела.* — Тројна деоба је од интереса са више гледишта:

1. Разликовање кривичних дела у злочинства, преступе и иступе има веома важне последице у законском одређењу разних *општинских* кривично-правних принципа, н. пр. у погледу застарелости, покушаја, саучешћа, екстрадиције и т. д.

2. Деоба кривичних дела у злочине, преступе и иступе значајна је у погледу *судске надлежности*. На име иступи спадају у надлежност управних власти и општинских судова, за преступе су надлежни срески и окружни судови, за злочине окружни судови.

VI. *Критика тројне деобе.* — Против тројне деобе су наведене две примедбе:

1. Тројна деоба се не заснива, наводили су старији француски писци, на тежини или, како још кажу, „природи“ *инкриминисаних дела*, већ на тежини казне за њих прописане (*distinctio delictorum ex poena* место *distinctio poenarum ex delicto*), и као таква је од значаја само за француски кривични поступак, према коме за сваку поједину од три врсте кривичних дела постоји нарочити суд (порота, *tribunal correctionnel* и *tribunal de simple police*). Чл. 1 к. з., вели *Boitard*,¹⁾ врло је мало логичан и у својој редакцији и у свом принципу. „И заиста изгледа, да је природни низ идеја, да из природе дела, из тежине инкриминисане радње истиче квалификација тежа или лакша и казна јача или слабија. У чл. 1 се је међутим ударило сасвим другим путем; место да се из тежине дела изведе тежина квалификације и казне, француски законодавац квалификује дела према тежини казне, не узимајући ни мало у обир *моралну* страну њихову.“

Ова примедба је неумесна. Законодавци истина увршћују инкриминисана дела у злочине, преступе и иступе према тежини казне, али сама казна је за њих одређена према *њиховој* тежини и тежини (особито виности, „*моралној страни*“) *кривца* (в. II) с гледишта постојања друштва у облику државе. У осталом друкчије не може ни да буде, пошто је казна само *последница* кривичног дела и кривца. Према томе у ствари на основу тежине своје и кривца увршћена су инкриминисана дела у злочине, преступе и иступе. Поменути писци су као бипартисти то превидели.²⁾

¹⁾ В. и *Rossi* I 54, *Lerminier* Introduction générale à l'histoire du droit, chap. XX, *Марковић* 100. В. против француских писаца *Garçon* art. 1, в. 26, 27. В. *Haftler* *Schweiz*. Z. 45 149 и сл. у прилог тројне деобе по казни.

²⁾ Могуће је, да су поменути хтели да тврде, да се *de lege ferenda* треба да огласе за *иступе* (противно франц. к. з., чл. 471 т. II о увреди и чл. 479 т. I о повреди туђе покретне ствари, и другим к. з.) *само* она инкриминисана дела, где се *умишљај* или

2. При крају прошлог столећа почела се је тројна деоба одређе- није да критикује. Тројна деоба не заснива се, вели се, на *природи* ин- криминисаних дела, као што би логички требало, већ на њиховој *те- жини*, другим речима на штетности њихових последица с гледишта друштвених интереса.¹⁾ Кад би се деоба, продужују критичари, заснивала на *природи* кривичних дела, онда се с једне стране велики број *истуја* садржаних у данашњим кривичним законцима, т. зв. *полицијски* иступи не би смели сматрати као *кривична* дела, с друге пак се не би смело чинити разликовање осталих кривичних дела у злочине, преступе и иступе, већ би се сва имала сматрати као *преступи* (или, што је ствар терми- нологије, злочини) насупрот поменути *истујима*. Постоји, вели се, разлика у *суштини* (квалитативна), а не просто у тежини (квантитативна) између т. зв. полицијских иступа и свих осталих кривичних дела, ра- злика, због које се они не могу сматрати као *кривична* неправда, т.ј. као кривична дела, нити чак у *ојшће* као *неправо*, већ су особени *род* „деликта“, „*полицијски* деликат“. О тој разлици постоје неколико теорија. Излагање истих има, као што се види, везе са противправношћу, те ће ту бити говора о њима (в. § 33 III).

VII. У неким к. з. и пројектима к. з. учињена је *двојна* деоба инкриминисаних дела, у *преступе* и *иступе* (н. пр. у норвешком, хо- ландском и италијанском к. з. и у српском и швајцарском пројекту). Но ни у једном разликовање није изведено по критеријуму под VI 2 наведеном, већ просто по *тежини* кривичних дела — криваца као и у тројној деоби. У § 1 срп. прој. кривична дела су се разликовала у *зло- чине* и *преступе*. Овај други термин је био дакле узет место израза иступ, а израз злочин обухватао је злочине и преступе.²⁾ Једино је (в. § 13 III) у немачком професорском пројекту било покушано издвајање т. зв. „полицијских иступа“ од „кривичних дела“, и ова су тобож у њему једина била садржана.

VIII. Историја. — Кривична дела су се и раније делила по својој тежини у групе.

чак *виност* у опште не би захтевали (в. *Основни проблеми* § 22 пр. 14), а остала за злочине и преступе (не, као што се то погрешно узима [в. *Vidal-Magnol*], да би према тим критичарима злочини и преступи требало да се противставе као једна *једина* група иступима под именом било злочина било преступа, зато што тобож франц. к. з. не за- хтева виност код иступа као код злочина и преступа). Но то би евентуално тврђење било у супротности са стварним потребама друштва државе, а не само с позитивним правом и пројектима.

¹⁾ Разликује се дакле између *тежине* и *природе* кривичних дела, што су стари криминалисти мешали (в. горе I за *Boitard-a*).

²⁾ В. *Марковић* 101 за разлог оваке терминологије.

1. Тако у старом француском законодавству из доба краљевства (в. § 9 III) кривична дела су се делила у: *délits de grand criminel* или *crimes*, чији су се извршиоци сматрали за непоправљиве, и где су биле прописане т. зв. *бесчасне* казне (*peines afflictives ou infamantes*); *délits de petit criminel*, чији су се извршиоци сматрали за поправљиве, и где су биле прописане т. зв. *поправљајуће* казне (*peines correctionnelles*); и *délits de simple police ou contraventions*. Савремена тројна деоба је установљена у посредном праву (1791), одакле је прешла у Code pénal од 1810. В. § 9 IV.

2. У *немачком* средњевековном праву разликовала су се кривична дела у две групе (*causae majores* и *minores*), а тако и у С.С.С. и у општем праву („криминални случајеви“ и „грађански кажњиви случајеви“ или *reiliche* и *nicht reiliche Fälle*). Од 17. века су се (*Sarptov* и други, у наслову на J. Clarus-а) тежа кривична дела разликовала у *atrociora* и *atrocissima crimina*, и тако је постојала нека врста тројне деобе. Покрајинска законодавства 19. века прихватила су тројну деобу франц. к. з.

3. Но *тројна* деоба кривичних дела налази се још у *Душановом* закону, и постављена је била баш с обзиром на судску надлежност. У његовом чл. 151 се деле на име кривична дела на „велика“ (24 поротника), „*помања*“ (12 поротника) и „мала дела“ (6 поротника).

4. У књижевности доба свитања су се пак кривична дела разликовала у дела против *природних* права (живот, слобода, част и т. д.), звана злочини, у дела против права *створених од државе* (својина, политичка права и т. д.), звани преступи, и у *полицijske* иступе.

§ 19. Политичка кривична дела и остале деобе кривичних дела.

Књижевност. — *Lombroso* L'homme criminel (2 изд.) 1895 (passim, в. пр. 2 213 и сл.). *Lombroso-Laschi* Der politische Verbrecher und die Revolutionen in anthropologischer, juristischer und staatswissenschaftlicher Beziehung 1892. *L. Proal* La criminalité politique 1908. *Garraud* L'anarchie et la répression 1896. *Regis* Les régicides dans l'histoire et dans le présent 1890. *Viaud* La peine de mort en matière politique (thèse) 1902. *Angioletta* Delitti e delinquenti politici. *Georgi* Das politische Delikt (Diss.) 1910. *Homburger* Der Begriff des politischen Delikts 1893. *Bader* Der Begriff des politischen Delikts nach schweizerischer Gesetzgebung und Praxis 1894. *Holtendorff* Die Auslieferung der politischen Verbrecher und das Asylrecht 1881. *Grivaz* Nature et effets du principe de l'asyle politique (161) 1895 *Politeo* M.

1. *Политичко* кривично дело је кривично дело, које је управљено *прошв* извесног добра *полицшког* државног *поретка* унутрашњег или *спољњег*, т. ј. против извесног *полицшког* државног добра (слично француска дефиниција дата по угледу на белгијско право).¹⁾ *Политичко*

¹⁾ Уп. *Garraud* 1268, n. 124, *Vidal-Magnol* n. 76—3, *Ortolan* n. 714, *Prins* n. 153 и сл., в. *Liszt* § 23 II 4, *Janak-Štović* § 30. *Hälschner* (1 591) је сматрао немогуће дати овде де-

добро је добро, које припада држави посматраној као *политичка* власт, изнутра или споља, или, ближе и одређеније, добро, у коме се држава, као највиша власт (власт господарења, Herrschergewalt), испољава на општи (генералан, апстрактан, не конкретан) начин изнутра или споља. Сва политичка добра скупа сачињавају т. зв. *политички* државни поредак.

Установа *политичког* кривичног дела налази се у к. з. (§ 12 ал. 2) и у к. с. п. (§§ 281 ал. 3, 488 и 494; § 276 в. к. с. п.). Али *политичка* кривична дела се у к. з. (ни у страним к. з.) не издавају као особена група кривичних дела у систему његовог посебног дела. То није ни могуће због различности природе (в. 1 и 2) политичких кривичних дела, као и с обзиром на то, што има кривичних дела (н. пр. позивање на непослушност из § 130 ал. 1 к. з., в. III), која су по свом бићу и чак по могућој особености својој у конкретном случају и политичка и неполитичка. Политичка кривична дела у осталом у опште не могу наћи места као особена група *посебног* дела к. з. већ по томе, што установа политичког кривичног дела не постоји непосредно због особености *објекта*, основа класификације кривичних дела, већ због блажијег кривично-правног поступања у извесним погледима, особито у погледу екстрадиције (в. виже V), са политичким кривцима.¹⁾ Најзад политичка кривична дела не могу наћи места у систему посебног дела и с обзиром на *конексна* политичка кривична дела (в. II 3).

1. *Унутарњи* политички поредак обухвата: Устав као целину, као и поједине његове састојке, н. пр. облик владавине, установу владоца и престолонаследника, ред престолонаслеђа, постојање, уређење и делатност политичких власти и грађанска политичка права. Ту спадају кривична дела *велеиздаје*, насиље против владоца, увреда и клевета владоца, клевета државе, позивање на непослушност²⁾ и изборна кривична дела.

2. *Спољни* политички поредак обухвата: државну независност, територијалну целокупност и државне одношаје с другим државама. Ту спадају кривична дела *издаје*.³⁾

финицију (поричући чак могућност разликовања политичких од неполитичких кривичних дела, и тврдећи произвољно, да наука и законодавство не познају то разликовање). Тако и в. Holtzendorff.

¹⁾ Разни писци при дефиницији обично имају на уму ово привилеговано поступање (екстрадицију, укинуће смртне казне, и т. д.), те с обзиром на њ' место с обзиром на природу објекта одређују појам политичког кривичног дела. Отуда су њихове дефиниције једностране и отуда велика одступања разних дефиниција једне од друге. Уп. Grivaz 175, Löwenfeld Z 5 67.

²⁾ В. *Посебни део* 2 §§ 2—3, 7—9 и 11 (I 1 в).

³⁾ В. *Посебни део* 2 §§ 4—6. — Уп. (за обе групе) Garraud I 267 (в), п. 124.

II. 1. Могуће је, да је једно *обично* кривично дело, н. пр. убиство, управљено против *политичког* поретка државног. Ту спада н. пр. убиство или увреда владоца или убиство управљено на промену (§ 94 т. 1 к. з.) уставног поретка. Ово су т. зв. *релативна* (или конкурентна, неправна, мешовита или квалифицирана) политичка кривична дела, названа тако за разлику од *чисто* политичких (апсолутних или правих) кривичних дела, т. ј. кривичних дела, која су по својој суштини *искључиво* политичка кривична дела, н. пр. предузеће против Устава (§ 94 т. 1 к. з.). Њих одликује то, што је дело, из кога се састоје, већ *само по себи*, т. ј. *без обзира* на *политичко* добро, једно одређено неполитичко *кривично дело*. Тако у именованим примерима дело, из којег се дотична *политичка* кривична дела састоје, је већ по себи убиство одн. увреда, т. ј. једно *обично* кривично дело. Но врло је спорно, да ли у таквим случајевима постоји у опште *политичко* кривично дело. О појму *политичког* кривичног дела створене су у Бипартицији две теорије: *субјективна* и *објективна*.

а) Према претежно заступљеној *субјективној* теорији политичко је свако кривично дело извршено из *побуде* (causa efficiens, *сир*) *политичке* природе.¹⁾ Т. зв. *релативна* (као и²⁾ т. зв. *чиста*) политичка кривична дела су према томе политичка кривична дела, ако извршилац дела из онакве побуде, т. ј. ако је мотив његове одлуке на радњу *напад* на *известно добро* политичког поретка. Тако убиство владоца из користољубља не би било политичко кривично дело. Према другој једној *субјективној* теорији за политичко кривично дело потребан је *циљ* политичке природе (causa finalis, *ад quam finem*).³⁾ Пошто је сваки циљ побуда, али не и обратно, ова теорија сужава на тај начин обим политичких кривичних дела.⁴⁾

б) Према објективној теорији *природа* једног кривичног дела посматраног *само за себе*, а не мотив извршиоцев одлучује, да ли је оно политичко или не.⁵⁾ Из тога се произвољно (*scil.* и ако се и од до-

¹⁾ Тако Glaser 804, В. Garraud I п. 124 (означајући [267] то схватање за владајуће у публици, штампи и законодавном телу), Georgi 49, Löwenfeld 52, 92, Laband Das Staatsrecht I § 34, Grivaz 163, 195, Garçon art. 1 п. 150 и сл., в. Liszt Das Völkerrecht 11. изд. (1920) 233.

²⁾ Уп. Grivaz 202, Löwenfeld 95 и пр. 228. Обично се међутим за т. зв. *чисто* политичка кривична дела узима супротно, да се не би дошло у контрадикцију с њиховом очигледно политичком природом (уп. Garçon art. 1, п. 150).

³⁾ Тако Billot 102, Delomme (в. књ. § 44) 147, в. Bar (в. књ. § 44) 592, Georgi 63 и сл., 75 (који произвољно тврди, да је могућ политички циљ, који није мотив и обратно).

⁴⁾ Нетачно је према томе захтевати (тако их формулише н. пр. Garraud I 265, п. 124, Vidal-Magnol п. 76—4) и побуду и циљ политички (може се само рећи „у циљу или у опште из побуде политичке“). За Vidal-Magnol-а в. ниже б пр. 3.

⁵⁾ В. Löwenfeld 52, Georgi 24, Grivaz 165 за објективне дефиниције.

тичних „природа“ дела, „радње“ чини зависном од објекта, добра, „права“) закључује, да кривична дела, која се означавају као *релативна* политичка кривична дела, нису политичка кривична дела.¹⁾ Тако убиство владоца не може бити политичко кривично дело, јер је, вели се, дело у питању по својој природи убиство, т. ј. једно обично кривично дело.

Неки пак од њих лимитативно набрајају по *објекту* кривична дела, која сматрају као политичка, али се у ствари ту могу да уброје и релативна с таквим објектом;²⁾ а неки за релативна примају *субјективну* теорију.³⁾

в) Према нашем мишљењу, а сходно Трипартицији, т. зв. *релативна* политичка кривична дела су политичка кривична дела, и то баш с гле-

¹⁾ Тако *Westlake* у мемоару (в. *Garraud* I 271 пр.) штампаном у Ливерпулу у Британском удружењу за унапређење наука („По моме мишљењу, вели он, политички или неполитички карактер једне радње, која је законски кривична, не одређује се постојањем или непостојањем политичких мотива, већ зависи од *природе* радње посматране *саме за себе*“), *Garraud* I 272, п. 124 I, *Garçon* art. 1, п. 154, *Grivaz* 208, 212. Неке присталице ове теорије (као *Garraud* I 272, п. 124 II, *Lainé* 116, *Haus* 355) усвајају мишљење заступљено од *Ortolan*-а (п. 730) и предлог Института за Међународно право (учињен само у погледу екстрадиције, а не у опште као *Ortolan* у погледу политичког или неполитичког карактера дотичних кривичних дела, в. V За 2^о), да се за *релативна*, особито *конексна* политичка кривична дела извршена за време *грађанског рата, побуне, устанка* и појединих политичких догађаја води рачуна о томе, да ли би она била оправдана по међународном праву, ако би била извршена у обичном рату или не. У првоме су случају, вели се, и она *узузетно* политичка кривична дела. *Ortolan* (п. 725) је иначе предложио за решење питања, да ли се т. зв. *релативна* политичка кривична дела имају сматрати као политичка или не, систем *прешешности* (прихваћен од неких само у погледу питања о екстрадицији, в. ниже V За 2^о). — На горњи начин формулисана објективна теорија је усвојена у француској судској пракси (в. *Garçon* art. 1, п. 158).

²⁾ Тако према неким политичка кривична дела су она, која су управљена против постојања и (сопствене или туђе) безбедности државе, као и против државног поглавара и политичких права држављана. Помиње се дакле као објекат и државни поглавар. Тако и *Liszt* § 23 II 4. Тако и већина немачких писаца, као *Meyer-Allfeld* § 16 VIII („сва кривична дела против државе као такве [против њеног постојања или њене спољне безбедности], против државног поглавара и против држављанских права“), *Löwenfeld* 114 (то су напади управљени непосредно против државе, који исту повређују у њеном поглавару или угрожавају њену спољну или унутарњу безбедност“, а „побуде и намера“ извршиоци су без значаја), *Homberger* 43 (који уз то захтева и „извесан степен опасности“ напада на она добра, т. ј. по њему на државног поглавара, државну област, устав, политичка изборна права и сталеже у земљи), *Köhler* 161 (као и *Liszt*). — Према другима пак политичка кривична дела су кривична дела „против постојања државе и против држављанских права.“ Као објекат се не помиње дакле ни државни поглавар. Тако *Wachenfeld* 75 (VI). Тако и *Lombroso-Laschi* 152 („свака насилна повреда од већине установљеног права на одржање и поштовање од ње хотене политичке, социјалне и економске организације“), *Bluntschli* *Völkerrecht* (3. изд.) 227, *Walther* (в. *Löwenfeld* 61). Тако и *Florian* I 265, п. 176 и 177 („право повређено“ треба да је „право државе, било у погледу суштине, било у погледу форме“, или: објекат треба да је „политички организам државе, материја и форма“), но он захтева (в. ниже в. пр. 1) и *циљ* политички.

³⁾ Тако *Vidal-Magnol* п. 76 — 4 (в. горе а пр. 4).

дишта *објективног* посматрана. Свако кривично дело на име састоји се из радње и последице њоме проузроковане. Код политичких кривичних дела та се последица састоји у извесној промени у државном *политичком* поретку. Такву последицу имају и т. зв. релативна политичка кривична дела. Сасвим је без значаја то, што је њихова *радња* већ сама за себе једно *кривично дело*, и то *обично*, јер таквих радњи има и код обичних кривичних дела (н. пр. права сложена кривична дела). Без значаја је такође и *побуда*, пошто је она као субјективни моменат ван појма кривичног дела. Но треба по нашем мишљењу захтевати за политички криминалитет (особито релативни), с обзиром на *ratio legis* у његову корист установљених привилегија, и побуду *политичке* природе. Другим речима пошто је побуда као субјективни моменат састојак кривца треба захтевати да је *кривац политички* кривац, а не просто кривац политичког кривичног дела, да би уживао привилегије политичког криминалитета. Са знање реалног *ratio legis*-а привилегија политичког криминалитета, и према томе нужности захтева политичке побуде поред политичког карактера нападаног објекта, било је могуће само у Трипартицији, при разликовању дакле кривца поред кривичног дела.¹⁾

2. С обзиром на горње можемо дефинисати *релативно* политичко кривично дело као оно кривично дело, *које је по свом непосредном објекту* (н. пр. код убиства владоца: живот једног лица) *обично кривично дело*, а *по посредном* (државни политички порецак) *политичко кривично дело*, а *чисто* политичко кривично дело као оно кривично дело, *које је по свом искључивом објекту* (државни политички поредак) *политичко кривично дело*.

3. *Релативна* политичка кривична дела се разликују у *комплексна* (или *мешовита*) и *конексна*. *Конексно* политичко кривично дело је *обично кривично дело*, *које је управљено против извесног политичког добра као средство за у к. з. као самостално кривично дело предвиђен напад на њ' или као последица*²⁾ *штога напада или припреме исто-*

¹⁾ Нужност напоредног захтевања *субјективног* момента поред објективног уочио је, у Бипартицији, *Finger*, али само узгред и у негативној форми, и само као захтев одсуства користољубиве побуде, а не као захтев *политичке* побуде, те тако недовољно одређено и непотпуно (дела управљена „против постојања и безбедности државе, против политичких права држављана, ако се она не појављују у форми обичних кривичних дела и не проистичу из користољубиве побуде“), као и *Brusa* (в. *Grivaz* 167). Примивши у 2. изд. свога дела од 1926 Трипартицију, *Florian* захтева (в. б пр. 2) поред повреде „политичког права“ и политички циљ (*I* 265 и 177).

²⁾ Истовременост (конкуренција времена, *ratione temporis*) недовољна је дакле, већ је потребна каузална веза (за разлику од некадашњег схватања, из прве половине 19. века, у наслову на дефиницију политичког деликта *J. St. Mill*-а [дело извршено „у току“ или ради потпомагања грађанског рата, побуне или политичких немира]). Уп. *Grivaz* 232. —

га.¹⁾ Такво кривично дело је н. пр. убиство, крађа или паљевина за време извршења предузећа против Устава (§ 94 т. 1 к. з.). *Комплексно политичко кривично дело пак је обично кривично дело управљено против извесног пољитичког добра, напад на које се појављује као нарочити или самостална врста тог кривичног дела* (т. ј. где важи принцип — в. идеални стицај — *lex specialis derogat legi generali*). Ту спада н. пр. увреда и клевета владоца (§ 307 к. з.), убиство као и предузеће (дакле једна припремна, иначе неинкриминисана радња) против живота владоца (§§ 91 и 92 к. з.).

III. Из горе (I) датог појма пољитичког добра проистиче, да од радњи (аката) државних органа само оне сачињавају пољитичка добра, које се појављују као управа ојштим државним интересима (т. зв. акти земаљске, т. ј. опште државне пољитичке управе, „земаљске пољитичке владе“), не дакле и оне, које су само примена општих мера на индивидуалне интересе или управа локалним (бановинским и среским) интересима (т. зв. администрација у ширем, нетехничком смислу), јер оне нису политичког карактера,²⁾ политичка добра, пошто нису испољење државе као највише власти на општи начин. Према томе не може бити сматран као политичко кривично дело напад на извештан акт управне власти, у колико наравно она не дела као општа државна пољитичка управа, већ просто као управа, или самоуправне (општинске) власти. Тако позивање на непослушност (§ 130 ал. 1 к. з.) није политичко кривично дело, у колико се састоји у позивању на отпор или непослушност према власти у вршењу додељеног јој овлашћења у неком конкретном случају, док је политичко кривично дело, у колико се састоји у позивању на непослушност према законима, уредбама и наредбама власти.³⁾ Но позивање на непослушност је и у првом случају политичко

Конексна политичка кривична дела се обично означавају (особито у уговорима о екстрадицији) као кривична дела, „која стоје у вези“ с „политичким“ (н. пр. чл. 3 уговора о екстрадицији Србије с Белгијом).

¹⁾ Могуће је, да та припрема није инкриминисана, као што је у првом случају могуће, да напад, чије је средство обично кривично дело, није ни отпочет нити чак другом којом радњом припреман. На основу овога, кар и на основу тога, што су неки мешали конексне и комплексне деликте (*Renault*, који је у случају пљачкања оружних магацина и уништавања зграда ради потреба борбе узимао, да постоји конексни деликат, док је *Billet* узимао очигледно неосновано, да тада постоји комплексни), *Grivaz* неумесно предлаже (226 и сл., 231) одбацивање разликовања између комплексних и конексних (идеалних и реалних, како он вели да треба тачније рећи по аналогији идеалног и реалног стицаја). Но онда би требало одбацити и назив *конкурентна* кривична дела (који он ипак предлаже [231] за област екстрадиције: он обухвата, вели, и случај, где нема два деликта, те има шири смисао но у [scil. остало] области Кривичног права).

²⁾ Уп. *Prins* n. 156 (l'administration et le gouvernement politique du pays), *Vidal-Magnol* n. 76—3, *Thiry* n. 178, v. *Liszt* § 23 II 4.

³⁾ В. о овој разлици *Посебни део 2 § 11 I 1 в.*

кривично дело, ако је напад у конкретном случају управљен и против самог постојања и уређења дотичне власти, јер је установљење и уређење власти у опште акт политичке управе.

IV. Има кривичних дела, која су по својој природи (чиста или релативна) *политичка* кривична дела, али на која се *не примењују* ове или оне *привилегије* политичког криминалитета. На основу тога се узима, да она нису политичка кривична дела или бар¹⁾ да то она нису у погледу оних привилегија, које не припадају њиховим извршиоцима. Ово је међутим нетачно, јер за политички криминалитет меродавна је и може бити меродавна искључиво природа деликта и мотив извршиоца, а природа је поменутих деликата политичка и њихови извршиоци могу делати из политичких побуда. Истина је, да је разлог установе политичког деликта потреба уступања његовом извршиоцу извесних привилегија, али тај разлог има свој разлог у самој природи извесних кривичних дела и побуда њихових извршилаца.

Поменута политичка кривична дела су:

1. Кривична дела, која нису, вели, се управљена против „политичког система (организаације)“ једне одређене државе него против „основа целокупног (универзалног) друштвеног уређења“ (против целокупног „друштвеног поретка“, против „друштва у опште“, против „сваке друштвене организације“), *анархистичка, комунистичка и нихилистичка кривична дела*, т. зв. *социјална кривична дела* или кривична дела *против човечанства*. Према претежном мишљењу она не треба да се сматрају као политичка.²⁾ Француска је законима од 18. децембра, 1893 и 28. јула, 1894 прописала за *анархистичка удружења и агитације* исте казне као и за обичне злочине (робију, релегацију). То су исто учиниле и друге неке државе. Институт Међународног права је (на свом скупу у Женеви 1892) изјавио, да се *социјална кривична дела* не треба да сматрају као политичка (само) „с гледишта екстрадиције“.³⁾ У к. з.

¹⁾ В. ниже 3 пр. 2 (Gorraud) за противно узимање поводом атентатске клаузуле.

²⁾ Тако Gorraud I 277, п. 125 („социјална“ кривична дела су она, која су управљена, не против „установљеног социјалног поретка“, већ против „целокупног поретка“), Vidal-Magnol п. 75 bis., Prins 95, п. 161. Прот. Ortolan п. 699, Lombroso-Laschi 152, Florian I 265, п. 176, Weiss (в. књ. § 45), Grivaz 292 (и социјална кривична дела су, вели, заступајући примену привилегије взила и за социјална кривична дела, управљена против једног „одређеног социјалног поретка“, јер и социјални поредак није потпуно истоветан у свим државама, и ако је једнообразнији но политички поредак, а сем тога нема ниједног социјалног поретка, који је нужан, т. ј. без кога нема друштва у опште, па то није ни садашњи, индивидуалистички). *Социјална кривична дела* чине према њима трећу групу политичких деликата. В. Посебни део I § 1 VI.

³⁾ „Ne sont point réputés politiques, au point de vue des règles qui précèdent les faits délictueux qui sont dirigés contre les bases de toute organisation sociale et non pas seulement contre tel Etat déterminé ou contre telle forme de gouvernement.“

такво је кривично дело веллеиздајничка *антисоцијална* пропаганда (§ 100 ал. 2); а таква су кривична дела и она из з. о з. ј. б. и пор. (изузев чл. 6), у колико су анархистичког, комунистичког или нихилистичког карактера.

2. Иста се рекација опажа и против *издаје*. Тако је у Француској постојао један пројекат законски изгласан од Скупштине 6. јула, 1895, од Сената (у првом претресању) 11. јула, 1898, који одузима овом злочину карактер политички, прописујући за њ' смртну казну.¹⁾

3. Убиство и у опште атентат на личност *страног* владоца (или и на чланове његове породице) и у опште на страног државног поглавара се такође не сматра више као политичко кривично дело, било само с гледишта екстрадиције, било (као у ниже цитираној белгијској клаузули) у опште.²⁾ О томе постоји одредба у свим међународним уговорима о издавању криваца, позната под именом *ајенштајнска* (или белгијска) *клаузула* (la clause d'attentat).³⁾ Ова одредба је унета први пут у белгијски закон од 22. марта, 1855, издат поводом атентата на Наполеона III, а одатле је ушла у уговор од 12. септембра, 1856, који је тим поводом закључен између Француске и Белгије, по чему се она и назива⁴⁾

¹⁾ В. *Vidal-Magnol* н. 75 bis, *Garraud* I 269 („они не нападају владу, већ нацију отаџбину“), 270 пр. 15.

²⁾ Уп. *Garraud* I 272, пр. 18 за правилно тумачење неких, који узимају, да деликат остаје политички, а да је у питању само „једна дерогација од правила међународног азила“. — На основу овога неки разликују између *унутарње*-правног и *међународно*-правног појма политичког кривичног дела (према коме тобож извесна кривична дела, она за која се врши издавање, нису политичка, док су то у унутарњем праву). Тако (т. ј. за овај дуалитет) *Lammasch* и швајц. Савезни суд (в. против тога *Hafter* § 52 I, *Stooss* Z 36 57, 60, *Fleiner* Bundesstaatsrecht 75 пр. 40).

³⁾ Уп. *Garraud* I 272, пр. 18, *Garçon* art. 1, п. 195, *Grivaz* 238 и сл. И чл. 6 ал. 3 ниже (V За 1^о) поменутог предпројекта Конвенције — типа од 1931 прописује тако („сматрају се такође као обично-правна сва кривична дела управљена, не против једне одређене политичке организације, већ против сваке државне организације“).

⁴⁾ Од уговора закључених од Француске за време царства ова клаузула није ушла само у уговоре с Великом Британијом, Швајцарском и Шпанијом. В. *Garraud* I 273, п. 124 I пр. 18, *Garçon* art. 1, п. 195 (примећују, са свог гледишта о појму политичког кривичног дела, да из тога не излази, да ове државе сматрају као политичко кривично дело атентат, већ, сходно објашњењима често о томе датим, оне само нису хтеле да се вежу једном формалном клаузулом, хотећи да себи задрже слободу оцене карактера радње). — В. о поменутом атентату (на сев. франц. жел.) *Bernard* (в. књ. § 45) 2 288 (где се налази и одлука белг. К. с.), *Garraud* I 272, *Garçon* art. 1, п. 195, *Grivaz* 93, 245 и сл. — В. *Lammasch* (Das Recht der Auslieferung) против ове клаузуле (јер она допушта, вели, екстрадицију, једној реакционарној влади, чланова револуционарног суда, који су осудили једног суверена или ког члана његове породице, и оних, који су одлуку извршили).

„атентатском“ клаузулом.¹⁾ Дотле је ово питање било спорно у међународној судској пракси.²⁾

V. Разликовање између политичких и обичних кривичних дела од интереса је како са гледишта унутарње-правног тако и са гледишта међународно-правног, пошто и унутарње и међународно право садрже у више погледа особене, блажије (привилегујуће) одредбе за политички криминалитет према обичном:

1. а) У неким страним законодавствима казнени систем за политичка кривична дела је блажији него за обичан. Тако према француском к. з. за политичке злочине прописане су нарочите казне (*la déportation dans une enceinte fortifiée*, која замењује смртну казну, *la déportation simple*, *la détention*, *le bannissement* и *la dégradation civique*), и међу њима се не налази смртна казна. К. з. не чини у овом погледу никакву разлику ни у погледу врсти казни ни у погледу смртне казне. Ни у Уставу се о томе не налази никаква особена, привилегирајућа одредба.

б) Сем тога је за политичке кривце прописано у неким државама (н. пр. у Француској) блажије поступање у казним заводима. У нас политички кривци уживају олакшице при извршењу казне лишења слободе предвиђене у §§ 75—77 з. о изврш. к. лишења слободе, ако су им у пресуди признате, а суд је дужан да изрекче, да ли се политичком осуђенику те олакшице признају или не (§ 281 ал. 3 к. с. п.).

в) Издавање за политичка кривична дела није допуштено ни према унутарњем (§ 12 ал. 2 к. з., §§ 488 ал. 2 и 494 т. 2 к. с. п.) ни према међународном (в. 3) праву. У погледу амнестије не чини се међутим у к. с. п. и Уставу разлика између политичких и обичних кривца. Према § 276 в. к. с. п. (који је одговарао §-у 355 срп. к. с. п.) Краљ може политичким кривцима увек повратити помиловањем права у следству осуде изгубљена (према томе и војничку част, изузетно од §-а 270 ал. 2 в. к. с. п.).

2. Дуго време се је међутим са политичким кривцима поступало строжије него са обичним. За политичка кривична дела под именом

¹⁾ Гласи: „Ne sera point réputé délit politique ni fait connexe à un semblable délit, l'attentat contre la personne du chef d'un gouvernement étranger ou contre celle des membres de sa famille, lorsque cet attentat constitue le fait soit de meurtre, soit d'assassinat, soit d'empoisonnement“. В. ниже невоветну одредбу у чл. 3 ал. 2 уговора Србије са Белгијом о екстрадицији. Исто је то прописано за „убиство“ или „покушај убиства државног шефа“ у чл. 6 ал. 2 ниже поменутог (V За 1^о) предпројекта Конвенције — типа о екстрадицији од 1931 („не сматра се никад као политичко кривично дело“).

²⁾ Уп. *Garçon* art. 1, p. 195. — Атентат на личност свог државног поглавара се у неким државама такође изузима из примене политичких привилегија, н. пр. у Француској у погледу особеног казненог система, особито смртне казне. В. *Garçon* art. 1, p. 191 (за убиство државног поглавара с предумишљајем извршено казни се смрћу, а у смислу чл. 5 уст. од 1848 овај злочин није, вели, био политичко кривично дело).

scimen majestatis¹⁾ се је кажњавало најстрожијим казнама, чије је последице имало да осећа и потомство осуђених. Сем тога за њих су судили изузетни судови, и при појави екстрадиције ова установа само на њих није примењивана. Но после француске револуције од 1830 јавно мњење се је изменило у корист политичких криваца (припремљено на то још и раније од теоретичара француских [Guizot и други] и белгијских). Влада Луј-Филипа одвојила је политичка кривична дела од осталих тиме, што је прописала за политичке злочине нарочите казне, блажије од казни за обичне злочине (з. од 28. априла, 1832 о ревизији к. з.), што их је заједно с политичким преступима ставила у надлежност пороте (чл. 69 уст. од 14 августа, 1830) и што је унела у међународне уговоре принцип неиздавања (право уточишта) за све политичке кривце.

Политичка кривична дела су са гледишта колективних потреба егзистенције друштва-државе у ствари исто тако тешка као најтежа од непотитичких.²⁾ Разлог пак промене поступања са политичким кривцима се јасно огледа само у Трипартицији, јер тај разлог лежи и у природи политичког кривичног дела и у природи политичког кривца. С једне стране, и поглавито он лежи у њобуди, из које делају политички кривци. На име политички кривци се не греше о кривичне законе ради личних интереса (из егоистичких побуда дакле), него према своме уверењу делају у интересу целог друштва (из социјално алтруистичких побуда дакле) ради побољшања полититичких установа, и као такви су играли знатну улогу у еволуцији човечанства, будући често победиоци. Сва је њихова грешка у томе, што, не слажући се са савременим политичким уређењем, не предузимају законом допуштене мере ради замене истог неким савршенијим уређењем, које према њиховом схватању захтева интерес целог друштва.³⁾ Њихов криминалитет је једна врста т. зв. *еволутивног* (антероградог, социјалног) криминалитета.⁴⁾ С друге стране политичка кривична дела нису управљена против *потреба друштва државе у опште* (scil. не ове или оне државе), као што су имовна и лична безбедност, већ против једног пролазног политичког уређења (против можда битвих потреба ове или оне државе), другим речима нису напад на *социјални*, већ на *политички* облик друштва-државе (напад су на друштво-државу посматрано као држава). Реакција против политичких криваца није према

¹⁾ В. *Посебни део 2 § 1 VII.*

²⁾ В. *Посебни део 2 § 2 I I* за велеиздају против целе државне области (која се упоређује с убиством и сматра као убиство државе, а остале врсте велеиздаје као телесне повреде исте).

³⁾ В. о биолошко-психолошким и друштвеним узроцима политичког криминалитета *Lombroso—Laschi. Regis, Ferri, Lombroso L' homme criminel.*

⁴⁾ В. *Основни проблеми § 25 I 5а.*

томе једна мера одбране *друштва* као *шаквог*, већ одбрана постојећег *политичког* облика друштва.¹⁾

3. Начело (в. 1 в) *неиздавања криваца* (неекстрадиције) с *правом ушочишћа* (право азила) примењује се према међународним уговорима само на *политичке* кривце (према новим и на војне и штампне) како с обзиром на природу политичких кривичних дела и криваца (в. 2), тако с обзиром и на то, што политички кривци нису опасни за државу, у којој су се склонили, и што би ова држава у противном случају, оцењујући умесност издавања, била изложена опасности, да повреди принцип неинтервенције, један постулат државне независности. Важеће истог за *чисто* политичка кривична дела је безизузетно (но в. IV 1). Од т. зв. *комплексних* политичких кривичних дела чини се пак изузетак, као што је речено, за атентат на личност страног државног поглавара („агентатска одредба“). Што се тиче *конексних* и осталих *комплексних* политичких кривичних дела, спорно је питање примене екстрадиције на њих. Предложено је неколико система:

а) 1^о Према *систему одвајања* (*système de la séparation*) екстрадиција се треба да допусти само за *обично* кривично дело, н. пр. код убиства државног поглавара само за убиство, код конексне крађе само за крађу.²⁾ Погрешка његова лежи у томе, што је овде у питању једна појамна целина, *политичко* кривично дело, а *обично* кривично дело (убиство, крађа) је само један елеменат његов, те се на тај начин губи у оном политичком кривичном делу и према томе се не може само за себе кривично-правно оценити. Може се према томе рећи само, да се издавање примењује или не примењује на ова политичка кривична дела, али је немогуће чинити разлику у том погледу између њихових елемената.³⁾

2^о Према *систему прејезности* (*système de la prédominance*) треба оценити, да ли је с гледишта *виносћи* теже политичко или обично кривично дело, које је његов елеменат, па према томе не допустити или допустити издавање.⁴⁾ Против овога система има се навести исто што и против претходног, а сем тога он даје маха самовољи.

¹⁾ Уп. *Garraud* п. 43 II б, *Vidal-Magnol* п. 76, *Georgi* 2 (управљена су, вели, против „једног од целине издвојеног дела човечанства, државе“, те се њима напада на „интерес једног народа“).

²⁾ Овај систем је примљен у предпројекту Конвенције—типа о екстрадицији Међународне казнене и казниено — заводске комисије од 1931 (чл. 6 ал. 1: „за политичка кривична дела нема места екстрадицији, сем ако се у конкретном случају кривично дело не појављује као битно обично — правно“).

³⁾ Уп. *Vidal-Magnol* п. 76—4, пр. 2, *Grivaz* 252.

⁴⁾ Предложен је (в. и горе II 16 пр. 1) од *Ortolan*-а п. 725. Уп. против истог *Grivaz* 255.

3^o Предложен је још и *систем рајних обичаја* (*système des usages de la guerre*). Он се односи на релативна (особито *конексна*) политичка кривична дела, која су извршена у току политичких догађаја ширег значења (као што су побуна, устанак и грађански рат), те представљају, како се вели, само „епизоде, последице или средства“ њихова.¹⁾ Он је усвојен од Института за Међународно право на састанку у Оксфорду 1880. „Да би се оценила дела извршена у *шоку* политичког противстајања власти, устанка или грађанског рата, вели се у његовој 14 одл. ал. 2, треба се питати, да ли би она била извињена *рајним* обичајима или не“. Овим се системом погрешно изједначају грађански рат и рат између две државе, јер устаници нису за државу ратујућа страна, те ова није обвезна, да се према њима придржава обичаја међународног рата, и према томе се не може то захтевати ни од устаника. С друге стране овај је систем непотпун, јер предвиђа само случај побуне, устанка и грађанског рата.²⁾

4^o Према чл. 2 одлуке донете на састанку Института за Међународно право у Женеви 1892 о екстрадицији: „Она се не допушта ни за комплексна ни за конексна политичка кривична дела, звана и релативним, сем ако се тиче злочина најтежих, с гледишта морала и општег права, као што су убиство са и без предумишљаја, тровање, тешка осакаћења и обраве извршени вољно и с предумишљајем, покушаји злочина ове врсте и напади на својину паљевином, експлозијом, поплавом, исто као и тешке крађе, нарочито оне извршене употребом оружја и насиља“.

5^o Комбиновани систем садржан у наведеној (4^o) одлуци изгледа најцелисходнији. Комплексна и конексна кривична дела су политичка исто тако као и чисто политичка кривична дела, те према томе принцип неиздавања треба и за њих да важи. Али кад су обична кривична дела, из којих се ова састоје, сурове (бруталне) природе, интерес целог човечанства захтева, да се за њих учини изузетак од оног принципа. Потребно је само, да се постави *ојшша* формула за одређење поменутих кривичних дела. Екстрадиција се на име треба да исклучи за она релативна политичка кривична дела, која се састоје из *убиства* (свршеног или покушаног) извршеног умишљено и на *саирей* (в. § 167 ал. 2 т. 2 к. з.) начин или на начин, којим се угрожава (в. § 167 ал. 2 т. 3 к. з.) живот *више* лица (било то убиство извршено у идеалном стицају с неким другим кривичним делом, н. пр. с паљевином, или само).³⁾ Као што се види, из

¹⁾ *Ortolan* п. 730 и сл. Тако потом *Haus* п. 338-339.

²⁾ Уп. *Vidal-Magnol* п. 76—4, под в. пр. 2, *Grivaz* 260.

³⁾ У горе (1^o пр. 2) поменутом предпројекту Конвенције — типа о екстрадицији искључује се само „убиство или покушај убиства извршени са особеном суровошћу или свирепошћу“ (чл. 6 ал. 2).

ове наше формуле испада већина кривичних дела у наведеној резолуцији избројаних.

б) Према уговорима Србије и Југославије екстрадиција се не допушта за релативна политичка кривична дела у *ојшше*. У њима се комплексна увек подводе под појам политичког кривичног дела, док се контекста често посебно наводе као дела, која су „у вези“ с политичким.¹⁾

VI. Остале деобе кривичних дела. — Постоје још неколико деоба кривичних дела. О њима ће бити речи у току излагања о кривичном делу, пошто се оне све заснивају на појединим модалитетима елемената кривичног дела. То су кривична дела *чињењем* и *нечињењем*, кривична дела *повреде* и *угрожавања*, *проста*, *сложена* и *колективна*, *шренућна* и *шрајна* и т. д. О деоби кривичних дела у *обична* и *војна* в. *Посебни део*²⁾ и *Војно кривично право*.³⁾

§ 20. Систематика учења о кривичном делу.

Књижевност. — *Живановић* Основни проблеми Кривичног права §§ 18 и 19. *Belting* Die Lehre vom Verbrechen 1906. *Graf zu Dohna* Z 27 329.

I. Учење о кривичном делу има за предмет појам кривичног дела у опште, као родног појма свршеног и покушаног кривичног дела дакле, и његове елементе. Његови су елементи, као што се је видело: проузроковање (*scil.* извесне последице) људском радњом (дело), противправност, предвиђеност у казвеном закону и испуњавање услова инкриминације.

1. Но кад су једном истом радњом више последица проузроковане, т. ј. кад постоје више проузроковања једном истом радњом, ипак се по закону има изрећи само *једна* казна. То је т. зв. *идеални* стицај кривичних дела. И поред *једне* казне ту постоје дакле *више* кривичних дела. То називамо јединством кривичног дела с гледишта *кажњивости* и поред *правне* (законске) вишине кривичних дела.

2. С друге стране има случајева, где се *више* проузроковања са више људских радњи сматрају од законодавца као *једно* кривично дело, и само се *једна* казна изриче. То јединство називамо *правним* (законским) јединством кривичног дела. Оба пак јединства обухватамо под заједнички појам *јединство кривичног дела с гледишта кажњивости*.

¹⁾ Н. пр. у уговору Србије с Белгијом од 1896 (чл. 3 ал. 1: „ни за како дело, које би са подобним стојало у вези“).

²⁾ 2 изд. § 181 I.

³⁾ § 7.

II. Систематски је немогуће, да се изучавања двеју наведених комбинација унесу у изучавање елемената кривичног дела, јер се њима допуњује учење о кривичном делу као *целини*. С друге стране учења о два формама кривичног дела, о *свршеном* и *покушаном* кривичном делу, и ако им је логичко место у I. одељку (као засебан одсек), треба да се ради јединства излагања, према томе ради добијања укупне, прегледне слике пренесу у учење о кривцу и ту споје с учењем о *свршеном* оди. о *покушаном* кривцу. Сходно томе ће учење о кривичном делу, I. одељак Општег дела дакле, бити подељено, после овог *Увода* у учење о кривичном делу, у два одсека: I. ће имати за предмет елементе кривичног дела, а II. поменуте комбинације под наведеним заједничким насловом.

1. I. одсек ће бити подељен у четири главе, од којих ће свака имати за предмет изучавања један од четири елемента кривичног дела редом наведеним (I. проузроковање, II. противправност, III. предвиђеност у казненом закону, IV. испуњавање услова инкриминације).

2. II. одсек ће бити подељен у две главе, од којих ће свака имати за предмет једну од именованих комбинација под наведеним насловима.

ОДСЕК I. ОБЕЛЕЖЈА КРИВИЧНОГ ДЕЛА.

ГЛАВА I.

Кривично дело као проузроковање (scil. извесне последице) људском радњом (као људско дело).

§ 21. Предмет I. главе (саставни делови проузроковања људском радњом).

I. Проузроковање људском радњом, основни елемент кривичног дела, садржи у себи три елемента: *људску радњу*, *последицу њену* (ако се она посматра сама за себе, без обзира на њен однос према њеном узроку) и *узрочну везу* између њих. Сваки од ова три појма биће предмет по једног одн. више засебних §-а.

II. У овој глави имају бити расправљена још три предмета. Људских радњи, посматраних с гледишта *последице*, на име има више врсти и њихов карактер у погледу *узрочности* није исти. Сем тога је споран *узрочни* карактер једног облика радње, *нечињења*. Најзад питање о *месту* и *времени* кривичног дела стоји у вези са основним елементом његовим. Сваки од ова три предмета (врсте радњи с гледишта последице и њихов узрочни карактер, узрочност *нечињења* и место и време кривичног дела) биће расправљан у засебном §-у.

§ 22. Људска радња.

Књижевности: Givanovitch в. књ. § 24. стр. 12. *Основни проблеми*, passim. О субјективном елементу у појму кривичног дела, *Арх.* 1909 (исто — *De l'élément subjectif dans la notion du délit* — у *Schweiz. Z.* 1909). *M. Gand* *Du délit de commission par omission* (thèse) 1900. *Bekker* *Theorie des heutigen Strafrechts* 1857. *Radbruch* *Der Handlungs-*

begriff 1904. *Bünger* Z 6 291, 8 520. *Thyren* Abhandlungen 2 66. v. *Liszt* Aufsätze 1 212, Z 6 663. *M. E. Mayer* Schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht 1901. *Bierling* Juristische Prinzipienlehre 3 (905) 17. *Kitzinger* в. књ. § 32. *Heinemann* Die Binding'sche Schuldlehre 1889. *Исаи* Die Lehre von der Idealkonkurrenz 1893. *Wachenfeld* Die Verbrechenskonkurrenz 1893. *Liepmann* 19. *Lammasch* Handlung und Erfolg 1882. *Wilhelm* Die strafrechtliche Stellung der (körperlichen) Zwitter 1908. *E Wolff* (Zur Frage der Anerkennung von Überzeugungsverbrechen) Z 47 396. *Kollmann* Die Stellung des Handlungsbegriffs im Strafrechtssystem (v. Lil. Heft 91) 1908. *Исаи* Z 28 449. *Исаи* у Festgabe für v. *Liszt* 1911. *Mayer* G S 74 362. *Hurwicz* Monatsschrift 8 593. *Finger* G S 71 1. *Höpfner* Einheit und Mehrheit der Verbrechen 1 1901, 2 1908. v. *Rohland* Vergl. D. Allg. T. 1 349. *d' Adossio* Bestie delinquenti 1892. *Amlra* Tierstrafen und Tierprozesse 1891. *Evans* Criminal prosecution of animals 1906. *R. de la Grasserie* Les principes sociologiques de la criminalité (1909) 91.

1 Радња је људско телесно држање.¹⁾

1. Радња (телесно држање) мора према савременом схватању кривца и казне бити људска. Само човек може бити извршилац кривичног дела. Само је човек, како се то (у француској књижевности) каже, *активни* (за пасивног в. § 23 II 2) субјекат или просто *субјекат* кривичног дела, или друкчије само он има *активну* способност за кривично дело.²⁾ Правни прописи се у осталом обраћају само на *људе*, другим речима само су људи субјекти правних дужности (и права т. ј. правних овлашћења).³⁾

а) И *животиње* су међутим у старом (и код Грка), средњем и новом веку и све до француске револуције могле бити извршиоци и према томе кажњене (особито у случају проузроковања смрти),⁴⁾ па шта више некада и ствари у опште.⁵⁾ То је дошло отуда, што је једини циљ казне у тој више или мање душевно (особито морално) неразвијеној средини била одмазда у најгрубљој форми, задовољење инстинкта освете.⁶⁾ У *Душановом законику* није међутим (оставив на страну раван. пр., чл. 88)

¹⁾ *Haftler* дефинише (63) кривично дело као људско држање (menschliches Verhalten), схватајући ово (§ 15 I) као синоним радње (телесни покрет одн. пропуштање; Handlung).

²⁾ Уп. *Garraud* 1, п. 110, *Vidol-Magnol* 84, п. 65, *Roux* 98, п. 100, *Köhler* § 18 II.

³⁾ Зато се у закону човек не представља изрично као активни субјекат кривичног дела, већ се каже само „Ко то и то учини или не учини, казниће се“ (уп. *Köhler* 172).

⁴⁾ У случају скотолштва животиње су (по пресуди) уништаване спаљивањем, да не би остало никаквог трага од кривичног дела. Такви се процеси налазе и у средини 18. века. Позивало се је чак на текстове канонског права (но деформишући ове у ствари: они допуштају на име смртну казну над животињама, али је схватају као кажњење, не животиње, већ демона, који је загосподарио њеним телом). Уп. *Ortolan* п. 480, *Haftler* п. 46 пр. 1, *Roux* 99 п. 101, v. *Liszt* § 28 пр. 2.

⁵⁾ *Б. Петронијевић* (в. књ. § 65) доказује, да се у логичном смислу одговорности свака ствар, свесна или не, може учинити кривично одговорном за све радње, и биљке и камен и. пр. (в. *Дуалистич* пр. 62).

⁶⁾ Уп. *Ortolan* п. 489. Он наводи као узрок томе и „потребу јавног материјалног спектакла, симбола или слике у акцији, импресије и примера произведених чулима (упућује на дело *Aurault*-ово *Ordre, formalité et instruction judiciaire*, liv. 4, 1^{ère} partie, §§ 25 и 26, *Des procès faits aux bêtes brutes et aux choses inanimées* 602 и сл.).

предвиђена могућност животињске кривичне одговорности, као ни у осталим срп. средњевековним споменицима (ни у римским текстовима).

б) За *правна лица* као могуће *извршиоце* (*активне* субјекте) кривичних дела в. § 58 III.

2. Радња је дакле у кривичном праву (као и у праву у опште) само *шелесно* држање (или у психолошком сислу само „*свољна* радња“).

а) *Телесно* држање („*свољна* радња“) је *шелесни покрет*, т. зв. *чињење*, или *проушћање* телесног покрета, т. зв. *нечињење*. Има према томе *две врсте* људске радње (посматране *саме за себе*, апсолутно дакле [в. § 28 I]): *чињење* и *нечињење* (*позитивна* и *негативна* радња). На основу тога се и кривична дела разликују у две врсте: у кривична дела *чињењем* и (малобројнија, готово сва иступна) *нечињењем* (в. II за две врсте једних и других).

1^о *Телесни* покрет је у физиолошко-психолошком смислу контракција (грчење с опружањем) мишића (мишићна инервација произведена реакцијом моторних нерава). *Проушћање* телесног покрета је према томе одсуство поменуте контракције.

2^о Према неким писцима радња се не мора састојати у *шелесном покрету* одн. у *проушћању* истога. Радња може, веле, бити „*активно држање*“ (позитивно: „стање акције“, делатности, и негативно: „стање неакције, инерције“).¹⁾ То би била *друга* врста људске радње, *шрајна* радња, са две подврсте (стање акције или *чињења* и стање неакције, *нечињења* или инерције) као и претходна (с *чињењем* и *нечињењем* као подврстама), *шренућна* радња. Та друга врста радње постоји код *шрајних* кривичних дела (в. § 55 I). Ово мишљење се заснива на мешању телесног покрета (одн. пропуштања истога) и последице. Тако код кривичног дела *лишења слободе* одржавање *неслободе* се не појављује кривично-правно као нека особена (накнадна) *делатност* субјекта, који је створио стање *неслободе*, већ само као даљи састојак *последнице*, као даља последица радње тог кривичног дела дакле. И у опште свако т. зв. активно држање је од кривично-правног значаја само у колико садржи последицу. Грешка поменутих потиче отуда, што они појаве у питању не посматрају такве, какве су *по себи*, већ *лично*, т. ј. с обзиром на субјекта кривичног дела, њиховог произвођача.

б) *Психички* доживљаји (појави, акти или процеси, „*унутарње* радње“ у психолошком смислу) у опште нису дакле (откривени наравно) радње у кривично-правном смислу, т. ј. нису довољни (в. и чл. 11, 12 и 15 уст.) за кривичну одговорност (исто толико колико ни т. зв. физиолошке радње [покрети]). Кривична дела *мишљена*, *убеђења* (*infractions de pensée, conviction*,

¹⁾ *Thiry* n. 185, *Garraud Précis* n. 42 I, *Garçon* art. 1 n. 50, 56 и 57, v. *Rohland* Die Kausallehre des Strafrechts 45 и Willenstheorie und Vorstellungstheorie (в. књ. § 60).

Überzeugungsverbrechen), одлуке или намере не постоје (шири смисао, у коме треба разумети Улпијанов афоризам: *peno roenam cogitationis patitur*).¹⁾

в) Пошто *субјективни* моменти не смеју бити унесени у појам кривичног дела, телесни покрет (одн. пропуштање истога) не мора бити *вољан*, да би био радња, као што се то у Бипартицији тврди.²⁾ *Хошћиности* није дакле елеменат појма људске радње (љуска радња није *вољна* „спољна радња“). Радње су према томе и телесни покрет и пропуштање истог од стране душевно болесног лица и лица у несвесном стању, као и све невољне радње човека при свести (*случајне*,³⁾ као н. пр. пад услед оклизвућа).

г) Из појма радње проистиче, да *последица* њена није њен елеменат.⁴⁾

II. Разликују се *две* врсте кривичног дела *нечињењем*:

1. *Право* (или *чисто*) кривично дело *нечињењем* (*echtes Unterlassungsdelikt*) или, просто, кривично дело *нечињењем*, пропуштањем (*delictum omissionis, infraction d' inaction, d' omission*) или кривично дело *нечињењем у ужем* смислу. То је кривично дело, чија је *изрична* радња *нечињење* (само или уз некоје чињење). Ту спада велики број иступа, (н. пр. неодржавање чистоте из § 329 т. 9 срп. к. з.), а има таквих и злочина и престапа (н. пр. непријава припреме злочинства из § 135 к. з., где је радња само *нечињење*, или повреда кућнег права из § 250 к. з., где је поред *неудаљавања радња* и *једно чињење*, *продирање у стан*).

¹⁾ L. 18. D. de roenis 48, 19 (Ulpianus), C. 9, 47. Но у римским текстовима налазе се одступања од овог принципа, н. пр. Lex Quisquis (L. 5. C. ad legem Juliam majestatis 9, 8 [в. *Посебни део* 2 § 1 VII 2]). Тако се је тумачио, и ако ту неосновано (в. *Feuerbach* § 32 пр.), и афоризам: *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus* (L. 14 D. 48, 8). — Уп. *Garraud* н. 36 II 1^о, *Temme* § 67.

²⁾ В. н. пр. в. *Liszt* § 28 1а, *Meyer-Alfeld* § 20 1 1, *Garraud* I н. 110, *Frank Einl. Best. III* 2, *Köhler* 173, *Wachenfeld* § 28, *M. E. Mayer* 102 и сл. За систематску грешку, коју они као бипартицисти (за разлику од извесних других бипартициста) чине уносећи један део *внкости* у појам радње, в. *Основни проблеми* § 22 I. За оне, који узимају, да хотење радње није у извесним случајевима потребно за кривичну одговорност, па га ипак уносе у појам радње в. *Основни проблеми* § 22 I 1 б.

³⁾ Ту се имају подвести и сви невољни („слепи“) телесни покрети, који се у Психологији заједно с вољним убрајају у т. зв. *психичке* радње, т. ј. у радње праћене психичким феноменима (осећајима, осећањима, тежњама за разлику од *физиолошких*): аутоматски (или механички), рефлексни, импулзивни и инстинктивни. О деоби радњи у Психологији уп. *Пешронијевић* *Основни емпиричке психологије* (2. изд. 1926) §§ 9 (67) и 39 (154), *Јерусалем* *Уџбеник психологије* (прев. с немачког, 1923) § 73, *Лоренц* (в. књ. § 51) 61 и сл., *Wundt Grundriss der Psychologie* (15. изд. 1923) § 14, *Jodl Lehrbuch der Psychologie* 5. и 6. изд. (1924) 2 50 и сл., *Eisler Handwörterbuch der Philosophie* (2. изд. 1922) 268 под „Handlung“, *Fröbes Lehrbuch der experimentellen Psychologie I* (1923).

⁴⁾ За противно гледиште в. *Основни проблеми* § 10 III пр. 21 и § 10 пр. 59. Њиме се погрешно изједначава радња (*l'acte, die Handlung*) с делом (*le fait, die That*).

2. *Неправо* (или *нечистио*) кривично дело нечињењем или кривично дело *чињења нечињењем* (*delictum commissivum per omissionem, infraction de commision par omission, unechtes Unterlassungsdelikt, Begehungsdelikt durch Unterlassung*). То је кривично дело чињењем, у колико се може извршити *нечињењем*, или друкчије то је кривично дело чињењем, у колико је *нечињење* његова *могућа*, али *прећућна* радња. Кривична дела чињењем, која се могу извршити и нечињењем, су дакле и кривична дела *чињењем* и кривична дела *чињења нечињењем*. Кривична дела *чињењем* могу се према томе поделити у две врсте: у она, која су *само* кривична дела чињењем (н. пр. крађа), и у она, која су и кривична дела чињењем и кривична дела *чињења нечињењем* (н. пр. убиство). Прва кривична дела *чињењем* се могу назвати *чистиа* кривична дела чињењем, а друга *нечистиа* (или *мешовића*) или кривична дела чињењем и нечињењем. Ова друга чине дакле средину између чистих кривичних дела чињењем и чистих кривичних дела нечињењем, и то тако да у једном правцу спадају у прва, а у другом у друга.

О томе кад је извршење нечињењем противправно, према томе када се оно појављује као извршење кривичног дела, в. § 34.

III. Према неким *радња* може бити само *чињење*. За појам *радње* је потребно, вели *Radbruch*, телесно држање и последица њиме проузрокована („дејствовање људских телесних снага на спољни свет“ [*Temme*]), а тога нема код нечињења, те према томе оно се не може сматрати као *радња*.¹⁾ Са истог разлога немогуће је, продужује он, да се нађе *заједнички појам* за чињење и нечињење, т. ј. појам, који би обоје обухватао, из кога је немогуће, да се нађе *заједнички појам* за позицију и негацију.²⁾

Ова критика значења израза *радња* је неоснована. У обичном говору се овим изразом означава и нечињење. Каже се н. пр. за неког, који је што пропустио да учини, да није добро радио. Наука пак нема никаквог разлога, да сужава овај појам, захтевајући за *радњу* искључиво *телесни* покрет, јер у ствари је и нечињење *телесно држање* (в. I) и израз *радња*, као генерички појам, то баш и означава, а нетачно је, да је и последица (за коју у остадом и нечињење може бити каузално) састојак *радње*.³⁾ Нечињење по себи није дакле негација.

IV. Схватање *радње* као телесног покрета, одн. пропуштања телесног покрета је *реалистички* појам *радње* и он одговара *реалистичком* појму кривичног дела.⁴⁾

¹⁾ *Radbruch* 131 и сл., *Temme* § 67. В. и *Graf zu Dohna* Z 27 332.

²⁾ 140.

³⁾ В. против *Radbruch*-а *Beling* 15, *M. E. Mayer* 109, али с погрешном аргументацијом, схватајући *радњу* као остварење *воље*. Тачно *Frank* § 1 II 2.

⁴⁾ В. *Основни проблеми* § 10 IV.

Заступници *јурисџичког* (нормативног) појма кривичног дела, принуђени да се служе изразом радња, не могу је наравно схватити реалистички. Њихов појам радње је *јурисџички* (нормативни) као и појам кривичног дела.¹⁾ Радња је према њима остварење правно релевантне воље (*Binding*).

§ 23. Последица.

Књижевност. — В. књ. § 22. Сем тога: *J. v. Kries* Die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung 1886, Ueber den Begriff der objektiven Möglichkeit 1888, Z 9 528. v. *Rohland* Die Gefahr im Strafrecht 2. изд. 1887. *M. Rümelin* Der Zufall im Recht 1896. *Celichowski* Der Begriff der Gemeingefährlichkeit im Strafrecht 1897. *Busch* Gefahr und Gefährdungsvorsatz in der Dogmatik des modernen Strafrechts 1897. *Givanovitch* (в. књ. § 24) 16. *Beling* 202 и сл. *Finger* Der Begriff der Gefahr 1889. *Hertz* Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts 1 1880. *Henckel* Der Gefahrbegriff im Strafrecht (v. LII. Abh. 270) 1930. *Binding* Normen 1 (§ 53) 368 (о опасности). *Schultz* Der Begriff der Gefahr 1905. *Cottler* Der Begriff der Gemeingefahr 1918. *Ullmann* Vergl. D. Bes. T. 9 32. *Rotering* Die Fahrlässigkeit und Unfallgefahr 1892. v. *Buri* G S 40 503, 44 321. *Kitzinger* Vergl. D. Bes. T. 9 115. *Schwendemann* Die Gefahr im schweizerischen Strafrecht 1920. *Lammasch* Das Moment der objektiven Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechens 1879. *Markus* Der Begriff des Erfolges im Strafrecht 1903. *Hofheinz* Verletzung und Gefährdung als Kriterium der Zweiteilung im Systeme der Zweiteilung der strafbaren Handlungen (v. LII. Heft 79) 1907.

I. Из основног елемента у појму кривичног дела излази, да свако кривично дело мора имати *последицу* (la conséquence или le résultat, der Erfolg). Тако код убиства *последица* радње је смрт, код лишења слободe стање лишености слободe. Према извесним писцима међутим има кривичних дела, која немају *последицу*, те је према томе радња сама за себе инкриминисана.²⁾ За пример се наводи увреда. Ова кривична дела названа су *формална* (делатносна, просто делатносна или непоследишна) кривична дела (Tätigkeits-oder Formaldelikte, Nichterfolgsdelikte) за разлику од осталих, названих *материјална* кривична дела или кривична дела с *последицом* (Erfolgs-oder Materialdelikte). Ово погрешно мишљење проистиче из неувиђања двеју разлика, које међу кривичним делима постоје у погледу *последиде*. Код неких кривичних дела на име, н. пр.

¹⁾ Тако *Frank* § 1 II 2, *Meyer-Alfeld* § 20 III 5, *Finger* 106, *Loening* 12, *M. E. Mayer* 102, *Kitzinger* 71, *Laborde* п. 156, *Beling* 204 (за увреду узима, да има *последицу*, и то је сазнање изговорене речи, а за пример формалних кривичних дела наводи поред противстајања и дражење на извршење кривичних дела, али очевидно је, да и ту има *последиде*), *Köhler* § 19 I 1. Некад су се називала *формалним* кривична дела, где се је одговарало и без виновности (в. и сада *Haftler* 99 и пр. 1 и 3). У француској књижевности обратно се називају *материјалним* кривична дела, где се одговара (*Vidal-Magnol* п. 75) за „просту повреду закону“, на име и без виновности у погледу на радњу (в. *Основни проблеми* § 22 пр. 14).

²⁾ В. о јурисџичком појму радње *Основни проблеми* § 10 IV.

код убиства, лако је одвојити последицу од радње, док је то теже код других, н. пр. код увреде. Али ова је разлика без значаја за сам појам кривичног дела, те се не може на основу ње чинити појамна разлика међу кривичним делима, разликујући их у формална и материјална,¹⁾ баш и кад би сва кривична дела, која се сматрају као формална, и само она, у овом погледу била као увреда. Сем тога поменуто мишљење се заснива на другој једној значајнијој и основној заблуди, на превиђању постојања кривичних дела, где је наступање последице само законодавни мотив инкриминације (в. § 16 VI). Ту спадају баш кривична дела, која се услед ове и претходне заблуде убрајају у формална и код којих према томе у ствари такође има последице.²⁾ И код т. зв. формалних кривичних дела кажњава се дакле не за саму радњу, већ за дело, т. ј. за проузроковање последице.

II. *Последица* се може схватити као једна промена (догађај) у спољњем свету, и тако се она у разним дефиницијама и има у виду. Међутим поред овог динамичког схватања последице, где се она има у виду у свом постајању (као догађај),³⁾ могуће је наравно и *статичко* схватање њено, т. ј. схватање исте као готовог производа. У том смислу схваћена последица је у спољњем свету произведено *стање*.⁴⁾ Одређена потпуно, *последица* је на (заштитном) *објекту кривичног дела* (т. ј. на добру, са материјалног гледишта [в. § 33 II] на *пошреби* постајања друштва државе) *произведена промена* одн. *стање у спољњем свету*.⁵⁾ Свака је таква промена *чулно* опажљива, а код извесних кривичних дела чулно опажање промене у овом или оном облику (н. пр. код увреде: стварно опажање изјаве омаловажавања, сазнање исте од некога) је њихово појамно обележје. Но чулна опажљивост (осетност) промене не може се сматрати као појамно обележје *последице*, јер је та опажљивост по себи разумљива, а сем тога она је страна самој последици као чисто *објективној* појави.⁶⁾

Последица се може произвести на стварима или на људима

¹⁾ Уп. в. *Liszt* § 28 II 1. Но и в. *Liszt* сходно своме неоснованом (в. § 28 III) схватању природе т. зв. *полицијских* деликата узима погрешно у 21. изд. (§ 28 II 1), да они немају последицу В. против њега *Wachenfeld* 73. Уп. и *Авакумовић* 1003/4.

²⁾ В. *Основни проблеми* 72.

³⁾ У књижевности се погрешно употребљавају при одређењу последице оба израза (*Veränderung* и *Zustand*) или као потпуно еквивалентна или чак као два разна, напоредна појма. Немачки писци формулишу је као (противправно) *стање* у дефиницији трајног кривичног дела и кривичног дела по стању (в. § 55). — У области каузалитета мора се међутим (в. § 24) чинити разлика између услова промене (догађаја) и услова стања.

⁴⁾ Уп. и *Beling* 205.

⁵⁾ в. *Liszt* (§ 28 II) за разлику н. пр. од *Meyer-Allfeld*-а (§ 20 I 2) уноси чулну осетност у појам последице (као и ми у ран. изд.). То се може означити као објективно — *субјективни* појам последице насупрот горњем, чисто *објективном*.

(било као физичким [физичка промена, н. пр. смрт код убиства] било као психичким [психичка промена, н. пр. код увреде и клевете] бићима)¹⁾ или на каквом чисто законском (дакле из чисто правног света) бићу (као н. пр. код велеиздаје против Устава из § 94 т. 1 к. з.). Може се састојати у тренутној (н. пр. код убиства, увреде и крађе) или у више или мале трајној (код трајних кривичних дела, н. пр. лишења слободе, в. § 55 I) промени (стању).

1. Против схватања последице као („чулно“ осетне) промене наводи се, да има кривичних дела, чија радња има за последицу („чулно“ осетну) промену у спољњем свету с *правног* гледишта потпуно безначајну, те да се према томе последица не може схватити као промена *спољнег* света. За пример се узима увреда. Ако се последица схвати на онај начин, онда би се последица радње код увреде, вели *Liepmann*,²⁾ требало да састоји у звучним таласима или у дрхтању мишића, појавама случајним и индиферентним с правног гледишта. Ова је критика неоправдана. Последица се код увреде (где је сна само — в. I — законодавни *моћца* инкриминације) не састоји у звучним таласима или дрхтању мишића, већ у стању повређености части, које се психолошки појављује као осећање бола за повређеном чашћу. Ово је пак несумњиво феномен, који се појављује као промена на човеку као психичком бићу, као једна промена у *спољњем* свету дакле, и уједно као *правно* релевантна промена.³⁾ Тако је и код осталих кривичних дела.

2.а) Горе дат појам последице је, доследно нашем реалистичком појму кривичног дела, и сам *реалистички*. Према *Liepmann*-у последица се мора схватити искључиво с *правног* гледишта. Последица једне инкриминисане радње нема, вели, никаквог значаја, ако већ *по себи* није релевантна за кривично право. Зато према њему последица треба да се схвати као промена у *правном* свету (*Veränderung in der Rechtswelt*).⁴⁾ Овај појам, *јурислички* појам последице би могао бити у складу само при *јурисличком* појму кривичног дела. Кад се међутим кривично дело схвати реалистички, као што је то случај с нашим појмом истога, онда се наведено јуристичко схватање последице појављује као мешање реалног елемента кривичног дела, проузроковања људском радњом, и осталих, који од реалног елемента тек чине кривично дело, према томе једну појаву *правног* света. Последица је саставни део реалног елемента, те према томе и она мора бити схваћена реално, т. ј. као промена у спољњем свету.

¹⁾ Уп. v. *Liszt* § 28 II (примећујући, да унутарњи свет мојих суграђана спада у мој спољни свет), *Beling* 206, *M. E. Mayer* 110 и сл.

²⁾ 79.

³⁾ В. *Живановић* О увреди и клевети (2. изд. 1927) 24 и 34.

⁴⁾ L. с.

б) *Birkmeyer* разликује две врсте последице: *материјалну*, а то је „чулно осетна“ промена спољнег света, и *идеалну*, а то је повреда једног правно заштићеног интереса, поставља дакле и реалистички и јуристички појам последице.¹⁾ За појам идеалне последице важи исто што и (в. а) за *Liermann*-ов јуристички појам последице. Сем тога поменуто двоструко схватање последице је у контрадикцији с појмом кривичног дела, јер оно може у једном кривично-правном *систему* бити схваћено или реалистички или јуристички, а не и овако и овако.

II. Онај, на чијем се добру производи последица, назива се *повређеником* (или *пасивним* — за активног в. § 22 I 1 — субјектом кривичног дела). То не може бити животиња, пошто она није субјекат права (в. § 22 I 1 а), већ само човек и правно лице (само они имају дакле *пасивну* способност за кривична дела).²⁾ Код кривичних дела против *приватних добара* повређеник је човек или (н. пр. код имовинских кривичних дела) и правно лице. Код кривичних дела против *оштићих добара* повређеник је пак јавно-правно лице државз, и то непосредно код кривичних дела против њених добара (н. пр. против спољне и унутарње безбедности, државне власти, правосуђа, безбедности правног саобраћаја и т. д.), а посредно, у њеном својству представника друштва, код кривичних дела против друштвених добара (н. пр. против вере и јавне моралности).

III. Кривична дела, чија се последица, промена у спољњем свету, састоји у стању (промени) *повређености* или другим речима у *уништењу* или *смањењу* једног добра, т. ј. у *штети*, називају се кривична дела *повреде* (*Verletzungsdelikte*). Таква су највећи број кривичних дела, н. пр. убиство. Но има (и ако ређе) кривичних дела, чија се последица састоји у стању *угрожености* извесног добра, т. ј. у *ојасности* по извесно добро (*Gefahr*). Она су названа кривична дела *угрожавања* (*Gefährdungsdelikte*). Такво кривично дело је одбацивање (§§ 175 и 176 к. з.). Одбачено лице је тиме изложено животној *ојасности*, али кривично дело постоји и свршено је, и ако му се ништа рђаво није десило. И покушај кривичног дела заснива се на *ојасности* (в. § 74 III). В. IV 1 за даљу деобу.

IV. 1. *Ојасност* (појам везан за рђаве, нежељене последице) се разликује на *конкретну* и *апстрактну*. Прва постоји, кад је опасност по правно добро (scil. његове повреде) *заиста* наступила. То је дакле

¹⁾ § 7, 1041.

²⁾ Животиње нису субјекти права ни у колико су кривично-правно заштићене (н. пр. § 363 т. 5 срп. к. з., чл. 10 з. о унапр. сточ. од 1895), јер су и ту правно заштићена само људска добра, т. ј. и ту су само људи субјекти правних овлашћења. В. *Истудиј* § 9 I 5а 4^о (2).

с извршењем одређене радње с^тварно наст^иуџела о^пасно^ст^и по неко ^правно добро. Н. пр. на дете, изложено ноћу на друму, кола су се упутила, те је на тај начин његов живот био у опасности. Апстрактна опасност пак постоји, кад одређеном радњом може у о^пш^те (in abstracto) бити про-изведена опасност по извесно правно добро (scil. опасност његове по-вреде), али је у да^том (конкретном) случају није било. То је дакле с извршењем одређене радње у о^пш^те могућа, али у да^том случају нена-ст^иуџела о^пасно^ст^и по извесно ^правно добро. Ове су радње инкриминисане на тај начин на основу законске презумпције, да су по ^правилу конкретно опасне за дотична добра. Дете је н. пр. било изложено на друму, али се није ништа десило, чиме би његов живот био угрожен. Законодавац захтева код неких кривичних дела конкретну опасност (конкретна кривична дела угрожавања, н. пр. поплава из § 196 [„доведе у опасност“] или паљевина из § 188 т. 1 к. з.), а код других се задовољава апстрактном опасношћу (а^п-с^тра^кт^на кривична дела угрожавања, н. пр. опасно постројење на гра-ђевинама из § 198 [„да може настати опасност“]).¹⁾ У оба случаја (не и у случају под 2) суд има да утврди елемен^ти (в. § 16 VI) опасности.

2. Код извесних о^пш^те о^пасних кривичних дела (као из гл. 17 к. з.), која су сва кривична дела угрожавања, опасност је, у опште или у извесним случајевима, само законодавни мо^тив инкриминације (в. § 16 VI). То је случај н. пр. с прављењем расарскавајућих материја (§ 193 к. з.), које је у опште такво, и с паљевином из § 187 к. з., која није таква само у својим тежим случајевима из §§ 188 и 189 к. з. и у случају нехатног из-вршења из § 190 к. з. Оваква кривична дела угрожавања називамо *п*ре^тп^ост^ав^љеним или *н*е^пр^ав^ним кривичним делима угрожавања, насупротив осталим, *с*т^вар^ним или *п*р^ав^ним.²⁾ Сходно овом разликовању кривичних дела угрожавања можемо назвати кривична дела *п*овреде (в. III), где је последица само законодавни мотив инкриминације (н. пр. увреда), *п*ре^тп^ост^ав^љеним или *н*е^пр^ав^ним кривичним делима повреде, насупротив осталим (н. пр. уби-ство), *с*т^вар^ним или *п*р^ав^ним кривичним делима повреде. В § 16 VI.

3. Појам о^пасно^ст^и почиња на појму *м*огућно^ст^и (вероватноћа је само³⁾ већи ступањ могућности). Могућност се схвата *о*б^јек^тив^но и *с*уб^јек^тив^но. Према једном (негативном) *о*б^јек^тив^ном схватању (које је

¹⁾ Уп. Frank § 1 II 1, M. E. Mayer 129, Finger 105, Meyer-Allfeld § 20 III 1 (који сви превиђају ова друга, називајући апстрактним или општим ниже под 2 наведена).

²⁾ Уп. Frank § 1 II 1 (дајући не потпуно тачну дефиницију „конкретних“ [в. 1] и ових кривичних дела), Finger 105. Beling (217) се изјашњава против класе (в. пр. 1) *а*п^ст^рак^тн^их или *о*п^шт^них („генералних“) кривичних дела угрожавања. Он их убраја у свој трећи „тип“ кривичних дела, у кривична дела „без повреде и угрожења“, што је очигледно у противности са законодавствима. — в. Buri се је изјаснио особито против објективитета *а*п^ст^рак^тн^е опасности (в. ниже 3 пр. 3). — В. *Посебни део* (за срп. к. з.) § 165 I 2 пр. 3 за *разлог* установе *н*еп^рав^них.

³⁾ Уп. Frank § 1 II 1 (в. и ниже пр. 4). Неки пак изједначавају појам могућности с појмом вероватноће. Тако в. Liszt § 28 III 3, в. Rohland 1, 8.

полазна тачка субјективног) нешто (н. пр. смрт лица А) је с извршењем извесне радње могуће, само ако се је то у *ствари* и догодило. На тај начин опасност као врста последице, промене у спољњем свету не постоји с *објективног* гледишта, *по себи* (т. ј. као *објективни* реалитет или феномен, као појава с карактером *објективности*). Ако радња није проузроковала извесну последицу, она није, вели се, ни опасна, а ако ју је проузроковала, онда се њена последица састоји у повреди једног добра, а не у опасности (нема нечега средњег између повреде и интегритета, т. ј. опасности).¹⁾ Према *субјективном* схватању могућности пак нешто је с извршењем извесне радње могуће, ако се (сходно искуству) *може очекивати* (донети суд), да ће се то произвести. На тај начин опасност је са *субјективног* гледишта један облик последице, јер према овом схватању могућности једна радња може бити опасна, и ако у конкретном случају њоме није било повређено или чак није могло бити повређено извесно добро. Али она постоји само као чисто *субјективна* чињеница (као субјективни реалитет), као чињеница наше свести, резултат нашег суда могућности повреде (који доносимо само због ограничености људске моћи сазнања целог каузалног низа, предвиђања свих сауслова, а који се, ако повреда не настане, појављује као погрешан).²⁾

Поменута објективна (негативна) теорија је у супротности с позитивним правом, јер се код кривичних дела, чија се последица састоји у опасности, ова *објективно* формулише. У осталом такве инкриминације имају смисла само, ако постоји *објективна* опасност, т. ј. ако је опасност *објективна* појава, јер би се оне иначе, са субјективном теоријом (т. ј. са схватањем опасности као нечега чисто субјективног), заснивале на произвољности. Поменута објективна теорија се у осталом не може ничим бранити ни с теоријског гледишта, јер и с *објективног* гледишта опасност се појављује као врста последице. Има на име радњи, које се баш по својој *објективној* особености појављују као *опасне*, јер се показују као *услов*, који *води* проузроковању извесне последице, као појава дакле, која је *подобна*, да такву последицу произведе, и која ће је према томе произвести, ако се стекну други ван ње стојећи услови. Постоји дакле опасност као нешто *објективно* (као *објективни* реалитет), т. ј. *објективна* опасност.³⁾

¹⁾ Hertz 74.

²⁾ Hertz 74 („појам опасности захваљује своје постојање несавршености наше моћи сазнања“), *Hälschner* 2 597 („дете је нашег незнања“). Уп. *Busch* 11 и сл.

³⁾ Тако (али без објашњења) *Merkel* 44, v. *Liszt* § 28 II 3, *Frank* § 1 II 1, *Meyer-Alfeld* § 26 III 1, *Haftel* § 19 III, v. *Rohland* 5 и сл., *Schwendemann* 24 и сл., *Busch* 10 и сл. *Binding* 1 с., v. *Kries*. — *Субјективно* гледиште заступају ради објашњења кривичних

4. Опасност је дакле као и повреда једна *промена* или *стање* у спољнем свету. Она је стање могућности наступања каквог *штетног* (према томе нежељеног) догађаја, т. ј. појам везан за такве догађаје.¹⁾ Тв штетни догађаји су у кривичном праву *повреде* добара, заштитних објеката разних кривичних дела. *Стејен* (интензитет) могућности је пак без значаја за њен појам.²⁾ *Кривично-правна опасност* је дакле *стање могућности повреде каквог добра*.³⁾

5. Свака опасност није релевантна за кривично право, т. ј. није инкриминисана свака радња *опасна* по правна добра (чак ни по живот људски), већ само извесне. Горе, под 1 одређена опасност није дакле увек *кривично-правна* опасност. Има много радњи, које садрже опасност већу или мању, али чија се инкриминација не може замислити. Многа индустријска предузећа, трке коњима, велосипедима, аутомобилима и пр., садрже озбиљну опасност за живот лица, па ипак они нису забрањени. Остаје тако, да се нађе оно, што одликује *кривично-правну* опасност од осталих, и према томе да се на основу тога да *пошћуна* дефиниција *кривично-правне* (в. 4) опасности, т. ј. да се под 4 дата дефиниција допуни.

дела угрожавања, поричући објективну опасност, в. *Buri* Beiträge 280 (исто G S 40 503), 299, *Lammach, Janka, Hertz* 72 и сл., *Finger* Der Begriff der Gefahr 1889, *Thon*. В. против њих *Oppenheim* Die Objekte des Verbrechens 207 и *Busch. Köhler* узима, да је опасност објективна, „реална чињеница“, у колико је „*општи* садржај свести“. в *Buri* (у расправи Über den Begriff der Gefahr und seine Anwendung auf den Versuch, Beiträge 280 и сл.) оспорава у ствари, држећи се логички његове аргументације, само *апстрактној* опасности *објективниш*, јер он тврди само, да радња кривичних дела с *непроизведеном* опасношћу („у идеји постојећој“), према томе с *апстрактном* опасношћу може имати својство опасности једино по законској *фикцији*, а не по себи. Опасност радње, која није *произвела* опасност, већ је то само *могла*, је, вели (280—289), само „*замишљена*“ (та је радња само „у идеји опасна радња“), не „стварна“ (као што није „смртна“ она радња, која последицу није произвела), јер та радња није „*каузална*“: радња је у конкретном случају, „који једини може бити у питању“, или била *каузална* или то није била, а она то није била, „ако опасност није *могла* произвести, ма колико пута ју је у ранијим случајевима произвела“ (285). Његова би аргументација обухватала и *конкретну* опасност само онда, ако он под стварно произведеном опасношћу разуме стварно наступње последице, т. ј. да је само онда радња опасна, ако је *последницу произвела*. Тако се и узима, али се то не види и питање остаје нерешено (као што примећује и *Schwendemann* 27).

¹⁾ Уп. в. *Rohland* 1, в. *Liszt* § 28 II 3, *Haftler* § 19 III, *Meyer-Allfeld* § 20 III 1.

²⁾ Уп. в. *Rohland* 8.

³⁾ Као *објективан* феномен опасност наравно не само није „чисто нормативан појам“ (*Rittler* Z 49 455), већ дефинисана у горњем смислу (scil. с објектом кривичних дела схваћеним у нашем смислу, као добро), и с озбиром на ирелевантност интензитета, у опште не садржи нормативне елементе поред когнитивних (прот. неумесно *Metzger* 129 и пр. 71: не може се, вели, оспоравати, да појам опасности садржи нормативне елементе „у окружавању добара, која се има да штите, као и у ограничавању потребног степена вероватноће“).

Кад се уђе у суштину разних кривичних дела угрожавања, види се, да су ту у питању само *анормалне* (ванредне)¹⁾ опасности (*анормална* стања опасности) за добра, која су објекти тих кривичних дела. Другим речима инкриминисане су само радње, чија је опасност *анормална* опасност за одређена правна добра. *Анормалност* опасности (т. ј. стања могућности наступања повреде) је на тај начин *редовна* одлика *кривично-правне* опасности. *Кривично-правна* опасност је према томе *стање анормалне опасности*, или дефинишући и саму *опасност*, *кривично-правна* опасност је *анормално стање могућности повреде извесног добра с извршењем извесне радње*. То је опасност као *ошћиви* (генусни) појам, који се, као што је речено (в. 1), дели у две врсте: *апстрактну* и *конкретну* опасност.²⁾ Кривично-правна опасност као родни појам је дакле састављена из два елемента: 1^о *опасности* (стање могућности повреде) и 2^о *анормалан* карактер опасности (реченог стања могућности).

а) Кад се међутим испитује, да ли ово или оно кривично дело угрожавања постоји у *конкретном* случају, довољно је утврдити, да радња представља за заштићено добро *опасности* (конкретну одн. апстрактну), која се у закону захтева. На име *чим самим* се утврђује, да је дотична опасност *анормална*, пошто се, као што је речено, радње инкриминисане у облику кривичних дела угрожавања претпостављају од законодавца као радње, чија је опасност за односно заштићено добро *анормална* опасност за то добро.³⁾

б) Испитивање, да ли постоји (конкретна одн. апстрактна) опасност, објективни феномен, мора се вршити *објективно*, према томе не обзирући се на то, да ли су ове или оне околности, под којима је радња извршена,

¹⁾ Уп. *Frank* § 1 II 1 („нередовне“, вели он, схватајући тако анормалност негативно, што само смањује јасноћу).

²⁾ Уп. *Frank* § 1 II 1 а и в, *Meyer-Allfeld* § 20 III 1. в. *Kries* и в. *Rohland* узимају, погрешно логички, за родни („основни појам опасности“) *генералну* (апстрактну) опасност (уп. против њих *Busch* 15 и сл.). в. *Liszt* § 28 II 3 (и в. *Liszt-Schmidt* § 28 III) не чини разликовање између апстрактне и конкретне опасности, већ говори само о опасности у опште, дајући дефиницију родног појма у горњем смислу.

³⁾ Уп. *Frank* § 1 II 1 (који уноси, неумесно, *анормалност* у појам саме опасности [„опасност, т. ј. анормално стање . . .“] и, излишно, захтева „блиску могућност повреде“, схватајући ту блискост“ у смислу *више* мере могућности, и ако се тиме, вели, не захтева управо вероватноћа“), в. *Liszt* § 28 II 3 (који у опште не истиче *анормалан* карактер могућности и који такође захтева *блиску* могућност, али, за разлику од *Frank-а*, сматра ову као *вероватноћу*: „блиска могућност [вероватноћа]“).

само извршиоцу биле познате или не.¹⁾ Ако је потребно, суд ће се служити, као и у опште, вештацима.^{2) 3)}

V. У бићима разних кривичних дела *последица*, која се не састоји у опасности, ретко се истиче као *специјалан* елеменат истих, а и где се истиче, обично је заједно с радњом обухваћена истим изразом (или истим изразима).⁴⁾

VI. Поред последице у горњем смислу, коју називамо последицом на *заштитном* објекту, треба разликовати (што се редовно превиђа), да би се потпуно схватила суштина извесних кривичних дела, и последицу на *нападном* (в. § 17 IV 3) објекту. Ова врста последица је код тих кривичних дела (н. пр. лажно обвињавање, принуда и изнуда) унета у њихов појам као обележје.

§ 24. Узрок (проузроковање).

Књижевност. — *Givanovitch Du principe de causalité efficiente et de son application en droit pénal* (1908), *Ursachenbegriff im Strafrecht* у Z 30 572 и О појму узрочности у Арх. 1910. в. *Bar Gesetz und Schuld* 2 161. *М. Миљковић* О случајњу код посебних кривичних дела 1914 (прешт. из Арх.). *Belting Der gegenwärtige Stand der Verursachungslehre* G S 101 (1931) 1 и сл. За осталу књижевност в. цит. у овом §-у.

I. Нема појаве,⁵⁾ која је постала сама собом, *без узрока*, која није дакле проузрокована већим или мањим бројем других (која се сама

¹⁾ Уп. в. *Liszt* § 28 II (који [мешајући питање последице с питањем виности] захтева, да се узму у обзир околности, „које су у тренутку радње могле бити опште сазнате, и оне, које су само извршиоцу биле познате“, и то чак уноси [ка и ми раније] у своју дефиницију опасности), *Meyer-Allfeld* § 20 III 1 (који [чинећи исто мешање] изводи као основу оцене „искуство“, и то погрешно уноси, као и претходни, у дефиницију), *Finger* 104 (тако исто, али то ближе одређујући захтевом, да суд одговори на питање опасности „путем накнадне прогнозе“), *Metzger* 129 (такође). Појам опасности ових писаца није дакле у ствари, као наш, чисто објективан, већ објективно-субјективан (последњи то прећутно каже: „у толико је, вели, нетачно, да опасност може бити само нешто чисто субјективно“).

²⁾ Уп. *Frank* § 1 II 1 (који међутим захтева [уносећи то у своју дефиницију опасности], да „из анормалног стања проистиче блиска могућност повреде за вештачки суд“)

³⁾ *V. Merkel* 43 за разликовање „модификација опасности“.

⁴⁾ *V. Основни проблеми* § 13 II 3 а 1°.

⁵⁾ Разумевајући реч „појава“ у *ширем* смислу тако, да она обухвата: 1° *природне појаве* у *ужем* смислу, где спадају — в. ниже — природни догађаји и стања (н. пр. телесни покрет, кривично-правна последица, светлосни покрет, електрично испражњење) и 2° *природне предмете*, т. ј. трајне (релативно константне) објекте (биљка, минерал). В. *Wundt Grundriss der Psychologie* (15. изд., 1922, 25—26) о разликовању између наука, чији су објекти природне појаве (*Naturvorgänge*, као физика и психологија), и наука, чији су објекти природни *предмети* (*Naturgegenstände*, као минералогичка, ботаника, зоологија, анатомија, географија, у колико се, што је чест случај, не дотичу физикалних, хемијских, физиолошких, у опште проблема, који се односе на извесне природне појаве)

собом схвата као *Синозина* субстанца). То се оспорава, али неумесно, само за појаве *духовног* света и нарочито за *вољу* (индетерминизам). Закон узрочности је дакле општи закон. То је према томе закон, који важи и за појаве, које улазе у Кривично право, у облику т. зв. последица.

II. Појаве (антецеденти, фактори), које су претходиле извесној појави и проузроковале је својим садејством, називају се њеним *условима* (condition, Bedingung). Сам назив каже, да ове друге појаве не би било, да је ма која од оних првих била изостала. Да би дакле извешан појав био један од *услова* другог неког појава, потребно је двоје: 1° да му је *претходило* (т. зв. антецедент), т. ј. да му је овај други (т. зв. консеквенат) *следовао*, т. зв. моменат *сукцесије* у појму узрочности, 2° да је *допринео* у извесној мери његовом произвођењу, т. ј. да се овај други појав не би произвео у опште или бар не у конкретном облику, кад оног првог не би било, т. зв. моменат *нежности* у појму узрочности. Услови могу бити било *тренутне* промене или *сукцесије* тренутних промена, т. ј. *догађаји* у опште, било *стања*, т. ј. више или мање перманентна факта.¹⁾

III. Појмови узрочности ван Кривичног права :

1. *Филозофски појам узрока*. С гледишта *логичког* као узрок извесне појаве може бити сматран само *скуп* свих њених услова. То је т. зв. *логички* или *филозофски* појам узрока. Он се назива још и *феноменолошким* појмом узрока, јер почива на појму појаве, *феномена* (за разлику од *метафизичких*, који почивају на трансцедентном појму *снаге*), т. ј. намењен је за објашњење феноменалног (опажајног), не нуменалног света (света по себи, апсолутног реалитета). Исти је први овако јасно дефинисао *Ц. Ст. Мил.*²⁾

2. *Вулгарни појам узрока*. Док је према филозофском појму узрок скуп свих услова, према вулгарном и сам *један* услов се сматра као узрок. Који ће пак од услова једног појава бити сматрани као његови *узроци*, зависи од циља, с обзиром на који се истражује узрок извесне појаве (и који је наравно различан према професији онога, који истражује), затим од карактера, васпитања, искуства, интелигенције, навике и т. д. онога, који истражује узрок. Као што се види, вулгарни појам узрока се одликује (1°) тиме, што су према њему *само* један или извешан број услова *узроци*, док се остали сматрају као прости услови, и (2°) тиме, што он није *једносаван*, јер нема сталног критеријума за

¹⁾ Уп. *J. St. Mill A System of Logic*, 8. изд. (1879) 237 и сл. (догађаји и стања)³ *Frank* § 1 III. B. § 23 II (односно појма последице као промене или стања).

²⁾ *Op. cit.* 237 (the cause of a phenomenon is the assemblage of its conditions).

разликовање услова-узрока од осталих услова, већ то зависи од индивидуалности испитиваоца.

3. *Појам узрока у природним наукама.* Природне науке имају свој самосталан појам узрока. Он почива на појмовима *снаге и енергије*. Зато би требало одредити ова два појма, пре него што би се изнео природни појам узрока. Но *природни* појам узрока нема никаквог значаја за појам узročности у Кривичном праву.

IV. Узрочни проблем у Кривичном праву.

1. *Филозофски појам узрока и Кривично право. Методолошки принципи одређења појма узрока у Кривичном праву.* Услови последица код кривичних дела, који су од значаја за кривично право, само су *људске радње*. Међутим поред извесне *људске радње* допринеле су у сваком случају произвођењу једне такве последице још и већи или мањи број других појава (истовремених н. пр. код убиства болешљивост убијеног, или каснијих), било зависних било независних од *људске воље*, или можда још и *радње других лица*.¹⁾ Према томе кад би се у кривичном праву сматрао као узрок само *скуп* свих услова, не би се никад могло казнити. Филозофски појам узрока је дакле неприменљив у кривичном праву. За потребе овога мора се према томе да конструише такав појам узрока, да се и један *једини* услов, посебице једна једина *људска радња*, може да сматра као узрок ове или оне последице.²⁾

а) Но при томе конструисању не сме се пренебрећи *филозофски* појам узрока. Напротив кривично-правни појам узрока мора се *заснивати* на филозофском, феноменолошком (први *методолошки* принцип за одређење појма узроку у Кривичном праву).³⁾ До каквих се апсурдних закључака за кривично право долази, кад се хоће да конструише

¹⁾ Ретко је, ако је то у опште могуће, примењује *J. St. Mill* (op. cit. I. c.), да не променљива сукцесија постоји између једног консеквента и једног *јединог* антецедента.

²⁾ У томе се огледа по *Strauch* у (*Die Philosophie des „Als-ob“ und die hauptsächlichsten Probleme der Rechtswissenschaft 1923, 6*) *фиктивитет* правних теорија о узроку, што је *Vaihinger* (*Philosophie des Als-ob*) приметно за клаузалитет у опште (коме је *Kant* дао карактер једне категорије). Но фиктивитет правних теорија о узроку би отпао, ако би се место термина *узрок*, који логички може означити само скуп свих услова, употребио термин *услов*, разликујући потом услове у *две* врсте: у довољне за кривичну одговорност (кривично-правно релевантне), и у за то недовољне (кривично-правно ирелевантне). Као што се види, карактер фиктивитета правних теорија о узроку не лежи у ствари у њиховој суштини, већ у терминологији (т. ј. само је термин *узрок* у противречности са стварношћу у праву). В. о фикцијама *Живановић* Правне и правно-теоријске фикције, Архив 1928.

³⁾ Из тога излази, да се теорије узročности, које дају карактер узрока *само извесним* условима (а не свима, као што то чини теорија узрочне еквиваленције), појављују као *ограничење*, не теорије узрочне еквиваленције (као што то тврди *Frank* § 1 III за нашу теорију о узроку и за адекватске), већ (као и сама теорија узрочне једнакости) логичког или филозофског појма о узроку.

један од филозофског потпуно независан кривично-правни појам узрока, показале су т. зв. *мешафизичке* теорије.

б) Све што се има дакле учинити ради решења узрочног проблема у Кривичном праву, то је, да се филозофски појам узрока огреничи тако, да се као узрок може сматрати и сам *један* услов. Али се то огреничење има извршити, не а priori кривично-правно, као што су учинили сви некадашњи творци разних теорија о узроку, већ с *обзиром на постојеће кривично право*, а posteriori, јер би се иначе овоме наметнула једна теорија узрочности, у место да се иста изведе из њега, т. ј. из његовог *огреничења* обима кривичне одговорности (други *методолошки* принципи за одређење појма узрока у Кривичном праву, који је само један постулат у овој области нашег *реалистичког* метода у Кривичном праву).

в) Најзад питање о узроку има се решити независно од питања о *винојсти* (трећи *методолошки* принцип одређења појма узрока у кривичном праву). В. за исти 4.

2. *Значај проблема узрочности у Кривичном праву.* За кривичну одговорност потребна је пре свега *материјална* (физичка, објективна, спољна или каузална, imputatio facti) урачунљивост, т. ј. потребно је, да је радња узрок последице у смислу мало час означеном. Тек кад се утврди постојање исте, може се испитивати, да ли постоји *винојст* („морална“, субјективна, психичка урачунљивост)¹⁾ и према томе кривична одговорност (imputatio iuris). Каузалитетски проблем је дакле један од општих, почетних кривично-правних проблема. Теорија саучешћа показује најбоље, од колике је он важности (в. § 76).

3. *Суштина проблема узрочности у Кривичном праву.* Појам узрочности садржи три момента: *узрок*, узет сам за себе, *следство*, узето такође само за себе, и *узрочни однос*, који спаја појаву, која је узрок, са појавом, која је следствие прве. Са гледишта Кривичног права прва два момента су: *људска радња* и *последница*. Пошто су ова два момента од важности за целокупну Науку кривичног права, а не само за проблем узрочности, о њима је засебно било говора (§§ 22 и 23). Овде се има изучавати према томе само суштина каузалитетског проблема, т. ј. *узрочни однос* (rapport de cause à effet, Kausalzusammenhang). Проблем се састоји у питању, *да ли сваки услов извесне кривично-правне последнице треба да буде сматран као узрок исте, или, ако не, на основу ког критеријума треба извесне услове сматрати као узроке, а друге не.*

¹⁾ В. о овим терминима *Основни проблеми* § 22 II 2.

а) Видело се је, да вулгарни појам узрока не сматра све услове као узроке; само су извесни од њих узроци. Ово разликовање само по себи нема наравно никакве обвезне снаге за науку. Потребно је, да се научно испита његова тачност. Но каузалитетски проблем није решен тиме, што се услови разликују у услове и узроке. Треба да се утврди још и критеријум тог разликовања. Вулгарни појам оскудева у истоме. Он нам каже само, да ће разна лица разне услове сматрати као узроке. Грета једна је н. пр. пала са извесне грађевине и убила једног пролазника. Узрок према вулгарном појму ће овде бити за лекаре повреда тог или тог органа, за очевидце пад греде, за раднике крах греде и т. д. Шта је узрок, зависи дакле од тога, чиме интересује догађај лице, које истражује узрок. Али врло често ће бити тешко једном таквом лицу, да одреди услов, који се треба сматрати као узрок с његовог гледишта, н. пр. за судију с гледишта Кривичног права. Пошто се дакле вулгарни појам не заснива на једном објективном критеријуму за разликовање узрока од услова, питање, шта је узрок, остаће за вулгарно схватање у тим случајевима нерешено.

б) Као што ће се видети из излагања (§§ 31 и 77 II) основа теорије о саучешћу, позитивно право сматра међу људским радњама, условима, као узроке *само* извесне услове. Али зашто оно тако чини, тешко је да се увиди, јер се у к. з. није поставио један општи принцип каузалитета. Остаје према томе на науци, да оправда ово разликовање и његов критеријум или да докаже њихову нетачност.

Позитивно право оставило је дакле каузалитетски проблем нерешен. Теорија немачког кривичног права предузела је у прошлости веку, да овај проблем расправи за будуће законодавство.¹⁾ Законодавци морају

¹⁾ За стање каузалитетског проблема у ранијој књижевности карактеристично је гледиште о њему изнето од *Schütze*-а у његовом делу од 1874 (§ 34 пр. 2): „Узрочна веза (узрочност, каузалитет), у кривично-правној области претпоставка питања о кривичној виности, а у приватном праву питања о дужности накнаде, је појам *Логике*. Овој једино припада конструкција апстрактног појма: узрочност; напротив фактичко питање постојања узрочне везе припада практичном погледу од случаја до случаја (scil. он пориче могућност особеног кривично-правног „апстрактног“ појма узрочности). Правно научна испитивања о оном појму *in abstracto* (scil. по њему у *Логички*, којој једино он то оставља) не обесћавају апсолутно никакво непосредно искоришћавање.“

Feuerbach, реформатор немачке кривично-правне науке из почетка 19. века (*Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 1. изд. 1801, 14. изд. и 12. и 13., од проф. *Mittermaier*-а) није такође имао јасну представу о каузалитету. Говорећи о извршиоштву и саучешћу (§ 44—53) он разликује радње суделовања: 1^о у *узроке*, које дели, сматрајући дотичне суделоваче као *извршиоце* кривичног дела, у *физичке* (*физички* извршилац, *physischer Urheber*), а то је радња извршења, и у *посредне*, које опет разликује у *интелектуалне* (*intellektueller Urheber*), а то је подстрекавање, и у *просто посредне*, а то је т. зв. *главно* помагање (главни помагач, *indirecter Urheber*, *Hauptgehülfe*, *socius*

прематоме да позајме од науке појам узрока, наслањајући се на исти изрично или прећутно. То је већ изрично учинио нови *норвешки* к. з. усвојив теорију *узрочне еквиваленције свих услова* (в. о истој § 25 IV). К. з., као ни нов *итал. к. з.*¹⁾ и пројекти к. з. (*немачки* и *швајцарски*), се о томе није изјаснио, сем у колико је у питању саучешће, остављајући тако пракси, да сама изабере теоријско решење.

У *римском* праву је питање постојања каузалне везе прећутно остављено било судској оцени (у изворима његовим се о каузалитету налазе извесни противречни текстови). У *средњовековном немачком* праву су били постављени извесни спољни критеријуми за ограничење каузалитета, и то поводом убиства (тако убиство је по њему постојало само, ако је смрт наступила у току једне године; или није постојало, ако је убијени у међувремену ишао на пијацу или у цркву). У општем *немачком* праву се је такође поводом *убиства* постављало питање о каузалитету. Тако захтевала се је (н. пр. *Kleinschrod*, прот. *Stuebel Vom Tatbestande des Verbechens* 1805) за узрочност *неужности* последице при испуњењу услова у питању (т. зв. теорија *лишалиштва*, где се је разликовала ради ближег ограничења тога појма *letalitas absoluta* и *relativa*, *in abstracto* и *in concreto*, *per se* и *per accidens*), или да је радња *једини* услов последице. Ова два гледишта су наишла као сувише уска на неодобравање у почетку 19. века, тако да се у самим немачким покрајинским к. з. (н. пр. *баварском* од 1813 и 1861 и *пруском* од 1851) њима противстало изричном одредбом, онаквом каква се налази и у *срп. к. з.* код убиства (§154 а). Но како се таквом одредбом није одредила суштина узрока у кривичном праву (који се наравно не односи само на убиство), а схватала се је као по себи разумљива, она није ушла у *нем. к. з.* од од 1871 ни у друге касније.

4. Однос између *питања о узрочности* и *питања о виности* (и у опште — в. § 25 III 1 г 2^о — о *психичким* моментима). При испитивању узрочног проблема једно се мора стално имати на уму. На име не смеју се ни под којим условом, као што је већ речено (IV 1 в), да мешају питања о *узроку* и *виности*.²⁾ Прво је, имајући за објекат једну појаву

principalis); 2^о и у *узредне* (§ 45) узроке (*Nebenursachen*), а то је помагање (помагач, *Gehülfe*, *socius delicti*). Први „*производе*“ кривично дело, а други само „*доприносе* његовом поставку.“

Исто тако и *Hälschner* (*Das gemeine deutsche Strafrecht I* 1881) нема јасну представу о узроку. С узрочног гледишта не може се, вели (*I* § 158, стр. 377), чинити разлика између извршиштва и помагања. Ни једна ни друга радња на име није узрок последице, „јер узрок исте је само делатност обеју у вези са свима даљим условима њеног наступања“ (*I* § 159, стр. 381).

¹⁾ Ипак *итал. к. з.* садржи у чл. 40 принцип, да нема кривичне одговорности без постојања узрочне везе, и у чл. 41 одређује, кад је у случају „*стицаја узрока*“ узрочни однос искључен, а кад није.

²⁾ Кад се меша узрочност с виношћу (изрочито од стране адекватских теорија) и у опште кад се говори о *односу* питања о узроку према питању о *виности*, има се у

спољњег света, *објективне*, док је друго, имајући за објекат једну појаву унутарњег света, *субјективне* (психичке) природе. Сем тога за кривичву одговорност потребно је, да се пре свега, као што је речено (в. 2), испита, да ли постоји узрочност, и тек ако има ове, може да се испитује, да ли постоји виност. Виност претпоставља дакле узрочност, и придружује јој се као нешто ново. Питање о узрочности је на тај начин потпуно независно од питања о виности, док обрнуто није тачно: нема виности без узрочности. Адекватске теорије о узроку (в. о њима § 25 III) и теорија посредног извршиштва заснована на т.зв. прекидању каузалне везе (в. § 58 II 3), консеквенце Бипартиције, показују најбоље, у какву се произвољност пада при мешању ова два питања. Да ова *независност* одн. *зависност* одиста постоји, доказаћемо следећом анализом психичког антецедента људске радње, т. ј. *воље*, и суштине проблема узрочности и виности.¹⁾

Узрок радње и, према принципу *causa causae est causa causati*, њене последице је *хоћење*. Оно је *једини* психолошки моменат, који је у исто време каузални моменат. Према томе *може питање о узрочности да се помеша само с питањем о садржини воље*. Али из ове садржине се види, да је погрешно поставити питање о зависности узрочности од виности у *опште*, т. ј. без ограничења, као што то чине сви писци, *јер виност је врло ређко саставни део садржине вољине*. На име садржина вољина је сложена из различних *моћива*, а суштина виности (у погледу на последицу) се састоји у представи узрочне везе између радње и последице или могућности такве једне представе. Ова ће пак представа бити један елеменат вољине садржине, само ако је извршилац у погледу последице *намерно* делао, т. ј. само ако је радњу предузео њене последице ради, *јер само тада је она представа један од моћива хоћења*.²⁾ Из тога излази, да се питање зависности узрочности од виности може да постави само код кривичних дела, где закон захтева *намеру* место простог умишљаја, дакле само *изузетно*. Али *суштина проблема узрочности* показује, да се чак у овим изузетним случајевима питање о узрочности не сме да помеша са питањем о виности.

виду само виност у погледу на *последицу* (т. ј. умишљај и нехат — в. § 59 II). Виност у погледу на *радњу*, т. ј. *хоћење* је на име по самој нужности ствари саставни део *узрочног* низа у кривичном праву (в. § 59 I): оно је *узрок* људске радње.

¹⁾ В. *Givanovitch* Du principe de causalité 29, где смо усвојили опште схватање зависности одн. независности и општу аргументацију истих, за које смо после увидели, да су погрешни, као што ће се у следећем излагању изнети. В. нов доказ у нашем раду *Ursachenbegriff cit.* и Архив.

²⁾ Зато је погрешно тврђење *Radbruch*-ово (108), да је виност у *опште* један *квалитет* воље.

Суштина проблема узročности састоји се на име у свођењу једног појава на један или више других појава, т. ј. у испитивању, да ли је први проузрокован другим. Према томе кад је у питању овај проблем, *пошћуно је равнодушна* садржина *дошћичних појава*. Доследно исто је тако и с *вољом*, кад је у питању њен узрочни карактер. И она нас онда интересује, само у колико је *узрок* радње и према томе последице радње. Сасвим је равнодушно пак, *шћа* сачињава њену *садржину*. Дакле и у оним ретким случајевима, где се законодавац не задовољава умишљајем, него захтева *намеру*, питање о узрочности је потпуно независно од питања о виности.

Јасно је такође обратво, да је виност (у погледу на последицу) зависна од узрочности, да према томе није тачно тврђење *Merkel*-ово¹⁾ и *Liermann*-ово,²⁾ да онда, кад се узрочност схвати потпуно независно од виности, од ове не остаје ништа више него један „*чист* феномен мисли.“ Виност (у погледу на последицу) је на име нужно привезана за узрочност *двојако*. С једне стране виност *мора*, да би била релевантна за кривично право, *прашћишћи хошћење* (виност у погледу на радњу), т. ј. психички феномен, који је саставни део *каузалног* низа, који је дакле један *узрок*. С друге пак стране она се према *самом* свом *појму* односи на *узрочну* везу између радње и последице, т. ј. има за објекат *узрочност* и према томе ову појамно претпоставља: она је свест (или у случају нехата, могућност свести) о узрочној вези између људске радње и последице, те кад нема узрочности, њеног објекта, не може бити речи ни о свести, доследно ни о виности. Виност је на тај начин заиста феномен мисли, али појамно нужно *везан* за *узрочност* као за свој *објекат*, вије дакле *чист* феномен мисли.

Б. Ради решења каузалитетског проблема у Кривичном праву конструисане су многобројне теорије (до 1908 [од када нема ниједне нове]). Њих има четири врсте (в. о њима § 25). Теорије трију првих врста, о којима ће пре свега бити речи, имају једну заједничку особину: према њима су узроци *само* извесни услови. Четврту врсту сачињава једна теорија: теорија узрочне једнакости *свих* услова (теорија *conditio sine qua non*). Пету врсту сачињава наша теорија.

¹⁾ 71 и 2 1 591—596.

²⁾ 60.

§ 25. Теорије о узроку.

Књижевност. — В. књижевност за § 24.

1. **Формално** разликовање услова (*формалне* или *релативне* теорије).¹⁾ Ова група теорија узима за своју основу *филозофски* појам узрока, и разликује услове с гледишта узрочности у услове и узроке на основу критеријума *формалне* природе, на основу њиховог односа (релације) према последици (а не с обзиром на природу антецедената *по себи*, као метафизичке). Ту спадају теорије *Birkmeyer*-ова, *Binding*-ова, *Ortmann*-ова и теорија *француска*.²⁾

1. Према *Биркмајеру*³⁾ узрок је само онај услов, који је *највише* допринео произвођењу последице („*најделатнији* услов“, *die wirksamste Bedingung*).⁴⁾ Ова је теорија неприменљива у кривичном праву, јер је немогуће мерити, колико је који услов допринео проузроковању последице, а и кад би било таквог мерила, неоправдано је и позитивном праву је противно, да се као узрок сматра само услов, који је највише допринео (в. § 26 IV 3).

2. Према *Биндингу*⁵⁾ узрок је услов, који је *пореметио равнотежу* *постојећу* између услова *прошвих* и *оних* за *проузроковање* *последице* у *прилог* *последњих* (*теорија равнотеже*, *Gleichgewichtstheorie*). Ова теорија је тако нејасна, да има три мишљења о томе, шта се има да сматра као услов, који је пореметио равнотежу. Према једном мишљењу то је услов, који је испуњен, тек пошто се је постигла равнотежа између услова за и *оних* против произвођења последице, другим речима то је *последњи* услов. Према другом то може да буде *ма који* услов, који је пореметио равнотежу, дакле не баш последњи. Према трећем то је онај услов, чије испуњење представља поремећај равнотеже *кзо веровашан*. *Биндингова* формула је толико нејасна, да *Träger* држи,⁶⁾ да је према истој узрок сваки услов.

3. Према *Ortmann*-у⁷⁾ узрок је *последња* радња извршена од лица, чија је *виноси* утврђена. Ова теорија меша питање о каузалитету са питањем о *виности*: извесна радња је узрок само онда, ако је извршилац

¹⁾ В. о овим теоријама *Givanovitch* Du principe de causalité op. cit. 40 и сл.

²⁾ За схватање *Wachsfeld*-ово в. § 26 IV 4 б пр.

³⁾ Ueber Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht 1885, 18.

⁴⁾ *J. St. Mill* је (op. cit. 237) формулисао ову идеју као идеју узрока у опште према обичном говору, и ако само узред.

⁵⁾ Die Normen und ihre Uebertretung I 112.

⁶⁾ Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht 1904, 82.

⁷⁾ Zur Lehre vom Kausalzusammenhange у G A 24 99.

умишљајно или нехатно проузроковао последицу. Затим је необјашњиво, зашто да се сматра као узрок само *последњи* услов, који се састоји у једној *људској* радњи. Сем тога ова је теорија у супротности са теоријом саучешћа позитивног права, према којој се подстрекавање не може да сматра као узрок, и ако извршилац радње извршења није вин.

4. Према *француској* теорији (коју смо конструисали на основу теорије саучешћа и разних напомена у извесним кривично-правним радовима) узроци су само *непосредни* услови, т. ј. они који непосредно доприносе проузроковању извесне последице. Као разлог наводи се¹⁾ *немогућност предвиђања посредне последице*, што је очигледно нетачно.²⁾ А баци н. пр. болесног Б у ватру, и он изгори; или А подстрекне Б, да убије В, и он то учини. Овде не само што је *могуће*, да се последица предвиди, него ју је А и предвидео. За ове случајеве, међу којима су нарочито од важности случајеви саучешћа, овај разлог дакле не важи. Према томе и теорија, која се на њ' наслања, погрешна је. Но овај разлог не важи ни за ове случајеве, које француски писци наводе, н. пр. случај смрти рањеног услед његовог или лекарског нехата, јер и ту се не може рећи, да је предвиђање посредне последице (смрти) немогуће. Сем тога ова теорија меша питање о проузроковању са питањем о винности (в. § 24 IV 1 в и 4 о овој методолошкој грешци). Она је противна и француском к. з., који у извесним случајевима инкриминише изрично баш испуњавање посредног услова, и према томе сматра исти за узрок дотичне последице (в. art. 434 al. 8 н. пр.).

II. Квалитативно разликовање услова (*мешафизичке* или *ајсолушне* теорије).³⁾ Теорије ове врсте разликују такође међу антецедентима узроке и услове. Али за разлику од претходних теорија, оне се не заснивају на *филозофском* појму узрока. Према њима не само у праву, већ и у опште узрок није скуп свих услова, но су то само *извесни* антецеденти. Антецеденти — *узроци* нису дакле у исто време *услови*. На име између узрока и услова постоји у њиховој природи по *себи* (*ајсолушно*, а не с обзиром само на њихов *однос* ка последици као према релативним теоријама)⁴⁾ *квалитативна* разлика. Та разлика се састоји у томе,

¹⁾ На овом се разлогу заснива и разликовање, које чини н. пр. *Roux* (§ 106) између *узрока* и *повода* (la cause et l'occasion), недовољног за кривичну одговорност, као што се види из његових примера.

²⁾ В. *Garraud* 4 n° 1717; в. и 3 882 (где чини неодређено разликовање између узрока и услова и између узрока, који детерминира, и узрока, који даје повода, cause déterminante et cause occasionnelle, не покушавајући примену тог разликовања на саучешће).

³⁾ В. о овим теоријама *Givanovich* Du principe de causalité op. cit. 70 и сл.

⁴⁾ Уп. *Wachenfeld* 88.

што извесни антецеденти садрже у себи *снагу*, која производи последицу, док остали не. Ови други антецеденти су прости *услови*, и њихова улога се састоји искључиво у *пошћомагању* произвођења последице од стране антецедената узрока.

Снага је трансцедентан, *метафизички* појам. Сем тога тиме се према реченом схватају *аисолушно* (по себи) антецеденти-узроци. Зато се теорије, које почивају на појму снаге, називајују *метафизичке* или *аисолушне*. Но појам снага је неодређен критеријум. Сем тога не заснивајући се на *филозофском* појму узрока при одређивању кривично-правног појма узрока, аутори метафизичких теорија чине једну методолошку грешку (в. § 24 IV 1 а). Отуда се ове теорије појављују више но остале као теорије, које хоће да наметну кривичном праву један принцип узрочности, које чине дакле и другу методолошку грешку (в. § 24 IV 1 б). Овде спадају теорије *Kohler*-ова, *Huther*-ова, *Müller*-ова, *Mayer*-ова, *R. Horn*-а и *A. Horn*-а.

1. Према *Колеру*¹⁾ узрок је само снага, која одређује *квалитет* последице, а сви антецеденти, од којих зависи само, *да ли* ће последица бити произведена, услови су. „Када посадим родно семе, каже *Колер*,²⁾ треба још, да би било плода, влаге, топлоте и т. д.; ипак ће радња сејања бити једина узрок, а све остало (влага, топлота и т. д.) само је услов, да буде плода. Овај услов може одиста да одлучи, да ли ће бити биљке или не, али семе једино одлучује, шта ће бити произведено; семе одређује, да ли ће бити цвета или палме или јеле“.

Колер чини ипак један изузетак од свога принципа. На име узрок ће бити и онај антецедент-услов, који је испуњен од извесне личности, која је ставила у своју службу антецедент-узрок, т. ј. снагу, од које зависи квалитет. Ова личност је тада *dominus causae*, а *dominus causae* = *causa causatae*. Извршиоца (= проузроковача последице) ове врсте *Колер* зове *рационалним* извршиоцем.

Колерово разликовање је погрешно, вели се, са гледишта природних наука. Квалитет биљке, н. пр. облик њен, боја, висина и т. д., зависи и од влаге, топлоте и т. д., дакле од свих антецедената. Ова је критика неумесна, јер *Колер* под квалитетом разуме само *врсту* (*Art*) плода, а она зависи само од семена; од овога зависи, да ли ћемо имати јелу, јабуку или друго што. Али и ако је научна основица *Колеровог* разликовања тачна, она је неприменљива у кривичном праву, јер води немогућим резултатима. Изашло би из ове разлике н. пр., да је узрок извесне телесне повреде сам повређени, јер квалитет последице проузроковане ударом зависи од објекта удара (т. ј. од особености нападаог

¹⁾ *Kausalismus und Urheberschaft y Studien aus dem Strafrecht 1890 I 83.*

²⁾ 83.

објекта), а не од самога удара. Од удара зависи само, да ли ће извесна последица бити произведена. Удар би дакле требало да буде *услов*. У осталом и сам *Колер* признаје прећутно неприменљивост свог метафизичког разликовања тиме, што конструише појам т. зв. *рационалног* извршиоца.

2. *Huther*¹⁾ разликује три врсте антецедената: антецеденте, који су *проузроковали* својом снагом последицу (*Verursachung*); антецеденте, који су *дали повода* делатности антецедената узрока (*Veranlassung*); и антецеденте, који су *омогућили* делатност антецедената узрока (*Ermöglichung*). Антецеденти прве врсте су они, који својом делатношћу непосредно воде произвођењу последице.

Разликовање *Хушер* ово између давања повода и омогућавања је необјашњиво и неприменљиво у кривичном праву. Што се пак антецедената — узрока тиче, његов принцип води апсурду, да се ниједна људска радња не сматра као узрок, ако у конкретном случају нема људске радње, која је својом делатношћу непосредно водила произвођењу последице, као н. пр. у случају тровања, где дејство самог отрова, а не давање отрова, води непосредно тровању.

3. *Müller* разликује²⁾ факторе, који *проузрокују* последицу („*verursachende Faktoren*“), и *факторе*, који су само *суделовали* у проузроковању исте („*bloss mitwirkende Faktoren*“). Узрок је фактор, који је *неошходан* за произвођење последице. Један фактор је пак *неошходан*, *кад последица не би без њега била произведена или кад он не би могао бити замењен једним другим*.

Прва разлика, коју *Müller* чини међу антецедентима, у ствари не постоји, јер нема ниједног фактора, без којег би конкретна последица била произведена таква, каква је. Друга пак разлика је апсурдна, јер би зависило од пуког случаја могућности замене, да ли ће један фактор бити узрок или не. А пуца н. пр. и погоди Б у главу. Његова радња неће бити узрок, и према томе он неће кривично одговарати, ако је у истом тренутку В пуцао на Б и погодио га у главу.

4. Према *Mayer*-у³⁾ узрок је пре свега фактор, који се састоји у једној *промени* (*Veränderung*), јер последица је једна промена у спољнем свету, а једна промена може да буде произведена само једном променом, а не стањем (*Zustand*). Према томе фактори, који се састоје у *стањима*, требало би сви да се сматрају као *услови*. Али и фактори-стања могу, вели *Mayer*, бити узроци. На тај начин они се изједначају са узроком „у ужем смислу“, како он назива фактор-промену.

¹⁾ Der Kausalzusammenhang als Voraussetzung des Strafrechts 1893.

²⁾ Das Kausalitätsproblem im Strafrecht у G S 50 241.

³⁾ Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht 1899.

Има три врсте фактора-стања, који су узроци. Ту спадају пре свега фактори (услови), који су у исто време услови и последице и узрока „у ужем смислу“, т. зв. узрочно образована генерација („die kausal gebildete Generation“). Затим ту долазе фактори-стања, који су се појавили касније од фактора-узрока, јер их је онда онај, чија је радња узрок, узео у своју службу, ако не физички, морално, т. зв. телеолошки образована генерација („die teleologisch gebildete Generation“). Најзад такви су узроци фактори, чија појава представља последицу као могућу, тако да узрок „у ужем смислу“ има само да ту могућност претвори у стварност, т. зв. потенцијално образована генерација („die potentiell gebildete Generation“).

Разлика, коју *Mayer* чини између фактора-промена и фактора-стања, необјашњива је, јер су сви фактори потребни за проузроковање последице. Да је она неприменљива у кривичном праву, *Mayer* признаје прегртно тиме, што чини три изузетка од правила, да фактори стања нису узроци. Он је у осталом и сам напустио своју теорију.

5. Према *R. Horn*-у¹⁾ узрок је само онај фактор, који се састоји у једној промени, која својом снагом и делатношћу производи с нужношћу другу једну промену. Фактори пак, који се састоји у стањима, услови су.

Као што се види, теорија *Horn*-ова је иста као и *Mayer*-ова у своје основу. Само док *Mayer*, увиђајући неприменљивост свог разликовања између промена и стања у кривичном праву, чини три изузетка, *Horn* се је ограничио на ону разлику. Он у осталом признаје и сам, да његова теорија води често апсурдним закључцима у кривичном праву. Њене недостатке покушао је, али без успеха, да исправи *Kühles*.²⁾

6. Према *A. Horn*-у³⁾ узрок је онај антецедент, који се састоји у садашњем покрету („aktuelle Bewegung“). Али из тога излази, да је узрок само последњи покрет. Да би избегао овај апсурд, *Horn* је конструисао друге три врсте узрока. На име узроци су покрети, који се налазе у узрочном односу са последњим покретом; затим покрети, који су праћени покретом исте врсте (овог идентитета нема н. пр., кад А рани Б и касније Б умре услед погоршања болешљивог стања повредом нанетом му од лица В); најзад услов, који је испунио *dominus causae*, т. зв. *(Колеров) рационални извршилац*. Сва ова разликовања антецедента поред тога, што су и сувише компликована, не могу се ничим правдати с гледишта кривичног права.

¹⁾ Der Kausalitätsbegriff in der Philosophie und im Strafrecht 1893.

²⁾ Fragen der Kausalität 1895.

³⁾ Kausalitäts- und Wirkungsbegriff у G S 321.

III. Разликовање услова према степену, у коме они представљају последицу у опште као могућу (теорије адекватске или адекватске узрочности).¹⁾

1. Појам адекватске узрочности.

а) Теорије адекватске узрочности имају једну заједничку особину са теоријама двеју првих врста: и према њима су узроци само извесни услови. Али док ове разликују услове (антецеденте у смислу метафизичких — в. II — теорија) узрочно (т. ј. у узроке и услове) с обзиром на њихов значај за проузроковање последице у конкретном случају, адекватске теорије их тако разликују с обзиром на значај, који они имају у општем (in abstracto) за последицу врсте оне, која је у конкретном случају проузрокована. То оне чине на тај начин, што постављају питање, не да ли је н. пр. смрт лица А, које је ударило лице Б ногом у трбух, проузрокована замахивањем ногом, него да ли је смрт од повреде у трбуху (дакле не смрт у опште, већ смрт конкретне врсте) у општем могућа, кад се испуни један такав услов као онај испуњен од лица Б, т. ј. кад се замахне ногом. Замахивање ногом је, вели се, у конкретном случају наравно узрок смрти, али то може бити чист случај, а не нешто што се обично догађа, те за кривичну одговорност то није довољно, већ треба да је замахивање ногом у општем у стању, да смрт произведе. И ако је оно то, сматра се као узрок, и зове се отуда адекватски²⁾ узрок. Узрок је дакле према овим теоријама онај услов последице, при чијем испуњењу (н. пр. при замахивању ногом) се таква последица (смрт од повреде ударом у трбух) јавља као у опште могућа, другим речима, онај услов који је у опште подобан (адекватан), да има такву последицу (но в. ниже б за потпуну дефиницију).

б) Да би се оценило, да ли је последица у питању могућа, кад се испуни тај или тај услов, морају се при оцени узети у обзир још неки услови додичне последице, т. ј. мора се претпоставити да још неки антецеденти садејствују с њиме. Смрт наравно у даном примеру није могућа, кад се изврши само замахивање ноге, већ је потребно, да се у нашој близини налази извесно лице и да је оно погођено у трбух, или према околностима још и да је ово лице слабе конструкције или да пати од неке тешке стомачне болести. Према томе кад би се питали, да ли замахивање ногом само за себе представља последицу као могућу у опште, имали би увек одречан одговор. Испитујући дакле могућност, мора да се претпостављају као познати још и други услови сем оног, чији се узрочни карактер хоће да утврди. Што се већи број

¹⁾ В. о овим теоријама *Givanovitch Du principe de causalité efficiente* op. cit. 107 и сл.

²⁾ Термин „адекватски“ (= саобразан) је употребљен од свих писаца.

услова претпостави, у толико ће степен могућности бити већи. Али с друге стране не смеју се при оцени узети у обзир *сви* услови последице у питању (сви сауслови), јер онда би ова изгледала не само као у опште *могућа*, већ као *неизбежна*. Мора дакле да се претпоставе *само* извесни услови. Питање је који. То је питање, које је дало повода поставку многобројних теорија адекватске узрочности. Неке претпостављају већи, неке мањи број услова, те је према томе и потребан степен могућности према неким теоријама *већи*, према неким *мањи*. Познавање услова, који се има да претпостављају, названо је од *Kries*-а, оснивача адекватске узрочности,¹⁾ „*онтолошким*“²⁾ знањем („*ontologische Kenntnis*“). Допуњујући сходно овоме горњу (а) дефиницију *узрок* је према овим теоријама онај *услов* последице, *при чијем испуњењу* у вези с испуњењем извесних сауслова *се* таква *последица појављује* као у опште *могућа*; другим речима, *онај услов, који је у опште подобан* (адекватан), *да у садејству са извесним другим саусловима има такву последицу*. То је оно, што је *заједничко* теоријама адекватске узрочности.

в) Да би се оценило, да ли један услов, претпоставив друге, који треба да се при оцени узму у рачун, може у опште да произведе последицу у питању, потребно је, да се познају *закони природни*, који владају произвођењем дотичне последице. Познавање ових закона названо је од *Kries*-а „*номолошким*“ знањем („*nomologische Kenntnis*“). Номолошко знање, које треба да служи као подлога оцене, треба према општем мишљењу да обухвата све законе утврђене целокупним искуством човечанства („*das gesamte menschliche Erfahrungswissen*“). На тај начин номолошко знање има објективан карактер, т. ј. независно је од номолошког знања извршиоца радње.

г) 1° Као што се види, адекватски појам узрока почива на појму *могућности*. Ова пак има многобројних степена, тако да је потпуно *својевољно* узети овај или онај степен исте за критеријум. Адекватски појам узрока се не заснива према томе на прецизном критеријуму, и то је довољно, да покаже његову неоснованост. Сем тога кад би се прецизно одредио потребан степен могућности, зависило би од личног *нахођења* оцењивача, да ли тај степен постоји у даном случају или не. Појам адекватски је дакле и са тог гледишта произвољан. Најзад произвољно је и одређивање потребног *онтолошког* знања. Отуда су, као што је речено, и постале многобројне адекватске теорије. Према једним

¹⁾ Ueber die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht y Z 9 528.

²⁾ Онтологија — наука о суштини бића (Sein), нуменона, реалитета (део Метафизике), насупрот учењу о привиду, феномену (Schein).

треба претпоставити као познате приликом оцене узрочности већи, према другим мањи број услова.

2^о Поред ових произвољности адекватске теорије чине и једну *методолошку* грешку: својим „онтолошким“ знањем оне мешају питање о узроку с питањем о *виносћи* (в. горе § 24 IV 1 в). Ту грешку чине несумњиво оне од њих, према којима је меродавно онтолошко знање извршиоца радње (в. н. пр. 2 а) или *и* његово онтолошко знање (в. н. пр. 2 б и г). Али је чине и оне од њих, према којима је меродавно онтолошко знање судије (в. н. пр. в) или *и* судије (в. 2 б и г), т. зв. *објективно*¹⁾ онтолошко знање. Оне у ствари *психичке* моменте судијине прећутно приписују извршиоцу, т. ј. сматрају као *виносћ* овога, а и кад се не би тако узело, грешка остаје, јер се судијини *психички* моменти као такви, ако не као претпостављена извршиочева виност, уносе у појам узрока.²⁾

2. Теорије адекватске узрочности.

а) Према (филозофу) *v. Kries*-у,³⁾ оснивачу адекватског каузалитета, треба узети у обзир само оне услове, који су извршиоцу познати или би требало да су му познати.

б) Према *Rümelin*-у⁴⁾ треба да се претпоставе сви услови, који се могу да сазнају у тренутку, кад судија оцењује постојање могућности (*ex post*), т. зв. *објективна накнадна прогноза*, као и услови, који су познати искључиво извршиоцу.

в) Према *Liermann*-у⁵⁾ проузрокована је само она последица, која се може да *срачуна*, која је, како он вели, *срачуњлива* (по нашем тумачењу субјективно, т. ј. за извршиоца, а по тумачењу неких објективно, т. ј. за судију), *berechenbar*.

г) Према *Träger*-у⁶⁾ треба да се претпоставе услови, који су постојали у време, кад је био испуњен услов, чији се узрочни карактер испитује, и који су у том тренутку (*ex ante*) могли да буду сазнати од лица с највећим могућим искуством и разборитошћу. Судија се има да

¹⁾ В. *Meyer-Allfeld* § 22 пр. 17 („објективно, не с гледишта извршиочевог замишљено“).

²⁾ Нетачна је према томе примедба *Meyer-Allfeld*-а (§ 22 пр. 17), да се при „објективном“ узимању у обзир других околности не меша питање о узроку с питањем о виности. Говорећи о нехату (§ 22 IV) у погледу теже последице код кривичних дела квалифицираних последицом, он узима обратно, да тај нехат постоји само онда, „кад су битне околности, с којима је заједно радња последицу произвела, биле за извршиоца с *сванљиве*“.

³⁾ Ueber die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht у Z 9 528.

⁴⁾ Die Verwendung des Kausalbegriffs im Straf- und Zivilrecht 1900.

⁵⁾ 47—86.

⁶⁾ Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht 1904.

претпоставља као једно такво лице, и он мора да прибегне вештачењу, кад му извесно искуство недостаје. Исто као *Rümelin* вели и *Träger*, да се треба да претпоставе такође и услови познати само извршиоцу, јер би иначе он могао избећи казну благодарећи својој особитој интелигенцији.

д) Према *v. Bar*-у¹⁾ узрок је „онај од услова једног догађаја, који према нашем замишљању прекида (извесни или) редовни ток догађаја претпостављених од нас“. А н. пр. доноси сваког дана лицу Б извесна јела. Редовни ток догађаја од нас претпостављених јесте, да ће Б и данас јести од истих, и да то неће имати по њега штетних последица. Али А је данас метнуо отрова у јела, и то је онај услов смрти, који је прекинуо редовни ток. Зато се тровање јела има да сматра као узрок, док је околност, што је Б јео, прост услов.

И ова теорија (усвојена од грађанског одељења немачког Царевинска суда) меша дакле (в. 1 г 2^о) питање о виности и узроку. По њој један услов није узрок сам по себи, већ само ако се може претпостављати, да ће један редовни ток бити њиме прекинут, т. ј. само ако је било могућности предвиђања последице, другим речима виности. Ова је претеча адекватских теорија, јер према њој одговара се само за оне последице своје радње, које су редовне. Због овог њеног елемента убрајамо је у адекватске теорије.

е) У ову групу теорија спадају најзад теорије (1^о) *Rohland*-ова²⁾ (једна радња је узрок извесне последице, кад она садржи услов такве снаге, да се на основу искуства суди, да она може произвести последицу, претпоставив околности дане или које се могу очекивати), (2^о) *Bierling*-ова³⁾ (узрок је онај услов, у време чијег се је испуњења последица могла у напред да срачуна, или, како он вели, кад је последица у време, кад се је он испунио, предсрачунљива, *vorausberechenbar*, (3^о) *Merkel*-ова,⁴⁾ (4^о) *Hess*-ова,⁵⁾ (5^о) *Helmer*-ова⁶⁾ (безначајне варијанте пређашњих), (6^о) *Allfeld*-ова⁷⁾ (људска радња, која је услов последице, узрок је исте у смислу кривичног права само онда, „кад она није постала условом последице по вези околности, која лежи ван домашаја искуству сходних представа“)

¹⁾ 160—243 и *Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Recht, besonders im Strafrecht* 1871.

²⁾ *Die Kausallehre des Strafrechts* 1903.

³⁾ *Prinzipienlehre* 3 29.

⁴⁾ 71.

⁵⁾ *Ueber Kausalzusammenhang und unkörperliche Denksubstrate* 1895.

⁶⁾ *Ueber den Begriff der fahrlässigen Täterschaft* 1895.

⁷⁾ *Meyer-Allfeld* § 22 III.

и (7^о) *Hafter*-ова¹⁾ (држање је правно каузално, ако је према искуству било подобно, да последицу произведе).

IV. Једнакост услова с гледишта узрочности (*теорија conditio sine qua non*)²⁾

1. Док теорије прве три врсте сматрају као узроке само извесне услове, теорија узрочне једнакости услова сматра их *све* као узроке последице. Сваки је услов према томе довољан за материјалну кривично-правну урачунљивост. Она их тако сматра из разлога, што су сви од *исте вредности* (*gleichwertig*) с гледишта узрочности, будући, вели се, сви *подједнако* нужни за проузроковање последице.³⁾ Да је ова аргументација погрешна, видеће се у следећем излагању (§ 26 V).

Ову је теорију засновао *v. Buri* у свом делу о саучешћу,⁴⁾ коме је следовао већи број расправа о узрочности.⁵⁾ Његова је теорија убрзо била усвојена од кривичног сената Царевинског суда, а и у теорији је била претежна,⁶⁾ док је у новије време нису почеле да потискују адекватске теорије.

2. Има услова, који су тако мало допринели проузроковању последице, да она с *кривично-правног гледишта* ни најмање не би друкчије изгледала, кад би ма који од тих услова био изостао. Тако ако се тиче кривичног дела поплаве кварењем водобрана (§ 196 к. з.) од лица А, изливање неколико буради воде од стране лица Б допринело је нешто проузроковању последице у материјалном смислу, али с кривично-правног гледишта ово изливање је сасвим ирелевантно. Поплаве истог интензитета са свим њеним последицама било би, и да није вода из буради била изливена. Исто је тако у случају паљевине извршене од А, ако би Б у ватру бацио један свежњић сламе. Но колико треба да је један услов допринео, да би његова делатност била релевантна за последицу у смислу кривично-правном, има се у сваком конкретном случају да оцењује. На основу ове разлике услова *v. Buri*-ева теорија узрочности разликује услове у *релевантне* и *ирелевантне*. Само су први, наравно, *узроци* последице.

¹⁾ § 16 III (код адекватског проузроковања није у питању, вели нетачно, *нова самостална* теорија узрочности, већ даље развијање мисли, да је узрок ово држање, без кога последица не би наступила, *cond. s. qua non*). Наводи, да је учење о *адекватском* каузалитету било од одлучног утицаја на швајцарску судску праксу.

²⁾ *V. Givanovitch* Du principe de causalité *op. cit.* 130 и сл.

³⁾ Ова идеја је била формулисана од *J. St. Mill*-а *op. cit.* 237.

⁴⁾ *Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung* 1860.

⁵⁾ *V. Beiträge zur Theorie des Strafrechts* 1894.

⁶⁾ *V. R. G. I* 373, 5 29, 6 249, 7 332, 27 80, *R. M. G.* 8 274, 13 36, 21 5; *v. Liszt* § 29 II, *Hälschner* I 227, *Belling* § 27, *Olshausen* T. 1 Abschn. 3 под 2, *Finger* I 275, *M. E. Mayer* 140. Заступају је у нас *M. Миљковић*, *Šilović* 71 и *Janka-Šilović* 103.

§ 26. Теорија узрочног разликовања услова према природи њихових последица и времену, кад су испуњени.¹⁾

I. Кад се истражују узроци извесне последице, *непосредни* услови не задају никакве тешкоће. Несумњиво је, — и нема ниједне теорије о узроку, која би противно тврдила, — да се сваки од њих мора да сматра као *узрок*. Теорија саучешћа у разним законодавствима показује, да је то и њихово становиште. Тешкоћа настаје, тек кад се испитује узрочност *посредних* услова (или т. зв. *предуслова*), и све многобројне теорије постале су овим поводом.

Критика ових разних теорија, од којих ниједна није у стању, да реши узрочни проблем у Кривичном праву, показује нам двоје: 1^о да се сваки од *посредних* услова не може сматрати као узрок последице, и 2^о да је немогуће чинити међу овим условима узрочну разлику, ако се узме у обзир само њихова, са *непосредним* условима *заједничка* им последица, т. ј. последица у питању. С обзиром на 2^о теорија екиваленције има једина од свих теорија нечега тачног у себи: она не чини међу условима никакву разлику, јер су према њој сви услови с гледишта узрочности екивалентни *за ону последицу*. Али се је она огрешила о резултат под 1^о: она се задовољава поставком, да су сви услови екивалентни за ону последицу, и не чини никакву разлику међу њима с другог ког гледишта, већ их због немогућности узрочног разликовања с обзиром на *ту* последицу сматра *све* као *узроке* исте.

II. Наглашено је од свих противника теорије екиваленције, и признато је од стране самих њених заступника, да је с гледишта Кривичног права немогуће, да се *сваки* услов извесне последице сматра као њен узрок. А н. пр. пошље свог рођака Б, чију смрт жели, у шуму за време олује, да би ту погинуо од грома, што се збиља догоди. Или А предвиђајући олују, позове на веслање свог рођака Б, чију смрт жели. Олуја заиста наступи, чун се преврне и Б се удави. У оба ова случаја умишљај убиства постоји, и А је испунио један услов за смрт. Према теорији екиваленције А би према томе требало да буде кажњен за *убиство с предумишљајем*. Таквим апсурдним резултатима води теорија о једнакости свих услова с гледишта узрочности.

Исто таким апсурдима води ова теорија и у случајевима, где се последица није предвидела. То нарочито важи за телесне повреде, где се казна повећава упоредо са тежином повреде. Обрађени Б н. пр. пренет је у болницу, и ту умре, заражен тифусом од В, који је био смештен с њим у истој соби и који је ту добио тифус, или изгори у

¹⁾ В. Givanovitch Du principe de causalité op. cit. 155 и сл., Ursachenbegriff.

пожару те болнице. А, који је лако ранио Б, испунио је тиме један услов за смрт од тифуса, одн. од пожара, јер да Б није био рањен, он не би био пренет у болницу, и доследно не би се заразио, одн. не би био изгорео. А је дакле према теорији еквиваленције проузроковао смрт. Пошто се пак казна повећава са тежином повреде, А би имао да буде кажњен за телесну повреду квалифицирану смрћу (§ 178 ал. 2 к. з.). Или А, који станује у близини железничке пруге, пошље ради извесне ствари једног дечка с друге стране пруге у време, кад ту обично пролази железница. Ако би дечко био прегажен, А би, ако постоји нехат, требало према овој теорији да буде кажњен за нехатно убиство, јер је испунио један услов за дотични несрећни случај.

III. Кад се с једне стране не може сваки услов да сматра као узрок, а с друге пак не може да се пронађе критеријум за разликовање услова, ако се узме у обзир само посредним и непосредним условима *заједничка* последица, т. ј. последица у питању, не остаје друго, него да се тај критеријум тражи у *другим* моментима *узрочног* низа. При томе треба, као што је већ примећено (в. § 24 IV 1 а и б), стално имати на уму, што се је често занемаривало: (1^о) да кривично-правном појму узрока треба да служи за основицу филозофски (логички) појам узрока, и, што су творци свих теорија о узроку пренебегли, (2^о) да се кривично-правни узрочни закон треба да утврди на основу баш оних практичних случајева, где би било неправедно и апсурдно казнити поред свега тога, што се је један услов за последицу испунио и што виност у смислу кривичног права постоји, јер би се иначе позитивном кривичном праву наметнула једна теорија узрочности, у место да се иста из њега изведе.¹⁾ Који су ти практични случајеви, видело се је већ. На њима ћемо дакле имати да испитамо, зашто дотични услови нису довољни за кривично-правну одговорност, т. ј. зашто се не могу да сматрају у кривичном праву као узроци последице у питању. На тај начин ћемо видети, чиме се ови услови одликују од осталих. Али у том циљу је потребно, да пре свега изложимо, какве последице, непосредне или посредне, могу да имају у свом каузалном низу услови последице у питању, т. ј. последице, чији се узроци истражују (в. IV 1).

¹⁾ Frank (§ 1 III 2 а и в) покушао је, да ограничи теорију еквиваленције, чији је присталица, не на основу случајева, где по сваком позитивном кривичном праву не постоји кривична одговорност, већ на основу двеју кривично-правних установа, акцесорне природе саучешћа и, узгред, кривичних дела квалифицираних последицом. Отуда његово „ограничење“ узрочности нема оштри кривично-правни карактер, већ се појављује као објашњење поменутих установа, а у ствари је створено ради правдања т. зв. посредног извршиштва (в. о њему ближе § 58 II 3 пр.).

IV. 1. Кад је у питању један услов извесне последице, треба да се разликују (в. § 24 IV 3) три момента: 1^о *услов* у питању, 2^о његова *последица* (сама за себе посматрана, в. § 21 I) и 3^о *узрочни однос* између њих.

Из ове анализе излази одговор на питање о разлици међу условима. На име док *непосредни* услови последице у питању имају за последицу њу саму, дакле једну појаву *спољњег света*, докле *посредни* услови исте могу имати у свом каузалном низу као ближе последице, било *само услове* последице у питању, дакле опет појаве спољњег света, било *какав узрочни однос*. Постоји дакле једна *објективна* и *практички изводљива* разлика између услова. *Неки од њих имају у свом каузалном низу као посредну или непосредну последицу узрочни однос, а неки не.*

2. Питање је сада, да ли ова разлика (в. III) може да служи као критеријум за разликовање услова у услове и узроке, тако да се не могу сматрати као узроци услови, који у свом узрочном низу имају за *последицу један узрочни однос*. На ово се питање мора да одговори потврдно, јер у свима наведеним случајевима, где теорија узрочне једнакости услова води апсурдним закључцима, услов, односно чијег узрочног значаја она води таквим закључцима, има у свом каузалном низу за последицу један *узрочни однос*. Тако н. пр. у случају смрти од грома, услов у питању је слање дечка у шуму за време грмљавине, и његова је последица, не падање грома, *непосредни услов смрти*, јер би исти пао наравно и без тога, већ *само узрочни однос између пада грома и смрти* дечка, јер да он није био послат у шуму, не би га гром ни убио. Или узмимо случај смрти од заразе у болници. Услов у питању је обрана. Иста је имала за последицу, не заразну болест, већ пре свега пренос у болницу и посредно заразу, т. ј. *узрочни однос између болесни лица В, које је било у истој соби, и болесни, следствено смрти обрањеног Б.*

Узмимо пак један од случајева, где је изван сваке сумње, да се *посредан* услов мора да сматра с гледишта кривичног права као узрок. А зна, да је извешан мост склон паду, и да је довољан најмањи терет, па да се скрха. Да би проузроковао смрт лица Б, пошље га с друге стране моста ради извесног посла. Б послуша, при прелазу се мост скрха и он погине. *Непосредни услов смрти* је крхање моста, *посредни пак слање* погинулог преко моста, и овај има за своју последицу не један узрочни однос, већ крхање, т. ј. један *непосредни услов*. Исто је тако код саучешћа. Радња подстрекача мора да има за последицу један *услов*, а не узрочни однос. Помагање не сме такође никад имати за последицу, посредну или непосредну, један узрочни однос.

Види се јасно, да се за кривично право, ни *de lege lata* ни *de lege ferenda*, не могу да сматрају као *узроци услови*, који у свом каузалном низу имају за *ближју последицу* (непосредну или посредну) *један узрочни однос*.

Али од тога има један изузетак. А бацаи н. пр. у ватру од другог наложенеу једно дете, и оно изгори. Бацање у ватру, услов посредан, има за последицу, овде непосредну, *узрочни однос између дејства ватре и смрти*, и при свем том никоме неће пасти на ум, да не сматра бацање као *узрок* с гледишта кривичног права. Намеће се према томе питање, у чему се састоји разлика између ових и пређашњих случајева.

Као што се види, она се састоји у *истовременој егзистенцији* услова у питању (бацања) и дејства услова, чији узрочни однос са последицом (узрочни однос између горења ватре и смрти) овај први има за своју последицу. Што се истовремености тиче, она треба да постоји, као што се из примера види, између услова у питању и *дејства* оног другог услова, и то дејства *његовог*, а не дејства једног од *његових* услова. Отуда (1^о) у случају смрти од заразе, ма да може бити истовремености између обране и болести лица В, обрана није узрок, пошто она није истовремена са самим *дејством* болести (ова је могла дејствовати, тек кад је В пренет у болницу) и (2^о) у случају смрти од грома слање у шуму није узрок, ма да са истим могу бити истовремена дејства *услова* оног услова, чији узрочни однос са смрћу оно има за своју последицу, т. ј. грома, ма да је дакле у нашем случају већ било довољно електричне струје у атмосфери.

3. Треба сад утврдити, како се има да сматрају услови, који не спадају у категорију именованих, т. ј. који *немају* у свом каузалном низу за последицу непосредну или посредну један *узрочни однос*, или имају, али поменута (2) истовременост постоји. С обзиром на то, што су они *довољни* за кривичну одговорност, ако виност постоји, треба *сви* без разлике да се сматрају као *узроци*. Позитивно право и велики део теоретичара чине међутим разлику код саучешћа међу условима у опште, и доследно иста важи и за ову групу услова, коју смо ми издвојили. На име узима се, да има услова (подстрекавање и помагање), за које се истина мора кривично да одговара, али који сами за себе нису довољни за кривично-правну материјалну урачуљивост, т. ј. који нису *узроци* последице у питању. Придаје им се дакле мања каузална вредност.¹⁾

¹⁾ В. § 58 II 3 пр. за *v. Liszt-Schmidt*-а, који ради оправдања „посредног“ извршиштва узима (§ 29 IV) произвољно, да је саучешће увек узрок, или да законодавац чини између њега и радње извршења разлику у вредности у погледу заснивања извршиштва,

У осталом немогуће је неко даље разликовање услова. То је показала критика разноврсних теорија о узрочности. Из ње се је видело, да су погрешни сви критеријуми за разликовање услова, који су узроци, од оних, који то нису. Само један од ових критеријума почива на стварној разлици услова, на име *квантитативни*: *сви услови нису допринели у истој мери проузроковању последице у питању*. Али видело се је (§ 25 I 1), да се разликовање услова у узроке и услове не може да изведе на основу овог критеријума: *немогуће је наћи меру, да би се оценило, колико је допринео овај или онај услов*. Но баш и кад би било пронађено ово мерило, не би се могло објаснити с гледишта кривичног права, зашто сматрати као узрок само онај услов, који је највише допринео (в. § 25 I 1 за теорију *Birkmeyer*-ову). Најзад квантитативно разликовање је у противности са теоријом саучешћа позитивног права, где се радња извршења (у белгијском и подстрекавање) сматра једино као узрок, без обзира на то, колико је она допринела (в. § 30 II 1 в за т. зв. *главно* помагање). *Једино* могуће разликовање међу условима је дакле оно, које ми чинимо, те из тога такође излази, да се сви поменути услови, треба да сматрају као *узроци*.

4. Узроци последице у питању су дакле *сви они услови*, који у свом узрочном низу немају за (непосредну или посредну) последицу какав узрочни однос, или ако имају, који су истовремени са конкретним дејством услова, чији је узрочни однос њихова последица. Међу њима позитивно право сматра, као што је примећено (3), као *услове* помагање и подстрекавање, али не одузимајући им карактер довољног материјалног основа за кривичну одговорност.

5. а) За узрочни карактер посредних услова (предуслова) без значаја је то, што би услов, који је њихова последица, био *психичка* чиница, у колико се само они тиме не појављују као радње *саучешћа*, подстрекавање и помагање. То је т. зв. *психички* посредовани каузалитет (насупротив *физички* посредованом).¹⁾ Тако пуцање и силовање су узрок смрти и онда, кад се жртва услед болова одн. услед стида убије, и ако је тада њихова последица одлука на самоубиство.

б) Посредни услови могу, под истим ограничењем (в. а), бити узроци и онда, ако се услов, који је њихова последица, састоји у каквој *људској радњи*, и то без обзира на то, да ли је ова радња извршена несвесно или свесно. Тако ко лако рани човека, проузроковач је смрти и онда, ако на рањеног, а онесвеслог наиђе неко други и убије га.²⁾

¹⁾ Прот. *Frank* § 1 III 2 а (чији „психички посредован каузалитет“ значи одсутан каузалитет), да би могао представити саучесника као „посредног извршиоца“ у случају одсуства виности код извршиоца. В. о њему § 58 II 3 пр.

²⁾ Уп. в. *Liszt* § 29 IV. Прот. *Wachensfeld* 91 за случај, кад трећи *умишљено* „упадне, загосподари каузалним низом и њему од своје стране да одлучни правац“, узн-

в) Услови могу бити узроци, и ако су њихови сауслови *анормалне* појаве. Тако удар по глави узрок је смрти, и ако је ова наступила због садејства ванредне танчине лобање на погођеном месту, дакле једне *анормалне* појаве.

6. *Frank* наводи против наше теорије један пример, где је људска радња, вели, извесно узрок, и ако је она по њој само услов. То је случај, кад А однесе напитог Б на место, на коме ће, као што он зна, касније настати отровни гасови услед једног процеса трулења.¹⁾ Овде по *Frank*-у нема истовремености, те би по нашој теорији поменуто радња била услов, а не узрок. У ствари истовременост постоји у овом случају. А је својом радњом (чињењем) створио једно стање, налажење лица Б на поменутом месту, и ово се његово дело (радња + последица налажења лица Б на дотичном месту) *продужава* (одржава) од њега (т. ј. поменуто последица *штраје*, као код трајних кривичних дела, н. пр. лишења слободе) *независно од воље лица Б*, дакле као *искључиво његово дело*, све дотле док се ово лице налази на томе месту, па према томе и у тренутку дејствовања отровних гасова.²⁾ Исто је то случај н. пр. онда, кад А остави лице Б тешко га ранивши и оно умре од хладноће, која је касније наступила, или га прегазе кола или гром убије (ако га животиње поједу, последица радње лица А је не узрочна веза, већ један услов смрти, на име конкретна радња животиње, јер се без налажења лица Б на поменутом месту та радња не би у опште догодила). Но наравно потребно је свуда, да постоји виност, да би А био кривац. *Frank* се у осталом горњом својом примедбом против наше теорије противречи са својим (и скоро опште немачким) схватањем суштине *штрајног* кривичног дела (в. § 54 I 3). Она ту сматра као радњу извршења и „одржавања створеног противправног стања“. Из тога пак излази, да је у примеру, који он изводи против наше теорије, радња извршиочева не само одношење напитог лица Б на место, где ће се

мајући да тада постоји *прекидање* каузалне везе, да би одржао своје нетачно схватање (90) узрока („делатност“ је узрок последице, „ако је каузалном низу дала одсудан правац“). Узима (92), у истом циљу, да постоји *прекидање* узрочне везе и онда, кад у каузални низ „упадне неки природни догађај“ (н. пр. паљевина куће, у којој лежи од некога рањено лице).

¹⁾ § 1 III. „Друкчије но што је овде учињено, вели *Frank*, хоће *Живановић*, сит. 163 и сл., да ограничи теорију еквиваленције. Он оспорава узрочни квалитет ових услова, који постављају само узрочни однос између других услова, од којих један тек касније постаје (па ма већ постојали његови услови). Али ако одвесем једно напито лице на какво место, на коме ће, као што знам, касније постати отровни гасови услед једног процеса трулења, ја тада зацело постављам узрок за смрт“.

²⁾ Сем тога у наведеном *Frank*-овом примеру ће постојати и кривично дело излагања опасности из § 175 ал. 1 к. з. (§ 221 нем. к. з.) у идеалном стацају, што је *Frank* превидео.

касније појавити отровни гасови, већ и *одржавање* створеног противправног стања, т. ј. налажења напитог на оном месту, те да према томе постоји истовременост.¹⁾

V. Као што се види, ми сматрамо све мало час (IV 3) наведене услове као узроке зато, што је неизводљива практички и неоправдана теоријски једина њихова стварна разлика, т. ј. разлика квантитативна.²⁾ Теорија узрочне једнакости свих услова на тај начин поред тога, што води апсурдним закључцима услед свог тврђења, да су *сви* услови без разлике узроци, грешни према реченом и својим образложењем овог тврђења. Њене присталице тврде на име, да се сви услови мора да сматрају као узроци зато, што су сви од *исте вредности* за последицу, т. ј. што су *подједнако* нужни за исту.

Видело се је и горе, да је ово њено тврђење нетачно. Нису сви услови од исте вредности за последицу, јер је по себи разумљиво, да они не доприносе сви у истој мери проузроковању последице. Они нису ни *позитивно* од исте вредности, јер у разној мери *доприносе* проузроковању последице, ни *негативно*, јер у колико је један услов више допринео проузроковању, у толико је он *нужнији* за последицу.

VI. Кадкад се у закону захтева, да је радња не просто проузроковала последицу, већ да ју је проузроковала под нарочитим, одређеним околностима³⁾ (н. пр. § 298 а т. 1 срп. к. з. и § 307 т. 1 нем. к. з., где се захтева, да се је у пожару погинуло лице налазило у запаљеној просторији).

VII. Има случајева, где се у закону не захтева *стварна*, већ само *могућа* узрочна веза.⁴⁾ Ту се дакле само *прећипоставља*, да ова веза постоји (т. зв. *презумирани* каузалитет). Тако се н. пр. код кривоклетства у случају § 144 ал. 3 к. з. претпоставља узрочна веза између лажног исказа и осуде на смрт.⁵⁾ Ове претпоставке су релативне (оборљиве), док су према неким апсолутне.⁶⁾

VIII. О т. зв. *прекидању* узрочне везе в. § 31 II 2 и 3 и нарочито § 58 III 3 а и б.

¹⁾ В. и М. *Миљковић* (О саучешћу 8 и сл.) против наше теорије. Али он превиди, да је реч о проузроковању узрочног *односа* између „природних феномена“, као што је падање грома, а не њих самих људском радњом.

²⁾ О овој разлици води законодавац рачуна при инкриминисању угрожења добара, јер се наравно само тежа угрожења инкриминишу било у опште, било као тежа кривична дела.

³⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 22 VI.

⁴⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 22 VII, *Roux* 372 (§ 107).

⁵⁾ Тако и по § 154 нем. к. з. (док је § 268 т. 3 срп. к. з. захтевао стварну узрочну везу: „због лажног сведочанства...“).

⁶⁾ В. за овај спор код издајничке конспирације по § 87 нем. к. з. (за разлику од § 104 ал. 2 к. з., где се захтева стварна каузална веза: „услед тога“) П. д. II § 515 пр. 3.

§ 27. Узрочност нечињена.

Књижевности — *Sergejevski* О каузалитету 1 и 2 1880. *Aldosser* Inwiefern können durch Unterlassungen strafbare Handlungen begangen werden? 1881. v. *Bar* Die Lehre vom Kausalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrecht 1872 и 2 244. v. *Rohland* Die strafbare Unterlassung 1 1887 и Kausallehre 1903. *Landsberg* Die Kommissivdelikte durch Unterlassung 1890. *Kohler* 1 45. v. *Buri* Ueber die Kausalität der Unterlassung y Z 1 400. *Gutmann* Die negativen Bedingungen in ihren Beziehungen zu den unechten Unterlassungsdelikten 1899. *Redslob* Die kriminelle Unterlassung 1906. *Mentha* Les délits de commission par omission 1898. *Gand* Du délit de commission par omission 1900. *Sturm* Die strafbare Unterlassung 1905. *Garçon* art. 285 n. 14. *Lerebourg Pigeonnière* y R. Pen. 1901, 716. *Graesel* Die Unterlassungsdelikte im ausländischen Strafrecht (v. Lil. Heft 107) 1909. *Kollmann* Z 28 455, 29 372. *Bierling* Jur. Prinzipienlehre 3 80. *Lacmann* G A 56 257. *Clemens* Die Unterlassungsdelikte im deutschen Strafrecht von Feuerbach bis zum R. St. G. B. (v. Lil. Heft 149) 1912. *Peterson* Untätigkeit und Energie (v. Lil. Heft 126) 1911. *Träger* Das Problem der Unterlassungsdelikte y Festgabe für Enneccerus 1913. *Höpfner* Z 36 103 (v. o. tome v. *Hippel* Z 36 501). *Studt* Können Verbote durch Unterlassung, Gebote durch Handeln übertreten werden? 1913. v. *Alberti* Verbotsverletzende Unterlassungen 1917.

I. Нечињење је, као што је о томе већ било говора (§ 22), друга врста људске радње. И нечињењем се дакле као и чињењем може извршити кривично дело, и ако само у извесним случајевима. Но питање је спорно, да ли се нечињењем може као и чињењем *проузроковати* једна промена у спољњем свету, т. ј. последица, другим речима да ли се нечињење има сматрати као *узрок* последице код правих и неправих кривичних дела нечињењем. Ово је од важности да се реши нарочито за кривична дела чињења нечињењем, пошто ту нечињење није у закону изрично предвиђено, као што је то случај код правих кривичних дела нечињењем. Надзорник једног купатила и. пр., чија је дужност спасавање дављеника, пропусти то једном приликом. Питање је, да ли је нечињење од његове стране не само противправно, већ и узрок смрти.

II. С овим проблемом почело се је занимати тек од четврте десетине прошлог столећа. Равији писци као *Feuerbach*, *Garrara* и *Ortolan* сматрали су, да се и извесна кривична дела чињењем могу извршити нечињењем, али нису испитивали карактер тога нечињења с гледишта *узрочности* задовољавајући се противправношћу истога.¹⁾ Тек је *Luden* поставио проблем о узрочном карактеру нечињења.²⁾

¹⁾ У римском праву се је за нечињење код убиства у извесном обиму казнило (L. 4 D. 25,3: *pecare videtur non solum is, qui partum perfocat, sed et is, qui abjicit aut qui alimonia denegat*). То је гледиште било заступљено и у каснијем праву и књижевности, и то поводом убиства нечињењем. За ово убиство су постојале блажије казнене одредбе (и. пр. у пруском Општем земаљском праву, 1620; у Терезиани од 1768 [о убиству детета нечињењем од стране мајке, чл. 87], док се је у књижевности заступало и гледиште, да кажњавање не треба да је блажије (*Böhmer* против *Carprzow*-а, присталице гледишта италијанских правника особито *Farinacius*-а). Особене и блажије казнене одредбе о детеубиству нечињењем налазе се у к. з. 19. века (и. пр. § 139 аустр. к. з. од 1852), па и у срп. к. з. (§ 165).

²⁾ *Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrecht* 1840, 1474. Теоријско расправљање, које је *Luden* отпочео први, допринело је бар, да се питање научно разјасни и

III. Теорије о нечињењу са гледишта узрочности имају се пре свега поделити у две групе: према неким нечињење *може* бити узрок, према једној *не*. Према негативној теорији кривично дело нечињењем постоји дакле без узрочности као састојка.¹⁾

1. Неке од теорија прве групе, полазећи од поставке да из ничега не може ништа постати („aus nichts kann nichts werden“), те да према томе нечињење само за себе не може ништа проузроковати, траже узрочни карактер (узрочну снагу) нечињења у *другим* моментима, *ван* њега дакле, на име у једној *другој* радњи субјектовој. На тај начин према овим теоријама код кривичних дела нечињењем има узрочне радње субјектове, али то није само нечињење, већ једва друга делатност субјектова, те је тако нечињење не *непосредно* узрок, већ само *изведен* узрок. Остале теорије прве групе налазе међутим узрочни карактер нечињења у њему *самом*, т. ј. нечињење је *непосредно* узрок последице код кривичних дела нечињењем.

а) Траже узрочни карактер нечињења у *другим* моментима теорије *Luden*-ова и *Krug*-ова, усвојене од неких каснијих писаца.

1° Према *Luden*-у узрок је радња (чињење), коју субјект врши *онда*, *кад* пропушта радњу, која би могла спречити проузроковање последице, „па ма се она састојала у простом посматрању или удаљавању од места“. Ова теорија сматра, као што се види, за узрок радње, које с последицом немају никакве друге везе сем времене, у противречности је дакле с појмом услова. Један апсурдан пример је против ње навео још *Krug*:²⁾ Мати која плете чарапе за време, док њено дете умире од глади, према овој теорији проузроковала би смрт *плећењем чарапа*. Сем тога (што важи и против *Krug*-ове теорије) узрочни се момент треба да тражи у самом нечињењу.

2° Према *Krug*-у узрок је радња (чињеница) *претходна* нечињењу, којом се је субјект *обвезао* на извесно делање, које *може* *спречити* про-извођење последице. Та се претходна радња може према њему састојати у примању извесне службе, у приватном обећању, у једној конклюдентној радњи и у предузимању опасних радњи. Тако скретничар се је примањем своје дужности обвезао на намештање скретнице, и ако он пропусти једанпут да то учини и воз искочи из пруге, као узрок се

обележе границе кривичне одговорности за нечињење. Неоправдано се према томе означава научни спор о каузалитету нечињења „једним од најбесплоднијих, које је кривично-правна наука икада водила“ (v. *Liszt* § 30 III), питање о каузалитету нечињења „излишним“ (*Meyer-Allfeld* § 22 VIII 2).

¹⁾ В. *Основни проблеми* 71 о консеквенци ових теорија у погледу *основног* елемента кривичног дела.

²⁾ *Abhandlungen aus dem Strafrecht* 1855, 30.

има сматрати примање службе скретничарске. Или ако А испусти цигару у једној згради, где је пушење забрањено, и не подигне је, те се зграда упали, као узрок се има сматрати испуштање цигаре као опасна радња. Ова теорија је противна принципу, да виности мора бити у тренутку радње, којом се је *проузроковало*. Могуће је на име, да је тада није било, него тек онда, кад је требало предузети делатност, на коју се је субјекат обвезао, а која је могла спречити проузроковање последице, те доследно овај субјекат не би био кривично одговоран.¹⁾ Сем тога она меша питања о узрочности нечињења с питањем о његовој противправности.

б) Има три врсте теораја које траже узрочни моменат у *самом* нечињењу.

1^о Према неким узрок је последице *само* нечињење, без којег се она не би произвела, јер се оно као такво сматра у *обичном* (*свакодневном*) *говору*, којим говори и законодавац.²⁾ Сасвим је без значаја, веле, с правног гледишта, да ли се нечињење има сматрати као узрок и са гледишта критике сазнања (или „с гледишта природног каузалитета“). Ова теорија оставља проблем нерешен. Кривично право може примити вулгарне појмове, тек пошто је њихова тачност научно доказана.

2^о *Интерференцна теорија*. Према овој теорији, која има неколико варијаната, нечињење је *психички* позитиван акт, који иде на супрот нагону спречавања последице (дакле другом *психичком* акту) и тај нагон при укрштању с њиме, и тако при узајамном противдејствовању (при *интерференцији*)³⁾ *пошискује*. Краће речено, нечињење је према овој теорији *потискивање* (= интерференција)⁴⁾ *нагона да се сиречи проузроковање последице*, и ово потискивање је узрок неспречене последице. Нечињење је дакле према овој теорији једна

¹⁾ Без успеха су покушали, да исправе *Krug*-ову теорију *Glaser* *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht* I 301 и *Merkel* *Abhandlungen* I 79.

²⁾ Тако *Frank* § 1 IV, *Haft* § 16 IV, *Pastoreslew* G S 68 244, *Birkmeyer* 1113, *Liepmann* 47.

^{3) 4)} *Интерференција* је физички термин (в. *Кениг* *Физика* [Београд, 1926, превод] 101, 126; *Lecher* *Lehrbuch der Physik* [4. изд. 1922] 84, 104, 255, 266). Означава узајамно дејство један на другог при укрштању два физичка појава (светлосних, звучних, водених, електричних и т. д. таласа), т. ј. дејство које један на други услед укрштања врше (н. пр. два звучна таласа истог броја трептаја и исте јачине могу се при интерференцији поништити). *Интерференцијом* се означава и сам *резултат* узајамног дејства (н. пр. смањивање светлости при укрштању светлосних зракова), као и сам *појав*, који је при интерференцији постигао извесно дејство против другог појава, посматран *са гледишта* тог свог дејства (н. пр. у смислу горње теорије само *пошискивање* нагона, т. ј. психички акт у колико је *пошискуо* нагон и који као такав сачињава суштину нечињења). О *интерференцијним* појмовима у *Логичи* в. *Wundt* *Logik* (4. изд.) I 128.

интерференцна психичка појава и зато се она зове интерференцном теоријом (а може се на основу тога назвати и психолошком теоријом). Ово је теорија *v. Buri*-ова.¹⁾ Усвојена је од некојих писаца.²⁾ Раније је *v. Buri* узимао као објект потискивања, не нагон, већ вољу, да се отклони последица. Ова је теорија погрешна. Пре свега о оном нагону не може бити говора код нехата. Даље, она води неправичним и правно немогућим закључцима. Тако ако два надзорника купатила посматрају, како се неко дави, и један од њих (сажаљив, моралнији дакле) има нагон, да притекне у помоћ, док други не, само ће нечињење од стране првог бити узрок смрти. Сем тога је најчешће немогуће, да се докаже постојање оног нагона. Затим нечињење је за кривично право релевантно само као пропуштање телесног покрета, а не као психички акт. Најзад и ова теорија у ствари налази каузални моменат нечињења ван њега.

³⁾ Према теорији правне узрочности нечињења, која има неколико варијанти, нечињење се има сматрати као узрок последице у питању, ако је субјект био правно обвезан на чињење, т. ј. на спречавање те последице.³⁾ Последица проузрокована нечињењем је, вели се другим речима, „правна последица“. Ова теорија оставља проблем нерешен, а сем тога меша питање о проузроковању нечињењем са питањем о противправности истога.

2. Од великог броја писаца заступљено је мишљење, да се нечињењем не може ништа проузроковати.⁴⁾ Нечињење није, вели се, нешто реално, није дакле једна промена, а узрок може бити само једна промена. Према томе нетачно је, вели *v. Liszt*, кад се говори о проузроковању (раније: извршењу) нечињењем, и само може бити питање, да ли кривично-правна наука треба да задржи ову терминологију обичног говора, као што многи, додаје, чине (в. I б 1⁰). Нечињење је, закључује *v. Liszt* на основу тога, „самостална форма кривичне радње.“⁵⁾

IV. При решењу питања о узрочном карактеру нечињења полазна тачка мора бити (што се редовно превиђа) појам *услова*, пошто у кривично-правном смислу узрок мора бити пре свега (в. § 24 IV) услов (ан-

¹⁾ Z 2 401.

²⁾ Janka, Büniger Ueber Vorstellung, Wille und Handlung 32 и Z 6 322, Hälschner I 237, Bindung 2 546 (уп. против његове варијанте Frank § 1 IV).

³⁾ Kohler I 45, Meyer-Allfeld § 22 VIII 2, Haupt Z 2 553, v. Rohland 121.

⁴⁾ *v. Liszt* § 30 III, Finger 290, Loening 16, Meyer-Allfeld 5 изд. § 29, пр. 8 (између нечињења и последице не постоји узрочни однос у најстрожијем смислу, већ један однос сличан узрочном, и он мора бити као и овај адекватски, а такав ће бити само онда, ако постоји обвеза на чињење) и т. д.

⁵⁾ Закључак би у ствари био, да је само чињење радња, да је према томе нечињење према чињењу [радњи] самостална форма, не радње, већ извршења кривичног дела.

тецеденат у смислу метафизичких теорија — в. § 25 II). И за нечињење се мора дакле поставити питање, да ли оно може бити *услов*, и ако оно то може бити, онда оно може бити и узрок (теорија *нечињење — услов*). Питање о узрочности нечињења своди се дакле на питање, да ли нечињење може бити *услов* последице. Услов извесне последице је све оно, што је допринело произвођењу исте, другим речима без чега она не би била произведена (в. § 24 II). Таква једна околност може бити и нечињење (т. зв. *негативан* услов, на супрот *позитивном*,¹⁾ чињењу), а оно не то бити наравно само онда, кад је предузимање радње спречавања било могуће и кад би се последица могла њоме да отклони, јер тек онда се може рећи, да је нечињење допринело произвођењу последице, те да је према томе њен услов. Тврђење, да нечињење није нешто реално, умесно је само за случај, кад оно није допринело произвођењу последице; иначе је оно једна стварна појава, једно стварно стање, ако не једна промена (догађај), а то је довољно за појам услова (в. § 24 II пр. 1), те тако и за појам узрока у кривично-правном смислу. Према томе и за нечињење важи у погледу узрочности све, што и за услове, који се састоје у чињењу.²⁾ Свако нечињење услов није дакле узрок (н. пр. неодвраћање свог детета да иде у шуму за време грмљавине [в. § 26 II]), и према томе не може и поред евентуалне противправности да заснује кривичну одговорност. То јасно показује произвољност тврђења, да нечињење није узрок, или чак да је питање о његовом каузалитету излишно, да је према томе довољна противправност његова за кривичну одговорност.

§ 28. Врсте људске радње. — I Радња извршења.

Књижевност. — *Авакумовић* 739 и 726. в. *Buri* Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung 1860. *Birkmeyer* Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts 1890 (против њера в. *Buri* Beiträge 389) и Teilnahme am Verbrechen у Vergl. D. Allg. T. 2 1. *Foinitzki* Z 12 55. *Kohler* 1 92, 106, 3 232. *Haupt* Z 15 202, 569. *Tjaben* G A 42 218. *H. Meyer* Der Anfang der Ausführung 1898. *Thibierge* La notion de la complicité 1898. *Sighele* La teorica positiva della complicitá 1894. *Garçon* art. 59 и 60. *Kellner* Die Mittel der Anstiftung in ihrer materiell-rechtlichen und prozessualen Bedeutung 1909. *Ibach* Die Anstiftung (v. Lil. Heft 148) 1912.

¹⁾ В. *J. St. Mill* op. cit. (в. § 24) 239.

²⁾ Спречавање спречавања последице је наравно проузроковање исте чињењем. Такво чињење се са гледишта узрочности означава као *негативни* услов. У ствари је оно услов негативног услова, *позитиван* услов *особене* врсте дакле. Уп. *Frank* § II V, *Gulthmann* и *Kohler* 63 (то су, вели, „изведена кривична дела нечињењем“).

I. Људска радња посматрана *сама по себи* (ајсолутивно дакле) је, као што се је видело (§ 22 I 2 а), чињење или нечињење, т. ј. с тог гледишта постоје *две* врсте исте. Посматрана међутим по свом односу ка кривичном делу (дакле *релативно*), она је *шројаке* врсте (без обзира на то, да ли се састоји у чињењу или у нечињењу). Те *три* врсте људске радње (чињења и нечињења) су *радња извршења* (Ausführungshandlung, acte d'exécution), *подстрекавање* (Anstiftung, instigation) и *помагање* (Beihilfe, aide или assistance). Они, који их врше (извршиоци у ширем смислу), зову се: *извршилац* (auteur, Täter), *подстрекач* и *помагач*.

1. Поменуте три људске радње посматране с гледишта случаја, кад се врше од бар *два* лица у односу на *исто* кривично дело, зову се радњама *суделовања* (participation или coopération, Beteiligung). С тог гледишта се каже, да има три врсте *суделовања* (према томе *суделовача*) у кривичном делу („*главно*“ суделовање: радња извршења; *акцесорно*: подстрекавање и помагање).

2. О подстрекавању и помагању као радњама *саучешћа* (complicité, Teilnahme) в. § 29 I 2.¹⁾

II. 1. а) *Радња извршења са формално-правног гледишта је радња, која је први састојак првог елемента овог или оног кривичног дела.*²⁾ Њоме се *извршује* кривично дело за разлику од *припремне* радње (т. ј. од радње, којом се његово извршење само припрема [в. о припремној радњи код покушаног кривичног дела § 71 I 1 б]), и од радњи, које су посебни услови инкриминације или које су састојак првог елемента кривичног дела, али не његов први састојак (н. пр. код преваре повређеникова радња штетна по његову имовину). Тако код убиства радња извршења је *замахивање ножем, пуцање из пушке, пружање отрова и т. д.*, код крађе *узимање туђе покретне ствари*, код вербалне увреде *изговарање речи*. Са гледишта пак *узрочности*, дакле *материјалног* (физичког) радња извршења је људска радња, која је међу *људским* радњама условима последице *најближи* (непосредни или посредни) *њен услов*.

б) Радња извршења се дефинише и на друге начине. Тако према *Frank*-у радња извршења је радња, с чијим је извршењем кривично дело или свршено (н. пр. изговарање речи заклетве код кривоклетства) или извршилац предаје даље току ствари (н. пр. давање отрова код тровања).³⁾

¹⁾ Уп. за горњу терминологију в. *Liszt* §§ 31 и 49—51, *Garraud Précis* п. 234 и сл., *Meyer-Allfeld* § 37, *Frank* §§ 47—49, *Haft* 209 и сл., *Hälschner* I 367. Од старих писаца в. *Ortolan* п. 254 и сл., *Feuerbach* §§ 44—52.

²⁾ Слично в. *Liszt* § 31 I, *Meyer-Allfeld* § 36 II, *Wachenfeld* 173.

³⁾ То је, вели у новијем изд. (§ 43 II 2а), „не само радња, с чијим је извршењем испуњен један елемент (захтев) бића, већ и она, с чијим извршењем наступање овог елемента извршилац предаје даље току ствари.“

Према *Meyer*-у радња извршења је радња, која је неопходно нужна за произвођење последице.¹⁾ Према *Beling*-у радња извршења је испуњавање оног услова последице, који је предвиђен међу елементима кривичног дела.²⁾ *Villey* даје негативну дефиницију: није радња извршења она делатност, која се може одвојити од кривичног дела у питању, па да ипак оно остане потпуно.³⁾ Према *Garçon*-у и *Garraud*-у радња извршења код покушаног кривичног дела је радња, која према мишљењу свог извршиоца тежи непосредно извршењу кривичног дела.⁴⁾ Ова последња дефиниција има у виду само умишљајно извршено кривично дело. Раније пак⁵⁾ су у резултату исте као и наше. Према неким старијим писцима међутим немогуће је дефинисати радњу извршења.

2. а) У закону се врло ретко радња извршења издваја од последице и засебним изразом означава. Тако то је случај н. пр. код утаје (§ 318 к. з.: „присвоја“) и откривања позивне тајне (§ 251: „отвори“). Обично су међутим радња и последица обухваћене истим изразем (ретко) или истим изразима. Тако ово је случај код повреде ствари (§ 365 к. з.: „повреди или уништи“, дакле истим изразом) и убиства (§ 167 к. з.: „лиши живота“, дакле са два израза)⁶⁾ То су т. зв. *последичне* радње (*Erfolgshandlungen*) насупрот првим, т. зв. *делатносним* радњама (*Tätigkeitshandlungen*).⁷⁾

б) Код кривичних дела, где је извесна људска радња као *средство* радње извршења састојак посебног бића (н. пр. код принуде из § 242 к. з. сила и претња злочином или преступом), та је радња саставни део радње извршења (што је од значаја за покушај кривичног дела у питању).⁸⁾ Према томе радња извршења *почиње* већ с поменутом радњом. То важи, била поменута радња истовремена с радњом извршења (као н. пр. сила и претња код принуде), било да јој претходи (н. пр. радње, које су средство код опасне тешке крађе из § 316 т. 1 к. з., као н. пр. обијање и проваљивање).⁹⁾

¹⁾ 173 и *Meyer* Der Anfang der Ausführung 1892.

²⁾ 245.

³⁾ 89.

⁴⁾ *Garçon* art. 3 п. 49, *Garraud* *Traité* I 494 (п. 232 II)

⁵⁾ Према *M. E. Mayer*-у (352) то је радња, која *напада* правно добро.

⁶⁾ В. о овоме *Основни проблеми* § 13 II 3 а 1^о.

⁷⁾ В. *Основни проблеми* § 13 пр. 2.

⁸⁾ Уп. *v. Liszt* § 31 I 1.

⁹⁾ Уп. *Garçon* art. 381—386, п. 22 (за крађу употребом силе), п. 141 и 173 (за крађу обијањем или ускакањем), *Frank* § 43 II 2 а, *Binding* 295 (обијање, ускакање и т. д. појамно су припремне радње за крађу, које је закон огласио за радње извршења). Прот. *Oetker* G S 88 90 (не постоји покушај опасне крађе, док према *Labe*-у § 432, 5, постоји, али само при ноћном извршењу).

в) Радња извршења се увек састоји из већег или мањег броја посебних делатности. Оне су повезане у једну целину, у радњу извршења, тиме, што се последња од њих не може, по правилу, замислити без претходних, те почетак извршења, према томе покушај (в. § 74 I 1) почиње већ с првом.¹⁾ Тако код убиства из пушке намештање пушке у рукама за пуцање, нишањење и одапињање обарача сачињавају једну целину, радњу извршења, јер се свака следећа делатност не може замислити без ма које претходне. Тако исто код крађе пружање руку на извесну ствар и дохватање ове. По правилу све се ове посебне делатности нижу без прекида у *времену* једна за другом. Али то није нужно, за шта су пример убиство *Шровањем* и *превара*. Радња извршења код првог, давање отрова, може се расподелити у више посебних делатности извршених с времена на време, у више давања незнатних доза отрова, док се најзад смрт не произведе. Тако исто код преваре лажним представљањем у току више дана најзад се обмане субјекат, те изврши какву радњу на штету своје имовине.

г) Има кривичних дела, која се извршују са више одвојених делатности, према томе са *више* радњи извршења. Тако се за одбацивање из § 175 к. з. захтевају две делатности: излагање другог (опасности) и остављање истог без помоћи, две радње извршења дакле (т. зв. *дводелатна* или у опште *вишеделатна* кривична дела — за *вишеобјектна* в. § 17 IV 3 г 2^о).²⁾ С друге стране опет има кривичних дела са више радњи извршења, од који је свака поједина довољна (кривична дела са *мешовитом* радњом, друга врста кривичног дела с *мешовитим бићем* — за прву в. § 17 IV 3 г 1^о).³⁾ Тако кривично дело је н. пр. прикривање (§ 333 к. з.).

д) За случајеве *правног* (законског) јединства радње и за један особен случај *физичког* (природног) јединства радње извршења (или подстрекавања и помагања) в. § 54 IV 1 и 2.

¹⁾ Уп. *Frank* § 43 II 2 в („почетак извршења се има наћи у свим актима делања, који се по својој нужној вези с радњом бића [scil. кривичног дела] појављују за природно схватање као њени саставни делови“).

²⁾ Неки их погрешно мешају са *сложеним* (в. § 50 III), кривичним делима. — Уп. *Frank* § 43 II 2 а (меша их са сложеним, јер за пример наводи и разбојништво), *Meyer-Allfeld* § 20 III 5, *Binding* I 10, *M. E. Meyer* § 122, *v. Liszt* (§ 31 I 1) их такође мешају са сложеним (уп. прот. овог мешања *M. E. Meyer* 122).

³⁾ Уп. *Binding Normen* I 205, 2 931, *Meyer-Allfeld* § 20 II, *Wertheimer Die Mischgesetze* 1903, *M. E. Mayer* 123 (али он има у ствари у виду случај вишине последица, називајући дотична кривична дела деликтима с *казуистички* или *алтернативно* спојеним последицама).

§ 29. Врсте људске радње. — II Подстрекавање.

Књижевност. — Hilgeman Die Teilnahme an der Teilnahme (908).

1. *Подстїрекавање је навођење другог на извршење* (scil. његовом радњом извршења) кривичног дела (или, краће, на кривично дело).¹⁾ За појам самог подстрекавања као врсте људске радње без значаја је дакле (као и код помагања), да ли се је извршење кривичног дела, на које се неко наводи, заиста догодило. Али се у позитивном праву с обзиром баш на то наступање или ненаступање кривичног дела, на које се неко наводи, чини разлика између две врсте подстрекавања (као и помагања):

1. *Саучесничко подстїрекавање* или, просто, *подстрекавање* (одн. помагање). То је подстрекавање у следству којег је кривично дело заиста извршено (као свршено или, ако се казни и за покушај, као покушано). Ово подстрекавање (заједно с помагањем) је једна врста *саучешћа* (суделовања) у кривичном делу *другог* (т. ј. у погледу заснивања кажњивости свог извршиоца оно је као и помагање *акцесорно* туђем кривичном делу [в. о томе код кривца саучесника, § 79]). Његов извршилац је дакле (с помагачем) једна врста *саучесника*, а не *извршилац* као у следећем случају (в. 2). Оно је *ошћта* кривично-правна установа у погледу злочина и престапа.

2. *Извршилачко подстїрекавање* (одн. помагање). То је подстрекавање (одн. помагање), за које се у закону захтева (као услов инкриминације дакле [в. о овима § 46]), да кривично дело *није* извршено (као свршено или, ако се и за покушај казни, покушано). *Неуспело* (в. III) подстрекавање (помагање) је ту дакле инкриминисано као *самостално* кривично дело. Подстрекавање (помагање) је према томе у овим случајевима радња *извршења*, те је оно саучешће само по свом *правцу*, а не стварно. Зато ово подстрекавање (помагање) називамо *извршилачким*. Има две врсте овог подстрекавања :

а) *Подстрекавање* (не и помагање) на *злочинство* (§ 34 ал. 2 к. з.). Оно је *ошћта* кривично-правна установа за злочинства (као што је *саучесничко* подстрекавање опште установа за злочинства и преступе). Но за њ' није прописана особена *ошћта* казна, већ се за њ' се казни по *истом* законском пропису, по коме за поједина злочинства (али „блаже“); оно се дакле појављује као *ошћте самостално* кривично дело, али с друкчијом казном код сваког *појединог* злочинства.

б) *Подстрекавање* (као и помагање) на *одређена* кривична дела. Оно је само изузетно инкриминисано, и то било код појединих кри-

¹⁾ Уп. Frank § 48 II, v. Liszt § 51 I 1, Meyer-Allfeld § 39, Garraud 3 п. 909, Garçon art. 59 и 60 п. 235 и сл.

вичних дела или код појединих група кривичних дела, с особеном казном у сваком поједином случају (н. пр. у § 120 ал. 2 к. з. подстрекавање војника на бегство; у 95 к. з. подстрекавање на велеиздаје из §§ 91—94 к. з., а у § 136 к. з. и чл. 43 з. о шт. подстрекавање на остала злочинства).¹⁾

II. Овде, у учењу о људској радњи, може као и код помагања (в. § 30 I 2) бити говора само о подстрекавању посматраном као једна врста људске радње, која може бити радња и саучесничког и извршилачког подстрекавања (у овом другом случају дакле радња извршења кривичног дела).

Подстрекавање као врста људске радње је према горе (I) дагој дефиницији сложено из следећа два елемента:

1. Подстрекавање је пре свега *навођење другог*. *Навођење је делатност управљена на изазивање* (проузроковање) *извесне одлуке у некоме*. Термин навођење је употребљен и у § 34 к. з. за дефинисање радње подстрекавања.²⁾

а) У закону радње („средства“) навођења нису побројане чак ни примера ради. Довољна је дакле свака радња.³⁾ Тако та средства могу бити поклон, обећање, сила или претња,⁴⁾ злоупотреба власти⁵⁾ или уважења,⁶⁾ превара,⁷⁾ опклада, саветовање, искоришћавање интимног односа, мимика. Средство подстрекавања може бити шта више и привидно одвраћање.⁸⁾ Просто давање прилике за радњу може се

¹⁾ В. П. д. II 1 § 27.

²⁾ У § 34 ал. 1 се каже „наведе или подстрекне“. Али ипак ова два термина не означавају две особене радње, већ су синоними. „Или подстрекне“ је речено, да би се објаснило, да навођење значи подстрекавање („или“ значи дакле: „т. ј.“). У осталом у наслову 5. одсека гл. II вели се само „подстрекавање“, а сем тога у § 34 ал. 5 к. з. каже се само „наведе“. И у посебном делу к. з. се налазе овакве редакцијске омашке (н. пр. § 95: „наводи или подстрекава“, § 120: „наговара или подстрекава“).

³⁾ Уп. *Frank* § 48 II 1, *v. Liszt* § 51 I 1, *Meyer-Allfeld* § 39 II.

⁴⁾ Ако је сила апсолутна (в. § 69 I), употребилац силе је извршилац кривичног дела, пошто је искоришћено лице тада равно *савари* (в. § 58 I). Но ако би претња или сила била таква, да употреба исте сачињава принуду (а таква претња је [§ 242 к. з.], претња злочиним или преступом), постојало би подстрекавање (изузев случај апсолутне силе) у идеалном стицају (в. § 49) с принудом. Претња *неошклањањем* једног зла довољна је, ако постоји правна обавеза на отклањање истог. Уп. *Frank* § 48 II 1 а.

⁵⁾ Под *влашћу* има се разумети правна или физичка моћ, коју органи *јавне власти* (грађанске или војне) имају над својим потчињеним. Уп. *Garraud* 3 п. 910 III, *Frank* § 48 II 1 в.

⁶⁾ Под уважењем се има разумети правна или физичка моћ, коју *приватна лица* (као родитеља, муж, старалац, учитељ, претпостављени у приватној служби) имају над другим лицима. Уп. *Garraud* 3 п. 910 III, *Frank* § 48 II 1 в.

⁷⁾ Т. ј. (овде) свака *обмана* (scil. изазивање или подржавање заблуде — в. II. д. § 59 I 1). Уп. *Garraud* п. 910 IV, *Frank* § 48 II 1 с.

⁸⁾ Уп. *Frank* § 48 I 1, *v. Liszt* § 51 I 2, *Meyer-Allfeld* § 39 II.

према околностима појавити као подстрекавање. Но оно чешће сачињава помагање.¹⁾

Супротно к. з.,²⁾ неки к. з. наводе *примера ради* средства подстрекавања (н. пр. § 48 нем. к. з.). Code pénal (чл. 60) пак наводи *лимитивно* средства подстрекавања. Навођење се може дакле састојати само у радњама у овом члану поменутих. Оваква одредба је неумесна, јер је немогуће набројати све радње подстрекавања.

б) Могуће је и навођење *нечињењем*. То је т. зв. *негативно* подстрекавање, насупрот *позитивном*.³⁾ Али је ту тешко утврдити постојање узрочне везе (в. § 27 IV), а још теже постојање виности. Тако негативно навођење би било неотклањање мотива за кривичну одлуку (при постојању [в. § 34] правне обавезе на чињење). Но ако је кривична одлука већ донета, ово би неотклањање могло само сачињавати психичко помагање.

в) Навођење може бити извршено од једног лица или од више њих заједно (*саподстрекачи*). Ако их је више, они могу наводити заједнички, т. ј. по споразуму, унапред или инцидентно склопљеном (*правни саподстрекачи*), или независно један од другог (*неправни саподстрекачи*: они су *случајни саподстрекачи*, ако су свесни узајамне сарадње; иначе су *узгредни саподстрекачи*).⁴⁾ За *сапомагаче* в. § 30 II 1 д.

г) Навођење на навођење (дакле подстрекавање на подстрекавање) и помагање у навођењу (т. ј. подстрекавању), у опште дакле *саучешће* у подстрекавању је *посредно* (или сукцесивно) подстрекавање, насупрот *непосредном*.⁵⁾ То је *прва* врста *посредног саучешћа* или *саучешћа у саучешћу* (в. § 30 IV 4 за другу, т. ј. за саучешће у помагању). За *посредно* подстрекавање у другом једном смислу в. 2 а 2°.

¹⁾ Уп. Frank § 48 II 1. Прот. в. Liszt § 51 I 2 (само као помагање, н. пр. именоване сведока спремног за кривоклетство).

²⁾ В. в. Bar 630 против овог система.

³⁾ Уп. Frank § 48 II 1, Zahn G S 69 30. Прот. (као и у погледу помагања нечињењем) Garraud, Garçon и Vidal-Magnol (в. § 30 IV 2).

⁴⁾ Уп. в. Liszt § 51 I 1, Schütze 153, Meyer-Alfeld § 39 II (који наглашава, да одлука треба да је њихов заједнички производ, што се по себи разуме). — Но каснији ће бити само психички *помагач*, ако је претходни већ изазвао одлуку. Уп. Schütze 156 пр. 16.

⁵⁾ Тако Garraud 3 п. 951—952 (прот. 2 изд. 2 п. 256), в. Liszt § 52 III 1, Schütze 154, Binding Gundriss 163, Vidal-Magnol п. 419, Carrara § 334. Према неким (Frank §§ 48 II 2 и 49 III 2, Beling 447, Olshausen § 48, 23) подстрекавање на подстрекавање и помагање у подстрекавању су *самостална* форма саучешћа, а не *посредно* подстрекавање у „главном делу“, што је у резултату исто. Према неким опет (Garçon art. 59 и 60, п. 347, Finger I 349, Hilgemann) за посредно подстрекавање и у опште *посредно* саучешће (в. 2 б и § 30 IV 4) се не може да казни, јер закон захтева, веле неумесно, *непосредан* однос између саучесника и извршиоца.

д) Има случајева подстрекавања, где је навођење такве природе (особито дражење, в. Посебни део II 1 § 11 I 1 а 3⁰), да подстрекнути при предузимању радње извршења може и не бити свестан утицања, које је на њега извршено.¹⁾

2. Потребно је затим за постојање подстрекавања, да се навођење појављује као навођење другога на извршење кривичног дела (на кривично дело). Да би било подстрекавање, навођење треба дакле да је делатност ујрављена (в. 1) на то, да јој прва (код посредног подстрекавања друга) последица буде одлука неког лица на извршење кривичног дела (на кривично дело), кривична одлука, а друга (код посредног трећа) само извршење кривичног дела.²⁾

а) 1⁰ Кривична одлука може бити последица навођења наравно само онда, ако навођење може бити услов, који је по узрочној теорији (в. § 26 IV 4) довољан за кривичну одговорност и према томе је у смислу те теорије (без обзира на то, што се у позитивном праву подстрекавање сматра само као услов последице) узрок одлуке (и тиме посредно узрок [у смислу к. з., као врста саучешћа, услов] последице кривичног дела у питању). Тако ће навођење бити, не узрок, већ само услов кривичне одлуке (и на тај начин за кривичну одговорност недовољно), ако се оно састоји у томе, што је А послао Б на једно место, где се од В има да одржи говор, којим се присутни позивају на злостављање лица Г, и Б се саслушавши тај говор одлучи на злоставу лица Г и изврши је. У овом случају је на име навођење од стране лица А само услов, јер је његова последица узрочна веза између поменутог говора и кривичне одлуке, а истовремености нема. Али ако А одведе Б код В, да га овај наговори на убиство, и Б у следству таквог наговора изврши убиство, радња лица А је услов самог наговарања, те је и она узрок одлуке.

(1) За појам подстрекавања није међутим поред горњег потребно, да је навођач први имао или изнео идеју о кривичном делу. И ако је наведени већ имао или изнео идеју, да изврши дотично дело, ипак подстрекавање може да постоји, ако је подстрекач н. пр. отклањао мотиве, који су подстрекнутог одвраћали од извршења радње у питању, јер навођење тада ипак може бити услов одлуке на извршење. Исто је тако, кад се неко нуди, да за награду изврши извесну радњу, и понуђени да исту.

(2) Ако се неко одлучио на кривично дело пре навођења (т. зв. *alias seu omnimodo facturum*), неће бити подстрекавања,³⁾ пошто навођење не

¹⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 39 IV (који неумесно генерализира).

²⁾ Уп. *Frank* § 48 II (који неумесно означава ове две последице навођења као последице подстрекавања).

³⁾ Уп. в. *Liszt* § 52 II 2 а, *Frank* § 48 II 1, § 49 а II 2 в, *Schütze* 153 пр. 14 („подстрекавање *alias facturum*“).

може наравно бити услов већ донете кривичне одлуке. Навођење у питању може се појавити само као психичко помагање (в. § 30 III 1).¹⁾

2° Није довољно дакле за постојање подстрекавања, да последица (в. 1°) навођења може бити кривична одлука, већ треба још да је испуњење услова *управљено* (објективно наравно) на произвођење те одлуке у другоме. Тако неће бити подстрекавања, ако А пошље свог помоћника своје пријатељу некога посла ради, и овај га наговори на неко кривично дело.

На основу овога се има принципиелно да реши и случај стварања у некоме не саме кривичне одлуке, већ неког другог *психичког* стања (н. пр. мржње према некоме или жудње за осветом), које га чине *склоним* на кривичну одлуку. Стварање таквог стања биће дакле подстрекавање само онда, ако је оно било *управљено* на стварање кривичне одлуке.²⁾ То је *посредно* подстрекавање (насупротив *непосредном*). Оно је друга врста *посредног* подстрекавања (за прву в. 1 г).

б) Неће дакле бити подстрекавања, ако делатност навођења није била управљена и на то, да кривично дело у следству исте буде *заиста извршено*.³⁾ Не постоји према томе подстрекавање, кад је делатност навођења управљена само на *покушај* кривичног дела (т. зв. *agent provocateur*, в. § 78 II 2 б).⁴⁾

III. Горе дата дефиниција подстрекавања је, као што је (I) речено, дефиниција истога посматраног као једна од три врсте људске радње. Ту је без значаја дакле, да ли је кривично дело извршено и чак да ли је кривична одлука донета и, ако је донета, да ли је донета у следству навођења. Без значаја је дакле у тој дефиницији, да ли је подстрекавање, као што се то каже, *успело* (свршено) или *неуспело* (покушано). У Бипартицији се је међутим имало у виду у дефиницији подстрекавања (и помагања) само *успело* подстрекавање (и помагање) и у опште успело саучешће.⁵⁾ То је спречило, да се приступи генерализацији, као што је горе поступљено, и да се уочи права суштина подстрекавања и помагања.

У Персонализму је без икаквог значаја за *саучесничко* (успело) подстрекавање (помагање), да ли је *извршилац* кривичног дела и *подстрекач* или *помагач* делао умишљено или нехатно или у опште без виности.

¹⁾ Уп. *Schütze* 153.

²⁾ Неумесно се према томе пориче (*Garraud* 3 п. 909 II, *Garçon* art. 59 и 60, п. 237) у опште могућност „индиректног“ подстрекавања ове врсте. В. и 1 г пр.

³⁾ Уп. *Garraud* 3 п. 915, *Frank* § 48 II 2, в. *Liszt* § 51 I 3, *Meyer-Allfeld* § 39 IV, *Garçon* art. 59 и 60, п. 344.

⁴⁾ У књижевности се неумесно поставља питање агента правокатора код виности саучесника, превиђајући (узрок Бипартицији) да ту нема ни дела, т. ј. радње подстрекавања.

⁵⁾ В. н. пр. в. *Liszt* §§ 51 I (*подстрекавање* је „умишљено навођење другог за кажњиву радњу умишљено од њега извршену) и 51 (*саучешће* је „суделовање у од другог отпочетој или довршеној радњи извршења“), *Meyer-Allfeld* § 39 IV, *Frank* § 48 II.

У Бипартицији међутим у дефиницију (саучесничког, успелог) подстрекавања и помагања уноси се, поред захтева умишљаја у односу на саму радњу подстрекавања и помагања, и (саобразно њеном објективно-субјективном појму кривичног дела) захтев да је извршилац делао умишљено.¹⁾ Ако овај није делао умишљено, подстрекач и помагач нису тобож саучесници, већ „посредни извршиоци“.

IV. 1. О подстрекавању *позивањем и дражењем* в. *Посебни део II I § 11 I 1 а и 3°*.

2. О коловођи (*dux criminalis*) в. *Војно кривично право § 27 II*.

§ 30. Врсте људске радње. — III Помагање.

I. Помагање је *доприношење извршењу кривичног дела од другог*. И (в. § 29 I за подстрекавање) за појам самог помагања као врсте људске радње је, као што се види, без значаја, да ли се је кривично дело, чијем извршењу се доприноси, заиста догодило (в. III ближе). В. међутим § 29 I 1 и 2 за разликовање, у позитивном праву, две врсте помагања, *саучесничког и извршилачког*, према томе да ли је кривично дело заиста извршено или не.

II. Овде, у учењу о људској радњи може, као и код подстрекавања (в. § 29 II), бити говора само о помагању посматраном као *једна* врста људске радње, дакле као радњи, која може бити радња и *саучесничког и извршилачког* помагања (у овом другом случају дакле радња *извршења кривичног дела*).

Помагање, као врста људске радње, је према горе (I) датој дефиницији сложено из следећа два елемента:

1. Помагање је пре свега (његов *основни* елемент) *доприношење*. *Доприношење* је делатност *управљена на омогућење* (са каузалног гледишта: на постављање услова) *радње другог лица* (не дакле одлуке на њу) или *само последице* те радње.

а) Помагањем се дакле може поставити један услов било за саму радњу извршења и тиме за последицу кривичног дела у питању, било *само* за ову *последицу*. Помагање ће поставити један услов само за последицу радње извршења, кад је оно услов само узрочног односа између радње извршења и последице (ако наравно, није један од оних услова, који према теорији о узроку — в. § 26 IV 4 — не могу бити узроци). У овом случају помагање има дакле само једну кривично-правну последицу, док их у првом случају може имати две. Про-

¹⁾ В. горе пр. 6.

сто последична каузална могућност (н. пр. кад А натера Б на преноћење у кући, коју ће те ноћи други запалити) се међутим редовно превиђа (чак и *Frank*),¹⁾ док се она прва, двострука не уочава у својој целини.²⁾ Узима се на име, да је последица (успелог) помагања само радња извршења, а да „последица главног дела“ остаје „објективно и субјективно“ ван њега (scil. „воља“ помагачева се односи само на „доприношење“ извршиоцу, а не и на „главно дело“).³⁾

б) Без значаја је, у којој се мери помоћ указује.⁴⁾ У старијим к. з. се међутим мера доприношења узима у неколико у обзир. Тако се према § 47 ал. 2 срп. к. з. за помагање у злочину, за који је прописана смртна казна, може изрећи смртна казна само онда, ако се без њега кривично дело не би догодило. То је т. зв. *главно* помагање (главни помагач, *socius principalis*).⁵⁾ Оно се је дакле сматрало као тежа општа врста помагања. Као што се је међутим видело (§ 26 IV 3), нема поузданог критеријума за одмеравање, колико је који услов допринео последици. Зато се мери доприношења може у ствари придати само значај једне од општих околности, које утичу на одмеравање казне (§ 70 к. з.).

в) Без значаја је, да ли је доприношење обећано пре извршења истога (т. зв. *обећано* помагање, *concursum* или *socius ex pacto*) или не (т. зв. *случајно* помагање, *concursum* или *socius accidentaliter talis*).⁶⁾

г) Једно исто доприношење може бити извршено од једног лица или од више њих (*сајпомагачи*, в. за саподстрекаче § 29 II 1 в).

2. Потребно је затим за постојање помагања, да се доприношење појављује као доприношење *извршењу кривичног дела од другог*. То је дакле други елемент помагања.

¹⁾ § 49 I.

²⁾ В. н. пр. *Otshausen* § 49, 8, *Wachenfeld* § 56, *Binding* Strafrechtliche Abhandlungen I 311 и сл., *Köhler* 527, *Schwartz* § 45, 5.

³⁾ В. против њих *Frank* § 49 I (примећујући [с гледишта теорије представе о-уми шљају], да и код извршиоца није потребна воља, већ предвиђање последице). Према њему прва „последица“ је „потпора“ извршиоцу (*Förderung des Täters*), а друга „остварење бића главним делом“. Као што се види, *Frank* нетачно формулише обе последице (као и код подстрекавања). Исто тако и *M. E. Mayer* 399.

⁴⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 40 II, *Wachenfeld* 210.

⁵⁾ У старијој теорији 19. века то је био опште признат појам. Главни помагач је сматран као *посредни* извршилац. Тако н. пр. *Feuerbach* § 44 (посредно извршиоштво је могуће „намерним отклањањем сметњи, без којих би на дело већ одлучевој вољи другог за спољне дејствовање било у опште било под особеним околностима немогуће [посредни извршилац, главни помагач, *socius principalis*]*). И у новој теорији се он кадкад истиче и сматра као извршилац (тако [као и *Ortolan* п. 1263] н. пр. *Garraud* 3 п. 931, што је *de lege lata* немогуће). Што се тиче к. з. тако н. пр. чл. 66 ал. 3 белг. к. з., чл. 64 старог итал. к. з.

⁶⁾ Ово је разликовање чињено у старој теорији (в. н. пр. *Feuerbach* § 52).

а) За помагање од стране саизвршиоца в. § 49 VII 2.

б) Доприношење извршиоцу радњом, која се у закону сматра као саставни део *радње извршења* (в. § 28 II 2), није наравно помагање, већ саизвршиоштво (*scil.* такав доприносач је саизвршилац). То је случај в. пр. с обијањем код тешке крађе из § 316 т. 1 к. з.

в) О томе, како се може допринети кривичном делу, које други има да изврши, в. горе 1 а.

г) Без значаја је, да ли извршилац зна, да му се помоћ указује.¹⁾ Није дакле потребан *споразум* између њега и помагача, а још мање *претходан споразум* (предумишљен или само тренутан, импровизиран).²⁾

III. За постојање помагања као људске радње без значаја је дакле, као што се види из горње (II) дефиниције (за подстрекавање в. § 29 III), да ли је кривично дело извршено (в. I) и, ако је извршено, да ли је радњом доприношења постављен заиста један услов за то или не (н. пр. писмо, где се даје савет, не стигне, или се извршилац тиме не користи), да ли је према томе помагање с тог гледишта *успело* (свршено) или *неуспело* (покушано). У Бипартицији се је међутим помагање при дефиницији имало у виду само као *успело*, те се узима, да у случају неуспелог помагања нема помагања.³⁾ В. § 29 III о *саучесничком* помагачу као тобожњем *посредном* извршиоцу у случају одсуства виности код извршиоца у Бипартицији.

IV. Врсте помагања.

1. Помагање може бити *физичко* (материјално) или *психичко* (интелектуално) према томе, да ли је дејство делатности доприношења *физичке* („делом“) или *психичке* (нарочито „саветом“) природе, т. ј. да ли се доприноси *физичкој* или *психичкој* страни (физичким или психичким *условима*) извршења кривичног дела.⁴⁾ Тако постоји физичко помагање,

¹⁾ Уп. в. *Liszt* § 51 II 3.

²⁾ Прот. *Garraud* 3 п. 894 II (претходан споразум [l' accord préalable] ма и „импровизиран“, „непредумишљен“ је „битан услов саучешћа“).

³⁾ Тако н. пр. в. *Liszt* § 51 II 1, *Meyer-Altfeld* § 40 IV, *Frank* § 49 IV, *Garraud* 3 п. 915 и 930, *Garçon* art. 59 и 60, п. 345, *Birkmeyer* Vergl. D. Allg. T. 2 13, 69, *Haupt* Z 15 203. — Неки узимају (*Olshausen* § 49, 8 в. *Schwartz* § 49, 5 [„подобна“] *R G E* 9 149), да је за *саучесничко* (успело) помагање довољно, да је радња била управљена („намењена“), да буде услов последице („на доприношење“, схватајући тако, неумесно, доприношење у смислу *успелог*). — Ако је кривично дело остало у *покушају* због недовољности укаване помоћи (н. пр. недовољна доза отрова), постојаће ипак не само радња помагања, већ саучесничко помагање. Тако сада и *Frank* § 49 IV (док је раније узимао, да постоји само покушај помагања). Неуспело (покушано) *физичко* помагање може се појавити као успело (свршено) *психичко* помагање (длавање в. пр. недовољно подобног оруђа може појачати одлуку). Уп. *Frank* § 49 IV, в. *Liszt* § 51 пр. 7.

⁴⁾ Уп. (неодређено) *Meyer-Altfeld* § 40 II, в. *Liszt* § 51 II 1, *Frank* § 49 I. „Делом или саветом“ веле сви поменути као § 49 нем. к. з. (durch Rat oder Tat), али се узима (в.

кад су се спољне препреке за предузимање радње извршења отклониле, средства за извршење исте прибавила, или кад се је допринело у самом току извршења, н. пр. чувањем страже, додавањем оружја и т. д. Оно се дакле обично састоји у радњама, које се, кад су учињене од извршиоца, појављују као (неинкриминисане) припремне радње.¹⁾ Психичко помагање пак постоји, н. пр. кад су се давали савети, како да се изврши кривично дело, или кад се је обећало, да ће се помоћи после извршења кривичног дела или кад се је ојачала већ постојећа решеност, да се кривично дело изврши. У § 34 ал. 3 к. з. обухваћено је и физичко и психичко помагање.

а) Психичко помагање разликује се од подстрекавања тиме, што оно претпоставља, да већ постоји одлука на извршење кривичног дела, док је подстрекавање услов те одлуке, те јој је према томе претходно.²⁾

б) *Психичко* помагање се може састојати у делатности, која непосредно *физички* (физичким путем) дејствује, психички дакле само посредно (*посредно* психичко помагање), н. пр. ојачање извршиоцeve одлуке тучењем због његовог колебања. Обратно, *физичко* помагање се може састојати у делатности, која непосредно *психички* (психичким путем) дејствује, физички дакле само посредно (*посредно* физичко помагање), н. пр. изазивањем престрављености у чувара куће, где је извршилац крађе ушао, или наговарањем истога да отвори врата.³⁾ Поменуто психичко помагање је искључиво психичко помагање и поменуто физичко је искључиво физичко, пошто за деобу помагања у психичко и физичко може бити меродаван само карактер *дејства* делатности доприношења.

в) Постоји *једно* помагање с кривично-правног гледишта, и ако би било више физичких или психичких или и једних и других доприношења истог лица у истом кривичном делу (*једно* јединство — в. § 54 I — помагања).

2. Помагање може бити извршено *чињењем* или *нечињењем*, може дакле бити *позитивно* или *негативно* (*concursum positivum* и *negativum*).⁴⁾ Помагање нечињењем постојаће н. пр., кад стражар не спречи извршење извесног кривичног дела, ма да је то могао учинити. Има негативних помагања, која су предвиђена као *самостална* кривична дела (в. н. пр. § 135 к. з.) О противправности негативног помагања в. § 34 II.

Meyer-Allfeld § 53 пр. 3) и мора узети, да реч „савет“ обухвата *сваку* врсту психичког дејствовања.

¹⁾ Уп. в. *Liszt* § 51 II 1.

²⁾ Уп. *M. E. Meyer* 398.

³⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 40 пр. 3, *Minz* 198.

⁴⁾ Уп. *Feuerbach* § 49, в. *Liszt* § 51 II 1, *Frank* § 49 I 1, *Meyer-Allfeld* § 40 II. Прот. *Garraud* 3 п. 890, 931 и 932 I, *Garçon* art. 59 и 60, п. 335, *Vidal-Magnol* п. 421 (слобразно свом мишљењу — в. § 34 — о противправности нечињења).

3. Помагање може најзад бити *преишходно* или *истовремено* (*concursum antecedens* и *concomitans*) с радњом извршења. Старији писци су међутим сматрали, да помагања може бити и *после* извршења кривичног дела. То је т. зв. *касније* помагање или *подржавање* (*concursum subsequens*,¹⁾ *aide postérieur*, *Begünstigung*), и оно се састоји било у помагању, да се корист прибављења кривичним делом обезбеди, т. зв. стварно подржавање, било у помагању кривцу, да избегне заслужену казну, т. зв. лично подржавање.²⁾ Ова се теорија може објаснити нејасним појмовима, који су у оно време владали о узрочности и према томе о суштини саучешћа. Као што је на име речено, помагање постоји само, ако је указана помоћ један *услов* последице радње извршења, а подржавање то није. У случају пак кад је подржавање обећано пре извршења кривичног дела, помагање истина постоји, али се оно ту састоји у датом обећању, а не у подржавању, јер само је обећање услов радње извршења. И кад је обећано подржавање заиста учињено по извршењу кривичног дела, онда је дотични извршио с једне стране помагање, с друге подржавање.³⁾

Но ипак има једно помагање, које се може означити као *касније* помагање или *међупомоћ*. То је случај (особито код убиства и телесне повреде) доприношења самој последици, које се је догодило *после* радње извршења, т. ј. између ње и последице. Такво би помагање постојало н. пр. онда, ако би рањено лице неко спречио, да узме лек (или у случају тровања противотров), и ово услед оног умре или наступи теже инкриминисана телесна повреда.⁴⁾

¹⁾ Уп. *Garraud* 3 п. 933, *Meyer-Allfeld* § 40 II.

²⁾ Уп. против ове теорије од старијих *veh Feuerbach* § 53 пр. II. В. и *Meyer-Allfeld* § 40 II.

³⁾ И у срп. к. з. бала је заступљена стара, погрешна теорија о подржавању. О њему је реч у одељку о саучешћу, у §§ 49 и 50 срп. к. з. У § 49 говори се о подржавању обећаном *пре* извршења кривичног дела. Оно се сматра као право саучешће, јер се за њ казни по § 47, т. ј. по одредби о казни за саучешће помагањем. У § 50 пак реч је о подржавању, које *није* обећано *унапред*. За њ' је прописана особена казна, из чега излази, да се сматра као саучешће само по томе што је предвиђено у глави о саучешћу. У франц. к. з. заступљена је старија теорија у погледу подржавања у опште (личног и стварног). Подржавачи се увек казне као „саучесници“ (чл. 61 и 62). Уп. *Ortolan* п. 1308 и 1309 (који, неосновано *de lege lata*, сматра као касније помагање само *стварно* подржавање), *Garraud* 3 п. 934, 911 и сл.

У ствари се и за срп. као и франц. к. з. има с обзиром на горе речено узети, да је код т. зв. њиховог каснијег помагања-саучешћа у питању *самостално* кривично дело подржавања с том особеношћу, што је оно изједначено у казни са саучешћем, у срп. к. з. подржавање унапред обећано, а у француском у опште лично и стварно. В. П. д. 2. изд. § 123.

⁴⁾ Уп. *Frank* § 47 II, *M. E. Mayer* 399 пр. 19 (но узимајући, да у случају ненаступања смрти у опште не постоји помагање), *Wachenfeld* 209 пр. 2 (узимајући, да постоји

4. Помагање (доприношење) у помагању и подстрекавању (навођењу) на помагање, дакле у опште *саучешће* у помагању је *посредно* (сукцесивно) помагање, насупрот *непосредном*.¹⁾ Оно је дакле друга врста *посредног* саучешћа или *саучешћа у саучешћу* (в. § 29 II 1 г за прву, т. ј. за саучешће у подстрекавању).

§ 31. Радња извршења, подстрекавање и помагање с гледишта узрочности.

Књижевност. — В. § 28.

I. Пошто је основни елеменат у појму кривичног дела *проузроковање* (извесне последице) људском радњом, било би за кривичну одговорност увек потребно, да је радња *узрок* последице. Позитивно право (к. з. као и готово сви страни к. з.) не сматра међутим, као што се је видело (§ 26 IV 3), подстрекавање и помагање у извесном кривичном делу као *узрок* последице,²⁾ већ само *радњу извршења*, и ако се за њих кривично одговара. Подстрекавање и помагање су тако само *услови* последице.³⁾ Извршиоци подстрекавања и помагања, т. зв. подстрекачи и помагачи нису дакле проузроковачи последице, т. ј. *извршиоци* кривичног дела, већ је то једино извршилац радње извршења. Зашто се подстрекачи и помагачи ипак казне за кривично дело, у коме су само саучесници, т. ј. за дело, које није њихово с узрочног гледишта, о томе в. §§ 79 I.

II. 1. Према *v. Buri*-у и подстрекавање и помагање се сматрају од позитивног законодавства као *узроци* последице.⁴⁾ Теорија узрочне је-

извршиоштво, ако дотични помагач преузме владавину над каузалим низом), *Oppenhoff* § 69, 13. Према неким је ово помагање извршиоштво. Тако *Meyer-Allfeld* § 40 V пр. 19 („у колико има каузали значај“), *Otshausen* § 49, 5 (помагач је по к. з., вели, ко помаже „извршењу“ кривичног дела, те може бити само [што зависи од тога, ко је проузроковач] извршилац или саизвршилац ова], који помоћ укаже „*после* извршења“), *Finger* I 358 пр. 465.

¹⁾ Уп. *v. Liszt* § 53 III 1. Према неким (в. пр. *Frank* § 49 III 2) то је *самостална* форма саучешћа, случешће у помагању, а не посредно помагање у „главном делу.“ В. код подстрекавања (§ 29 II 1 г пр. 5) за мишљење о некажњивости за посредно случешће у опште.

²⁾ Тако (*de lege ferenda*) и. пр. *Getz Mitteilungen* 5 348. В. и *v. Lilienthal* Z 15 287, *Klee* G A 67 84. Уп. *Frank* 3. Abschn. II. В. *Основни проблеми* § 16 II 1.

³⁾ То се види по томе, што се у к. з. чини разлика између „*учиниоца*“ с једне стране и подстрекача и помагача с друге, дакле већ по самим називањима; као и по томе, што се у § 34 к.з. вели за подстрекача, да ће се за кривично дело казнити, „*као да га је сам учинио*“ (ал. 1), а за помагача да може бити „*блаже кажњен*“ (ал. 3), т. ј. (што се у вези с одредбом ал. 1 подразумева) *блаже*, но да га је сам учинио.

⁴⁾ *Die Lehre von der Teilnahme* 1860, *Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen* 1885, G S 90 278.

днакости свих услова (в. § 25 IV) је дакле према њему законска теорија. Разлика између извршиоца и саучесника лежи према њему само у субјективним моментима (в. о томе § 77 II 1). Његово мишљење заступљено је и од немачког Царевинског суда, али у књижевности је с разлогом одбачено, пошто је у очигледној противности с текстом §§-а 48 и 49 нем. к. з. (сличним §-у 34 к. з.).¹⁾

2. Према другом (у немачкој књижевности владајућем) мишљењу и подстрекавање и помагање су *узроци* последице, али је *радњом извршења* узрочна веза *прекинућа* између њих и последице, или како се в. *Liszt* изражава, законодавац гледа у радњи извршења нов узрочни низ.²⁾ Но из овога гледишта излази, као да подстрекавање и помагање у наведеном случају прекида узрочности нису чак ни обични *услови* последице, што је у противречности са ствариошћу, као и само тврђење о прекиду каузалне везе (в. о овоме прекиду § 58 II 2 б).³⁾

3. Према неким (од немачких писаца) подстрекавање и помагање су само *услови*, али се у случају одсуства виности код извршиоца прекида узрочна веза између радње извршења и последице и оне се две радње претварају услед тога прекида у *узроке* (в. о томе прекиду § 58 II 2 а).⁴⁾

4. Најзад неки к. з. (чл. 66 ал. 4 белг. к. з.)⁵⁾ сматрају као *узрок* поред радње извршења и *подстрекавање*. Према њима је дакле и подстрекач *извршилац* („интелектуални извршилац“, насупротив „материјалном“, т. ј. ономе, који врши радњу извршења).⁶⁾

§ 32. Место и време кривичног дела.

Књижевност. — в. *Bar* I 134. *Kitzinger* Ort und Zeit der Handlung im Strafrecht 1902 и *Vergl. D. Allg. T. 1* 137. в. *Lillenthal* Ort und Zeit der Handlung 1890. *Betz* Das forum delicti commissi und der Ort der Tat im Sinne des St G B 1896. *Gottlieb* Der Strafart mit besonderer Rücksicht auf die Unterlassung (в. *Lil.* Heft 111) 1909. *Heymann* Territorialitätsprinzip und Distanzdelikt (Diss.) 1914. *Zürcher Schweizer Z* 24 325. *Kantorowicz* Monatsschrift 7 269, в. *Hippel Z* 37 1. *Schneider* Der Ort der begangenen Handlung 1886.

¹⁾ В. против њега нарочито *Birkmeyer* Die Lehre von der Teilnahme 1890.

²⁾ в. *Liszt* § 29 IV. В. ближе § 58 III.

³⁾ Уп. *Frank* § 48 1.

⁴⁾ Тако у ствари и *Frank* (4. *Abschn.* III.) али он то изражава друкчије. Саучешће припада, вели, „психички посредованом“ каузалитету, а извршиоштво *физички* посредованом. У случају одсуства виности код извршиоца каузалитет саучешћа постаје „физички посредовали“. Ова његова терминологија одговара само суштини подстрекавања и психичког помагања, али и у толико је незгодна, јер може створити забуну, као да је и саучешће кауза. Уп. против њега (нејасно) *Schwartz* § 47, 1 в. В. о њему § 58 III 3 пр.

⁵⁾ Тако старији писци (као *Ortelan* п. 1260, *Feurbach* § 44).

⁶⁾ И *главно* помагање (в. § 30 II 1 в).

I. Питање о месту и времену извршења кривичног дела појављује се код т. зв. *диспанцих* кривичних дела, т. ј. онда, кад се радња и њена последица нису догодиле на истом месту или у исто време.¹⁾ А пуца в. пр. на територији Краљевине Југославије на Б, који се налази на територији Румуније, и лако га повреди. У овом случају је радња извршена у Краљевини Југославији, а последица је наступила у Румунији. Питање је, где се има сматрати, да се је догодило проузроковање и према томе кривично дело. Према томе да ли ће се дати превага последици или радњи у решењу овог питања, постојаће, кад су на пр. кривац и повређени румунски држављани, случај из § 7 или из 3 к. з. Исто тако ако је А пуцао на територији једног судског округа, и убио Б, који се је налазио на територији другог, од решења питања о месту проузроковања зависи, да ли ће бити надлежан овај или онај окружни суд у случају §-а 14 к. с. п. Питање о *месту* проузроковања је према томе од важности и за међународно кривично право и за кривични судски поступак. Питање пак о *времену* кривичног дела је од знааја и за унутарње кривично право и за међународно и за кривични судски поступак. А н. пр. пуца на Б 15. јануара, а Б умре од ране тек 15. фебруара. Решење питања, да ли је убиство извршено 15. јануара или 15. фебруара је од значаја, у три погледа. Ако је на име у међувремену промењен казнени закон, од решења овог питања зависи, да ли ће се применити стари, кад је блажији (§ 2 к. з.), или увек нови казнени закон. Тако исто од решења овога питања зависи, да ли ће рок застарелости гоњења (в. § 79 ал. 1 к. з.) почети 15. јануара или 15. фебруара, пошто тај рок почиње онога дана, кад је кривично дело учињено. Најзад од решења тога питања зависи у случају, кад је поступак промењен, да ли ће се применити нове процесуалне одредбе или старе.

II. Питање о времену и месту извршења кривичног дела решило се је на три разна начина.²⁾

I. Према т. зв. *теорији делатности* или *борављења* (*Tätigkeits- oder Aufenthaltstheorie*) меродаван је *телесни покрет* одн. *проиштане* истога, т. ј. *радња* (в. *Liszt*: остварење воље). Кривично дело је извршено онде и онда, где и када је телесни покрет (одн. нечињење) извршен.³⁾ Ако има *више* радњи извршења, меродавно је према неким

¹⁾ Уп. в. *Liszt* § 31 IV, *Meyer-Allfeld* § 23 I, *M. E. Mayer* 92.

²⁾ Препоручује се умесно, да се ово питање у самом закону реши због великог значаја његовог решења у овом или оном смислу (*Kantorowicz* 270—272, *M. E. Mayer* 93, *Kitzinger* *Vergl. D. Allg. T.* 222). То је учињено у к. з. и у к. с. п. (као и у италиј. к. з. од 1930 и у пројектима к. з.).

³⁾ Тако в. *Liszt* § 31 IV, *Frank* § 3 IV 3 (према коме се овој проблему не може прићи „чисто логичким путем“, већ је у питању само да се нађе решење, „које правно

исто и време сваке радње,¹⁾ према другима²⁾ само место и време последње радње.³⁾ Ова је теорија нужна консеквенца *реалистичког* схватања кривичног дела као *радње* (в. § 16 III 3).⁴⁾

2. Према другој једној теорији меродавна је напротив *последница*. Она има две варијанте. (1^o) Према једној⁵⁾ меродавна је последница кривичног дела у *ишњању* (н. пр. смрт код убиства), (2^o) према другој⁶⁾ *најближа* противправна (scil. кривично-правно релевантна) последница, т. ј. последница произведена у тренутку, кад је објекат био погођен, или, према другом начину изражавања, последница, која је резултат снага стављених у покрет људском радњом, а која је произведена у самом тренутку, кад су ове погодиле свој објект (н. пр. телесна повреда код

највише *задовољава**, додајући да је место последнице меродавно само онда, ако закон на то изрично упућује), *Hälschner* I 152, *Meyer-Allfeld* § 23 II, *Haftter* § 17 II 3 (теорија „убиквистета“: она се може, вели, оправдати „и догматички и стварно“, а пре свега је од практичне вредности, јер може да учини „крај невољи сукоба надлежности“), *Beling* 106 и *Z* 17 316, *Šilović* 72, *v. Bar* I 141, *Kitzinger* 173, *Merkel* 276, *Birkmeyer* *Strafprozessrecht* 188, *Meili* *Lehrbuch des internationalen Strafrechts* (1910) 113, *Lanza* I 153/4 (где је кривично дело свршено, а место објекта је без значаја).

¹⁾ Тако *Frank* § 3 IV 3, *Merkel* 276, *Meyer-Allfeld* § 23 IV, *Kitzinger* 173, *Schneidler* 48.

²⁾ Тако *Hälschner* I 153, *Oppenhoff* § 3, 10.

³⁾ Место и време *нечињења* је према неким место и време, где и кад је извршилац био правно обвезан на пропуштено чињење (тако *v. Liszt* § 31 IV 1, *Haftter* § 17 II 3 (где је се требало да ради* поред места последнице); а према другом, подробнијем мишљењу (*Frank* § 3 IV, *Meyer-Allfeld* § 23 V) место и време, где и кад је извршилац најкасније морао да предузме чињење ради испуњења своје правне обвезе (с додатком, да у случају, кад се делање у одређеном року захтева под казном, правна обвеза може и даље постојати, и ако је протекао рок, и да се питање, докле траје та обвеза, има испитивати према природи дотичне одредбе).

⁴⁾ У прилог ове теорије наводе се иначе више разлога: извршилац влада, вели се својом радњом месно и времено, док често нема утицаја на место и време наступања последнице, тако да је то ствар случајности (ако се н. пр. лице, које је рањено у Нишу, преноси возом у Бугарску, место и време убиства би зависила од случаја, да ли је воз у време смрти већ прешао границу или не). Или што се тиче посебно времена, у случају ступања на снагу, у времену између радње и последнице, новог закона, на извршиоца би се и онда, кад се он, вели се, по закону времена радње не би казнио или би блажије био кажњен, имао да примени нов закон, и ако у већини случајева више не може да спречи последницу, за коју је узрок поставио. Затим ако је извршилац у време радње био душевно оболео, на је оздравио пре наступања последнице, он би се, вели се (превиђајући, да је овде меродавно време радње, а не кривичног дела), имао да казни. Или ако је извршилац умро пре последнице, изашло би, вели се (превиђајући исто), из теорије у питању, да је човека убио по својој смрти. За место радње наводе се и процесуални разлози целисходности, да оно заснује надлежност (само се оно може са сигурношћу утврдити; затим доказна средства се на њему могу најлакше пронаћи; и т. д.). Уп. *Meyer-Allfeld* I. с., *Frank* § 3 IV 1, *Schneidler* 31 и сл., *v. Lilienthal* 12 и сл.

⁵⁾ Тако *Olshausen* § 3, 6, *Häberlin* G A 25 432.

⁶⁾ Тако *v. Hippel* Z 16 603, *Beitz*.

убиства, кад је смрт тек доцније наступила), т. зв. *теорија раније последице, међупоследице* (Theorie der Zwischenwirkungen, der Zwischenfolgen, der langen Hand).¹⁾ Тако ако А рани Б у Београду, и овај умре у Нишу, према првој варијанти кривично дело је извршено у Нишу, јер је ту наступила смрт, последица кривичног дела у питању, убиства; према другој у Београду, јер је ту наступила најближа противправна последица, обрана.

3. Према трећој теорији меродавни су и радња и последица, т. зв. *теорија јединства* (Einheitstheorie), *спојна или мешовита*.²⁾ Кривично дело је извршено онде и онда, где и кад су се догодиле како радња тако и последица.³⁾

III. Све ове теорије имају исте махне: немогуће је дати подједнако решење без обзира на то, (1^o) да ли је у питању место или време извршења кривичног дела, и (2^o) да ли је у питању место извршења једног кривичног дела, чије су се и радња и последица догодиле у границама исте државе, или најрођив једна у једној, друга у другој држави.

1. а) Кад је у питању *место* извршења кривичног дела, мора се сматрати за меродавно *место*, где је *последица* произведена, и то *последица* кривичног дела у *питању*, а не најближа противправна последица. Овакво решење је неизбежна принципелна, логичка последица основног

¹⁾ Радња не престаје, вели се у прилог ове варијанте (в. *Häberlin* G A 25 434; уп. *v. Lillenthal* 15, *Wachenfeld* 99), с телесном делатношћу као таквом, већ траје, док год поменуте снаге (људске, животињске, механичке, природне) дејствују, те је то дејствовање њен саставни део, њено продужење, а не њена последица. На ово се умесно одговара (*Hälschner* G S 30 67; уп. *v. Lillenthal* 16), да је поменуто продужење дејствовања извршиоачево само једна фикција, а и кад оно то не би било, требало би доследно узети, да се дејствовање извршиоачево продужава и после погађања објекта, те да је меродавна последица кривичног дела у питању.

²⁾ Тако *v. Lillenthal* 18 и сл., *Berner* 255, *Binding* 416, 418 (називајући месно доставца кривична дела, која само прелазе кроз неку трећу земљу, *транзитним*, и. пр. А из Берлина пошаље лицу Б у Београду увредљиво писмо) и сл., *M. E. Mayer* 93 (питање о месту и времену је, вели, питање *целисходности*, а најцелисходније решење истога даје теорија јединства), *Wachenfeld* 99, *v. Kries* Lehrbuch des Strafprozessrechts 167, *Schmidt* Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts (2. Aufl. 1910), R G 9 10, 30 98. Тако и *Garraud* I п. 171 а (имајући у виду само место, и то с гледишта међународног кривичног права). Према неким је меродавно место радње и „дејства“ (Wirkung), не „последице“ (*Stenglein, Schwartz* § 3, 6).

³⁾ Нема ничега бесмисленог, вели се (уп. *v. Lillenthal* 21 и сл.), у томе, да се кривично дело појављује као извршено у два разна места и времена, јер је та могућност одавно призната у међународном праву, а и према кривичном поступку могу више судова бити надлежни у истој ствари. И разлози целисходности говоре, вели се још, у прилог овога гледишта. Према њему на име суђење се може вршити онде, где је то најумесније. Тиме се пак даје велика слобода кретања истражним органима. Сем тога се тиме омогућава кажњавање и за дело, чија је радња извршена на страни, а последица је у земљи

елемента у нашем појму кривичног дела, његовог рода (генуса) дакле, проузроковања људском радњом. Сходно томе схватању место кривичног дела може бити само место *проузроковања*, а то је место *последнице*, јер проузроковање постоји тек онда, кад се је последица произвела.¹⁾ То исто, као и под б речено, важи наравно и за кривична дела *нечињем* (права и неправа). Код кривичних дела путем *штамае* место последице је место објављивања (в. § 49 V 3).²⁾

б) Но кад се радња и последица нису догодиле у истој држави, не може се остати при овом принципу, ма да је он једини уместан с (начелног) правног гледишта. Одржање правног поретка у држави захтева, да се казни за сва кривична дела, чија се је било радња било последица у њој догодила. Зато се (из разлога опортуности дакле) с гледишта *међународног* кривичног права мора одступити од оног принципа и сматрати као меродавне за питање о *месту* кривичног дела и место *радње* и место *последнице* (у толико се дакле има примити теорија *јединства*). Тако исто се мора с истог гледишта узети, да је дело извршено у Краљевини и онда, ако је према умишљају имала у њој да наступи последица.³⁾

2. И за време извршења кривичног дела треба да буде меродавно време, кад се је *последница* произвела.

IV. У к. з. је питање о *месту* и *времену* извршења кривичног дела изрично решено (§ 11): за *место* извршења меродавно је како место *радње* (целе или делимице извршене) тако и место *последнице*, а за време време *радње* („онда, када је учинилац радио или морао радити“).

У к. с. п. је питање о *месту* извршења кривичног дела решено на исти начин: меродавно је како место *радње* тако и место *последнице* (§ 14 ал. 1 ст. 2 к. с. п.).

наступила, јер би иначе извршилац остао можда некажњен (на име ако га његова земља не тражи, да јој се изда). — В. *Heinemann* за његово гледиште (за противправност меродавна последица, за виност телесни покрет, а при противречности ова два права примениће се блажији закон, у чему се такође огледа произвољност онога решења — уп. в. *Liszt* § 31 пр. 3). — Према неким (*Binding* 415, *Hegler* 46, в. *Bar* 2 39) питање се не може решити на исти начин за *материјално* и *формално* кривично право, али за то разликовање нема у ствари (в. за к. з. и к. с. п. IV) разлога (уп. прот. *Frank* § 3 IV, *Kitzinger* 49, в. *Lilienthal* 4 и сл.).

¹⁾ У осталом све док кривично дело није довршено, т. ј. све док последица није произведена, још се не зна, да ли извршилац заслужује казну, јер је до довршења могућ драговољан одуставак, и да ли се он уопште, ако су у питању кривична дела, за чији се покушај не казни, може да казни. Ово је довољно, да побије (или бар претегне над њима) разлоге наведене у прилог теорије делатности (в. горе II 1 пр.).

²⁾ Уп. *Lilienthal* 30.

³⁾ То је гледиште било усвојено у аустријском пројекту (§ 83 ал. 2) као и пре тога, неодређено, у норвешком к. з. (§ 12).

V. Из горњег излази :

1. Код *подстреквања* и *помагања* (саучешћа) меродавно је место и време последице, пошто су они пре наступања исте кривично-правно ирелевантни.¹⁾ У међународном кривичном праву, саобразно постављеном принципу (III 1 б), *место* саучешћа је и место *његовог* извршења.

У § 11 к. з. не говори се посебно о месту и времену саучешћа као за покушај. Има се, сходно његовом принципу, узети, да је меродавно за место саучешћа место и *радње извршења* и *последице*, а за време саучешћа време *радње извршења*.

2. *Покушај* има за последицу опасност (в. § 74 III). Према томе за *место* покушаја кривичног дела меродавно је место опасности, а то је, ако има *особеног нападног* објекта, место истога, иначе место *заштитног* објекта. У међународном кривичном праву меродавно је (в. III 1 б) и место *радње*. За време пак покушаја је меродавно време, кад је опасност произведена.²⁾

Према § 11 к. з. за *место* *покушаја* је према његовој изричној одредби (ал. 1 ст. 2) меродавно и место *радње* и место, где је *тревало* да по извршиочевом умишљају *последица наступи* (т. ј. место, где се је нападни објекат одн. заштитни по извршиочевом умишљају налазио). За време је пак, као и код свршеног кривичног дела, меродавно време *радње*.

3. Код *продуженог* и *колеktivног* кривичног дела (в. §§ 51 и 53) меродавно је место и време *сваке* последице.³⁾ У случају неслагања између домаћег и страног законодавства важиће домаће право, а у случају неслагања између ранијег и каснијег законодавства, примениће се блажији закон.⁴⁾

У смислу §-а 11 к. з. има се узети, да је за место меродавно место и време како *сваке радње* тако и *сваке последице*, а за време само време *сваке радње*.

¹⁾ Према неким присталицама теорије *борављења* (Frank § 3 IV, Köhler 228) је меродавно и место и време, где или када подстрекнути прими изазивање, помогнути помоћ; док је према другима једино меродавно место и време *радње* подстреквања одн. *помагања* (v. Liszt § 31 IV, Meyer-Allfeld § 23 III). Према заступницима теорије *последице* меродавно је, с обзиром на „истоветност“ последице и акцесорну природу саучешћа, место и време последице „главног дела“, т. ј. кривичног дела у питању (тако Birkmeyer Die Lehre von der Teilnahme 176, Hertz Die Lehre von der Teilnahme 170). Уп. и Garraud I п. 171 в.

²⁾ Уп. за решење по теорији делатности v. Liszt § 31 IV 4 (време одн. место *радње* је меродавно).

³⁾ Уп. за решење по теорији делатности v. Liszt § 31 IV 4, Meyer-Allfeld § 23 IV, Frank § 3 IV (место и време *сваке радње*). Уп. и Garraud I п. 171 в.

⁴⁾ Уп. v. Liszt § 31 IV 5.

4. Код *трајног* кривичног дела (в. § 55) меродавно је *свако* место *последнице* и *цело* време трајања последнице.¹⁾ Кривично се дело има дакле сматрати као извршено на сваком од тих места и у сваком тренутку оног времена.

У смислу §-а 11 к. з. меродавно је за *место* и место *радње*, а за време само време *радње*.

VI. *Независни* су од времена кривичног дела:

1. Подобност за урачунљивост и виност, пошто без обзира на начин решења питања о времену кривичног дела оне мора да постоје у време *радње*.

2. Деоба услова инкриминације по времену (в. § 46 II 2 пр.)

3. Настанак државног права на кривичну санкцију (в. § 46 III 1 пр.).

¹⁾ Уп. за решење по теорији делатности *Frank* § 3 IV (место и време радње, т. ј. — сходно његовом појму трајног кривичног дела — „одржавања противправног стања“). Уп. и *Garraud* I п. 171 в.

ГЛАВА II.

Кривично дело као противправно проузроковање (scil. извесне последице) људском радњом (као противправно дело).

§ 33. Појам противправности.

Књажевност. — За I: *Torp Z 23 84. Stooss Z 24 319. Hold v. Ferneck Die Rechtswidrigkeit I 1903* (в. о истом *Graf zu Dohna Z 24 53. Kohlrausch Irrium und Schuldbegriff im Strafrecht 1903. M. E. Mayer Rechtsnormen und Kulturnormen 1903 (Beling Heft 50). Graf zu Dohna Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen 1905. Beling Die Grenzlinien zwischen Recht und Unrecht 1913. Sauer Z 33 785. Mittermaier Z 44 9. Hegler Z 36 35. Kulmann Strafrecht und Läsionslehre 1912. Mezger G S 89 207. Bierling 3 170. v. Bar 3 1—15. Heinemann Die Bindingsche Schuldlehre 1889. Binder Rechtsnorm und Rechtspflicht 1912. Wolter (Die Krise der Rechtswidrigkeitslehre) Z 48 32. — За III: *M. E. Mayer в. I. Goldschmidt Das Verwaltungsstrafrecht 1902, G A 49 71, Das Verwaltungsstrafrecht 1903. Rotering Z 26 719. Frank Studien zum Polizeistrafrecht 1897. Guderian Z 21 828. Dronke Z 26 632. Umhauer Ein Beitrag zur Lehre vom Begriff und Wesen des Polizeidelikts (Diss.) 1904. B, Bulletin J. K. V. 7 186, 8 55, 131, 289, 10 513, 12 200, 214. Nagler Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit 1911. Fischer Die Rechtswidrigkeit 1911. Rupp Modernes Recht und Verschuldung 1880. Rosenberg Z 24 1. Rosin Wörterbuch des Staats- und Verwaltungsrechtes 3 112. Binding Normen I § 54. Frank Z 18 733. Träger G S 77 81. Rosenberg Reform 2 466. Rosenberg Z 22 31, 24 1. Hofacker Ueber die Grenzabscheidung zwischen Strafrechtssprechung und Verwaltung 1914. Исму Z 43 649. Hatschek G A 57 1. Исму Studien zum österreichischen Polizeistrafrecht 1910 (в. о њему *Goldschmidt Z 31 495. Stienen Z 35 637. Daimer в. књ. § 18. Hafter Schweiz. Z. 45 149. Mezger Sein und Sollen im Recht 1920. Nathan в. књ. § 35. Wegner Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht 1925.***

I. Врло је спорно питање, у чему се састоји *противправности*.¹⁾ Неколико теорија су поводом истога поникле. Изгледа међутим лако на први поглед решење питања о суштини *противправности*. Зауостав-

¹⁾ В. *Основни проблеми* § 10 пр. 56 о термину *противправност* (*Rechtswidrigkeit, antijuridicité*) и о рђавој страни у француској књажевности често употребљених израза „недопуштено“ (*illicite*) и „неправедно“ (*injuste*).

љајући се на име на самом називу појма, рекло би се, да је противправност противност (супротност) *праву*, т. ј. (пошто је право — в. § 2 I — правни пропис или норма) *правном пропису* (императиву).¹⁾ Али у ствари с овим одређењем питање о појму противправности није решено, јер се одмах при одређивању тога појма појављује питање, *којим* је правним прописима противправност противност. Раније се говорило, да су то „казнени закони“ (lois pénales, Strafgesetze). Пре неколико десетина година увидело се је, да је ово формулисање (на основу којег се је кривично дело дефинисало као повреда казненог закона) грешка терминологије, ако баш не, као што се је тврдило, појамна, логичка.²⁾ Извршењем кривичног дела се не повређује *казнени закон*, већ се напротив тиме дела *саобразно* овоме закону, пошто он прописује казну за кривично дело против кривца. Извршењем кривичног дела се у ствари повређују *заповести* или *забране*, које се прећутно (в. § 2 IV 1) садрже у казним законима. Те *прећутне* заповести и забране назване су од *Binding-а нормама*, а ми их називамо (в. § 2 IV) *прећутним кривичним прописима* (или законима). Противправност се појављује на тај начин као *противност једној одређеној норми, или прећутном кривичном пропису*. Ово је, као што се види, *формална* дефиниција противправности, јер она оставља на страну *материју* (субстанцу) кривичног неправга. Међутим и таква каква је она не исцрпљује у потпуности *форму* противправности, недовољна је дакле. Сем тога потребно је, у сагласности с разликовањем између *формалног* и *материјалног* појма кривичног дела (као и самог кривичног права), одредити и *материју* противправности, њен *материјални* или (в. § 2 II) тачније *материјално-формални* појам (или како се још каже *материјалну* [тачније материјално-формалну] противправност насупрот *формалној* противправности).³⁾

¹⁾ Не би се међутим могло рећи, да је противправност противност *субјективном* праву из два разлога (уп. *M. E. Mayer* 174 пр. 2): 1° субјективно право је само консеквенца објективног, 2° није увек (в. § 17 I 5) његова консеквенца, н. пр. код правних прописа о кривичним делима против религије или морала. Тако исто било би нетачно, да се означава као противправно оно дело, које се врши без (scil. субјективног) *права* (тако н. пр. *Garraud I* п. 99 IV), јер непротивправна радња не мора да буде уједно радња, на коју се *има* право (н. пр. радња нужне одбране, која није противправна, али је спорно, да ли је право или чак дужност; или за радњу стања нужде неки с *Kant*-ом узимају, да није противправна, али да се за разлику од радње одбране нема права на њу);

²⁾ В. *Основни проблеми* § 10 пр. 11.

³⁾ Сходно томе се говори о формалном и материјалном „неправу“ (*Metzger*, в. ниже 3 пр.). *M. E. Meyer* (189) узима неумесно, да су могућа „два одређења појма противправности“, формално и материјално, али не „два појма“ исте, „формална и материјална противправност“ (као што их је, вели, најоштрије издвојио *v. Liszt*), јер две дефиниције, вели, хоће да појам савладају „на два разна начина“, али не да га „удвоструче“, називајући

1. Неки се међутим (с *Binding*-ом) задовољавају *формалном* дефиницијом противправности, и то чак оном горе наведеном, која је, као што је речено, у ствари непотпуна, а коју *Beling* још (в. б) и упрошћава. Поједини од њих чак одбацују *материјални* појам противправности, према томе разликовање две врсте исте, и називају просто своју дефиницију дефиницијом појма противправности, а не њеног формалног појма. Да би то образложили, они тврде, да се противправност не може објаснити тобож ван права лежећим принципом,¹⁾ а у ствари превиђају, да је *материја* права, и ако по себи неправна појава, састојак права, те да је и напад на њу у противправности, а не ван.²⁾ То су дакле они, који (присталице теорије норми или [в. § 5 III пр. 1] „правног техницизма“) хоће да се у изучавању кривичног права или бар противправности (и према томе и кривичног дела) задрже на чисто правном моменту (превиђајући, да се тако не може ни кривично право продубити и према томе објаснити, нити пракси дати поуздан објективни критеријум).

а) *Binding*-ов појам (формалне) противправности. — Горе формулисано (формалну) дефиницију противправности дао је *Binding*, аутор једностране *теорије норми*³⁾ (који је ипак овом теоријом знатно допринео разјашњавању појма противправности), сматрајући је као *једино* могућу дефиницију, и ако се она у ствари ограничава на *форму* противправности. *Противправност* је према његовој сопственој формули *Противправност* *извесној* (одређеној) *државној норми* (т. ј. извесним државном императиву [заповести или забрани]), краће „нормна противност“ (*Normwidrigkeit*). *Противправно* је оно дело, које је противно одређеној правној норми.⁴⁾ Тако код убиства противправност је противност норми „не убиј“, код крађе норми „не укради“.⁵⁾

Једну „номиналном“ (термин, који означава само фиктивну дефиницију и према томе нетачно је употребљен место термина „формална“), а другу „реалном“ (или материјалном). У ствари удвостручавања нема, кад се говори о два појма противправности (као и кривичног дела), јер се ту само мисли на два *састојка* суштине њене.

¹⁾ Тако поред других *Haller* § 18 I (противправност се, вели, може само *формално* одредити). Уп. против њих *M. E. Mayer* 181 (разлог је, „овој довољној науци“, вели, „незалечими страх од социолошких истраживања и с тиме тобож скопчаног потцењивања правних правила“), означајући то као „оправдано језгро постепено до пароле ишле приредбе, да је теорија норми *формалистичка*“.

²⁾ В. *Основни проблеми* § 17 III.

³⁾ В. *Meyer-Alfeld* (§ 14 пр. 1) о присталицама и противницима теорије норми.

⁴⁾ *Handbuch* 156, *Die Normen* I 35 и сл., *Grundriss* 63 и сл.

⁵⁾ У погледу дефинисања противправности у горњем смислу присталице су теорије норми н. пр. *Thon* *Rechtsnorm und subjektives Recht* 1878, *Finger* I 96, *Bierling* 3 170, *Z* 10 251, *Nagler* 366, *Oetker* *Einfluss des Rechtsirrtums* 1876, Прот. н. пр. в. *Liszt* § 2 пр. 3,

1^o Заслуга *Binding*-ова састоји се поглавито у томе, што је он први изрично указао на разлику, која постоји између *норме* и *казненог закона*. Раније је ова била само узгред навођена. *Нормама се*, вели он, *нешто заповеда или забрањује, док казнени закони прописују казне за повреду норми*. Циљ норми је дакле потпуно различан од циља казnenих закона. Норме су према томе *самостални* правни прописи, а не саставни делови *казnenих* закона. Да су норме независне од казnenих закона, *Binding* наводи у потврду и то, што има норми, на које се не надовезује никакав казнени закон, т. ј. казна, нити у опште ма која санкција, н. пр., вели (неумесно), уставне норме, које одређују дужности владоца („*zwangsfreie Pflichten*“). Док су норме на тај начин нужне претпоставке казnenих закона, обрнуто није тачно.

Из независности норми од закона, вели *Binding*, излази:

(1) Кривичним делима се не повређују казнени закони, већ *норме*. Кривац ради напротив у сагласности с казnenим законом. Да би ово истакао, он дефинише кривично дело као повреду норме (в. § 16 III 3).

(2) Нормом се заснива право на *послушност*, док казnenим законом право на *казну*. Кривично дело је према томе повреда права државе на послушност.

(3) Норме нису прописи кривичног права, али нису ни прописи приватног, административног и т. д. права према природи заштићеног добра. Оне су, вели, самостални прописи *јавног права*, сачињавајући део „неписаног права“ (*ungesetztes Recht*). Теорији норми има према томе места у Кривичном праву само, у колико је познавање исте потребно за разумевање ове правне науке.¹⁾

2^o *Binding*-ов појам противправности је *једностран* (в. о томе II).

б) *Beling*-ов појам противправности. — И он заснива појам противправности на појму *норме*, али узима у обзир само чисто *формалну* страну њену за разлику од *Binding*-а. Своју теорију је засновао, критикујући *Binding*-а.

1^o Норме нису, вели *Beling*, прописи јавног права, као што то тврди *Binding*, већ прописи разних правних грана, особито приватног права. Иначе би свака норма била и јавно-правна и у исто време приватно-правна, административно-правна и т. д. Свака би се дакле норма дуплицирала. Тако у приватном праву постоји норма, да дужник мора измирити свог повериоца. И кад би теорија *Binding*-ова била тачна, вели

§ 181, Z 6 673, 8 134, *Meyer-Alfeld* § 14 V, v. *Bar* I 22, *Laband* Staatsrecht (2. изд.) I 452, *Lucas* Subjektives Verschulden 65, G S 36 402, *H. Meyer* G S 33 118, *Heinemann*, *Zucker* Z 9 274, *Kohlrausch* Irrtum und Schuldbegriff 45, *M. E. Mayer* 175 (в. и ниже), *Binder* 24.

¹⁾ В. о томе *Handbuch* 164.

Belting, онда би у јавном праву морало бити још једном речено, да држава хоће ово намирење.¹⁾

2^о Ма да норме припадају разним правним гранама, ипак је с кривично-правног гледишта противправност, вели *Belting*, једносјавна, т. ј. она није приватно-правна, административно-правна и т. д., већ је увек иста без обзира на то, да ли је у питању норма приватног права или административног и т. д. Противправност је на име према *Belting*-у противност општој нормативној вољи или норми у *ојшће*, а не противност овој или оној норми. Другим речима према њему је противправност противност овој или оној одређеној норми, у колико је она у опште једна *зајовесити* или забрана (формална страна норме, која је заједничка свима нормама), а не у колико се њоме *ово* или *оно* заповеда или забрањује (материјална страна норми, која их одликује једну поред друге). Пошто су норме у првом (формалном) погледу међу собом равне, то је противправност онако, како је дефинише *Belting*, заиста једноставна, и ако он разликује норме приватно-правне, административно-правне и т. д.

3^о Схватање противправности као противности норми у *ојшће*, а не извесној норми правда се, вели *Belting*, и тиме, што је немогуће формулисати норме паралелно с кривичним делима, т. ј. тако да свако кривично дело има по једну одређену норму, јер има кривичних дела, која се састоје у повреди више норми. Тако код силовања би требало пре узети, да постоје две норме: „не треба да принуђујеш“ и „не треба да злоупотребиш женску на ванбрачну обљубу“, него само једна: „не треба силом женску на ванбрачну обљубу да принудиш.“²⁾

4^о Махна *Bindig*-ове теорије о противправности, једносјавности, још је више појачана у *Belting*-овом схватању исте (в. о томе II).

2. М. Е. Mayer-ов појам противправности. — Наводећи дефиницију *Bindig*-ову, која није, вели, ништа више до „номинална“ (формална) дефиниција противправности,³⁾ М. Е. Mayer поставља своју реалну (материјалну) дефиницију. Противправност је, вели, *противност извесној државом признатој културној норми.*⁴⁾ Mayer-ов појам противправности почива дакле на појму културне норме.

а) Културне норме су, вели, норме, којима се нешто заповеда или забрањује ради заштите друштвених интереса. Заштита друштвених ин-

¹⁾ 123 и сл.

²⁾ 117.

³⁾ Као таква она даје (174) само „таутолошко“ објашњење суштине противправности, те оставља без помоћи, кад треба да се попуне празнине или да се утврди неписано право, као и онда, кад законско право допушта више тумачења. Она се, вели (173), и данас још може сматрати „као израз“ онога, што је опште добро немачке јуриспруденције.

⁴⁾ 109 и сл. В. и његов *Lehrbuch* (1915) 19 и сл., 53 и сл., 173 и сл. Слично *Wegner* 54.

тереса назива се, вели, културом, и зато он ове норме зове *културним* нормама. Културна норма се може сходно томе, каже *Mayer*, дефинисати као *заповест* или *забрана сходна постојећој култури*, другим речима као заповест или забрана, која одговара културном предању о противдужносним радњама, према томе (в. III 1 в) као „примљена од народа, у опште од интересне заједнице“.

б) Но све док културне норме нису *признаће* од државе, оне важе као моралне или религиозне заповести, као захтеви економског и саобраћајног живота, и т. д. Да би дакле повреда једне такве норме била *противправна*, потребно је, да је она *признаћа* једним казним или другим којим законом. То ће бити онда, кад је повреда исте оглашена од законодавца за кривично дело или приватно-правни деликат или за који други деликат. Тиме она постаје *државом признаћа* културна норма („die staatlich anerkannte Kulturnorm“), и тек противност *таквој* једној норми је противправност. Као што ће се пак ниже (III 1 в) видети, он искључује из круга *културних* норми *полицијске* норме.

Док *Binding* и *Beling* заснивају појам противправности на појму *државне* норме, т. ј. правне заповести или забране, дотле према *Mayer*-у он почива на појму државом *само* признате *културне* норме. Према њему норме није, као што се види, законодавац створио, већ их је нашао готове, створене културом народном, и све што је он могао учинити у погледу истих, то је да их призна за правно обавезне. Зато оне и нису *правне* норме, већ само правом *признаће* културне норме.

Једна културна норма може бити призната од законодавца у својој целини или с извесним већим или мањим ограничењем. Но често пута се не може видети из казненог закона, у којој је мери призната извесна културна норма. Ако се то не може утврдити на основу другог чега, онда се има узети, да је културна норма призната у својој целини.

в) *Mayer*-ова теорија о *материјалној* противправности се заснива на *неодређеном* појму *културне* норме, те се мора да одбаци. Сем тога могуће је, да је један старији к. з. одговарао вишем културном ступњу у време издања, и да се и данас сматра као културно сувише далеко одмакао, па ипак он важи у свој својој целини, што значи, да законодавац не заштићује увек само постојеће културне појме.¹⁾

З. *v. Liszt*-ов појам противправности.²⁾ — *v. Liszt* разликује противправност у *формалном* и противправност у *материјалном* смислу (између *формалног* и *материјалног* садржаја исте). Суд о правној „не-

¹⁾ Уп. против *Mayer*-а *Beling* 33, *Sauer* 270, *Wolter* 36, *Mezger* § 19 (т. зв. културни објективизам).

²⁾ § 32 I. Он је први међу криминалистима одлучно настојавао на појамном дуалитету противправности. У свом посл. (од 1919) изд. учинио је извесне допуне и редакцијске измене у формулисању противправности.

вредности" дела обухвата, вели, двоје: „формално“ противправна је радња „као преступ извесне државне норме, извесне заповести или забране правног поретка“; „материјално“ противправна је радња „као по друштво штетно (антисоцијално или пак асоцијално) држање“. Материјални садржај противправности је, вели, „независан“ од његове правне оцене од стране законодавца, „јер се правна норма налази, а не ствара“, „метајуристичка“¹⁾ је дакле. Но у случајевима, кад има противречности између „материјалног садржаја радње“ и њене „позитивно-правне оцене“ (а та се противречност „не може презумирати, али није искључена“), судија је „законом везан“ (коректура важећег права лежи „ван граница његовог задатка“).²⁾

v. *Liszt*-ов формални појам противправности је исти као и *Binding*-ов појам противправности (в. I 1 а). Његов пак материјални појам исте заснива се у главном на *Ihering*-овом материјалном појму права и дели

¹⁾ В. о т. зв. метајуристичким појмовима *Основни проблеми* § 17 III.

²⁾ v. *Liszt*-ово схватање материјалне противправности је услед измена (у посл. изд.), постало нејасно. Он је и раније исту (као и формалну противправност) схватао не као такву, већ само атрибутивно (адјективистички, дакле једнострано), „као атрибут „радње“. Али је према томе ранијем схватању радња материјално противправна као „по друштво штетно држање“ (у још ранијим изд. се то није налазило), као „повреда или угрожење правног добра“. Схватање материјално противправне радње као повреде или угрожења правног добра је наишло на пријем у немачкој књижевности (од најновијих *Mezger* [*Strafrecht* 1931, § 25]: формална противправност [неправо] је противност [повреда] објективној норми, а материјална „повреда или угрожење једног правног добра“). Но то у ствари није материјална дефиниција противправности као *генуса*, већ само као индивидуалне противправности. Он је и у посл. изд. свом задржава, али у укупној дефиницији противправности. Но ову дефиницију развија потом тако, да се (и ако је дубља) не види, да ли она садржи „повреду или угрожење добра“ као материјални елемент противправности. „Повреда или угрожење правног добра“ је, вели на име, с обзиром на могућност „колизије правних добара“ (у коме случају „циљ заједничког живота, чије постизање је највиши задатак правног поретка“, захтева, да се жртвује „мање вредан интерес“) само *тада* материјално противправна, ако (допува учињена у смислу наше примедбе, коју смо му још у првом изд. ове књиге били учинили) противречи циљевима правног поретка, који регулише заједнички живот“. Као што се види, радња, која је повреда или угрожење правног добра, није самим тим материјално противправна, што значи, да то није дефиниција материјално противправне радње. — У италиј. књижевности се не налази дефиниција противправности, чак ни формалне (ни *Florian* I п. 231 bis). О *Ferri*-евом (385, 394) погрешном схватању противправности (који ову схвата само формално, и то као „контрадикцију с казним законом“, и чак је не сматра као „елемент“ кривичног дела, већ место ње узима, да је „суштина“ кривичног дела „повреда добра заштићеног казним нормом“ [„законско кривично дело“], „повреда услова социјалне егзистенције и средње моралности“ [„природно кривично дело“], у чему баш и лежи материја противправности) в. *Givanovitch* *Traité de Droit criminel français*,

све махне истога.¹⁾ Сем тога сватајући материјалну противправност просто (за разлику од *Ihering*-а) као „штетност по друштво“ („антисоцијалност“) он узима за њено обележје један неодређен моменат.²⁾

II. Противправност је пре свега *противности извесном* (т. ј. одређеном) *правном пропису* (који је у кривичном праву — v. I — један *препућан* кривични пропис, или, према наведеној *Binding*-овој терминологији, једна *норма*). Али ово није довољно за појам противправности, јер би онда *казна* за сва кривична дела требало да буде *иста*, пошто државна заповест или забрана, у којима се поменути прописи састоје, не може бити *јача* или *слабија*. У томе лежи грешка *Binding*-ове (формалне) теорије,³⁾ као и *формалног* појма противправности v. *Liszt*-овог, и то већ указује, да треба изнаћи објективни (субјективни, и у опште лични се налази у кривцу) *разлог* различности казни за разна кривична дела и тај моменат унети у појам противправности.

Објективни критеријум врсте и мере казне за ово или оно кривично дело су *вредности добра*, које је његов (заштитни) објекат, *тежина последице* произведене на овом добру и *особености најада* на то добро. Што је добро од веће вредности (н. пр. живот према својини), што је тежа последица, која је на томе добру произведена (н. пр. трајање лишења слободе преко месец дана, § 243 ал. 3 к. з., или телесне повреде с тешким последицама, §§ 178, 179 и 180 к. з.), и што је значајнији (према томе опаснији) *напад* на то добро (н. пр. крађа *обијањем*), у толико је строжија или већа казна прописана за кривично дело. За *напад* на добро живота н. пр. строжија је казна одређена, него за *напад* на имовину, за тешку крађу строжија но за просту, за просту преко 1000 динара већа но за просту до 1000 динара. Из тога излази, да, ако је *противправности иста* за сва кривична дела *с формалног* гледишта (т. ј. с гледишта по себи [*чистио*] правног елемента „норме“, с гледишта

¹⁾ Појам противправности према *Graf*-у *zu Dohna*. — Према њему је *противправно* оно држање, које није *правично средство* ради *постизења правичног циља*. „У смислу пак позитивног кривичног права, вели (у наслоу на *Stammler*-а) *Graf zu Dohna* (54), противправно је оно држање, које садржи специфична обележја извесног законом одређеног деликта и које је у овом положају *неправично*; или обрнуто: противправно је такво *неправично* држање, које сем тога што је *неправично* садржи елементе извесног деликта“.

Ова теорија треба да буде по замисли *пишчевој* теорија материјално-формалне противправности. Али у ствари она то није, пошто не садржи критеријум *правичности* (уп. против ње *Beling* 138, *Meyer-Allfeld* § 24 пр. 10, *Wolter* 36).

²⁾ Уп. *Haft* § 18 1.

³⁾ Ова је појачана *Beling*-овим *још више формалистичким* схватањем противправности. Док на име *Binding* схвата противност *норми индивидуално*, те вели, да је противправност противност *извесној* норми, *Beling* узима у обзир, као што је изнето (в. I 1 б), само *формални* моменат у нормама, према коме се оне не разликују ни у колико једна од друге, те на тај начин оне губе своју индивидуалност у његовом појму противправности.

противности „норми“ дакле), с материјалног гледишта (т. ј. с гледишта *по себи* неправног, реалног елемента норми, напада на извесно добро) она је јача или слабија. Именована три критеријума интензитета противправности мора да се унесу у њен појам као један елемент, јер би иначе, као што је речено, казна требало да буде иста за сва кривична дела. Противправност је на тај начин према нама *противности извесном правном пропису (норми) у облику напада на извесно кривично-правно¹⁾ добро* (живот, слободу, част и т. д., *scil.* на добро, које се тим прописом штити). Ово је *формални* појам противправности (*формална* противправност). У материјалном, или тачније *материјално-формалном* смислу противправност је (в. § 16 IV 2) *противности извесном правном пропису (норми) у облику напада на извесну кривично-правну²⁾ индивидуалну или колективну употребу постојања друштва — државе*. Противправност у чисто материјалном смислу, т. ј. њена материја *сама за себе* (од њене *форме* издвојена дакле) је *противности извесној кривично-правној употреби* постојања друштва — државе. Но чисто материјална дефиниција исте није довољна, да је кривично-правно ограничи (в. исто код кривичног дела, § 16 IV 2 и *Основни проблеми* § 17 II 3).

1. Израз противправност означава дакле само субстантивизацију првог атрибута (адјектива) проузроковања последице људском радњом, т. ј. субстантивизиран други елемент (или први атрибутивни) кривичног дела, а не наравно *генус* кривичног дела. Противправност није према томе идентична с неправом (Unrecht), правним генусом кривичног дела (на супрот проузроковању, његовом физичком, реалном генусу).³⁾ Формална и материјална противправност нису дакле исто што и формално и материјално неправо (ако се и само неправо тако термилошки раздвоји).

2. Излази, да се појам противправности састоји из два обележја: 1^о противности извесном правном пропису (*норми*), 2^о нарочити *облик* те противности, на име форма *напада* на ово или оно кривично-правно добро, одн. на извесну *употребу* постојања друштва — државе (*дескриптивни* елемент противправности, на супрот претходном, којим се изражава суд правне невредности дела, његов сукоб с нормама, дакле *нормативном* [валутативном, аксиолошком или аксиоматичком], који не треба мешати с т. зв. *нормативним* [на супрот дескриптивним] обележјима бића [в. § 56 I 2 пр.]).

¹⁾ Ако се пак хоће да да опште правна дефиниција противправности, т. ј. за целокупно *деликтно* право, онда наравно има да отпадне израз „кривично-правно“.

²⁾ В. претходну пр. за овај израз.

³⁾ То се погрешно изједначавање *сусреће* и у најновијој немачкој књижевности (н. пр. Meyer § 19 [„die Auffassung der Rechtswidrigkeit, des Unrechts“], §§ 25 [Rechtswidrigkeit des materiellen Unrechts]), и ако сам *Binding* ту грешку није чинио (дефинишући противправност као „*противност* норми“ [Normwidrigkeit], а неправо као *повреду* норми [Normübertretung]).

а) Обе поменуте околности, које су елементи нашег појма противправности, *независне* су једна од друге, т. ј. једна може да постоји, а да друге нема. То оправдава њихово издвајање у два засебна *обележја* противправности. То уједно побија један евентуални приговор нашој теорији. То би био приговор, да је други елемент обухваћен у првом, т. ј. у противности једном одређеном правном пропису, из чега би се, кад би то било тачно, закључило, да је довољан *Binding*-ов (ако не *Belling*-ов) појам противправности, т. ј. да се у *Binding*-овом појму изражава и дескриптивни елемент, моменат дакле који садржи разлог веће или мање кажњивости. Тај приговор би међутим био нетачан. Тако противност одређеној „норми“ постоји и у случају извршења *припремних*, дакле по правилу неинкриминисаних радњи. Али је јасно, да у том случају с кривично-правног гледишта нема противправности, ако је има с опште правног гледишта, јер у законском смислу нема напада на кривично-правно добро. Обратно може бити напада на кривично-правно добро, а да нема противности „норми“, првог елемента противправности дакле, што је случај при постојању ког основа искључења противправности. У осталом кад би поменути приговор логичке суперфетације био основан, он не би ишао у прилог *Binding*-ове теорије, него би само био разлог за измену нашег *елемента* противности *одређеној* норми у смислу *Belling*-овом, т. ј. за узимање противности *ошћивој* *нормативној* вољи као првог елемента противправности.

б) И у *првом* елементу *кривичног дела* садржи се *напад* на објекат, те би изгледало, да је други елемент нашег појма противправности немогућ већ с тог гледишта, као у првome већ обухваћен. У ствари то није случај, кад се објекат кривичног дела схвати у нашем, свом правом смислу, т. ј. као (в. § 17 II) *добро*, а не као *правно* добро. Тада се одмах види, да нема логичке суперфетације ни с гледишта првог елемента кривичног дела, јер се у првом елементу кривичног дела садржи *напад* на *добро*, а не *напад* на *правно* добро, који улази у други моменат нашег појма противправности.

в) Привезујући противправност за *први* елемент кривичног дела, т. ј. узимајући је као *атрибутивни* елемент кривичног дела, што она и јесте, добиће се још јаснија слика нашег појма противправности. Противправно је на име оно проузроковање последице људском радњом (н. пр. смрти једног човека), које је противно извесном прећутном кривичном пропису (у наведеном примеру пропису: не лиши *живоша* другога) у облику напада на правно добро (у наведеном примеру: на *правно* добро живота).

3. Правни прописи (норме), против којих су управљена кривична дела, т. ј. државне правне заповести или забране, да се нешто чини

или не чини, *прећутно* су, као што је изнето (§ 2 IV), исказани у законима, који прописују казну за ово или оно кривично дело, кривичним (казненим) законима.

а) Питање, да ли су прећутни кривични прописи (норме) *створени истовремено с кривичним законима*¹⁾, којима они служе за основу, или пак *другим*, дакле ванкривично-правним (н. пр. приватно-правним) законима,²⁾ или кривичним и често у *исто време и другим* законима, тако да се у кривичним законима само понова прећутно формулишу,³⁾ што је најтачније, без значаја је за кривично право. Главно је, да се они прећутно (само некад изрично) садрже у казненим законима, којима служе за основу.

б) Исто је тако без значаја питање, да ли су прећутни кривични прописи (норме) *саставни* део неписаног *јавног* права, тако да се из кривичног закона они само сазнају,⁴⁾ као што тврди *Binding* (в. горе I 1 а), или *приватног* права, *административног* права и т. д. према томе, да ли су створени приватно-правним, административно-правним и т. д. законима, као што тврди *Beling* (в. I 1 б); или су пак и они саставни део *кривичног* права, као што ми узимамо (и ако могу према горе реченом бити уједно саставни део других грана права).

в) Без обзира на начин решења горња два питања, опште (изузев *Stooss*-а) је мишљење, да је *противправност* увек *иста*, т. ј. не може бити говора о *кривично-правној*, *приватно-правној* и т. д. противправности. Ово је тачно и с гледишта нашег појма противправности, али *само* у колико је у питању његов *нормативни* елеменат, пошто је с гледишта његовог *дескриптивног* елемента потребно *кривично-правно* добро. Но ипак и по нама се *противправности* код свих деликтних права своде под исти родни појам, под појам *противправности* (као што је то — § 16 I — речено за разна неправда), т. ј. међу њима не постоји родна разлика, већ су само *врсте* истог родног појма, појма противправности. Та је истородност кривичне и *осталих* врсти противправности у осталом нужна консеквенца нашег разликовања, не више родова, већ више *врсти* неправда.

¹⁾ Ово тврди *Stooss* 319. Зато треба, вели, противправност у кривичном праву означавати (тако и *Haftler* § 18 III) као „кривично-правну“ противправност („Strafrechtswidrigkeit“), за разлику од противправности у другим правним гранама (приватно-правна, административно-правна противправност и т. д.).

²⁾ Тако *Beling* (в. горе I 1 б).

³⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 14 IV (има норми, које су, вели, само у к. з. формулисане, н. пр. §§ 180, 285 нем. к. з.), в. *Liszt* § 18 I.

⁴⁾ Као што се примећује против теорије норми, *Binding* и његове присталице су пропустили, да саставе „каталог норми“, услед чега је ова теорија „научно неупотребљива“ (в. *Liszt* § 18 I пр. 1).

4. О односу између прећутних кривичних прописа (норми) и кривичних закона в. § 2 IV 2.

5. Пошто дело, које је у кривичном закону предвиђено и одговара условима инкриминације, мора бити противправно, да би било убиство, увреда и т. д., у кривичним законима, који дефинишу разна кривична дела (§§ 167 и 297 к. з. н. пр.), противправност се не помиње. По себи се већ разуме, да ње као генеричког елемента кривичних дела мора бити. Она остаје дакле само *генерички* елеменат. Тако у § 178 к. з. се вели само: „Ко другог телесно повреди...“, а не: „Ко другог *противправно* телесно повреди...“ Но, и ако изузетно, код неких кривичних дела противправност се у њиховој законској дефиницији *изрично помиње*, дакле елеменат је њиховог *специјалног* бића, т. ј. *специјалан* елеменат.¹⁾ Законодавац се обично служи у том циљу изразом *неовлашћено* (н. пр. §§ 123, 124, 151, 239, 241), ређе изразима *противправно* (н. пр. §§ 152 т. 1, 391) и *незаконито* (н. пр. § 391) или *противно закону* (н. пр. § 396). Питање је, *зашто* се код ових кривичних дела противправност изрично захтева.

Према неким разлог лежи у томе, што баш код ових кривичних дела ограничење: противправних од непротивправних случајева задаје особене тешкоће према гледишту законодавчевом.²⁾ Овај је разлог и сувише мало вероватан, јер има кривичних дела, где је то ограничење још теже, а где противправност вије нарочито истакнута.

Разлог истицању противправности код неких кривичних дела лежи у том, што је код њих проузроковање људском радњом *често* пута из *посебних* основа (предвиђених у к. з., нарочито у другим законима или у обичајном праву) *правно допуштено* за разлику од других кривичних дела, за које важе само или по правилу само *општи* основи искључења противправности. Код тих кривичних дела законодавац оним истицањем поставља према томе два захтева: (1) да судија код тих кривичних дела у пресуди *изрично* утврди *постојање* противправности (после когнитивног испитивања основа искључења исте [когнитивни задатак судије, насупрот *нормативном*, оцени правне невредности дела]) и (2) да је за умишљај код тих кривичних дела потребна и *свест* о *противправности* (одн. у случају нехата могућност свести о њој).³⁾

¹⁾ В. *Основни проблеми* § 13 II 3 в.

²⁾ Тако в. *Liszt* § 32 III (и в. *Liszt-Schmidt* § 32 D 1).

³⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 24 III, *Olshausen* § 59, 30 (избачено из последњег, 11. издања). В. и М. Е. *Mayer* 12 (према њему је ту само *стилистичко* осећање меродавно, те за истицање нема неког стварног разлога, наводећи за пример § 370 т. 4 нем. к. з., где би, вели, било противно осећању језичном рећи само: „Ко лови, казниће се“, место „ко неовлашћено лови“, док би код кривоклетства било противно осећању језичном навести противправност, пошто лажно заклињање „носи без ичега даљег знак неправде“, *Merkel*

Разлог истицању противправности код појединих кривичних дела није дакле то, што би ту била у питању нека особена врста њена.¹⁾ Но несумњиво је, да законодавац често произвољно поступа при избору кривичних дела, где ће истаћи противправност.²⁾

5. *Противправности* се као *објективна* чињеница има утврђивати *објективно*.³⁾ То важи наравно и код кривичних дела, где у виност улази и *свеси* одн. (нехат) могућност свести о *противправности* (в. 4), пошто је само та свест одн. њена могућност као субјективна чињеница састојак кривца код тих кривичних дела. У Бипартицији се међутим код ових кривичних дела (код *свих*, ако се с некима узме, да је за виност *увек* потребна свест одн. могућност свести о противправности) мора узети, да у *ошће* нема *противправности*, кад нема оне свести одн. могућности свести о противности норми (scil. у облику напада на правно добро), пошто је у Бипартицији виност логички нужан састојак противправности (што само неки⁴⁾ бипартисти признају), те се ова појављује нужно као *објективно-субјективна* чињеница (не дакле ипак као чисто субјективна противправност, неправо). У Бипартицији се према томе код поменутих кривичних дела (одн. код свих, под назначеном претпоставком) противправност појављује као чињеница, која се има утврђивати и објективно и *субјективно*, т. ј. за чије постојање мора бити меродавно и мишљење извршиоцево о објективној страни њевој.

133 (према коме разлог лежи у томе, што се истицањем противправности упућује на стварне околности, које се у другим правним областима налазе ближе сдржане и чије се описивање уштеђује на основу овог упућивања [али, као што примећује *Meyer-Allfeld* § 24 III, таквих кривичних дела има још, и. пр. телесна повреда, па се ту ипак не истиче противправност]), *Wachenfeld* 158/9 (према коме *нема* за то *објективног* разлога, јер се по себи разуме, да радња мора бити противправна, да би било деликта, већ само *субјективног*, на име нужност захтева свести о противправности код дотичних кривичних дела). У немачком т. зв. професорском пројекту (в. *Begründung* 23) тежило се је, да се *нигде* не истакне противправност, али, као што примећује *M. E. Mayer* (13 пр. 27), без пуног успеха (н. пр. §§ 277, 297, 305, 309, 311, 336).

¹⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 24 III.

²⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 24 III, *Olshausen* § 59, 30.

³⁾ Уп. *v. Liszt* § 32 III 4, *Haftler* § 18 I.

⁴⁾ Т. зв. *субјективно* (*Merkel* *Abb. I* 42 и неки последници) насупрот *објективном*, безвином неправу (*objektives, schuldloses Unrecht*), противправности (од већине бипартиста заступљеном: в. н. пр. *v. Liszt-Schmidt* § 32 I, *Meyer-Allfeld* § 24 пр. 2, *M. E. Mayer* 182) Ту спадају и заступници т. зв. *субјективне* теорије противправности код вужне одбране. — *Mezger* § 13 је покушао (§ 19 I), узалуд, и у ствари у корист Трипартиције, да у Бипартицији одржи теорију *објективног* неправу, посредством разликовања између „*објективних* валутативних норми“ (које се обраћају „на све“, и чија повреда једина сачињава неправу, тако да и неподобан за урачуљивост може извршити неправу [*Unrecht*]) и „*субјективних* валутативних норми“, које се обраћају само на „лично обвезаног“ и на којима се заснива „лична прекорност“ [*persönliche Verwerfbarkeit*]). — В. *Основни проблеми* § 10 V 3.

III. Као што се је видело, *противправност* је квалитет, који од једног дела чини *неправо*. Неправо је противправно дело. Раније је наговештено (в. § 18 VI 2), да се баш с гледишта противправности оспорава готово свим данашњим иступима карактер *кривичног дела*, *кривичног* неправа, називајући их *полицијским* иступима. Они нису, вели се, дела *противправна* у *кривично* правном смислу ове речи, те према томе нису *кривична* неправа, т. ј. кривична дела као злочини, преступи и остали иступи (н. пр. крађа), већ су особена *врста* (не род)¹⁾ неправа, т. зв. *полицијско* неправо.

1. На разне начине се је образлажавала наведена тобожња разлика између *кривичног* неправа и *полицијског* иступа.²⁾

а) Суштина *кривичног* неправа лежи, вели већина заступника мишљења, да т. зв. полицијски иступи нису *кривично* неправо, у томе, што оно садржи с једне стране повреду извесне државне *норме* (заповести или забране), с друге пак повреду или угрожавање једног *интереса* заштићеног оном нормом (једног правног добра). Тако убиство садржи с једне стране повреду државне *норме* „не убиј“, с друге пак повреду добра живота. За појам полицијског иступа међутим, вели се, није потребна повреда или угрожавање извесног *правног добра*, и ако тога код свију њих може у конкретном случају бити. Евентуална повреда или угрожавање једног *правног добра* је ту, како се вели,³⁾ само „*моћив*“ забране или заповести, али не један елеменат у појму као код *кривичног* неправа.⁴⁾ Суштина се, веле, полицијских иступа састоји према томе *искључиво* у *повреди извесне државне норме*, другим речима само у *непослушности према једној таквој норми* (Ungehorsam gegenüber einer staatlichen Norm), према закону (Ungehorsam gegen das Gesetz).⁵⁾

¹⁾ в. *Liszt* (§ 26 III) иде најдаље: он искључује „полицијски деликат“ (Polizeidelikt) из појма *неправо* (или деликат), рода (Gattungsbegriff) кривичног дела и „недопуштене радње грађанског права“ (§ 26 I 1). Разлика је дакле *генеричка*. Доследно он не употребљава термин полицијско „неправо“ (Polizeiunrecht), већ само термин полицијски „деликат“ (= delictum), и сматра као „један од најважнијих легислативних задатака“ излучење „полицијског деликта“ из области „неправа“ (Unrecht).

²⁾ В. § 18 VI 1 за образложење такве разлике на основу *субјективног* момента од стране старих француских писаца.

³⁾ *Finger* 108.

⁴⁾ *Merkel* (45) наводи као разлог, што опасност овде није појамно обележје, „тешкоћу поузданог и равномерног разликовања случајева, где конкретна опасност постоји и виво је била проузрокована, од оних, где ово није случај“, као и то, што би обвеза судије на такво разликовање овоме одузимала времена и оптеретила га испитивањима, која ипак у резултату не би задовољавала, а уједно би се ослабила превентивна снага дотичним забранама.

⁵⁾ „Хотено или нехатно непоштовање правних прописа, који те радње забрањују, дакле момент *непослушности*“ једини даје, како каже *Merkel* (46), „етичко оправдање кажњивости“ за те радње, јер оне нису „по неким другим односима предмет јавног неодобравања“.

Пошто овим делима на тај начин недостаје један елеменат потребан за појам кривичног неправа, то она нису *кривична* неправа, т. ј. *кривична* дела (*Verbrechen*). Зато их они називају „деликтима *нејослушности*“ или, с обзиром на „особито далекосежан *превенцијски* циљ“ дотичних прописа (*Merkel*), „*полицејским*“ неправом (*Polizei-Unrecht*), „*полицејским* деликтима“ или иступима (*Polizei-Delikte oder Übertretungen*), а казну за њих прописану „*полицејском*“ казном (*Polizei-Strafe*) за разлику од „*кривичне*“ казне (*kriminelle Strafe*).¹⁾

Т. зв. полицејски иступи би били н. пр. сви иступи из гл. XXXIII срп. к. з. („О иступлењима због непослушности према полицејским наредбама“). Свима се њима може у конкретном случају и да повреди или угрози једно правно добро, али ни једно ни друго према овим писцима није потребно за постојање иступа у питању. Иступ н. пр. из § 338 т. 1 срп. к. з. може имати за последицу смрт једног лица или само угрожење живота, али он постоји, и ако ни једног ни другог није било. Зато се треба по предлогу ових писаца да задрже у будућем Кривичном законнику само они иступи позитивног законодавства, који садрже све карактерне особине кривичног неправа, који су дакле кривична дела, као што су то н. пр. иступна крађа, утаја и превара. Остали би пак имали да буду предмет т. зв. *Полицејског казненог законика*. Поред кривичног права требало би на тај начин да постоји као засебна правна грана „*полицејско казнено право*.“²⁾

Поставка, из које се изводи онај закључак, нетачна је. Није истина на име, да се само суштина „кривичног“ неправа састоји у повреди или угрожавању једног добра. Све се то налази и у суштини т. зв. полицејских иступа. И њиховим радњама се напада на извесно добро, повређујући или угрожавајући га (в. II), а у осталом се не може замислити, да се норме прописују ради њих самих.³⁾ Тачно је, да је код

¹⁾ Заступници су овог мишљења поред осталих *v. Liszt* § 26 III, *Binding*, *Finger* 107, *Merkel* 45—46, *Hälschner* I § 15 (убраја и сва омисивна кривична дела у полицејско неправу), *Vidal-Magnol* 106, *Bierling* J. *Prinzipienlehre* I 142. — По једном сродном мишљењу (н. пр. *Rotering* Z 26 719, *Guderian* Z 21 828, *Rupp* 78, *Frank* Studien) за појам кривичног неправа је потребна повреда или угрожење извесног правног добра, док је за појам полицејског неправа довољна *могућност* угрожења истог. В. прот. *Frank* 599 (I 1). *Meyer-Altfeld* (узимајући, да је деоба у кривично и полицејско неправу неодређена и да није примењена у важећем праву, али придавајући јој ипак извесан значај) налази (§ 20 III 3) разлику у томе, што код кривичног неправа његов „стварни“ значај, т. ј. повреда или угрожење једног правног добра стоји на прво место, док „стварни“ значај полицејског неправа стоји иза његовог формалног значаја као противречности с јавним редом у опште.

²⁾ В. нарочито *v. Liszt* § 15 II, III.

³⁾ Уп. *Frank* 29. Abschn. I 2 (14. изд.), *Hofheinz* Verletzung und Gefährdung als Kriterien der Zweiteilung (1907) 13, *Binding* Normen 2 § 54 (2. изд.), *Hafer* Schweiz. Z. 45 153.

иступа наступање последице (т. ј. повреде или угрожености једног добра) врло често¹⁾ само законодавни *моћив* инкриминације. Али је оно и као *шакво*, т. ј. као такав мотив елеменат *ојшџег* појма кривичног дела, а претходно и њиховог (в. § 16 VI). Заступници теорије полицијског неправга ово превиђају, као и то, да има и злочина и престапа, где је наступање последице не њихово *појамно обележје*, већ само законодавни *моћив* инкриминације.²⁾ Разлика између злочина и престапа и речених иступа је дакле само у томе, што су код ових такви случајеви врло чести. С друге стране и „кривично“ неправго се појављује у исто време као *непослушност* према једној „норми“.³⁾

б) Према једном (усамљеном) мишљењу (Goldschmidt) т. зв. полицијски иступи нису кривична дела зато, што су њихове норме уједно и *административне наредбе* (Verwaltungsbefehle), а не само *правни прописи* (Rechtssätze), за разлику од норми кривичних дела. За њихов појам на име, вели се, *није* потребна повреда одн. угрожавање извесног *правног добра*. Зато заповести и забране у њима садржане не одговарају народној правној свести, те је потребна *нарочита* норма, да би се наложено одн. забрањено представило као правна дужност. То је пак карактеристика *свих административних* наредба. Зато полицијски иступи треба да се као *административно* неправго унесу тобож у *административно* казнено право (Verwaltungsstrafrecht) с осталим *управним деликтима*, нарочито финансијским.⁴⁾ Примедба наведена против прве теорије важи и за ову, јер се она заснива на истом аргументу (на наведеном [в а] погрешном разликовању суштине неправга).

в) Према *М. Е. Mayer-у*⁵⁾ „полицијски“ иступи нису кривично неправго, већ *особена* врста *неправа* зато, што њихове норме (до „рецепције тих норми од стране нације или друге интересне заједнице“)⁶⁾ нису

¹⁾ Не увек, као што каже *Finger* (в. горе 210 пр. 3).

²⁾ *Merkel* (45) наводи истина поред „полицијских“ иступа и злочине и преступе, где је, вели, опасност *разлог* инкриминације, али не појамно обележје. Но он их за разлику од поменутих иступа сматра ипак као *кривично* неправго зато, што су њихове радње предмет „општег неодобравања“ као такве, те се кажњавање за њих независно од утврђивања њихове „конкретне опасности“ не осећа као неправедно, док су радње ових иступа тобож само због „момента непослушности“ предмет „општег неодобравања“.

³⁾ В. нарочито *Garraud* I 224, *Wachenfeld* 74 против овог разликовања.

⁴⁾ 422. — В. против *Goldschmidt-а* *Beling* 34, 131, *Köhler* 160, *Daimler*, *Stienen* Z 7 637.

⁵⁾ 53 и сл. Раније *Rechtsnormen und Kulturnormen* 109—128.

⁶⁾ Наводи за пример „полицијских прописа“, који су у Немачкој постали „културне норме“, пропис скренути десно и лево се кретати.

Културне норме, већ су „културно индиферентне“.¹⁾ Но као и према *Goldschmidt*-у полицијско неправо није највиши појам, паралелан појму кривично неправо. Оно је само једна врста ширег појма заснованог на *некултурној* норми, појма *административно* неправо (*Verwaltungsunrecht*), којег има „толико врсти (*Arten*), колико (управних) правних грана“, истичући поред „полицијских деликата“ царинске, пореске и поштанске. Заједно с другим административним неправима полицијско неправо улази у „административно казнено право“ (*Verwaltungsstrafrecht*), право чије норме нису „културне“, имајући за објекат „заштиту административних интереса“, а не интереса, које држава штити као „заједничко биће“ (*Gemeinwesen*). В. против његовог појма *културних* норми 1 2.

г) Некада (*Feuerbach, Köstlin, Lotz*) су биле предложене још неке разлике између кривичног неправа и т. зв. полицијског неправа (полицијским иступима се вређају *небитна* правна добра, или [*Feuerbach*] не права по себи, т. ј. права, која су независна од појаве државе, већ *стечена*²⁾ права, и т. д.), али су оне давно напуштене.³⁾

д) Према *Frank*-у разлика између кривичног и полицијског неправа лежи у *квалитету* државних интереса, који се има да штите од т. зв. полицијских иступа. Ти т. зв. полицијски интереси састоје се с једне стране у *унапређењу општег благостања* (н. пр. заштита деце), с друге стране у *обезбеђењу најжљивости потребне за саобраћај*, двојаки су дакле.⁴⁾ Али квалитативна разлика интереса правно заштићених (као што смо били приметили још у 1. изд.) није довољна, да би се т. зв. полицијским иступима порекао карактер кривичног неправа, кривичног дела, јер се суштина кривичног неправа не састоји у *квалитету* правног добра.⁵⁾

¹⁾ За културнофилозофско посматрање, вели (55), „правни квалитет норме административног казног права је примарна појава, док је правни квалитет норме судског казног права (*Justizstrafrecht*) секундарна појава“.

²⁾ Према *Feuerbach*-у (§ 22) стечена права су „особена права државе на пропуштање специјално забрањених радња“, које „по себи“ нису „противправне“.

³⁾ В. *Finger* 107.

⁴⁾ 29. Abschn. I (14. изд.) у наслову на *O. Mayer*-а (*Verwaltungsrecht* I 319), према коме полицијски деликти су „радње, које држава забрањује због њихове противречности с добрим поретком заједнице“. Но в. след. пр.

⁵⁾ У 16. (и след.) изд. *Frank* је ово увидео. Ту не представља ову разлику као *квалитативну*, т. ј. као такву, да се на основу ње „полицијски деликти“ издвајају као *особена врста* неправа. Суштина полицијског деликта, вели ту (29. Abschn. I), састоји се у „повреди једнога од ових (scil. од наведена два) интереса“ (формулишући други као „добар поредак заједнице“). Али нема, додаје, „непобитног разлога, да се овај деликат стави у појамну *противност* према другим деликтима и да му се ови *противставе* као *кривични*“. „Полицијски деликти“, сачињавају „у кругу кажњивих радњи у опште“ просто

2. Види се, да се ниједан од предложених критеријума за разликовање т. зв. полицијских иступа од кривичних дела не може одобрити. Сем тога на основу ни једног од њих није могуће *издвојити* те иступе из групе иступа данашњег законодавства (већ у мотивима немачког кривичног законика та је немогућност изрично била наглашена). Сви су иступи дакле кривична дела,¹⁾ т. ј. и сви они су *кривично* неправо, *полицијско* неправо не постоји.²⁾ Разлика између њих и осталих кривичних дела постоји само у *тежини* (и према томе у казни), а не у *прошлостивраности*, т. ј. с гледишта суштине *неправа* (она је и с гледишта *самог* неправа *квантитативна*, а не *квалитативна*).³⁾⁴⁾

„Једну особену групу“, тако исто као деликти против тела и живота, против имовине и т. д.“, а не једну особену *врсту* неправа.

¹⁾ Пројекти швајцарског кривичног законика (в. § 13 II) садрже два дела. У првом говори се о „злочинима“ (Verbrechen), у другом о „иступима“ (Übertretungen). Критеријум међутим, на основу којег су издвојени „иступи“ од „злочина“, исти је као и критеријум данашњих кривичних законика, т. ј. врста и величина казне. Тако међу његовим иступима се налази крађа, која би се, према теоријама различности између кривичног и полицијског неправа, морала да сматра као кривично неправо (као кривично дело). То исто важи и за срп. пројекат, у чијим се мотивима изрично каже, да је разликовање изведено по тежини кривичних дела. В. *Марковић* Мотиви 101. Једино је немачки професорски пројекат (Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches) од 1911 покушао (будући израђен од одбора четворнице, у коме је главни редактор био в. *Liszt*) одвајање полицијских иступа (генерички чак различни, према в. *Liszt*-у [в. горе 210 пр. 1] од *неправа*) од кривичног неправа по критеријуму под III 1 а наведеном (в. § 13 III), излажући их у особеном одсеку (књ. 2) насупрот злочинима и преступима (књ. 1).

²⁾ Тако *Geib*, *Ortolan* п. 563, в. *Bar*, *Belling* 31 и 131, *North* Die Nothilfpflicht 85, *Mokarewitz* 90, *Feri* Sociologie (1905) 458, пр. 1, 465, *Schwartz* 29. Abschn., 3.

³⁾ Уп. *Hafter* Schweiz. Z. 45 150 и сл. (код разликовања између злочина, преступа и иступа нису, вели, у питању „појмови, који се из себе самих могу објаснити“, већ „законодавне категорије“, засноване на већој или мањој тежини „држања“, на разлици у степењу), износићи разлог против образложења једне пресуде (од 22. новембра, 1930) швајцарског Савезног кривичног суда. У овој се пресуди поставља квалитативна разлика између иступа и преступа: (1) Иступи нису повреда „социјалног поретка“, јер они нису „по себи недопуштена држања“ (што се у полицијском казненом праву забрањује је „по себи морално допуштено или индиферентно“, те не дира у част). (2) Основ забране код иступа лежи у „могућности угрожавања“, те полицијске казнене одредбе не циљају на то, да казном угрозе за „повреде права“, већ напротив да те повреде „предупреде“. Као што *Hafter* уместо примећује, нетачно је, да су норме код иступа „начелно“ управљене против држања, „које је по себи морално допуштено или индиферентно“, упућујући на разне иступе, где је баш обратан случај. Сем тога није, вели, тачно, да „преступно казнено право“ има за циљ „заштиту друштва против повређујућих напада“, док „иступно казнено право“ има „само да *предупреди* повреде“. Тачно је само то, да се код иступа „врло често“ налази на „фигуру т. зв. апстрактно угрожавајућег бића.“

⁴⁾ Они се могу назвати *полицијским* иступима само, у колико су за њих надлежне *полицијске* (опште управне) власти. У толико се они могу звати и *административним* иступима, ако се доведу у везу с иступима из споредног кривичног законодавства, за које су надлежне друге *административне* власти.

§ 34. Противправност нечињења.

Књижевност. — В. за исту § 27.

I. Док је чињење (било оно радња извршења, подстрекавање или помагање) правно противдужносно и према томе противправно самим тим, што је њиме извршено извесно *проузроковање* (дело) у кривичном закону предвиђено и условима инкриминације одговарајуће (изузев наравно — в. § 35 — случај, кад постоји који од основа искључења противправности), за *нечињење* то не важи. Да би нечињење било правно противдужносно и према томе противправно, потребно је, да за извршиоца постоји извесна *особена правна дужност* на чињење, т. ј. на отклањање отклоњиве последице.¹⁾ Поменута правна дужност, према томе противправност нечињења постоји у четири следећа случаја:²⁾

¹⁾ Према неким то није потребно. Тако поред осталих *Aldosser* 94 (нечињење је противправно, чим се је последица могла отклонити, чим је оно дакле као и чињење каузално). — Чисто *морална* или *религијска* дужност није дакле довољна. Уп. *Frank* § 1 IV 1, *v. Liszt* § 30 пр. 5, *Meyer-Allfeld* § 22 пр. 45, *Prins* п. 174, *Stammler* Die Lehre vom richtigen Recht (1902) 489, *Träger* 66 и сл., *Wachenfeld* 95. — Тако исто није дакле довољна *општа* правна дужност на указивање *помоћу* (*allgemeine Beistandspflicht*) у случају опасности. Таква се дужност на име (каква је постављена н. пр. у § 327 т. 4 срп. к. з., § 360 т. 10 нем. к. з., чл. 475 т. 12 франц. к. з. [за чије је неуказивање ту прописана иступна казна] и у § 249 к. з.) не простире на *отклањање* последице, т. ј. не ствара једну особену правну обвезу ове врсте према угроженоме лицу (што би, како вели *Träger* 67 и сл., значило једну несношљиву принуду), већ само правну обавезу на *помоћ*. Уп. *Ortolan* п. 605—607, *Träger* 67 и сл., *v. Liszt* § 30 пр. 5, *Garçon* art. 295, 22 (постоји, вели, морална грешка, али не кривично дело, наводећи више примера). — Прот. међутим старо француско и немачко право као и канонско за случај *српне* опасности (уп. *Ortolan* п. 604, *Cuche* п. 221). Неотклањање ове опасности сачињавало је дакле кривично дело убиства (свршеног или покушаног). — Без значаја је, да ли правна дужност у опште није испуњена или је само *недовољно* испуњена (н. пр. — в. 2 — мајка је хранила дете, али недовољно и оно умре). Уп. *Frank* § 1 IV.

²⁾ У француској књижевности је већ *Rauter* (с *Feuerbach*-ом) био присталица кривичне одговорности за нечињење у случају постојања (особене) правне обавезе на чињење. Многи каснији међутим заступљу супротно гледиште, изузев наравно за први ниже наведени случај. Тако н. пр. *Garraud* I п. 99 (208—212). — По *Garraud*-у нечињење је равно чињењу (и то к.ко у погледу противправности тако и у погледу узрочности) само онда, ако је у самом *„казненом тексту“* оно изједначено с чињењем изрично или (тако и *Ortolan* п. 603 и 605 пр. 1, и ако узгред) прећутно (н. пр. детеубиство из чл. 300 франц. к. з.), т. ј. само у случају ниже под I изнетом. То су по њему једини случајеви, где је нечињење узрок и противправно. Наводи као разлог то, што би тобож судији ипаче припадало право, „да ствара кривична дела путем индукције и анализе“. Тако исто *Roux* (§ 22) 95 и сл. (интерпретација путем аналогije је, вели, сада забрањена и кривично право има законски карактер). Тако и *Garçon* art. 295, п. 18, 22, 27, 30, 31, 32 (и то према њему нечињење заснива кривично дело само онда, кад је то *изрично* у закону речено, али *de lege ferenda* чини — п. 26, 31, 32 — извесне изузетке). Тако се је изјаснио *Garçon* и у

1. Кад је нечињење у самом казненом закону изрично означено, само (н. пр. §§ 135 и 203 к. з., чл. 2 з. о з. ј. б. и пор.) или поред чињења (в. пр. §§ 345 т. 4 и 369 ал. 1 к. з.), као радња извршења кривичног дела у питању.¹⁾

2. Или, ако то није случај, кад је чињење другим којим законом, изрично или прећућно, означено као правна дужност.²⁾ Тако дужност родитеља, да хране своју малолетну децу, прописана у грађанском законнику (§ 115 срп. г. з.). Постојало би према томе убиство, ако они не би хранили дете, тако да ово умре.³⁾

3. Или када је дужност чињења, изрично или прећућно, уговором одређена.⁴⁾ Тако болничар се уговором о ступању у службу обвезује

консултацији, коју је дао (в. *Garraud* I 207 пр. 11) у афери г-це *Monter*. Суд у *Поашиеу* је на основу те консултације одлучио, да се допуњени (законом од 1898) чл. 312 (ал. 6) к. з. односи на случај недавања хране и ненеговања само деце, а не и душевно болесних. Напротив према *Laborde*-у (п. 52 в) довољно је (као некад према — в. горе — *Rauter*-у) за изједначење нечињења с чињењем „у закону предвиђеном“ постојање у опште „правне дужности на спречавање последице“. Тако исто и *Prins* п. 173 (наводећи за пример случај правне дужности родитеља према чл. 293 белг. грађ. з., да хране своју децу). Примедба присталица претежног француског мишљења односно опасности аналогије је неоснована, јер се овде не узима, да је довољна и обавеза *обичајем* заснована (в. о противном мишљењу — н. пр. *Frank* — ниже пр. 2). Та је примедба у толико више неоснована, што је овде рст, не о већ у закону предвиђеном проузроковању последице, него само о противправности, те нема опасности повреде принципа неаналогичности при мишљењу, да се противправност нечињења може засновати и којим ванкривично-правним законом и претходном делатношћу. Напротив то одговара и правичности и духу закона и принципу законитости.

¹⁾ в. *Liszt* (§ 30 II) подводи овај случај под следећи, и ако се она једни од другог у основу разликују (код следећег случаја је само *правна дужност* законом заснована, док је то овде *цело* кривично дело [кривично дело *нечињењем*]).

²⁾ Тај закон ве треба да је један *казнени* закон (као што то узима — в. след. пр. — в. *Liszt* § 30 II, мешајући два различна случаја), пошто иначе постоји *претходни* случај (в. 1). — Правна обвеза заснована *обичајним* правом недовољна је, јер би се повредио, бар у извесној мери, дух принципа законитости, који захтева један одређен правни текст, као што су то закони. Прот. *Frank* § 1 IV 1, *Träger* 97 (наводећи за пример обичајно правно правило, да је кочијаш дужан, да се задржи или скрене, кад прети опасност, да кола некога прегазе [што је у ствари законски пропис]); прећућно („заповест *правног* поретка“) и в. *Liszt* § 30 I, *Meyer-Allfeld* § 22 VIII 3 (в. ниже 3). Уп. против њих *Klee* G A 62 421.

³⁾ Уп. в. *Liszt* § 30 I 1 (који својом формулом обухвата неумесно и следећи као и претходни [в. 1] случај), *Frank* § 1 IV 1, *Meyer-Allfeld* § 22 VIII 3 (као в. *Liszt*, али дајући бољу формулу: правна се дужност може заснивати, вели, „на *особеном* наређењу права“, и то „*било непосредно* [н. пр. обвеза родитеља на храњење деце], било на основу ког *уговорног* односа). — За убиство детета недавањем хране од стране мајке у римском праву в. § 27 II пр.

⁴⁾ Као што је у претходној пр. поменуто, в. *Liszt* и *Meyer-Allfeld* спајају (за разлику од *Feuerbach*-а, § 24: „закон или уговор“) овај и претходни случај у једно, под „*особену* заповест (наређење) *правног* поретка“ (одн. „права“). Ово је нетачно, јер би

на негу болесника, надзорник купатила на спасавање дављеника, дадиља на надзиравање деце. Или А се обвезе лицу Б, да ће му помоћи у извесној опасности, и то не учини.

4. Или када *дужности чињења иступице из нечињењу претходнег чињења субјективног*, а то ће бити онда, кад је та претходна делатност у *узрочној* вези са последицом.¹⁾ Без значаја је, да ли је претходно чињење *правно допуштена* или *противправна* радња. Тако ако хирург операцијом или лишилац слободе створе опасност по живот пацијентов одн. слободе лишеног лица, па ту опасност не отклоне и смрт наступи, постојаће противправно нечињење, према томе убиство. Исто тако биће паљевине, ако А испусти цигарету у запаљивом простору (било ту пушење допуштено или забрањено), па је не подигне и наступи пожар. Без значаја је, да ли је извршилац у време поменутог претходног чињења био свестан створене опасности.²⁾ Но ако је у тренутку стварања опасности било умишљаја у погледу на произведену последицу или (у случају кривичне одговорности и за нехатно проузроковање) нехата, али не у време нечињења, онда је нечињење правно ирелевантно, те ће према поме постојати кривично дело чињењем.³⁾

II. Све што је речено под I важи не само за извршење кривичног дела нечињењем, већ и за *подстрекавање* и *помагање* нечињењем (т. зв. *негативно* подстрекавање и помагање, в. § 29 II 1 б и 30 IV 2).

се ту имала онда подвести и заповест *обичајног* права (в. горе прим. 2), пошто је и то саставни део „правног поретка“, „права.“ Зато се случајеви *законске* и *уговорне* обвезе морају сматрати као засебни основи правне дужности на чињење. — Схватање, да и уговорна правна дужност заснива противправност, није противно принципу *nullum crimen sine lege*, пошто се је ту обавезао сам извршилац, дакле индивидуално и вољно.

¹⁾ Неодређено *v. Liszt* § 30 II 2, *Meyer-Allfeld* 7. изд. § 22 VIII 3 (обоје: „из претходног чињења, које представља нечињење као противдужностно“). Но у последњим издањима *v. Liszt* и *Meyer-Allfeld* учинили су исправку, која одговара нашем схватању датом још у I. изд. Наглашавају на име обоје, да претходна делатност, о којој је реч, треба да је таква, да „угрожава туђе интересе“ (*v. Liszt*), да је створила „стање опасности“ (*Meyer-Allfeld*). — Уп. и *Frank* § 1 IV 2 (који опет спаја претходан и овај случај у једну формулу: „кад је обвеза отклањања последице правно пуноважно примљена“). Прот. *Landsberg* 192 и сл. и *Sturm passim*. — Починање отклањања опасности од другог произведене не заснива међутим само собом дужност, да се отклањање продужи до краја или понови. Уп. *Frank* § 1 IV 2 (ко је отпочео, вели, да повраћа живот дављенику трљањем, није самим тим обвезан, да продужи до почетка спонтаног дисања; иначе би била последица то, да би се сваки чувао, да притекне у помоћ лицу у нужди), *Sauer* 452, 461. Прот. *Klee* 421.

²⁾ Тако *Finger* I 291, *Träger* 99. Уп. и *Frank* § 1 IV 2 (потребна је свест о опасности, али не изјашњујући се одлучно).

³⁾ Уп. *Frank* § 1 IV 2, *v. Liszt* § 30 II 2, *Prins* п. 174 (кад пливач наведе, вели, свог невештог друга, да га научи пливању, а с умишљајем неиспуњења обећања, и пусти га, да се удави, постојаће кривично дело чињењем).

§ 35. Основи искључења противправности (основи непротивправности).

Књижевност. — *Garraud* 2 1. *Zitelmann* Ausschluss der Widerrechtlichkeit 1906 (о истом *M. E. Mayer* у Z 27 765). *J. Heimberger* Zur Lehre vom Ausschluss der Rechtswidrigkeit 1907. *Исти* Vergl. D. Allg. T. 4 1. *Beling* Grenzlinien zwischen Recht und Unrecht 1913. За осталу књижевност в. § 28.

I. Законодавац је одредио *изрично* или *прећућно* случајеве, у којима дело (проузроковање) у казненом закону предвиђено и условима инкриминације одговарајуће није противправно. Околности, које оправдавају проузроковање иначе противправно, т. ј. које искључују противправност, познате су под именом *основа искључења непротивправности* (или *основа оправдања* или „*оправдавајуће чињенице*“), а ми их називамо и *основима непротивправности*.¹⁾ Кад један од њих постоји, нема

¹⁾ Термин *искључење* (Ausschliessung) се означава као погрешан. Може се искључити, вели се (*H. v. Ferneck* § 16, *Graf zu Dohna* 37), само нешто, што постоји. Међутим противправност није никад постојала у случајевима, о којима је реч (н. пр. дело извршено у нужној одбрани од свог почетка још није било противправно). И ако је примедба (која важи и за термине *основи оправдања* и *оправдавајуће чињенице*) умесна, немогуће је, да се избегне употреба овог израза, што и сами критичари признају. Термин „основи непротивправности“, који уносимо у ово издање, једини је без речене махне, и ако је термин „основи искључења противправности“ изразитији. Термини „основи оправдања“ и „*оправдавајуће чињенице*“ су уобичајени у француској књижевности (causes de justification, faits justificatifs), а почели су се (од *Berner-a*) неко време употребљавати и у немачкој место термина „*искључење* противправности (или *неправа*)“. У немачкој се књижевности употребљава кадкад и назив „*негативне стварне околности*“ или „*негативна* (в. § 16 III 4 против) *обележја бића*“ (н. пр. *Frank* Aufbau des Schuldbegriffs 15, *Merkel* 82, v. *Hippel* Vergl. D. Allg. T. 3 549, *Mirička* Formen der Strafschuld, 1903, 125). Уп. *Frank* 4. Abschn. III, *Meyer-Allfeld* § 24 пр. 13. В. *Основни проблеми Еашке* § 4 1 4 о називу *моралне есцезије*.

²⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 24 II (основи искључења *неправа* [Unrechtsausschliessungsgründe]), v. *Liszt* § 33 III, *Frank* 4. Abschn. III („основи *оправдања*“ [Rechtfertigungsgründe], њих двоје за разлику од првога), *Garraud* 2 п. 433 (основи искључења *елемента* противправног, а и „основи *оправдања*“ [causes de justification], насупрот *основима „не-виности“* [causes de non-culpabilité], а називајући их још и „*оправдајућим чињеницама*“ [faits justificatifs]), *Laborde* п. 163, *Cuche* п. 50.

^{1°} Неки писци ове основе погрешно спајају с *основима искључења* (или и „*укидања*“ [suppression]) *подобности за урачунљивост* и подводе их све скупа под свој шири појам „*основа искључења подобности за урачунљивост*“ (*Vidal-Magnol* п. 138) или (*Mayer*, 5. изд. § 37) *виности* (culpabilité), називајући прве *објективним* *основима искључења* (или *укидања*) исте насупрот *субјективним*. Уп. *Garraud* (2 п. 434 II) против ове *навике*, која ствара конфузију.

^{2°} Неки опет обратио под свој шири појам „основи *оправдања*“ (или „*оправдавајуће чињенице*“) подводе (уп. *Laborde* п. 163 против овог мешања диспаратних појмова) и *основе искључења противправности* и *основе искључења подобности за урачунљивост* (*Chauveau-Helie* п. 317), узимајући израз *оправдање* у (филозофском, особито

кривичног дела, као ни неправу у опште. Једни од ових, *изричних* или *прећућних* основа су *ојшћи*, док су други *посебни*, т. ј. важе само за ово или оно кривично дело.

1. У к. з. *изрично* наведен општи основ искључења противправности је само *нужна одбрана* (в. § 36). *Сћање нужде* је основ искључења трећег елемента *кривца* (в. § 73). *Изрични*, а *посебни* основи искључења противправности (о којима ће бити говора код дотичних кривичних дела) су н. пр. два основа из § 244 к. з., који важе код кривичног дела лишења слободе.

2. *Прећућни* основи искључења противправности су они, који се изводе закључивањем из разних законских одредаба, било кривично-правних, било ванкривично-правних, као и они, који одговарају општим правним принципима о правно допуштеним радњама.¹⁾ Ту спадају н. пр. пристанак повређеног, самоповреда, службена дужност и т. д. (в. о овим основима ниже §§ 37—39).²⁾

II. Чим дело *прекорачи* границе одређене извесним основом искључења противправности, оно постаје противправно.³⁾ Проузроковање је дакле онда кривично дело. Тако ако А убије Б, бранећи се од напада, али се је могао одбранити и без тога, кривично дело убиства постоји; проузроковање смрти од стране А противправно је дакле (т. зв. прекорачење — в. § 36 IV — *нужне одбране*).

III. Кид је противправност искључена, подстрекач и помагач не могу бити кажњени (в. § 79 II 2), нити се могу изрећи правне последице приватног и јавног неправу.

етичком) смислу *образложења* печега, овде некажњивости. Служећи се изразом „*оцравдање*“ у истом смислу, неки називају основе искључења противправности *објективним* основима оправдања, а основе искључења подобности за урачуљивост *субјективним* (тако н. пр. *Prins* п. 323).

И ова је терминологија исто као претходна нетачна, пошто се поменути називима не карактерише суштина једних и других основа искључења кажњивости, према томе њихов положај у кривично-правном систему.

3^o Присталице италијанске позитивне школе (*Florian* I п. 370, за *Ferri*-а в. § 36 II 2 ж) уносе основе искључења противправности у своје „основе искључења *субјективног* елемента“ под именом „*мотива оправдања*“, који искључују „*опасност*“ (перикулзитет). Они одбацују тако појам основи искључења *противправности*, дакле једног елемента кривичног дела, елемента противправности, прекидајући на тај начин сваку појамну везу између кривичног и приватног неправу. Сем тога они, као што се види, мешају субјективни елемент с опасношћу као и с противправношћу.

¹⁾ Уп. в. *Liszt* § 30 II 2 а. Уп. *Frank* 4. Abschn. III.

²⁾ В. М. Е. *Mayer* 274 за његову деобу основа искључења противправности.

³⁾ Уп. в. *Liszt* § 32 III 3, *Meyer-Allfeld* § 24 IV.

IV. Одсуство основа искључења противправности има се у конкретном случају само онда да испитује и утврђује, ако се тврди или се појави сумња, да који од њих постоји.¹⁾

V. Историја — Међу *ојшћим* основима искључења противправности *нужна одбрана* појавила се је прва, и то тек при крају 18. века, као такав основ у *ојшћем* делу кривично-правне науке и законика, заједно са самом противправношћу као елементом кривичног дела. У римском и каснијем праву *нужна одбрана* је истина била позната, као и још неки случајеви права убијања. Али је заједно с овима била унета код *убиства*, и сматрана је с њима заједно просто као основ *некажњивости*, и то због одсуства долуса. У неким текстовима сматрала се је као *право*, но без појамне везе с противправношћу као елементом кривичног дела у опште или убиства. Појам основа искључења противправности у осталом често није чак ни данас у француској и италијанској књижевности јасно одвојен од других основа искључења кажњивости, особито од одсуства винности (као што се то јасно види из I пр. 2).

§ 36. Нужна одбрана.

Књижевност. — А. Јовановић (Нужна одбрана и стање нужде) Пор. I 132. Авакумовић (Нужна одбрана) Срп. Правн. I 145, 2 5. Авакумовић 265. Ј. Миловановић (Право слободне одбране) Правн. 2 341. Шиловић Нужна одбрана 1890. Ж. Јовановић Противправност напада кад *нужне одбране* Арх. 12 298, 13 49. Levita Recht der Notwehr 1856. Geyer Die Lehre von der Notwehr 1857. Seeger Abhandlungen I 173. Moriaud Du délit nécessaire et de l'état de nécessité 1889. v. Bari Beiträge 115. van Calker Z 12 413. Rotering (Über die Verantwortlichkeit durch Aufstellung von Schutzmaßregeln) G A 30 415. Sommerlad (Notwehr, Rechtswidrigkeit des Angriffes) G A 34 329 и (Über die Ausübung des Notwehrrechtes durch Veranstaltung von Schutzwehrrichtungen) G S 39 359. Tobler Die Grenzgebiete zwischen Notstand und Notwehr 1894. Heberlein Exzeß der Notwehr. Garçon art. 328 и R. Pén. 1896 707. Garraud Traité 2 8. Titze Die Notstandsrechte im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch und ihre geschichtliche Entwicklung 1897. Kroner Die Verletzung von Rechtsgütern des Dritten bei der Notwehr 1897. Neumond G S 56 46. Schollmeyer Das Recht der Notwehr nach B. G. B. 1898. R. Merkel Die Kollision rechtmässiger Interessen 1895. Vigelius Die Notwehr gegen Thiere 1898. v. Kollina Notwehr gegenüber Amtshandlungen 1898. Löffler Z 21 537 v. Alberti Das Notwehrrecht 1901. Braun I. Vorsätzliche und fahrlässige Verletzung Unbetheiliger bei Notwehrhandlungen, II. Putativnotwehr 100. Dannenbaum Das Notrecht de lege ferenda 1901. Bahr Die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über Notwehr und Notstand in ihrer Bedeutung für das Strafrecht 1903. Oetker Über Notwehr und Notstand 1903. Исмаи Vergl. D Allg. T. 2 293. Schleitenbaum Begriff und Bedeutung des gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs in § 226 B G B (Belting Heft 54) 1904. Grossmann Das Prinzip der Selbstverteidigung im deutschen B G B 1903. Würzburger Das Recht des strafrechtlichen Notstandes (v. Lil. Heft 48) 1903. Neubecker Deutsche Juristenzeitung 10 146 (против њега Eitzbacher 239). Lampson Beitrag zur Feststellung des Notwehrbegriffes (Diss.) 1906. Baumgarten Notstand und Notwehr 1911. Kowirk Notwehrrecht der Militärpersonen (Diss.) 1910. v. Bar 3 125

¹⁾ Уп. Meyer-Alfeld § 24 II.

Frank Z 14 360. Ahsbach Grundlinien des Notwehrrechts 1903. *Auer* Der strafrechtliche Notstand 1903. *Bierling* Zur Prinzipienlehre 3 14. v. *Albertl* Eigenmächtige Unrechtshemmung, abgesehen von Notwehr und Notwehrhilfe 1904. *Keller* Der Beweis der Notwehr 1904. *Hold von Ferneck* Die Rechtswidrigkeit II. Notstand und Notwehr. *Graf zu Dohna* в књ. § 19. *Knetsch* Der Begriff der Notwehr 1906. *Rissom* Notwehr und Waffengebrauch des Militärs 1906. — В. још (нужна одбрана од власти) v. *Kirchenheim* G S 30 172. *Neumaun* G A 22 216. *Bolze* G A 23 389. — В. о нужној одбрани у римском праву *Pernice* Labeo 2 73, *Mommsen* 620. — *Stock* (Ueber Staatsnotwehr und Statsnotstand) G S 101 148. — В. и *Hegel* Grundlinien der Philosophie des Rechts § 127. *G. Paoli* (Sulla legittima difesa. La fuga) Riv. p. 105 (1927) 297. *Jerschke* Die Putativnotwehr. *Peritich* (La légitime défense en cas de possession et détention) Rev. pén. 1921. *Langenback* Die Vorbereitung und Ausübung der Notwehr durch Schutzmassregeln (Diss.) 1907.

I. *Нужна одбрана (inculpata tutela)* је одбијање противправног истовременог напада на правна у закону означена добра иначе инкриминисаном за одбијање нужном повредом (или угрожењем) правних добара нападачевих.¹⁾ Она постоји н. пр., кад А потегне нож на Б и овај га убије, да би се одбранио, па се утврди, да је убиство тога нападача било нужно за одбијање напада. Нужна одбрана је била предвиђена већ у Code pénal, као самостална правна установа (чл. 328 и 329). Али ту она није (као н. пр. ни у некад. итал. к. з., чл. 49) дефинисана из ближе, као што је то случај у многим каснијим к. з. (н. пр. § 51 нем. к. з., § 54 срп. к. з.), нарочито у најновијим.

За дело извршено у нужној одбрани није се никад казнило (в. § 34 V). Али је у теорији споран и у законодавствима је различито одређен њен обим (в. III). Сем тога је у теорији био некад врло споран правни основ некажњивости у случају нужне одбране (в. II). О томе се старија законодавства нису изрично изјашњавала за разлику од новијих, која сва примају владајућу теорију (в. II 2) о нужној одбрани као основу искључења противправности.

II. Некажњивост онога, који је делао у нужној одбрани, образлажава се од некојих искучењем виности (субјективна теорија), а од других искључењем противправности (објективна теорија).²⁾

¹⁾ Постојеће дефиниције нужне одбране су више или мање непотпуне, јер не обухватају све услове потребне за постојање нужне одбране (н. пр. дефиниција v. *Liszt*-а § 33 II, и још више дефиниције, које дају *Garraud* 2 п. 437 и *Meyer-Allfeld* § 25 I).

²⁾ Према старој, *Geuer*-овој теорији (Die Lehre von der Notwehr 21 и сл. и Grundriss [1884] 1 81; уп. против њега *Oetker* 260, *Vidal-Magnol* п. 194) дело извршено у нужној одбрани противправно је и виност постоји, али се за исто не може казнити, те према томе није кривично дело. С гледишта трипартитног система изашло би дакле, да је према овој теорији одсуство нужне одбране један општи услов инкриминације. Према *Geuer*-у на име у случају нужне одбране нема кривичног дела зато, што се напад и одбрана као еквивалентни компензирају, што се дакле два зла потиру једно другим. Али ове еквиваленције не мора бити, нити је могуће утврдити постојање еквиваленције између угрожења, у коме се напад састоји, и повреде у одбрани нанете. Сем тога код нужне

1. Према субјективној теорији (или теорији моралне принуде) онај, који је делао у нужној одбрани, у том тренутку је због узбуђености био *непогодан за урачунљивост*, те према томе нема ни виности.¹⁾ Ово објашњење некажњивости у противности је са стварношћу, јер се ту не могу подвести сви конкретни случајеви. Онај, који дела у нужној одбрани, може имати способности за психичке односе са својом радњом и њеном последицом, потребне за виност, може дакле бити погодан за урачунљивост. Он може према томе делати вино, те је тако погрешна и варијанта субјективне теорије, према којој нужна одбрана искључује (непосредно дакле) *виност*, т. ј. субјективни елеменат кривца.²⁾

2. Према објективној теорији, која је једина тачна, нужна одбрана се сматра као *право*, те је она према томе основ искључења *противправности*. Дело у казненем закону предвиђено и условима инкриминације одговарајуће није дакле кривично дело, кад је извршено у нужној одбрани. Према субјективној теорији међутим нема само кривца, а кривично дело постоји.

Нужна одбрана се умесно сматра као једно *право* (за разлику од *стања нужде*, за које они, што и њега схватају као основ искључења *противправности*, не узимају ипак, да субјекту даје *право*).³⁾ Спорно је само питање о *основу* права на нужну одбрану.

одбране не може бити говора о враћању зла злим у правом смислу, јер је за то претпоставка, да се је оно прво већ догодило, што код нужне одбране није случај. То би дакле била антиципирана одмазда. Ово мишљење има даље за последицу немогућност кажњења нападача, јер је зло, нането од њега, потрто. *Geyer*, у одговору на ову примедбу, вели, да треба разликовати између индивидуалног зла, које се једино потире одбраном нападнутог, и социјалног зла, које се може потрти само казном. Најзад *Geyer* превиђа, да се нужна одбрана не састоји у приватном праву кажњавања, као што то излази из његовог образлагавања права на нужну одбрану, већ само у праву, да се сачува нападнуто добро.

¹⁾ Тако стари писци (*Puffendorff* [propter perturbationem animi, следујући инстинкту самоодржања, те нема слободне воље], *Jarcke* Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts I 144, *Steltzer* Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft I 91, 93, *Temme* § 52 [искључује урачунавање [у виност], а „правни основ је моменат моралне [према томе правне] дужности самоодржања, као и, овој равне дужности одржања других“]). Уп. против *Garçon* art. 328, п. 5—7, *Carrara* §§ 288 и 290, *Alimena* 549, *Oetker* 260.

²⁾ В. о *Florian*-у (који меша субјективни елеменат с опасношћу с једне и с противправношћу с друге стране: нужна одбрана је тобож један од „мотива оправдања“, који искључује субјективни елеменат, искључујући „опасност“) и о *Roux* у § 35 I пр. 3^о.

³⁾ Тако *Kant* 40 (право, за разлику од стања нужде), *Carrara* § 294 (право и дужност). Тако за нем. к. з. *Frank* § 53 III, *v. Liszt* § 33 II 1 а, *Frank* § 53 III (основ искључења противправности, не истичући особено као ни *v. Liszt*, да је радња одбране вршење *права*), *Meyer-Allfeld* § 25 I („нападнути одбраном врши *право* самопотврде према неправу“) *Merkel* § 60. § 53 нем. к. з. се истина не изјашњава о разлогу некажњавања, али је опште

а) Према некима (по *Kant*-у) право на нужну одбрану правда се тиме, што је, вели се, правни поредак престао да важи за нападача у тренутку напада: онај, који не поштује туђа правна добра, губи право на поштовање својих;¹⁾ или, како други кажу, тиме чини себе бесправним.²⁾ Кад би ово заиста био основ права на нужну одбрану, изишло би, да нападнути има право да повреди ма које добро нападачево без обзира на то, да ли је то *нужно* за одбрану, пошто за нападача правни поредак престаје да важи. Ова би теорија могла према томе имати смисла, бар привидно, једино ако би се рекло, да за нападнутог престаје да важи правни поредак, у колико је то *пошребно* за одбрану.

б) Према *Хегелу* право се васпоставља казном, негацијом своје негације, т. ј. неправом. (в. § 88 II). Ово су образложење казне и осталих правних санкција његови следбеници применили с разним формулисањем и на нужну одбрану, док се сам *Hegel* не изјашњава о њој, већ само о „праву нужде“ (*Notrecht*) (в. § 67 II).³⁾ Нужна одбрана је, веле они, васпостављање (или афирмација) права, пошто негира неправом, негацију права.⁴⁾

в) Према *v. Buri*-евој *колизионој* теорији (сукоб права и дужности) кад су у сукобу два правно заштићена интереса, тако да се један може очувати само на штету другог, закон мора жртвовати мање важан, а то је интерес нападачев, који се самим нападом смањује или исчезава (в. § 73 за примену овог схватања и на стање нужде).⁵⁾ Примена овог схватања (које је само примена етичке доктрине конфликта дужности [в. *Основни проблем етике* § 4 I 4]) је међутим у ствари могућа само код стања нужде, јер је само ту у сукобу право с *правом*.

гледите, да нужна одбрана искључује *противправност*, док у погледу стања нужде (§ 54) постоје разна гледишта (в. § 67 II). Тако и за чл. 328 франц. к. з. (где је у осталом то *изрично*, као и у срп. к. з. [за разлику од осталих к. з.] исказано употребом израза „*законита* одбрана“, *légitime défense*) *Garraud* 2 п. 439 (она је *право*, и ако не *обвеза*, дужност), *Garçon* art. 328, 8, *Roux* 133, *Laborde* п. 172, *Vidal-Magnol* п. 199 (нужна одбрана је не само *право*, већ *дужност* индивидуе, као што је то прокламовао *Ihering**), *Degois* п. 183. Тако и за чл. 49 ал. 1 пр. 2 некад. итал. к. з. (у коме се каже само „није кажњив, ко“) *Alimena*, 547, *Impallomeni* 304, *Mazzini* Istituzioni 90. Прот. *Florian* I п. 316 (заступник *Ferri*-евог гледишта и за чл. 49).

¹⁾ Тако (позивајући се на *Kant*-а) *Feuerbach* § 35, *Henke* Handbuch des Kriminalrechts § 35, *Großmann* Grundzüge § 23. Уп. против овога образложења *Carrara* § 294.

²⁾ *Fichte* Grundlagen des Naturrechts 2 250.

³⁾ Зато има основа и за гледиште, које је заступљено у претходним издањима (а према коме она, по *Hegel*-у, искључује само кажњивост, а не противправност).

⁴⁾ Тако *Levita* 17 и сл. („Неправо је, пошто је право апсолутно непоништиво, по себи ништаво, и мора у својој ништавости бити испољено; у овоме, у овој ништавости неправом, које истина има спољну егзистенцију, али по себи ништаво, корен је права државе, да казни, права појединца на нужну одбрану“), *Koestlin* 118, *Berner* § 58 („у нужној одбрани се нападнуто право хоће да потврди против нападајућег неправом“).

⁵⁾ *Notstand und Notwehr* у *Beiträge* (исто у *GS* 30 434).

г) Према теорији *стања нужде* нужна одбрана је један случај стања нужде, те је нужна основ права на одбрану.¹⁾ Ово изједначење је у ствари немогуће, пошто се нужна у случају нужне одбране проузрокује *неправом*.

д) Према класичној школи *природног* права право нужне одбране је *природно* право.²⁾

е) Према класичној школи *друштвеног уговора* (из 18. века) право нужне одбране је засновано у друштвеном уговору. Нужда повраћа према једној варијанти ове теорије човека у природно стање, у коме сваки има право, да брани себе (*necessitas reducit ad merum jus naturae*). Према другој варијанти уговорне теорије грађани су, уступајући друштвеним уговором држави право одбране, за себе задржали у једној клаузули право, да се сами бране у случају садашње опасности.³⁾

ђ) Према теорији *субсидиарне јавне одбране* (или *кресћанка* права на казну) за време напада престаје друштвено право на одбрану и на његово место ступа приватно право на одбрану, јер је с једне стране јавна одбрана немоћна, а с друге држава је присвојила право на исту само за случај, кад је појединац немоћан, да одбије напад, дакле *субсидиарно*.⁴⁾ Разлог је неумесан. Право државно на одбрану не може никад престати; једино је могуће, да се оно не може у овом или оном конкретном случају вршити.⁵⁾

ж) *Ferri* (италијанска позитивна школа) правда право на нужну одбрану тиме, што се она, вели се, врши *из моћива правно и социјално допуштених*.⁶⁾ Овај разлог не може да оправда *право* на нужну одбрану,

¹⁾ Тако *Liepmann* 180, *Graf zu Dohna* 130, *H. v. Ferneck* 2 131. Уп. против ове теорије *v. Bar* 3 137, *Oetker* 260. — Тако и *Temme* §§ 52 и 53 (нужна одбрана спада у стање нужде „у ширем смислу“; у оба је случаја основ правдања дужност самоодржања, али према њему они искључују подобност за урачуљивост [в. 1 пр. 1]).

²⁾ *Grotius* §§ 13—15 (код кога се налази у зачетку и уговорна теорија; уп. *Florian* I п. 208). Тако и *Laborde* п. 172.

³⁾ Уп. *Garçon* art. 328, 3.

⁴⁾ *Carrara* § 291 (јавна одбрана има, вели, *субсидиаран* карактер). Тако и *Alimena* 551/2, *Garçon* art. 328, 8 (друштво престаје да казни, пошто његов стварни интерес то че захтева, кад се оно налази у немогућности, да одбрану укаже), *Garraud* I п. 297 („социјална одбрана *субсидиарног* је карактера; она не дела искључујући, већ потпомажући индивидуалну одбрану), 2 439. Слично и *Šilović* 121.

⁵⁾ Уп. против ове теорије *Vidal-Magnol* п. 197, *Florian* I п. 267, 268 (који у њој умесно налази преостатак уговорне теорије и наводи против ње и то, да се према њој не би требало по извршеној нужној одбрани нападач да казни и да нужна одбрана не може да се врши истовремено са заштитом нападнутог од стране државних органа).

⁶⁾ *B. Ferri* *Sociologie criminelle* (5. изд.) 474, *Principii* 462—463 (где он комбинује поменуто оправдање с колизионом теоријом: оправдање је и „објективно [правно]“ и „субјективно [психолошко]“).

јер је противправност извесног дела као објективна околност независна од мотива извршиоцевих (и ако је у духу Бипартиције виновост састојак — в. § 33 II 5 — противправности).¹⁾

з) Према нашем мишљењу право на нужну одбрану правда се тиме, што, сходно нашем схватању (в. § 2) материје права и противправности (§ 34), у случају нужне одбране нападачево добро, чија је повреда нужна за одбијање напада, престаје да буде *правно* добро или, с материјалног гледишта, једна *пошреб* постојања друштва-државе, те нема другог елемента у појму противправности. Полазећи пак с гледишта нападнутог нужна одбрана се појављује као једна *пошреб* постојања друштва-државе, пошто ова не може да да у случају нужне одбране правну заштиту од напада, коју је примила из себе.

III. *Нужна одбрана* састоји се дакле у *одбијању напада у закону одређеном*. Сходно датој (в. I) дефиницији на име *одбијање* треба да се врши *повредом* (или *угрожењем*) *правних добара*: 1° *нападачевих*, 2° *иначе инкриминисаном* и 3° *нужном за одбијање напада*; а *објекат* одбијања, т. ј. *напад* треба да је: 1° *управљен против у закону одређеног правног добра*, 2° *проштививран* и 3° *истовремени*. Одбијање је *основни*, а остало су *априбутивни* елементи нужне одбране.²⁾

1. Напад.

а) *Напад* је *позитивна делатност* (чињење), која је *управљена прошив некојег правног*³⁾ *добра* (сачињавала кривично дело или не).⁴⁾

1° Напад је према томе делатност, која *угрожава* извесно правно добро, јер чим се једна радња појављује као *напад* на извесно правно

¹⁾ Ово је уочио *Florian*, те заступајући и сам ово „оправдање“ (т. ј. образложење) *некажњивости* наглашава (п. 268, в и п. 260 и 260 bis), да дело нападнутог, који се брани, остаје *протививрано*, али нема *субјективног* елемента кривичног дела (в. горе I пр. 2 о њему).

²⁾ Анализа (и услед тога — в. I — и дефиниција) нужне одбране је у постојећој књижевности врло непотпуна и нејасна.

³⁾ *Schleifenbaum* (46) тврди, да дефиниција напада „као делатности, која је подобна да повреди једно *правно* добро“ место „животно добро“, као што он вели, садржи у себи захтев *протививраности* напада, пошто се под „правним добром“ разуме „само правно заштићено добро“. Ово је тврђење неумесно, јер *напад* на правно добро не мора *наравно* бити *протививран*.

⁴⁾ Уп. в. *Liszt* § 33 II 1 („Напад је, вели, свако умишљајно угрожење једног постојећег правно заштићеног стања позитивном делатношћу“), *Frank* § 53 I, *Garraud* 2 п. 445, *Meyer-Allfeld* § 25 III 1 е, *Wachefeld* § 35 I 1, *M. E. Mayer* 277, *Köhler* 343, в. *Bar* 3 146, § 68 (који држи израз „напад“ за узан, тако да се ту тобож не могу подвести све радње, сматрајући уз то неосновано као довољне и нечињење и *напад* од стране мртвих ствари [који се, вели, такође не може подвести под израз *напад*]; ако се, каже, задржи израз „напад“, треба додати: „или *нападу* равно стварно нарушење државинског стања

добро, она је за њ' *ојасна* (в. § 71 III 6).¹⁾ Делатношћу произведена опасност може бити како конкретна тако и апстрактна (н. пр. А изнесе беспомоћног слабомоћног на улици ноћу у време, кад још нема саобраћаја).²⁾ Без значаја је, да ли је делатност управљена (објективно или и субјективно) на *повреду* или само на *угрожење* правног добра.³⁾

2° *Нечињење* се не може дакле сматрати као *напад*. Кад н. пр. А неће да се исели, и ако је рок закупу прошао, сопственик нема право на *нужну одбрану* против свог *кирајџије*, што важи у опште за одржање ког противправног стања.⁴⁾ Али кад је *нечињење* радња извршења некојег кривичног дела *чињењем* (н. пр. *недавање* хране детету од стране мајке, *неизвођење* гледаоца из катакомбе од стране вође), оно може сачињавати *напад*.⁵⁾

3° *Напад* не мора бити управљен против добра оног, који га одбија. Допуштена је дакле *нужна одбрана* од напада на правна добра неког *иностраног* лица (сродног или не), било оно физичко или правно, приватно-правно правно лице или држава (§ 24 ал. 2 к. з.). То је т. зв. *нужна помоћ*.⁶⁾ Она је допуштена и онда, кад је то лице противно

[Besitzstand] или употребе општих, свакоме приступних овлашћења", као што је овлашћење служења јавним путем), *Schleifenbaum* 44. — У франц. к. з. се, у одсуству дефиниције *нужне одбране*, не помиње *напад*, а стари итал. к. з. (чл. 49) употребио је био израз „насиље“ (*violenza*) место *напад* (као чл. 52 новог итал. к. з.). — Поменута делатност може бити вршена како од физичког тако и од правног лица (од стране његових органа). Али се с кривично-правног гледишта има и овде сматрати као *нападач* сам дотични орган правног лица, дакле опет физичко лице (в. *Alberti* сматра [12] као *нападача* само правно лице).

¹⁾ Као што се види из претходне прим., в. *Liszt* дефинише *напад* непосредно као *угрожење*.

²⁾ в. *Alberti* 21 (§ 6 I) захтева *угрожење* „in concreto“, превиђајући обим *нужне одбране*, док се остали не изјашњавају о томе.

³⁾ Отуда је неоснована *Frank*-ова дефиниција *напада* („повредом“).

⁴⁾ Ту се *некажњивост* може васнивати само на одсуству недопштене самопомоћи. Уп. *Frank* § 53 I, *Schleifenbaum* 45, в. *Liszt* § 33 II 1, *Cosack* I 319, *Garraud* 2 19 (п. 445), *Meyer-Allfeld* § 25 III 1 е, *Halschner* I 485 пр. 1, *Metzger* § 31 III 1 а (непуштање у слободу затвореника по истеку казненог времена). Прот. *Meyer-Allfeld* (у 5. изд. *Meyer*-овом) § 39, 3 е, в. *Bar* 3 147, *М. П. Геновски* 65.

⁵⁾ Тако *Meyer-Allfeld* § 25 III 1 е, *Merkel* 162, *Binding* 736, *Köhler* 343, *Olshausen* § 53, 5. Прот. *Schleifenbaum* 46

⁶⁾ Уп. *Марковић* 182, *Frank* § 53 I, *М. Е. Mayer* 277, в. *Liszt* § 34 II 2 с, *Garraud* 2 п. 444 („једна врста солидарности у одбрани“), *Roux* I 189, *Garçon* art. 328, п. 19, *Laborde* п. 174, *Meyer-Allfeld* § 25 III 1 а, *Binding* 736, в. *Alberti* 33, *М. Е. Mayer* 277, *Alimena* 560 (одбрана других је лепша и племенитија но сопствена). О пореклу *нужне помоћи* в. *Alimena* *Imputabilità* 81 и сл. Неки чине *ограничење* у погледу допуштености *нужне помоћи* у корист државе, кад се та *помоћ* појављује као *спречавање* кривичних дела (што је случај с *нужном одбраном* у опште, кад је дотични *напад* *инкриминисан*). Тако *Binding* 737 (*нужна помоћ* је недопштена онда, кад је држава *повређеник* као

истој.¹⁾ Противно би се имало узети само онда, ако се треће лице одрекло пуноважно свог правног добра, и ако уз то постоје услови за непровправност повреде тога добра по пристанку (в. § 37),²⁾ одн. самоповреде (в. § 38).

4° Нападач не мора бити свестан напада. Право на нужну одбрану постоји дакле, и кад се напад нехатно врши или чак и без нехата (што се објашњава ниже под 5° реченим).³⁾

5° Нападач може бити само живо биће (човек или [в. в 2°] животиња), пошто само жива бића могу делати из сопствене снаге. Напад не може дакле сачињавати делатност мртве ствари, н пр. пад камена или крова (т. зв. напад ствари, Sachangriff).⁴⁾ То исто важи и за покрете живог бића по природним законима (н. пр. човек, који пада с крова на улицу). Овде може постојати само стање нужде.⁵⁾

б) Нужна одбрана је у § 24 ал. 2 к. з. допуштена ради одбране од напада на *ма које* (приватно или опште) правно добро (тело, живот, слободу, част, имовину, кућне право, породична права, морално и религиозно осећање [било оно правно заштићено као приватно или као опште добро] и сва општа⁶⁾ правна добра⁷⁾, за одбијање дакле ма каквог напада од себе или ког другог.⁸⁾ 9) То је у осталом данас владајуће

„носилац законодавне воље“, н. пр. у случају позивања на велиздају, не у случају одбране од ухода или издавања државне тајне). Уп. против овог ограничења в. *Alberti* 33, но и он сам чини (34) извесне ограде код кривичних дела против друштвених добара, упуштајући се у питање о допуштености заштите „моралног и религиозног осећања“ нужном одбраном (н. пр. у случају блудне радње и богохуљења), не признајући исту (за разлику, вели, од *Neumond*-а).

¹⁾ Уп. *Wachenfeld* 117.

²⁾ Уп. *Binding* 737.

³⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 25 III 1 с, в. *Liszt* § 33 II 1 (који међутим, и ако је [в. 10 (2)] присталица *објективне* противправности [пошто је и према њему довољан и напад неподобног за урачуљивост], захтева, у противречности с тим, умишљај у погледу напада („умишљајно угрожење“).

⁴⁾ Уп. *Frank* § 53 I, *Binding* 735, *Grundriss* 191, *Olshausen* § 53, 5, *Roux I* 188, *Schleifenbaum* 47. Прот. в. *Bar* 3 136, *Tobler* 63, *Löffler Z* 21 564, в. *Thur* 58.

⁵⁾ Уп. *Frank* § 53 I. Према *Binding*-у (*Grundriss* 191) овде се има примењивати § 53 *аналога*.

⁶⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 25 III 1 в, *Frank* § 53 I, *Kohler G S* 47 57, *Neumond* 46. Прот. в. *Alberti* 33 (поводом *Neumond*-овог тврђења — в. 225 пр. 6).

⁷⁾ Тако по § 53 нем. к. з. (и § 21 прој. од 1928). Уп. *Meyer-Allfeld* § 25 III 1 в, *Frank* § 53 I, *Binding* 736, 744.

⁸⁾ Могућа је и нужна одбрана према сасопственику (уп. *Meyer-Allfeld* § 25 III 1 в).

⁹⁾ Тако се узима и за чл. 328 и 329 франц. к. з. од већине (*Garraud* 2 19 п. 445 [но он искључује напад на част], *Roux I* 189 (такође), *Garçon* art. 328 п. 42 и сл. Прот. (гумачећи уже изразе „од себе или другог“, који се у осталом налазе и у § 24 ал. 2 к. з. и § 53 нем. к. з. [у чл. 52 итал. к. з. вели се „право сопствено или другог“]) *Vidal*-

мишљење, које је раније имало противника и у погледу правног добра *части*,¹⁾ па чак и *својине, државине и пришежања*.²⁾ Без значаја је, у којој је мери и у опште да ли је нападнуто добро заштићено кривично-правно. Без значаја је такође, да ли се оно налази у притежању („непосредној државини“) нападнутог или нападачевом.³⁾

в) *Противправности* напада схвата се двојако:

1° Противправан је према некима само (правно) *забрањен* напад. Према томе противправан може бити само *људски* напад, јер се правне забране обраћају само на људе. Напад од стране животиња (самосталан, не од човека провоциран) не даје дакле право на нужну одбрану.

Противправност у овом смислу схвата се од неких присталица тог мишљења *субјективно* (т. зв. субјективна противправност), од других *објективно* (т. зв. објективна противправност).⁴⁾

(1) Према *субјективном* схватању, које је примена код нужне одбране субјективног схватања неправа у опште (в. § 33 II 5), напад људски је противправан само, ако је нападач „*подобан за урачуљивост и вин*“, т. ј.

Magnol п. 202, *Prins* п. 328 (само одбрана лица, не својине [в. *Garçon* art. 328, п. 43-45, *Roux* I 189 пр. 10 против овог ограничење и других]).

¹⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 25 III 1 в, в. *Alberti* 30. Прот. од новијих писаца моралиста в. *Cathelin* *Moralphilosophie* 2 99 (физичка сила је у погледу части по својој природи неподобно заштитно средство).

²⁾ § 54 срп. к. з. допушта међутим нужну одбрану само онда, ако је напад управљен на *живош, слободу и имање*. У случају напада на част, кућне право (в. *Schwartz* § 53, 23 за његово неумесно ограничење нужне одбране у погледу заштите кућнег мира), породична права и т. д. није се имало дакле право на нужну одбрану. Државина и притежање (уп. *Roux* I 190 пр. 13, *Meyer-Allfeld* § 25 III 1 в, *Wachenfeld* [јер се, вели, и притежању даје у § 854 грађ. з. и у § 242 к. з. у извесном обиму правна заштита]; в. *Binding* 744—746 за разликовања, која он чини у погледу државине и притежања у питању нужне одбране) су пак били заштићени, јер се законодавац служио изразом „*имање*“, а напад се мора сматрати, да је управљен на имање и онда, кад је његов објекат државина или притежање. *Пришежање* (*Gewahrsam*) у *кривично-правном* смислу (в. П. д. код крађе) је физичка моћ искључивог стварног вршења господарства над извесном стварју, док државине (*Besitz*) може бити и без тога. Према томе се и крадљивац може позвати на нужну одбрану. Уп. *Wachenfeld* 117.

³⁾ Уп. *Schleifenbaum* 46, в. *Alberti* 30. Прот. в. *Bar* 3 § 69 (нужна одбрана се не може вршити „у погледу ствари, на којима ми ве припада право државине“, н. пр. у погледу резервисаог места у железничком купеу, „које би неко, док сам изашао на извесну станицу за време стајања воза, заузео“; као ни у погледу ствари, „које су моја својина, али стварно нису или нису више у мојој државини“), *Cosack* I § 781 а („...овлашћени мора бити у државини добра; кад дакле кираџија оштећује стан, који се налази у његовој закупној државини, . . . не постоји напад против закуподавца“), в. *Thur* 46 („нужна одбрана за заштиту имовине је увек одбрана државине“; „својина само као таква не може дати право на нужну одбрану, али може на самопомоћ“).

⁴⁾ Уп. *Frank* § 53 I 3 а, *Janka* § 58 II 1 с, *Schleifenbaum* 11 и сл., *Hälschner* I § 191, *Геновски* 73 (§ 14).

ако је за урачунљивост подобни нападач свестан или је могао бити свестан *напада*,¹⁾ а према некима (престалицама нормативног елемента винности) и *противправности* свог напада²⁾ (винност је дакле по њима саставни део противправности, неправда, и код нужне одбране). Према лицима малолетним, без разбора и душевно болесним и према нападачу у заблуди нема се дакле право на нужну одбрану (могуће је само стање нужде).

(2) Према *објективном* схватању противправности напад је противправан самим тим, што се њиме вређа извесна државна норма.³⁾ Према томе и напад од стране душевно болесног лица и малолетника млађег од 14 година даје право на нужну одбрану.⁴⁾

2^o Према другима противправан је онај напад, који *нападнути* није дужан да *шри*.⁵⁾ Из тога излази, да напад не мора бити противан извесној државној норми (а још мање треба да он сачињава кривично дело или нападач кривца), већ је довољно, да се врши *без права*. Према томе право на нужну одбрану постоји и против напада од животиња.

Нужна одбрана је одбијање напада, те би требало узети, да право на исту постоји без обзира на то, од кога долази напад, од људи или животиња (од ма ког живог бића дакле). Мора се дакле с обзиром на суштину нужне одбране узети, да је без значаја, да ли је напад као акт нападачев противправан или је само такав, да нападнути није правно обавезан да га подноси, т. ј. да ли је он противправан у погледу нападача или је само неправедан у погледу нападнутог. Позивање на стање нужде, кад напад долази од животиња или шта више од лица неподобних за урачунљивост или чак само не винних, неумесно је, јер стање нужде претпоставља, да нема напада, и тиме се оно баш и одликује од нужне одбране. Најзад нужна одбрана није кажњене (репресија), већ спречавање произвођења противправног стања, те нема разлога, да се захтева *људски* напад, а још мање *вино* противправан.

¹⁾ Тако *Beling Grundzüge* § 21 II 3 (сматрајући винност нападача као засебан елемент поред противправности, т. ј. не као саставни део исте).

²⁾ Тако *Janka* § 58 I с („противправно делање може произаћи само из противправне воље“), *Lammasch* § 13 IV, *v. Ferneck* 2 122.

³⁾ Тако *Merkel* 163, *v. Liszt* § 33 II 1, *Марковић* 181, *Meyer-Allfeld* § 25 III 1 с, *Finger* I 387, *Garraud* 2 п. 447, *Florian* I 416 п. 269, *Halter* 137, *Garçon* art. 328 п. 69 и 90, *Šilović* 125, *Schleiffenbaum* 27, *Schollmeyer* 9 а, *M. E. Mayer* 278, *Жабински* 224.

⁴⁾ Прот. за душевно болесне само *Schollmeyer* 11.

⁵⁾ Тако *Binding* I 479 и сл., *Frank* § 53 I 2, *Oetker* 23 и *Vergl. D. Allg.* T. 2264, *v. Bar* 153, *Moriaud* 32, *Wachenfeld* 118, *Cosack* op. cit. I 134, *Roux* I 188, *Vidal-Magnol* п. 204 bis. — Без значаја је наравно, да ли је сам циљ напада противправан или допуштен (н. пр. А нападне дужника штапом, да би га приморало, да намири дуг). Уп. *Beling* 141, *v. Albertl* 37.

напад.¹⁾ Али кад већ не треба захтевати, да је напад управљен против извесне норме, погрешно је служити се изразом *противправан*, јер он може бити само атрибут једне *људске* радње.²⁾ Треба дакле рећи *бесправан*, а не *противправан* напад, и у том смислу треба исправити дефиницију нужне одбране, у којој смо се такође послужили опште употребљеним изразом „*противправан*“.³⁾

Из захтева, да је напад *бесправан* („*противправан*“), излази:

(1) Да није допуштена нужна одбрана на *нужну одбрану*. Нападач А, на кога је нападнути Б потегао нож ради одбране, нема дакле права, да се позове на *нужну одбрану*, ако предухитри Б и убије га. Нападач се може позвати само на стање нужде, и то само онда, ако није свестан напада.

(2) Да није допуштена нужна одбрана од *законитих* (в. П. д. 2 § 83 I 2 а 4^о) службених радњи јавних власти, н. пр. од одузимања слободе обвиненом, узапћивања ствари, кућнег претреса и т. д.⁴⁾

(3) Да није допуштена нужна одбрана од *законских* радња *приватних* лица (н. пр. у случајевима § а 244 к. з.).

(4) Да постоји право на *нужну одбрану* од *бесправних* радњи оних, коју делају на заповест претпостављеног, и ако су они дужни на покорвање наредбама претпостављеног.⁵⁾

(5) Да је нужна одбрана допуштена, и ако је нападнути *предвидео* напад, или га је шта више провоцирао и у опште (умишљено или нехатно) *скривио* (*autor rixae* има право нужне одбране против *autor-a rignae*).⁶⁾ Тако исто ако је нападнути изазвао напад у намери, да убије

¹⁾ Уп. *Frank* § 53 I 2, *Roux* I 189 (акт је одбране, а не суделовање у делу социјалне правде), *Vidal-Magnol* п. 204 bis.

²⁾ Уп. *Ж. Јовановић* 51.

³⁾ Слично *Thon Rechtsnorm und subjektives Recht* (1878) 90 пр. 36 (довољно је, да напад није „*rechtmässig*“). *Ж. Јовановић* (51—52) одлацује како атрибут *противправан* тако и атрибут *бесправан* и држи, да треба употребити атрибут „*када нападнути није дужан да трпи*“.

⁴⁾ Допуштена је дакле нужна одбрана, ако је службена радња *незаконита*. Тако (саобразно §-у 113 нем. к. з.) *Frank* § 113 III, v. *Liszt* § 33 II 1 а, *Meyer-Allfeld* § 25 III 1 с. Такође *Prins* 194. Прот. (за франц. к. з.) *Blanche* 4 132. Према неким француским писцима (*Garraud* 2 37 и сл., *Chauveau-Hele* 3 п. 940—944, *Laborde* 178, *Roux* I 192 пр. 2) нужна одбрана је допуштена само онда, ако је незаконитост „*очигледна*“ (*Roux*: „*очигледна, неподношљива и непоправима*“) (посредно мишљење). Уп. *Laborde* п. 178, *Vidal-Magnol* п. 206.

⁵⁾ Тако узимају (противречећи се) чак и они, према којима заповест искључује *противправност*. Тако *Frank* § 53 I, *Binding* 740, *Roux* I 191 (I 183). Према једноме од њих, v. *Liszt*-у (§ 33 II 1 а) међутим допуштена је нужна одбрана само према претпостављеном.

⁶⁾ Тако v. *Liszt* § 33 II 1 а, *Frank* § 53 I 2, *Köhler* 348, *Olshausen* § 53, 7, v. *Bar* 3 159, *Hälschner* I 480 пр. 2, *Meyer-Allfeld* § 25 III 1 f, *Garraud* 2 31 (п. 447), *Laborde*

или повреди нападача у одбрани.¹⁾ Но ако је изазвано лице неподобно за урачунљивост или животиња, не треба признати изазивачу право на нужну одбрану, јер је онда напад његово дело, т. ј. напад на своја своја сопствена правна добра.²⁾

(6) Да је нужна одбрана допуштена према лицима, за која не важе кривични закони из државно или међународно-правних разлога (па доследио и према монарху).³⁾

г) Напад је *истовремени* (садашњи), кад *непосредно предстоји* (А се маши за револвер и. пр.), или, ако је већ *почео*, све *док траје*.⁴⁾

1^о *Истовремени* напад и *покушај* дела се не поклапају дакле, пошто је садашњи и напад, који непосредно предстоји.⁵⁾ Напад непосредно предстоји, кад постоји могућност (времено, не месно)⁶⁾ блиског извршења нападне делатности. Да ли је пак ово случај, фактичко је питање. Тако била би допуштена нужна одбрана према душевно изненада оболелом с револвером у руци, из кога је већ једанпут пуцао, па се умирио, као и према лаву из менажерије, који је из ње изашао, па лежи мирно на путу.⁷⁾ Н је дакле потребно, да је субјекат већ отпочео неку делатност, која је у вези с очекиваном нападном делатношћу.

2^о Нужна одбрана није дакле допуштена против *будућих* напада. Но заштитне мере против истих су допуштене, ако оне дејствују у тре-

п. 177, *Thiry* п. 150, *Haus* I п. 632 и 637, *Garçon* art. 328 п. 79—89 (имајући као и претходни француски писци на уму само случај провокације). Прот. *Vidal-Magnol* п. 205, *Carrara* § 297, *Alimena* 575 и 574 (чини извесна ограничења у погледу допуштености нужне одбране у случају предвиђеног и изазивног напада). У неким к. з. случај провокације је предвиђен и негативно решен (чл. 4 т. 4 шп. и чилског к. з., чл. 49 јап. к. з.). Други к. з. као ни прој. к. з. не предвиђају га.

1) Прот. за овај случај в. *Hippel* Z 42 417, *Lobe* Kottm 2-3.

2) Тако *Köhler* 348, в. *Bar* 3 161 (узимају исто тако и у погледу изазваног, који је у заблуди: и. пр. А увери Б у шали, да га хоће опасно да нападне, па навишани на Б празним револвером речима „пуцам“). Прот. в. *Liszt* § 33 II 1 а (чак и онда, кад је умислај био управљен на убиство у нужној одбрани).

3) Чине неумесно изузетак за монарха *Binding* 738, *Olshausen* § 53, 8, 6 (јер би се тиме, вели, напустио принцип неприкосновености), *Doehn* Z 11 522.

4) Уп. в. *Liszt* § 33 II 1 б, *Frank* § 53 I 1 („садашњи је напад“, кад постоји опасност времено непосредне опасности; у 16. изд.: „чим се извршује или непосредно предстоји“), *Garraud* 2 п. 446 I, *Roux* I 191, *Garçon* art. 328 п. 60, 63, *Florian* I 415, п. 269, *Meyer-Allfeld* § 25 III 1 d, *Cosack* I 314, *Schleifenbaum* 51, *Alimena* 554, *Haftler* 37. Тако још *Carolina*, чл. 140. Према *Köhler*-у (34з) постоји садашњи напад чак и онда, „кад од стране нападача повреда прети и даље одлагање одбране би њен успех озбиљно угрозило.“ — Т. зв. *laesio inchoata*, т. ј. чекање да напад почне, није дакле потребно.

5) Уп. *Schleifenbaum* 51.

6) Уп. в. *Alberti* 35, *Schleifenbaum* 51. Прот. *Riso* 20, *Olshausen* § 59, 9 б (према „просторно удаљеном“ нападу нужна одбрана није, вели, допуштена, превиђајући циљ ове установе).

7) Уп. в. *Bar* 3 146.

нутку напада и не прелазе меру потребну ради одбране. Тако намештање аутоматских револвера (самокреса) или пушака, боца с отровним гасом и апарата аутоматски експлодирајућих у случају обијања, вучјих јама, бодљикаве жице.¹⁾ Заштитне мере су допуштене и против *неодређених* будућих напада; но ако напад очекивани постане одређенији, заштитне мере се треба томе да прилагоде.²⁾

Предузимање заштитних мера је једна врста нужне одбране. Према неким то је само једна аналогија нужне одбране, т. зв. *стварна заштита*.³⁾ Но питање је без значаја.

3^о Чим је напад *свршен*, не може дакле бити виши говора о нужној одбрани (освета, реторзија није нужна одбрана). Има се узети, да је напад *свршен* онда, кад га је нападач прекинуо и не жели да га понавља, из чега излази, да је то фактичко питање, које се у сваком конкретном случају има да реши.⁴⁾ *v. Liszt* на супрот општем мишљењу вели, да је напад *свршен* онда, кад се према одребама позитивног права има узети, да је повреда (*scil. дотично кривично дело*) свршена.⁵⁾ Ово тврђење је неумесно, јер повреда (*scil. дотично кривично дело*) може бити свршена, па ипак да напад и даље траје, одржавајући је или повећавајући је. Сем тога напад не мора бити кривично дело (*v. a.*)

Из горњег излази, да је нужна одбрана допуштена према крадљивцу у бегству. Напад не престаје самим узимањем ствари из туђег притежања, него се и бегство мора сматрати као продужавање истога. Према томе задржава се право на нужну одбрану за све време бегства у циљу, да се украдена ствар поврати (*уп. § 208 ст. 2 срп. грађ. з.*)⁶⁾

¹⁾ Уп. *Meyer-Allfeld § 25 III 1 d, Frank § 53 IV, v. Liszt § 33 II 1 b α, Metzger 255 (c), v. Alberti 45, Sommerlad G S 39 359, Rotering G A 30 415, Oetker 276, Garraud 2 25 (п. 444, где наводи један споран конкретни случај: постављање механичких детонатора у једном рибаку, чијом је експлозијом био рањен један крадљивац, коме је услед тога нога ампутирана), Garçon art. 329, п. 16 (не може се одобрити, вели, убиство средством заштитних мера за одбрану својине, дању или ноћу, те горњи конкретни случај решава негативно, противно судској одлуци, и додаје, да закон не даје право, да се убију из аутоматских пушака деца, која би дошла ноћу да краду трешње у једном парку), Hafter 137 (само не смеју те мере представљати угрожење целине).*

²⁾ ³⁾ *B. Oetker 274* и сл.

⁴⁾ Уп. *Garraud 2 26 п. 446, Garçon art. 328, п. 64, Hälschner I 479* (не са свршеним кривичним делом, већ са свршеним оштећењем, а оно је пак онда свршено, кад нападнути од своје делатности потпуно одустане), *Meyer-Allfeld § 25 III 1 d, Olshausen § 53, 9, Frank § 53 IV 1 1, Štović 126, Wachenfeld 117, v. Bar 3 151, Schleifenbaum 51.*

⁵⁾ § 33 II 1 b β. Тако и *Марковић 181*. Уп. прот. *Frank § 53 I 1*. Прот. и *v. Liszt-Schmidt § 33 II 1 b β.*

⁶⁾ Тако *Frank § 53 I, Olshausen § 53, 9, Meyer-Allfeld § 25 III 1 d, Garraud 2 26.* — Према *v. Liszt-у* (*l. c.*; прот. *v. Liszt-Schmidt*) међутим нужна одбрана против крадљивца у бегству допуштена је само дотле, док притежање притежаочево није потпуно прекинуто, јер је, вели, према позитивном праву у овом тренутку крађа свршена.

2. Одбијање напада.

а) *Одбијање* напада је радња *управљена* на *осујећење* напада, а та радња треба да се састоји у *повреди* или *угрожењу* *једног правног добра*. Не може дакле бити говора о *нужној одбрани*, ако је *напад осујећен* н. пр. *изазивањем* страха код нападача (у колико то не сачињава кривично дело злоставе) или *скривањем* иза *заклона*.

1^о Без значаја је дакле, да ли су сам *напад* или *његово дејство* *заиста осујећени*.

2^о Без значаја је такође *природа мотива*, из кога се *одбрана врши* (н. пр. *отпор* против *незаконитог личног претреса* предузет, да би се *осујетило одузимање писма*, које неког познаника кривично терети).¹⁾

3^о Није потребно, да је *одбијање напада* *циљ субјектов*, а без значаја је, да ли је *други евентуалан његов циљ законит* или *противправан*.²⁾

б) Радња *одбијања* мора, према *датој дефиницији*, бити *управљена* против *самог нападача*, т. ј. у *одбрани* могу бити *угрожена* или *повређена* само *нападачева правна добра*. За *повреду* или *угрожење туђих правних добара* не може се *казнити* само, ако се *утврди постојање стања нужде*.³⁾ Но ако се је *нападач служио туђим средствима* за *нападање*, *повреда ових у циљу одбране* допуштена је.⁴⁾

в) *Повреда* одн. *угрожење* *нападачевог правног добра* мора се дакле *појављивати* иначе *сама за себе* као *кривично дело*. У *противном случају* *нужна одбрана* није *кривично-правно релевантна*. Овај

¹⁾ Уп. *Olshausen* § 53, 13, *Frank* § 53 II.

²⁾ Тако *Meyer-Allfeld* § 25 III 1 c, *Beling* 141, *Hegler* Z 36 37, *Sauer* 345. Према неким међутим (*Frank* § 53 II, *Olshausen* § 53, 13) субјекат мора имати *одбранбену „вољу“* или *циљ*, и ако поред тога може имати и други који *циљ*, *законит* или *противправан*.

³⁾ Тако *v. Liszt* § 33 II 2 a, *Марковић* 182, *Kosack* I 315, *v. Alberti* 44, *Olshausen* § 53, 12, *Hälschner* I 485, *Oppenhoff* § 53, 11, *Roux* I 137, *Garçon* art. 328, п. 57 (само стање нужде), *Garraud* 2 28 (иначе „дело остаје кривично дело; али кривично дело без кривца“, због одсуства виности). Према неким (тако *Frank* § 53 II, *van Calker* Z 12 443, *Schwartz* § 53, 3 a [јер трећи, који нападнутоме спречавајући на путу стоји, нападача тиме стварно помаже], *Roux* I 193, *Wachenfeld* 181) *нужна одбрана* постоји, и у колико су се ради одбране *повредила туђа правна добра*, ако је само *одбрана управљена* против *нападача*, и то чак и онда, кад се је *повреда туђег добра предвидела*. Закон не чини *ограничење*, вели *Wachenfeld*, а и *de lege ferenda* *правни поредак* не може *захтевати*, да се *трпи неправо*, да би се *туђа права* *поштедела*. Но и сами *признају*, да је ово *сувише широко схватање* појма *нужне одбране*. *Binding* тврди исто (*Grundriss* 180), али само ако *нападнути није био свестан*, да *вређа туђе правно добро*; *иначе постоји*, вели, *стицај* *нужне одбране* и *стања нужде*.

⁴⁾ Уп. *v. Liszt* § 33 II 2 a.

елемент се у опште превиђа (услед слабе анализе појма нужне одбране). Он је изрично наглашен у § 48 al. 2 норвешког к. з.¹⁾

г) Повреда (одн. угрожење) нападачевог правног добра мора дакле бити *нужна* (у франц. књиж. — в. ниже 2^о пр. 2 — „неизбежна“) за одбијање напада, а она је нужна, ако се без ње напад не би одбио (*границе* нужне одбране). Ово се има оцењивати *објективно*, т. ј. без обзира на мишљење нападнутог о томе, не дакле и *субјективно*.²⁾ Меродаван је интензитет напада и врста повреде, која прети, према томе опасност напада (*moderamen inculpatae tutelae*) Али се при испитивању нужности повреде (одн. угрожења) треба да узму у обзир и конкретне околности, под којима је напад извршен, као и држање нападачево и његова личност и личност нападнутог. Ако је нападнути снажан човек, довољан ће бити можда један удар песницом, док ће се слабији морати ножем или револвером да послужи.

1^о Из овога излази, да није потребна *еквиваленција* (или сразмерност) између добра нападнутог и добра повређеног (или угроженог) у одбрани³⁾ Имовина и слобода могу се дакле одбранити од напада и убиством нападача, ако се без тога напад не би одбио.

¹⁾ У франц. к. з. (чл. 328 и 329) и у белг. (чл. 416 и 417), место једне опште формуле, која би обухватала сва кривична дела (као у каснијим к. з., па и српском), поменути су само убиство и телесна повреда (*l'homicide* и *les blessures et les coups*), што се може историјски (в. V 6) објаснити. Али се наравно чл. 328 и 329 морају у толико пре применити и на остала кривична дела (*arg. a m. ad m.*). Уп. *Roux I 194*.

²⁾ Тако *Frank § 53 II*, *Meyer Allfeld § 25 III 2 а*, *v. Liszt § 33 II 2 в*, *Vidal-Magnol* п. 203, *Olshausen § 53, 11*, *Prins 194* (п. 329), *Laborde* п. 182. Друкчије *Binding 751* („одбрана се мора од законодавца да сматра као нужна, у колико нападнути при оцени опасности није порекао промишљеног човека“; и ако је без виности преценио опасност, то не сме њему, већ нападачу бити на штету), *Garraud 2 18* (п. 443: као и код стања нужде два елемента, *објективни* [упоређење интереса] и *субјективни* [душевно стање нападнутог] не могу се, вели, раздвојити), 27—28, 43 (п. 448: „суд ће се поставити на гледиште *нападнутог* лица“ при оцени, да ли постоји прекорачење [овде заступа дакле *чисто* субјективно гледиште]), *Roux I 193* (водећи рачуна о околностима [*scil.* објективно] и оправданим бојазнима [*scil.* субјективно]), које је нападнуто лице могло осећати), *Марковић 182*.

³⁾ Уп. *v. Liszt § 33 II 2в*, *Frank § 53 II*, *Meyer-Allfeld § 25 III 2 а*, *Laborde* п. 182, *Garraud 2 18* (п. 443), 23 (п. 445), 27, *Garçon art. 328*, п. 46. Стари криминалисти (*Farinacius*, *Grotius*, *Muyart de Vouglans*, *Jousse*, *Puffendorf*) су тражили еквиваленцију (примењујући и овде закон талиона, принцип тадањег кривичног права — уп. *Laborde* п. 182). Тако и *Roux I 189*, нарочито *Cuche* п. 56, 4^о (потребна је извесна пропорција између одбране и напада, т. ј. да зло нането нападачу није „ван сразмере са оним, које се је хтело избећи“). § 40 (старог) данског к. з. допушта само за одбрану живота, здравља и просперитета употребу таквог средства одбране, којим се живот нападачев излаже очигледној опасности. У § 11 аустр. прој од 1912 тражи се еквиваленција из разлога етичких и правичности.

2° Нужна одбрана постоји према томе, и ако се је напад могао избећи без повреде (или угрожења) нападачевих правних добара, т. ј. и ако је нападнути имао других средстава да избегне зло, н. пр. повудом извесне суме новца, позивањем полицијских органа у помоћ, бегством и т. д. Није дакле потребан *subsidiaritet* радње, којом се врши нужна одбрана,¹⁾ другим речима (према изражавању франц. писаца) *неизбежност* напада или спасности.²⁾

IV. Ако се у одбијању напада изврши повреда (одн. угрожење) извесног правног добра, која није била нужна (*прекорачење* или *ш. зв. ексцес* *нужне одбране*, *excessus justae defensionis*), противправност исте није наравно искључена, те ће према томе она бити *кривично* дело, и њен извршилац ће бити било умишљајни (*свесни* ексцес) било (у случају нехатног прекорачења и ако се за нехатно извршење дела казни) нехатни *кривац*,³⁾ ако наравно његово душевно стање у тренутку претеране одбране није било такво, да искључује подобност за урачунљивост.⁴⁾

1. Но § 24 ал. 3 к. з. предвиђа извесне случајеве (*свесног* или *несвесног*) прекорачења *нужне одбране*, у којима се нападнути не може сматрати као *кривац*, ва име ако су границе *нужне одбране* прекорачене услед

¹⁾ Тако *Frank* § 53 II, *v. Liszt* § 33 II 2 в, *Šilović* 125, *Meyer-Allfeld* § 25 III 2 а, *Wachenfeld* 119, *Cosack* 1 315, *Florian* 1 419 (закон не може наметнути бегство, а сем тога узбуђеност нападнутог би тешко могла разабрати случај, кад је бегство могуће). Прот. *Beling Grundzüge* § 31, *v. Hippel* Z 16 605, *Oppenhoff* § 53, 2 (ипак не срамно бегство).

²⁾ У француској књижевности претежно гледните (в прот. *Cuche* п 56, 1°) захтева ту „неизбежност“ (*agression inévitable*: закон легитимишући одбрану не поставља, вели се, питање морала ни питање правде). Споран је само случај неизбежности напада *бегством*. У старом праву се је чинила (*Myarl de Vouglans Institutes de droit criminel* 10) разлика између племића (у погледу којих је бегство било бесчашће и у случају коришћења њиме место *нужном одбраном*) и осталих. Уп. *Garraud* 2 29 (који узима, да бегство није обвеза законска, али додаје, да има случајева, „где је бегство једино држање, које се може наметнути“, и наводи за пример напад од стране оца или душевно болесног), *Garçon* art. 328, п. 21 (као и претходни), *Laborde* п. 181 (ако ће у случају бегства престати опасност; и у том погледу разликује напад на лица и напад на добра), *Roux* 1 192 пр. 23 (бегство је обавезно, сем кад отежава положај „онога, који је, да би побегло, принуђен да окрене леђа своје непријатељу, или да напусти повољно место за одбрану), *Haus* 2268.

³⁾ Уп. *Frank* § 53 II, *Meyer-Allfeld* § 25 IV пр. 35, *Garraud* 2 43, п. 448, *Roux* 1 193.

⁴⁾ Чини се разлика између овог ексцеса, који се назива *интензивним*, и т. зв. *екстензивног* ексцеса. Овај други постоји у случају, кад претпоставка радње, т. ј. *противправни садашњи напад* (још) не постоји (превремена одбрана) или више не постоји (за каснела одбрана, н. пр. према нападачу ва живот у бегству). *Екстензивни* ексцес, се, као што се види, односи на (времено) *први* део установе *нужне одбране* за разлику од *интензивног*, који се односи на њен *други* део. Уп. *Meyer-Allfeld* § 25 IV, *Olshausen* § 53, 15.

јакe раздраженосћи, прејасћи или сћраха. Сем тога се ту прописује, да се, без обзира на психички узрок прекорачења, у случају истога може ублажити казна по слободној оцени (у смислу § 72 к. з.).¹⁾

а) Узроци прекорачења, који искључују појам кривца, наведени су дакле лимитативно, и они се сви, сем јакe раздражености, састоје у *асиеничким* или *негајивним* афектима²⁾. Према томе прекорачење из гњева, љубави према нападнутом (у случају нужне помоћи), узбуђености и у опште из *сћеничких* или *позијивних* афеката не искључује постојање кривца. Ови афекти могу служити само као олакшавне околности (в. 1).³⁾

Афекат (стенички) јакe *раздраженосћи* је такође у § 24 к. з. наведен као основ искључења кажњивости с обзиром на његов утицај на субјектово стање подобности за урачуљивост. Афектна стања у опште су могући основи искључења подобности за урачуљивост, према томе кривца.

б) У Трипартицији је одсуство поменутих афеката у прекорачењу нужне одбране објективни лични услов кривичне одговорности, елемент *кривца* дакле.⁴⁾ Бипартиција је међутим принуђена била, да их унесе у кривично дело, тако да при постојању истих нема кривичног дела, што има за консеквенцу некажњивост саучесника (један од аргумената — в. *Основни проблеми* § 5 I 4 г — против Инперсонализма).

2. О *пуштајивној* нужној одбрани, т. ј. погрешном *држању* извршиоцем, да је његово дело извршено у нужној одбрани (дакле [в. пр. 1] да постоје или да још постоје елементи [„претпоставке“] нужне одбране), те да није *противправно*, в. § 60 III 2 а 1^о.

V. Историја. — 1. У римском праву је нужна одбрана била позната као основ, који искључује кажњивост, и то противправност, пошто

¹⁾ § 24 ал. 3 к. з. се односи само на т. зв. *интензивни* експес, не и на т. зв. *екстензиван* експес, некада зван *претекстом* нужне одбране (в. *Meyer-Allfeld* § 25 пр. 40), не важи дакле кад извршилац услед кога од поменутих афеката мисли, да постоји или још постоји садашњи противправни напад. Уп. *Meyer-Allfeld* § 25 IV, *Olshausen* § 53, 15. Прот. *Hälschner* I 481, 484. У чл. 328 франц. к. з. није предвиђен експес па ни поменути афекти, али се узима, да он може служити као основица (као стање нужде или принуда) искључења виновности (*Garraud* 2 43 п 448). Т. зв. екстензиван експес француски писци (в. *Garraud* 2 28, *Laborde* п. 184) представљају као случај „*имагинарне* опасности“ и узимају, да је ту у питању просто заблуда (не дакле искључење подобности за урачуљивост као код интензивног експеса), која, ако је неодељива, искључује умишљај или чак нехат. У неким к. з. експес из страха, узбуђења је само ублажавна околност (в. пр. чл. 39 т. 17 и чл. 378 португалског к. з.).

²⁾ Они важе наравно и за сваки *свесни* нехат. Уп. *Frank* 126.

³⁾ Уп. против овог разликовања *Silović* 129.

⁴⁾ Или с обзиром на њихову психичку природу они су (апсолутан) основ искључења подобности за урачуљивост. Но тако се не може узети, пошто није допуштено доказивање, да нису искључили подобност за урачуљивост.

се је сматрала као право. Цицерон ју је означио као природно право (у своме говору про Milone [Cicero pro Milone c. 4 p. 9], где наводи као пример природних закона право нужне одбране: *est haec non scripta sed nata lex*), а тако се она означава и у другим текстовима.¹⁾ Али је, као што се из тих текстова види, њен обим био неодређен.

2. У канонском праву је нужна одбрана била такође призната, с неодређеним обимом, али као природно право (н. пр. Decr. Grat. Dist. 1 cap. 7: *Jus naturale est violentiae per vim repulsio*). У италијанској јуриспруденцији и статутима италијанских градова била је призната у неограниченом обиму.²⁾

3. У немачком праву је од увек била призната као право самоодбране, али је то право у средњем веку било ограничено доказним правилима и презумцијама. По угледу на италијанске правнике (нарочито Aretinus а) говори се о њој опширно у С. С. С (чл. 139—145, 150), али у вези с убиством. Била је допуштена за одбрану тела и живота као и (чл. 150 ал. 2) за одбрану имовине. У општем праву се је њен обим проширивао, тако је била допуштена најзад и за заштиту других добара, нарочито *частћи*, и да је правдала и друга дела (но била је подвргнута разним ограничењима: захтевали су се особито непредвиђен напад, одсуство помоћи власти и могућности бегства). То је схватање ушло у покрајинске к. з 19. века, и скоро у свима је ушла у општи део (за разлику од франц. к. з., чл. 328).

4. У старом француском праву Краљ је ослобођавао убицу у нужној одбрани (дајући му *lettre de remission*), не дакле суд (што *Garraud*³⁾ објашњава утицајем хришћанства, које је, вели он неумесно [в. 2], одбацило римско схватање нужне одбране као једног права, признајући га само као нужду). Но доцније се је нужна одбрана сматрала изрично као једно право, и као таква је ушла у к. з. од 1791, затим у к. з. од 1810, у посебни део (чл. 328), у вези с убиством.

5. а) У старом српском праву нужна одбрана налази се у Законику Душановом, у чл. 86 („Где се обрејше убиство, он — зи који — но буде зарвал, да јест крив, ако с и убије“ [где се догоди убиство, крив је овај, који је заподенуо, па ма он сам и погинуо]). Овај се текст односи дакле само на убиство нападача у нужној одбрани, у осталом као и у другим кривичним правима тог (и у Синтагми [и Прохирову]) и каснијег времена.⁴⁾ Али се из речи „и“, као што примећује *Авакумовић*⁵⁾ против

¹⁾ В. L. 1 § 27 D. De vi 43, 16 (*vim vi repellere licet, idque jus natura comparatur*); L. 3 D., De just. et jure, 1, 1 (*ut enim atque injuriam propulsemus, juris gentium est*), L. 4. D. Ad legem aquillam 9, 2 (*Galus-ov текст: adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere*); L. 45, § 4 D. 9, 1 (*vim enim vi defendere omnes leges omniaque jura permittunt*).

²⁾ В. *Kohler* *Stafrecht der italienischen Statuten* 210 и сл.

³⁾ 2 10.

⁴⁾ Уп. *Соловјев* 144 (позната је и у приморским статутима и Пољичком). *Тарановски* (74) налази, да је у чл. 86 реч о установи *заповедања* (*Anlass*, пољски и чешки „почетак“), пошто се, вели, не захтева напад. При том тумачењу би нужна одбрана само спадала под поменуто, шврџу установу (коју старо немачко право и Руска правда познају, вели, као особену установу *поред* нужне одбране).

⁵⁾ 394.

Новаковића (који је у изд. од 1898 избацно своју примедбу о речи „и“), има извести, да је ова одредба важила и за *осишала* кривична дела.

Но у чл. 86 не каже се ништа о томе, које *правно добро* се може *штитити* од напада нужном одбраном. *Авакумовић* узима умесно,¹⁾ да је довољан напад на *ма које* „право“, пошто се не чини у тексту никакво ограничење. Не види се такође из текста, да ли је потребно, да је напад *садашњи*. Али се има тако узети већ и по томе, што је у чл. 86 реч о убиству у свађи.

б) За српско кривично право од 1804 налази се први помен о нужној одбрани у Законику Карађорђевог, у чл. 18, где је прописано, да се не одговара за убиство, ако је убијени на убицу „пређе пушку потегао“ (чл. 18: „Који би убио човека својевољно, а онај није на њега *пређе пушку потегао*, и осведочи се чисто, осуђује се да се стреља и потом обеси“). Овде је дакле предвиђена некажњивост за случај убиства у нужној одбрани извршеног против нападача на *живош*. Види се из тога, да је она као правна уставова била позната у оно време. У законодавству пре к. з. од 1860 нема помена о нужној одбрани. Али се из неких очуваних пресуда, у којима се оптужени ослободилац за убиство, види, да је била позната. Оне се односе само на напад на живот и тело.²⁾

б. Као што се види, нужна одбрана је од увек била признавана као основ некажњивости. Она нема, као што је *Geib*³⁾ рекао, историје (што је тачно само у погледу постојања ове уставове у опште, не — в. горе — и у погледу обима њенога). Али се је у *ранијем* старом праву доводила у изричну везу само с *убиством* у одбрани извршеним, ако баш можда није била само на њ ограничена (в. горе за чл. 86 Душановог законика). *Живош* (и *тело*), ретко и *часш* били су тада добра, која су се могла нужном одбраном штитити. Тек се је при крају 18. века у системима одвојила од *убиства* и телесне повреде, проширена је на сва дела у одбрани извршена, као и на друга (сва или извесна, особита имовина и слобода) правна добра и унета је у општи део, као општи принцип. Томе су се прикључили и нем. к. з. 19. века (изузев брауншвајски, §§ 166 и сл.), а из њих је то ушло у срп. к. з. Франц. к. з. међутим је задржао старо гледиште. Говори о њој у одс. (III), где је реч о убиству и телесној повреди, у чл. 328, у вези (в. 4) с *убиством* у одбрани извршеним (што се проширује од писаца и праксе на сва дела по *arg. a fortiori*). Сем тога је у франц. к. з. заштита ограничена на *лична* добра, т. ј. допушта се нужна одбрана само за случај напада на личност.

§ 37. Пристанак повређеног.

Књижевност. — *Живановић* (Дејство пристанка повређеног код телесне повреде и убиства по срп. к. з.) Арх. 1906 2 314 (в. полемику поводом ове расправе у Арх. 1906 3 45, 4 236 и 366, 1908 5 548 и 6 87). *Розин* К вопросу о согласии пострадавшего 1898. *Gorçon* art. 295, 154 и сл., 225, и сл. *Garraud* 4 1669. *Ferri* Omicidio-suicidio 2. изд. *Mittermaier* G A 9 437. у *Wächter* G S 20 1. *Ortmann* G A 25 104. *Pfersdorf* Einwilligung des Verletzten (Diss.) 1897. *R. Kessler* Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen

¹⁾ 397.

²⁾ В. *Авакумовић* 401.

³⁾ I 228.

Bedeutung 1884 и G S 38 561. *Hiller* Das Recht über sich selbst 1908. *Heilborn* Der agent provocateur 1900. *Hess* Abhandlungen aus dem Gebiete des Zivil- und Strafrechts 1892. *Roedenbeck* Der Zweikampf im Verhältnis zur Tötung und Körperverletzung 1883 и G S 37 124. *Ullmann* G S 37 529. *Breihaupt* Volenti non fit injuria 1891. *Klee* G A 48 177, 337, 49 246, 50 364. *Campogrande* J diritti sulla propria persona 1896. *Исму* J diritti sulla propria vita 1897. *Rava* J diritti sulla propria persona 1901. *Löffler* Vergl. D. Bes. T. 5 240. *Holer* Die Einwilligung des Verletzten (Zürcher Beiträge 13) 1906. *Zittelmann* в. књ. § 35. *Seydel* Die Einwilligung des Verletzten 1906. *Gerland* Vergl. D. Allg. T. 2 487. v. *Bar* 3 45. *Исму* G S 60 81. — Специјално за IV и V: *Heimberger* Über die Straflosigkeit der Perforation 1889. *Исму* Strafrecht und Medizin 1899. *Oppenheim* Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen 1892 (о истоме *Stooss* Schweiz. Z. 6 53). *Oppenheim* Schweiz. Z. 6 332. *Stooss* Schweiz. Z. 7 192. v. *Lilienthal* Die pflichtmässige ärztliche Behandlung 1898. *Träger* G S 94 112. *R. Schmidt* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für verletzende Eingriffe 1900. *Finger* Z 20 12. *F. König* Der Chirurg und sein Schutzbefehlener 1902. *Brüchmann* Z 24 657. *Kiehl* Die Einwilligung eines Minderjährigen nach geltendem Strafrechte G A 54 357. *Behr* Medizin und Strafrecht G S 62 400. *Zitelmann* Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung 1908. *Radbruch* Geburtshilfe und Strafrecht 1907. v. *Liszt* Z. für ärztliche Fortbildung I 1904. v. *Hippel* Vergl. D. Bes. T. 2 248 (о вивисекцији). *Bödinge*r Die Einwilligung zu ärztlichen Eingriffen 1905. *Wilhelm* Operationsrecht des Arztes und Einwilligung des Patienten 1912. *Hartwig* G A 82 301, 83 27. *Ahrens* Geschäftsführung ohne Auftrag als Strafausschliessungsgrund 1909. *van Calker* Frauenheilkunde und Strafrecht 1908. *Rupp* Das Recht auf den Tod 1913. *Hahn* Untersuchung über die rechtliche Natur ärztlicher Eingriffe (v. Lill. Heft 247) 1928 (в. Z 51 1023). *Bogdan* R. int. 7 375. *G. Penso* Il concetto del consenso 1932.

1. Пристанак је подударане воље повређеног (угроженог) са нанетом му повредом (угрожењем). Ово подударане мора наравно бити изјављено, и то од повређеног (угроженог) извршиоцу повреде (угрожења), јер би иначе постојао прост *психички* акт (правац воље), за који би се као такав тешко могло утврдити, да га је било у време дела. Зато се поменута изјава не треба да унесе у дефиницију пристанка.¹⁾

1. За пристанак *сам по себи* (в. I) без значаја је, да ли је извршиоцу воља повређеног *дошла до знања*. Али се за његово кривично-правно дејство као основа искључења противправности мора узети противно,²⁾ јер би иначе стварни кривци остали некажњени. То проистиче и из ниже (III 2 б 1^о) реченог о обиму, у коме правно добро у случају пристанка губи карактер *пошребности* егзистенције друштва-државе.

2. Кад се каже, да се воља онога, који даје пристанак, мора поклапати с нанетом му повредом (угрожењем), тиме је у исто време

¹⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 27 пр 38 (потребна је „изјава“, сам „правац воље“ је недовољан). Зато је неумесно, што *Gerland* (491) на супрот овде датој одредби пристанка истиче, да постоји и друга, према којој би пристанак био *изјава* подударане воље. У ствари постоји дакле само једна дефиниција.

²⁾ Тако *Köhler* 411. Уп. и *Honig* 153 (који ипак разликује с обзиром на особеност појединих случајева). Прот. *Frank* 4. *Abschn* III, *Meyer-Allfeld* § 27 VIII, *Binding* I 715, *Gerland* 506. *Penso* (8) разликује између диспонибилних и недиспонибилних (као живот) добара.

речено, да се његова воља мора подударати како с радњом тако и с њеном последицом, јер тек ово двоје сачињава повреду (одн. угрожење) правног добра. О пристанку повређеног може дакле бити говора само онда, кад је пристанак дат на радњу и њену последицу у исто време.¹⁾

3. Излази, да за појам пристанка није потребно, да се воља онога, који даје пристанак, подудара с вољом извршиоца (но в. 1). Могућ је према томе пристанак на *нехайно* извршено кривично дело.²⁾

4. Подударање воље може бити изјављено у облику *молбе*, да се повреда (угрожење) извесног правног добра изврши, *зайовесити* дате у истом циљу, или најзад у облику *пристајања* на предлог, т. ј. изјаве *сагласности* с њиме. Но сва три случаја се подводе под појам пристанка повређеног, а разлика је само у томе, од кога је потекла иницијатива за повреду.

II. К. з. не садрже никакву општу одредбу о дејству пристанка.³⁾ У њима се налазе често одредбе само о дејству пристанка код *убиства*. Отуда је спорно, да ли пристанак повређеног искључује кажњивост, и код којих кривичних дела. Опште је гледиште међутим, да је пристанак код кривичних дела, где му се признаје дејство искључења кажњивости, основ искључења *прошививраности*. Спор постоји само за научне секције и лекарске операције, да ли код њих *пристанак* или *друга* која околност искључује кажњивост.

1. Раније се је тврдило, да пристанак повређеног *увек* искључује противправност, позивајући се на формулу „*volenti non fit injuria*“, „*nulla injuria est quae in volentem fit*“.⁴⁾ Но овај принцип на сваки начин и у римском праву није важио за сва кривична дела, већ само за она, која су спадала под *injuria*, а у осталом врло је спорна област његове примене, и наслон само на њ' у савременом кривичном праву није наравно довољан.

2. Раније се је такође тврдило, да пристанак повређеног *никад* не искључује противправност.⁵⁾ Видеће се, да је немогуће овакво решење

¹⁾ Уп: *Gerland* 491/492.

²⁾ Тако *Meyer-Allfeld* § 27 VIII, *Wachendorf* 132 пр. 2, *Köhler* 412. — Неки захтевају неумесно, да се воља повредиоца слаже с вољом оног, који даје пристанак. Тако *Kessler* 26, *Breithaupt* 19, *Holer* 80, *M. E. Mayer* 29 пр. 15. — Но ако је могућ пристанак на нехатно извршено кривично дело, пристанак мора бити управљен како на радњу тако и на последицу исте, у опште на цело дело (в. 1).

³⁾ Од старих к. з. само је баварски садржавао (у чл. 123) општу одредбу о томе (в. *Heffler* п. 38 пр. 1).

⁴⁾ Ово је мишљење било заступљено још од *Feuerbach*-а и *Wächter*-а. Афоризам је изведен из *L. 1 § 5 D. 47, 10 de injuriis*. Уп. *Garraud* 2 66, *v. Liszt* § 35 IV пр. 9, *Meyer-Allfeld* § 27 VIII пр. 30, *Pernice Antistius Labeo* 2 (2. изд. 1895) 82.

⁵⁾ Тако *Geib*.

питања о дејству пристанка повређеног, нарочито у колико су у питању имовинска кривична дела.

3. Чињена је од неких разлика између *отуђивих* и *неотуђивих* права, тако да само пристанак на повреду првих искључује противправност.¹⁾ Као отуђива сматрана су имовинска права, као неотуђива н. пр. право на живот и телесни интегритет, слобода, једнакост пред законом, право на потпору и рад. Но изгледа верешљиво питање, која се права имају сматрати као отуђива, која пак као неотуђива.²⁾ Сем тога у кривичном праву није од значаја, кад је реч о дејству пристанка, да ли је извесно правно добро отуђиво или неотуђиво, већ то да ли је оно и поред пристанка *пошреба* егзистенције друштва-државе, према томе добро чија је правна заштита од повреде за друштво-државу нужна или не. Ова се теорија креће дакле искључиво у области приватног права.

4. Неки разликују између *условних* (релативних) и *безусловних* (апсолутних) правних добара, тако да само пристанак на повреду првих искључује противправност. Под безусловним правним добрима подразумевају она добра, који су *йравна* добра и против воље свог сопственика, *inivito laeso*. Али питање је баш, која се добра има да сматрају као таква.³⁾ Ова теорија има ипак нечега тачног, а то је, у колико води рачуна о *вољи* повређеног. Али она (за разлику од наше [в. III 2 б]) од воље повређеног чини зависним, не да ли је извесно правно добро и поред пристанка *пошреба* постојања друштва-државе, према томе добро чија је правна заштита од повреде за друштво-државу нужна, већ то, да ли извесно добро задржава формално својство *йравног* добра и поред пристанка. Она се дакле (као и претходна) креће искључиво у области приватног права. Другим речима нетачна је и у толико, што узима, да извесна добра престају, да буду *йравна* добра, чим сопственик пристане на њихову повреду, г.ј. без обзира на циљ кривичног права: (в. III).

5. Извесни писци сматрају пристанак на повреду као *йренос једног йрава или вршења једног йрава од йовређеног на йовредиоца* (или као *вршење једног йрава*), на основу чега друга страна и њени правни последници добијају право на извршење повреде; другим речима ови писци сматрају пристанак као један *йравни йосао* (т. зв. теорија *йравног*

¹⁾ В. Berner 138, Hälschner 469, Laborde п. 190, Garraud 3 67. Против овог мишљења в. Vidal-Magnol п. 232, Kessler 8 и 11, Pfersdorff 17 и 39.

²⁾ Н. пр. Garraud (2 п. 459) вели, да је то онда, кад се одрицањем личног права вређа „туђе право“ или „јавни интерес“ (они сачињавају његову — двоструку — „границу“).

³⁾ Уп. Gerland 497.

Посла [Rechtsgeschäftstheorie]).¹⁾ Према томе питање о важности пристанка има се решити по начелима грађанског права о правним пословима. Ово мишљење превиђа, да се једно чисто кривично-правно питање не сме решавати по начелима страним кривичном праву. Сем тога с гледишта егзистенције друштва-државе, заштита чијих потреба је баш циљ кривичног права, не може се безизузетно (н. пр. у погледу добра живота) уступити појединцу право, да пристане на повреду својих правних добара.

6. Према *v. Liszt* у пристанак повређеног искључује противправност повреде само онда, кад је правни поредак уступио носиоцу правног добра власт *располагања* овим добром „због тога, што само *његов* интерес стоји у питању“, а то се има да изведе из целокупне везе законских одредаба, а не само из бића кривичног дела.²⁾ Решење питања о дејству пристанка повређеног биће на тај начин различно према томе, да ли је у питању ово или оно кривично дело. Ово је мишљење претежно у немачкој правној књижевности.³⁾ Оно се, због губљења из вида циља кривичног права, заснива на погрешној претпоставци, да има кривично-правних добара, која се од законодавца сматрају као *искључиво* приватна. Ова је претпоставка у осталом у противречности са *v. Liszt*-овим схватањем циља права (по *Ihering*-у).

III. У свима наведеним (II) мишљењима тежи се, да се постави један јединствен критеријум за разликовање кривичних дела, код којих пристанак искључује противправност, од осталих. Али ниједно од њих не садржи поуздан објективан критеријум,⁴⁾ а у осталом и немогућ је *један једини* критеријум за *сва* кривична дела. У тежњи, да се овакав један нађе, и лежи њихова грешка, а узрок је исте губљење из вида *циља* кривичног права, који једини може бити меродаван за разликовање.

1. Кад је реч о дејству пристанка повређеног, треба на име пре

¹⁾ Тако *Zittelmann* Ach. f. d. Ziv. Prax. 99 42, *Frank* 4. Abschn. у ранијим изд. (сада пак узима, да се ова теорија има примити само за случајеве, у којима је повређени или угрожен интерес „предмет приватно-правног саобраћаја“), *Fischer* 271. Уп. прот. *Wachefeld* 131, *Gerland* 503, *M. E. Mayer* 291, *Kiel* G A 54 357.

²⁾ § 33 IV.

³⁾ Тако н. пр. *Meyer-Allfeld* § 27 VIII, *Frank* IV. Abschn. III (али чинећи у посл. изд. једну исправку, у смислу наше критике: меродавно може бити, сада каже, само то, да ли се радња забрањује „*преимућствено* у интересу заједнице [државе, друштва] или непосредно повређеног“, али се тиме напушта теорија и не даје се никакав одређен критеријум), *Kessler* 64 (који је први формулисао овај критеријум). У француској књижевности ову теорију заступа *Garraud* 2 67 п. 459.

⁴⁾ Уп. *Gerland* 495, *Finger* 414 (признаје дејство искључења противправности пристанку на повреду субјективних права [на крају н. пр.] и оних интереса, који се заснивају на вољи свог носиоца, н. пр. личне слободе, полне части и т. д.).

свега издвојити она кривична дела, код којих се већ по *самом њиховом појму* питање о дејству пристанка не може поставити. То су:¹⁾

а) Она кривична дела, код којих је, према изричном или прећутном законском пропису, *одсуство* пристанка *саставни део* њиховог *основног* елемента (проузроковања последице), јер ако је дат пристанак, онда такво кривично дело не постоји зато, што недостаје *основни* елемент његовог појма, а не на основу тога, што би *присјанак* повређеног искључивао *противправност*. Такво је кривично дело употреба неопробаног лечења из § 264 к. з. („без пристанка, вели се ту, болесниковог“). Ту спадају и извесна кривична дела против јавног морала, а то су силовање (§ 269 к. з. у вези с § 272) и блудна отмица (§ 273 к. з.).

б) Она кривична дела, код којих је према изричном или прећутном законском пропису *постојање* пристанка *саставни део* њиховог *основног* елемента (проузроковања последице људском радњом), код којих је дакле пристанак баш потребан за њихово постојање. Такво је кривично дело убиство по пристанку из § 168 к. з. Од кривичних дела против јавног морала овде спадају обљуба брачном обманом (§ 271 к. з.), одвођење из § 273 к. з., обљуба из § 274 к. з., блуд злоупотребом власти или надзора (§ 275 к. з.), блуд злоупотребом поверења (§ 276 к. з.), блуд искоришћењем невоље (§ 277 к. з.) и подвођење и трговина женскињем из §§ 280, 282 и 283 к. з.

в) Кривична дела, чији је (заштитни) објекат неко добро *зачејка*, или *новорођенчејца*, којим ни родитељи (одн. законски заступници) немају право располагања (у сад. праву побацивање и детеубиство), пошто ту нема у опште субјекта, који би могао дати пристанак; као и кривична дела, где је нападни објекат лице, које је због душевне поремећености неподобно за урачунљивост, као што је то обљуба надлицем због помануте поремећености неспособним за одбрану (§ 270 к. з.),

2. Што се осталих кривичних дела тиче, треба с обзиром на питање о дејству пристанка повређеног разликовати између оних, која су непосредно управљена против *ојшћих*, и оних, која су непосредно управљена против *приватних* добара (в. П. д. I § 1 II).

а) Код кривичних дела против *ојшћих* добара пристанку државног органа, надлежног за заштиту добара у питању, не може се признати дејство искључења противправности, јер се њима може располагати само на основу *законског* овлашћења. Пристанак органа има дакле овде дејство само, ако је дат на основу *законског* овлашћења (изричног или прећутног), но онда је ово *овлашћење* основ искључења противправности,

¹⁾ Уп. *Frank* 4. Abschn. III. *Garraud* (2 65) има у виду само прву следећу групу кривичних дела, али их меша с некима, која ту не спадају (с крађом, преваром и утајом).

а не сам пристанак. Али ако овде пристанак сам за себе не може да служи као основ искључења противправности, орган државни, који је дао пристанак, моћи ће се позивати у корист своју и оног, коме је дао пристанак, према околностима на *стање* *нужде* (в. § 73). То важи и за кривична дела према јавног морала, у колико наравно не спадају под случајеве изнете под 1.

б) Код кривична дела против *приватних* добара треба разликовати две групе, узимајући за основ разликовања *циљ* кривичног права, према томе (в. § 33 II) *материју* противправности.

1^о Несумњиво је, да треба признати пристанку дејство искључења противправности код кривичних дела, код којих се добро појављује као *потреба* егзистенције друштва-државе, дакле као *правно* добро само онда, ако је његов носилац противан његовој повреди. Ту би дакле узимање постојања противправности и према томе кажњавање и поред пристанка повређеног било у несагласности с циљем кривичног права, према томе с материјом противправности. Но то важи само у погледу онога извршиоца, коме је пристанак дошао до знања, т. ј. само у односу на *шаквог* повредиоца (в. I 1) дотично добро губи карактер *потребе* егзистенције друштва-државе, *правног* добра. Кривична дела, која спадају у ову групу, су н. пр. кривична дела против имовине, части, слободе и разних породичних права као и откривање позивне тајне. Не би одговарало ни мало циљу кривичног права сматрати, да н. пр. кривично дело крађе или клевете постоји, и ако је А допустио лицу Б, да узме и присвоји његову ствар, одн. да износи или проноси против њега што неистинито. Сама околност, што се гоњење за извесно кривично дело отпочиње на тужбу повређеног, без утицаја је на решење питања, да ли то дело спада у ову групу или у следећу.¹⁾

2^о Противно се има узети код осталих кривичних дела, дакле код оних, где добро остаје *потреба* егзистенције друштва-државе, *правно* добро и поред пристанка његовог носиоца на његову повреду (*laeso invito*). Ту би се пристанак могао сматрати искључиво као једна олакшавна околност (§§ 70 и 71 к. з.). У ову групу кривичних дела спадају н. пр. убиство²⁾ и тешка те лесна повреда³⁾ изузев (в. V и VI) случај лекарских операција

¹⁾ *Frank* (4. Abschn. 133) узима, да се у сумњи има узети, да је норма, која је основа деликту по тужби, постављена „само (в. II 6) у интересу повређеног“, те да пристанак ту искључује противправност.

²⁾ Уп. *Garçon* art. 295, п. 228, *Roux I* 203, *Laborde* п. 159.

³⁾ И онда кад је био дат на лаку телесну повреду, која је испала *тешка*, пристанак не искључује противправност, али може наравно бити узет у обзир при одмеравању казне. Уп. *Frank* 4. Abschn. III (с неумесним додатком: „ако је умишљај извршиоцев био управљен на тешку последицу“), *Merkel* 170, *Schwartz* § 223 а, *Wachenfeld* 317. — Уп.

и научних повреда. По пристанку нанета лака телесна повреда треба да се сматра као противправно дело само онда, ако је средство за извршење ког кривичног дела, где пристанак не искључује противправност (н. пр. онеспособљавања за војну службу, §§ 55 и 56 в. к. з.) или код којег ће повређени бити неко треће лице (н. пр. у случају преваре осигуравајуће друштво).

IV. 1. Пристанак може бити дат изрично, и то како писмено тако и усмено, и прећутно, н. пр. непотивљењем, где спада и конклюдентна радња, н. пр. климање главом у знак одобравања (в. међутим § 168 ал. 1 к. з.).¹⁾ Из самог пак појма истога (в. I) излази, да постоји само онда, ако је изјава воље озбиљна (в. и 5).²⁾

2. Пристанак мора, чим је, пре или за време извршења, дат, да постоји до краја извршења кривичног дела, и то је довољно. Није дакле нужно, да је пристанак дат непосредно пред извршењем или још од самог почетка извршења;³⁾ и ако је у току извршења радње тргнут, мора се одмах одустати.

3. Да би било пристанка, повређени мора бити способан, да разуме значај свог акта, и то не само у тренутку давања изјаве, већ и за све време, док повреда није извршена, јер је иначе могуће да би тргао пристанак. Односно малолетника као пуноважан се може према томе сматрати само пристанак дат од стране оних, које к. з. сматра, да могу више делати (§§ 27 и 28), па се утврди постојање те подобности.⁴⁾ За кривично-правну пуноважност пристанка без значаја је према томе, да ли је пристајач уједно способан за правне послове с гледишта принципа приватног права.⁵⁾ Но има се учинити изузетак од тога, у колико се пристанак

и *Meyer-Allfeld* § 70 V, *Binding* I 45, *Olshausen* § 223, 9 (према којима такође пристанак искључује противправност, али код свих телесних повреда, дакле и код тешких). Прот. за све телесне повреде *Garçon* art. 309—311, п. 69, *Laborde* п. 159, *Roux* I 209, *Geyer* H H 3 555, *Oppenhoff* § 223, 9, *Hälschner* I 471, 2 91, v. *Liszt* § 87 III (појединац није *dominus membrorum suorum*, а упућивање на лаке телесне повреде ради противног доказа без вредности је, вели, јер се ту истрага води само по тужби, а ако се ова баш и подигне и поред пристанка, казна се може спустити до три марке новчане казне).

¹⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 27 VIII.

²⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 27 VIII и *Finger* 417 (који неумесно представљају овај услов (в. и 5 пр.) као нешто *ново*, што се мора придружити пристанку, да би овај имао дејство).

³⁾ Тако *Meyer-Allfeld* § 27 VIII, *Gerland* 507. Прот. *Bretthaupt* (непосредно пред извршењем), *Laborde* п. 190 (пре кривичног дела, не после).

⁴⁾ Тако *Finger* 417. Уп. и *Meyer-Allfeld* § 27 VIII.

⁵⁾ Уп. *Finger* 417, *Meyer-Allfeld* § 27 VIII (који то наводи и као аргумент, да се теорија правног посла *Zitelmann*-ова не може примити без ограничења).

појављује као превос или одрицање једног права (н. пр. својине), т. ј. тада је потребна способност располагања (диспозиције).¹⁾

4. Пристанак може бити изјављен и преко другог²⁾ (заступника у изјави воље), али не може бити допуштено заступништво у вољи, т. ј. у одлучивању, да ли ће се дати пристанак на повреду или не.³⁾ Није потребно, да је пристанак директно изјављен.⁴⁾

5. Изјава воље мора наравно бити слободна (драговољна), да би било пристанка.⁵⁾

V. Исти принцип важи и за (у циљу лечења или у циљу дијагностичком или косметичком [естетичком] или при порођају или допуштеном побацивању предузете) *лекарске* (лекара и других стручних лица) *операције* („упаде“ [Eingriffe], интервенције).⁶⁾ Телесна повреда произведена операцијом (свршила се она повољно или не) неће дакле бити противправна само онда, кад је ова извршена по *пристанку* повређеног (што важи наравно и за лишења слободе и принуде лекарске природе, н. пр. у душевним болницама).⁶⁾ Претпоставка је за то наравно, да је операција извршена по правилима лекарске вештине и хигијене, јер пацијент даје пристанак само на такву операцију.

Пристанак на операцију треба да је дат од оног, који се оперише. Ако је он у немогућности, да изјави своју вољу зато н. пр., што је у несвесном стању, или што услед душевне незрелости (в. IV 3) није у стању, да разуме значај свог акта, онда пристанак треба да буде дат од његовог законског заступника.⁷⁾ Могуће је, да се овај противи операцији, коју лекар сматра за неопходно потребну. У таквом случају он

¹⁾ Тако *Finger* 417, док *Meyer-Allfeld* (§ 27 VIII) не наводи тај изузетак (који проистиче из потребе, да се спрече злоупотребе с лицима неспособним за располагање имовином).

²⁾ Уп. *Finger* 417.

³⁾ Све што је под IV речено важи како за кривична дела, где пристанак искључује противправност, тако и за она, где је пристанак одн. недостатак пристанка један елемент њиховог појма (в. III 1 а и б).

⁴⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 27 VIII, *Finger* 417 (који посебно наглашавају, да „пристанак“ [место изјава] треба да буде [„озбиљан“ и] „драговољан“ [*Finger*: „без принуде“], те изгледа, да ово [и — в. IV 1 пр. 2 — озбиљност] није нужан атрибут изјаве, према томе елементу пристанка).

⁵⁾ Све што ће бити речено за њих важи и за *интерна* лечења (н. пр. давање каквог лека, који може да наруши здравље) као и за т. зв. *еушаназију*, т. ј. за случај убрзања извесне смрти од стране лекара давањем самртанку каквог средства, које смрт проузрокује (т. зв. смртна помоћ [Sterbehilfe]). За *перфорацију* в. § 73 (в. виже 2 пр. 2).

⁶⁾ Тако *Hälschner*, v. *Bar* 3 76, *Schwartz* § 223, 5. В. против *M. E. Mayer* 295, пр. 25.

⁷⁾ Тако *Meyer-Allfeld* § 27 X пр. 51. Према *Frank*-у (17. Abschn. II 3) је увек потребан пристанак законског заступника, ако овога има, а сем тога и пацијента, ако он може да разуме домашај операције.

не сме да предузме операцију, ако су *родитељи* законски заступници.¹⁾ Ако су пак то *страна* лица, моћи ће оперисати, али се онда може позвати само на стање нужде (в. § 73), да би избегао кривичну одговорност, под условом наравно да постоје претпоставке за ово стање. Ако пацијент нема заступника, лекар ће моћи предузети операцију, али се и тада може позвати само на стање нужде. Исто то важи и за случај, кад има законског заступника, али се његов пристанак не може одмах да добије, а опасност је у одлагању операције.²⁾

Према горњем телесна повреда извршена лекарском операцијом није кривично дело зато, што је *приспанком* искључена *противправност*. Постоје међутим још неколико различних теорија о томе, зашто овакве повреде, по престанку извршене, нису кривична дела.

1. Лекарске операције нису, веле неки, *телесне повреде* ви *злоставе*, другим речима у случају истих нема *првог*, реалног елемента телесне повреде (у ужем смислу и злоставе).

а) Према мишљењу, које је некад заступао *Stooss*, оне то нису зато што *умишљај* за телесну повреду не постоји. Али ово је у Трипартицији нетачно, јер виност није елемент кривичног дела. Но и кад се узме, да је она то, ово је мишљење ипак не мање нетачно. С једне стране се на име заснива на погрешној теорији, да је за *умишљај* потребна свест о противправности. С друге пак меша објективне моменте (на име дело) са субјективним. Да ли је једво дело телесна повреда или не, независно је од тога, да ли је извршилац вин или не.

б) Лекарска операција извршена *по правилима лекарске вештине* не може се сматрати као *злостављање*, које сачињава суштину (спољну страну, материјални елемент) телесне повреде, према томе није телесна повреда, веле неки.³⁾ Но овим тврђењем се меша реални елемент у

¹⁾ Према *Meyer-Allfeld*-у § 27 пр. 51 лекар може и тада предузети операцију према околностима (н. пр., вели, онда, ако је болесник способан за вољу и само у то време није при свести, а лекар на основу дужности сходне оцене дође до закључка, да би сам болесник одобрио предузимање операције; даље онда, ако се непристајање законског заступника појављује као личност заступљеног угрожавајуће противдужносно држање, а не може се очекивати мешање старатељског суда [§ 1666 грађ. з.]“

²⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 27 X пр. 51. Неки наводе за овај и претходни случај као основ искључења противправности цивилно-правну *negotiorum gestio*, делање у интересу повређеног (в. *Frank* 17. Absch. II 3). Неки (*Rosenfeld* G S 62 82) ово наводе у опште као основ искључења противправности лекарске операције.

³⁾ *Frank* 17. Abschn. II 3 (наводећи ипак, да у случају неуспеле или неиндичиране [т. ј. кад се је на други лакши начин могла постићи иста последица] само приставак искључује противправност, а да телесна повреда постоји), *Zürcher Schweiz. Z.* 11490, *Kitzinger* G S 55 87, *Torp* Z 23 86, *Stooss* Chir. Operation, *M. E. Mayer* 294. — Ако је операција извршена против воље пацијентове, онда може постојати само *принуда*, веле они.

појму кривичног дела телесне повреде са противправношћу. Да ли постоји злостава или не, независно је од тога, да ли је операција вршена по правилима лекарске вештине или не, т. ј. да ли је она противправна или не, ако се правила лекарске вештине сматрају као правна правила. Унакажење н. пр., проузроковано извесном лекарском операцијом, је телесна повреда, и ако је операција извршена сходно правилима лекарске вештине.¹⁾

Ова примедба важи у толико више за *Löffler*-а, што он директно меша реални елеменат кривичног дела телесне повреде са противправношћу. Лекарска операција није, вели, телесна повреда, јер једна радња, која има исти циљ као и норма („не повреди“, „не убиј“), не може се сматрати, као да је у сукобу с овом нормом.²⁾ То се исто може навести и против *Kohler*-ове теорије, према коме је злостављање само „*протививдруштвено*“ поступање с једним човеком, т. ј. поступање противно друштвеном поретку.³⁾ Као што се умесно примећује (*Beling*), друштвени поредак није ништа друго, до правни поредак, а оно што је противно овоме, то је противправно.⁴⁾ Према томе и *Kohler* меша питање о противправности једног напада на телесну целокупност са питањем о томе, да ли тај напад сачињава телесну повреду, т. ј. да ли постоји реални елеменат кривичног дела телесне повреде.

в) У закону се каже, вели *Beling*, да телесна повреда постоји, кад ко „другога“ (дакле човека, његов целокупни организам, а не „ногу“ или „руку“) злостави или повреди. Према томе, продужује он, лекарска операција није телесна повреда: она је управљена само против овог или оног дела тела, а у интересу је целокупног организма. Она ће бити управљена против целокупног организма онда, кад је произвела рђаве последице, н. пр. смрт, и тада постоји телесна повреда, али иста неће бити кривично дело, ако је од пацијента био дат пристанак.⁵⁾ *Beling*-ов аргументат у прилог тврђења, да лекарска операција није телесна повреда, неоснован је, јер чињеница, да она може имати рђаве последице, доказ је, да је и она евентуално управљена против целокупног организма. Сем тога необјашњиво је, зашто се служити овим аргументом, кад се ради оправдања лекарске операције мора прибећи другом у случају, кад је она имала рђаве последице, на име *присланку* пацијентовом; зашто не сматрати овај пристанак као основ искључења против-

¹⁾ Уп. *Beling* 147 III.

²⁾ Уп. *Beling* 147 III.

³⁾ *Juristische Literaturblätter* 16 224.

⁴⁾ 153.

⁵⁾ 154.

правности лекарске операције тим пре у случају, кад она није имала рђаве последице.

2. Неки сматрају као особен основ искључења противправности и *особеност* радње, да је за постижење некојег *правно* (или државно) *признајног* циља правно *признајно* (или *v. Liszt*: прикладно) *средство*.¹⁾ Ту они подводе и операције (као и — в. VI — експерименталне упаде у људско тело и аввисекцију) извршене сходно правилима лекарске вештине и хигијене, успеле ове или не. Држава признаје и потпомаже, вели се, одржање и васпостављање здравља својих грађана као оправдан *циљ*, па су према томе правно признате (праву сходне) и за постижење тога циља предузете *радње* (телесне повреде, принуде, лишења слободе).²⁾

Из овога излази, да повреда нанета лекарском операцијом није противправна, пристао пацијент на операцију или не, н. пр. кад се противи истој или је у несвесном стању. Зато заступници ове теорије веле, да је и *пристајанак* потребан.³⁾ Али је тиме прећутно признато, да је од њих наведен основ искључења противправности нетачан. Кад је пристанак пацијентов потребан, да би противправност била искључена, необјашњиво је, зашто се позивати у том циљу још и на друго што.

3. Неки сматрају као основ искључења противправности лекарских операција *лекарско позивно право*.⁴⁾ Лекарима је на име дато право на лечење, према томе и право на употребу средстава за лечење. То је њихово *позивно право*, и зато није противправна повреда, која би била произведена употребом тих средстава. Аргументат њихов је неоснован. Истина је, да лекари имају именовано позивно право, али за вршење тог права *in concreto* потребан им је *пристајанак* пацијентов. У *конкретним* случајевима им дакле тек овај *пристајанак* даје право на лечење, а то значи, да тек пристанак пацијентов искључује противправност њихових операција, а не позивно право, дато им од законодавца.

4. Према некима основ искључења противправности су *лекарске уредбе*.⁵⁾ Али оне *саме за себе* нису извор кривичног права. То исто

¹⁾ Тако *v. Liszt* § 35 III 2, *Meyer-Allfeld* § 27 X (в. VI пр 3), *Garraud* 2 п. 460, *Finger* 409, *Graf zu Dohna*, *M. E. Mayer* 295, *Garçon* art. 309-311, п. 80.

²⁾ *v. Liszt* I. с. и *Meyer-Allfeld* I. с. подводе овде и перфорацију (т. ј. уништење детета или произвођење раног порођаја прорезом ради спасења живота мајке), а први (§ 35 III 3) још неке случајеве.

³⁾ В. *Meyer-Allfeld* § 27 X и пр. 51, *v. Liszt* § 35 III (посредно само: „прикладност“ средства је искључена противном вољом болесника или његовог заступника).

⁴⁾ Тако *Kahl* Z 9 370, *Olshausen* Abschn. 4, 9 d (ранија изд.), *Merkel* 158, *Finger* I 410, *Geyer* § 19, *v. Lillenthal* § 21 I b. Тако и *Wachensfeld* 128, али он чини изузетке. В. прот. *M. E. Mayer* 295, *v. Bar* 3 72, *Binding* I 56.

⁵⁾ *Schmidt* 38.

важи и за мишљење, према коме је *обичајно право* основ искључења противправности.¹⁾ Лекарске уредбе и обичајно право не могу дати под 3 поменуто позивно право, и кад би било нетачно оно, што је против овог права као основа искључења противправности наведено (3).

5. Француски писци веле, да лекар не може бити кажњен зато, што код њега не постоји *умишљај* (воља) *да шкоди* (intention de nuire), т. ј. да наноси једно зло, као што је кривично-правна последица. Но за појам умишљаја је без значаја, да ли извршилац сматра последицу, чије је наступање предвидео као извесно или могуће, за једно зло или не (в. о томе § 60 I 6). Поменутом теоријом се увлачи дакле у појам умишљаја један моменат, који му је у ствари стран, на штету кривично-правне заштите.²⁾

VI. Све што је горе речено, важи и за живот човека безопасну телесну повреду (у опште дакле за опит на живом људском телу) као и за, не само по правилима лекарске вештине, већ и без свирепости изведену повреду животиња (вивисекцију и у опште опит на живој животињи) извршене у циљу *научном* (или педагошко-експерименталном). Не може дакле ту бити говора о кривичном делу телесне повреде и повреде туђе ствари само онда, кад постоји *присијанак* онога, коме се наноси телесна повреда, односно чија се ствар повређује. *Научни циљ* сам за себе не искључује противправност повреде.³⁾

§ 38. Самоповреда.

Књижевност. — *Живановић* в. књ. § 37. *М. Миловановић* Самоубисто 1929. *Ferri* в. књ. § 37. *Lion* Beihilfe zum Selbstmord G A 6 458. *Ullmann* G S 37 529. *Wellauer* Der Selbstmord, insbesondere Anstiftung und Beihilfe zum Selbstmord 1896. *Obstfelder* Teilnahme am Selbstmord 1896. *Guderian* Die Beihilfe zum Selbstmord und die Tötung des Einwilligenden 1899. *Klee* в. књ. § 37. *J. Meyer* Der Selbstmord sowie Anstiftung und Beihilfe zum Selbstmord (Diss.) 1907. *Haft* Monatsschrift 8 397. *Bernstein* Die Bestrafung des Selbstmordes und ihr Ende (v. *Lil.* Heft 78) 1907. *Kurt Hiller* Das Recht über sich selbst 1908. v. *Liszt* (Tötung auf Verlangen und Teilnahme am Selbstmord) Vergl. D. Bes. T. 5 126. *Gerland* в. књ. § 37. v. *Bar* Gesetz und Schuld 3 23, 47. *Morselli* Le suicide 1879.

I. *Самоповреда* се састоји у повреди свог правног добра *чисто* *личне* природе, т. ј. правног добра, чији је носилац (представник) *физичко* лице. Самоповреда претпоставља на тај начин *идентичност* између

¹⁾ *Oppenheim* 18. Тако и *Behr, van Calker*.

²⁾ Уп. (против ове теорије) *Garçon* art. 309—311, п. 81.

³⁾ Тако и *Frank* 17. Abschn. II 3 За гледиште, које заступају v. *Liszt* (§ 33 III 2) и *Meyer-Allfeld* (§ 27 X), в. V 2. Уп. и *Beling* 235. — За клање животиња по јеврејском обреду в. *Ишупи* § 9 I 5 а 50.

извршиоца (субјекта) и *најодног* објекта. Правна добра чисто личне природе су живот, телесна целокупност, слобода и част. Самоповреда се према томе појављује као самоубиство; телесна повреда себе самог, лишење слободе себе самога; увреда и клевета себе самога.¹⁾ Паљевина пак и повреда својих ствари н. пр. нису самоповреде.

II. Код кривичних дела против *чисто личних* добара начин изражавања у закону је такав, да се претпоставља, да субјекат и објекат повреде нису једно *исто* лице. Тако код убиства из § 167 вели се: „ко другога лиши живота“, дакле претпоставља се различност извршиоца радње и објекта исте. Према томе самоповреда није *кривично* дело, самоубиство н. пр. није кривично дело убиства; и то важи како за свршену самоповреду тако и за покушану, како н. пр. за самоубиство тако и за покушај самоубиства.

1. У римском праву кажњавало се је само за покушано самоубиство од стране војника.²⁾ У средњовековном праву под утицајем канонског самоубиство, покушано или свршено, сматрало се је у опште за кривично дело. Казне за самоубицу биле су (С. С. С., чл. 135) недопуштање верских обреда при погребу (бесчастећи погреб) и одсецање главе на лешу с конфисковањем имовине. За покушај самоубиства су пак (С. С. С., чл. 135) досуђиване разне казне према нахођењу суда (арбитрарне). Тако је било чак и у 18. веку (у Енглеској бесчастећи погреб до 1822), и то је гледиште било заступљено и од присталица *Wolf* ове филозофске школе. Но доцније, у другој половини 18. века, под утицајем школе природног права (нарочито *Montesquieu, Voltaire, Бекарна*),³⁾ која је приписивала индивидуи неограничену слободу у сваком погледу као једно природно право, па према томе и право, да сама собом располаже, почело се је сматрати, да самоубиство, свршено као и покушано, није кривично дело. У Француској се од револуције (1789) не казни за самоубиство. То је гледиште прешло у законодавства 19. столећа⁴⁾ Но према англо америчанском праву покушано самоубиство је кривично дело.⁵⁾ У срп. Војном закону од 1839 (који предвиђа и нужну одбрану, у чл. 99) кажњавало се је (чл. 101) за свршено самоубиство бесчастећим погребом (закопавањем „без чести законе изван гробља“).

¹⁾ Уп. *Binding* 697, *Finger* 441. — Лична сигурност (гл. 21 к. з.) је такође чисто лично добро, али такве природе, да је ту самоповреда у опште немогућа.

²⁾ L. 6 § 7 D. 49, 16.

³⁾ *Beccaria Dei delitti e delle pene* § 35 (казна погађа, вели, мртво, неосетљиво тело, те нема репресивни карактер, или чланове породице, дакле невини; упоређује уз то самоубиство, као својевљни излазак из живота, с емиграцијом, својеволјним изласком из своје земље, примечујући да је кажњавање за прво тако исто бескорисно и неправично, као што би било кажњавање за друго).

⁴⁾ Уп. *Binding* 696, *Vidal-Magnol* п. 234.

⁵⁾ У случају свршеног самоубиства се не допушта сахрана по хришћанском обреду. Уп. за енглеско право *Stephen Digest of the Criminal Law* стр. 248. Но статистички подаци показују, да су истраге ретке, а осуде (затвор или новчана казна) још ређе. Самоубиство је предвиђено у §§ 172—178 њујоршког к. з. Оно је било инкриминисано у руском к. з. од 1866 (чл. 1472, 1473 и 1474).

2. Но и за самоповреду се казни, кад је она средство за извршење некојег дела, које је, тим средством извршено, кривично дело. То је случај са телесном повредом себе самог управљеном на избегавање војне службе (§§ 55 и 56 в. к. з.).¹⁾ Ту је самоповреда средство за извршење кривичног дела онеспособљавања за војну службу, другим речима ту је она радња, којом се извршује једно кривично дело.

III. Подстрекач и помагач (саучесници) у самоповреди нису кривци, јер за то је претпоставка (објективни лични услов кривичне одговорности), да је дело, подстрекнуто одн. потпомогнуто, кривично дело (в. § 79 I). Но *de lege ferenda* подстрекавање и помагање у самоповреди у опште, а нарочито у самоубиству могли би се према владајућем мишљењу сматрати као кривична дела *suí generis*. То је у погледу самоубиства гледиште и к. з. (§ 169) и других законодавстава и пројеката.²⁾ Ово је нарочито потребно за случај, кад се дете и млађи малолетник или душевно болесно лице подстрекну на самоубиство (у § 169 ал. 3 к. з. ово се предвиђа као тежи случај). Неки немачки писци, полазећи од погрешне теорије (в. § 58 II) о *посредном* извршиоцу, узимају, да се подстрекач (или и помагач) самоповредиоца, који је услед малолетства или у опште лице неподобно за урачунљивост или који не зна домашјај радње предузете против себе самог (њен карактер самоповреде), има сматрати као посредни извршилац, те да се према томе има казнити н. пр. за убиство.³⁾

IV. Разни разлози су навођени у прилог тврђења, да самоповреда није кривично дело, и тим самим је различно одређиван положај овог основа искључења кажњивости у систему кривичног права:

1. Самоповреда је *прошивљива*, т. ј. *неправо* (*деликат*) је, али се за њу не казни, веле неки, наводећи разне разлоге за некажњивост. Тако некоји сматрају самоповредиоца као лице неподобно за урачунљивост (што је тачно, али [в. 4] по правилу само за самоубицу).⁴⁾ Други веле, да интерес државни, да се казни самоповредилац, није довољно велики, да би претегао над сажалењем, које се осећа за истога.⁵⁾

¹⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 27 IX пр. 46, *v. Liszt* § 36 V, *Frank* 17. Abschn. I, *Florian* I п. 357 (начелно и дајући примере из итал. [старог] к. з.).

²⁾ Н. пр. стари руски к. з. (чл. 462, 463 и 488), норвешки (§§ 23 и 236), холандски (чл. 294), угарски (§ 282). Уп. *v. Liszt* *Vergl. D. Bes.* T. 5 133.

³⁾ Тако *Frank* 17. Abschn. I, *Finger*, *Gerland* 509 (по њима и помагање). *Binding* (701) тврди исто за подстрекача и сматра га за извршиоца у опште, а не само у наведена три случаја (чијећи један изузетак). Тако (и ако без објашњења) *Vidal-Magnol* (п. 238 bis) у случају *американског* двобоја (где се споразумно извлачи коцка и онај, ко изгуби врши самоубиство). Прот. владајуће мишљење (в. *Gerland* 509).

⁴⁾ *Lion G A* 6 458. Уп. *Meyer-Allfeld* § 27 IX пр. 43.

⁵⁾ *Meyer-Allfeld* 223 (6. изд.).

2. Човек не може, веле неки, стојати са самим собом у *правном* односу, те према томе самоповреда није повреда нечијег права, т. ј. деликат. Самоповреда је на тај начин, закључују они, *правно индиферентна*, т. ј. није ни допуштена ни забрањена (што би био један бескористан изузетак од принципа правног поретка).¹⁾

3. Самоповреда је *право* према неким старијим писцима, јер човек има, вели се, право располагања својим животом (и према томе у толико пре другим чисто личним добрима), те у случају исте нема *прошив-правности*.²⁾ Други опет узимају просто, да самоповреда није *прошив-правна*.³⁾

4. Једино је тачно владајуће гледиште, да је самоповреда основ искључења *прошив-правности*. То проистиче из самог циља кривичног права: чисто лична правна добра нападом њиховог носиоца на њих саме престају да буду *пошребе* егзистенције друштва-државе, чија је заштита циљ кривичног права, према томе *правна* добра. Посебице што се тиче покушаја самоубиства, кажњивост је немогућа и по томе, што је самоубиство редовна последица каквог трајног или тренутног душевног поремећаја и претња казном би на тај начин била бесциљна.

§ 39. Остали основи искључења противправности.

Књижевност. — В. књижевност §§ 33 и 35. *Alberti* Eigenmächtige Unrechtshemmung, abgesehen von Notwehr und Nothilfe 1904. *Heimberger* Vergl. D. Allg. T. 4 I, 15. v. *Bar* 3 88 — За I, II и III: *Brauer* G S 1 381. *van Calker* Das Recht des Militärs zum administrativen Waffengebrauch 1888. *Delius* Über das Recht der Vollzugsbeamten und des Militärs zum administrativen Waffengebrauch y Archiv für öffentliches Recht II 84. *Rissom* Notwehr und Waffengebrauch des Militärs 1906. *Reichmuth* Das Recht des Forstbeamten zum Waffengebrauch in Deutschland 1908. *Kleinjeller* (Amstrechte, Amts — und Dienstpflichten) Vergl. D. Allg. T. 1 269. — За III: *Lehmann* Z 22 218. *Lass* Das Strafrecht der Berufsgenossenschaften 1901. *Leist* Untersuchungen zum inneren Vereinsrecht 1904. *Finger* Das Züchtigungsrecht und dessen Missbrauch 1888. *Kessler* G S 41 161. *Stenglein* G S 42 1. *Hubrich* G S 46 161. *Kaufmann* Das Züchtigungsrecht der Eltern und Erzieher 1910. *Исаи* Schweiz. Z. 25 329. *Geider* Die Strafbarkeit der Erwachsenen bei Züchtigung des ungezogenen Jugendlichen (v. *Lil.* Heft 196) 1918. *Orloff* Überschreitung des Züchtigungsrechtes 1891. *Havenstein* G A 51 241.

¹⁾ Тако *Hülschner* I 468, *Binding* 699, *Wachenteld* 132. — За морално и правно индиферентна дела в. *Основни проблеми Еаике* § 1 II пр. 6.

²⁾ *Abegg* Lehrbuch § 103. Тако („право на живот“) и *Ferri* п. 74 (служећи се и он аргументом [в. горе 2], да нема „повреде туђег права“, деликта, „пошто човек не може имати правне односе са самим собом“, а држава, породица, кредитори и т. д. имају на његовом животу само „интерес“, а не „истинито и право“ право), *Vidal-Magnol* п. 234 („право умрети“), *Cuche* п. 60, *Florian* I п. 357.

³⁾ Тако в. *Liszt* § 35 V, *Meyer-Alfeld* § 27 IX.

I. Сведочење је *ојшџа* грађанска дужност, и сведок је дужан, да каже све што зна о предмету, о коме се испитује (§ 161 к. с. п. и § 421 г. с. п.). Према томе кривично дело клевете н. пр. неће постојати, ако исказ садржи неистините чињенице, које части извесног лица могу шкодити, али које је он у свом својству сведока био дужан да искаже.¹⁾ То исто важи и за остале *ојшџе* појединцу наметнуте *правне дужности*, као н. пр. дужност пријаве припреме злочина (§ 135 к. з.).

II. Службена дужности искључује противправност дела (проузроковања људском радњом) извршених на основу исте, т. зв. званичних или службених радњи, н. пр. узапћивања ствари, кућњег престреса, стављања у притвор извршених од власти сходно одредбама кривичног судског поступка. Службена дужност постоји наравно само онда, ако се званична радња појављује као *законитија*, како по форми тако и по садржини (в. П. д. II 1 § 13 I 2 б).²⁾

III. Није противправно дело, које је извршено *на основу особеног законског овлашћења*.³⁾ Ту спадају:

1. Право *дисциплинског* кажњавања, које припада државним властима према државним службеницима (з. с. чин.), војним властима према потчињеним (в. дисц. уредба) и универзитеским властима према ученицима (дисц. ур.).

2. Право кажњавања (затвор и телесна казна) у циљу *поправке* (право *васпитног*, педагошког кажњавања), које припада родитељима према детету (§ 120 грађ. з. и § 294 к. з.), имаоцу радње према ученику (чл. 268 ал. 2 и 256 ал. 1 т. 1 з. о радњ.) и учитељу (одн. наставнику и разредном старешини у средњим школама)⁴⁾ према ученику. Родитељи могу пренети (изрично или прећутно) своје право на васпитача.⁵⁾ Право кажњења несташног детета не припада трећим лицима н. пр. пролазницима, који то опазе или су тиме узнемиреени.⁶⁾ Прекорачење права васпитног кажњења противправно је наравно, те постоји кривично дело лишења слободе одн. телесне повреде (в. н. пр. § 294 к. з.).

¹⁾ Уп. *Finger* 404, *v. Liszt* § 35 I 2.

²⁾ *v. Liszt* § 35 I 2, *Finger* 403, *Wachsfeld* § 38 I.

³⁾ Уп. *v. Liszt* § 35 II, *Wachsfeld* § 28 III.

⁴⁾ Чл. 67 з. о нар. шк. (који забрањује телесне казне, а „друге“ допушта „само у мери, која неће убијати вољу и самопоуздање ученика“), чл. 42 з. о средњим шк. (који забрањује телесне казне, а у § 42 се одређују казне за „велике кривице“, које изричу директор по предлогу разредног већа, одн., друге три, наставнички савет).

⁵⁾ Уп. *v. Liszt* § 35 II 2, *Wachsfeld* 131, *M. E. Mayer* 296.

⁶⁾ Тако се има узети с обзиром на то, што су страна лица услед одсуства осећања сличног родитељском склона да прекораче васпитно кажњење. Тако *Wachsfeld* 131. Прот. *v. Liszt* § 35 II 2 (према коме се пристајак родитеља претпоставља), *Binding* 300, *Zittelmann* 110, *Fischer* 264 (*negotiorum gestio*), *M. E. Mayer* 297 (одговара култури нашој).

3. *Самопомоћ правно допуштена* искључује противправност дела у истој извршеног. Тако § 686 срп. грађ. з. овлашћује закуподавца, да сам у залози задржи (scil. у случају изношења без његовог пристанка) ствари закупчеве ради наплате неплаћене цене.

4. За случајеве *особеног законског овлашћења из војног к. з. в. Војно кривично право*, Општи део § 14.

IV. Није наравно искључена према *појединцима* противправност повреде извесног правног добра, чији је сопственик осуђен доживотно или на одређено време на губитак истога или га је на основу закона изгубио. Тако кривично дело убиства постоји, ако А убије Б, који је на смрт осуђен. Исто тако у случају осуде на губитак слободе (на казну лишења слободе) кривично дело лишења слободе постоји, ако би ко осуђеног самовласно затворио. У старом праву међутим било је случајева, где се је извесно правно добро губило према *свима*. За то су пример *sacratio capitis* у римском праву, бесправност цигана на основу разних немачких закона из 16. столећа. То је такође случај у погледу добра животога с бесправношћу одметника (хајдука) по срп. з. о ј. безб. од 31. јануара, 1905 (проширеном на Босну и Херцеговину и Црну Гору указом од 1921, одн. 1919). По чл. 10 помен. з. слободно је свакоме убити одметника, који се у остављеном му року не пријави и преда властима

ГЛАВА III.

Кривично дело као у Казненом закону предвиђено
проузроковање (scil. извесне последице) радњом
(као у Казненом закону предвиђено дело).

§ 40. Појам предвиђености у казненом закону.

Књижевности. — Основни проблеми § 11. Wach Vergl. D. Allg. T. 6 1. Schottlaender Die geschichtliche Entwicklung des Satzes: nulla poena sine lege (v. Lit. Heft 132) 1911. Elvers Die Bedeutung des Satzes nulla poena sine lege (Diss). De la Morandière De la règle Nulla poena sine lege (thèse) 1910.

1. Дело (проузроковање) треба да је *предвиђено* у једном *казненом* (кривичном у ужем смислу) *закону*, пре него што је извршено, да би према данашњем схватању било кривично дело (в. чл. 8 уст., § 1 к. з. и § 1 в. к. з.). То је изражено афоризмом *nullum crimen sine lege*, т. зв. принцип (уставни и законски) *легалитета* (законитости) кривичног дела.¹⁾ Заштита грађанске слободе (правне сигурности) захтева, да се грађани не потржу пред судове за дело, које би, кад се изврши, државна власт по свом нахођењу сматрала као кривично, или које би законодавац по његовом извршењу (в. § 43 II) огласио за кривично, већ само за дело, за које им је раније (т. ј. пре извршења) објављено, да се за њ' казни.²⁾

¹⁾ Принцип *законитости*, постављен (в. 1 а) у Декларацији (која је служила као увод у Устав од 3. септембра, 1791), није ушао у француски Устав од 14. јануара, 1852 ни у уставне законе од 1875. Али се узима ипак, да је тај принцип саставни део и француског *јавног* (уставног) права, као обичајно-правна норма. Тако *Garraud* I п. 152 I, *Garçon* art. 4, п. 34 (*sacrosancta lex quae reges ipsos abstringit*). Прот. *Laborde* п. 59. — У немачкој књижевности је спорно, да ли § 2 нем. к. з. није замењен чл. 116 вајм. уст. Тако R G, E 56 318, прот. *Frank* § 2 I.

²⁾ *Moneat lex priusquam feriat (Bacon)*. Уп. *Авакумовић* 1465 и сл., *Haftler* §§ 2, 4, 5, v. *Liszt* § 18 II, *Meyer-Altfeld* § 14 I, II и VIII („с обзиром на правну сигурност и личну слободу“), *Florian* I 192 (поводом аналогije: филозофи 18. века су се против ње борили

Принцип легалитета кривичног дела (као и кривца и санкције), је дакле двострука гаранција грађанске слободе: против самовоље судија (§ 1 к. з.) и против самовоље законодавчеве (чл. 8 уст). У томе лежи његов правни оснoв (разлог, оправдање), и то му даје политички значај.¹⁾ Његове су допуне у Бипартицији принцип *nulla poena sine lege*, у Трипартицији принципи *nullus delinquens sine lege* и *nulla poena sine lege*.

1. Из реченог излази, да данас *обичајно право* и, посебно, *судска пракса* не могу *стварајти* кривична дела. Они нису дакле *извори* кривичног права.

а) Међутим у римском праву из доба царства судија је имао право кажњавања *ad exemplum legis*.²⁾ У средњовековном праву судови су такође могли стварати кривична дела (и изрицати непредвиђене казне), као и потом у опште немачком (у наслону на чл. 104 и 105 С. С. С.) и у француском праву, и то је стање трајало и у Француској све до револуције. У Душановом законику се међутим нигде судији не даје право, да ствара кривична дела, нити се игде изрично упућује на обичајно право, већ само (в. § 11 III 6) на „закоње светих отаца“ (*scil. на Сингагму*). Тек у добу свитања (филозофском) појављује се покрет против тога и у реакцији против тадашње произвољности судске ишло се је тако далеко, да се је у теорији, с Бекариом, осуђивало и у законодавству судији забрањивало тумачење закона ван његовог текста (нарочито екстензивно, а аналогично у опште) као некад за Јустинијана.³⁾ Под утицајем природно-правних филозофа 18. века ушао је принцип легалитета кривичног дела (као и казне) у Декларацију човекових и грађанских права од 26. августа, 1789 (чл. 8), а одатле у другој форми у чл. 4 франц. к. з. од 1810 (пре тога у чл. 3 Законика о злочинима и преступима од 1791) и у остале европске к. з.⁴⁾

у име индивидуалне правне безбедности и личне слободе), *Metzger* 83 (употребљавајући пластичан афоризам: „вратнице затвора отвара закон“), *M. E. Mayer* 27, *Frank* § 2 1, *Garraud* I п. 151, *Garçon* art. 4. Прот. *Binding* I 28. — Некад се је у наслону на разликовање између природних и државних (грађанских) кривичних дела узимало, да у погледу првих претходна објава није потребна. Уп. о овоме *Garraud* I п. 151.

¹⁾ Уп. в. *Liszt* § 44 II. — О уношењу истога у појам кривичног дела као особеног појамног обележја в. *Основни проблеми* § 11 II. — Као стилстичка омашка само налазе се кадкад у споредном кривичном законодавству, и ако ретко (чл. 55. ур. о убрз. суд. рада, § 166 з. о шум.), прописи, где се место „казниће се“ каже „може се казнити“.

²⁾ *L. 7 § 3 D. 48, 4* (за *crimen majestatis*). У добу квесционских процеса (републике) закон је међутим ограничавао судску власт.

³⁾ Уп. *Geib* I 10, *Binding* I 23 пр. 18, в. *Bar* I 10, *Loening* 2 3 320, в. *Liszt* § 18 II, *Ferri* 184, *Florian* I 191. В. 56 пр. 1 (§ 8 IV 1) за *Јустинијаново* кривично дело интерпретације.

⁴⁾ Уп. *Garraud* I п. 151, *Schottlaender* 59. — В. § 41 пр. 4 за разлику између редакције чл. 4 франц. к. з. (који наглашава само предвиђеност казне у закону) и § 1 к. з. — По *Schottlaender*-у (§§ 4 и 8) овај принцип води порекло од *magna carta* (од 1215), где је био постављен (чл. 29) за казне лишења слободе и имовинске, развијен је у енглеској књижевности, примљен од северно американских устава и одатле је прешао у Декларацију.

б) Данас судска пракса и обичајно право у опште не само не могу стварати кривична дела (scil. казнене прописе),¹⁾ већ их не могу ни *укидати* (т. зв. негативна, дерогирајућа функција, изобичајавање, *desuetudo*).²⁾

в) Но изузетно *обичајно* право може бити примењено и у кривичном праву тиме, што би важило у којој другој грани права, на коју се кривично право (изрично или прећутно) наслања у извесном питању из

Тако и *Haftler* § 4 I. У сваком случају је ипак несумњиво, да је у франц. к. з. ова принцип први пут *особено* истакнут, и то као *генерални* принцип. У осталом споран је (в. *Schottlaender* § 28) значај чл. 29 *magiae cartae*: неки му придају само *процесуалан* значај (казне лишења слободе и имовинске не могу се извршити без претходног судског поступка или ако је оптужени ослобођен).

¹⁾ У Енглеској (особито у Скотској) највиши суд има право, да казни за дела, за која он сматра да треба казнити. У швајцарским кантонима *Uri* и *Nidwalden*, где нема (в. § 4 I 7) у опште кривичног *законодавства* (сем извесних, из старих правних књига заосталих казвених одредаба и неких ретких посебних закона кривично-правне садржине), примењује се *обичајно* кривично право. Савезни суд (*Bundesgericht*) је поставио као ограничење кажњавања у ова два кантона само то, да оно не пређе границе кривичног неправда, „које се разумно могу замислити“. Сем тога се пракса у овим кантонима поред примене обичајног кривичног права наслања на *стране* к. з. (на немачки и лудершки), на савезни пројекат к. з. и на „општу кривично-правну науку“; у Уриу и на пројекат од 1894. Ову је праксу одобрио Савезни суд („обичајно-правна рецепција судском праксом“). В. о томе *Haftler* § 5 II. — Према § 10 руског совјетског к. з. имају се одредбе посебног дела примењивати аналогно на дела, која ту није предвиђена. Не важи дакле принцип законитости. — У Француској Сенат, претворен у Високи суд правде (*Haute Cour de justice*) ради суђења председнику републике за велележају и министрима за дела у вршењу функције учинена, присваја себи право, да се не придржава принципа законитости, и суверено одређује квалификацију кривичних дела, за која суди, и начин репресије. В. *Cuche* n. 31. — В. *Florian* 195 за стари руски к. з., који је допуштао аналогну примену закона. — Неки правно-философски писци се баве питањем, да ли је принципу законитости да би постојао потребна нарочита, свечана објава (тако *Del Vecchio* *Sui principii generali del diritto* 32 и пр. 2), или он проистиче сам собом непосредно из правног поретка (*Donati* *Il problema delle lacune dell' ordinamento giuridico* 1910, 36, 54). Уп. *Florian* I 197. — У најновијем немачком (нац.-соц.) кривичном праву појавила се је реакција против принципа легалитета (в. пр. *Siebert* *Politische Strafrechtswissenschaft* 1934, 20—21: довољан је захтев, да је дело инкриминисано, т. ј. да је кривично дело у време гоњења). В. *Живановић* Т. зв. ауторитарно и либерално кривично право Арх. 1935. — На дневном реду 4. Међ. конгреса за кривично право у Атини 1936 налази се и питање о умесности одступања од принципа легалитета.

²⁾ Неки писци им признају ово дејство (*Binding* 210, *Meyer-Allfeld* § 14 II, *Hälschner* I 85, *Frank* § 2 I 1, *Beling* 23, в. *Bar* I 13, *Köhler* 77, *Haftler* § 5 I 2 [из принципа *nullum cr. s. l. ne in lazi, veli, nemoquhност признања дерогирајуће снаге обичајном праву, већ би се само на државним интересима могла засновати забрана desuetudo-a]).* Тако кад судови дуго време не примењују извесан казвени закон држећи погрешно, да он не важи, тај би се закон имао према овоме мишљењу сматрати као укинут (али не онда, вели *Frank* [у ран. изд.], кад је пао у заборав, јер ова околност не заснива обичајно право [недостаје *opinio necessitatis*]). В. прот. в. *Liszt* § 18 II, *Garçon* art. 4, п. 4, *Garraud* I n. 149 в, *Roux* § 13, *Wachenfeld* 40, *Vidal-Magnol* n. 897 — 7, *Schwartz* § 2, 3, *Florian* I n. 117, *M. E. Mayer* 25 (али по њему и „социјални“ обичаји, „неправо“ обичајно право, могу служити као средство тумачења).

области бића овог или оног кривичног дела или кривца, према томе само *посредно*, т.ј. само као *посредни* извор.¹⁾ Чак ни у овом случају дакле обичајно право не може стварати *нова* кривична дела, већ је само од утицаја на биће законом *већ* створених кривичних дела и кривца. Тако ако би се према обичајном праву имала сматрати извесна ствар као туђа за А, крађа би постојала, ако постоје њена остала обележја; или ако би се извесна околност сматрала у обичајном приватном праву као основ, који искључује противправност, крађа не би постојала.

2. Као и обичајно право ни *наука* није извор кривичног права. Она не може дакле ни стварати кривична дела нити их укидати. Њен је задатак само тумачење правних прописа и систематисање кривичног права (в. § 5). Као таква она је неопходан наслон на судију, јер овога не веже данас као у доба свитања текст, већ дух закона, т. ј. закон сазнат у систематској вези с целокупним законодавством, другим речима научно сазнат. Отуда законодавац кадкад прећутно оставља судској пракси, да у наслону на науку поставља извесне правне принципе од њега неисказане (н. пр. код основа искључења противправности), и у толико су изузетно и наука и судска пракса, као и обичајно право, и ако у другом смислу (в. 1 в), *посредни* извор кривичног права.²⁾ Оне само не могу да стварају *нова* кривична дела.

3. Излази, да је једини извор кривичног права *законодавство*, било оно искључиво кривично, као н. пр. к. з. или не (в. § 3 о изворима кривичног права). Кривично право је дакле *писано*, *законско* право. Ту спадају, као што се је видело (§ 3 I 2 м), и међународно уговори (који у осталом сачињадају законско право, пошто се морају озаконити [ратифицирати]).³⁾

II. Пошто је предвиђеност у казненом закону један елеменат кривичног дела, потребно је, да се овде утврде *појам казненог закона* и правила за *тумачење* истог, и да се проуче *важење* (владавина) истог у погледу *времена* и *места* и *екстрадиција*.

§ 41. Појам казненог и кривичног закона

Књижевност. — Binding 210. M. E. Mayer в. књ. § 33. v. Bar 1 1. Neumann Das Blankostrafgesetz (v. Lil. Heft 87) 1908. Oetker G S 64 154. Sontag Redaktionsversehen 1874. Wach Vergl. D. Allg. T. 6 1 и Reform 1 1.

¹⁾ Уп. в. Liszt § 18 II 1, Meyer-Allfeld § 14 II, Frank § 2 I 1 а (убраја ту и случај појмова, које казнени закон употребљава, а не дефинише, као „умишљај“, „нехат“, „блаудна радња“, што је по себи разумљиво), в. Bar 1 13, Hafter § 5 I 1, Metzger 84.

²⁾ Уп. в. Liszt § 18 II 1 и 2.

³⁾ Уп. Frank § 2 I, в. Liszt § 18 III, Garraud 1 140 и сл. Meyer-Allfeld § 14 IV.

1. Казнени (и у опште — в. II — *кривични*) закон је као и сваки други закон *изјављена* (у облику *империјива*) воља законодавчева. По својој садржини пак он се може схватити у *ширем* и у *ужем* смислу.

1. Казнени закон у *ширем* смислу је сваки правни пропис, којим се уређује (потпуно или делимично) државно право кажњења (*ius puniendi*).

2. Казнени закон у *ужем* смислу је само онај правни пропис, којим се одређују *претпоставке* за казну (т. ј. кривично дело и кривац), и уједно њена *врста* и *величина*.¹⁾ Те казнене законе називамо *поштиним* за разлику од осталих, *непоштиних*, који сачињавају тако другу врсту *казненог* закона у *ширем* смислу. Тако непотпуни су сви казнени закони из 1. одсека к. з., као и многи казнени закони из 2. одсека к. з., н. пр. § 324, а потпун је казнени закон н. пр. § 167 к. з.

Из дате дефиниције излази, да сваки *казнени* закон у *ужем* смислу, дакле *поштин* има два дела:²⁾

а) Део, у коме се одређују *претпоставке* за казну. Тако у § 297 к. з. тај је део: „Ко другога увреди“.

б) Део, у коме се одређују *врста* и *величина* казне. У наведеном §-у тај је део: „казниће се затвором до шест месеци или новчано до 5.000 динара.“

3. Могуће је, да су у првом делу потпуног казненог закона *претпоставке* казне само у главним потезима обележене, а да је подробније одређивање истих остављено другом ком кривичном или ванкривично-правном закону или уредби, наредби или ком другом општем нормативном административном акту³⁾ (можда још *неиздашим* у време *издања* дотичног казненог закона). Могуће је чак и то, да је и *казна* одређена само у главним потезима, на име само по врсти или још и по посебном минимуму и максимуму, а да је потпуно одређење исте остављено другим законским изворима. Оваки казнени закони су т. зв. *бланкетни* (*бланко*) казнени закони.⁴⁾ Такви се закони готово по правилу налазе само у *испун*

¹⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 14 I.

²⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 14 V.

³⁾ В. о овим актима *Живановић* Административно право II I а.

⁴⁾ Уп. *Исајуш* § 1 III, *Frank Einl. Best.* II, v. *Liszt* § 18 VI, *Meyer Allfeld* § 14 V, *O. Meyer* Deutsches Verwaltungsrecht (I. изд.) I 306, *Kelsen* Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (1911) 288, *Alsborg* Preistreibeistrafrecht (1919) 205, *Garraud* I п. 140, *Roux* 39, § 11, *Florian* I 187, *Neumann* §§ 1 и 2 (в. § 3 за критичку оцену разних назива ових казневних закона [пониклих, вели, у франц. револуционарном законодавству и учињених нужним редакцијом чл. 4, према коме само треба *казна* да је одређена у казненом закону], изјашњавајући се за израз *бланкетни* или *бланко* казнени закони, пошто је биће тих закона само *бланкет*, који своју садржину тек нормама добија). Израз *бланкетни* казнени закон је први, изгледа, употребио *Binding* (Normen I [1 изд.] I 180), што се оспорава (в. *Neumann* 13). Зову се и *слеи* (*Heinze*) или *ошворени* (*Janka*) или *оквирни* (в. *Liszt*) за-

законодавству, јер се њима у неколико поремећује принцип законитости (в. § 40). Такав је закон н. пр. § 326 срп. к. з. и § 166 з. о шум.¹⁾ Потреба бланкетних казневних закона се објашњава нужношћу *локалних* или *посебних* норми, т. ј. потребом прилагођавања инкриминације разним локалним одн. посебним приликама и потребама.

а) У разним (најчешће административним) законима налазе се често одредбе, у којима се само прописује *казна* (или и нешто од претпоставки казне, особита виност), а за њене *прејпоставке* (одн. за даље састојке тих претпоставки) се упућује на друге одредбе тих закона. У њима се на тај начин прописује казна за повреде других одредаба *истог* закона, те оне тек заједно с овима чине целину у кривично-правном погледу. Ове чине дакле само с реченим одредбама, које их допуњују (још од самог њиховог *постанка*), казвени закон у *опшће*. Оне нису према томе *бланкетни* казвени закони. Могле би се ипак означити као *неправи* бланкетни казвени закони, насупрот *правим*. То је случај н. пр. с чл. 397 ст. 1 з. о радњ. Исто важи наравно и за одредбе закона, којима се прописује казна за повреде прописа садржаних у ком *другом* већ *истојојем* закону.

б) Ако би у једном закону били одређени само кривично дело и кривац, а не и *казна*, извршилац се не би могао казнити. То би био један *несавршен* казвени закон (*lex poenalis imperfecta*), а не бланкетни закон.²⁾ Исто то важи и за *бланкетни* закон такве садржине. Управна власт не би према томе, у свом нормативном акту, могла прописати казну на основу таквог бланкетног закона.³⁾

II. У к. з. (§ 26—29 и гл. IV) има прописа, чији су искључиви предмет *мере безбедности*. Ти прописи нису наравно *казвени* закони. Они су само *кривични* закони, док су *казвени* закони уједно и *кривични*.

кови. Бланкетни казвени закони су према речевом (*Neumann* § 1) производ француског револуционарног законодавства, а и франц. к. з. од 1810 их садржи (н. пр. чл. 475 т. 4 ал. 2, чл. 471 т. 15). И сам чл. 4 франц. к. з. је (за разлику н. пр. у § 1 к. з.) тако редигован, да излази, као да се у казвеном закону само казна мора унапред одредити, а да се за биће кривичног дела и кривца то може учинити и актом административне власти или неким другим законом (в. § 40 I 1 а пр. 4). О овим се законима обично дају непотпуне дефиниције (в. *Neumann* § 5 за извесне дефиниције, но чија је дефиниција такође уска: то су, вели, царевински казвени закони, код којих само казвени став потиче од царевинског законодавства, не и норма).

¹⁾ У овом §-у је прописана казна за повреду наређења шумских управних власти издатих у смислу з. о шумама ради „чувања и заштите шума, њиховог подизања и искоришћавања.“

²⁾ Уп. *Roux* I 25, § 8 А. Француска судска пракса узима међутим, да се у случају закона, који само помињу казну, а не одређују ни у колико њену величину, има казнити, и то најлакшом истуином казном (в. *Roux*).

³⁾ Уп. *Живановић* Административно право 25 II 4. В. *Иштупи* § 4 пред I за незаконитости, у овом смислу, н. пр. уредбе о јавним путевима од 5. августа, 1912.

Они се могу назвати *превенџивним* (предохраним) кривичним законима за разлику од *казнених* закона, који се могу назвати и *рејресивним* (*санкционаторским*) кривичним законима. Правни прописи, који имају за предмет и казне и мере безбедности, имају се доследно назвати *мешовитим* кривичним законима. *Кривични закон* као *родни* појам је према томе *правни пропис*, којим се уређује државно право на кривичну санкцију. Он је, према реченом, тројак: 1^о *рејресивни* кривични закон или просто *казнени закон*; 2^о *превенџивни* кривични закон и 3^о *мешовити* кривични закон.

III. 1. У појединим параграфима к. з. и осталог кривичног законодавства, који су *поједини* (в. I 2) казнени закони, или се налази само *један* казнени закон или их има *више*. Параграфи прве врсте садрже *наравно* само једно кривично дело и кривца и један прећутан кривични пропис (норму). Параграфи пак друге врсте садрже (в. 3) или више кривичних дела или више криваца или више и једних и других (као н. пр. § 167 к. з.), али само *кад* кад (н. пр. § 364 ал. 1 и 2 к. з.) и више прећутних кривичних прописа (норми). Параграфи прве врсте могу се назвати *простим*, а друге *сложеним*. И у сложенима, који садрже *више прећутних* кривичних прописа, одређена је *кад* кад, као и у осталим сложеним (н. пр. § 167 ал. 2 к. з.), *једна иста* казна за све у њима обухваћене случајеве (н. пр. § 364 ал. 1 и 2 к. з., чл. 1 з. о з. ј. б. и пор.).

2. *Кад* исти параграф (члан) садржи *више* казнених закона, ови су, техничко-законодавно посматрани, *одељени* један од другог. Само изузетно, и ретко, има законских текстова (параграфа или њихових ал.), где се на први поглед у *истом* пропису с *истом* казном садрже у ствари *више* казнених закона, према томе више кривичних дела или криваца или и једних и других. Ово је случај н. пр. с §-ом 288 к. з. (где се садрже у ствари два казнена закона [и то чак с два прећутна кривична прописа] са два засебна кривична дела против јавног морала).¹⁾

3. Док казнени закони обухватају све елементе у њима садржаног кривичног дела и кривца, *прећутни* кривични прописи (*норме*) као заповести управљене просто на извршиоца радње, која проузрокује последицу, то једино и обухватају. Повреда од стране извршиоца самог прећутног кривичног прописа без постојања и других захтеваних елемената кривичног дела и кривца ван његовог елемента извршиоца не сачињава према томе кривично дело, већ само неправо, и не чини извршиоца кривцем. Тако код убиства норма гласи „не лиши живота другога“ (или „не убиј“), и ко другога лиши живота, он ће бити,

¹⁾ Уп. *Dolenc* § 288 I за овај §. — То је случај у страном законодавству и. пр. с чл. 154 франц. к. з. и § 181 а ал. 1 нем. к. з. (где се садрже — уп. *Frank* § 181 а I — два кривична дела подржавања проституције).

ако нема код њега одређене виности, само извршилац једног неправга (деликта), а не и извршилац убиства и кривац код истога. Из овога излази, да је норма увек *исџа*, и ако би се у закону разликовали више врсти извесног кривичног дела и кривца код истога. Обичан је случај, да од повреде једне и исте норме (н. пр. од норме не убиј, не укради) законодавац ствара више кривичних дела и више криваца истог рода.¹⁾

IV. 1. Кад се воља законодавчева не слаже с вољом од њега изјављеном, т. ј. са вољом израженом у тексту законском, онда се каже, да постоји *омашка у уређивању (редакцијска омашка)*. И поред ове омашке, пропис се има сматрати као закон, јер се ипак појављује као изјављена воља законодавчева. Потребно је према томе издати *нов закон*, да би се онај изменио.

2. Кад се законодавчева воља не слаже услед *штампарских грешака* са садржином обнародованог прописа, у коме она треба да је изјављена, онда овај пропис *није закон*, јер у њему изјављено није воља законодавчева. Да би према томе воља законодавчева постала законом, треба да се законодавна одлука од надлежног органа *понова* обнародује без штампарске грешке или да се ове *исправе*. Тек ће онда она бити изјављена.²⁾

V. *Циљ* (или „*адреса*“) је казневих закона (без обзира на циљ *права*, који им је заједнички са осталим гранма права, в. § 2) или тачније њихов *свољни* циљ: 1^о да обзнане дела, која се од законодавца сматрају као кривична, те да на тај начин с једне стране обезбеде грађане од самовоље државних власти, које би било, кад би овима било остављено, да одређују, која се дела имају сматрати као кривична, с друге пак да их обавесте (в. § 40 I) у напред, шта не смеју одн. морају радити;³⁾ 2^о да служе као упутство лицима позваним, да примењују вољу зако-

¹⁾ Уп. в. *Liszt* § 18 I (која на основу тога, што се норме најчешће не могу несумњиво формулисати, пориче могућност методички поуздане употребе појма норма, долажући [§ 18 пр. 1] да су *Bindung* и његове присталице пропустили састав каталога норми, откуда „научна неупотребљивост нормне теорије“).

²⁾ Тако за обе грешке в. *Liszt* § 18 IV, *Meyer-Alfeld* § 14 VIII, *Wach* I 266, *Bindung* 460, *Schwartz* § 2, 4, *Metzger* 80. Прот. (за другу грешку) *Sontag*, *Schütze* G A 20 351, *Wachenfeld* 43 (суд мора исправљати ове грешке сам).

³⁾ Према неким се казнени закони обраћају само на грађане, т. ј. заповести су само за њих. Тако т. зв. теорија *императива* (али се ово мишљење заступа и од неких противника ове теорије, према којој је цело право императив). Присталице теорије императива су н. пр. *Thon* Rechtsnorm und subjektives Recht 1878, *Bierling*, *Eltzbacher*, *H. v. Ferneck*. Уп. прот. ове теорије *M. E. Mayer* 34 пр. 34 (тачно је, вели, да казнени закони обавештавају народ, али је то „нешто јуристички сасвим небитно“).

подавчеву (она су наравно једини могући преступници казних закона);¹⁾ 3^о да заснују државно право и дужност кажњења.²⁾ Закони посматрани као заповести су на тај начин заповести законодавца како за народ тако и за државне органе, који их имају примењивати.

§ 42. Тумачење казних и у опште кривичних закона. Аналогија.

Књижевност. — *Garraud* I 301. *Larnaude* (*Berthélemy, Truchy, Tissier, Geny, Thaller, Pillat, Massigli, Garçon*) *Les méthodes juridiques* 1911. *Latontaine* (*Une tendance de la jurisprudence dans l'application des lois pénales*) *Rev. crit.* 16 (1860) 164. *Beling* *Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung* 1922. *Schaffrath* *Theorie der Auslegung* 1842. *Peterson* *G A* 34 90. *Reichel* *Gesetz und Richterspruch* 1915 (о њему в. *Monatsschrift* 11 555). *Degni* *L'interpretazione della legge* 1909. *Ranieri* *La legge penale e le sue applicazioni* 1923. *Scialoja* *Sulla teoria della interpretazione delle leggi* (у *Studi Schupfer* 3 305). *Heck* *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* 1914. *Schwinge* *Teleologische Begriffsbildung und Strafrecht* 1930. *Исмаи* *Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft* 1930. *Grünhut* *Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft* (у *Frank Festgabe* I 1 и сл.) 1930. *Brunetti* *Le fonti et la funzione del dubbio* (у *Scritti jur. varii* 4) 1925. *Donati* *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico* 1910. *Schütze* *G A* 20 350. *Sontag* *Die Redaktionsversehen des Gesetzgebers insbes. auf strafrechtlichem Gebiete* 1874. *Wächter* *G S* 29 321. *Merkel* *H N* 2 67 и 4 75. в. *Mittelstädt* *G S* 43 1. в. *Bar* I 14. *Krug* *Grundsätze der Gesetzesauslegung* 1848. *Geny* *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* 1899.

I. 1. Принцип законности у кривичном праву намеће (в. ниже III 2) извесна ограничења оштих правила тумачења, тако да се тумачење кривичних закона посматрано у својој целини појављује како особена, кривично-правна врста тумачења закона. Општа правила за (теоретско [доктринарно], судско и аутентично [или тумачење интерпретативним законом], законодавчево)³⁾ тумачење закона важе дакле само у опште, у свом основу за тумачење казних и у опште кривичних закона.⁴⁾

¹⁾ Према *M. E. Mayer*-у (33 и сл.: правне норме се не обраћају на народ, јер их овај не разуме, већ само културне норме) то је једини циљ казних закона (казнени закони су норме за одлуке [*Entscheidungsnormen*]). — Према векима (в. *Liszt* § 38 I, *Meyer-Allfeld* § 14 VII, *Hafter* § 2 пр. 4) казнени закони имају само овај и претходни циљ (они се обраћају на грађане и власти).

²⁾ Према *Binding*-у једини је циљ казних закона, да заснују државно право и дужност кажњења (в. § 19 I).

³⁾ У неким законима се налази аутентично тумачење појединих израза (н. пр. § 14 к. з.), а постоји и прећутно аутентично тумачење, на име кад је у неком закону (н. пр. у к. з.) какав израз, који се често у њему употребљава, употребљен негде у извесном несумњивом смислу. Уп. *Cosack Lehrbruch des bürgerlichen Rechts* (7. изд. 1922) § 13 IV.

⁴⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 14 VIII, *Florian* I н. 124.

2. *Тумачење* (интерпретација, егзегеза) закона је одређивање *смисла* (духа, значења или, како се још каже, интенције, побуде, мисли или, особито, разлога) закона (*ratio legis*), у колико тај смисао не проистиче из законског склопа речи (слова, текста), т. ј. у колико га овај склоп речи (текст) јасно не изражава (у колико дакле законодавац норму, коју је јасно замислио, није јасно изразио).¹⁾ Узроци нејасности законских текстова могу бити разноврсни.²⁾ За отклањање тих нејасности, према томе за одређивање смисла закона постоји више средстава, тако да се тумачење појављује као компликована логичка операција.

II. *Средства* за тумачење закона.

1. а) Почетно, *основно* и *главно* средство тумачења, сазнања дакле воље законодавног органа мора наравно да буде сам *текст* (слово) закона (спољни изражај законодавчеве воље) по свом (опште говорном, правном и посебно кривично правном) језичном (т. зв. *граматичко* тумачење) и логичком (т. зв. *логичко* тумачење)³⁾ значењу (за познаваоца права), узет у посматрање као *целина* (као одређен склоп речи) и по својим *појединим* изразима. За употребу овог средства тумачења (које се као целина може назвати *текстним* тумачењем) је пак потребно, да је претходно сам текст закона утврђен (т. зв. *текстна критика*).

б) Но одређивање смисла закона само на основу његовог текста, дословно (литерарно) тумачење закона дакле, није довољно, јер поједини закон не стоји потпуно одвојен од других, већ напротив најпре с овим или оним сродним, затим са свима из исте правне области (из кривичног права) стоји у логичкој вези, тако да представља само део једне логичко-правне целине. Сем тога закони (норме) су само зато, да законодавац њима остварује извесан циљ у облику стварања средством њих одређених правних установа и на тај начин циљ кривичног права и права у

¹⁾ Уп. *Garrand* I п. 146 („кад је законски текст нејасан“ [обскуран], има се пронаћи законодавчева интенција [intention]), *Vidal-Magnol* п. 897 — 15, *Florian* I п. 124, *Ferri* 184 („највише пута закон је тако јасан и прецизан, да није потребна интерпретација“, *lex loquens* Цицеронов), *Cosack* § 13 I 2 в.

²⁾ Тако нејасност може проистичати отуда, што се слична одредба налази у другом ком закону, те се појављује питање, докле поједини од њих допире (што је случај особито између извесних одредаба посебног дела к. з. и з. о шт. и в. к. з.); или што се у извесном пропису погрешно упућује на неку одредбу другог (н. пр. у § 97 к. з. на § 33 к. з.); или што је у коме пропису употребљен извесан неодређен израз, који је само сличан с извесним јасним изразом другог ког прописа (н. пр. израз „блаже“ у § 32 ал. 1 к. з. и „строжије“ у § 76 ал. 1 к. з.). За главне случајеве тумачења кривичних закона и према томе за разноврсне узроке нејасности текстова ових закона в. К. з. (кратко објашњење).

³⁾ Уп. *Metzger* § 11 I 1 (који вели, да избегава израз „логичко тумачење“ због нејасности, и ово тумачење обухвата неумесно под граматичко тумачење).

опште. Даље, законодавци (редактори) једне земље се угледају при стварању норми на сличне законе других земаља, те се смисао тих норми често може потпуно и са извесношћу одредити тек упоређујући их са одговарајућим страним законима. Најзад садашњи закони су производ дугог историјског правног развоја, те се ради разумевања истих или тачније ради разумевања у њима садржаних правних установа мора узимати у обзир и њихов историјски развој. Из свега реченог излази, да као даља *средства* за тумачење нејасних закона мора да служе: 1^о довођење у везу дотичног закона с другим по предмету сродним законима и са целим системом дотичне правне гране (кривичног права), утврђујући положај његов у том систему (т. зв. *систематско* тумачење); 2^о циљ дотичног закона, према томе суштина дотичне правне установе и с тим у вези циљ кривичног права и права у опште (т. зв. *целеолошко* тумачење); 3^о страни по предмету сродни закони, особито они, који су служили за углед (према томе дотична страна судска пракса, системи и коментари); и 4^о историјски развој дотичног правног института (т. зв. *историјско* тумачење [где спада и ниже под 2 наведено]).¹⁾²⁾

2. Као средство за тумачење закона (особито за сазнање циља законодавчевог) могу да служе и пројекти, мотиви (образложења) уз исте, комисијски записници и нарочито записници (протоколи) законодавног тела (т. зв. *прећходни* или *припремни* радови или *материјалије*). Но наравно њихов садржај нема обавезну снагу, јер се у њима не налази воља законодавчева, већ побуде појединих чланова комисијских и законодавног тела, са којих су они изјавили своју вољу. Њихова вредност (вредност „историје постанка закона“) није дакле таква, да тумачење закона може бити њима везано, већ они само могу служити подређено и узгред као корисна потпора при употреби других горе поменутих средстава и у границама ових (као помоћно средство истих).³⁾

¹⁾ В. и. пр. 2. изд. § 12 II за однос срп. к. з. према пруском.

²⁾ Уп. *Metzger* § 11 I 1 и 2 (који истиче, да су историјско и чак и систематско тумачење само „помоћна средства тумачења, не обвезујућа правила“), *Vidal-Magnol* п. 897 — 15, *Florian I* п. 124, *Cosack* § 13 I 1.

³⁾ Тако *v. Liszt* § 18 IV (материјалије могу бити употребљене као „средство тумачења“ само с највећом опрезношћу), *Meyer-Allfeld* § 14 VIII („припада им значај само у ограниченој мери“), *Wachentfeld* 44, *Vidal-Magnol* п. 897 — 15 (који међутим наводи „припремне радове“ као средство тумачења напореда с осталим, не чинећи дакле никакво ограничење), *Florian I* п. 124 („припремни радови“ имају важност за одређење мотива законодавчевог, „и ако само релативну и подређену“), *Metzger* § 11 I 1 (сматрајући — 86 — као „пуно вредности и неопходно средство тумачења“ и [нем.] пројекат к. з. [в. ниже III 3 пр. 3]). Против употребе истих *Binding* 471, нарочито *Cosack* § 13 V (сви такви „списи и говори су унутарње ствари законодавних органа“ и немају за тумачење већи

3. Логичка операција закључивања законског смисла горе наведеним средствима поред опште логичких форми, у којима се креће, према томе поред опште логичких аргумената, на које се наслања, има у кривичном праву (као и у осталим гранама права) два особена аргумента: *argumentum a contrario* (закључивање из тога, што неки пропис обухвата извесан случај [хипотезу] као изузетак од општих иначе важећих принципа, да он не важи за друге могуће случајеве [н. пр. у § 242 к. з.: тиме што се као средство принуђења наводи прегња само злочинством или преступом, искључена је а *contrario* претња иступом])¹⁾ и *argumentum a fortiori*, који је двојак, *arg. a maiore ad minus* (закључивање н. пр. из допуштења нечега већег или у тежем случају, да је [у толико пре] допуштено и мање одн. то у лакшем случају) и *arg. a minore ad maius* (закључивање н. пр. из допуштења нечега за лакши случај, да је то [у толико пре] допуштено за тежи случај).²⁾

III. Врсте тумачења.

1. Тумачењем утврђени смисао закона, према томе воља законодавца, и његови поједини изрази, који ту вољу треба да искажу, обично се поклапају. Тумачење, које има такав исход, може се означити као редовно³⁾ тумачење (в. и 3).

2. Насупрот редовном тумачењу стоје, као ванредни (изузетни) облици тумачења, т. зв. рестриктивно (сужавајуће) и екстензивно (проширујуће) тумачење. Њима се прибегава ради избегавања противречења смислу закона тумачењем утврђеном онда, ако поједини законски изрази (речи) по свом значењу прелазе (*lex dixit plus [potius] quam voluit*) или изостају (*lex dixit minus quam voluit*) иза тога смисла. *Рестриктивним* тумачењем се дакле даје закону *ужи* смисао, но што излази из израза у њему употребљених, а *екстензивним* обратно *шири*. И једно и друго од ова

значај но „изјаве ма ког приватног лица“, јер се закони праве за народ, те је подобно средство за тумачење само „оно, што народу пред очи стоји“, „законски текст и привна потреба“). *Reichsgericht* неодређено (час једно час друго гледиште) (уп. *Cosack* 1. с.), *v. Liszt* § 18 пр. 7.

¹⁾ Уп. н. пр. *Roux* / 189 пр. 12 (о обиму чл. 329 франц. к. з., т. ј. о постојању нужне одбране у случају напада на имовину), *Cosack* § 13 III 2.

²⁾ Тако § 73 к. з. допуштајући ослобођење од казне у особито лаким случајевима допушта у толико пре ублажавање казне као мање; и обратно § 58 к. з. прописујући факултативно за случај „грубе непажње“ забрану позива, прописује ову меру безбедности у толико пре за случај умишљајне злоупотребе позива. — Уп. н. пр. *Garçon* art. 329, п. 19 (кад нема противправности, ако је одбијено отпочето ускакање или обијање, у толико пре је нема, ако је ускакање или обијање било већ свршено и нападач продро у кућу), *Meyer-Allfeld* § 14 IX.

³⁾ *Ferri* (188) га назива „декларативним“, но в. ниже 2 пр. 2 о неумесности противстављања овог израза изразима рестриктивно и екстензивно тумачење (и она су декларативна).

два тумачења су нужна, јер за одређење смисла закона, према томе изјављене воље законодавчеве, нису, као што је речено, мјеродавне само речи законског текста.¹⁾ ²⁾ Но како је у кривичном праву област тумачења ограничена принципима законности кривичног дела, кривца и кривичне санкције, при употреби екстензивног тумачења мора се пазити и на то, да оно не доведе у сукоб с овим принципима. Тај би се сукоб могао десити овда, ако би се закону одредио смисао поглавито на основу других критеријума ван његовог текста (в. II Ia) с узгредним наслоном само на овај. Овако одређивање смисла закона се у осталом мора избегавати и при рестриктивном тумачењу. Но постоји посебна и нарочита опасност повреде духа закона: од рестриктивног тумачења, ако би се судија при тумачењу руководио (у смислу теорије „слободног права“ или слободног научног истраживања) критеријумом неправичности закона за овог или оног окривљеника;³⁾ а и од рестриктивног и од екстензивног, ако би се при тумачењу руководило критеријумом блажијег („за окривљеника повољнијег“), т. ј. рестриктивног тумачења у погледу „мање опасних“ кривца и строжијег („за социјалну одбрану повољнијег“), т. ј. екстензивног у погледу „опаснијих“ кривца.⁴⁾ Тиме би се тумачење закона лишило

¹⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 14 VIII (наводећи за пример екстензивног тумачења схватање израза „саветом“ [Rat] из § 49 нем. к. з. у смислу интелектуалног помагања у опште), *Garraud* I п. 146, *Laborde* п. 2 (интерпретација мора по њему [као и према многим ранијим, у реакцији на некадашње злоупотребе] у кривичној области бити рестриктивна), *Florian* I п. 124, *Ferri* 188, 189.

²⁾ Било тумачење рестриктивно или екстензивно оно је то наравно не у том смислу, да сужава или проширује вољу законодавчеву, већ само по начину, на који открива ту вољу. Отуда је неоснована примедба (тако *F. Hélie* Introduction aux Leçons sur les Codes pénal et d'instruction criminelle de Boitard XIII, и по њему *Garraud* I п. 146 пр. 2, *Vidal-Magnol* п. 897 — 15) против разликовања између рестриктивног и екстензивног тумачења, да тумачење не треба да буде „ни рестриктивно ни екстензивно“, већ (в. I пр. 3) „декларативно“ (да декларира вољу законодавчеву).

³⁾ В. пр. 4 за поменуте у кривичном праву (с обзиром на принцип легалитета) немогуће теорије. — У том смислу се цитира случај судије *Magnaud*-а (који је себи — „le bon juge“ — присвојио право ослобођења окривљеника, у погледу чијег се случаја законска одредба појављује као неправична). В. *Leyret* Les sentences du président Magnaud, *Ferri* 185, *Florian* I 197.

⁴⁾ Тако *Ferri* 190 (раније у Sc pos. 3 158). Сматрајући као нужно и екстензивно тумачење поред рестриктивног (189), наглашава да претежност једног или другог не може зависити „од апстрактне логике и од апстрактних посматрања о карактеру казненог закона“, већ од „нужности кривичног правосуђа“ (где набраја „етичко-социјални карактер дела, опасност кривца, услове социјалног живота и регионалне разлике обичаја и навика, реалне и личне околности дела“), истичући особено већу (кривци рођени, душевно болесни и из навике) или мању (кривци случајни и пасивални) опасност кривца (за шта наводи као примере више случајева својих успешних адвокатских одбрана). На ово му је умесно примећено (*Manzini Trattato* п. 137), да се тиме меша тумачење с применом

свог објективног карактера и помешало би се (в. пр. 4) тумачење закона с његовом применом.

3. Поједини појмови садржани у закону могу у току времена у следству разних трансформација (економских, социјалних, моралних, техничких и опште научних) добијати други, *шири* обим (према новим потребама, творевинама и схватањима), тако да обухватају и у време издања закона непознате чињенице и предмете. При тумачењу закона се доследно мора ово да узима у обзир, те да се дотични законски изрази схватају онако, како се у време тумачења разумеју. Тиме се у ствари закону не даје шири смисао, но што га је имао у време свог издања,¹⁾ нити се то тумачење мора појављивати као екстензивно, већ се само услед прогреса наступели шири круг чињеница и предмета под закон подводи сходно његовом смислу (у корист или на штету окривљеника). Ту је дакле само у питању (*динамичко*) тумачење закона, које о прогресу води рачуна и тако под закон подводи оно, што у ствари пода њ' спада. Ова особена врста *редовног* тумачења означава се као *прогресивно* тумачење,²⁾ а може се назвати тачније (с обзиром и на могућност, и ако изузетну, регреса) *еволутивним* тумачењем. Класичан пример за ово тумачење било је подвођење електричне снаге (касније и других снага) под текстове старих к. з. о крађи, утаји, повреди, ствари и превари, у којима је реч о делима на туђој ствари. Један још значајнији пример за поменуто

казненог закона (што он покушава — 192 — да побије), као и то (*Florian* п. 124, додајући ипак, да верује „при свем том“, да се *Ferri*-ев критеријум има да одобри), да је тумачење „ствар сасвим *објективна*, којој је личност делинквентна страна“, те да је негодно, „да се закон тумачи час на један час на други начин према личности окривљеника, док закон остаје увек *исти*“. *Ferri* на ову примедбу (коју сматра, да иде насупрот позитивном правцу) одговара (192), да је закон увек исти, кад се посматра „сам по себи“ (као „идол, као што би рекао *Vascon*“), али кад је неодређен, те се има да тумачи, не остаје исти, јер тумачење зависи често од судијског менталитета („крутог или благог, апстрактивног или реалистичког“), а треба напротив да зависи од „офензивне потенције кривца“ (превиђајући тако опет *објективни* карактер тумачења, које тај карактер вадржава при свој индивидуалној различности судија, али би истог било потпуно лишено при његовом критеријуму [који, као што је наведено, меша тумачење и примену закона], јер би закон изгледао час овако час онако у сваком поједином *конкретном* случају према индивидуалности окривљеника, док је судијско тумачење намењено да буде дато *in abstracto*, а не за поједине конкретне случајеве из праксе).

¹⁾ Уп. *Florian* I п. 124 (који се у том смислу нетачно изражава: „и ако су ови нови изгледи далеко од органског разлога закона“). Тиме дакле судија не присваја право стварања норми, и кад се то од неких, неумесно, тврди (као *Massari* La porta penale 27 и сл.), тиме се, као што вели *Florian* (I п. 124, против претходног), само хиперболично представља функција прогресивног тумачења.

²⁾ *Florian* I п. 124. Уп. и *Vidal-Magnol* п. 897—15. В. и *Metzger* 86 (који и немачке прој. к. з. убраја с обзиром на то у средства тумачења, пошто они садрже „данас жива кривично-правна схватања“).

тумачење је подвођење под одредбе старих к. з. о основима искључења подобности за урачунљивост и оболења душевних у време њиховог издања рђаво схваћених или непознатих и прогресом психијатрије разјашњених или откривених.¹⁾

4. Један *ванредан* облик тумачења закона је тумачење *аналогичко* (или „одговарајућа примена закона“).²⁾ Но у ствари *аналогна* примена закона није у *кривичном* праву као *целина* једна врста *шумачења* (у обиму дакле, у коме је допуштена у грађанском праву), већ само у колико је (в. ниже) допуштена у том праву, јер само у толико она остаје у обиму смисла закона (*intra legem*)), т. ј. само у толико не ствара *нов* пропис.³⁾

Аналогија је *примена* на извесан у закону *непредвиђен* случај неког законског прописа на основу *сличности* тога случаја са случајем у том пропису *предвиђеним* (т. зв. *законска* аналогија [*analogia legis*]). Аналогиче би н. пр. било, кад би се под убиство тровањем из § 167 ал. 2 т. 2 к. з. подвело и убиство заразним материјама по дејству равним отрову или чак и материјама, које само у већој количини могу смрт проузроковати; или особито ако би се под блуд злоупотребом поверења из § 276 к. з. подвело као могући објекат чак и мушко лице од ненавршених четрнаест година.⁴⁾ Аналогича (допуштена у приватном, процесуалном и осталом јавном праву), између које и екстензивног тумачења нема одсечне границе,⁵⁾ је наравно противна принципу легалитета кривичног дела, кривца и кривичне санкције, дакле §-у 1 к. з., у колико бј се посредством ње стварали или проширивали бића кривичних дела и кривца, поштравне и отежавне (опште или посебне) околности или кривичне санкције (главне или посредне).⁶⁾ Из тога пак проистиче, да је она

¹⁾ Уп. *Florian* I п. 124.

²⁾ Уп. *Florian* I п. 124, *Ferri* 184 (означајући, обојица, *аналогну* примену закона као *аналогичко* тумачење, као једну врсту *шумачења* дакле).

³⁾ Уп. *Kosack* I § 13 I 2 а, *M. E. Mayer* 27 („*praeter legem* или *contra legem* не сме се употребити, *intra legem* је беспрекорно средство тумачење“).

⁴⁾ Уп. *Florian* I п. 124 и 125 (она би се имала, вели, да састоји у „формулисању једног латентног законског принципа“).

⁵⁾ Ово тумачење проширује у складу са смислом закона значење законских израза, а не сам смисао закона. Уп. *Florian* I 192 (границе између њих су суптилне).

⁶⁾ Уп. в. *Liszt* § 18 II 2, *Meyer-Allfeld* § 14 IX, *Frank* § 2 I 2, *Garraud* I п. 146, *Florian* I п. 125 (аналогно општем правном принципу *затворености*, према коме све што није регулисано је допуштено, представља принцип законитости као „*норму затварања*“, у следству којег се систем кривичног права појављује као „*затворен* систем“), *Vidal-Magnol* п. 897—15, *M. E. Mayer* 27 — Из истог разлога није наравно допуштено попуњавати текст закона (искључиво или у наслону на аналогност случаја) с обзиром на захтеве потребе одбране друштва или на захтеве нових економских потреба и у опште с обзиром на то, што изгледа немогуће оставити извесно дело без репресије (уп. *Vidal-Magnol* I. с). — Овим се кривично право разликује од приватног (као што су правна тумачења раз-

допуштена у погледу основа, који *искључују* постојање кривичног дела, кривца или кривичне санкције (т. зв. *негативни* кривично-правни прописи), и у погледу (општих или посебних) ублажавних или олакшавних околности, пошто ту није противна оном принципу, а често пута је налаже правичност (у обиму које је у осталом и допуштена).¹⁾ Тако н. пр. § 33 к. з., где је реч само о извршиоцу, треба проширити и на саучеснике. Или под § 24 к. з., где је реч о нужној одбрани, има се подвести, као једна особена врста ове установе (по некима — в. § 36 III 1 г² — само једна аналогија исте), т. зв. стварна заштита, т. ј. одбијање напада заштитним мерама већ раније, пре напада предузетим.

IV. 1. У случају сумње, да ли се извесан законски пропис има да протумачи у овом или у оном смислу, треба узети с обзиром на ка-

личва [в. I 1] у многоме за разне гране права у опште [уп. *Ferri* 184 пр. 1]). У цивилном правосудју суд спор мора да реши и према томе има да попуњује евентуалне законске празнине (у чл. I швајц. грађ. з. се каже: „у случајевима неузетим у обзир у закону судија одлучује према *обичају*, а у одсуству овога према правилу, које би усвојио као *законодавац**“), стварајући тако преторски ново право (прибегавањем аналогији), у колико није у питању какав изузетан закон [т. ј. закон, који ограничава свој пропис на поједини случај због његове особености]. Јер се ти закони „стриктно тумаче [уп. *Cosack* § 13 III 2]; затим аргументу правичности или нових социјалних потреба, т. зв. теорија *слободно-научног истраживања* [*Geny, Garraud* I 304, *Vidal-Magnol* I. с.] или „*слободног права**“ [*Kantorowicz*]), док је кривични судија, и ако и он мора да реши спор, у случају законских празнина дужан да изрекне ослобођење, да спор дакле *негативно* реши (уп. *Garraud* I. с., *Vidal-Magnol* I. с.). Уп. *Vidal-Magnol* (I. с.) за преторско поступање у француској јуриспруденцији (она се, вели, по кадрад испирише циљем социјалне одбране [у наслону на поменутом методу интерпретације противну тенденцију, да тумачење треба да има исти циљ као казна, т. ј. да се обезбеди социјална одбрана, те да се законски текстови има широко да схватају], тако да текст и дух закона имају малу вредност у неким одлукама, „чим се сматра потребном одбрана код значајног социјалног интереса“ [што је, како премећује *Vidal-Magnol*, не прогрес, већ повраћај, можда несвесан, не арбитрарност казни]).

¹⁾ Тако *Frank* § 2 I 2 (износећи за пример примену путем аналогије на саучеснике негативних основа из § 46 нем. к. з., где је изрично реч само о извршиоцу [као и у 33 к. з.]), *Binding* 221, *v. Liszt* § 18 II 2, *Wachenfeld* 45, *Metzger* 84, 85. Прот. *Meyer-Allfeld* § 14 IX, *M. E. Mayer* 27, *Florian* I 193. — Речено важи и за т. зв. (*analogia juris*) *правну* (*научну*) аналогију (т. ј. примену не појединог закона, већ принципа изведеног из овог или оног низа законских прописа, из „позитивног права“, из „духа позитивног законодавства“), и у толико више, што је она мање поуздана. Уп. (за разликовање ове две аналогије, најпре изнето од *Grollmann-a*, особито у његовом делу *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft* 4. изд., I §§ 102 и сл., 129 и сл., и затим развијено од *Wächter-a*) *Binding* 216, *Wachenfeld* 44, *Florian* I 192. — И овако ограничена аналогија не ствара кривично право, већ само открива (негативне) кривично-правне прописе скривене у позитивном праву. Уп. *Wachenfeld* 45.

рактер зла казне тумачење блажије по оптуженог (in dubio mitius или benignius, у кривичном поступку: in dubio pro reo).¹⁾

2. Суд нема право, да исправи т. зв. омашке у уређивању закона, јер, као што је речено (§ 36 II), такав пропис је ипак закон. То исто важи и за штампарске грешке, ако се воља законодавчева не слаже са садржином обнародованог прописа.²⁾ Но наравно суд је дужан, сам да исправља омање штампарске грешке, које су у супротности са садржином закона, т. ј. са његовим очигледним смислом.

§ 43. Важење казнених и у опште кривичних закона у погледу времена.

Књижевности. — *Авакумовић* 1464. *Живановић* Времено важење процесуалног права, Полиција 1935 (5 и сл., 113 и сл.). *Berner Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum und Personen* 1853. *Seeger* Über die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze 1858. *Schmid* Die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen 1863. *Binding* I 225, *Normen* I 168. *Goehrs* Das „mildeste Gesetz“ im Sinne des § 2 Abs. 2 RStGB 1897. *Silberschmidt* Z 22 58. *Kohlrausch* Z 23 41. *Franke* G A 20 14. *Göppert* Das Prinzip Gesetze haben keine rückwirkende Kraft 1884. *Häckel* Die Bedeutung des Strafgesetzbegriffes in der Lehre von der strafrechtlichen Rückwirkung (v. *Lil.* Heft 187) 1875. v. *Brackel* Die Rückwirkung der Strafgesetze hinsichtlich ihrer Verjährung (Diss.) 1905. *Lehmann* Das zeitliche Herrschaftsgebiet der Strafrechtssätze 1897. v. *Bar* I 59. *Garçon* art. 4. *Garraud* Traité I 313. *Träger* Vergl. D. Allg. T. 6 317. *Kohlrausch* Z 23 41. *M. Јовановић* Арх. 1920.

I. Правила о времену, кад почиње и кад престаје да важи један кривичан закон, иста су као и правила за почетак и престанак важења закона у опште.

1. Кривични закон може (по *ситуању у живој потврдом*) *почети* да важи, т. ј. добити *обавезну* снагу тек од дана *обнародовања* (публикације), а оно се врши објављивањем у Службеним новинама указа који садржи сам закон (чл. 66 ал. 1 уст.). Но према чл. 66 ал. 2 уст. закон добија *обавезну* снагу тек 15 дана по обнародовању (рачунајући у тај *vacatio legis* и дан обнародовања), ако сам закон друкчије не одреди.

2. Кривични закон *престаје* да важи, кад је укинут (аболиран) каквим каснијим законом, било изрично било прећутно, стално или само (т. зв. *обустава* закона) привремено, или, ако му је одређен

¹⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 14 VIII, *Florian* I п. 124 (против „не ретких правничких претеривања ових афоризама“). — В. за исто у римском праву L. 42 D. de poenis 48, 19 (interpretatione legum poenae molliendae sunt potius quam asperandae); L. 155 D. de regulis juris 50, 17 (Paulus: In poenalibus causis benignius interpretandum est).

²⁾ В. § 36 II пр. 2.

рок важења кад истече време, за које је издат (т. зв. *привремени, темпорерни закони*).¹⁾

а) Кривични закон *прехушно* престаје да важи, кад један каснији закон садржи одредбе о истој материји, и само у колико овај садржи такве одредбе.

б) Каснији закон, којим престаје да важи стари садржан у к. з., не мора бити једна измена у самом к. з. То може дакле бити један закон из посебног или споредног кривичног законодавства као и из ванкривичног законодавства.

II. Може се сматрати *предвиђеним* у овом или оном казеном закону (в. § 40 I), према томе као *кривично* дело по том закону, само оно дело (проузроковање каквом радњом), које је извршено, пошто је тај закон *већ* почео, да важи. Казнени закони се према томе могу применити само на дела извршена *за време њихова важења*, немају дакле *повраћку силу*, т. ј. не важе за она дела, која су извршена *пре* издања њиховог (као што не важи ни за дела извршена по престанку њиховог важења — *накнадна сила*). На тај начин се не само не може казнити за једно пре почетка важења извесног закона извршено дело, које је према томе закону кривично дело, али то није било раније (в. § 40 I), *већ* се има казнити по старом закону за кривично дело извршено за време његове владавине, а не према новоме закону, према коме је оно такође кривично дело. То је последица принципа законитости (в. § 40) у кривичном праву.²⁾

1. У Уводном закону од 16. фебруара, 1929 није учињен никакав изузетак од начела *неповратне* силе казених закона, као што је то био случај с Уводним законом за срп. к. з. (према њему је овај к. з. имао повратну силу у погледу раније извршених, а непресуђених случајева кривичних дела, био блажији или строжији).

¹⁾ Уп. *Garraud* I п. 149 в, *Roux* I 46.

²⁾ Уп. в. *Liszt* § 19 II, *Garraud* I п. 152, *Garçon* art. 4, п. 31—34, *Frank* § 2 III, *Köhler* § 12 I, *Binding* Grundriss 68. Неповратна сила казених закона није дакле садржина §-а I к. з., *већ* је само консеквенца исте. Уп. *Garraud* I п. 152, *Garçon* art. 4, п. 31—34 (где се изјашњују против супротног гледишта неких франц. цивилиста и криминалиста [н. пр. *Chauveau-Hélie* I п. 22 и 23, *Ortolan* I п. 585, *Laborde* п. 57, *Degois* п. 83, *Boitard* п. 26, *Roux* 51, § 14], према којима је чл. 4 франц. к. з., где је постављен принцип легалитета, само *поновљење* чл. 2 франц. грађ. з., који гласи „Закон одређује само за будућност, он нема повратне силе“, из чега би изашло, с обзиром на одсуство одредбе о повратној сили у франц. к. з., да се стари закон има примењивати и онда, кад је строжији, што је у ствари противно духу принципа законитости, стварно постављеног у чл. 4). *Laborde* (п. 58) сматра одредбу чл. 4 као „рационалну солуцију“ само онда, ако је објекат новог закона, да *створи* кривично дело. Ако је међутим објекат новог закона модифицирање казне за дело *већ* инкриминисано, та се одредба објашњава само „разлогом хуманитета“, одредба је „*доброчинства*“ (*de faveur*).

2. Један изузетак од правила о *неповратној* сили казних закона је предвиђен у § 2 к. з. Према овом §-у, ако је по учињеном кривичном делу измењен казни закон, има се применити *блажији* од њих.¹⁾ Овај изузетак се појављује као захтев правичности, т. ј. као пропис, који одговара циљу права.²⁾ Не би одговарало томе циљу, да се примени укинута закон, чија је строгост у супротности са садањим правним схватањем о тежини или чак о потреби дотичне инкриминације.³⁾ Повратна сила се дакле овде даје *non pietatis sed justitiae causa*.⁴⁾ Но поред тога по-

¹⁾ Code pénal не садржи овакав пропис, али се и у теорији и у судској пракси узима, да се има применити блажи од два закона. Уп. *Garçon* art. 4, 30 и сл., *Garraud I* п. 152, 154 II, п. 154 II пр. 5, *Chauveau Hélie I* п. 27, *Bertauld* 71, *Roux* § 14 II β. Према њима из чл. 4 франц. к. з. (у коме је постављен принцип законитости кривичних дела и казни) излази, да се без повреде принципа законитости, према томе без повреде грађанске слободе и права, не би могао применити нов закон, који инкриминише дело дотле *некривично* или који прописује *тежу* казну, али не и то, да се не примењује нов закон, ако је *блажији* (примена новог блажијег казненог закона није вели [l. c.] *Garraud*, противна чл. 4, и „консеквенца је ћутања к. з. о томе“). Стари француски Законик о војном судству од 1857 (чл. 276) и (за морнарицу од 1858, чл. 376) садржавао је међутим одредбу о повратној сили блажијег закона (в. *Garraud I* п. 154 II пр. 4); која се налази и у новом од 9. марта, 1928 (ако су у њему, вели се, „*прошчане* казне“ „мање строге“, оне се примењују).

²⁾ Тако в. *Liszt* § 19 II, *Frank* § 2 III, *Meyer-Allfeld* § 15 пр. 5, *Roux* § 14 II β. Наводе сви (сем [в. ниже] *Garraud*-а) као разлог само „правичност“ (*équité*, *Billigkeit*). Према неким (в. пр. још *Bekker* 218) повратна сила овде је дата *pietatis causa*; према неким (*Geyer I* 89) из политичких разлога; према *Meyer*-у (5 изд. § 15, 1) је ова захтев правичности, према томе „*права*“ (правило о повратној сили је „*баш због тога на праву* засновано, јер се оно појављује као захтев лако појмљиве правичности“), што је у основу тачно, али је дато без објашњења појамне везе правичности с правом; према *Авакумовићу* (1483) повратна се сила даје „у интересу опште правде, дакле и у корист оптуженика“, пошто је претпоставка, да су нови закони бољи; према *Garraud*-у (I п. 155 II) је она нужна консеквенца „основа права кажњења“ (а то су „*правда* и *корисност*“), као што је у исто време „*последница* самог ћутања закона“; према *Chauveau-Hélie*-у (I п. 27) разлог је повратне силе то, што би иначе „*социјална власт*“ била „*чудновато инконсеквентна*“, т. ј. „*строг принцип правде оправдава овај изузетак*“, што је такође (као и објашњење *Garraud*-а) неодређено; према *Prins*-у (п. 75) повратна сила је дата зато, што не постоји никакав разлог, да се примени закон, за који је сам законодавац изјавио, да је казна њиме прописана „*бескорисна за социјалну одбрану*“. Неки узимају противно тексту законском, да је *принцип* повратна сила, а изузетак примена старог закона (тако *Meyer* 5 изд., § 15 1). В. против тога ниже, под 3.

³⁾ Кад наступи на име таква промена у правном схватању, онда се или дотично правно добро схвата као мање значајна потреба егзистенције друштва-државе или дотичан напад на њу као мање опасан, оди, то добро не сматра се више као потреба, за чију је заштиту нужна кривична санкција, у опште или од дотичног напада. Према томе би се у оба случаја при примени старог закона премашио циљ кривичног права, нарочито у другом.

⁴⁾ Обрато, строжијем казненом закону се не би могла дати повратна сила без сукоба с правичношћу и духом §-а 1 к. з. Уп. *Garraud I* п. 152 I, *Garçon* art. 4, п. 34 (в. § 40 I пр. 2). Ни законодавац му, веле, не може дати повратну силу, пошто је принцип

вратна сила одговара овде духу §-а 1 к. з., у коме је постављен принцип законитости, разлогу овога принципа дакле. Тај принцип захтева на име само, да се нико не казни за дело, за које није унапред објављено, да је кривично дело, а не и то, да се казни, и ако дело није више кривично, или да се казни строжије, но што одређује нов закон, који је заменио закон, под којим је оно извршено.

а) Примена овог § а није искључена, ако је пресуда донета. Потребно је само, да она није постала правноснажном, да за дело није дакле дефинитивно пресуђено. Ако је осудна пресуда постала правноснажна једино средство за задовољење правичности је помиловање, сем ако сам законодавац није распростио своје блажије одредбе и на већ осуђене.¹⁾ Под суђењем се дакле има разумети свака судска одлука у ствари, т. ј. и у ревизији (жалби у срп. к. с. п.) Касационом суду подветој може се захтевати примена блажијег закона.²⁾ И случају поновног суђења § 2 се има применити.³⁾

б) Спорно је, да ли се имају при оцени благиости узети у обзир и

законитости надзаконски (scil. уставни) јавно-правни принцип (в. међутим горе II пр. 2 за противно гледиште *Laborde*-ово [п. 58] у погледу нових закона, који кривично дело не укидају, већ само мењају казну). В. ниже г пр. 3 за противно гледиште у погледу интерпретативних закона.

¹⁾ Уп. (наводећи неке такве примере из законодавства) *Vidal-Magnol* п. 900, *Roux* § 14 II β, *Garraud* I п. 157, 158 (дужност је, вели, тада законодавца, да једном прелазном одредбом распростира на осуђене своје нове прописе, а ако је он то пропустио, дужност је шефа државе, да изврши помиловање), *Meyer-Allfeld* § 15 VI (сем ако се, вели, промена закона тиче застарелости извршења, коју суд мора узети у обзир по § 490 к. с. п.), *Frank* § 2 VI. Према неким ретким (француским) писцима (*Valette* Sur Proud'hop, *État des personnes* I 36, в. *Garraud* I п. 158 пр. 14) блажији закон има повратно дејство, и ако је судска пресуда правноснажна. Осудна пресуда се имала да сматра као да је није било или да се ублажи саобразно новом закону. Тако и в. *Bar* (I 90), у колико су у питању извесне законске последице правноснажне пресуде, које, вели, саме опадају с новим законом, који их не познаје, наводећи као разлог непостојање „нежног стабилитета пресудом утврђеног правног односа“ у кривичном праву, као у грађанском. Према чл. 2 ал. 2 ст. 2 итал. к. з. (од 1930, као и по чл. 2 старог) „престају извршење и казнива дејства“ осуде, ако дело по новом закону није кривично дело. Исто је тако и по чл. 6 холандског к. з.

²⁾ Тако *Авакумовић* 1495, в. *Liszt* § 19 II, *Garraud* I п. 157, *Laborde* п. 58, *Degois* п. 97, *Vidal-Magnol* п. 900, *Roux* § 14 II β, *Meyer-Allfeld* § 15 VI („под претпоставком, да је виша инстанца у стању, да у примени материјалног права учини измену, што у ревизионој инстанци често није случај“), *Schwartz* § 2, п. 16, в. *Bar* I 92, *Beling* Z 39 176. Друкчије *Frank* § 2 IV (само при суђењу *Tatrichter*), *Binding* I 241, 252, *Hälschner* I 126, *Olshausen* § 2, п. 12 („време до пресуђења дела“ је време до тренутка, „кад кривични судија има да пресуди о делу, а то чини само први и призивни [scil. апелациони], не и ревизиони [scil. касациони судија], који има да одлучи само о ревизионим нападима). Тако и мот. за аустр. прој. (149).

³⁾ Тако мот. за аустр. прој. 149.

т. зв. *међузакони* (Zwischengesetze), т. ј. закони издани после закона, под којим је кривично дело извршено, а пре закона, под којим се за њ' суди, тако да би се и један од њих могао применити, ако се нађе, да је најблажији. С обзиром на § 2 к. з. мора се одговорити одречно, јер се у њему говори само о каснијем закону, који важи онда, кад се закон има применити, т. ј. кад се *суди*.¹⁾

в) Имају повратну силу наравно и они нови блажији закони, који се односе на *врше* казни и њихово *извршење*. Но ако закони о *извршењу* казни мењају, не *природу* казне (н. пр. затвор с радом у затвор без рада, робију с губитком грађанске части у робију без те правне последице, континенталну казну у колонијалну казну), већ само *начин* (режим) извршења (н. пр. извршење затвора у осуђеничком оделу у извршење затвора без тога одела), они се имају применити и по *извршности* осуде.²⁾ Тиме се на име пресуда у суштини не мења, те није потребна интервенција судске власти. Сем тога противно би решење отежало, услед стварања неједнообразности, правилно извршење дотичних казни, нарочито казни лишења слободе, а било би штетно и за заштиту друштва-државе од криминалитета, пошто се нов режим претпоставља за савршенији.

г) Што је речено, важи и у погледу нових *интерпретативних* закона (законодавних тумачења).³⁾ Тако се има узети с обзиром на могућност повреде принципа законитости таквим једним законом.

д) Горе изнето важи наравно и за случај, кад законодавство Краљевине Југославије замени старо покрајинско (партикуларно).⁴⁾

3. Док је *de lege lata* несумњиво (но в. 2 пр. 2), да се нови казвени закони не могу применити на кривична дела извршена пре њиховог издања, да дакле немају т. зв. *повратну* снагу сем изузетка из § 2 к. з., *de lege ferenda* питање је спорно. Неки узимају, да је правило, да нови казвени закони имају повратну силу, а да се само изузетно примењује

¹⁾ Тако и *Авакумовић* 1488, *Štlovič* 50. — С гледишта § 2 ал. 2 немачког к. з. мора се потврдно одговорити („mildeste“). В. *Meyer-Allfeld* § 15 I, в. *Liszt* § 19 II, *Merkel* 273. *De lege ferenda* ово је неосновано, јер разлог уставове не говори, да се примени блажији каснији казвени закон, који је укинут пре пресуђења дела. Тако и *Meyer-Allfeld* § 15 пр. 8, *Merkel* 273, *Finger* 138. Прот. в. *Liszt* § 19 II, *Binding* 235, *Frank* § 2 IV (зато што је у извесном степену увек ствар случаја, кад ће се судити), *Ortolan* I п. 588, *Haus* I 185, *Garçon* art. 4, п. 40 (са судском праксом), *Garraud* I п. 154 III, *Bertauld* 173.

²⁾ Уп. *Живановић* Времено важење процесуалног права, Полиција 1935, 9 под III. — Тако *Garraud* I п. 159, *Garçon* art. 4, п. 87, *Vidal-Magnol* п. 900, *Roux* § 14 β.

³⁾ Тако *Garçon* art. 4, п. 54. Неки француски писци узимају међутим, да се поменути закони имају увек применити на недефинитивно пресуђена дела, т. ј. ма били и строжији. Тако *Aubry-Rau* 4. изд. I § 30, *Roux* § 14 II β, *Laborde* п. 59.

⁴⁾ Уп. *Garçon* art. 4, п. 53.

блажији старији казнени закон.¹⁾ Према некима повратна сила нових казних закона је начело без икаквог изузетка (т. зв. теорија апсолутне или безусловне повратности).²⁾ По трећем мишљењу начело је, да се има увек применити блажији казнени закон.³⁾ Но (владајуће) гледиште изнето *de legē lata* је најоправданије, и ако практички међутим нема разлике између њега и првог и трећег од три поменута. Одговара на име духу принципа законитости, да се *начелно* примењује стари закон, пошто је под његовом владавином дело извршено и само је он извршиоцу могао бити познат, а да се нов из разлога горе наведених примењује само онда, ако је блажији, дакле само *изузетно*.⁴⁾

4. а) Од два казнена закона блажији се мора применити у *целини*, т. ј. искључиво. У том циљу суд треба да подведе случај у питању и под стари и под нови закон и да према *шоме* утврди, који је блажији, а то ће бити онај, *чија се примена на конкретни случај покаже као повољнија за окривљеника*.⁵⁾ Он не сме дакле да споји блажије одредбе једног закона са блажијим одредбама другог, јер би се онда применио један трећи (мешовит) закон, створен овом комбинацијом, који не постоји, и који је можда монструозан.⁶⁾

¹⁾ Тако *Schütze* § 18 (владавина казног закона почиње од дана његовог ступања на снагу, те се по строгом праву простире на сва до тога дана неправноснажно пресуђена дела, али се из разлога правичности има да примени стари закон, ако је блажији), *Schwartz* Н Н 2 26. То је гледиште заступљено у § 81 некадањег аустријског пројекта (од 1912). Наводи се у мотивима као разлог то, што законодавац мења постојеће право само онда, кад налази сам, да се оно треба да поправи, да се замени праведнијим и целесходнијим, и вели се, да се блажији стари има применити само из разлога правичности, а не што би кривац имао на то неко право. То је гледиште заступљено и у §§ 2 и 3 нем. прој. к. з. од 1928.

²⁾ Тако *Geyer* 1 89, *Hälschner* 1 116 (§§ 47 и 48), *Birkmeyer* Enzyklopödie § 25, *Finger* 1 138, *Florjan* 1 п. 131 III, *Binding* 231. *Binding* наводи као разлог то, што су, вели, казнени закони намењени само за судију, служећи му као упутства, те се они имају применити на сва непресуђена дела у правосуђу и законодавству. Претпостављају наравно, да је дело и пре било инокриминисано и да није поништено право на казну за то дело по староме закону. Уп. *Garraud* 1 п. 155 I.

³⁾ Тако *v. Bar* 1 71, *Pulvermacher* G A 19 5.

⁴⁾ Уп. *Merkel* 273, *Meyer-Allfeld* § 15 I.

⁵⁾ Уп. *v. Liszt* § 19 IV, *Meyer-Allfeld* § 15 III, *Frank* § 2 IV. Према француским писцима (н. пр. *Garraud* 1 п. 156, *Garçon* art. 4, п. 57 и сл., *Roux* 54 и сл.) је меродавна казна у *закону прописана* као код идеалног стицаја, превиђајући да су овде у питању, не као код идеалног стицаја два кривична дела (или више) из *важећег* законодавства (где у осталом има такође изузетака од општих законских принципа, као о саучешћу, покушају и т. д.), већ једно једино кривично дело извршено под *укинушим* законом, који је можда био везан за *другчије* опште законске принципе, но што је нови.

⁶⁾ Уп. *Авакумовић* 1485, *Chauveau-Hélie* 1 п. 29, *Hälschner* 1 125, *Garraud* 1 п. 156 I (али он — п. 156 II — чини изузетак за случај, кад оба закона имају извесне одредбе

б) Но заштита друштва-државе захтева, да се *мере безбедности* из новог закона примењују, и ако би овај закон био *стпрожији*, и ако би се према томе кривац осудио на казну по *сттаром* закону, пошто мере безбедности нису казне (тако § 42 аустр. прој. од 1912).¹⁾ Тако је прописано и у § 2 ал. 2 к. з. *Превентивни* кривични закони (в. § 41 II) имају на тај начин за разлику од репресивних, казненх, *повраћну* силу, и у томе нема *никаквог* изузетка. Зато се мора и у учењу о временом важењу да издвоје *казнени* закони од *превентивних* кривичних закона, место да се говори просто о временом важењу *кривичног* закона, њиховог родног појма.

в) 1° Кад се испитује, који је закон блажији, треба пре свега видети, да ли се по коме од њих извршилац *не може* да *казни*, и онда се тај има применити. Тако ако се нађе, да је по једном од њих право на гоњење застарело, или да се по једном за кривично дело гони само по приватној тужби, која није подигнута, онда се тај има применити.²⁾ Законски пропис о примени блажијег казненог закона се не простире дакле само на биће кривичног дела и кривца и на казну, већ и на основе ништења права на казну и на процесуалне претпоставке.³⁾ То исто важи наравно и за случај, кад по новом закону дело није више кривично,

повољније, а извесне неповољније за кривца: примениће се закон с блажијом казном, али и повољније одредбе [н. пр. олакшавне околности] из другог закона, што, вели неосновано, не значи применити један „*мешовит* закон“, пошто се изриче казна само из једног закона), *Haller* § 10 III, *Frank* § 2 IV, *Šilović* 50, *Meyer-Allfeld* § 15 III, *v. Liszt* § 19 III. Прот. неки француски писци (уп. *Garçon* art. 4, п. 99, *Vidal-Magnol* п. 900 *ter* [нови ће закон имати повратну силу у погледу својих блажијих одредаба само]).

¹⁾ Тако и *Haller* § 10 V.

²⁾ Тако и за овај други случај *Frank* § 2 V 1, *Olshausen* § 2, 20, *Meyer-Allfeld* § 15 II, III, *v. Liszt* § 19 III. Прот. *Binding* 253, 597, *Finger* 142, *Goehrs* 46 и сл. („не може никад бити намера закона, да се његов степен блакости треба да учини — 52 — зависним од тако субјективних и чисто личних момената, као што је тужба повређеног“). Ова се околност не може, веле, узети у обзир при оцени блакости, јер је питање о тужби повређеног процесуалне природе. Ово је истина, али благод или строгост једног казненог закона зависи и од тога, да ли се за кривично дело гони по тужби, а у § 2 се вели, да се има применити блажији закон не водећи рачуна о томе, зашто је блажији. За застарелост и *Авакумовић* 1492. — Што је речено за саму приватну тужбу, мора доследно да важи и за рок застарелости права на подизање тужбе (мишљење, које смо заступали у консултацији по једном кривичном спору у 1930), и то у толико пре, што се мора узети у обзир и застарелост права на гоњење и казну, где је једино у питању право *државе* на казну. Ако се дакле за кривично дело по оба закона гони по приватној тужби, па је по једном закону рок за подизање исте протекао, док по другом није, има се применити закон, по коме је тај рок протекао.

³⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 15 II.

кад је дакле казнен закон укинут¹⁾ или само привремено обустављен (суспендован).²⁾

2^o Ако се пак извршилац *може* да казни и по једном и по другом закону, онда се има применити закон, према коме он заслужује блажију главну казну, а при томе се имају узети у обзир сходно горе (а) реченом, сви за то меродавни кривично-правни прописи (покушај, саучешће, и т. д.). Ако по оба закона на име извршилац заслужује казну *исте* врсте, онда је меродавна *заслужена* величина ове казне, а не сама та околност по себи, што би један *прописивао* истина мањи минимум, али већи максимум но други,³⁾ или што би један постављао какав нов, другоме непознат појамни захтев у погледу кривичног дела у питању. Ако пак извршилац по једном закону заслужује једну врсту казне (н. пр. робију или строги затвор), а по другоме неку другу (н. пр. затвор или новчану казну), онда би требало извршити претварање блажије врсте у строжију и применити закон, по коме извршилац заслужује мању дотичну строжију казну.⁴⁾ Али како у к. з. *није* (као у срп. к. з., §§ 22 и 28) предвиђено претварање казни једне у другу, изузимајући новчану казну (§ 44), и како је према њему (§ 61) у случају идеалног стицаја увек *тежи* закон с најтежом *врстом* казне, има се и овде применити онај закон, према коме кривац заслужује *блажију* врсту казне. То пак не мора да буде баш онај закон, који *прописује* блажију врсту

¹⁾ Уп. *Garraud* I п. 152, 155 II, 156 I, *Roux* § 14 II β, *Vidal-Magnol* п. 900 bis, *v. Liszt* § 19 II, *Meyer-Allfeld* § 15 IV, *Frank* § 2 IV (блажији је, вели, „неказнени закон, т. ј. правно стање при коме се за конкретну радњу у опште не угрожава казном“), *Olshausen* § 2, 16. То је изрично прописано у чл. 2 ал. 2 итал. к. з. (од 1930).

²⁾ Тако *Meyer-Allfeld* § 15 IV, *Olshausen* § 2, 16. Прот. *Hälschner* I 123, *Openhoff* § 2, 7.

³⁾ Уп. *Frank* § 2 IV пред V: према њему се тада има применити закон „који допушта блажију оцену конкретне ствари“, дакле онај с мањим минимумом. Но из тога би изашло, да је меродавна не заслужена већ у закону прописана казна. Сем тога *Frank* такође противречно (пошто је противник мешовитог система) тврди, да се, ако н. пр. нов закон има мањи минимум, а већи максимум, он не може применити, у колико је строжији, т. ј. да се не сме прећи „преко казне старијег закона“ (гледите које се заступа и у француској — в. *Garraud* п. 156 I пр. 8 — књижевности за случај закона, који има мањи минимум, а већи максимум). Према неким се у горе наведеном случају н. пр. новог закона има, сходно општем принципу, применити стари закон (тако *Roux* 55, § 14). Према неким се има увек применити закон с мањим минимумом, пошто он даје кривцу најповољнији изглед (тако *Blanche* I п. 33); према неким опет закон с мањим максимумом, али с образложењем, што он даје кривичном делу најблажији значај (тако *Garraud* I п. 156 I, *Degois* п. 89, 1^o; в. горе и *Roux*); према неким чак треба оставити кривцу избор (в. *Roux* 55, § 14). Но сва су ова гледишта заступљена — в. горе — од француских писаца у наслону на њихово гледиште, да је увек меродавна казна у закону *прописана*, те могу бити од значаја само код идеалног стицаја, а не овде.

⁴⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 15 III, *v. Liszt* § 19 III, *Frank* § 2 IV 2.

казне, пошто је могуће, да се услед примене општих кривично-правних принципа (н. пр. поврат) по томе закону место прописане блажије казне има изрећи казна теже врсте од казне заслужене по другоме закону. Тако ако би стари закон прописивао затвор, а нови строги затвор, дакле тежу врсту казне, могуће је, да се по новоме против кривца има изрећи новчана казна, те би се он имао применити, а не стари, по коме би кривац заслужио затвор.

Ако у погледу заслужене главне казне нема разлике међу казним законима у питању, онда треба видети, да ли по једном од њих кривац не заслужује и коју споредну казну, н. пр. губитак частних права, или коју *межу* споредну казну, и тада се има применити онај други. Могуће је међутим, да по једном казном закону кривац заслужује блажију главну казну, али да за разлику од другог заслужује по њему и једну споредну казну. Он се ипак има применити.¹⁾

3^o Ако у погледу заслужене казне нема разлике, али је по једноме закону рок *застарелости* права на казну краћи, онда је он блажији.²⁾ Према неким се међутим застарелост има увек да цени по новом закону, те је она без утицаја на оцену благодати закона, сем случаја, веле, кад је по старом праву застарелост већ наступила.³⁾

4^o У случају да међу казним законима нема ниједне од горњих разлика у погледу казне, коју кривац заслужује, или да постоји сумња о томе, или да се кривац ни по једном ни по другом закону не може да казни, онда важи општи принцип, т. ј. има се применити *стари* закон.⁴⁾ Цивилно-правне и друге некривично-правне последице су без утицаја.⁵⁾

5. а) Споран је обим важења принципа о примени блажијег закона за случај, кад нов закон мења извесан казнен закон, али он сам *није* казнен закон, већ само *ванкривично*-правна (дакле посредна) измена оног закона. Тако ако се промене одредбе трг. з. о дужности вођења

¹⁾ Према *Frank*-у (14. изд., § 2 IV 4) споредна казна, коју блажији закон прописује, може се изрећи само онда, кад је *облигаторна*.

²⁾ Уп. *Авакумовић* 1492, *Meyer-Allfeld* § 15 II, *Roux* 54, § 14, *Degois* 96.

³⁾ Тако *Gelb* 2 48, *Seeger* 165.

⁴⁾ Тако *Meyer-Allfeld* § 15 II, *v. Liszt* § 19 III, *Olshausen* § 2, 11. Према *Meyer*-у (5. изд., § 15, 1), има се применити нов закон (сходно његовом горе [2] поменутом гледишту, да је *de lege lata* принцип повратна сила). — Ако извршилац по старом закону заслужује казну веупоредљиву са казном новог закона, онда се он има применити, сем ако врста казне њиме прописана није допуштена по новом к. з. У овом случају се има применити нов закон. *Meyer-Allfeld* § 15 III узима, да се тада кривац има оставити некажњен. Тако и *Olshausen* § 2, 22. В. и *v. Liszt* § 19 III.

⁵⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 15 III, *Frank* § 2 IV 3 (за *Busse*). — За дело у поврату извршено под извесним новим законом издатим место старог закона, под којим је прво дело извршено и по коме је кривац био осуђен а чије одредбе о поврату он мења, поштравајући их или ублажавајући их, има се по њему судити, пошто се у таквом случају питање о повратној сили и не појављује. Уп. *Авакумовић* 1496, под 6.

књига, сужавајући (н. пр. укидајући извесну врсту трговачких књига) или проширујући (н. пр. уводећи нове) ову, та промена има утицаја и на казни закон, који говори о банкрутству извршеном неуредним вођењем књига (§ 344 т. 3 к. з.). Или ако се промене одредбе грађ. з. о допуштеној самопомоћи (н. пр. закуподавца према закупцу, који није платио кирију), та промена има утицаја на постојање самовлашћа (§ 383 к. з.). Питање је, да ли се има применити нова одредба трг. одн. грађ. з., ако је она блажија, или напротив стара без обзира на то, да ли је блажија или строжија.

Има се поставити као принцип, да ванкривично-правни прописи спадају под § 2 к. з. само онда, ако се промене у њима садржане (у погледу заштитног објекта или иначе) појављују посредно као промене у умесности или обиму кривично-правне заштите.¹⁾ Тако поменути два случаја би спадала овде, или случај ограничења или проширења нужне одбране и стања нужде или круга ствари, на којима закуподавац има право залог, али не н. пр. случај, кад се извесна врста новаца стави ван течаја или кад се укине забрана увоза извесне робе или лов исвесне животиње.²⁾

б) Спорна је такође примена §-а 2 к. з. код закона, којима је унапред одређен рок важења (*Шемпферни*, провизорни). Овим ограничењем је прећутно изјављена воља законодавчева, да се за сва дотична кривична дела казна досуди, па ма то и по престанку важења дотичног закона, те се име узети, да § 2 не важи овде.³⁾

¹⁾ Слично *v. Liszt* § 19 II, *Meyer-Allfeld* § 15 V, *Binding* 257. Друкчије *v. Bar* I 89, *Beling* 133, *Finger* 144, *Häckel* 210, *Kohlrausch* 54, *M. E. Mayer* 30. *Frank* (§ 2 V 1) разликује два случаја. На име кад ванкривични закон садржи норму („нормни закон“), онда је он материјално, ако не формално, састојак казног закона, и овај се мења, пошто се сваки казни закон састоји из норме и угрожења казном, те се принцип у питању има применити. То је случај н. пр. с § 344 т. 3 к. з., јер је норма његова („мораш водити уредне књиге“) садржана у трговачком законнику. Зато ако се ублажи одредба овог законика о вођењу књига, онда се нова одредба има применити, или другим речима нов казни закон, пошто би § 344 т. 3 ео *ipso* претрпео измену. Међутим ако би ванкривични нов закон био и материјално одвојен од казног закона, а то ће бити онда, кад у њему није садржана норма (као н. пр., вели, пропис о обиму законског права закуподавчевог), онда би се казни закон имао применити, и ако не би био блажији, пошто се он не мења. — *Oppenhoff* § 2, 5 је против примене поменутог принципа на ванкривично-правне прописе (само, вели, онда, кад је „казни закон као *шакан*“ претрпео измене).

²⁾ Тако *Meyer-Allfeld* § 15 IV, *v. Liszt* § 19 II, *Köhler* 120.

³⁾ Прот. *Hälschner* I 123, *v. Bar* I 76, *Vidal-Magnol* n. 90 (*lois temporaires*), франц. К. с. (*v. Vidal-Magnol* I. с.), *Florian* I n. 134. Исто као ми решавају немачки R G и *Olshausen* § 2, 16, *Finger* I 147, *M. E. Mayer* 31, *Meyer-Allfeld* § 15 IV. *Frank* (§ 2 V 2) разликује два случаја: 1^о законе, чији је рок важења ограничен зато, што се рачуна с променом стварних односа (с престанком н. пр. болести, због које је забрањен увоз); 2^о законе, чији је рок важења ограничен зато, што се унапред рачуна с променом правног гледишта (што је, вели, било „са, 30. септембра, 1890 ван снаге стављеним социјалистичким з.). Само код првих закона, вели, важи § 2 немачког к. з. Слично и *v. Liszt* § 19 II.

§ 44. Важење казневих и у опште кривичних закона у погледу места (просторно). Међународно кривично право.

§ 44. Важење казневих и у опште кривичних закона у погледу места (просторно). Међународно кривично право.

Књижевност. — Авакумовић 1509. *Givanovitch* Rapport concernant les questions du droit criminel international, de la tentative, de la légitime défense, de la complicité et de l'état de nécessité (présenté à la 1ère Conférence internationale pour l'unification du droit criminel à Varsovie 1927 (прешт. из R. pénitentiaire de Pologne). *Givanovitch* Est-il désirable d'unifier les principes fondamentaux du droit criminel, dans quelle mesure et par quels moyens? Rapport présenté au Congrès pénal et pénitentiaire de Prague 1930 (о међународним деликтима III). *Givanovitch* Le droit criminel interétatique 1931 (у Annuaire de l'Association yougoslave de droit International 241). *Живановић* Потреба и разлози унификације кривичног права и права у опште словенских држава (главни извештај по овом питању за I. Конгрес правника словенских држава у Братислави) Арх. 1933 (о међународним деликтима II). *Berner* в. књ. § 43. в. *Rohland* Das internationale Strafrecht 1887. *Harburger* Der strafrechtliche Begriff des Inlands 1882. *Villefort* Des crimes et délits commis à l'étranger. *Fiore* Traité de droit pénal international et de l'extradition 1890. *Brusa* Osservazioni sul Progetto del Codice penale 1889. в. *Bar* Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts 1892. Исти 1 99. *Tafel* Die Geltung des Territorialprinzips im deutschen Reichsstrafrecht 902. *Hegler* Prinzipien des internationalen Strafrechts 1906. *K. Neumeyer* Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus 1 1901, 2 1916. *Исти* Z 23 436, 27 1. в. *Liszt* Z 2 50. *Lammasch* в. след. §. *Heinze* Universale und particuläre Strafrechtspflege 1896. *Beling* Z 17 303. *Schrader* Die Strafbarkeit der im Auslande begangenen Handlungen (Diss.) 1912. *Traub* Das universale Schutzprinzip und das Prinzip der identischen Norm (v. Lit. Heft 167) 1913. *Heymann* Territorialitätsprinzip und Distanzdelikt (Diss.) 1914. *Stölzel* Staatliches und staatloses Ausland 1910. *König* Grundzüge des internationalen Strafrechts 1915. *Kohler* Internationales Strafrecht 1917. *Garraud* Traité 1 345. *Deloume* Principes généraux du droit international en matière criminelle 1882. *Donnedieu de Vabres* Les principes modernes du droit pénal international 1928. *Travers* Le Droit pénal international 1920—1922.

I. О простору, на коме треба да важе кривични закони једне државе, другим речима о питању (значајном — в. VI — за четврти елемент кривичног дела), где треба да буду извршена дела, па да би за њих важили кривични закони једне државе, у којима су таква дела предвиђена, т. ј. да би она била по тим законима кривична дела (и према томе да би се за њих примениле санкције из тих закона), постоје четири принципа (система):

1. *Принцип територијалистича* (или *територијални*). — Према овом принципу кривични закони једне државе важе само за она (и за сва она) у њима предвиђена дела, која су извршена на њеној територији. *Leges non obligant extra territorium* (и *quidquid est in territorio, est etiam de territorio*). Према овоме принципу дакле да би извесно дело било кривично дело по законима извесне државе, потребно је, да је оно извршено на њеној територији. Сасвим је пак равнодушно, да ли је извршилац дела грађанин те државе или странац, и да ли је добро, против којег је дело управљено, домаће или странац.¹⁾

¹⁾ Уп. о овоме принципу в. *Bar* 208, § 58 I, *Kohler* 3, *Tafel* 4, *Garraud* 1 346, в. *Rohland* 22 и сл., 42 и сл. (критика), в. *Martiz* 1 200. — Овај је принцип био за-

У прилог овог принципа се наводи, да је он последица суверенитета једне државе само у њеним границама (scil. територијалног искључивог суверенитета), као и корист, која потиче од гоњења на месту дела. Но без обзира на то, да ли је ово тврђење тачно или не, немогуће је, да овај принцип искључиво важи. Пре свега за његову искључиву примену би требало, да је он усвојен од свих држава. То међутим није случај. Отуда је при овом принципу могуће, да извешан кривац не буде кажњен. На име ако је грађанин државе А, у којој важи принцип територијални, извршио извесно кривично дело на територији државе Б, у којој важи принцип персонални (в. 2), ова га не може казнити, а тако исто ни држава А, чији је грађанин. Сем тога и кад би територијални принцип важио у свима државама, он би и тада имао за последицу некажњивост извесних криваца. На име имао би остати некажњен

ступан од старијих писаца. Тако *Mangin Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle* (3. изд. 1876) 173, *Abegg Über die Bestrafung der in Ausland begangenen Verbrechen* (1819) 29, *Köstlin System des deutschen Strafrechts* (1855), § 32, *Hälschner System des preussischen Strafrechts* I 54, *Henke Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik* 1823, I 601, *Bremer G S* 17 418. — Што се тиче позитивног права, овај принцип важи као искључиви само у енглеско-американском праву (common law), тако да с обзиром на то, што се издавање свог грађанина сматра тамо само као право, не и као дужност, држављанин може остати некажњен за кривично дело на страни извршено. Но у Енглеској је у разним законима проширена примена домаћег кривичног права на држављане за извесна тежа кривична дела у иностранству извршена (као и. пр. за издају, повреду државне тајне, убиство, кривоклетство, бигамију). Уп. в. *Bar* 208, § 58 I, *Kohler* 83, § 33 II, *Tafel* 4, v. *Martitz* I 200. — Увиђајући махне овог принципа, његови су га заступници на разне начине модифицирали (в. о овим разним модификацијама в. *Rohland* 32 и сл.). Неки га допуњују екстрадицијом својих држављана. Неки пак признају држави право кажњења њених држављана за кривична дела на страни извршена, али то право схватају на разне начине: 1^о неки као самостално право кажњења за кривична дела против своје државе засновано на повреди држављанске верности; 2^о други такође као самостално право кажњења, али само за кривична дела на страни извршена, која тамо нису инкриминисана, ако је извршилац због тога у иностранство отишао (in fraudem legis domesticae), 3^о трећи као заступничко право кажњења (тако *Köstlin* op. cit. 34, *Hälschner* op. cit. I 164), т. ј. као право кажњења свог држављанина у име правног овлашћеника, стране државе, где је дело извршио, и т. д. Неки (в. *Magri* 12, 13, 15 и сл.) узимају, да по самом *територијалном* принципу држава има право кажњавања за све нападе на њен правни поредак, ма они били извршени на страни од странаца. Тај се систем означава као систем *ублаженог* (темпераираног) територијалитета или *суделовања* (партиципације) у *правном порешку* (в. *Magri* 15; в. и в. *Rohland* 148 за *Heitze*-ов систем *суделовања* у кривичном делу). *Magri* тврди, да је то чист, али добро схваћен *територијални* принцип. Старо схватање истога се заснива, вели, на гледишту, да је територија елемент државе. Највиша власт заповедања (imperium) државе напротив није ограничена на територију, већ се простире (17) на сва лица, грађане или странце, који нападају било из иностранства било у унутрашњости на правни поредак, који постоји на територији. Као што се види, ово је у ствари примена *реалног* принципа на националној основици, о коме је ниже (3) реч.

извршилац оног кривичног дела, чије се место извршења не би могло утврдити, или које би било извршено на територији, која не припада ниједној држави. Најзад искључива примена овог принципа би захтевала, да су добра сваке држава и њених грађана довољно заштићена у страним кривичним законодавствима, а то није увек случај. Он би се као искључиви принцип могао да примени само у погледу иступа, али ипак и ту с извесним изузецима (в. II 6).

2. *Принцип персоналитетa (персонални) или националитетa (субјекције, субдиције).* — Према овом принципу кривични закони једне државе важе само за она у њима предвиђена дела, чији је извршилац њен грађанин, била она извршена на њеној територији или у којој другој држави.¹⁾ Сваки је грађанин једне државе, вели се у прилог овог принципа, потчињен законима њеним (и само њима), и од те потчињености није ослобођен ни онда, кад се налази у иностранству.²⁾ *Quilibet est subditus patriae suae et extra territorium.*

Принцип персонални се разликује у *активни* и *пасивни* према томе, да ли је извршиоцево дело кривично дело у држави, чији је држављанин, и онда, кад добро, против којег је оно управљено, припада ком *страном* поданику или *страној* држави (активни),³⁾ или само онда, кад је то добро *домаће* добро (пасивни).⁴⁾

Овај принцип не може такође да важи искључиво, јер има за последицу немогућност, да се казне *странци*, који су извршили извесно кривично дело. Сем тога је при овом принципу могућа *пошћуна* некажњивост, т. ј. немогућност кажњења по законима ниједне државе. То ће бити случај онда, кад у држави, где је кривично дело извршено,

¹⁾ Уп. в. *Bar* 210 (§ 58 II), *Garraud* 1 346, в. *Rohland* 95 и сл., 114 и сл. (критика), *Tafel* 5. — Овај је принцип био у примени у варварској епоси (в. *Garraud* 1 346, *Magri* 10), и владао је у књижевности средњевијековној (особито *Bartolus* и *Baldus*). Његов историјски основ је *forum domicilii*, који је у средњем веку имао опште важење за кривичне ствари (уп. в. *Bar* 211, § 58 II). Од законодавстава 19. века био је примењен у већини немачких покрајинских законика (в. пр. чл. 2 сакс. к. з. од 1838).

²⁾ Уп. в. *Rohland* 96 и сл. за разна гледишта о основу ове потчињености, према томе кажњивости домаћег држављанина за кривична дела на страни извршена (према *Berner*-у и пр. тај је основ то, што је тобож поштавање казних закона услов држављанства; према истоме и *Hélie*-у то, што је поштовање домаћих казних закона тобож услов међународно-правне заштите). Уп. и в. *Bar* 210, § 58 II.

³⁾ Тако *Boitard* 468, *Bertauld* 119 (али који га комбинује — 115, 116 — с принципом територијалним, изјашњујући се против фикције подаништва), *Haus* 154, *Chauveau-Hélie*, *Berner Theorie des heutigen Strafrechts* 175, *Berner Wirkungskreis des Strafrechts* (1853) 125 и сл., 151, *Lehrbuch* § 129, в. *Bar* G S 1876, 449, *Heffter Strafrecht* §§ 25 и 26, в. *Holzendorff* 331.

⁴⁾ Тако *Feuerbach* §§ 31 и 40, *Bauer* § 40, *Oppenheim System des Völkerrechts*, 2. изд. 1866, 318. В. прот. в. *Rohland* 104, *Kohler* 97, § 35 V.

важи персонални принцип, а извршилац је држављанин државе, у којој важи искључиво територијални принцип (в. 1). Да би се ово друго избегло, странац се сматра као *фиктивни* држављанин оне државе, у којој је кривично дело извршио, као њен *subditus temporarius*.¹⁾

3. *Реални принцип или принцип заштите*. — Према овом принципу меродавно је *правно добро* за решење питања о важењу кривичних закона у погледу места, и то било с обзиром на *место*, где се оно налази (т. зв. реални принцип с *територијалном* основицом или *територијални* реални принцип), било с обзиром на то, коме оно *припада* (т. зв. реални принцип с *националном* основицом или *национални* реални принцип).²⁾ Према првој варијанти кривични закони једне државе штите само она правна добра, која се налазе на њеној *територији*, а без значаја је, да ли су домаћа или страна и да ли је извршилац домаћи или страни држављанин.³⁾ Она је дакле по садржини истоветна с принципом територијалитета. Према другој пак они штите само она правна добра, која *припадају* било држави било њеним држављанима, налазила се она на њеној територији или где у иностранству (према *Rohland*-у заштита се не простире на државна правна добра у иностранству), био извршилац њен грађанин или странац, било дело извршено у земљи или на страни.⁴⁾

Овај принцип не може такође бити искључиво усвојен. Ако је он на име на *територијалној* основици, њиме се у опште не штите правна добра државе и њених држављана, која се налазе у иностранству, ма била она повређена од сопственог држављанина. Ако је пак на *националној* основици, њиме се не штите страна правна добра, која се налазе

¹⁾ В. в. пр. *Feuerbach* § 31. Овај писац, присталица *пасивног* персоналног принципа, проширује (§ 40) важење домаћих казених закона и на дела извршена у земљи против страног држављанина за време његовог бављења, пошто он ужива, каже, заштиту државе, а објекти кривичног дела могу према њему (§ 32 III) бити сва лица, која ту заштиту уживају. Уп. против поменуте фикције *Meyer-Allfeld* § 16 I, *Hegler* 202, *Binding* 385, *Finger* I 162, v. *Martitz* I 52 пр. 10, 269.

²⁾ В. в. *Rohland* 96 и сл. о овоме принципу (казнени закони важе, вели се друкчије, за све нападе на *домаћа* правна добра, на домаћи „правни свет“). В. и *Binding* 391.

³⁾ Тако *Binding* Der Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund 125 (док у *Handbuch*-у 390 заступа реални принцип на националној основици — в. ниже пр. 4). Уп. о овој варијанти *Kohler* 93 (§ 35 IV), v. *Rohland* 139, v. *Bar* 211 (§ 58 II).

⁴⁾ Тако *Wächter* Beitrag zur Geschichte und Kritik der Entwürfe eines norddeutschen Strafgesetzbuches (1870) 81, v. *Rohland* 150 и сл., *Villefort* 40, *Heinze* G A 17 566, *Pessina* Elementi di Diritto penale, 3. изд. (1882), 89, 90, 95. В. о овој варијанти v. *Rohland* 146. *Binding* 390 и сл. (§ 80, 3) узима овај принцип за основицу, и допуњује га дајући заштиту домаћих казених закона и страним правним добрима, ако је извршилац домаћи грађанин.

на државној територији, а то је од рђавих последица за правни поредак на њој, и сем тога то је противно одржању међународне културне заједнице.¹⁾ Наводи се још против реалног принципа на националној основи, да би по њему кривични закони једне државе важили за странца, који је извршио кривично дело у својој отаџбини, а то даје, вели се, повода сукобу између држава, и повређује принцип, да се нико не може казнити по једном закону, који није на њега управљен и који није имао прилике да сазна.²⁾ Но овај разлог, нарочито тако без ограничења је неоснован, јер држава је обавезна, да штити добра своја и својих држављана, ма где се она налазила и ма ко их повредио.

4. *Принцип универзални (космополиитски), принцип айсолуитног екстраитеријоријалиитетна кривичних закона или систем свейског правосуђа.* — Према овом принципу кривични закони једне државе треба да важе за сва она у њима предвиђена дела, чији се извршилац налази на њеној територији (у домашају наравно њених органа), без обзира на то, да ли је дело извршио на њеној територији или у иностранству, да ли је домаћин или страни држављанин и да ли је нападнуто добро домаће или страног. Свака држава, вели се у прилог овог принципа, треба да се сматра као заступник међународне (правне и у опште) културне (цивилизоване) заједнице, те јој је кажњавање у свим реченим случајевима и интерес и дужност.³⁾ Као што се види, овај принцип се одликује од три претходна по томе, што према њему домаћин закони важе и за *странца*, који је на *страну* извршио кривично дело против *страног* добра. То сачињава дакле његову суштину, кад се посматра упоредо с другим. Он их само у толико допуњује, и само ће се у толико он узети у обзир ниже, т. ј. само као могућ *допунски* принцип.

а) Овај принцип има неколико рђавих страна,⁴⁾ због којих се не може у целини, т. ј. као искључиви принцип усвојити: (1^о) Има дела, која су кривична по законима једне државе, а нису по законима друге;⁵⁾

¹⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 16 I, *v. Martitz* 1 49.

²⁾ Уп. *v. Bar* 213 (§ 58 III) 1 119, *Kohler* 93 и сл. (§ 35 IV), *Bertauld* 119.

³⁾ Заступници овога принципа били су старији писци, као *Geyer* 1 92, *R. Schmidt* Die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen (1863) 162, *Schwartz* G S 12 183 и Н Н 2 30, *Carrara* 1 §§ 1036 и 1055, *Ullmann* G S 32 465, *v. Martitz* 1 85, 92. Но многи од њих чине изузетке, искључујући кривична дела против државе, иступе и лакше преступе, образлажавајући то на разне начине, најчешће тиме, што ово, веле, нису *delicta naturalia sive juris gentium* (в. о томе *v. Rohland* 16).

⁴⁾ В. против истог *v. Bar* 1 125, *Tafel* 7, *Garraud* 1 346 и сл., *v. Rohland* 11 и сл., *Meyer-Allfeld* § 16 I, *v. Liszt* § 21 II 5, *Magri* 9.

⁵⁾ Но и кад то није случај, могуће су разлике у казнама: према законима једне државе казна је можда строжија по врсти или величини него по законима друге; у једној је казна може бити више индивидуализирана но у другој. Правда захтева онда, да се примени *lex loci actus*, али тиме би се нарушио принцип универзални.

(2^о) врло је тешко водити с успехом истрагу по кривичним делима извршеним у иностранству. (3^о) Противан је принципу државног суверенитета. (4^о) Претпоставља виши степен цивилизације и једнакост исте, особито солидарност народа и једнакост принципа законодавства.¹⁾

б) Но овај би се принцип требало с обзиром на заједницу интереса свију културних држава као таквих да примени у неколико:²⁾

1^о Он се треба пре свега, с обзиром на заједницу интереса свих културних држава, да примени на т. зв. *међународна кривична дела* на страни извршена (*delicta juris gentium*, термин, који је некад у теорији означавао т. зв. *природна кривична дела* и тако био синоним израза *delicta juris naturalis*).³⁾ Међународна кривична дела су кривична дела, чије је објекат какво *интернационално добро*. *Међународна добра* су пак двојака. То су пре свега она добра, која су *по себи* заједничка културним државама, у погледу којих дакле постоји та заједница, *ма како* она била нападнута. Затим су *међународна добра* и она, која се појављују као заједничка културним државама само, у колико се на њих напада на један *интернационално опасан начин* (с обзиром на особеност било *најадног* објекта било *извршења*), т. ј. тако да се као *најаднуће* појављују и *друге* културне државе. Добра прве врсте су безбедност новчаног саобраћаја (фалсификовање новца и хартија од вредности) и постојећи социјални поредак (анархистичко-нихилистичко-комунистичка кривична дела против породице, брака и својине). Добра друге врсте су н. пр. безбедност јавног саобраћаја, у колико се напад на њу појављује као напад на *свешки* јавни саобраћај (н. пр. морско разбојништво, т. зв. гусарство, атентати из гл. 18 к. з. на светски железнички саобраћај); безбедност правног саобраћаја, у колико се напад на њу појављује као напад на *свешки* правни саобраћај (фалсификовање исправе из гл. 19 тога значаја, као јавних исправа, меница и чекова [„хартија од вредности и кредитних инструмената“, где они спадају], међународних путних исправа); безбедност женскиња и деце од трговине њима, у колико је ова *међународна* (§ 283 к. з.). Извршиоци ових кривичних дела познати су под именом међународних непријатеља (*hostes generi humani*).

¹⁾ В. ниже (II пр.) односно интернационалног изједначења законодавства о трговини женскињем и децом у циљу омогућења примене *универзалног* принципа.

²⁾ Питање о примени *универзалног* принципа било је предмет I. Међународне конференције за унификацију кривичног законодавства (у Варшави 1927), затим и III. Међународног конгреса за кривично право (Палермо, 1933). Оба међународна скупа су се изјаснила за примену принципа на *delicta juris gentium*, а и на *обична* субсидијарно (ако екстрадиција није тражена или није одобрена [варшавска конференција: и ако Министар правде захтева гоњење]).

³⁾ О њиховом ограничењу и појму постоји велика нејасност у књижевности. Овде је први пут то изведено. В. о *интернационализацији* криминалитета *Givanovitch Est-il désirable III* и Потреба и разлози унификације VII 2 и 3 (в. књ.).

(1) Као што се види, *међународна* кривична дела не сачињавају (као ни — в. § 19 I — политичка) једну особену појамну групу у систему Посебног дела, пошто су им објекти добра разне појамне природе. То је спајање истих у осталом немогуће већ по томе, што их има и таквих, која не сачињавају једно одређено кривично дело или особену врсту ког кривичног дела, већ су само посебни случајеви појединих кривичних дела или њихових особених врсти (н. пр. угрожење *свешског* железничког, бродарског или ваздухопловног саобраћаја је само један могућ случај кривичног дела из § 206 к. з.).

(2) У погледу некојих међународних кривичних дела постоје интернационалне (мултилатералне) конвенције, закључене и с циљем примене универзалног принципа (нарочито Конвенција за сузбијање прављења лажног новца и три конвенције за заштиту женскиња и деце [в. за њих § 312]), и у толико је до данас постигнута *интернационална унификација* екстрадиционог права. За ова кривична дела предлаже се у најновије време оснивање *Међународног кривичног суда* при Друштву народа.

(3) За међународна кривична дела *универзални* принцип треба да важи не стављајући као услов за то *прећходну* повуду екстрадиције страном држави, где је кривично дело извршено, или оној, чији је држављанин извршилац, нити чекање, да она тражи екстрадицију, као и без обзира на постојања захтева за гоњење од стране министра правде, т. ј. *несубсидиерно* у том погледу, дакле као *принципални*, примарни принцип (т. зв. *принципална* [и ако само *изузетна*, т. ј. за овај и следећа два случаја, а не *исолушна*] екстратериторијалност, за разлику од *субсидиерне*), ма да само *дојунски* (према територијалном и персоналном принципу). С обзиром на блиску сродност принципа кривичног законодавства разних (цивилизованих) држава као услов за примену универзалног принципа не може се овде више сматрати ни то, да репресија против таквих криваца није довољно обезбеђена у држави, где је кривично дело извршено.¹⁾

2^o Универзални принцип се даље треба да примени на стране *међународне имовинске кривце* (нарочито варалице и крадљивце). Док у претходном (1^o) случају имамо међународна *кривична дела* и с тиме кривце, овде имамо само међународне *кривце* (што се јасно појављује и представља само у Трипартицији). *Међународни* имовински кривци су кривци *по занашу* (професионални) с диспозицијом вршења *имовинских* деликата у *разним* државама, дакле са *прошвиимовинском* кривичном *диспозицијом* спојеном са диспозицијом међународног *скишничења*. Пошто је њихова кривична душа управљена против правног поретка целе

¹⁾ Прот. *Garraud* I n. 183, в. *Liszt* § 21 II 4, *Tafel* 7, *Magri* 9.

културне заједнице држава, универзални принцип треба и у погледу њих да важи као *принципални* (в. 1^о (3)).

3^о Универзални принцип би се затим требало да примени и у погледу *теших* злочина против *странних* добара на *странци* од *странца* извршених. Али пошто овде није у питању ни међународно кривично дело (1^о) ни међународни делинквент (2^о), универзални принцип би се ту требало да примени само онда, ако екстрадиција није тражена или је тражена, па је одбијена, и ако гоњење нареди министар правде, дакле као *субсидиерни* принцип.

4^о Универзални принцип би се најзад требало да примени као допунски принцип на странца онда, кад се *место* извршења кривичног дела против страног добра не може да утврди, или кад би кривац био изложен нехуманој осуди у држави, где је кривично дело извршио (у ком смислу се је био изјаснио и Институт Међународног права).¹⁾

II. Као што се види, сви именовани принципи имају по нечега тачног у себи, али у исто време и рђаве стране. Недостаци могу се отклонити само конструисањем једног система комбинираних из свих ових принципа (*мешовитог, еклектичког* дакле). То су и учинили законодавци,²⁾ а и у теорији је конструисано неколико система.³⁾

Према нашем мишљењу треба да буде усвојен за основицу *територијални* принцип (с којим се [в. I 3] у основу подудара реални принцип с територијалном основицом), јер територијални суверенитет државе (чија је неограниченост неоспорна за разлику од њеног персоналног суверенитета) захтева, да њени кривични закони важе за сва дела извршена на њеној територији.

1. Али се поменуте (в. I 1) празнине овог принципа, мора у неколико да попуне у колико су у питању *злочинства* и *преступи* са остала три принципа (*допунски* принципи, насупрот територијалном, *основном*), проширењем дакле важења *домаћих* кривичних (у *ширем* — в. § 41 II — смислу) закона и на дела у *иностраништу* извршена, дајући на тај начин овим законима и т. зв. *екстра-територијално* важење. Ово проширење,

¹⁾ Чл. 10 одлука његових гласи: „Chaque Etat chrétien (ou reconnaissant les principes du droit des pays chrétiens) ayant sous sa main le coupable, pourra juger et punir ce dernier, lorsque, nonobstant des preuves certaines de prime abord d'un crime grave et de la culpabilité, le lieu de l'activité ne peut pas être constaté ou que l'extradition du coupable, même à sa justice nationale, n'est pas admise ou est réputée dangereuse. Dans ce cas le tribunal jugera d'après la loi la plus favorable à l'accusé, eu égard à la probabilité du lieu du crime, à la nationalité du coupable et à la loi du tribunal même“.

²⁾ У Енглеској, за разлику од континенталних држава, важи готово искључиво територијални принцип (в. горе I 1 пр. 1).

³⁾ Од новијих в. систем *Hegler*-ов.

које се већ налази у к. з. (в. III), треба ипак извршити с извесним *ограничењима*, која налажу правичност (нарочито процесуални принцип *pe bis in idem*) и поштовање суверенитета других држава, а која су већ примљена у главном у к. з. (в. III 4). Мора се на име усвојити 1^о принцип *персонални (активни)* за кривична дела извршена од свог држављанина на страни против домаћих или страних добара; 2^о принцип *реални* (на *националној* основици) за кривична дела извршена од странца на страни против добара *Југославије* или њених држављана, 3^о принцип *универзални* за случајеве наведене под 1 4 б и под условима ту одређеним.

2. За *истује* пак, као кривична дела незнатне тежине, довољан је принцип *територијални*. Но изузетно треба и овде овај (основни) принцип допунити: 1^о *пасивним персоналним* принципом у погледу иступних дела, која су према околностима инкриминисана и као преступи (н. пр. хуљење) или чак и као злочини;¹⁾ 2^о *персоналним* принципом за иступе против *странних* добара (*активним* дакле), за које се тај изузетак с обзиром за њихову природу појављује као потребан, а то су извесни иступи из споредног²⁾ кривичног законодавства (н. пр. шумски и ловачки иступи извршени у граничним зонама), али под условом *реципроцитетa*.³⁾ Но горе (1) поменута ограничења важења домаћих казених закона за злочине и преступе на *странци* извршене (в. III 4) треба наравно да важе и код иступа.

III. У к. з. је за *злочине и преступе* примљен *еклектички* систем. За основу је узет територијални принцип (*основни* принцип) и он је (због његових празнина) допуњен са остала три (*допунски* принципи). Казнени закони за она дела су дакле *територијални* закони, али и *екстратериторијални*.

1. *Основни, територијални* принцип је постављен у § 3 к. з. Кривични закони Југославије важе према њему за *сва* поменута кривична дела из њених закона *у њој извршена*,⁴⁾ дакле ма од кога (т. ј. био извршилац њен држављанин или странац, држављанин пријатељског или непријатељског народа, имао свој домицил у њој или на страни, бавио се у њој по својој вољи или не, одавно или од скора, вратио се он драговољно у њу, кад је из исте по извршењу дела побегао, или не)⁵⁾ и ма против чијег добра (домаћег или страног) било дело извршено.

¹⁾ В. *Иступи* § 1

²⁾ Уп. *v. Bar* 210 (§ 58 II).

³⁾ В. *Roux* 76 (иступи шумски, пољски, риболовни, царински и против посредних пореза, под условом реципроцитета).

⁴⁾ Потребно је дакле, да је дело по њеним законима *кривично* дело (смисло § 3 ал. 1 к. з. је: „На сваког и само на оног, ко учини у Краљевини Југославији дело, које је по њеним законима кривично дело, и само ако је по њима кривично дело, примениће се овај закон“).

⁵⁾ Уп. *Roux* § 16 II.

а) Не могу се наравно сматрати као *изузетак од територијалног* принципа они кривични закони, који се обраћају само на држављане *Југославије* (н. пр. § 105 к. з.) или само на *странце* (н. пр. § 125 к. з.), или који штите само *дмаћа* добра (н. пр. § 90 к. з.), или који штите страна правна добра под условом *реципроцитетта* (н. пр. § 308 к. з.), пошто се у свим овим законима чини ограничење само у погледу *појма* кривичних дела у њима садржаних, а *што* нема никакве везе са важењем територијалног принципа за та кривична дела.¹⁾

б) Као *део* Југославије у *кривично-правном* смислу (и ако у ниже наведеним случајевима не у свим и по међународном и државном праву), као *унутрашњости* (ни у ком случају дакле као иностранство) има се сматрати *сва област важења њених кривичних закона*.²⁾ Ту спада пре свега државна *област* (територија) Краљевине (чл. 83 и 85 уст.);³⁾ затим *проширења* ове области сходно принципима признатим у државном и међународном праву;⁴⁾ територијално или обалско море (обалске воде),⁵⁾ ваздух над

¹⁾ Тако *Wachentfeld* 3. Прот. *Frank* § 3 V (убраја уз то у „изузетке“ од територијалног принципа и случај кривичне неодговорности владоца). Неодређено у *Liszt* § 22 I.

²⁾ Тако у *Liszt* § 22 II, *Meyer-Allfeld* § 16 пр. 26, *Kohler Internationales Strafrecht* 208, *Finger* I 167, *Harburger, Doerr* 19, *Garraud* I п. 170 III (поводом питања о окупираној територији [она је, вели, француска територија „с гледишта важења кривичних закона“]). Прот. *Frank* § 8 I повodom конзуларних области, колонија и заштитних области. Не сматра их као унутрашњост (*Inland*) ни у кривично-правном смислу, јер не *припадају*, вели, немачком царству, а то је по њему меродавно за појам унутрашњости (§ 8 к. з. схвата противност између унутрашњости и иностранства, „не у смислу важења или неважења немачког кривичног права, већ у смислу припадања или неприпадања немачком царству“). Тако и *Beling* Z 17 308, *Grundzüge, M. E. Mayer* 81, *Roux* § 16. — Према старој теорији *фиктивне* територије сматра се као *део* (фиктивни део) државе свака област важења њених закона у опште (као конзуларне области, чак у опште нехришћанске азмље, окупиране области, лађе на отвореном мору и у страним пристаништима). Њен појам државе у *јавно-правном* смислу поклапа се дакле с горе датим појмом исте у *кривично-правном* смислу. Тако н. пр. *Vidal-Magnol* п. 906 и 907, *Garraud* (делимично) I п. 170 II. Уп. против ове државно-правне фикције *Ortolan* п. 521, 930, *Roux* 62 и 63 пр. 12 и 13, *Garraud* I п. 170 IV, *Travers* I п. 18 и сл., 340 и сл. (све ове фикције су, вели [п. 18], дошле услед старог схватања кривичног права као „*територијалног* права“).

³⁾ Сва су дакле места у границама Краљевине део њене области према савременом кривичном праву. Азилна места (привилегија локалног имунитета) из старог права више не постоје, нити се признаје фикција екстратериторијалности страних посланстава. Уп. *Ortolan* п. 521, *Garraud* I п. 172 I, *Roux* 65.

⁴⁾ Према у *Liszt*-у (*Das Völkerrecht* 11. изд., Berlin 1920) „проширење“, т. ј. саставни део државне области је само ваздух (§ 9 III I, IV—VI).

⁵⁾ Обалско море се протеже до фиктивне линије, до које се може с обале господарити морем средствима на истој утврђеним, т. ј. топовима најачег калибра (*potestas terrae finitur, ubi finitur armorum vis*). Ово је одстојање у 18. веку било оцењено на три хиљаде морских миља, и тако је остало до данас, и ако садања артиљерија много дље допире. У неким међународним конвенцијама је истина друкчије одређено, али се обично задржава горње одстојање. Уп. у *Liszt* § 22 II 4 а, *Garraud* I п. 170 I.

њеном сувоземном и воденом територијом (без ограничења висине),¹⁾ домаћи бродови на отвореном мору као и у страним водама (према § 3 ал. 2 к. з.)²⁾ и домаћи ваздухоплови над отвореним морем и страном државном облашћу (§ 3 ал. 2 к. з.); и најзад *непријатељске* области војском *окупиране* (у време рата или мира),³⁾ железничка или друга *надлештва*, за која је и у колико је то предвиђено у *уговорима* (н. пр. [заједничка] погранична станица по чл. 2 ал. 2 статута з. о конв. и стат. о међ. реж. жел. од 28. марта, 1930.

2. Усвоје је затим, изузетно, активни *персонални* принцип. На име домаћи закони важе и за злочинства и преступе извршене у иностранству од држављанина *Југославије*, био њихов објекат (заштитни) домаће или страног добро (§ 6 к. з.). Извршилац треба наравно да је држављанин *Југославије* у време извршења кривичног дела. Без значаја је то, што би после постао странац.

¹⁾ В. чл. 2 и 3 з. о конвенцији о пловидби ваздухом од 6. децембра, 1926 (*војни* уживају — чл. 32 — „уобичајену привилегију страних *рашних* бродова“). Спорно је, да ли се државни суверенитет простире неограничено у висини (као што се узима у новим конвенцијама и законима о ваздушном саобраћају) или само до извесне висине (према једнима до 400 мет., по другима до 1500 мет., према неким до висине, до које допире антиаеропланска артиљерија). Овим се је питањем бавио и Институт Међународног права на својим скуповима у Невшателу 1900, у Брислу 1902, у Мадриду 1911, где су и пројекти били поднети (в. Rev. gén. de droit intern. public 18 [1911] 628—647). Уп. *Garraud I* п. 170 V, *Roux* § 16 I 4^o пр. 9. Два разлога се наводе против ограничења висине (аналогног проширењу на мору): 1^o опасност од непријатеља у ваздуху за становнике независна је од висине за разлику од опасности са стране мора, 2^o суверенитет државни над ваздухом, до ма које се висине простирао, не може да се сукоби с туђим територијалним суверенитетом за разлику од суверенитета над морем. Уп. *Travers I* п. 196 и сл.

²⁾ У овом погледу постоје разна одступања у међународном јавном праву и законодавствима. *Недржавне* лађе у *страним* пристаништима или територијалним водама се обично сматрају као потчињене кривичним законима дотичне државе, док *државне* само у случају ког акта непријатељства од њихове стране (и само у толико). Но неке државе (за разлику од Енглеске) чине ипак и у погледу *недржавних* лађа извесна ограничења своје казнене власти (н. пр. у Француској се суди само: 1^o кад је кривично дело извршено на броду од лица или против лица, које није саставни део људства на истоме, 2^o кад је кривично дело извршено на броду од лица или против лица, које је саставни део људства, али је пореметило мир у пристаништу, 3^o кад се захтева помоћ месне власти). Уп. в. *Liszt* § 22 II 4 в (државне ратне или друге лађе), *Garraud I* п. 170 II (ратне лађе).

³⁾ Уп. *Garraud I* п. 170 III (поред окупираних и оне, „крз које војска пролази“, што су у ствари такође окупиране области, те је додатак изливши), в. *Liszt* § 22 II 6, *Ortolan* п. 939, *Vidal Magnol* п. 907, *Roux* 63 (као и *Garraud*). Но важење домаћих кривичних закона у *окупираној* области није неограничено, у колико су у питању *недржављани*. Према § 298 т. 2 в. к. с. п. ти закони на име важе у окупираној области и за странце само онда, ако је о томе издана наредба Врховног команданта војске, т. ј. Краља, и у колико су у питању у тој наредби наведена кривична дела. Проширење особеном наредбом кривичних закона (грађанских и војних) на окупирану територију одговара и принципима међународног ратног права. В. о оном *Војно кривично право* § 12 IV 3. —

3. Даље су, изузетно, усвојени и принципи *реални* (§ 5 к. з.) и *универзални* (§ 4 к. з.), дакле као два даља *дојунска* принципа територијалног принципа :

а) *Реални* принцип је примењен у толико, што кривични закони Југославије важе и за кривична дела извршена у иностранству против добара њених или њених држављана од *странца* (реални принцип с *националном* — в. I 3 — основицом), за која је у њеним законима прописана најмање казна *затвора*. Потребно је наравно, да странац у Краљевину дође или да буде издан њеним властима (§ 5 к. з.).

б) *Универзални* принцип је примљен у знатном обиму. На име кривични закони Југославије важе за извесна кривична дела и онда, ако су она извршена у иностранству против домаћих или *страних* добара од држављанина Југославије или *странца*, дакле ма против кога (сем у колико се некоја од њих према самом њиховом појму могу извршити само против *домаћих* добара), ма где и ма од кога. То су кривична дела наведена у §§ 4 (од којих су нека [фалсификовање — но в. I 4 б 1^о — исправе и новца и међународна трговина женскињем — §§ 215 ал. 1 т. 1 и 2, 222, 225, 229, 234—239 и 283 к. з.] *delicta juris gentium*, а остала су обични тешки злочини велеиздаје и издаје [§§ 91—98, 102—104, 106—110, 115 ал. 1], чији су објекти према самом њиховом појму само *добаћа* добра) и 7 к. з. (злочинства, за која је у домаћем законодавству прописана *најмање робија*). Потребно је наравно, да извршилац у Краљевину дође или да буде издан њеним властима (што је у § 7, као и у § 5, изрично речено).

Код кривичних дела из § 7 *процесуалне претходности* су: 1^о да издавање није тражено (н. пр. од државе, где је дело извршено, или чији је држављанин извршилац) или ако је тражено, да је тај захтев одбијен; 2^о да Министар правде нареди гоњење. *Покуда* издавања (§ 489 ал. 1 ст. 2 к. с. п.) није дакле прописана, али је прећутао допуштена. Сем тога и за ова кривична дела важе одредбе §§-а 8 и 9 к. з. (в. 4 а и б) о *некажњавању*. Универзалан принцип је дакле за кривична дела из § 7 к. з. *двојак*о *субсидиеран*. Ни једно ни друго ограничење не важи међутим за кривична дела из § 4 к. з. Универзални принцип је дакле за њих *принципалан* (и ако опет само *дојунски*).

4. У случајевима §§-а 5 (где је примењен — в. горе 3 а — реални принцип), 6 (где је примењен — в. горе 2 — персонални принцип) и 7 к. з. (где је примењен — в. горе 3 б — универзални принцип):

а) Извршилац се *неће казнићи* (§ 8 к. з.):

Чл. 63 старог франц. з. о в. судству је набројао кривична дела, за која је овај з. важио и на окупираној територији (в. о томе *Roux* 78 и 79 пр. 34). Али се је узимало, да се сходно норми, која окупирајућој сили даје право окупације, може проширити особеном наредбом важење и у погледу других кривичних закона (в. *Roux* 1. с.).

1^о Ако је казну, на коју је у иностранству осуђен, *сасвим издржао* (т. 1). Судиће му се према томе понова у Југославији, ако је издржање досуђене му казне избегао. Без значаја је међутим, да ли је казну досуђену му у којој страни држави издржао у њој или у којој другој страни држави.

2^о Ако је у иностранству правноснажном пресудом *ослобођен* или му је казна *опрощена* (т. 2).

3^о Ако се за кривично дело по страном закону казни само по *предлогу, одобрењу или по приватној шужби* (§§ 84—86 к. з.), а ови нису поднети.

4^о Ако је прво на гођење или на извршење казне по страном закону *застарело*. Изузетно се дакле, у колико је у питању застарелост, као и у претходном (3^о) случају, у Југославији примењују *страни* кривични закони. То су у к. з. једини случајеви примене страних закона (по § 8 срп. к. з. примењивала су међутим судови стране кривичне закове у опште, ако су блажији).

б) Ако кривично дело по законима земље, где је учињено, *није кривично дело*, гођење се у Југославији предузима само (но в. 5) на *захтев* Министра правде (§ 9 к. з.). Овај захтев је дакле једна процесна претпоставка (в. § 46 V).

5. §§ 4—7 к. з. важе несумњиво и за кривична дела извршена на територији, која *не* припада *ниједној* држави (као и на територији *нецивилизованих* држава), пошто је и то земља *ван* Краљевине Југославије. Тако се мора узети за §§ 4—7 и поред одредбе § 9 („у законима земље“ [в. горе 4]). Ту се на име претпоставља, да је „земља, у којој је дело учињено“, „модерно правно“ организована (цивилизована) држава са признатим *правним поретком*, а не земља без државне власти (или нецивилизована), јер само у том случају правичност налаже, да се без нарочитог захтева вишег државног органа не казни држављанин Југославије, који је дело извршио у средини, која исто некажњиво врши према свом правном поретку.¹⁾ Иначе би извршилац и најтежег злочина остао некажњен, кад би га извршио н. пр. на ком пустом острву, где су се бродоломници склонили, или при поларним експедицијама у каквом ново откривеном пределу, пошто се тада према реченом не би могао применити ни § 9 к. з.

6. Казна изржана *делимице* у иностранству за дотично кривично дело има се урачунати (в. § 77 к. з.) при изрицању нове казне у Југославији, а ако казне нису исте врсте по слободној оцени суда (§ 10 к. з.). За ово урачунавање без значаја је дакле, да ли је у питању примена §§ 5—7 или §§ 3 — 4 к. з.

¹⁾ Тако (за § 5 нем. к. з.) в. *Liszt* § 22 IV 1 b, *Frank* § 5 III 3, в. *Bar* I 168, *Meyer-Allfeld* § 16 III B 2 и пр. 40, *Wachenfeld* 64, *Stölzel*. Прот. М. Е. Mayer 75, *Finger* I 170.

IV. За *истује* важи (§§ 7 и 8 срп. к. з.) искључиво принцип *територијалијетета* (*истујни* к. з. су дакле само *територијални* з.).

V. О важењу *војних* кривичних закона у погледу простора в. *Војно кривично право* § 17.

VI. Дела извршена у *инострани*, за која према одредбама §§ 4—7 к. з. и законским одредбама о иступима не важе кривични закони Краљевине Југославије, нису дакле у њој *кривична дела*. Недостаје им *четврти* елемент кривичног дела.¹⁾ Но ово је само *консеквенца* принципа о просторном важењу кривичних закона, а не суштина, и зато је учење о просторном важењу кривичних закона унето у учење о *прећем* елементу кривичног дела.

VII. Прописи националног кривичног законика о просторном важењу националних кривичних закона сачињавају главни састојак (в. ниже 1) т. зв. *међународног кривичног права* (*Bentham*-ов назив). Истина је, да ови прописи не потичу као остали међународно-правни прописи од *међународно-правне* заједнице, већ од једне *одређене* државе, и то је дало повода тврђењу, да је поменути назив „потпуно неподесан“.²⁾ Али и они по својој садржини одређују као и други сфере *међудржавне* правне моћи појединих држава, а то баш сачињава суштину *међународног* права, те нема разлога, да се сматра као међународно кривично право „у правом смислу“ (в. *Liszt*) само скуп оних кривично-правних прописа, „који су издати не од поједине државе, већ од скупа културних држава, дакле од међународно-правне заједнице“ (као што су међународни уговори о кривично-правној заштити извесних добара, н. пр. Закон о конвенцији о сузбијању фалсификовања новца од 1930, затим уговори о правној помоћи у кривичним предметима, особито о издавању криваца).³⁾ У осталом кад би ово тврђење било тачно, не би још постојало у опште међународно кривично право. На име „скуп културних држава“ још није међународни правни субјекат у кривично-правном погледу. Сви поменути кривично-правни прописи разних конвенција о екстрадицији, трговини женскињем и децом и т. д. су само *припремљени* од тога скупа, а *законску* снагу им дају тек поједине државе потписнице. С гледишта правног

¹⁾ *Binding* (391) узима, да онда нема *противправности* (не дела се, вели, у овим случајевима против „националне норме“), т. ј. *другог* елемента кривичног дела. То би међутим било претерано привелигисање дотичних криваца, а сем тога тиме би се одузело држављанима, који су на страни повређени, право на накнаду штете, пошто не би било не само кривичног дела, већ ни неправда у опште.

²⁾ Тако в. *Liszt* § 21 I, *Garraud* I п. 167 (в. за њега и пр. 3).

³⁾ Уп. *Kohler* § I. *Garraud* (I п. 167) узима, да се ту не могу подвести чак ни овакве конвенције, т. ј. конвенције, које намећу обавезу издавања ту наведених *националних* кривичних закона за заштиту извесних добара (каблова, књижевне и научне својине и т. д.). Зачетак међународног кривичног права налази се, вели он неумесно, само у „уредбама санитарним, речним, поштанским и т. д., састављеним од међународних комисија“.

основа важења нема дакле разлике између поменутих прописа и прописа националних к. з. о просторном важењу кривичних закона.

1. У Међународно кривично право спада поред проблема о просторном важењу кривичних закона и проблем о важењу страних кривично-судских радњи, нарочито пресуда (в. § 488 ал. 2 ст. 3 к. с. п.), као и проблем о правној (судској) помоћи у кривичним предметима, нарочито о издавању (в. § 45).

2. Услед несагласности разних к. з. у решењу питања о просторном важењу кривичних закона потичу (као и у приватном праву) сукоби закона разних држава. Њих има да реши међународно кривично право, и отуда се оно с међународним приватним правом назива колизионим (сукобним) правом. Но то наравно не значи, да се овај његов садашњи карактер садржи нужно у његовом појму.¹⁾ Оно ће тај карактер задржати до међународног изједначења бар његових одредаба, ако не целог кривичног законодавства.

VIII. За Међудржавно кривично право в. Основни проблеми § 1 II 2. В. и § 58 III 6.

§ 45. Издавање (екстрадиција). Међународно кривично право (наставак).

Књижевност. — Авакумовић 1571. Б. Марковић Уџбеник Кривичног судског поступка (141) 1930. Живановић Збирка кривичних закона (стр. 359 и сл.) 1921. Николајевић Издавање криваца по југословенском законодавству 1932. Billot Traité de l'extradition 1874. Bernard Traité théorique et pratique de l'extradition 1899. Bomboj и Golbrin Traité pratique de l'extradition 1899. Renault Étude sur l'extradition en Angleterre 1876. Lammasch Auslieferungs- und Asylrecht 1887 и G S 41 1. Grosch Das deutsche Auslieferungsrecht und die Rechtshilfe in Strafsachen 1902. Frank Der Kampf um ein deutsches Auslieferungsgesetz unter besonderer Berücksichtigung des Gesetzes der freien Stadt Frankfurt 1905. Cohn Die Auslieferungsverträge des deutschen Reiches 1908. Schildmacher Das Auslieferungsverfahren in Strafsachen und die Auslieferungsverträge 1911. v. Martitz Internationale Rechtshilfe in Strafsachen 1 1888, 2 1897. Teich Die Staatsangehörigkeit im deutschen Auslieferungsrecht 1909. Mayr Die Auslieferung eigener Untertanen 1891. Harburger Z 20 588. Schoetensack (Das deutsche Auslieferungsgesetz von 23. December 1929) G S 100 59. Donnedieu de Vabres De la réciprocité en matière d'extradition (extrait) 1928.

1. Да би се извршиоцу дела, за које важе домаћи закони, а који се у иностранству налази, судило, или ако је осуђен да би се казна могла извршити, потребно је наравно, да је он добављен са стране, ако сам не дође. Ово добављање извршиоца могло би се извршити само на тај начин, што би га држава, у којој се налази, предала држави, која хоће да му суди или казну да изврши. Акт, који се састоји о томе, што једна држава предаје којој другој окривљеника или осуђеника, да би она остварила према

¹⁾ Уп. Kohler § 1 II против назива „колизионо“ право.

њему своје право гоњења одн. извршења казне, познат је под именом *екстрадиције (издавања)*. То је један (најзначајнији) од аката т. зв. *међународне правне помоћи*.¹⁾ Он није један кривично-процесуални акт (у ужем смислу), пошто држава не *осишварује* средством њега своје право кажњења, већ је један *међународно-правни* акт, пошто он даје *могућност* једној страни држави, да оствари своје право кажњења.²⁾

II. 1. Међународно-правни је обичај, да се окривљеници и осуђени издају, ако томе не би било противно домаће законодавство.³⁾ Издавање се сматра само као *право*,⁴⁾ не и као међународно-правна *дужност* (као што се некад⁵⁾ тврдило). Но о њему државе закључују *уговоре* међу собом, а у неким постоје и нарочити *закони* о издавању, који се примењују у одсуству међународних уговора о издавању или као допуна празнина у тим уговорима (н. пр. ако неко кривично дело није у уговору, већ је само у закону⁶⁾ предвиђено).⁷⁾

¹⁾ Пошто је тај акт, ако је извршилац у иностранству, *услов* могућности примене законских одредаба о просторном важењу кривичних закона, он се појављује као *допуна* уставна садржаних у овим одредбама. Уп. в. *Liszt* § 23 1, *Meyer-Allfeld* § 16 VIII, *Garraud* I 211.

²⁾ Уп. *Kohler* § 1 IX. — Издавање није акт космополитског правосудја. Уп. в. *Liszt* § 23 пр. 1. — О њему се расправља и у делима посвећеним међународном јавном праву и кривичном поступку. Али с обзиром на то, што су *основни* принципи екстрадиције унутарње-материјалне, дакле кривично-правне природе, главно место учења о њој је у Кривичном праву.

³⁾ Кад нека држава тражи екстрадицију, а уговора с њом нема, умољена држава обично од ње захтева т. зв. *декларацију реципроцитеша*. Тиме се обе државе обвезују, да ће у будуће за дотично кривично дело издавати. Уп. *Garraud* I п. 215, *G. Le Pottieven* Code d'Instruction criminelle 133 и сл.

⁴⁾ Уп. *Garraud* I п. 214, *Billot* 33.

⁵⁾ Тако још *Grotius* De jure belli ac pacis l. 2 §§ 3—5, *Le Sellier* 2 п. 1026, *Brusa* 408. — Некад се је тврдило, да државе *немају* право издавања. На ово се је умесно одговорило, да ако државе немају право *непосредног* лишења слободе у циљу издавања само, оне несумњиво имају право на основу свог суверенитета, да допусте органима стране државе прелазак границе ради лишења слободе некога окривљеника или осуђеног, а у толико пре да ставе своје сопствене органе на расположење дотичној држави. Ово је *формално-правни* основ издавања (уп. *Garraud* I п. 213 пр. 9, *Sapey* De la condition des étrangers en France 306, *Bernard* 2 232). *Материјално-правни* основ издавања је пак опасност неиздавања по правни поредак државе, у којој је дотично лице, према томе карактер издавања да је једна (колективна) потреба егзистенције друштва-државе. Издавање је дакле у сагласности с циљем кривичног права.

⁶⁾ Ако у уговору извесно кривично дело није предвиђено, а закона нема или га има, али оно ни ту није предвиђено, онда издавање није допуштено, пошто је уговор заменио међународно обичајно право (в. и § 494 т. 3 к. с. п. и чл. 3 уг. с Италијом). Но ако постоји уговор, а закона у опште нема, узима се за државе, где уговор о издавању није законодавни акт, већ акт владе (као по франц. уст. од 1875), да уговор није лимитативан, те да влада може издавати и за непредвиђена кривична дела (тако *Garraud* I 447, *Roux* п. 56).

⁷⁾ О предлозима за стварање Међународног савеза за издавање (или, како се још каже, за узајамно обезбеђење од кривиналитета) и за закључење општег, *колективног* (или

2. У нас се (подробне) законске одредбе о издавању налазе у једној особеној глави к. с. п., у гл. 26 (§§ 486—499). Према § 486 ал. 1 к. с. п. за издавање (у опште за правну помоћ између домаћих и страних судских власти) вреди правила утврђена државним уговорима. Ти уговори важе дакле, и у колико одступају од одредаба к. с. п. о екстрадицији (што је у осталом и иначе нужна ковсеквенца њиховог међународно-правног уговорног карактера), и за издавање по њима важи само оно, што је у њима (изрично или прећутно) прописано (н. пр. — в. ниже — о поступку издавања, који је по њима дипломатско-административни, не судски акт). Одредбе гл. 26 к. с. п. важе (§ 486 ал. 2) само за државе, с којима нема уговора,¹⁾ или ако у таквом уговору неко дело није предвиђено (в. 1) или о ком другом „правном акту“ није ништа или није друкчије прописано (т. ј. о неком другом акту кривичне помоћи, н. пр. о испитивању сведока). За издавање по к. с. п. је потребно, да је дело *злочинство* (§ 494 т. 2 к. с. п.). О издавању решава прво (§§ 488 и 493 к. с. п.) суд (што не важи за издавање по уговорима, пошто је по њима издавање акт чисто дипломатски или министарстава правде или и војске и морнарице). Суд (окружни) решава само о томе, да ли су се стекле законске претпоставке за издавање (§ 493 к. с. п.), а одлуку доноси Министар правде, који није везан за судско решење (§ 496 ал. 2 к. с. п.).²⁾ Ради издејствовања издавања од стране државе суд подноси извештај Министру правде (§ 498 к. с. п.).

3. *Међународни уговори и национални закони* (гл. 26 к. с. п.) о издавању (делом и међународно *обичајно* право) садрже следеће *основне* принципе :

а) Екстрадиција се врши *само* за кривична дела, која су у уговору одн. закону *одређена*. Та се кривична дела одређују на *три* разна начина:

1^о *Набрајање* кривичних дела, за која ће се вршити издавање, је до скоро био једино употребљен метод (т. зв. метод *енумерације*).³⁾

бар мултилатералног) уговора о издавању в. в. *Martitz* 2 767, в. *Liszt* Z 2 60, *Garraud* I п. 212, *Mitteilungen* 17 533 и сл. Прот. *Lammach* Auslieferungspflicht 114, в. *Bar* G S 34 489. — Пројекат опште конвенције о екстрадицији израђен је и изгласан на 35., варшавској Конференцији удружења *International Law Association*, одржаној 1928 (в. *Report at the thirty-fifth Conference Warsaw 1928*, 19 и сл. о дискусији и пројекту). Други један пројекат, „Пред-пројекат конвенције — типа о издавању“ израђен је од специјалног комитета Међународне казнене и казнено-заводске комисије (у Берну) 1930. За постигнуту *унификацију* в. § 44 I 4 б 1^о (2).

¹⁾ За уговоре закључене од Краљевине Србије, потом од Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца и Југославије в. § 3 I 1 м. Сем тога се у Конзуларној конвенцији с Немачком од 1883 налази једна општа одредба о издавању (чл. XXV).

²⁾ В. н. пр. уговор с Италијом (чл. 9: министарство правде).

³⁾ Он је примењен у уговорима Србије (као и до скоро у уговорима других држава). То су кривична дела из групе кривичних дела против живота и тела (особито убиство, телесне повреде и одбацавање), имовине (особито крађа, утаја и превара), слободе, брака (особито браколомство), на исправи, новцима, заклетви и против деце и женскиња (одвођење

2^o *Искључење* из уговора кривичних дела, за која се неће да врши издавање, средством набрајања истих је други (врло ретко употребљен) метод (т. зв. метод *елиминације*).

3^o Трећи метод (т. зв. метод *ојшће клаузуле*) је одређење *најблажије* врсте (scil. затвор) прописне одн. досуђене казне и њене *најмање* мере (која је иста или мања у случају *досуђене* казне). Он је једини употребљен у послератним уговорима (в. н. пр. чл. 43 и 44 ал. 1 уг. с Чехословачком [шест месеци], чл. 2 уг. с Италијом [година дана затвора одн., у случају изречене казне, шест месеци]). С обзиром на велику несагласност националних к. з. у посебном делу ово је једини поуздан метод.¹⁾

б) Екстрадиција се не допушта за *политичка* кривична дела. То је изрично забрањено и у § 12 ал. 2 к. з. (в. и §§ 488 ал. 2 и 494 т. 2 к. с. п.), и ако не и у самом Уставу.²⁾ Ова забрана (као и — в. 2^o — забрана издавања за војна, штампна и финансијска кривична дела) важи и за *сировођење* (пролаз, превоз, провоз, транспорт) преко домаће територије („*транзитна земља*“) лица издатог од неке друге државе којој трећој (§ 488 ал. 2 к. с. п.)³⁾ Да ли је дело политичко и т. д., цени умољена страна по својим законима (§ 488 ал. 2 к. с. п., чл. 46 ал. 2 уг. с Чехословачком).

Ово право политичких криваца познато је под именом права *ујочишта* (азила). Оно обухвата и право *несуђења* за та дела у дотичној држави.

и подметање деце, силовање и т. д.), опште опасна кривична дела (особито паљевина), врло ретко клевета (чл. 1 т. 22 уговора са Швајцарском), никад увреда и кривична дела против религије. Иначе се уговори у том погледу у појединостима јако разилазе.

¹⁾ У уговорима, где је примењен последњи метод, на *иступе* и на *лакше* преступе (т. ј. испод наведеног критеријума) не протеже се издавање. То међутим није случај с уговорима закљученим по прва два метода. Истина и ту се уносе само *тежа* кривична дела, али се не чини разлика, да ли су она (н. пр. некад по срп. к. з. крађа, утаја и превара) злочини одн. преступи или иступни. Но ни у њима није предвиђено издавање ни за једно *чисто* иступно кривично дело. Трошкови и тешкоће издавања не би у осталом стајали ни у каквој сразмери с коришћу. — Издавање се простире и на покушај и саучешће. То се у некојим уговорима (и ако излишно) наглашава (в. н. пр. чл. 43 ал. 2 уг. са Чехословачком, не н. пр. у уговору са Италијом). У уговорима са набрајањем издавање се, умесно (у том смислу бриселска Конференција од 1930 [Actes 187]), не протеже на *нехашно* извршење у њима наведених кривичних дела, док је у уговорима са системом одређења врсте и најмање мере казне ова једина меродавна (н. пр. чл. 2 уг. са Италијом). Према одлуци бриселске Конференције од 1930 издавање се не треба да врши за иступе ни за дела с новчаном казном (Actes 187).

²⁾ Овај принцип је најпре био исказан у белгијском закону од 1833 (не може се, вели се, странац издати „ни за једно политичко кривично дело равније од екстрадиције нити за ма које дело конексно таквом делу“). Он није примљен у итал. к. з. (чл. 13; чл. 661 к. с. п.).

³⁾ У овом §-у је реч у опште о молбама страних држава за судску помоћ.

⁴⁾ То одговара у осталом духу принципа неиздавања за политичка кривична дела. У неким уговорима се то изрично прописује (н. пр. чл. 13 уговора са Швајцарском, чл. 13 ал. 2 и 3 уговора с Италијом).

н. пр. у уг. с Италијом то није предвиђено]). Према § 494 т. 6 к. с. п. издавање се не допушта, ако се за дело по *домаћим* законима гони по приватној тужби, предлогу или одобрењу овлашћеног лица, а није доказано, да су они поднети (в. и н. пр. чл. 46 ал. 1 т. 7 уг. с Чехословачком [по к. з. ма које стране])

д) Экстрадиција се не допушта за *сојсџвене* држављане (општи европски континентални принцип).¹⁾ То је предвиђено и у чл. 20 ал. 2 уст., § 12 ал. 1 к. з. и § 494 т. 1 к. с. п. (в. и н. пр. чл. 4 уг. с Италијом). Странац међутим, који се издаје, не мора бити грађанин државе, која тражи издавање.

ђ) Издато лице се не може казнити ни трећој држави издати за друга кривична дела извршена *пре* екстрадиције сем за она, за која је издат (т. зв. принцип *сџецијалиџетџа* [в. § 496 ал. 2 ст. 2 к. с. п. и н. пр. чл. 49 ал. 1 уг. с Чехословачком]). Од тога се ипак чине извесни изузетци, у колико нису у питању (в. б. 3^о) *политичка* кривична дела.²⁾

е) Издавање се тражи и врши *дипломатским* путем (в. и § 490 ал. 1 к. с. п.) или (у неким новијим конвенцијама) *непосредним* саобраћајем између министарстава *правде* (чл. 29 уг. с Пољском) или између министарстава *правде* *одн. војске и морнарице* (чл. 50 уг. с Чехословачком).

4. а) У случају тражења издавања истог лица од више држава због различитих кривичних дела *првенство* се даје држави, на чијем је подручју извршено (по оцени замољене државе) *најтеже* кривично дело, а ако су она исте тежине, држави, чија је молба *најпре* стигла (§ 495 к. с. п.). Но о томе има и друкчијих одредаба у уговорима (н. пр. чл. 48 уг. с Чехословачком,³⁾ чл. 11 ал. 2 уг. с Италијом).

б) Издавање *странца* због кривичног дела, за које важе *домаћи* закони (н. пр. § 3 к. з.), могуће је само (но в. за § 7 к. з. § 44 III 3 б), ако је к. з. измењен којим уговором (в. н. пр. [за разлику од чл. 3, I т. 3 уг. с Мађарском] чл. 6 ал. 1 уг. с Италијом, где се уговорне стране *овлашћују* на такво издавање). У погледу издавања *домаћег* држављанина та се измена не може међутим учи-

¹⁾ Тако *v. Liszt* § 24 II 3 пр. 3 (но, додаје, принцип није неоспорав), *Meyer-Allfeld* § 16 VIII, *Binding* 400, *Wachenfeld* 67. Друкчије *v. Bar* I 178, *Lammach* 396. Против принципа *Mayr*, *Harburger* 588, *Ullmann* *Völkerrecht* 399. — Енглеска и Уједињене америчке државе се не придржавају овог правила (в. и пр. чл. III уговора између Србије и Енглеске, у коме је допуштено издавање својих држављана, али оно није обигаторно ни за Србију ни за Енглеску, док према чл. III енглеско-немачког уговора оно није допуштено). — Са домаћим држављанима се имају и овде, као и у опште у погледу места важења к. з., изједначити лица, која уживају *заштиту* домаћих закона (тако и К. с. 1882. Бр. 185).

²⁾ Допушта се гоњење н. пр. ако држава, која издаје, то одобри (или је чак обвезна да одобри) или ако издати на то пристане или ако он у одређеном року (обично месец дана) „услед своје кривице“ не напусти територију државе, којој је издат, рачунајући овај рок од дана ослобођења, помиловања или издржања казне, или ако се касније сам врати. Сем тога се чини кадкад изузетак за кривична дела, која су у вези с делом, по коме је одобрено издавање (н. пр. чл. 8 ал. 2 уг. с Италијом, чл. 7 ал. 1 уг. с Арбанијом).

³⁾ В. пр. I код § 495 к. с. п.

нити, пошто је (в. 3 д) неиздавање истих и уставни принцип (в. и § 494 т. 1 к. с. п.). За непостојање обвезе *покуде* странца (§§ 489 ал. 1 ст. 2 и 491 ал. 1 ст. 1 к. с. п.) у случају из § 7 к. з. в. § 44 III 3 б.

в) Ако је против траженог поведен кривични поступак у земљи, *издавање се одлаже* до свршетка поступка одн. до извршења казне, али ради прекида застарелости или предупређења које важне штете он се може *привремено* издати (§ 493 ал. 2 к. с. п.). Но у неким се уговорима чини у толико изузетак, што је одлагање у опште *факултативно* за умољену страну (н. пр. чл. 8 уг. с Швајцарском, чл. 6 уг. са Италијом).

г) У случају тражења издавања захтева се ради *доказа*, да је достављена пресуда одн. бар потерница или наредба (решење) за притвор или који спис раван овој наредби, у коме је означено кривично дело и основи сумње (с изводом из законског текста) (§ 490 ал. 2 к. с. п.; в. и н. пр. чл. 4 ал. 1 уг. са Швајцарском, чл. 9 ал. 2 уг. са Италијом). Но у хитним случајевима могућ је и *привремен* притвор (од три, пет одн. десет недеља) странца на основу телеграфске молбе, у којој је изјављено, да је већ издана наредба за притвор (§ 491 ал. 2 к. с. п.; в. и н. пр. чл. 3 ал. 2 уг. са Швајцарском, чл. 10 уг. с Италијом). Каснија *измена* квалификације кривичног дела или кривца не може се наравно сматрати као основ ништавости акта екстрадиције, ако само и при тој новој квалификацији постоје услови за екстрадицију (ако се н. пр. дело при новој квалификацији не појављује као политичко).

д) У случају неиздавања окривљеника (н. пр. сопственог држављанина) интереси међународне правне заједнице захтевају, да му дотична држава, где се је он склонио, суди, ако њени казнени закони важе за то кривично дело, а сопственом грађанину увек. У том смислу се крећу предлози међународних конференција и конгреса (в. н. пр. Actes бриселске Конференције од 1930, 188 [за државу, у коју је њен држављанин избегао]).

ђ) *Трошкове* око издавања сноси свака држава на свом подручју, у колико у уговорима није друкчије утврђено (§ 499 к. с. п.).

III. Историја. — 1. Примери за екстрадицију налазе се спорадично већ у најстаријим временима.¹⁾ Један од најстаријих уговора из средњег века је уговор о екстрадицији између француског Краља Карла V и грофа од Савоје од 4. марта, 1376.²⁾ Но тек од 16. века почео се је да распростире у Европи обичај издавања, а према многим ова уставова у правом смислу од тада и почиње. Она је дошла до потпуног развића у 19. веку. Израз екстрадиција (*extradition*) је употребљен први пут у једној резолуцији Уставотворне скупштине од 17. фебруара, 1791 („да се изради, вели се ту, један закон о екстрадицији“).³⁾

¹⁾ В. Egger Les traités publics chez les Grecs et chez les Romains (243 и сл.) за један уговор о издавању из времена Мојсија, закључен између египћанског Краља Рамзеса II и принца Kere (de Chêta).

²⁾ В. Isambert Collection des lois 6 258.

³⁾ В. Garraud I 442.

2. а) У средњовековном српском и у опште југословенском праву постоји још у почетку 13. века један уговор, где је предвиђена и обавеза издавања. То је уговор Великог Жупана Стефана с Дубровником од 1215. У њему је обавеза издавања („врага“; „да ви га дам“) прописана у чл. 1 (в. § 11 II 2 б).

б) У Србији је издавање било (у неколико) први пут уређено у Уредби од 20. јануара, 1860.

3. Право *азила* (заштитног прибежишта), које у савременом кривичном праву уживају политички (или и војни, штампови и финансијски) кривци, уживали су *сви* кривци, пре но што је екстрадиција била уобичајена. Тако је било и у старом *српском* праву.

а) У старом праву *сви* су кривци уживали азил чак и у *самој* држави, где су кривично дело извршили, ако су успели, да се склоне на извесна одређена места у њој, изузимајући ипак кадкад некоје кривце. Та места су била: у Јевреја извесни градови,¹⁾ света места, храмови и божански кипови у Грка и Римљана, у Римљана у добу царства и царске статуе,²⁾ с пријемом хришћанства цркве (тако и у Византији), у немачком средњовековном праву неки градови.

б) Према *Душановом законнику сваки* („сужан“), који би из тамнице утекао и дошао у царски двор, као и сваки, који би из царског двора, где се држи, пребеглао у патријаршијски двор (дакле и *ошроци*) и обратно, био је „слободан“ (чл. 112 и 113).³⁾ 4) Право азила је дакле у њему основ ништења права на казну.⁵⁾

¹⁾ 4. књ. Мојс. 35, 11, 5. књ. 19, 2, Уп. *Соловјев* 160.

²⁾ Но азил нису имали у време Јустинијана убице, браколомници и отмицари; у Византији ни јеретици, нехришћани, робови, порески дужници, порезници утајивачи као ни извршиоци *сi mep тлјестатис-а*. У Византији су биле прописане казне (као за светотатство: батине, шишање и прогонство, за покушај батине) против онога, ко би прибеглициу силом из црквене порте истргао. Црквени старешина га је морао примити, сем ако одбије да положи оружје. У Властаревеј Синтагми азилу је посвећена нарочита глава (Е—13), као и у Скраћеној Синтагми (где се, сходно чл. 113 Душановог законика, из одредбе о праву азилу не искључују робова). Право азила се налази и у Номоканону.

³⁾ Чл. 72 (према коме се сваком „невољном“, који дође на двор царев има да учини „правда“ сем *отроку* властеоском) није ограничење одредаба чл. 112 и 113, пошто је у том члану реч о другом предмету, а сем тога се у каснијем члану, чл. 112 изрично обухвата „*сваки* човек царства ми или црквени или *властелски*“. Уп. *Новаковић* I. с., *Соловјев* 3. Д. 116. Прот. *Тарановски* 78. Одредба чл. 112 и 113 је новина Душановог законика према византијском праву (уп. *Новаковић* I. с. и Синтагма XVIII: с намером да увелича углед и сјајност виших места државе и цркве*). Прот. *Тарановски* 77 (налазећи преседан у „праву азила“ на двору краља и бискупа у угарском праву из 12. века као и у црквама [ту је реч само о праву азила, а не и о ослобођењу од казне, а ово је новина]).

⁴⁾ Уп. *Авакумовић* 1573, *Новаковић* Д. з. чл. 113, *Соловјев* 3. Д. 160, *Тарановски* 77.

⁵⁾ Уп. *Соловјев* 3. Д. 160, *Тарановски* 77.

ГЛАВА IV.

Кривично дело као условима инкриминације одговарајуће проузроковање (scil. извесне последице) људском радњом (као условима инкриминације одговарајуће дело).

§ 46. Појам услова инкриминације.

Књижевност. — Живановић Основни проблеми §§ 12 и 24. Frank G A 20 23. Binding 483. Hausmann Die Beleidigung gesetzgebender Versammlungen und politischer Körperschaften und die rechtliche Natur der Ermächtigung 1892. Klitzinger G S 55 1. Kohler G A 49 1. Finger G A 50. Binding G S 68 1 (Abhandlungen I 97). Laue Das bedingte Verbrechen (Diss.) 1906. v. Bar 3 17. Sommer Das bedingte Verbrechen 1908. Lazarus Die sogen. Schuld- und Strafausschließungsgründe und Strafaufhebungsgründe im Strafprozess (v. Lil. Heft 135) 1911. Mandel Die sogen. äusseren Bedingungen der Strafbarkeit (Diss.) 1912. Höpfner G A 57 278. Singewald G S 81 378. Blume Tatbestandskomplemente (Belting Heft 73) 1906. Pili (Il privilegio nel diritto penale canonico [subsequens matrimonium] Sc. p. 42 (1934) 505.

I. Услови инкриминације су околности, независне од противправног и у казненом закону предвиђеног проузроковања људском радњом, од чијег постојања зависи инкриминација (пенализација) истог, т. ј. да ли ће ово проузроковање бити кривично дело (в. Основни проблеми § 24 II 4 и ниже 3 за другу једну дефиницију, дату у циљу ближег ограничења услова инкриминације). Из тога излази, да је одговарање условима инкриминације (постојање истих) један елеменат у појму кривичног дела. Оно дакле треба да се придружи противправности и предвиђености у казненом закону, да би извесно проузроковање људском радњом (извесно дело) било кривично дело. Тако да би једно дело било иступ по срп. к. з., услов инкриминације је, да је оно извршено на територији важења овог к. з. (§§ 7 и 8 срп. к. з.). Или за увреду и клевету из § 308 к. з. услов инкриминације је, да постоји реципроцитет.

1. а) Заступници Бипартиције, према којој се кривично дела схвата објективно-субјективно, као „кажњиво“ дело, називају услове инкрими-

нације условима *кажњивости* или и *својим* условима кажњивости (т. ј. условима, који се по њиховом погрешном схватању¹⁾ бића кривичног дела налазе *ван* тога бића), насупрот *унутарњим* (т. ј. онима, који сачињавају биће кривичног дела).²⁾ О погрешности назива услови *кажњивости*, особито у Бипартицији, в. *Основни проблеми*.³⁾ Неки веле још *објективни* услови кажњивости. Овај додатак је у Бипартицији нетачан, јер би изгледало, као да су њени т. зв. *лични* основи искључења казне субјективне околности, док су напротив и они објективне. У Трипартицији је пак тај додатак излишан, јер у њој кривично дело нема субјективних састојака. У њој је тај додатак потребан за означавање трећег елемента кривца.⁴⁾ *Beling* их назива *стварним* условима кажњивости (*sachliche Strafbarkeitsbedingungen*), за разлику од т. зв. *личних* основа искључења казне (*persönliche Strafausschließungsgründe*).⁵⁾ Али додатак „стварни“ је у Бипартицији излишан, пошто она не схвата (нити без противречности [особито код учења о саучешћу] са својим појмом кривичног дела као „кажњивог дела“ може схватити) одсуство својих т. зв. *личних* основа искључења казне као елеменат кривичног дела, већ напротив ове основе ставља *ван појма* истога.⁶⁾ Једино би се у Трипартицији, ако би и услове инкриминације (елеменат кривичног дела) и објективне личне услове кривичне одговорности (елеменат кривца) означили као „услове кажњивости“, имало да назову први *стварним*, а други *личним* условима кажњивости. Неки опет називају своје „услове кажњивости“ *другим* условима кажњивости, за разлику од *првих*, где би имали да спадају остали елементи кривичног дела.⁷⁾ Исто тако би се могло разликовати између услова инкриминације у *ужем* смислу, где би спадали они, о којима је овде реч, и услова инкриминације у *ширем* смислу, где би спадали сви атрибутивни елементи кривичног дела, према томе и услови инкриминације у *ужем* смислу. О излишности овог разликовања в. *Основни проблеми* § 10 пр. 57, а то важи и за поменуто разликовање бипартитиста између *првих* и *других* услова кажњивости (као и за њи-

¹⁾ В. *Основни проблеми* § 15 V.

²⁾ Н. пр. в. *Liszt* § 44 III, *Meyer-Allfeld* § 34 I (околности, вели, за кажњивост потребне *ван* „бића“), *Frank* 4. Abschn. VI („околности *ван* бића лежеће, које условљавају кажњивост радње“), *Haftner* § 27 I („околности, које леже *ван* бића и понавнише су независне од воље извршиоце“).

³⁾ § 10 пр. 57.

⁴⁾ В. *Основни проблеми* § 23.

⁵⁾ 57.

⁶⁾ В. *Основни проблеми* § 5 I 3 а (3).

⁷⁾ В. *Beling* 57.

хово горе назначено разликовање услова кажњивости у *спољње* и *уну-шарње*, засновано на погрешном схватању израза биће).¹⁾

б) Бипартисти нису издвојили своје „услове кажњивости“ као *особен* елемент у појму кривичног дела. Они их само подразумевају као *са-стојак* елемента „кажњивости“ у свом појму кривичног дела. Но ово је логички немогуће. То је само један од њих (*v. Liszt*) уочио, те их је код елемента „кажњивости“ свог појма кривичног дела издвојио као „*претпоставке наступања казненог угрожења*“, дакле само као *прећњиво-ставке* елемента „кажњивости“. В. о томе *Основни проблеми* § 10 II пр. 20.

2. Услови инкриминације могу бити *општи*, и то су они, који важе за *сва* кривична дела, без (*апсолутно* општи) или са изузецима (*релативно* општи), и *посебни*, и то су они, који важе само за *поједина* кривична дела или за *поједине групе* кривичних дела.²⁾ Другим речима општи су услови инкриминације они, којима мора одговарати свако дело (проузроковање), да би било кривично дело; а посебни они, којима мора одговарати само ово или оно дело или ова или она група дела, да би била кривична дела.

а) Има свега *два* општа услова инкриминације. Ниједно дело пре свега, и ако је противправно и у казненом закону предвиђено, не може бити злочинство или преступ, према томе (*arg. a m. a. m.*) у опште кривично дело, ако је извршено у иностранству од странца, а није кривично дело из §§ 4, 5 и 7 к. з. *Општи* је према томе услов инкриминације, да *кривично дело, ако није једно од оних из §§ 4, 5 и 7 к. з., није извршено у иностранству од странца*. То је дакле *апсолутно* општи услов инкриминације. Други *општи* услов инкриминације постоји за *истује, релативно* је дакле општи услов инкриминације. То је околност, да је дело извршено на територији *важења* з. о иступима (н. пр. срп. к. з., у коме то излази из §§ 7 ал. 2 и 8 ал. 2). В. § 44 VI.

б) Од *посебних* услова инкриминације пак наведен је већ (I) услов из § 308 к. з., који важи за два кривична дела. Ту спадају још н. пр. услови инкриминације из §§ 276 и 277 (завођење на обљубу је инкриминисано под условом, да се са заведеном женом не ступи у брак), 278 (одвођење из овог §-а је инкриминисано под условом неступања у брак), 344 и 351 (погоршање свог имовног стања је инкриминисано као банкротство под условима, да је услед тога над дужниковом имовином отворен стечај и да се пре изречене пресуде у случајевима банкрот-

¹⁾ В. за ове разне називе бипартиста *Belling* 57.

²⁾ *Belling* (53 II) назива прве *апсолутним*, друге *релативним* „условима кажњивости“. Он убраја погрешно и непостојање *стања* *нужде* у опште „услове кажњивости“. — В. о овој деоби *Основни проблеми* § 12 II 1.

ства, за које је изречен строги затвор или затвор, повериоци нису изјаснили, да су потпуно подмирени) и 352 к. з. (код простог банкрутства из § 345 т. 5 услов инкриминације је, поред горе поменута два услова инкриминације код банкрутства у опште, да дужника поверилац није подстрекао на спекулације, како би осигурао исплату свога потраживања). О овим као и осталим посебним условима инкриминације в. *Посебни део* код дотичних кривичних дела.

3. Има случајева, где може бити сумње о томе, да ли је извесна околност услов инкриминације или пак саставни део проузроковања (дела, т. ј. првог елемента кривичног дела) или (в. § 71) објективни лични услов кривичне одговорности (елеменат кривца). Тако код банкрутства је у Бипартицији спорно (в. *Посебни део* код банкрутства), да ли је отварање стечаја услов инкриминације („кажњивости“). Спор потиче услед недовољног одређења појма „услова кажњивости“ у Бипартицији. *Belling*, бипартиста, је поставио један критеријум за ограничење услова „кажњивости“ од околности, које то нису. Као такви услови се имају сматрати, вели он, околности, које са делатношћу извршиоцем стоје у слабој вези, не постоје пре његове радње (в. међутим II 2 а) и саме за себе су појаве ван кривично-правне сфере.¹⁾ Но овај критеријум се не показује основан, кад се покуша примена истог на кривична дела у питању. Општи критеријум се по нама, у Трипартицији дакле, садржи у следећој дефиницији, коју смо дали (в. *Основни проблеми* § 24 II 4 а) у циљу *ограничења* услова инкриминације од састојака првог елемента кривичног дела и објективних личних услова кривичне одговорности: *услови инкриминације су околности објективне или објективно-личне природе, за кажњивост потребне, које стоје ван прошив-правног дела (scil. ван кривичног дела као неправа, деликта) у казненом закону предвиђеног и ван обима виности (scil. ван виности у погледу на последицу), а мора да се урачунају саучеснику. На основу овог критеријума се питање, да ли је извесна околност услов инкриминације или што друго, има решити код сваког таквог кривичног дела посебице с обзиром на његову суштину. Тако проглашење за банкрота је услов инкриминације.*

4. Поред горе (в. 2) изнетих услова инкриминације, без којих, били они општи или посебни, кривично дело *не постоји*, има и услова *спрожије* или *блажије* (више или ниже) инкриминације (в. о њима *Основни проблеми* § 12 II 2). Према њима се претходни (в. 2) појављују на тај начин као услови инкриминације у *опшће* (дело, ма које или ово или оно, без њих у *опшће* није кривично дело), а они (врло ретки у

¹⁾ 59. — За његов и друге покушаје ограничења в. *Основни проблеми* § 24 пр. 2

к. з.) као услови *особене* (строжије, блажије или, изузетно, просто *особене*) инкриминације. Тако је трајање стања лишености слободе услов *особене*, строжије инкриминације код кривичног дела лишења слободе (§ 243 ал. 3 к. з.); а одсуство изјашњења поверилаца пре изречене пресуде о намирењу је услов *особене*, блажије инкриминације из § 351 к. з. код случајева банкротства, за које је изречена робија (в. и услов те врсте из § 399 ал. 3 ст. 1 к. з.). Сви ови услови инкриминације спадају у *специјалне* услове инкриминације, т. ј. нема ниједног општег (в. о томе *Основни проблеми* § 12 II 2 б). На тај начин *специјални* услови инкриминације су *двојаки*, услови инкриминације у опште и *особене*, док су *општи* услови инкриминације *само* услови инкриминације у *општем*.

5. Неки сматрају код кривичних дела *квалифицираних последицом* (в. § 63 VI) ову последицу као услов „кажњивости“.¹⁾ Но то је очигледно нетачно. Ова последица је саставни део проузроковања (дела).²⁾

II Услови инкриминације могу се делити, не само у опште и посебне (в. I 2) и у услове инкриминације у опште и *особене* (в. I 4), већ још *широјако*:

1. Услови инкриминације могу бити *позитивни* и *негативни*. *Позитивни* су, кад се састоје у захтеву, да извесна околност *постоји*, другим речима у *постојању* извесне околности. Тако позитиван је услов инкриминације из § 344 к. з. (отварање стечаја код банкротства). *Негативни* су пак они, који се састоје у захтеву, да извесна околност *не* постоји, другим речима у *непостојању* извесне околности. *Негативан* је услов инкриминације н. пр. онај из § 278 к. з. (вступање у брак код отмице).

2. Услови инкриминације могу даље бити *преходни*, *истовремени*, *каснији* и *мешовити*.³⁾

а) *Преходни* су они услови, који треба да постоје *пре* радње. Такав је услов инкриминације из § 352 к. з. (одсуство подстрекавања дужника од стране повериоца на спекулације код простог банкротства из § 345 т. 5 к. з.).

б) *Истовремени* су они услови инкриминације, који треба да постоје у *време* радње. Такви су услови наведена (I 2) два општа услова инкриминације. Такав је услов такође н. пр. постојање реципроцитета код увреде и клевете страног државног поглавара (§ 308 к. з.).

¹⁾ Тако *Beling* 54.

²⁾ Но в. *Основни проблеми* § 12 пр. 2.

³⁾ Ова деоба се не може заснивати на решењу питања о *времени* кривичног дела (в. § 32), већ на *радњи*, јер су *по правилу* елементи кривичног дела истовремени.

к. з.) као услови *особене* (строжије, блажије или, изузетно, просто особене) инкриминације. Тако је трајање стања лишености слободе услов особене, строжије инкриминације код кривичног дела лишења слободе (§ 243 ал. 3 к. з.); а одсуство изјашњења поверилаца пре изречене пресуде о намерењу је услов особене, блажије инкриминације из § 351 к. з. код случајева банкротства, за које је изречена робија (в. и услов те врсте из § 399 ал. 3 ст. 1 к. з.). Сви ови услови инкриминације спадају у *специјалне* услове инкриминације, т. ј. нема ниједног општег (в. о томе *Основни проблеми* § 12 II 2 б). На тај начин *специјални* услови инкриминације су *двојаки*, услови инкриминације у опште и особене, док су *општи* услови инкриминације *само* услови инкриминације у *опште*.

5. Неки сматрају код кривичних дела *квалифицираних последицом* (в. § 63 VI) ову последицу као услов „кажњивости“.¹⁾ Но то је очигледно нетачно. Ова последица је саставни део проузроковања (дела).²⁾

II Услови инкриминације могу се делити, не само у опште и посебне (в. I 2) и у услове инкриминације у опште и особене (в. I 4), већ још *широјако*:

1. Услови инкриминације могу бити *позитивни* и *негативни*. Позитивни су, кад се састоје у захтеву, да извесна околност *постоји*, другим речима у *постојању* извесне околности. Тако позитиван је услов инкриминације из § 344 к. з. (отварање стечаја код банкротства). Негативни су пак они, који се састоје у захтеву, да извесна околност *не* постоји, другим речима у *непостојању* извесне околности. Негативан је услов инкриминације и пр. онај из § 278 к. з. (веступање у брак код отмице).

2. Услови инкриминације могу даље бити *прећходни*, *истовремени*, *каснији* и *мешовити*.³⁾

а) *Прећходни* су они услови, који треба да постоје *пре* радње. Такав је услов инкриминације из § 352 к. з. (одсуство подстрекавања дужника од стране повериоца на спекулације код простог банкротства из § 345 т. 5 к. з.).

б) *Истовремени* су они услови инкриминације, који треба да постоје *у време* радње. Такви су услови наведена (I 2) два општа услова инкриминације. Такав је услов такође и пр. постојање реципроцитета код увреде и клевете страног државног поглавара (§ 308 к. з.).

¹⁾ Тако *Beling* 54.

²⁾ Но в. *Основни проблеми* § 12 пр. 2.

³⁾ Ова деоба се не може заснивати на решењу питања о *времени* кривичног дела (в. § 32), већ на *радњи*, јер су *по правилу* елементи кривичног дела истовремени.

Ако се из казненог закона не види јасно, кад треба услов да постоји, има се узети, да треба да постоји у време радње¹⁾.

в) *Каснији* су они услови инкриминације, који се могу испунити *штек после* радње. Такав је услов инкриминације извршење злочинства код непријаве његове припреме (§ 135 к. з.).

Према *Binding*-у услови „кажњивости“ (scil. инкриминације у *ојшише* в. I 4) не могу бити *каснији*, јер сви елементи кривичног дела морају бити истовремени. Сем тога не може се, вели, замислити, да државно право на казну делимично постаје, једним делом кад се је проузроковање догодило, другим кад је испуњен услов „кажњивости.“²⁾ Од каснијих услова кажњивости и других неких околности, које у ствари у опште нису услови „кажњивости“ (н. пр. извршење кривичног дела код саучешћа, стварно кајање), он је, делећи их све скупа у *суспензивне* и *резолутивне* услове „кажњивости“, створио појам *условног* кривичног дела, *суспензивног* и *резолутивног*.³⁾ За нетачност његовог појма *условно* кривично дело в. *Основни проблеми* § 12 V 2. Нетачна су такође наведена два његова аргумента против могућности *каснијих* услова инкриминације. Састојци првог елемента кривичног дела не морају на име настати истовремено. Тако н. пр. код убиства последица, смрт не мора бити истовремена с радњом. С друге стране пак право на казну не постаје делимично ни у случају *каснијих* услова инкриминације. У ствари постанак права на казну је у случају истих могућ (но в. III 1) *штек онда*, кад је испуњен услов инкриминације, ако је овај *позитиван* (н. пр. извршење злочинства код кривичног дела непријаве из § 135 к. з.), а⁴⁾ ако је он *негативан* (н. пр. [в. 2 б] одсуство изјаве поверилаца о потпуном намерињу код банкротства из § 351 к. з.) право на казну (према томе кривично дело) наступа *одмах* с радњом и само постаје *дефинитивно*, кад се тај услов испуни, гасећи се иначе. Из овога се уједно види, да су

¹⁾ Уп. *Beling* 65. Тако је за реципроцитет, услов инкриминације из § 308 к. з., спорно, да ли мора бити истовремен или може и касније бити испуњен. У § 308 к. з. се не вели ништа, кад треба да постоји реципроцитет, а *in dubio* има се узети, као што је речено, да услов инкриминације мора постојати у време радње. Према томе ако реципроцитет није постојао у време, кад је увреда нанета, али је зајемчен, пре него што је донета пресуда, кривично дело увреде ипак не постоји. Ако је пак реципроцитета било у време, кад је увреда нанета, али је престао, пре но што је пресуда донета, кривично дело увреде ипак постоји. Тако *Binding Normen* I 235, *Olshausen* §§ 4, 13, 102, 3. *Beling* вели (69), да је зато боље сматрати узајамност као процесну претпоставку. Према неким (v. *Liszt* § 170 II 1, *Frank* § 102 I) она треба да постоји и у време дела и у време осуђења.

²⁾ *Normen* I 235. Каснији услови инкриминације би иначе, вели, били „моћнији“, „значајнији“ но сам деликат (scil. противправно дело, неправо).

³⁾ В. *Основни проблеми* § 12 V I.

⁴⁾ Уп. против *Binding*-а *Beling* 67, но он ову другу могућност није уочио.

само кривична дела с каснијим, а негати́вним условима инкриминације условна (резолутивна) кривична дела (в. за овај наш појам *условног* кривичног дела, насупрот *Binding*-овом,¹⁾ *Основни проблеми* § 12 V 2).

г) *Мешовити* су они услови инкриминације, који могу бити и претходни и истовремени и каснији или²⁾ мора да буду и једно и друго.

3. Услови инкриминације могу најзад бити *облигаторни* и *факултативни*. Облигаторни су они, без којих не може по самом закону бити кривичног дела (у опште или појединог) одн. (в. I 4) особене врсте извесног кривичног дела. Такви су сви горе примера ради наведени услови инкриминације. Факултативни су пак они услови инкриминације, без којих не може бити кривичног дела (у опште или појединог) само по *оцени суда*. Такав је услов инкриминације неостајање брака на снази код службеног кривичног дела из § 399 ал. 3 ст. 2 к. з. (в. и услов из § 292 ал. 3 к. з. код браколомства).

III. *Последице неиспуњавања услова инкриминације су:*³⁾

1. *Право на казну* (и меру безбедности) не постоји (изузимајући случај *негати́вних каснијих* услова инкриминације, т. ј. *условна* кривична дела), јер још нема кривичног дела. Зато се кривични поступак не може покренути, а ако је покренут и до претреса је дошло, има се донети пресуда о ослобођењу од оптужбе (§ 280 к. с. п.). Али кад је (*scil.* каснији) услов испуњен има се узети, да је право на казну било прибављено већ у време проузроковања.⁴⁾

2. О *покушају* кривичног дела не може бити говора.

3. *Саучешће* и *подржавање* не постоје.

4. *Одузимање* или *уништење* ствари (§ 59 к. з.) не могу бити изречени, јер су и они једна врста кривичне санкције (мере безбедности).

5. *Лажно обвињавање* (§ 139 к. з.) не постоји, ако није испуњен услов инкриминације код лажно пријављеног кривичног дела (изузев

¹⁾ В. *Основни проблеми* § 12 VI за *Binding*-ов појам „двоструко условљеног казненог угрожења.“

²⁾ Тако се узима, и ако неумесно, од неких немачких писаца за реципроцитет (в. горе б пр. 1).

³⁾ Уп. в. *Liszt* § 44 III 3, *Frank* 4. Abschn. VIII, *Meyer-Allfeld* § 34 II, *Haftler* § 27 II.

⁴⁾ Уп. в. *Liszt* § 44 III 3 (који на основу тога неосновано узима, да је и пре наступања услова [*scil.* каснијег] правно могуће „предузимање *припремних* судских или полицијских корака“). — Ма како се решило питање о времену кривичног дела (в. § 32), *право* на кривичну санкцију, која се у *конкретном* случају има применити, може настати тек с наступањем *последнице*, пошто тек с њеним наступањем може настати казна за *свршено* кривично дело (што в. пр. в. *Liszt* § 44 III 3 превиђа, те се ослања на своје схватање о времену кривичног дела, узимајући, да је право на казну у случају испуњења каснијег услова „кажњивости“ настало у тренутку радње [сем ако и ту у радњу уноси и последицу]).

случај условних [в. II 2 в] кривичних дела,¹⁾ али тад је и само лажно обвинјавање условно кривично дело).

IV. Независни су од овог елемента кривичног дела (т. ј. он тада не улази у обзир):²⁾

1. *Време и место* извршења кривичног дела, јер за њих у опште могу бити меродавни једино састојци основног елемента кривичног дела (в. § 32).

2. *Застарелост исцраге* (§ 79 к. з.) из истог разлога као време и место извршења кривичног дела (1).

3. *Право на нужну одбрану*, јер је за њ' довољно, да постоји противправан напад, а напад је противправан без обзира на то, да ли су испуњени услови инкриминације.

4. *Постојање подржавања* (в. § 30 IV 3). Помагање у смислу § 141 к. з. после наступања последице, а пре испуњења услова инкриминације, подржавање је, а не саучешће, јер за постојање саучешћа је потребно, да је помоћ указана пре наступања последице, а за постојање подржавања опет није потребно, да се је његова радња догодила по испуњењу услова инкриминације.

5. *Виност*, јер се она односи само на радњу одн. на последицу и изузетно на противправност проузроковања.

V. Од услова инкриминације треба разликовати т. зв. *процесуалне претпоставке* (Prozessvoraussetzungen).³⁾ То су околности, од којих не зависи постојање кривичног дела (кривично дело може постојати, и ако оне не постоје), према томе постојање права на казну, већ само правна важност разних процесуалних радњи (у опште остварење права на санкцију). Ту спадају н. пр. судска надлежност, претпоставке, под којима се може повести кривични поступак против јавних службеника, и т. д.

Пошто ове претпоставке немају никаквог утицаја на постојање кривичног дела, о њима не може бити говора у систему Кривичног права. Оне припадају Кривичном поступку.

1. По *времену*, кад треба да постоје у односу на *кривично дело*, процесуалне претпоставке могу бити (исто као услови инкриминације, в. II 2) *прећходне, истовремене, касније и мешовите*, и ако су најчешће касније.⁴⁾ Тако је за надлежност војних судова за *обична кривична*

¹⁾ Ово се превиђа од писаца у претходној пр. наведених. Уп. *Посебни део* § 34 I 7.

²⁾ Уп. *v. Liszt* § 44 III 4, *Frank* 4. Abschn. VIII, *Meyer-Allfeld* § 34 II, *Hatter* § 27 II.

³⁾ Уп. *v. Liszt* § 44 IV, *Frank* 4. Abschn. VII, *Meyer-Allfeld* § 62 II, *Hatter* § 27 III. Називају се још претпоставкама тужљивости или прогона (в. *Frank* I. с.)

⁴⁾ Уп. *Beling* 68. Нетачно *Binding* (Normen 1* 135), према коме се процесуалне претпоставке одликују од услова „кажњивости“ (који — в. II 2 в — по њему не могу бити каснији) и по томе, што ове мора да су *касније*. В. против њега *Beling* I. с.

дела процесуална претпоставка, да је извршилац у време извршења кривичног дела био војно лице (§§ 11-20 в. к. с. п.). Ова процесуална претпоставка је дакле *истовремена* с кривичним делом.

2. Има три околности, које се сусрећу код *већег* броја кривичних дела, а о којима постоји спор, да ли су процесуалне претпоставке или напротив услови инкриминације („кажњивости“). То су *приватна тужба, предлог и одобрење*. Зато ће о њима бити овде (§§ 47 и 48) говора (и ако строго узев и учење о њима спада у Кривични поступак), као и због тога, што су оне постављене у самом к. з. (гл. 10, в. § 47 I и посебни део к. з.).¹⁾

3. Има сем тога извесних околности *посебног* значаја, т. ј. наведених посебице код неких кривичних дела, за које је спорно, да ли су услови „кажњивости“, т. ј. инкриминације или само процесне претпоставке код дотичних кривичних дела. Тако је код брачне обмане то спорно за захтев оглашења брака за неважећи (§ 291 ал. 3 к. з.).²⁾ О овим околностима биће говора код дотичних кривичних дела.

§ 47. Приватна тужба.

Књижевност. — *Живановић* О тужби лица повређеног кривичним делом у П. г. 1910. *Fuchs* Anklage und Antragsdelikte 1873 и G A 19 82. *Koch* G A 19 161. *Hälschner* G A 19 366. *Klebs* G A 19 569. *v. Bar* G A 19 641. *Franke* G A 20 58, 306. *Zum Sande* G A 21 426. *Tessendorf* G A 21 332. *Reber* Antragsdelikte 1873. *v. Schwarze* G S 25 169. *v. Liszt* G S 29 187 (Aufsätze I 36). *v. Kirchenheim* Die rechtliche Natur der Antragsdelikte 1887. *Nessel* Die Antragsberechtigten des deutschen Strafgesetzbuches 1873. *Samuely* G S 32 I. *Lehmann* Zur Lehre vom Strafantrage 1881. *Medem* Beseitigung des Antragsdelikts G S 29 509. *Brodbeck* Schweizer Z I 475. *Köhler* Die Lehre vom Strafantrage (*Beling* Heft 18) 1898. *Gerland* G S 57 81. *Pollack* G S 62 388. *Eulau* Geteilter, bedingter, unter Vorbehalt gestellter Strafantrag (*Beling* Heft 60) 1905. *Boitze* G S 32 433. *Herzog* G S 33 388. *Holtzapfel* G A 30 428. *Barnau* Stellvertretung im Strafrecht und Strafprozess 1890. *Cohn* Die Stellvertretung beim Strafantrag 1893. *Dietz* Die Stellvertretung beim Strafantrag 1900. *Herzog* Stellvertretung beim Strafantrag 1904. *Allfeld* Antrag und Ermächtigung, Vergl. D. 2 160. *v. Bar* 3 293. *Kuhn* Vererbung und Übertragung des Strafantragsrechtes (Diss.) 1906. *Flex* Der Verletzte im Sinne des § 65 1914. *Stalder* Der Strafantrag im schweizerischen Recht (*v. Lil.* Heft 186) 1915. *Deeg* Inhalt und Ausübung des Strafantragsrechtes (Diss.) 1933.

I. Има кривичних дела (не у в. к. з.), по којима се кривично гоњење само онда може оглочити и чији извршилац може према томе само онда бити кажњен, ако постоји тужба лица повређеног кривичним делом и у опште лица овлашћеног на тужбу, т. зв. *приватна тужба* (§ 86 к. з.

¹⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 62 II, *v. Liszt* § 45 III.

²⁾ В. за § 170 и 172 нем. к. з. *Frank* § 172 III 1. *Beling* узима (64), да се касније околности треба у случају сумње да сматрају као процесуалне претпоставке.

[в. § 48 за *предлог* и *одобрење*, који се траже код неких кривичних дела]). Тужба је дакле (исто као и сам предлог и одобрење) *изјава воље од стране повређеног и у ошће на тужбу овлашћеног, да се поведе гоњење по извесном кривичном делу.*¹⁾ За која се кривична дела извршилац може гонити само по приватној тужби, изрично је наглашено у законским прописима, где се о истима говори (§ 86 к. з.). Таква су кривична дела н. пр. извесни случајеви крађе и утаје (§ 325 ал. 1 к. з.) и браколомство (§ 292 ал. 2 к. з.). Њихов број је незнатан према броју кривичних дела по *службеној дужности*, т. ј. групи кривичних дела, где се кривично гоњење предузима и води службено (*ex officio* [т. зв. *официјална* кривична дела]).²⁾

II. На разне начине се је *образложавало* захтев приватне тужбе (и предлога и одобрења) повређеног код ових кривичних дела.

1. *Binding*³⁾ наводи неколико могућих разлога ове установе, али с обзиром на природу кривичних дела, за која се по к. з. гони по тужби приватног тужиоца, он налази само један за уместан. Законодавац је, вели, хтео у овим случајевима, да главни циљ казне потчини споредном: *задовољењу* повређеног кривичним делом, те се казна има овде схватити првенствено као *задовољење* повређеног (*Privatgenugtuung*). Разлог не изгледа ни мало оправдан, јер би онда изашло, да право на казну припада, у опште или бар у првом реду, у овим случајевима појединцу, да дакле казна ту није казна у смислу данашњег кривичног права.

2. *Hälschner* вели, да разлог треба тражити у томе, што код ових кривичних дела постоји опасност, да се кривичним гоњењем по службеној дужности интерес повређеног или интерес штићења моралних односа између породичних чланова повреди више него ли самим кривичним делом, што би према томе гоњење без тужбе ту било *штетно*.⁴⁾ Овај је разлог тачан, али није у стању, да објасни све случајеве, где се гоњење врши по тужби.

3. Према *Meyer-Allfeld* у треба разликовати две групе кривичних дела по тужби: 1^о она, где је гоњење бeз тужбе повређеног *непотребно*, а то су кривична дела, која се састоје у *незнајној* повреди личности или имовине (као лаке телесне повреде и просте крађе), и 2^о она, где би гоњење без тужбе повређеног било претежно *штетно*, а то су (и

¹⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 63 I, v. *Liszt* § 45 III 1 за Antrag (предлог), који се у нем. к. з. захтева чешће по приватна тужба (*Privatklage*; особито код увреда и телесних повреда) и који је у овом к. з. одређен у § 61 — 65.

²⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 63 I.

³⁾ Он је противан иначе установи предлога и тужбе.

⁴⁾ I 711.

тежа) кривична дела против моралности и она, која задиру у породичне односе (н. пр. сродничка крађа [§§ 324 и 325 к. з.]), и у опште, она код којих би гоњење без тужбе повређеног могло овоме нанети више штете но само кривично дело.¹⁾

4. *v. Liszt* разликује такође две групе кривичних дела по тужби: 1^о она, код којих је повреда правног добра само онда од значаја за јавно-правни поредак, кад се повређени *осећа* повређеним и то осећање изјави у облику тужбе (каква су кривична дела против моралности), и 2^о она, код којих државни интерес на кривично гоњење постоји, али где је држава *поштинила* овај свој интерес могућем интересу *повређеног*, да се не гони, где она дакле задовољава свој интерес на гоњење само онда, кад повређени тужбом изјави, да нема противни интерес, другим речима где би гоњење без тужбе (због *strepitus-a fori*) било *штетно*.²⁾ Образложења *Meyer*-ово и *Liszt*-ово поред своје добре стране, да воде рачуна о разлици, која у погледу *правног основа* постоји међу кривичним делима по тужби, нису ипак у стању, да обухвате сва ова кривична дела.

5. Тако исто је неуместан разлог, који се обично наводи од француских писаца: законодавац је држао, да интерес друштвени мора уступити пред вољом интересованог, појединца који ћути.³⁾ Не образлажава се на име, зашто друштвени интерес мора да уступи пред приватним.

6. Према нашем мишљењу треба разликовати *три* групе кривичних дела по приватној тужби (а то важи и за кривична дела по *одобрењу* и *предлогу*, в. § 48). *Општи* (крајњи, последњи) разлог за захтев приватне тужбе (одобрења и предлога) је за све три групе *бесциљности* казне без подношења тужбе, према томе њена неумесност, пошто њен разлог (материја, супстанца њена) лежи у њеном циљу. Другим речима ако нема те тужбе, постоји истина напад на једну индивидуалну потребу постојања друштва — државе, на једно правно добро (за разлику од случаја основа искључења противправности, а слично случају непостојања објективних личних услова кривичне одговорности), те могу постојати кривично дело и кривац, али је кажњавање неумесно с гледишта циља казне. Но *разлог* те бесциљности, према томе неумесности није *истовешан* код све *три* групе кривичних дела по приватној тужби (одобрењу или предлогу). (1) *Прву* групу чине она кривична дела, код којих повреда дотичних добара може бити *различне штежине* и гоњење без приватне тужбе се у случајевима

¹⁾ § 63 I. Слично *Frank* § 61 I (1^о незнатност деликта и 2^о колизија оправданих интереса повређеног с интересом правосуђа, т. ј. приватног интереса на негоњење и јавног на гоњење).

²⁾ § 43 II 1 и 2.

³⁾ В. *Garçon* art. 336, 52.

незгодно повреде или чак (које случајеве је теже *in abstracto* одредити) у *општо* појављује као излишно. То је случај н. пр. с преваром из невоље, где је према § 338 ал. 3 к. з. потребан предлог, ако је штета највише до 300 динара (за приватну тужбу нема у к. з. сличних случајева, т. ј. захтевања приватне тужбе у случају *незгодно* у закону одређене тежине), одн. с повредом фабричне или трговинске тајне из § 368 к. з., где је у опште потребна приватна тужба. (2) Другу групу чине она кривична дела, где би гоњење без приватне тужбе могло нанети *штети* повређеном или његовој целој породици, већу можда од штете нанете им кривичним делом. То је случај н. пр. с браколомством и са сродничком (и т. д.) крађом, утајом и преваром, где је увек потребна приватна тужба (§§ 292 ал. 2, 325 ал. 1 и 341 к. з.). (3) Трећу групу чине она кривична дела, где се заштита добра средством изрицања казне појављује као излишна, ако сам повређеник тужбом не изјави, да дотично дело, које се објективно појављује као повреда његовог добра, те сачињава кривично дело, он сам *осећа* као повреду свога добра. Ово је случај с увредом и клеветом приватног лица (§ 313 т. 1 к. з., где се захтева приватна тужба). Тако код увреде (§ 297 к. з.) интиман додир једне девојке може од ове бити осећан као увреда или не, и зато је сасвим разумљиво, што водећи о томе рачуна законодавац захтева приватну тужбу (и ако се, кад је тужба већ подигнута, постојање изјаве омаловажавања цени објективно). Кад би се гоњење вршило по службеној дужности, извршилац интимног додира могао би бити кажњен, и ако се такав додир није осетио као увреда.

III. Врло је спорно, да ли је приватна тужба (предлог и одобрење) *услов инкриминације* („услов кажњивости“) или *процесна претпоставка*, т. ј. околност, од које само зависи, да ли ће се извршилац моћи гонити.

1. Према већини она је *процесна претпоставка*.¹⁾ Кривично дело (н. пр. браколомство) постоји на тај начин, и ако тужба није подигнута. Ово је мишљење једино умесно с гледишта позитивног права (в. 2). *De lege ferenda* међутим треба чинити већ наведену разлику међу кривичним делима. На име код кривичних дела *шреће* (в. II 6 (3)) групе подизање приватне тужбе треба сматрати као *услов инкриминације*, јер ту постојање кривичног дела зависи, с обзиром на *ratio legis*, од осећања повређеног, тако да кад лице у питању не осећа радњу као напад на своје добро о кривичном делу не може бити говора.²⁾

2. Према некима подизање тужбе од стране повређеног је *услов инкриминације* („кажњивости“). Радња код кривичних дела по приватној тужби

¹⁾ Тако н. пр. в. *Liszt* § 45 III, *Finger* 189, *Garçon* art. 336, 6 и 52, *Garraud* 5 п. 378 и 379, *Meyer-Alfeld* § 62 I и II, *Sauer* Grundlagen des Prozessrechts (1919) 335.

²⁾ Тако и в. *Liszt* § 45 II 1.

према схватању законодавчевом је у *ојшће*, вели се, *подобна* да повреди одн. угрози добро, а да ли је она у *конкретном* случају то дејство имала, да ли према томе она у ствари сачињава кривично дело, зависи од тога, да ли је она тужба подигнута.¹⁾ Но ово би значило, да постојање кривичног дела зависи од самовоље појединца.

3. Према неким најзад тужба од стране повређеног је и услов инкриминације и процесна претпоставка.²⁾ Она лежи, како вели *Olshausen*, на граници материјалног и формалног права, не припада ниједном искључиво, али засеца у обе области. Њен материјални значај лежи у томе, што од ње зависи, да ли ће бити казне, пошто је државно право кажњења условљено подизањем тужбе, а формални у томе, што се без ње не може отпочети кривични поступак.

IV. Кривична дела по приватној тужби (одн. по предлогу и одобрењу) разликују се у *ајсолућна* и *релативна* (субјективна).³⁾

1. *Ајсолућна* кривична дела по приватној тужби су она, за која се у свим случајевима, без икаквог изузетка дакле, гони по приватној тужби. Тако браколомство (§ 292 ал. 2 к. з.).

2. *Релативна* (субјективна) кривична дела по приватној тужби су она, за која се гони по приватној тужби само код *појединих* врсти извесног кривичног дела, на име само под извесним *прећипоставкама* (н. пр. увреда и клевета само ако је нападни објекат приватно лице, § 313 т. 1 к. з.; крађа и превара по предлогу само у вредности највише до 300 динара, § 320 ал. 6 к. з.), или само онда, ако постоје у време извршења *лични односи* одређене врсте између повређеног и извршиоца (н. пр. сродничка [и т. д.] крађа, утаја и превара, §§ 325 ал. 1 и 341 к. з.).

V. 1. Кад се кривични поступак по некојем кривичном делу води по приватној тужби (одн. по предлогу или одобрењу), онда то важи и за *покушај* истога као и за *саучешће* (подстрекавање и помагање) у њему. За *подржавање* (§ 141 к. з.) је ово врло спорно. Према неким и за њега то важи само код *релативних* кривичних дела по приватној тужби.⁴⁾ Према другима то важи само за лично (какво у к. з. [за разлику од срп. к. з.] једино и постоји) и у напред обећано подржавање, али не за стварно.⁵⁾ Према неким опет то не важи за подржавање ни у ком случају (што је у складу и с консеквенцама акцесорне природе

¹⁾ Тако *Merkel* 237, *Birkmeyer* 54, *Kohler* *Patentrecht* 519, *Köhler* 19.

²⁾ Тако *Hälschner* I 811, *Schütze* 166, *Binding* 661, *v. Bar* 3 298, *Olshausen* § 61, 1.

³⁾ Уп. *Frank* § 61 I, *v. Liszt* § 45 III 3, *Wachenfeld* 282.

⁴⁾ Тако *Merkel* II 3 738, 4 427.

⁵⁾ Тако *Olshausen* § 257, 49.

саучешћа).¹⁾ Према неким најзад то за подржавање важи увек.²⁾ Према к. з. (§ 141 у вези с §§ 85 и 86) подржавање је кривично дело по службеној дужности.

2. Ако је некоје кривично дело по приватној тужби у *идеалном* стицају с извесним кривичним делом, за које се гони по службеној дужности, н. пр. браколомство с родооскрвњењем, оно ипак остаје кривично дело по тужби, а ово друго по службеној дужности.

VI. Овлашћење на приватну тужбу код кривичних дела по приватној тужби је *право* (в. § 87 ал. 2 и н. пр. § 292 ал. 2 ст. 2 к. з.).³⁾ Оно се састоји у томе, што се само по изјави воље овлашћеног на приватну тужбу може повести кривични поступак. Ово право је једно *јавно-правно* овлашћење (т. ј. право према *држави* као носиоцу права на казну).⁴⁾ Но свако *овлашћење* на тужбу не сачињава ипак једно *право* (в. 3 а).

1. Код неких кривичних дела по приватној тужби (и предлогу) је изрично речено, *ко* је овлашћен на тужбу. Тако код браколомства само муж одн. жена може тужити (§ 292 ал. 2 к. з.). Кад није ништа о томе речено, има се узети, да је на тужбу овлашћен једино *повређени*. То је пак онај, чије је добро, против којег је по своме бићу управљено кривично дело у питању, т. ј. добро *непосредно* повређено одн. угрожено тим кривичним делом (в. за особен случај преваре *Посебни део*),⁵⁾ дакле не сваки, чији је ма какав интерес њиме повређен одн. угрожен, или на чију је правну сферу напад управљен (дакле *посредно* или *узгредно* повређени), као што тврде, прво *Kessler* а друго *Köhler*. То се види по томе, што се у закону, где се хоће да да овлашћење на тужбу и *другим* лицима, то изрично каже.⁶⁾ Изузетно се само пак у закону даје овлашћење на тужбу и *другим* лицима (н. пр. у случају увреде и клевете јавног службеника из § 302 к. з., где право предлога има и „старија власт“ [§ 313 т. 2 к. з.]).⁷⁾ Код увреде и клевете *умрлог* лица овлашћење на тужбу имају брачни друг, родитељи, деца, браћа и сестре (§ 313 т. 1 к. з.). За својство повређеног меродавно је време извршења⁸⁾ За одобрење се увек каже, *ко* је овлашћен на то (§ 313 т. 2 к. з.).

2. Ако су *више* њих овлашћени на тужбу, онда је право на тужбу сваког појединог *независно* у сваком погледу од права осталих. Огуда је могуће, да право једног засгара, а другог не (§ 86 ал. 2 к. з.).⁹⁾

¹⁾ *Binding* 637.

²⁾ Уп. *v. Liszt* § 183 III 4, *Köhler* 30.

³⁾ Прот. *Thon* Rechtsnorm und subjektives Recht 138, *Holtzapfel* G S 30 433.

⁴⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 63 IV, *v. Liszt* § 45 III 6.

⁵⁾ Уп. *v. Bar* 307, *v. Liszt* § 45 III 1, *Frank* § 61 III, *Finger* 193, *Meyer-Allfeld* § 63 IV.

⁶⁾ Уп. *Frank* § 61 III.

⁷⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 63 IV.

⁸⁾ Уп. *v. Liszt* § 45 III 1 а.

⁹⁾ Уп. *v. Liszt* § 45 III 1, *Meyer-Allfeld* § 63 IV.

Но на тужбу ма и само једног овлашћеног имају се кривично дело и кривац да узму у разматрање као такви у целини, т. ј. у односу на све повређене.¹⁾ Тако се н. пр. у случају крађе против претка и потомка у споредној линији (§ 325 к. з.) има да утврди постојање крађе и крадљивца не само у погледу повређеног претка, који је тужбу подигао, већ и у погледу повређеног потомка, који тужбу није подигао. Извршење казне се ограничава наравно на повреду тужиоца, и ако казна обухвата цело кривично дела и кривца.

3. За овлашћење повређеног на тужбу претпоставка је, да је навршио 16 година (§ 87 ал. 1 к. з.). Ако их није навршио, за подношење тужбе је овлашћен његов законски заступник (т. зв. *нужно* заступништво), а ако их је напунио, на тужбу је поред њега (т. зв. *допуштено* заступништво) овлашћен и његов законски заступник (§ 87 ал. 1 к. з.).²⁾ За пунолетна лица, која су по грађанском праву неспособна за правне послове (н. пр. распикуће, глувонеме) у закону се ништа у погледу овлашћења на тужбу не каже, из чега излази, да су она овлашћена на тужбу. Али се, аналогно у закону за малолетнике од пуних 16 година прописаном, има узети, да су на тужбу овлашћени и њихови законски заступници,³⁾ изузимајући ипак случајеве, где је изрично казано, да само ово или оно лице може подићи тужбу (н. пр. § 292 ал. 2 к. з.).⁴⁾⁵⁾ Личност законског заступника одређена је у грађанском праву. За правна лица на тужбу је овлашћен њихов заступник (*нужно* заступништво).⁶⁾ За овлашћење малолетника и помевутих законских заступника меродавно је време подношења тужбе.⁷⁾

¹⁾ Тако *Meyer-Allfeld* § 63 IV, *Olshausen* § 61, 58 в, *Binding* 632. Прот. *Merkel* H N 4 415, *Beling* 230, *Herzog* G S 26 202.

²⁾ Уп. за § 65 нем. к. з. *Meyer-Allfeld* § 63 IV, *Frank* § 65 I и IV, в. *Liszt* § 45 III 1.

³⁾ У § 65 ал. 2 нем. к. з. је за ова лица прописано, да је на тужбу овлашћен само законски заступник. Уп. в. *Liszt* § 45 III 1 в.

⁴⁾ Уп. *Frank* § 65 II 1. Уп. и *Garçon* art. 336, 56.

⁵⁾ У овим случајевима тужбу не може дакле подићи ни законски заступник душевно оболелог (мужа н. пр. у случају браколомства; тако *Garçon* art. 336, п. 54 против супротног мишљења заступљеног од веких француских писаца). Ако је оболели поднесе у време луцида интервала, она је пуноважна у случају да се утврди његова подобност за свест о своме делу (тако *Garçon* art. 336, п. 55).

⁶⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 63 IV, *Frank* § 60 IV, в. *Liszt* § 45 III 1 в. У случајеве законског заступништва спада (в. за нем. к. з. *Meyer-Allfeld* § 63 пр. 27, *Sauer* Z 37 192, док га *Frank* § 61 IV 2 в α сматра [в. 5] као заступника у вољи: његова тужба важи, вели, и ако је јасно, да ју је поднео против воље з: јединичког стечајног дужника) и случај (и подобни) управитеља стечајне масе (§ 86 стеч. з.), који је законски заступник заједничког стечајног дужника.

⁷⁾ Уп. в. *Liszt* § 45 II 1.

а) За законског заступника се у наведеним случајевима не може рећи да има *право* на тужбу, већ он само врши за другога право тужбе, т. ј. *заступља* га (теорија *заступништва*, насупрот *правној* теорији, према којој законски заступник има *сојствено* право, т. ј. право да у сопствено име, „у сопственој личности“ тужбу подноси).¹⁾ То излази и из самог начина изражавања у закону (§ 87 к. з.: „за децу...“).

б) Ако је законски заступник извршилац кривичног дела по приватној тужби или подстрекач и помагач, или је неспособан за правне послове или противно дужности одуговлачи или одбија да тужбу поднесе, онда би требало да старатељски суд (судија) посебице ради подношења тужбе постави стараоца.²⁾

4. Тужба се може подићи преко *пуномоћника* (заступника, мандатора). Пуномоћство на подизање тужбе је пуномоћство на заступништво у *изјави* воље, да се поведе кривично гоњење против извршиоца кривичног дела. Пуномоћје може бити изрично или прећутно, али не претпостављено.³⁾ Оно може бити дато само по извршењу кривичног дела по тужби⁴⁾ и мора бити специјално.⁵⁾ Но пуноважно је пуномоћство дато генералном пуномоћнику, да подиже тужбу против извршилаца кривичних дела, која су управљена против имовине.⁶⁾

5. Спорно је, да ли је допуштено заступништво у *вољи*, т. ј. у одлуци, да се тужба подигне или не подигне, тако да сам пуномоћник има решити, да ли ће то учинити или не. Узима се, да је по правилу немогуће заступништво у вољи.⁷⁾ Повређени треба сам да осећа кривично дело, против њега извршено, као дело, за које треба да се казни. Али изузетно би требало допустити заступништво у вољи онеме, који има

¹⁾ Тако за § 65 нем. к. з. *Meyer-Allfeld* § 63 IV, *Olshausen* § 65, 15, *Wachenfeld* 279, *Köhler* 427, *Allfeld Vergl. D. Allg. T.* 2 178. Прот. *Frank* § 65 II 2 (позивајући се на текст законски), *Binding* 627, *Schwartz* § 65, 3, *Beling Z* 28 707, *Coenders GS* 83 336, *Sauer Z* 37 193 (овлашћење законског заступника на тужбу се претвара у право на тужбу само кад је малолетник напунио 18 година). *Reichsgericht* је колебањив Е 4 145 (теорија заступништва), Е 13 115 (правна теорија)

²⁾ Тако (на основу § 1909 нем. грађ. з.) *Meyer-Allfeld* § 63 IV (наводећи само неспособност за извршиштво и правне послове), *v. Liszt* § 45 III 1 (наводећи све три околности, али место немарности пропуштање да се тужба подигне, што је неосновано, јер онда је право на тужбу већ изгубљено), *Frank* § 65 II (наводи најпре суделовање у кривичном делу, позивајући се на неколико §§-а грађ. з., затим одбијање). Прот. *Olshausen* § 65, 7. Прот. и *Fuchs* 63 (службено се има гонити у прва два случаја).

³⁾ Тако *Meyer-Allfeld* § 63 пр. 71, *Olshausen* § 61, 15, *Schwartz* § 61, 4 в.

⁴⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 63 пр. 71 (накнадно пристајање је без важности), *Garçon* art. 336, 62.

⁵⁾ Уп. *Garçon* art. 336, 62.

⁶⁾ Тако *Olshausen* § 61, 18, *Meyer-Allfeld* § 63 VI.

⁷⁾ *B. v. Bar* 3 § 138, *Frank* § 61 IV 2 в.

генерално пуномоћије за чување имовинских интереса (§§ 612 и 612 срп. г. з.), кад је кривично дело по тужби управљено против имовине, а давалац пуномоћства се налази у немогућности, да сам штити своје интересе (налази се н. пр. на далеком путовању, или је ишчезнуо).¹⁾ То је нужна последица генералног имовинског заступништва. Неки усвајају овај изузетак и за остале интересе, у колико старање о тим интересима може бити пренето на другог и у ствари је пренето.²⁾ Други опет овај изузетак ограничавају на имовинске интересе, али узимају, да је код имовинских кривичних дела допуштено заступништво у вољи (изрично или, што је, веле, ствар тумачења, особито код генералног пуномоћства, прећутно) пуномоћнику у *ошће*, а не само генералном, и то без обзира на то, да ли је давалац пуномоћства у немогућности, да изјави своју вољу или не.³⁾

6. *Одрицање* права на тужбу, извршено уговором или једнострано, судски или вансудски, *без важности* је.⁴⁾ Повређени има дакле ипак право на тужбу. Право државно на кривично гоњење је и иначе ограничено тиме, што је примена његова стављена у зависност од подизања тужбе, те би било неумесно, да се још и даље ограничава. Сем тога приватно правни послови, као што је одрицање права на тужбу, не могу имати важности у питањима јавно-правне природе, као што је вршење државног права на кривично гоњење. Ово исто важи и за *прашћање* кривцу од стране овлашћеног на тужбу и за одрицање права на тужбу у ма ком другом облику.⁵⁾ § 397 т. 2 срп. к. з. међутим прописује, да се за *иступе* по тужби праштањем губи право на тужбу. Мора се према томе признати то исто дејство у погледу иступа и *одрицању* права на тужбу.

¹⁾ в. *Bar* (I. с.) усваја неумесно овај изузетак без обзира на то, да ли је давалац пуномоћства у немогућности, да изјави своју вољу или не. Против сваког изузетка *Beinig Reichsstrafprozessrecht* 93, *Binding* 652, *Finger* I 195.

²⁾ в. *Liszt* § 45 III 1, *Olshausen* § 61, 17 (за § 123).

³⁾ Тако *Meyer-Alfeld* § 63 VI, *Frank* § 61 IV 2 в β (чинећи поред изузетка за кривична дела против „нематеријалних добара“ изузетак и за релативна кривична дела по тужби или кад иначе из личних односа између извршиоца и повређеног проистиче сумња; и наглашавајући, да је овде реч о „*несамосталном*“ заступништву у вољи, тако да на место овлашћеног од њега *изведену* вољу изражава други по пуномоћију, јер се самостално заступништво може, вели, само законом установити, убрајајући ту неумесно случај управитеља стечајне масе), *Köhler* 65.

⁴⁾ Тако в. *Liszt* § 45 III 5, *Olshausen* § 61, 49 а, *Meyer-Alfeld* § 63 IV, *Reichsgericht* E 14 202. Прот. в. *Bar* 3 332, *Finger* 206, *Hälschner* I 721 (али он само за судско одрицање), *Schwartz* G S 25 257. Прот. и раније немачко опште право и неки покрајински к. з. (н. пр. баварски од 1861). Уп. *Meyer-Alfeld* I. с.

⁵⁾ Тако *Meyer-Alfeld* § 63 пр. 40, *Olshausen* § 61, 49 а, *Hälschner* I 721. Прот. *Finger* I 206.

7. Право на тужбу је као *јавно* право *чисто* *личне* природе, те зато не треба да је *наследно*.¹⁾ Неки пак разликују два случаја: 1⁰ кад је добро повређено кривичним делом *чисто* *личне* природе, н. пр. слобода, част и т. д.; 2⁰ кад је оно *материјалне* природе, н. пр. имовина. Право на тужбу је, веле, у другом случају наследно, јер наследник повређеног добра има се и сам сматрати као повређени.²⁾ Ово је нетачно. Истина је, да је наследник оштећен кривичним делом, али се он не може сматрати као повређени с кривично-правног гледишта, јер је за то потребно, да је оштећен у тренутку извршења кривичног дела (в. 1). *Binding* узима, да право на тужбу прелази на наследнике, кад је кривичним делом повређено *жиговно* или *творачко* право, јер се распростирањем робе и егземплара дела наслеђено *жиговно* и *творачко* право трајно вређају.³⁾ Али повреда ових права није трајно кривично дело. Према томе распростирањем извршене нове повреде истих су кривично-правно ирелевантне, те се наследник не може сматрати као повређен кривичним делима у питању.⁴⁾ По § 87 ал. 2 к. з. (незастарело) право на тужбу прелази на одређена сродна лица, и то без обзира на то, да ли су она имовински наследници. Ти *наследници* *права на тужбу* (*кривично* наслеђе) су брачни друг, деца и родитељи. Но од тога има изузетака (н. пр. § 292 к. з.: право на тужбу за браколомство гаси се смрћу повређеног мужа одн. жене).

8. Кад је тужба подигнута (одн. предлог поднет), кривично гоњење одн. суђење се продужују и *по смрти* тужиоцевој, ако се за то изјасне лица на такву изјаву у § 87 ал. 2 к. з. (§ 51 ал. 4 к. с. п.) овлашћена (брачни друг, деца и родитељи). Ако је пак тужба подигнута од *заступника* (пуномоћника, в. 4), пошто је на тужбу овлашћени већ душевно оболео или умро, кривично се гоњење не може започињати, јер је могуће да би се овај предомислио, одн. ако је умро право на продужење поступка прелази према реченом на наследнике (в. 7) права на тужбу. Исто тако ако би повређени сам написао тужбу и дао неком, да је преда надлежној власти, но он оболео душевно, пре но што је овај то учинио.⁵⁾

VII. Право на тужбу *застапева* за три месеца за злочинства и преступе (§ 86 ал. 2 к. з.) и такође за три месеца по срп. к. з. за иступе (§ 396). За иступе рок почиње по срп. к. з. од дана, кад су *извршени* (§ 396),

¹⁾ Тако *Merkel* 241, *Meyer-Allfeld* § 63 IV, *Garçon* art. 336 и 337, n. 53, *Finger* I 195. Прот. *Fuchs* 56. Тако и *de lege ferenda Hälschner* I 716, прот. *Allfeld* Vergl. D. Allg. T. 2 224, *Kuhn* 67.

²⁾ *v. Liszt* § 45 пр. 14, *Frank* § 61 V.

³⁾ 624 (под 5 с), *Lehrb.* I 477.

⁴⁾ Уп. *v. Bar* 3 311 пр. 513.

⁵⁾ Тако *v. Bar* 3 312 пр. 517 а. Прот. за овај случај *Olshausen* § 61 13, *Köhler* 67.

за злочинства и преступе међутим од дана, кад приватни тужилац *сазна* за злочинство или преступ и за кривца („учиниоца“) (§ 86 ал. 2 к. з.). Ако би се дакле за иступ дознало после одређеног рока, тужба се ипак, не може подићи, док код злочинства и преступа рок за тужбу тек онда почиње да тече. За *наследнике* права на тужбу (в. 7) почиње нови рок (§ 87 ал. 2 к. з.).

1. Као *приватни тужилац* се има сматрати сваки, који је на тужбу овлашћен, дакле поред повређеника и остала горе (VI 3) наведена лица.¹⁾ Време сазнања од стране пуномоћника без значаја је.²⁾ Ако је власт приватни тужилац, меродавно је време сазнања од стране лица позваног да је заступа.³⁾

2. Може се рећи, да је *кривично дело* сазнато онда, кад су познате све његове стварне околности, као радња извршења⁴⁾ и последица њоме проузрокована, а сем тога и услови инкриминације (не према томе и процесне претпоставке).⁵⁾ Ако је у питању *продужено* или *колеktivно* кривично дело, застарелост почиње тећи тек са сазнањем последњег дела, пошто дела, из којих је сложено једно и друго, чине једну правну целину (в. §§ 51 и 53).⁶⁾ У случају *шрајног* кривичног дела (в. § 55), меродавно је сазнање престанка последице.

3. Што се тиче сазнања о *кривцу*, на тужбу овлашћени не мора да га познаје индивидуално (име, презиме и т. д.). Довољно је дакле, да га познаје као личност, која је извршила кривично дело. Али није довољно за почетак рока застарелости просто претпостављање, да је лице А кривац, као што опет није потребна извесност о томе.⁷⁾ Потребно је, да се зна и за виност.⁸⁾

а) Ако су *више* лица суделовала у извршењу кривичног дела, има се узети, да рок застарелости за сваког од њих почиње тећи тек онда,

¹⁾ Уп. *Frank* § 61 VIII 1.

²⁾ Уп. *Frank* I. с.

³⁾ Уп. *Frank* I. с.

⁴⁾ Није дакле довољно, да је позната радња помагања или подстрекавања. Уп. *Meyer-Allfeld* § 63 пр. 44, *Olshausen* § 61, 33, *Reichsgericht* E 25 106.

⁵⁾ Тако в. *Liszt* § 45 III 2, *Meyer-Allfeld* § 63 V (услови инкриминације или процесне претпоставке), *Olshausen* §§ 61, 33, 172, 9, *Beling* 234. Прот. односно услова инкриминације *Meyer* (5. изд.) 308, *Köhler* 432 (према којима је без значаја за почетак рока сазнање за „услов кажњивости“), *Frank* §§ 61 VIII и 172 III 2 (али само за процесне претпоставке, као какву неумесно сматра развод брака код браколомства).

⁶⁾ Тако *Frank* § 61 VIII 3, *Meyer-Allfeld* § 63 V, *Olshausen* § 61, 34, в. *Bar* 3 317, 322, *Binding* 361, *Köhler* Sitafantrag 79. Прот. (довољно је, да је сазнато ма које дело) *Beling* 234, *Höpfner* 2 228, *Köhler* G A 53 161, *Geyer* I 209.

⁷⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 63 V (треба да му је познат „као индивидуа“, ако не и по личности [имену и т. д.], и то толико, колико је довољно за поступак против извршиоца), *Allfeld Vergl. D. cit.* 193, *Olshausen* § 61, 36.

⁸⁾ Тако *Meyer-Allfeld* § 63 V.

кад је сазнат *извршилац* кривичног дела (но в. б). Реч „учинилац“ има се дакле схватити у свом техничком смислу (§ 34 к. з.).¹⁾ Сазнање о подстрекачу и помагачу с обзиром на акцесорну природу саучешћа није на тај начин меродавно. Према неким застарелост права на тужбу почиње тећи, чим је сазнат ма који од суделовача, био он извршилац, подстрекач или помагач.²⁾ Према другима опет она почиње тећи за сваког суделовача независно, т. ј. од дана, кад је за њ сазнато.³⁾ Према неким најзад право на тужбу није застарело, док год није протекао рок застарелости од сазнања о ма којем суделовачу.⁴⁾ Сва ова три мишљења превиђају акцесорну природу саучешћа.

б) Код *релативних* кривичних дела по тужби, која су то због каквог личног односа према повређеном (в. IV 2), рок почиње да тече од сазнања за тај однос извршиоца кривичног дела (н. пр. за однос претка код крађе из § 325 к. з.), јер се тек онда може рећи, да је сазнат кривац те врсте.⁵⁾

4. *Први* дан рока је за злочинства и преступе дан, који следује дану сазнања (§ 86 ал. 2 к. з.: „од дана“), за иступе дан, који следује дану извршења кривичног дела (§ 396 срп. к. з.).⁶⁾ Рок се пак има рачунати по календару, тако да се завршава с почетком оног дана (т. ј. од поноћи) четвртог месеца, који је истог датума као и први дан рока.⁷⁾ Тако ако је А сазнао 15. јануара, 1931 за крађу и крадљивца (§ 324 и 325 к. з.), рок истиче с почетком 16. априла, 1931, другим речима 15. април, 1931 је последњи дан рока. Али ако се је на тужбу овлашћени налазио у правној или стварној немогућности (н. пр. за време ратног стања, кад судови не раде, или кад се је налазио на далеком морском путовању, или кад се има да решава о ком прејудициелном питању), рок не тече све дотле, док та немогућност није престала. Противно решење би било супротно циљу ове установе и неправично, јер за таквог повређеног се не може рећи, да је пропустио употребу свог права на тужбу.⁸⁾ Рок се дакле има сматрати као *tempus utile*, а не као *tempus continuum*. Ако је овла-

¹⁾ Тако *Frank* § 61 VII 4, *Reber* 470.

²⁾ Тако *v. Liszt* § 45 III 2, *Finger* 202, *Olshausen* § 63, 2 b, *Schwartz* § 63, 1.

³⁾ Тако *Nessel* 41, *Pfizer* G S 50 450, *Bennecke-Beling* 235.

⁴⁾ Тако *Meyer-Allfeld* § 63 V, *Binding* 639, *Eulau* 24.

⁵⁾ Уп. *Frank* § 61 VIII 4, *Olshausen* § 63, 2.

⁶⁾ Дан сазнања одн. извршења (*dies a quo*) нема се дакле рачунати у рок (за разлику од § 61 нем. к. з.: „с даном“, в. *Meyer-Allfeld* § 63 V, *Olshausen* § 61, 29).

⁷⁾ Тако за § 61 нем. к. з. *Meyer-Allfeld* § 63 V, *Olshausen* § 61, 29. Прот. *Rubo* § 61, 10 (с почетком последњег дана тромесечног рока).

⁸⁾ Тако *Meyer-Allfeld* § 63 V, *Olshausen* § 61, 50—52, *Finger* I 202, *Frank* § 61 VIII 7, *Köhler* 97. Прот. *v. Liszt* § 45 III 2 пр. 9, *v. Bar* 3 319, *Oppenhoff* § 61, 32.

шћени тужбу поднео пре сазнања, ова не губи важност сазнањем.¹⁾ Пре поднете тужбе допуштене су само привремене мере, које не трпе одлагање.²⁾

5. Ако је законски заступник на тужбу овлашћеног промењен, протечени део рока се рачуна, тако да нов заступник има на расположењу само остатак рока.³⁾ Али је сходно духу ове установе (и § 87 ал. 2 к. з.) узети (в. VII), да за новог законског заступника остатак рока почиње тећи тек онда, кад је сазнао за злочин, одн. преступ и за кривца.⁴⁾

6. Суд је *ex officio* (§§ 208 ал. 1 т. 3 и 276 к. с. п.) дужан да, утврди, да рок за тужбу још није прошао. И у случају сумње терет доказивања не пада према томе на овлашћеног на тужбу (но који је по природи саме ствари принуђен, да наведе чињенице у прилог благовремености тужбе).⁵⁾

7. Ако се погрешно узме, да се за извесно кривично дело гони по службеној дужности, те су гоњење и суђење започети без тужбе, пресуда (не [§§ 337 т. 1 г и 350 т. 5 к. с. п.] у инстанци ревизије) се ипак може да донесе (иначе примена §-а 276 к. с. п.), ако пре тога на тужбу овлашћени исту подигне.⁶⁾

8. Право на тужбу за злочине и преступе може бити изгубљено и пре рока од три месеца. То ће бити онда, кад је рок застарелости гоњења протекао, пре но што се је навршио или почео рок од три месеца, јер овај почиње тек он дана сазнања кривичног дела и кривца, док први од дана извршења кривичног дела (§ 79 ал. 1 к. з.).⁷⁾ Рок од три месеца за подношење тужбе није према томе рок застарелости. То излази и из тога, што је застарелост чисто *објективна* установа, т. ј. независна од сазнања за дело и извршиоца, док тужбени роцима (в. горе) *субјективни* карактер. Тужбени рок није ни процесуални рок, пошто је тужба процесна претпоставка. Он је, како се умесно узима, „укорни рок“ (*Rü-gefrist*)⁸⁾ или непроцесуални рок искључења⁹⁾ или рок рочног права.¹⁰⁾

¹⁾ Уп. *Allfeld* *Vergl. D. cit.* 191, *Olshausen* § 61, 29, *v. Bar* 3 318, *Wachenfeld* 280.

²⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 63 VII, *Olshausen* § 61, 56 в, *Köhler* *Strafantrag* 132. Прот. *Schwartz* § 61, 6 d.

³⁾ Тако *Meyer-Allfeld* § 63 V, *Olshausen* §§ 62, 2, 65, 20, *Schwartz* § 65, 4. Прот. *Frank* § 65 III 2 в (то одговара, вели, правној теорији), *Binding* 629, *v. Liszt* § 45 пр. 7 (рок почиње тећи за новог заступника изнова од дана, кад је он сазнао за кривично дело и кривца).

⁴⁾ Тако *Meyer-Allfeld* § 63 V, *Frank* § 65 IV 2. Прот. *Finger* 200.

⁵⁾ Тако (у смислу нем. к. с. п.) *Olshausen* § 61, 37, *Meyer-Allfeld* § 63 V, *Frank* § 61 VIII 8, *Köhler* 134 пр. 3. Прот. *Klebs* 576.

⁶⁾ Уп. *Frank* § 61 VIII 9, *Meyer-Allfeld* § 63 VII.

⁷⁾ Уп. *Olshausen* § 61, 54 в а, *Meyer-Allfeld* § 63 V.

⁸⁾ Тако *Olshausen* § 61, 54, *v. Liszt* § 45 III 2.

⁹⁾ Тако *Meyer-Allfeld* § 63 пр. 41, *v. Bar* 3 319.

¹⁰⁾ Тако *Binding* 641 (*befristetes Recht*).

VIII. Тужба је у погледу суделовача у кривичном делу *недељива*, т. ј. немогуће је подићи тужбу само против некојих, а не против осталих. Ако је на тужбу овлашћени то учинио, има се узети, да је тужба подигнута и против осталих суделовача (§ 88 к. з.), не и против подржаваоца.¹⁾ Исто мора аналогно да важи и за случај *идеалног* стицаја кривичних дела, од којих су два или више по тужби (тужба је недељива дакле и у *сйварном*, а не само у *личном* погледу), али наравно под условом, да је једно *истио* лице овлашћено на тужбу у погледу свих кривичних дела по тужби. Тако ако је А извесном изјавом и оклеветао и увредио лице Б, ово га не може тужити само за увреду. Ако је то ипак учинио, има се узети као и горе, да је тужбу подигао за оба кривична дела.²⁾ Али ако би на тужбу овлашћени подигао тужбу под *условом*, да се суди само за телесну повреду или само против некојих суделовача, тужба се има одбити.³⁾

Ако је у питању једно *релативно* кривично дело по тужби, онда наравно принцип недељивости тужбе не важи за оне суделоваче, против којих се истрага води по службеној дужности. Тако тужба подигнута за крађу против сродника из § 235 к. з., који је имао за саучеснике лица, која то нису, не може се сматрати, да је управљена и против ових, јер се гоњење има повести против њих по службеној дужности. Али ако је било више сродника (и т. д.), онда тужба подигнута против једног важи и против осталих.⁴⁾

IX. Што се тиче *садржине* тужбе, довољно је, да се из ње јасно види воља, да се извршилац кривичног дела казни.⁵⁾ Зато се и ма сматрати као неважећа тужба *условно* подигнута, н. пр. под већ (в. VIII) поменутим условом, да се кривично гоњење поведе само против неких суделовача.⁶⁾

¹⁾ И против подржаваоца према § 63 нем. к. з. (в. *Frank* § 63 I, *Meyer-Allfeld* § 63 VI).

²⁾ Тако *Frank* § 63 II, *Meyer-Allfeld* § 63 VI, *Oppenhoff* § 61, 17, в. *Liszt* § 45 III 3 Прот. *Binding* 635/636 и *Beling* 230, који узимају, да тужба не важи за кривично дело, које није у њој наглашено, и *Eulau* 13, према коме се тужба има одбити.

³⁾ Тако *Frank* § 63 II 1, *Meyer-Allfeld* § 63 VI, *Olshausen* § 61, 45, *Hälschner I* 717, в. *Liszt* § 45 III 3.

⁴⁾ Уп. *Frank* § 63 III, *Meyer-Allfeld* § 63 пр. 67, в. *Liszt* § 45 III 3.

⁵⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 63 VI, в. *Liszt* § 45 III 5, *Frank* § 61 VI 4.

⁶⁾ Тако в. *Liszt* § 45 III 5, *Meyer-Allfeld* § 63 VI, *Olshausen* § 61, 46 и 47. — Постоје међутим неколико различних мишљења о томе: Према *Olshausen*-у § 61, 45 и *Oppenhoff*-у § 61, 23 тужба је ипак пуноважна, ако су услови резолутивни, а ови се сматрају, да не постоје. Према *Frank*-у § 61 VI 4 условна тужба је пуноважна, али се гоњење не може повести, док год услов није испуњен, и услов мора бити испуњен у року за подизање тужбе. Тужба је ништавна, вели, само онда, кад је услов правно немогућ. *Binding* 656 и *Hälschner I* 718 сматрају за допуштене извесне услове.

Но ако је на тужбу овлашћени ову подигао, задржавајући за себе извесна права, дакле с *резервама* (оградама), тужба је пуноважна, а резерве се имају сматрати, као да нису чињене.¹⁾ Без значаја је то, што би се овлашћени држао обвезаним на подношење тужбе, као и да ли зна, да кривично гоњење не може отпочети без тужбе.²⁾

X. Тужба се подноси *писмено* или *усмено* (на протоколу) *суду* са захтевом, да се поступак започне (§ 51 ал. 1 к. с. п.).³⁾ Ако је писмена, не мора бити написана од тужиоца, већ је довољан његов потпис, а за неписменог крст пред именом.⁴⁾ Довољни су и потпис факсимилом и чак штампилем, као и подизање тужбе телеграмом.⁵⁾ Ако је поднета тужба нестала, постојање исте се може доказивати сведоцима и другим средствима.⁶⁾ Ако се у истрази открије, да је окривљеник извршио против приватног тужиоца исто кривично дело (н. пр. браколомство) још који пут пре тужбе, или ако је он извршио то кривично дело и после тужбе, гоњење се не може протегнути на те случајеве без захтева тужиоцевог.⁷⁾

XI. Од тужбе се може *одустати*, и то до завршетка главног претреса (§ 89 ал. 1 к. з. и § 276 к. с. п.).⁸⁾ Под главним претресом се не разуме и „јавни“ претрес код више инстанце (§ 344 ал. 4 к. с. п.: код Касационог суда).

1. Одустајање од тужбе је, као и подизање исте (в. IX), без важности, ако је извршено *условно*, а ако је учињено с *резервом*, оне се сматрају, као да не постоје.⁹⁾

2. Начело *недељивости* важи за одустанак као и (в. VIII) за подизање тужбе (§ 89 ал. 2 к. з.). Ако је дакле тужилац одустао од тужбе против извршиоца кривичног дела, има се узети, да је тим самим одустао од тужбе и против саучесника, и обрнуто. То важи и код релативних кривичних дела по тужби за суделоваче, у погледу којих је кривично дело

¹⁾ Тако и. *Liszt* § 45 III 5, *Meyer-Allfeld* § 63 VI, *Olshausen* § 61, 46 и 47. Прот. *Oppenhoff* § 61, 23, *Eulan* 35, у неколико и *Binding* 656.

²⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 63 VI.

³⁾ Уп. за нем. к. с. п. (суду или државном тужиоштву, а и другој власти, али онда само писмено) *Meyer-Allfeld* § 63 VI.

⁴⁾ Према некима ни потпис није безусловно потребан (*Meyer-Allfeld* § 63 VI пр. 70, прот. *Olshausen* § 61, 26, *Reichsgericht* E 3 442, *Garçon* art. 336, п. 58).

⁵⁾ Тако *Meyer-Allfeld* § 63 VIII пр. 80, *Olshausen* § 61, 26, *Reichsgericht* E 8 92, 62 15 (в. *Rasch* G A 75 121).

⁶⁾ Уп. *Garçon* art. 336, 61.

⁷⁾ Прот. *Garçon* art. 336, п. 68—71 (в. ту и за мишљење, према коме се има чинити разликовање између случајева и пре и случајева после тужбе тако, да се само ови има да сматрају као прећутно у тужби обухваћени).

⁸⁾ Уп. за нем. к. з. (§ 64: до објаве осудне пресуде и само код кривичних дела, где је то у закону особено прописано) *Meyer-Allfeld* § 63 VIII, *Frank* § 64 I (што може бити, веле, и пресуда више инстанце).

⁹⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 63 VIII, *Frank* § 64 II 2.

у питању кривично дело по тужби (н. пр. § 325 к. з.). Но ако је тужилац одустао од тужбе против оног суделовача, чија је невиност утврђена, који дакле субјективно није суделовао, онда одустанак не важи за остале. Од тога се има изузети само случај, кад је тужилац одустао од тужбе против тог суделовача без обзира на то, да ли је он суделовач или не.¹⁾

Као што је тужба недељива код кривичних дела у идеалном стицају (в. VIII), тако је и одустанак од тужбе овде недељив. Ако тужилац одустане од тужбе за одвраћање од куповине (§ 367 к. з.) тим самим је одустао од тужбе и за клевету, која би била извршена оном радњом.²⁾

3. Одустати може како подносилац тужбе (предлога) тако и онај, који је у овлашћењу на подношење тужбе дошао *на место* другога, који је тужбу пре тога подигао. Ако је дакле тужилац после подизања тужбе душевно оболео, његов законски заступник може од тужбе одустати.³⁾ Тако исто кад је тужба подигнута од законског заступника малолетниковог, овај може одустати, ако постане пунолетан за време, док се још може од тужбе одустати.⁴⁾ Или ако је отац подигао тужбу као законски заступник свог малолетног детета и умре, онда од тужбе може одустати и законски заступник, кога је он или суд поставио (§ 160 срп. г. з.) детету.⁵⁾ Исто тако ако је тужба подигнута у име једне фирме као такве или трговачког друштва, корпорације и т. д., онда сваки правни заступник ових има право на одустајање од исте, ако је онај, који ју је подигао, изгубио право заступништва.⁶⁾ Но не може одустати онај, који је *пород* тужиоца овлашћен на подизање тужбе (дакле законски заступник малолетника од пуних 16 година и обратно овај малолетник, или код увреде и клевете по § 313 т. 2 к. з. старија, за предлог надлежна власт јавног службеника и обратно овај службеник).⁷⁾ За одустајање од стране лица, која према § 87 ал. 1 к. з. (в. VI 7) наследе право на тужбу, в. VI 8.⁸⁾

¹⁾ Тако *Meyer-Allfeld* § 65 VIII пр. 80, *Frank* § 64 III.

²⁾ Прот. и овде *Binding* 635 и *Eulau* 13.

³⁾ Тако *Meyer-Allfeld* § 63 VIII, *Olshausen* § 65, 21, *Hälschner* I 720, *Finger* I 204. Прот. *Binding* 650, *Köhler* 434, *Strafantrag* 151.

⁴⁾ Тако *Meyer-Allfeld* § 63 VIII, *Olshausen* § 65, 21, *Frank* § 64 II 1.

⁵⁾ Тако *Olshausen* § 65, 21, *Schwartz* § 65, 2, *Finger* I 204, в. *Bar* 3 345. Прот. *Binding* 651, *Köhler* *Strafantrag* 151.

⁶⁾ Уп. *Köhler* *Strafantrag* 151.

⁷⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 63 VIII.

⁸⁾ За нем. к. з. прот. наравно (в. VI 7) и у погледу наследности права одустајања *Meyer-Allfeld* § 63 VIII, *Frank* § 64 II 2).

4. Тужилац као и његов пуномоћник може наравно од тужбе одустати преко *Пуномоћника*, за којег важи све, што је речено о пуномоћнику за подизање тужбе (в. VI 4). Пуномоћник може бити и сам оптужени.¹⁾ Заступник у изјави воље, који је тужбу поднео, није по самом таквом заступништву овлашћен на одустанак, већ то зависи од садржине пуномоћства.²⁾ Ако је повређени сам тужбу подигао, заступништво у *вољи* за одустајање је и овде у истим случајевима могуће (в. VI 5).³⁾

5. Ако има *више* тужилаца, право на одустајање од тужбе сваког од њих је исто као и право на подизање тужбе независно од права на одустајање осталих (в. VI 2).⁴⁾ Ако су према томе сви на тужбу овлашћени или неколицина од њих подигли тужбу, кривични поступак се има наставити, ако нису сви одустали, исто тако као што могу подићи тужбу они, који је нису подигли.

6. Одустајање од тужбе се може изјавити писмено или усмено, изрично или (у смислу § 51 ал. 2 ст. 2 к. с. п.) прећутно, и то само пред надлежним судом (§ 51 ал. 1 и 2 к. с. п.), т. ј. пред којим је ствар у то време.⁵⁾

7. Одустанак од тужбе је пуноважан без обзира на *разлог*, са којег се је одустало. Сасвим је без утицаја на пуноважност одустанка према томе околност, што се је одустало можда из заблуде, због претње или употребе силе (изузев наравно случај *vis absoluta*), због дате оштете и т. д.⁶⁾

8. Ако се је од тужбе одустало, *ојозивање* одустанка је немогуће, и она се не може од дотичног тужиоца (не редовно од осталих на тужбу овлашћених) понова подићи. У закону није ништа о томе речено, али то одговара јавно-правном карактеру кривичног правосуђа (в. § 1 ал. 2 к. с. п.). Оно би се допуштањем поновног подизања тужбе довело без потребе у зависност од приватне самовоље.⁷⁾ Но могуће је, да је

¹⁾ Тако *Meyer-Allfeld* § 63 VIII пр. 82, *Olshausen* § 64, 7, *Frank* § 64 II 2.

²⁾ Уп. *Olshausen* § 64, 7, *Frank* § 64 II 1.

³⁾ Уп. *Frank* § 64 II 1.

⁴⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 63 VIII, *Frank* § 64 II 1.

⁵⁾ Тако *Frank* § 64 II 2 (но није, вели, искључена могућност предаје молбе некој другој власти, али се дејство благовремености цени према времену, кад одустанак стигне надлежној власти), *Reichsgericht* E 52 200, 55 23. Прот. *Schwartz* § 46, 5, *Meyer-Allfeld* § 63 VIII („одустати се не мора пред истом влашћу, код које је тужба поднесена, нити пред надлежном влашћу, али одустанак мора благовремено доћи до знања ове власти“), *Köhler* 157, *Strafantrag* 406. — В. и чл. 124 ал. 2 и 3 итал. к. з. (изрично или прећутно).

⁶⁾ Уп. *Olshausen* § 61, 11.

⁷⁾ Тако *Garçon* art. 336, п. 337 (браколомство), 76, и *Liszt* § 45 III 5, *Meyer-Allfeld* § 63 VIII, *Olshausen* § 64, 12 в, *Wachenfeld* 281 (с подношењем тужбе консумовано је право тужбе). Прот. *Frank* § 64 IV (опозивање одустанка је немогуће, али се нова тужба, ако рок још није истекао, може подићи). — Али тужиоцу треба признати право, да тражи накнаду штете причињене кривичним делом грађанском парницом.

по одустанку од тужбе тужилац сазнао, да је тужени извршио пре одустанка исто кривично дело још који пут поред оног случаја, поводом којег је подигнута тужба. А је н.пр. одустао од тужбе против своје жене због браколомства, које је она извршила с лицем Б, и после сазна, да је она раније била у одношајима исте врсте с лицем В. У таквом случају треба тужиоцу признати право, да понови тужбу за браколомство, јер је онда у питању друго једно кривично дело, и ако исте врсте као и оно, поводом којег се је одустало од тужбе.¹⁾ Но и тада као и у случају, кад је окривљеник после одустанка поновио исто кривично дело према одустајачу, не могу у гоњењу бити узета у обзир дела одустанком обухваћена.²⁾

9. Туженом нема право, да тражи продужење гоњења, ако тужилац одустане (противно у старом итал. к. з.).

10. Судске трошкове у случају одустанка од тужбе подноси тужилац (§ 311 ал. 2 т. 2 к. с. п.)

XII. Историја. — 1. У римском праву налази се у зачетку установа приватне тужбе. За неколико *crimina publica* (*adulterium, raptus, suppositio partus, injuria*) гонило се је по тужби повређеног.

2. У старом немачком праву се према ССС такође није гонило по службеној дужности за извесна кривична дела (породична крађа, одвођење, силовање, браколомство). Број истих је у општем праву увећан још неким случајевима, који су узети из римског права (увреда и подметање детета). У немачким покрајинским к. з. 19. века гоњење се за извесна кривична дела такође предузима само по захтеву повређеног у облику предлога. Број кривичних дела по предлогу био је у неким врло мали (н. пр. у пруском од 1851), а у другим (н. пр. у саксонским од 1855 и 1868) врло велики. И у немачком к. з. се налази велики број кривичних дела по *предлогу* (*Antragsverbrechen*) поред неколико случајева кривичних дела по *одобрењу* (*Ermächtigungverbrechen*) Но у њему је код неких кривичних дела по *предлогу* (особито код увреде и телесне повреде, не дакле *поред* њих као у к. з.) допуштена *приватна тужба* (*Privatklage*).

3. Као и у старом француском праву и у франц к. з. познат је захтев повређеног у облику *тужбе* (*plainte*). Она је по њему једна врста пријаве (*dénonciation*) од стране повређеног насупрот пријави од стране трећег. Предвиђена је, под именом *пријаве* (израз тужба, *plainte* означава у закону [чл. 63 к. с. п.], не и у теорији акт придружења кривичном поступку од стране приватног учесника), као услов за отпочињање поступка само код неких кривичних дела (н. пр. код браколомства, чл. 336).

¹⁾ Прот. *Garçon* art. 336, п. 337, 78 (одустанак покрива, вели, сва ранија дела, и тужилац треба да одустаје од тужбе само по добром сазнању).

²⁾ Уп. *Garçon* art. 336, п. 77 и 98 (јуриспруденција то допушта после измирења).

4. У старом српском праву установа приватне тужбе је била позната (чл. 89 Душановог законика: „позове кривца пред судије“ [в. и чл. 56, 61, 66, 175 и 182]). Срп. к. з. позвавао је кривична дела по *шужби* (чији је број био знатан) и поред тога неколико случајева *одобрења* и *зайвесџи*.

§ 48. Одобрење и предлог.

Књижевност. — В. за исту § 47. *Hausmann* Die Beleidigung gesetzgebender Versammlungen und politischer Körperschaften und die rechtliche Natur der Ermächtigung 1892.

I. 1. Код неких кривичних дела, у закону изрично означених (н. пр. § 313 т. 2 б к. з.) гоњење се може предузети само по *одобрењу* овлашћениковом, и ту је државни тужилац (§ 2 ал. 2 к. с. п.) по правилу (в. за изузетак § 267 к. с. п.) дужан при захтеву, да се отвори истрага, односно при подношењу оптужнице, доказати, да је то одобрење дато (§ 84 к. з., § 2 ал. 2 к. с. п.). Дато одобрење не може се опозвати (§ 84 ал. 2 к. з.).

2. Код неких кривичних дела опет, у закону изречно означених (н. пр. § 253 к. з.), гоњење се може покренути само на *предлог* „оштећеника“ (у смислу §-а 6 ал. 6 к. с. п., не као код приватне тужбе [в. § 47 VI 1]) и у опште (в. § 47 VI) овлашћеног (§ 85 к. з. [„оштећеников“], § 2 ал. 1 к. с. п.). Рок за предлог је исти као и рок за приватну тужбу, т. ј. три месеца, рачунајући од дана сазнања кривичног дела и кривца (§ 85 ал. 2 к. з.). И овде важи, исто као код приватне тужбе, оно, што је тамо (§ 47) речено о заступнику детета (§ 47 VI 3, § 87 ал. 1 к. з.), о прелазу права по смрти на брачног друга, децу и родитељи (§ 47 VI 7 и 8 и VII, § 87 ал. 2 к. з.), о недељивости (§ 47 VIII, § 88 к. з.), о одустанку (§ 47 XI, § 89 ал. 1 к. з.: но само до почетка главног претреса) и о недељивости одустанка (§ 47 XI 2, § 89 ал. 2 к. з.).

II. *Одобрење* (autorisation, Ermächtigung) се по својој суштини (в. и IV 3 и 4) разликује од *приватне шужбе* (и *предлога*, в. § 47):¹⁾

1. Тиме, што се тужбом воља, да се отпочне кривично гоњење, *позитивно* изражава, док одобрењем *негативно*. Њиме се изјављује само, да воља овлашћеног на давање одобрења није противна гоњењу. Одобравач нема дакле право на гоњење, већ само право, да гоњење задржи.

2. Тиме, што онај, који је овлашћен на давање одобрења, није у томе везан за рокове као онај, који је овлашћен на подизање тужбе. Оно се може дати, догод је гоњење могуће.

¹⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 63 IX, *Frank* § 197 II.

III. За одобрење и предлог је такође спорно, да ли су они услови инкриминације („кажњивости“) или само процесне претпоставке. Све што је о томе речено за тужбу (в. § 47 III), важи и овде.

IV. 1. Одобрење се може дати усмено или писмено.¹⁾

2. Одобрење се даје државном тужиоцу (§ 84 к. з., § 2 ал. 2 к. с. п.) на његов захтев или из сопствене побуде.²⁾

3. Принцип *недељивости* (в. § 47 VIII) не важи за одобрење (в. § 88 к. з., где је то прописано само за приватну тужбу и предлог).³⁾

4. Дато одобрење не може се *ојозвати* (§ 84 ал. 2 к. з.).⁴⁾

¹⁾ Уп. *Meyer-Alfeld* § 63 IX.

²⁾ Уп. *Meyer-Alfeld* § 63 IX, *Frank* § 197 II 2.

³⁾ Тако за § 63 нем. к. з. *Meyer-Alfeld* § 63 IX (није у природи ствари заснована, и позитивна одредба § 63 не може се применити на овлашћење), *Frank* § 197 II 2, *Ols-hausen* § 197, 3 с. Прот. *Binding* I 636, *Finger* I 191, *Köhler* 437, *Strafantrag* 171.

⁴⁾ Тако и за нем. к. з. *Meyer-Alfeld* § 63 IX, *Frank* § 197 II 2, *Beling* *Deutsches Strafprozessrecht* (1928) 95, *Reichsgericht* E 33 66. Прот. *Köhler* 437.

ОДСЕК II.

ГЛАВА I.

Јединство кривичног дела с гледишта кажњивости и поред правне (законске) вишине кривичних дела.*)

§ 49. Идеални стицај кривичних дела (и криваца).¹⁾

Књижевност. — *Авакумовић* 996. *Ђурић* у П. Г. 1910. *Garraud* I п. 118, 3 п. 983 и сл. *Merkel* Н Н 2 579, 4 225. *Hiller* G S 32 195. v. *Bari* Einheit und Mehrheit der Verbrechen 1879. *Schütze* Z 3 48. *John* Die Lehre vom fortgesetzten Verbrechen und von der Verbrechenkonkurrenz 1860. v. *Liszt* Z 6 694 (Aufsätze I 246). *Lünger* Z 8 520. *Orloff* G A 32 395. *Belling* 282, 318. *Stürenberg* Die Bestrafung konkurrierender Verbrechen 1908. *Heyden* Die Subsidiarität der Strafgesetze (Diss.) 1907. *Eckstein* G S 78 432. *Habermaas* Die ideale Konkurrenz der Delikte 1882. *Löwenstein* Die Verbrechenkonkurrenz nach dem R St G B 1883. *Heinemann* Die Lehre von der Idealkonkurrenz 1894. v. *Schwarze* G S 34 575. *Wachenfeld* Theorie der Verbrechenkonkurrenz 1893. *Kohlrausch* Zur prozessualen Behandlung der Idealkonkurrenz 1899. *Köhler* Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz 1900. *Höpfner* Einheit und Mehrheit der Verbrechen I 1908, II 1909. *Pfefferle* Über Ideal- und Realkonkurrenz 1902. *Sorter* Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz 1904. v. *Bar* 3 507. *Merkel* Vergl. D. Allg. T. 5 269. *Pflaum* Über Gesetzeskonkurrenz 1898. *Rosentfeld* Die Nebenklage 1900. *Sauer* Schliessen sich Diebstahl und Sachbeschädigung begrifflich aus? 1908. *Wilhelmi* Wirkliche und scheinbare Konkurrenz

⁴⁾ В. *Основни проблеми* § 18 III 3 а о могућности, да се цело учење о јединству кривичног дела с гледишта кажњивости пренесе у учење о кривцу, где би сачињавало особен одсек. В. *ibid.* § 16 пр. 3 о погрешном убрајању у форми кривичног дела (поред свршеног и покушаног) и случајева јединства кривичног дела с гледишта кажњивости.

¹⁾ Противставља се стицају кривичних дела (идеалном и реалном скупа) т. зв. стицај криваца (*concursum delinquentium* или *ad delictum*, наспрот *concursum-y delictorum*) т. ј. саучешће и у опште суделовање више њих (саизвршиоци и саучесници) у истом кривичном делу.

von Verletzungen und Gefährdungsverbrechen (v. *Lil.* Heft 145) 1912. *Lent* Die Gesetzeskonkurrenz 1912. *Freymann* Das Zusammentreffen von Verletzungs- und Gefährdungsdelikt im Strafrecht 1912. *Bär* Subsidiarität 1926. *Honig* Straflose Vor- und Nachtat. *Coenders* Über die Idealkonkurrenz 1921.

I. Кад постоји више проузроковања једном истом људском радњом, другим речима кад су једном истом радњом више истих или различитих последица проузроковане, питање се појављује, колико кривичних дела постоје. Пошто је према нама кривично дело проузроковање (*scil.* извесне последице) људском радњом, то ће бити толико *кривичних дела*, колико *проузроковања*, т. ј. колико *последица*.¹⁾ Тако ако А силоује рођаку, постојаће два кривична дела: силовање и родооскврњење. Или ако се А баца каменом и повреди Б и В, и у исто време разбије туђу ствар, постојаће три кривична дела: две телесне повреде и повреда туђе ствари. То одговара и стварном стању ствари и §-у 61 к. з. Овако се има узети и с гледишта *јурисџичког* појма кривичног дела, јер су више норми повређене (*tot delicta quot leges laesae*).²⁾ Но тако се не може узети и с гледишта немачког *реалисџичког* појма кривичног дела, пошто постоји само једна радња. Многи заступници овог појма међутим, противречећи се, узимају такође, да постоји толико кривичних дела колико последица,³⁾ и ако неки само за случај хетерогеног (в. II) стицаја. Други су пак доследни и веле, да има толико кривичних дела, колико радњи, те да према томе у горњим случајевима постоји само *једно* кривично дело.⁴⁾

II. Случајеви, у којима је *више* кривичних дела извршено *истом* радњом, позвати су под именом *идеалног* (идејног, интелектуалног, појамног, једноделатног, формалног) *стицаја* (конкурвенције) *кривичних дела*.⁵⁾ Он се може назвати и *правим* идеалним стицајем, на супрот *неправом* или *привидном* (в. VII и VIII). Тако у случају силовања рођаке

¹⁾ В. о томе *Основни проблеми* 68.

²⁾ Тако *Binding* 567, *Vidal Magnol* п. 252 — I, *Prins* п. 189.

³⁾ Тако *Frank* § 77 I, *Merkel* § 99, *Finger* I 367, *Hälschner* I 268, *Meyer-Allfeld* § 42 II 1 (али само за случај хетерогеног идеалног стицаја: могуће је, вели [42], да једна радња „садржи више кривичних дела“, а позитивно право насловом 5. одсека показује, „да у идеалном стицају гледа вишину кривичних дела“), *Beling* 306, *Kohler* 557, *Cuche* п. 104. В. *Основни проблеми* 69.

⁴⁾ Тако в. *Liszt* § 56 I, *Wachenfeld* 103. В. *Основни проблеми* 69 (в. ту и за мишљење, да тада постоји реалан стицај).

⁵⁾ Неки старији писци (*Hälschner* I 654, *Meyer* 184, *Rosenblatt* Strafenkonkurrenz 3) називају га неосновано стицајем *казни* (као и реални стицај). В. против њих *Meyer-Allfeld* § 42 I 1 (стицај кривичних дела он сам, а не, као што каже *Hälschner*, „стицај казни, које се има истовремено или непрекидно једна за другом да изврше“, утиче, вели *Meyer-Allfeld*, на величину казне).

постоји идеалан стицај силовања и родооскрвњења. Кад су *последнице*, проузроковане истом радњом, *исте* врсте, каже се, да постоји *хомогени* (истородни, „субјективни“) идеални стицај (с. *homogeneus*). Тако ако би се А бацио каменом и лако повредио више лица, постојао би хомогени идеални стицај, јер се све последнице састоје у лаким повредама тела. Кад пак *последнице* нису *исте* врсте, каже се, да постоји *хетерогени* (разнородни, „објективни“) идеални стицај (с. *heterogeneus*). Такав је н. пр. идеални стицај силовања и родооскрвњења.

1. Но овако формулисање *хомогеног* и *хетерогеног* идеалног стицаја не одговара ономе, што се у ствари хоће¹⁾ под тиме да разуме. Ту се на име у ствари мисли на случај (в. V 1), кад сва кривична дела у стицају спадају под *истим* казнене закон (хомогени), одн. кад спадају под *разне* казнене законе (хетерогени). Кривична дела у стицају могу међутим спадати под *разне* казнене законе и онда, кад су саме *последнице* исте врсте не само у *ојшће* (н. пр. лака и тешка телесна повреда), већ *пошћуно* исте (н. пр. две лаке телесне повреде), што ће бити случај онда, кад су им бића у *другом* ком погледу различна (н. пр. лака телесна повреда из § 181 ал. 1 и она из § 181 ал. 2 к. з.). У *Бијартицији* се сходно томе хомогени и хетерогени идеални стицај има још јасније да дефинишу као стицај истом радњом извршених кривичних дела с *истим* одн. с *разним* бићем.²⁾ *Хомогени* идеални стицај кривичних дела овако одређен, т. ј. с *истим* бићем би се у осталом могао назвати *правим* (или *чистим*) хомогеним идеалним стицајем, насупрот *неправом* (или *мешовитом*), где би спадао случај стицаја кривичних дела с *последницама* правно *исте* врсте или *истим*, али с *разним* бићем, т. ј. један случај *хетерогеног* идеалног стицаја према горњем одређењу појма овог стицаја.

2. У *Тријартицији* се међутим има доследно разликовати *идеални стицај* у *идеални стицај* кривичних дела и у *идеални стицај криваца*. Сваком идеалном стицају *првих* одговара идеални стицај *других*. Тако идеалном стицају крађе и повреде ствари одговара идеални стицај крадљивца и повредиоца ствари.

а) Но има случајева, где је кривично дело *исто*, а њему одговарају два или више *криваца* у идеалном стицају. Тако код убиства могу бити у стицају убица с предумишљајем, из користољубља и у поврату (§ 167 ал. 2 т. 1, 4 и 5 к. з.).

б) Идеални стицај *криваца* може бити као и идеални стицај кривичних дела *хомогени* (прави или неправи) или *хетерогени*.

¹⁾ В. н. пр. *Meyer-Allfeld* § 42 пр. 6, *Wachenfeld* 103.

²⁾ Тако (али без увиђања, бар изричног, значаја таквог формулисања) *Köhler* 506 под 2.

III. Заступници *немачког* реалистичког појма кривичног дела, који су (в. I) доследни, те веле, да има толико *кривичних дела*, колико *радњи*, поричу т. зв. идеални стицај кривичних дела, пошто ту постоји према њима због јединства радње само *једно* кривично дело. Случај *хејерогеног* идеалног стицаја сматрају ипак (в. *Liszt*) као неку врсту *стицаја*, на име као стицај *закона* или као *привидни* стицај кривичних дела, а назива се још (*Hafter*) *идеалним* или *правим* стицајем закона (на супрот ниже под VII изнетом *привидном* идеалном стицају кривичних дела, који *Hafter* сходно томе назива *неправим*, а в. *Liszt* *привидним* стицајем закона).¹⁾ Ту постоји, веле, само *једно* кривично дело,²⁾ али су *више* казневих закона у стицају (на име — в. VI — постоји само најтеже кривично дело, т. ј. дело из најстрожијег казненог закона, а остала кривична дела се сматрају, као да не постоје, али су казнени закони, под које та дела спадају у стицају с оним најстрожијим). Тако код силовања рођаке у стицају су §§ 269 и 284 к. з.

IV. Суштина се идеалног стицаја састоји, као што се види, у томе, што постоји само *једна* људска радња, а *више* су кривично-правних последица њоме проузроковане. Тиме се он разликује од т. зв. *реалног* (материјалног) стицаја, за који је потребно (в. § 199 I), да су са *више* људских радњи *више* кривично-правних последица проузроковане, т. ј. *више* кривичних дела извршена.³⁾ То је схватање заступљено и у § 61 к. з. На-

¹⁾ Тако в. *Liszt* § 56 I, *Höpfner* 159, *Heineman* 42, 80, *M. E. Mejer* 506, *Wachenfeld* 103, *Hafter* § 75 III 3, *Garraud* 3 983 („постоји у ствари само једно кривично дело, стицај кривичних дела је само привидан, ово је, пре, стицај *квалификација*“; док се у I п. 118 изражава у противном смислу, а у осталом није одсечан ни у претходном тврђењу у 3 п. 985 и 986), *Degeois* п. 569 (постоји „једно једино кривично дело, које је подложно различним квалификацијама“, дакле оно, које је најтежа квалификација извршеног дела), *Laborde* п. 568. Неодређено, и превиђајући значај учења о идеалном стицају, *Roux* I 178 („идеја идеалног стицаја, без великог практичног интереса, уноси само бескорисну компликацију, као у опште свака фикција у кривичном праву, и мора бити одбачена“). Гледиште француске јуриспруденције није одређено (в. *Vidal-Magnol* п. 252 — 1: „постојање идеалног стицаја не изгледа, вели, да је примљено од јуриспруденције: К. С. 25 фебруара, 1925, S. 1923. 1. 89, note *Roux*; в. и *Chambery* 16 новембра, 1922, S. 1923 2. 55“).

²⁾ Постоја, вели (§ 56 III) в. *Liszt* (означајући то као помоћно правило исказано у § 73 нем. к. з. зато, што „неотклоњива празнина нашег законодавства носи собом то, да у мистобројним случајевима не налазимо параграфа, који би за радњу према свима странама био складан“, али представљајући то правило уједно као „усиљен и мало задовољавајући излаз“), кривично дело из оног казненог угрожења, „које нам домаћајем свога казненог оквира допушта бар приближно пуну оцену радње“, а то је (в. VI) најстрожији казнени закон.

³⁾ Пориче се (тако *Hälschner* I 672) правна вредност разликовања између идеалног и реалног стицаја. И у случају идеалног стицаја постоји, вели се, „прави“ и према томе у том смислу реални стицај *више* деликата као и у случају т. зв. реалног стицаја, Све

словом главе V „стицај више казних закона“ хоће се само да нагласи особеност идеалног стицаја кривичних дела према реалном, означеном у наслову главе V као „стицај кривичних дела.“ Текст сам пак ал. 1 § 61 к. з. „Ако се једним делом¹⁾ (scil. радњом) повреди више законских прописа (scil. *прећућних* кривичних прописа, норми)²⁾ или више пута један исти законски пропис“ је такође у сагласности с тим схватањем, јер се повредом више закона и вишеструком повредом истог закона извршују више кривичних дела.³⁾ С обзиром на то, што има (в. § 16 VI) кривичних дела, где је *настицање* последице само законодавни *моћив* инкриминације, идеални стицај кривичних дела се има генерички да одреди (сходно под II 1 изветом одређењу хомогеног и хетерогеног идеалног стицаја) као *стицај више кривичних дела истом радњом извршених* (или као *остварење бића више кривичних дела истом радњом*). Идеални стицај криваца је пак *стицај више криваца при више кривичних дела истом радњом извршених или при једном истом кривичном делу* (в. II 2).

1. Једна ће људска радња постојати, кад има само једног телесног држања, т. ј. једног телесног покрета одн. једног пропуштања таквог покрета (в. §§ 22 I и 28 II 1). Према томе постојаће две радње, кад А истовремено испали из два револвера, држећи један у десној, други у левој руци. Истовременост не може да начини од два телесна покрета један.⁴⁾ Тако исто неће бити јединства радње, кад је једно кривично дело извршено за време паузе другог,⁵⁾ као ни онда, кад се једна де-

што их разликује је само „случајно, небитно и правно равнодушно.“ У ствари разлика постоји, и само може бити питање, да ли су термини тачни. И идеални (формални) стицај је на име заиста *прави* (scil. реални) стицај, те би с обзиром на то сходнији био назив *једноделашни* стицај кривичних дела насупротив *вишеделашном* (scil. реалном).

¹⁾ Као у § 65 нем. прој. к. з. (Tat).

²⁾ У § 73 нем. к. з. (и у § 65 нем. прој. к. з.) речено је нетачно „Ако се једном истом радњом повреди више *казних* закона“, али се ту ипак (уп. Frank § 73 I) мисли на норму.

³⁾ Уп. Frank § 73 I за § 73 нем. к. з. Ту се говори (в. прет. пр.) о повреди „више казних закона“, што в. *Liszt* наводи у прилог своје теорије о стицају *закона*, јер ту, како он произвољно каже (§ 56 пр. 5 под 1), није реч о „извршењу више деликата“, већ о „повреди више казних закона“ (наводећи неумесно још и то, да противно схватање и с гледишта кривичног поступка води „монструозностима“, пошто оно мора узети, да постоји више казних захтева).

⁴⁾ Уп. Frank § 73 I, *Olshausen* § 73, 2 и 19, *Meyer-Allfeld* § 57 III пр. 15. — Отуда је погрешно, што неки (н. пр. *Hälschner* I § 268, *Laborde* п. 568, *Šilović* 160) називају реални стицај „*сукцесивним*“ (concursum successivum) за разлику од идеалног, који називају *симултаним* (concursum simultaneum).

⁵⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 57 III, *Binding* 582.

латност надовезује на другу.¹⁾ Но довољно је, да је телесно држање само једним делом исто,²⁾ а иначе (н. пр. у погледу свршености) подударање не мора бити потпуно.³⁾

а) Неподударање може бити нарочито знатно код продуженог и колективног кривичног дела (в. о томе § 51 IV 2).

б) Иста се радња може појавити као извршиштво у једном кривичном делу и саучешће у другом (као што се иста радња може — в. V 2 — појавити као саучешће у више кривичних дела).⁴⁾

в) Више против *in concreto истог* објекта управљене покушајне радње могу се појавити као једна физичка радња (н. пр. више уза стопце испалених метака на исто лице) или као продужено кривично дело (в. § 51).⁵⁾

2. Једном радњом биће проузроковано *више* последица, одн. генерички (в. горе) биће извршено *више* кривичних дела, кад она произведе *више* промена (стања) у спољнем свету (в. § 23 III), одн. кад је на то управљена. Једна последица може постојати, те неће бити идеалног стицаја, и онда, кад су једном радњом нанете повреде *истим* добрима *разних* лица, кад има дакле *више повређеника*. То ће бити онда, ако су (нападни) објекти *проспирно слојени*. Ово је случај код имовинских кривичних дела на *стварима*.⁶⁾ Кад ко н. пр. украде из једне касе новац разних лица, или из једног излога ствари разних лица, постоји само једна последица и према томе једно кривично дело крађе. Такви су случајеви наравно немогући код кривичних дела против чисто личних добара (ту има толико последица колико повређених).

V. Има неколико случајева, где је *сјорно*, да ли постоји *идеални* стицај кривичних дела.

1. Неки од заступника *немачког* реалистичког појма кривичног дела, који, и ако противречећи се, примају појам идеалног стицаја (§ 73 нем. к. з.), чине изузетак за т. зв. *хомогени* идеални стицај тврдећи, да ту

¹⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 57 пр. 15, *Reichsgericht* E 32 137 (друкчије E 44 137).

²⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 57 III, *Frank* § 73 I.

³⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 57 III (н. пр. фалсификовање исправе може, вели, бити пре свршено но превара; *Reichsgericht* E 25 147).

⁴⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 57 III.

⁵⁾ Тако *Frank* § 74 V 2 с, *Reichsgericht* E 39 220.

⁶⁾ Тако *Meyer-Allfeld* § 42 I 1 а пр. 2 (наводећи за пример и кривична дела против творачких и сличних права, н. пр кад су подражавани више прилога једне збирке или какво музикално дело заједно с текстом). В. в. *Liszt* § 54 III 2 в (јединство последице дато је, вели, „јединством *пришежања*,” што ипак није тачно, ако нема просторног јединства) и с. *M. E. Mayer* 161 (према коме је јединство последице дато „јединством непосредно нападнутог интереса,” што је неодређено, као што се види из његових примера, где чини произвољна г азликовања).

постоји само *једно* кривично дело.¹⁾ Они се позивају на то, што се у закону (§ 73 нем. к. з., § 61 к. з.) вели, да се у случају идеалног стицаја има да примени *најстрожији* закон, т. ј. закон, који прописује најстрожију казну, а о томе код *хомогеног* идеалног стицаја не може бити говора, пошто су ту у стицају кривична дела *из две* исте законске одредбе (н. пр. телесне повреде из § 180 ал. 1 к. з.). Њихова аргументација (заснована само на делу законског текста, који се на казну односи) је нетачна. Кад је на име идеални стицај *хетерогени*, могуће је, да казнени закони, у којима је реч о кривичним делима у питању, прописују такође исту казну (н. пр. у случају идеалног стицаја крађе обијањем и под опасним оружјем, које, све, су врсте тешке крађе предвиђене у истом §, §-у 316 с истом казном), као што је то увек случај код хомогеног идеалног стицаја (в. II 1). Према томе кад би она аргументација била тачна, имало би се и ту узети, да постоји само једно кривично дело, пошто и ту не може бити говора о строжијем закону. Противници хомогеног идеалног стицаја узимају напротив, да код хетерогеног стицаја постоји увек толико кривичних дела, колико последица, али се они онда противрече, кад на основу наведених разлога тврде противно за хомогени.

2. Кад се *једном* радњом *подстрекло* на *више* кривичних дела, или кад се је *једном* радњом *помогло* у извршењу *више* кривичних дела, постоји *идеални* стицај *више* подстрекавања одн. помагања. Ово се оспорава од неких због акцесорне природе подстрекавања и помагања.²⁾ Постоји, вели се, *реални* стицај подстрекавања одн. помагања, као што постоји реални стицај кривичних дела, на које се је подстрекло, одн. извршењу којих се је допринеко. Тврђење је нетачно. Подстрекавање и помагање су акцесорне природе у погледу радње извршења у толико, што од постојања ове зависи кривична одговорност подстрекача и помагача (в. § 76 I), али та акцесорна природа не може од једне радње (једног подстрекавања одн. помагања), да начини *више* радњи (подстрекавања одн. помагања).

¹⁾ Тако *Meyer-Allfeld* § 42 I 1 с и пр. 6 (в. о томе *Основни проблеми* § 10 пр. 33). Неки старији писци (*Schwarze* 589, *John Holtz*. R Lex [Beleidigung], *Kärcher* 588) узимају, да овде као у случају хетерогеног постоји *реални* стицај кривичних дела. в. *Buri* (108) такође, као и за хетерогени, пошто је, вели, радња *каузалистичка*, те има толико радњи, колико каузалитета.

²⁾ Тако н. пр. *Merkel* 147, *Oppenhoff* § 48, 12, *Birkmeyer* Teilnahme 180, *Schwartz* § 73, 8, *Lorchert* Teilnahme 51, *Bauer* Akzessorische Natur der Teilnahme (1904) 112, *Reichsgericht* E 5 227, 8 153 (ако су последице исте врсте, иначе нема стицаја). Прот. в. *Liszt* § 57, *Olshausen* § 73, 19 II а, *Frank* § 73 III 3 а, *Köhler* Studien I 119, *Höpfner* I 197, *M. E. Mayer* 513 пр. 5, *v. Bar* 3 531.

3. Ако једно *писмено* (писмо, књига и т. д.) садржи више кривичних (изјава) дела (увреда, клевета, уцена и т. д.), питање да ли постоји идеални или реални стицај зависи он тога, шта се сматра као радња извршења, *писање* (или *диктирање*) или *шиљање* одн. *објављивање*. Ако се као та радња сматра писање, онда ће постојати реални стицај, јер има више радњи извршења.¹⁾ Иначе ће бити идеалног стицаја, јер отправљање списа одн. објављивање истога састоји се из једне једине делатности, те постоји само једна радња извршења.²⁾ У ствари писање је припремна радња, те се има узети, да постоји идеални стицај, у колико кривично дело није, што је редак случај, свршено већ самим писањем или диктирањем (н. пр. чл. 1 т. 1 з. о з. ј. б. и пор.).³⁾

VI. Пошто у случају идеалног стицаја постоје *више* кривичних дела, то би се против кривца имале да изрекну казне за *свако* кривично дело *по себице*. Страни к. з. као и § 61 к. з. међутим прописују, да се кривац има да осуди само по закону *једнога* од кривичних дела у идеалном стицају, на име онога, за које је прописана *најстрожија* казна.⁴⁾ На кривца се примењује дакле само *најстрожији* казнен закон (или, како се у § 61 к. з. вели, казна се за кривична дела у идеалном стицају одређује „по оном закону, који прописује најстрожију казну а при неједнаким врстама казне најтежу врсту,“ дакле у ствари најстрожију казну, према томе по најстрожијем казненом закону). Речена *maior absorbet minorem*. § 61 к. з. садржи дакле изузетак (прекидање) од принципа *quot delicta tot poenae*.⁵⁾ Тако код силовања рођаке по крви у побочној линији кривац би се имао да казни само за силовање. На њ' би се на име имао да примени само § 269 к. з., јер он прописује строжију казну но § 284 ал. 2 к. з. § 61 (с § 66) к. з. се има

¹⁾ Тако *Reichsgericht* E 21 276. Тако и *Garraud* (3 п. 986) са у том смислу сталном јуриспруденцијом франц. К. с. поводом увреда и клевета из з. о штампи (свака реченица или свака реч сачињавају засебно кривично дело увреде или клевете, и ако је наравно могуће, да једна иста реченица или реч садржи више кривичних дела, када ће постојати идеални стицај).

²⁾ Тако *Meyer-Allfeld* § 57 пр. 15, *Frank* § 73 III 3 в, *Höpfner* I 184 (сматра писање као радњу извршења), *Olshausen* § 73, 19, *Binding* 581, *Reichsgericht* E 34 134, 62 83.

³⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 57 пр. 15.

⁴⁾ Уп. *Frank* § 73 IV, *Meyer-Allfeld* § 57 V, в. *Liszt* § 56 III. — То не важи за случај, кад су кривична дела у идеалном стицају у закону спојена у једно кривично дело, т. ј. у сложено кривично дело (в. § 50). Уп. *Meyer-Allfeld* § 57 VI, *Heinemann* 77. Тада постоји само сложено кривично дело, а не идеалан стицај између сложеног и појединог од његових делова (привидан идеалан стицај, в. IX 1 а).

⁵⁾ Уп. *Frank* (11. изд.) § 73 IV (што поједини, вели, поричу овде стицај кривичних дела, изгледа, да су баш тиме на то наведени, што држе, да се не могу замислити изузеци од овог принципа).

аналогно да примени и на случај хомогеног идеалног стицаја, т. ј. кривац се има да казни, као да је само једануш извршио кривично дело из дотичног казненог закона.¹⁾ Идеалан стицај је могућ, те се § 61 к. з. има примењивати, и код кривичних дела нечињењем²⁾ и нехајно извршених.³⁾ Принцип § 61 к. з. (т. зв. *принцип апсорпције* (блажијих [или осталих] казни или [у случају хетерогеног идеалног стицаја] казненых закона)⁴⁾ или, како га обично зову француски писци, правило или принцип *негомилања казни, некумулациони*),⁵⁾ важи до изједначења законодавства о иступима само за стицај злочинстава и преступа. Не важи дакле за случај стицаја злочинстава или преступа с *исцјуима* (в. § 323 ал. 1 срп. к. з., где је постављен за иступе кумулациони принцип, и § 69 посл. ал. истог к. з., где се је чинио изузетак за иступну крађу, превару и утају у стицају са злочином или *пресцјуом* [в. *Исцјуи* § 1 IV 16]).⁶⁾ 7)

¹⁾ У томе се састоји аналогна примена, што *Meyer-Allfeld* (§ 42 пр. 6) превиди. Уп. *Frank* § 73 III 3.

²⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 57 I. Прот. *Habermas* 25 у погледу правих кривичних дела нечињењем.

³⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 57 I. Прот. *John Fortgesetztes Verbrechen* 71.

⁴⁾ В. *Meyer-Allfeld* § 57 IV.

⁵⁾ В. *Degois* п. 570, *Vidal-Magnol* п. 252.

⁶⁾ По нем. к. з. он важи и за иступе (пошто на име друкчије није прописано, важи § 73).

⁷⁾ Франц. к. з. не садржи никакву особену одредбу у погледу идеалног стицаја, већ к. с. п. (и ако је принцип негомилања казне, како против тога примењује *Degois* п. 571, материјално, а не процесуално правило). То је чл. 365 ал. 2 к. с. п., где је постављен принцип апсорпције у опште за стицај кривичних дела, дакле и за реални и за идеални, пошто се вели само „више злочина или преступа“. Уп. *Cuche* п. 109, *Vidal-Magnol* п. 252—2 (упућујући — под 1° — на чл. 365 к. с. п.). Прот. (као противници идеалног стицаја) *Garraud* 3 п. 984, 985, *Degois* п. 569, *Laborde* п. 568, према којима се чл. 365 тиче реалног стицаја, те примену принципа негомилања казни на идеални стицај изводе из тога, што по њима ту постоји само једно кривично дело. *Garraud* (п. 985) наводи у прилог принципа апсорпције у овом случају и чл. 365 ал. 2, али само као аргуменат а т. а. т. („a fortiori“), а сем тога и изузетну супротну одредбу (гомилање казни) чл. 4 з. од 19. децембра, 1850 о идеалном стицају зеленашења с преваром, где се прописује, да се имају изрећи затвор из чл. 405 к. з. (превара) и казна за зеленашење (в. о томе и *Laborde* п. 568, који баш у овом тексту налази примењен принцип апсорпције на идеални стицај, те тај принцип мора у опште, вели, да важи: ту је по њему учињен изузетак од принципа негомилања казне, који мора да важи за идеални стицај, само за случај идеалног стицаја зеленашења и преваре комбиновањем новчане казне прописане за зеленашење, лакше кривично дело, са затвором прописаним за превару, теже кривично дело, наводећи да јуриспруденција исту комбинацију примењује на идеални стицај зеленашења с ма којим другим кривичним делом.

Узима се с јуриспруденцијом, да чл. 365 ал. 2 не важи за *иступе*, већ принцип гомилања казне (у колико није друкчије у неким специјалним законима прописано), били

1. Кад се испитује, који је закон најстрожији, меродавна је на првом месту *главна* казна, коју они *проиисују*, т. ј. казна њима одређена *in abstracto* (не дакле *досуђена* главна казна).¹⁾ Према одредби §-а 61 ал. 1 к. з. строжији је увек онај закон, чија је (главна) *казна* по *врсти* најтежа, без обзира дакле на њену висину; ако су пак (главне) казне *исте* врсте, онда је строжији онај закон, чија је казна по *мери* строжија, а то је она казна, чији је максимум већи, одн. ако је овај исти, чији је минимум већи.²⁾ Ако су у коме закону прописане више главних казни по избору, меродавна је према томе при упоређању с казнама из других закона најтежа. У случају покушаја меродаван је при том упоређењу казнени оквир одређен за покушај као ублажавну околност у § 71 к. з., и ако је у смислу §-а 32 к. з. ублажавање казне за њ' само факултативно.³⁾ То исто важи и за помагање (§ 34 ал. 3 к. з.).⁴⁾ Ако у погледу главних казни нема разлике, али један казнени закон предвиђа или допушта и извесну *споредну* казну, а други не, или ако се по једном од њих има или може изрећи и која *мера безбедности*, а по другоме не, онда је он строжији.⁵⁾ Но тада је у ствари без значаја, да ли ће се применити један или други закон, јер се према ал. 2 §-а 61⁶⁾ споредне казне и мере безбедности морају

они у стицају са злочинима или преступима или међу собом само, пошто је у њему реч само о „злочинима и преступима“, а и с обзиром на то, што ту нема опасности од претеране укупне казне (*Degois* п. 576). *Garraud* (3 п. 576) из тога, што се по њему чл. 365 ал. 2 односи само на „злочине и преступе“, изрично закључује, да се и у случају идеалног стицаја *истуца* има изрећи једна казна, пошто постоји, вели, само једно кривично дело. Тако и *Laborde* п. 568.

¹⁾ Уп. *Frank* § 73 IV.

²⁾ Тако *v. Liszt* § 55 III, *Meyer-Allfeld* § 57 IV, *Olshausen* § 73, 29, *Köhler* 144, *Frank* § 73 IV 1. Против *Merkel* (H N 2 583) за случај, кад је минимум блажијег закона већи (строжији закон се тада, вели, има одредити аритметички између максимума и минимума), *Reiffel* G S 39 504 (строжији је, вели, закон с већим минимумом). — Тако, сходно истоветној одредби §-а 73 нем. к. з., и за случај, кад су казне разне врсте, претежно мишљење: *v. Liszt* § 56 III, *Frank* § 73 IV 1, *Meyer-Allfeld* § 57 IV пр. 22, *Hälschner I* 685, *Olshausen* § 73, 27. Прот. (има се извршити претварање по § 21 нем. к. з., да би се видело, чија је мера већа) *Meyer* (5. изд.) 440, *Rüdorff-Stenglein* § 73, 13, *Thomsen* G S 31 35, *Habermaas* 34.

³⁾ Тако и за нем. к. з. (у толико пре, што је по његовом § 44 ублажавање казне обавезно, и у том истом §-у је и сам казнени оквир за покушај одређен) *v. Liszt* § 56 III, *Meyer-Allfeld* § 57 пр. 21, *Frank* § 73 V.

⁴⁾ Тако *Frank* § 73 IV.

⁵⁾ Тако *Meyer-Allfeld* § 57 IV, *v. Liszt* § 56 III, *Frank* § 73 IV 1. Прот. *Olshausen* § 73, 29 I в (према коме се споредне казне имају узети у обзир пре минимума главних казни), *Hälschner I* 684 (закон са споредном казном може према околностима бити строжији од закона са већом главном казном).

⁶⁾ Тако и према § 67 нем. прој. к. з. од 1928.

одн. (scil. ако су факултативно прописане) могу изрећи, ма у коме од кривичних закона у стицају биле оне предвиђене одн. допуштене. Приватна задовољавања и процесне претпоставке не могу се наравно узимати у обзир.¹⁾

2. Закон *строжији* има се *искључиво* применити, и ако би можда минимум казне у њему прописане био нижи од минимума казне прописане у блажијем закону (т. зв. *ексклузивније* строжијег закона, но в. 3 и VII 1). На тај начин кривац се може осудити и испод минимума казне прописане у блажијем закону.²⁾ Он се може осудити чак и на казну прописану по избору (алтернативно или у случају постојања какве ублажавне околности) уз тежу главну казну, и ако је она блажија од казне прописане у блажијем закону.³⁾ Но као што је речено, према ал. 2 § 61, ако би блажији закон прописивао или допуштао и какву споредну казну или меру безбедности, а строжији не, ова се казна одн. мера безбедности има одн. може изрећи, те је у толико могуће *комбинирање* строжијег и блажијег закона.⁴⁾ Принцип *ексклузивније* не важи међутим за ове *правне* последице кривичног дела и кривца, које нису *кривичне* санкције, као што су оштета или објављивање пресуде.⁵⁾ У горњем смислу строжији закон се има применити и онда,

¹⁾ Тако и. *Liszt* § 56 III, *Frank* § 73 IV 1.

²⁾ Тако *v. Liszt* § 56 III, *Meyer-Allfeld* § 57 IV. Прот. *Frank* § 73 IV, *Olshausen* § 73, 35, *Stürenberg* 34, *Wachenfeld* 266, јер се стицај, веле, другог дела, не сме никад сматрати као ублажавна околност.

³⁾ Тако *Meyer-Allfeld* § 57 пр. 26. Прот. *Frank* § 73 IV 1 (уп. претх. пр.).

⁴⁾ Тако за § 73 нем. к. з. (где то није предвиђено као у § 61 ал. 2 к. з.) *Heinemann*, 137 и *Meyer-Allfeld* (de lege ferenda) § 57 IV пр. 24. Тако за *реални* стицај, за која такође важи према њему принцип апсорпције по (чл. 365 ал. 2) франц. к. с. п. (не изјашњујући се, да ли тако узима и за идеални стицај, где према њему као што се је видело, постоји само једно кривично дело, те се на њ' не односи чл. 365 ал. франц. к. с. п.), *Degois* п. 581 против француске јуриспруденције (која наводи два разлога за примену у случају реалног стицаја споредних казни [неинкомпатибилних с главним], један рационални и један текстни: 1^о те казне су мере узете у интересу друштва, да се спрече да изврше извесна кривична дела лица с некојом особеном склоношћу на та дела; 2^о оне се не могу упоређивати с главним казнама нити међу собом, те је чл. 365 ал. 2 франц. к. с. п. неприменљив). Прот. *Meyer-Allfeld* § 57 IV, *v. Liszt* § 56 III, *Olshausen* § 73, 31, *Habarmaas* 29 (под 3).

⁵⁾ Тако *Meyer-Allfeld* § 57 IV, *v. Liszt* § 56 III, *Frank* § 73 VI 2, *Olshausen* § 73, 32. Тако за *реални* стицај, не изјашњујући се за идеални (в. горе пр. 3), *Degois* п. 580 (наводећи, да је јуриспруденција из тога извела закључак, да то не важи ни за *новчану* казну, сматрајући је као оштету државе), особито за новчану казну — в. и *Cuche* п. 106 — у области царинској, посредних подела и шумској; в. VI пр. за *Laborde*-а, који износи — п. 568 пр. 1, да јуриспруденција сходно одредби чл. 4 з. од 19. децембра, 1850 изриче новчану казну за зеленашење прописану, кад је она у стицају и с неким другим кривичним делом, а не с преваром, и ако би оно било лакше кривично дело од њих).

кад би у њему био предвиђен некоји особени основ искључења казне, непредвиђен у блажијем закону.¹⁾

3. Али ако је блажији казни закон потпуно *ајсорбован* строжијим, лакша кривична дела одн. кривци не могу се сматрати, као да *не* постоје (в. међутим VII 1), одн. (*хомогени* идеални стицај) ако се казни закон само *јиданјуи* примењује, остала извршења дотичног кривичног дела (н. пр. убиства) и кривци не могу се сматрати, као да *не* постоје. То не излази ни из § 61 к. з., јер се у њему прописује само то, да се има досудити казна из најстрожијег закона. Зато се у тексту пресуде мора да утврди *постојање* и *осталих* кривичних дела и криваца.²⁾ Осуда се има дакле да протегне на *сва* кривична дела у идеалном стицају дотичном радњом извршена и доследно извршилац се има да огласи кривцем за њих *сва*, у колико за поједина гоњење није могуће због одсуства извесне процесне претпоставке.³⁾ Другим речима он се *казни* за *сва* кривична дела у стицају, али се казна одмерава само према казненом закону, у коме се садржи најтеже кривично дело (што је јасно исказано у § 61 ал. 1 к. з.). Зато се кривцу не може понова да суди (*ne bis in idem*) ни у ком облику (н. пр. у облику продуженог или колективног кривичног дела) за кривично дело из блажијег закона (но в. а).⁴⁾

а) *Лакше* кривично дело може пре свега да служи за основицу *повраћу*, и већ зато мора бити констатовано у пресуди, јер је за постојање поврата услов, да је по ранијем кривичном делу донета правноснажна пресуда.⁵⁾

б) Оно *може* служити као *оштежавна* околност при изрицању казне за теже кривично дело, с којим је у идеалном стицају.⁶⁾ Неки га сма-

¹⁾ Тако *Frank* § 73 V.

²⁾ Тако *Frank* § 73 V, *Meyer-Allfeld* § 57 IV, *Olshausen* § 73, 24 в, *Binding Grundriss* 291. Тако прећутно и в. *Liszt* § 56 III (лакше дело може, вели, послужити за поврат), *Wachensfeld* 105, *Höplner* 2 72, противречећи се тако са својим гледиштем о идеалном стицају. Прот. *Merkel* Н Н 4 229, *Heinemann* 295, *Habermaas* 28, *Hülschner* I 683, в. *Buri* 110 (они су и против ниже под а одн. поврата изнетог).

³⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* I с., *Frank* I с. (§ 73 IV, 11. изд.: из строжијег закона узета казна односи се, вели, свакојачко и на блажији деликат, тако да и он важи, као да се за њ' казнило). Прот. у претх. пр. наведени писци. *Habermaas* (28) допушта оглашење кривим и за лакше кривично дело, али, противречећи се, не и утврђивање његовог бића у пресуди, као ни протезање осуде на њ'.

⁴⁾ Уп. в. *Liszt* § 56 III, *Schwartz* § 73, 13, *Garraud* 3 н. 987.

⁵⁾ Тако *Frank* § 73 V, *Meyer-Allfeld* § 57 V, *Belting* 307, *Reichsgericht* E 18 193. Прот. (поред у претх. пр. изнетих) *Habermaas* 28, *Geyer* I 189.

⁶⁾ Тако *Meyer-Allfeld* § 57 V, *Frank* § 73 IV, *Habermaas* 28 (под 2).

трвју за облигаторну отежавну околност.¹⁾ Но то је неумесно, јер је противно од њих усвојеном принципу *reus maior absorbet minorem*, по коме суд има право, да осуди кривца и на минимум казне прописане строжијим законом, те облигаторно повишавање казне није могуће.²⁾

4. Изузетно се мора да примени блажији казни закон:

а) Кад за теже кривично дело недостаје каква процесна претпоставка, н. пр. то је кривично дело по приватној тужби, а тужба није подигнута.³⁾ То исто важи и за случај, кад су оба кривична дела по приватној тужби и тужба је само за лакше подигнута.⁴⁾ Но с обзиром на принцип недељивости тужбе (в. § 47 VIII) тако се има узети само онда, ако повређеник није исто лице код оба кривична дела.

б) Кад се утврди, да је малолетник у погледу тежег кривичног дела без разбора делао,⁵⁾ или ако извршилац није кривац у погледу тежег кривичног дела због одсуства виности или неиспуњавања ког објективног личног услова кривичне одговорности.^{6) 7)} Но овако се случај појављује само у Трипартицији. У Бипартицији међутим се он не појављује као изузетна примена блажијег закона у идеалном стицају, јер тада према њој теже кривично дело не постоји због одсуства његових елемената виности одн. испуњавања поменутих објективних личних услова, већ само лакше. У том случају дакле у Бипартицији у опште нема идеалног стицаја у погледу тежег кривичног дела.⁸⁾

5. Принцип *absorptionis* блажијих одн. осталих казни строжијим неоправдан је. Тиме се неумесно награђује онај, који је два или више кривичних дела извршио једном истом радњом, јер је његова делат-

¹⁾ Тако *Olshausen* § 73, 34 („у природи ствари лежи, вели, да радња као једноставно дело у свима правцима вађе своју казну, другим речима да се сви деликти у идеалном стицају узму у обзир“), *Herzog* G S 27 197. Досуђеном казном се, веле, на тај начин врши одмазда за свако кривично дело у стицају. Тако и *Hälschner* I 686, *Wachefeld* 266, а тако *de lege ferenda* и *Garraud* 3 198 (п. 985).

²⁾ Уп. *Frank* § 73 IV, *Meyer-Allfeld* § 57 IV пр. 29, *Heinemann* 97, *Habermaas* 28 (под 2).

³⁾ Тако *Frank* § 73 VI 1, *Meyer-Allfeld* § 57 V, *Olshausen* § 73, 24 в, *Vidal-Magnol* п. 252—2 (под 4^о), *Garçon* art 336, 49 (са К. с.). Прот. *Hälschner* I 685, *Merkel* H H 4 230, према којима се тада ни за лакше не може гонити и казнити.

⁴⁾ Тако *Meyer-Allfeld* § 57 V (и пр. 32).

⁵⁾ Тако *Meyer-Allfeld* § 57 V.

⁶⁾ Уп. *Frank* § 73 VII.

⁷⁾ Тако узима и франц. К. с. Прот. *Laborde* п. 568 (тумачећи израз „због истог дела“ чл. 360 к. с. п., не у смислу „правног“, већ „материјалног“ дела). В. *Vidal-Magnol* п. 252—2 под 3^о и п. 670 под 1^о (кад поротни суд ослободи оптуженика за теже, он може после бити гоњен за лакше).

⁸⁾ Тако н. пр. *Frank* § 73 VII, док неки бипартисти (н. пр. *Meyer-Allfeld* § 57 V, *Schwartz* § 56, 3) то нису уочили (сматрајући поменути случај као изузетак).

ност тежа по последицама (штети) и његова виност тежа од виности онога, који је једном радњом извршио једно кривично дело. Но тиме није речено, да кривац треба да буде кажњен за ова кривична дела увек исто тако, као да их је са две радње извршио (в. за разлоге против система *quot delicta tot poenae* код реалног стицаја). Он је и објективно и субјективно блажији кривац у случају идеалног стицаја, и зато се за њ' мора усвојити блажије поступање но за случај реалног стицаја. Овде би требало према некима да се примени исти систем као и код реалног стицаја, т. ј. требало би да се изрекче укупна казна, али би максимум био ипак из наведена два разлога мањи од максимума укупне казне за реални стицај кривичних дела.¹⁾ Но правичније је усвојити за идеални стицај систем апсорпције у начелу стиме, да се остала кривична дела сматрају као облигаторне отежавне околности, и да се имају, одн. могу (као према § 61 ал. 2 к. з.) применити споредне казне, мере безбедности и узгредне последице из непримењених казнених зак она, ако их ови прописују, одн. допуштају (систем *пооштравања, poena maior cum exasperationae* дакле).²⁾

VII. Привидни идеални стицај кривичних дела. — Има у к. з. и другим з. случајева, где постоје *више* (дела) проузроковања (или тачније [в. II] *више* бића остварених) једном *истиом* људском радњом, која су сама за себе кривична дела, али где ипак не постоји идеални стицај кривичних дела, већ само једно кривично дело зато, што је само једно проузроковање (дело, биће) кривично-правно релевантно. Такви су они случајеви стицаја *више* проузроковања (бића), где је једно проузроковање (биће) такво, да су сва друга обухваћена у његовом (њиховом ширем) појму, те је тако закону противно узети, да поред оног и она сва посебице постоје као

¹⁾ Тако *Meyer-Altfeld* § 57 пр. 20 (закон би требало да допусти судији „могућност повишења казне над највишом мером најтежег закона“), *Finger* 2 8 702, *Stelling* 124, *Merkel* 493. — Неки захтевају, да се и код идеалног стицаја укупна казна одређује на исти начин као и код реалног. Тако *v. Bur* 1 2 11, *Hälschner* 1 672, 776 (сходно своме тврђењу — в. горе пр. 2 — о одсуству битне разлике овог и реалног стицаја, означајући противно гледиште „непринципиелним“), *Merkel* 269, *Binding* 571, 575, *Heinemann* 2, *v. Liszt* Italien, Strafgesetz 41. — У 6. одељку аустријског прој. од 1912 не чини се у начелу разлика између идеалног и реалног стицаја у погледу укупне казне.

²⁾ *Garraud* (3 198, п. 985) узима *de lege ferenda*, да „идеални стицај кривичних дела“ треба да сачињава „законску пооштравну околност“, упућујући на чл. 434, где је франц. к. з., „то већ учинио“, а где је у ствари у питању једно кривично дело, паљевина квалифицирано последицом, на име смрти. — У § 65 нем. прој. од 1928 је то усвојено, но место првог средства пооштравња казне (*scil.* отежавном околношћу) прописао је, да се не може изрећи „нижа ни по врсти лакша казна“. В. *Hafter* 75 III 3 и 79 (према већини швајцарских права идеални и реални стицај дејствују пооштравно).

кривична дела извршиочева.¹⁾ То је т. зв. *привидни* идеални стицај *кривичних дела*.²⁾ Њему одговара *привидан* идеални стицај *криваца*. Ти су случајеви:

1. Кад је једно од проузроковања (бића) *ошћег* карактера према другоме, према њему *посебном*, т. ј. кад се ово друго одликује *специјалним* обележјима, те се појављује као *специјалан* појамни случај кривичног дела, које сачињава оно прво (као његова нарочита лакша или тежа *врста* или као *самосталан* деликат);³⁾ другим речима кад је казнени закон, под који се једно од (стеклих се) проузроковања (бића) подводи, *ошћи*, а овај други *специјални*. Онда је с кривично-правног гледишта сходно закону релевантно само специјално проузроковање, (биће), т. ј. има се применити само специјални закон (т. зв. *специјалитет*). *Lex specialis derogat legi generali* (или *specialia generalibus derogant*). Тако увреда државног службеника је пре свега увреда (нарочита врста исте) и као таква спада под § 297 к. з., али се овај § не може применити, пошто се увреда оног службеника специјално садржи у § 302 к. з. Исто то важи за службено лишење слободе из § 391 к. з. према обичном из § 249 к. з. (према коме је оно, не његова нарочита врста, већ самостално, службено кривично дело). Отуда овде као и у следећа два случаја важи начело *ексклузивитета* једног закона потпуно, т. ј. без икаквог изузетка (в. међутим VI 2 и 3 код идеалног стицаја). У пресуди се према томе само једно кривично дело (и кривац) има да утврди (осуда се само на њ' распростире), дело из дерогираног закона не може служити као отежавања околност, и не могу се изрећи споредне казне, мере безбедности и ванкривично-правне последице прописане у овом закону.⁴⁾

2. Кад је једно од (бића) проузроковања (према изричном или прећутном законском пропису) *суисдиерно* другом, на име кад оно представља *ранију студијум* другога (напада на исто добро), те је кривично-правно релевантно само онда, кад ово друго не постоји, другим речима кад је казнени закон, под који спада једно од стеклих

¹⁾ Уп. в. *Liszt* § 56 II, *Meyer-Allfeld* § 42 I 4 (који то друкчије, али непотпуно одређено изражавају: „кад се на једну радњу споља узев деликтни појмови разних закона прилагођавају, али се од ових само један примењује зато, што у њему садржави деликтни појам обухвата радњу у сваком битвом погледу, док други деликтни појмови покривају само један део радње“), *Frank* § 73 VII, после 3 (у целини има се, вели, поставити правило: „ако се сустичу више закона већ по бићу, дакле нужно, а не само случајно у конкретном стању ствари, онда је идеални стицај само привидно дат“).

²⁾ В. III за називе овог стицаја од стране присталица теорије стицаја закона.

³⁾ Уп. в. *Liszt* § 56 II („посебна одредба иде пред општом“), *Frank* § 73 VII 2 а, *Meyer-Allfeld* § 42 I 4 а, *Wachenfeld* § 32 II 1, *Kohter* 568.

⁴⁾ Уп. *Frank* § 73 VII.

се проузроковања (бића), у важењу супсидиеран другом казненом закону. Онда се има узети сходно закону, да с кривично-правног гледишта постоји само друго проузроковање (биће), ако се је оно заиста догодило, т. ј. има се применити само казнени закон, који о њему говори, дакле *примарни*, а не *субсидиарни* казнени закон (т. зв. *субсидиаритет*).¹⁾ *Lex primaria derogat legi subsidiariae*. Тако је договор на велеиздају (§ 96 к. з.) супсидиеран самој велеиздаји (§§ 91—94 к. з.), и према томе ако је велеиздаја већ извршена, не може се узети да постоји у исто време договор на велеиздају, те се велеиздајник за њ' не може ни казнити. Исто су тако кривична дела угрожавања (или с опасношћу као законодавним мотивом инкриминације) супсидиерна одговарајућим кривичним делима повреде, одн. кривичним делима угрожавања квалифицираном повредом (н. пр. побацивање из § 173 ал. 1 к. з. према побацивању квалифицираном смрћу из § 173 ал. 2 к. з., или паљевина из § 187 к. з. према паљевинама квалифицираним опасношћу по живот, смрћу или тешком телесном повредом из § 188 к. з.). Но ако је дело угрожавања инкриминисано због своје опасности по *неодређене* објекте, могућ је идеални стицај, у колико у закону није друкчије прописано (н. пр. у наведеном примеру паљевине).²⁾ Тако иступ брзе вожње, којом је смрт једног лица проузрокована, у правом је идеалном стицају с убиством. Дражење пса на јавном месту пак биће у идеалном стицају с телесном повредом од надраженог пса нанетом само онда, ако је пас био не просто надражен на јавном месту, већ напујдан баш на лице, које је ујео.³⁾ Исто је тако помагање, ако је *истом* радњом (н. пр. саветом) и помогнуто и подстрекнуто, као лакша форма саучешћа супсидиерно подстрекавању (као и онда, кад су извршени разним радњама, али тада постоји привидан *реалан*⁴⁾ стицај), покушано кривично

¹⁾ Уп. *Frank* § 73 VII 2 в („када више казних угрожења штите исти интерес [правно добро] у разним стадијумима напада“), в. *Liszt* § 56 II 3 (подводи под консумпцију случај кривичних дела угрожавања и повреде), *Meyer-Allfeld* § 42 I 4 в, *Binding* 355, *Wachenfeld* § 32 II 3, *Köhler* 568. *M. E. Mayer* (512) сматра случајеве субсидиаритета, где има *више* радњи (н. пр. договор за велеиздају и радња извршење велеиздаје, изазивање и двобој), као случајеве субсидиаритета *неправог реалног* стицаја, а оне, где има само *једне* радње (н. пр. дражење пса и телесна повреда, кривична дела угрожавања и повреде), као привидан *идеалан* стицај, и то као случајеве *консумације* (признавајући поред консумпције само — 502 — још једну врсту привидног идеалног стицаја, *специјалист*).

²⁾ Уп. *Frank* § 73 VII 2 в. Нејасно о томе *M. E. Mayer* 502 пр. 1 и 515 пр. 11.

³⁾ *Frank* (I. c.) превиђа ову разлику код истог примера (§§ 366 т. 6 и 230 нем. к. з.).

⁴⁾ Узима се неосновано (и ми у ранијим изд.), да постоји место привидног *реалног* стицаја (в. IX) привидан *идеалан* стицај и онда, кад су *разним* радњама извршени (као и за случај стицаја између подстрекавања или помагања с једне и извршноштва или саиз-

дело супсидиерно је свршеном,¹⁾ а подстрекавање и помагање, који су самостална кривична дела, су супсидиерни саучешћу у извршењу кривичног дела од наведеног одн. помогнутог. Кадкад се у закону однос субсидиаритета једног кривичног дела према другоме или према другима, изрично наведеним (као крађа и утаја код противправног присвајања ствари из § 322 к. з.) или не, нарочито, и ако обично излишно, наглашава (т. зв. *субсидиаријететска* клаузула, н. пр. §§ 95, 96, 322 к. з. или, излишно, § 120 ал. 1 к. з.).²⁾

3. Кад је једно проузроковање (биће) *пролазан стицајум* за друго *шеже*, или кад је оно то *in concreto* било. Онда је прво проузроковање (биће) *консумовано* другим (т. зв. *консумпција*), т. ј. оно је сходно духу закона (као и у горња два случаја) кривично-правно ирелевантно.³⁾ *Lex consumens derogat legi consumptae*. Тако је телесна повреда консумована убиством. Онај, који је убио, сходно смислу закона не може бити кажњен у исто време за телесну повреду. Или повреда кућнег права у случају

вршиоштва с друге стране). Тако *v. Liszt* § 56 II 2 (сматрајући то као случај консумпције), *Frank* § 73 VII 1 и I в (но наводећи овде за пример само случај подстрекавања и помагања истом радњом и подводећи ове случајеве стицаја под следеће више правило: више закона, који у обзир долазе, не могу бити кумулативно повређени, ако они сви не садрже норму, као што је то случај са формама саучешћа и извршиоштва, јер је законима о њима основа норма „главног дела“), *Olshausen* § 73, 13 в (субсидиаритет), *Meyer-Allfeld* § 42 I 4 в (такође), *Hölschner* 1 659, *Kohler Studien* 1 117, *Hönig* 74, *Reichsgericht* E 26 48, 44 208, 6 274. Тачно *M. E. Mayer* 514 (консумпција), и 513 под β).

¹⁾ Тако *Olshausen* § 73, 13 в. *v. Liszt* (§ 56 II 2) и *Meyer-Allfeld* (§ 42 I 4 d) сматрају ове случајеве као случајеве *консумпције* (в. 3). *Frank* (§ 74 V 3 в) и *M. E. Mayer* (513) узимају неосновано (јер физичко јединство радње — в. IV 1 — не мора бити потпуно), да постоји привидан *реалан* стицај (као субсидиаритет). *M. E. Mayer* наводи, да је могућ и *прави* реалан стицај, н. пр. ако се, вели (513 пр. 4), покушана крађа после недеља покуша понова од крађивца и изврши. Но ту је у ствари покушај крађе потпуно одвојен од свршене крађе, те се тај прави реалан стицај не појављује као изузетан случај према привидном. Он наводи као изузетак и један случај, где би било привидног *идеалног* стицаја (и то консумпција). То је онда, вели (514), кад се покушај „садржи у истој радњи као довршење“ (мислећи ту ваљда на случајеве, где је кривично дело свршено самим — в. § 71 V 6 — почетком радње извршења, но губећи из вида, да за идеалан стицај у опште није потребно потпуно физичко поклапање радњи).

²⁾ Уп. *Frank* § 73 VII 2 в (наводећи за пример §§ 43, 49 а и 353 а нем. к. з.).

³⁾ Појам исте се обично нетачно и неодређено формулише. В. н. пр. *v. Liszt* § 56 II 2 (само примере наводи), *Meyer-Allfeld* § 42 I 4 d (кад се биће једног закона садржи у другоме, тако да кад се овај примени, други не улази у обзир), *Frank* § 73 VII 2 е (кад правна заштита дата од једног закона обухвата правну заштиту, коју други даје), *Wachenfeld* § 32 II 2 (као први), *Binding* 363 (кад један казнини закон биће и казнино угрожење другога у себи делимично садржи, у толико други остаје ван примене), *Olshausen* § 73, 14 (као претходни).

извршења тешке (опасне) крађе обијањем врата стана консумована је овом крађом (као и у обијању нужно садржана повреда ствари).¹⁾

а) Један нарочити случај консумпције постоји код кривичних дела квалифицираних последицом (н. пр. лишења слободе смрћу из § 243 ал. 1 к. з.) између овога и сваког појединог од његових састојака.²⁾

б) Тако исто један особен случај консумпције постоји код кривичних дела, који биће ког другог кривичног дела садрже као елеменат у облику специјалне поштравне околности (н. пр. разбојништво са свирепомрћу или мучењем из § 328 ал. 1 т. 4 к. з. садржи у себи злоставу или телесну повреду, које консумира).³⁾⁴⁾⁵⁾

¹⁾ Тако *Meyer-Allfeld* § 42 I 4 d. Уп. *Frank* § 73 VII 2 c. — Покушај је одвојена форма кривичног дела од свршеног, те се не може рећи, да је он пролазни стадијум за свршено кривично дело, као што се то не може рећи ни за саучешће према извршиоштву. Отуда се они нетачно (в. горе 2 пр. 1 и 4) представљају као случајевни консумпције.

²⁾ Тако *Frank* § 73 VII 2 c α.

³⁾ Уп. *Frank* § 73 VII 2 c β.

⁴⁾ Узима се неосновано (и ми рвније), да постоји привидан *идеални* стицај, случај консумпције, место привидан *реални* (в. IX 2 в), између кривичног дела, којим је *in concreto* само остварена намера потребна за кривца код ког другог кривичног дела и овог кривичног дела (да н. пр. крађа и превара консумирају доцније извршену утају и повреду ствари, утаја повреду ствари). Тако н. пр. *Meyer-Allfeld* § 42 I 4 d.

⁵⁾ Разликује се од неких још један, четврти случај *привидног* идеалног стицаја, т. зв. *алтернативитет*. Он се двојачко схвата: 1^о Према прво посталом схватању (*Binding* 349, § 74; в. код њега — пр. 1 — за дотадање стање књижевности о томе) алтернативитет постоји, кад се „иста противправна радња од законодавца гледа под више различних кривичних тачака гледишта и тако сачињава биће више правних прописа“. Тада је, вели *Binding*, ређе, „да се двапут тачно исто биће у разним законима поставља“, а чешће, да се два бића односе као два круга, који један другог секу, и тада за биће, које спада у оба круга постоје више закона, од којих се увек само један треба да примени. Ако је у овим случајевима прописана иста казна, равнодушно је, која ће се применити; а ако су разне, мора се, вели, применити за кривца у конкретном случају најповољнији казни закон. За примере наводи поред осталог обезбеђеничку превару и паљевину. Тако (узимајући у обзир к. з.) ко упали туђу обезбеђену кућу у намери добијања осигуране своте, казниће се за обезбеђеничку превару, т. ј. по § 340 као строжијем; но ако је отуда наступила животна опасност, казниће се за паљевину по § 188 к. з. као строжијем. Тако схвата алтернативитет и *Meyer-Allfeld* § 42 I 4 c. У ствари у наведеном примеру постоји *правни* идеалан стицај. Уп. против овог гледишта *Frank* § 73 VII 3 (узимајући неосновано да су ту у опште у питању „законодавчеве грешке, које се не смеју учинити полазном тачком једне опште теорије*). — 2^о Према другом схватању алтернативитет постоји између кривичних дела, „чији појмови садрже контрадикторна обележја (убиство с преду, мишљајем и умишљено, крађа и утаја)*, те се узајамно „искључују“ (в. *Liszt* § 56 II 4; алтернативитет у овом смислу познаје и *Garraud* 3 194, п. 989, али неодређено и без наслона на опште учење о привидном стицају) У ствари ту постоји увек или некоји од горе изнета три случаја привидног идеалног стицаја или у опште не може бити говора у опште о *идеалном* стицају (н. пр. између крађе и утаје). В. за једно нетачно схватање алтернативитета *Köhler* 570 (под в).

VIII. Привидни идеални стицај кривца.¹⁾ — Док Бипартиција познаје само привидни идеални стицај *кривичних дела*, Трипартиција разликује и привидни идеални стицај *кривца*. Сваком привидном (као и правом, в. II 2) идеалном стицају кривичних дела одговара у Трипартицији привидни идеални стицај кривца. Али има доста случајева, где постоји само привидни идеални стицај кривца, а кривично дело је у опште једно исто, т. ј. не постоји ни привидно више кривичних дела. И код кривца последњег привидног идеалног стицаја могу се разликовати иста три случаја као код привидног идеалног стицаја кривичних дела:

1. *Специјалитет*. Тако у случају из позивног нехата извршеног убиства постоји привидан идеалан стицај између нехатног убице из § 177 ал. 2 ст. 1 к. з. и његове специјалне врсте, позивног нехатног убице из § 177 ал. 2 ст. 2 к. з., који се једини наравно има узети да постоји.

2. *Субсидиаријет*. Тако је код убиства по захтеву или молби убица умишљајни (§ 168 ал. 1 к. з.) субсидиеран убици из сажаљења (§ 168 ал. 2 к. з.). Ко је из сажаљења извршио такво убиство, казниће се само као такав и само он постоји, а не и умишљајни.

3. *Консумиција*. Тако убица с предумишљајем и из користољубља (§ 167 ал. 2 т. 1 и 4 к. з.) конзумирају умишљајног убицу (§ 167 ал. 1 к. з.).

IX. Привидни реални стицај и идеални стицај кривичних дела због *јединства* последице. — 1. И реални (в. IV) стицај кривичних дела је у извесним случајевима као и идеални само привидан.²⁾ Случајеви *привидног* реалног стицаја су следећи:

а) Кад се више проузроковања (бића) разним радњама у стицају *правно* сматрају као једно (као једна правна целина), т. ј. у случају т. зв. *правног јединства* кривичног дела. Тада правно не постоји ниједно од њих, већ само правно једноставно кривично дело, које је са сваким појединим од њих у привидном *реалном* стицају (случај *консумиције*, в. VII 3). Ту спадају сложено, продужено, колективно кривично дело и кривична дела, где је равнодушан број проузроковања (в. §§ 50—54).³⁾ Тако принуда и крађа, из којих је сложено разбојништво, су само у привидном реалном стицају са разбојнишвом.

¹⁾ В. Основни проблеми § 18 III 3 а.

²⁾ Уп. Frank § 74 V и М. Е. Mayer 311 (који не одвајају јасно случајеве привидног реалног стицаја). в. Liszt, Meyer-Alfeld и други (и ми раније) не познају случајеве привидног реалног стицаја. Они случај под 1 сматрају просто као правно јединство, а за случајеве под 2 и 3 в. 2 и 3 пр.

³⁾ Уп. Frank § 74 V 1 в, М. Е. Mayer 311 (I 1 а).

б) Кад од више радњи у стицају некоје нису *саме за себе* инкриминисане, већ само *под условом*, да *нека трећа*, од истог лица извршена сачињава кривично дело. Тада за дотичног субјекта правно оне радње не постоје, већ само кривично дело, према коме оне стоје у односу зависности, према томе само она трећа радња његова. Оне се дакле налазе према овој трећој радњи у односу *субсидиаријетета* (в. за случај субсидиаритета код привидног идеалног стицаја VII 2). То је случај са радњама *саучешћа* према извршиоштву. Ко је подстрекнуо или и помогао, а уједно је саизвршилац, за њ' правно постоји само саизвршиоштво, т: ће бити кажњен само као саизвршилац. То исто мора да важи и за две врсте саучешћа, подстрекавање и помагање разним радњама у њиховом међусобном односу, кад се они стеку код истог субјекта *различног* од субјекта радње извршења. Из њихове правно несамосталне природе проистиче, да се има тада узети, да се они налазе у привидном реалном стицају, т. ј. да *само једно* од њих два постоји, и то наравно *теже*, дакле подстрекавање. Ко је дакле двема засебним радњама (ако је истом радњом, постојаће, као што се је видело под VII 2, привидан идеалан стицај, субсидиаритет) подстрекнуо и помогао извршиоцу, за њ' ће правно постојати само подстрекавање, те ће само за исто бити кажњен (лакша форма саучешћа *субсидиерна* је тежој).¹⁾ Подстрекавање и помагање у међусобном односу, кад су извршени од истог лица истим радњама, могу се подвести и под појам кривичног дела с *равнодушним* бројем проузроковања (в. § 53) у *ширем* смислу (где несумњиво спадају случајеви више помагања или више подстрекавања у истом кривичном делу), и онда као привидан реални стицај спадају у групу горе под а изнету.

в) Кад се једно проузроковање (биће) појављује само као касније својинско *располагање* стварју, која је прибављена радњом *управљеном* на њено *присвајање* или радњом *присвајања* исте, тако да се штета нанета њиме поклапа са штетом још овом радњом нанетом.²⁾ Извршилац се у

¹⁾ И *Frank* (§ 74 V 2 а) узима, да овде и у случају стицаја саучешћа и саизвршиоштва постоји привидан *реалан* стицај (и ако он, као што се је видело под VII 2 пр. 4, те случајеве подводи и под привидан идеалан стицај на основу тога, што постоји „само једна једноставна норма главног дела“ [§ 73 VII 1 а]). С правом се, вели *Frank* поставља (н. пр. в. *Liszt* § 52 IV), „да при вишеструком суделовању једног истог лица у истом деликту увек долази у обзир само она форма саучешћа, која даје најтежу кажњивост.“ в. *Liszt* (§ 56 II 2) и *Meyer-Allfeld* (§ 42 I 4 в) сматрају погрешно ове случајеве као случајеве привидног *идеалног* стицаја, и то први као консумпцију, а друга као субсидиаритет (в. о томе VII 2 пр. 4 и 3).

²⁾ Тако *Frank* § 74 V 3 (консумпција), *M. E. Mayer* 513 под β (субсидиаритет по њему: „искоришћење једним кривичним делом створеног стања је само субсидиерно кажњиво; примарно се казни произвођење стања“), *Reichsgericht* E 49 16 (18). Остали (и ми раније) подводе погрешно овај случај под привидан *идеални* стицај. Тако н. пр. изрично

колико је у питању касније дело, *консумовано* претходним, може назвати *некажњивим* или и *Предкажњеним* каснијим извршиоцем.¹⁾ Тако крађа и превара конзумирају каснију утају, повреду ствари и повреду тајне писмена; утаја повреду ствари као и превару према истом лицу (н. пр. продајом њему ствари, која му је утајена); обезбеђеничка превара каснију превару наплатом обезбеђеничке своте. Без значаја је, да ли се код претходног деликта тражи намера присвајања или намера прибављања противправне имовинске користи или само умишљај.²⁾

2. Други и *порећи* случај привидног реалног стицаја могли би се и друкчије образложити, на име конструкцијом једне нове врсте *идеалног* стицаја. То би био идеални стицај кривичних дела због јединства *последнице*, насупрот до сада једино познатом идеалном стицају (в. § 49), који се има ради разликовања назвати *идеалним* стицајем кривичних дела *због јединства* радње. И он је, као и овај, *прави* или *привидни*:

а) Има само један случај *правог*. То је горе под 1 б изнети случај стицаја *подстрекавања* и *помагања* разним радњама *међу собом*. Пошто је казнени закон о подстрекавању (§ 34 ал. 1 к. з.) строжији но казнени закон о помагању (§ 34 ал. 3 к. з.), то се сходно §-у 61 к. з. има само он применити.

б) Има два случаја *привидног*:

1° Први је случај стицај *подстрекавања* или *помагања* или и једног другог разним радњама са *саизвршиошћом*. Обадва саучешћа су *субсидиерна* саизвршиоштву.

2° Други случај сачињава горе изнет стицај *имовинских* кривичних дела с каснијим. Касније кривично дело (н. пр. утаја, повреда тајне писмена) *консумовано* је претходним (н. пр. крађом).

Х. Историја. — 1. У *римском* праву је према владајућем тумачењу (датом и од глосатора) текстова о *приватним* деликтима (L. 2. princ. D. de privatis delictis 47, 1) и текстова о акузацијама (L. 7 § 5. D. de accusationibus 48, 2; L. 9. Cod. de accusationibus) важио како за реални тако и за идеални стицај принцип кумулације (*quot delicta tot poenae*).³⁾

Meyer-Allfeld (§ 42 I 4, консумпција, формулишући је непотпуно: „кад се некоја по себи кажњива радња појављује само као остварење намере, која спада већ у биће претходне кажњиве радње“). в. *Liszt* (§ 55 II 4 в) пак подводи неосновано овај случај под *правно* јединство кривичног дела.

¹⁾ Уп. *Frank* § 74 V 3 а (изјашњујући се за назив „предкажњено накнадно дело“ као бољи од назива „некажњиво накнадно дело“ (*straflose Nachtat* према *vorbeftrafte Nachtat*).

²⁾ Уп. *Frank*, *M. E. Mayer* I. с., *Meyer-Allfeld* § 42 пр. 41. — За неке случајеве је спорно, н. пр. за крађу и повреду ствари (прот. *Sauer*).

³⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 57 I, *Temme* 178. Прот. *Garraud* 3 п. 981 (текстови нису довољно прецизни, да би се из њих могао извести општи правни принцип о овоме).

Исти принцип важио је у *канонском* праву (с. 1. X. de roep., с. 27. X. de Sent. excomm.).¹⁾

2. Исто је тако било и у старом *немачком* праву. Но с увођењем телесне и смртне казне појавио се је под утицајем *италијанских* практичара принцип, да због неуједињивости ових казни у случају стицаја има судија да учини избор и изрекне најтежу казну. У ССС се налазе два члана, 108 и 163, из којих се за случајева ту предвиђене закључује, да је у њима постављен принцип апсорпције. Али се узима, да су то само изузеци од принципа кумулације, прећутно постављеног у ССС.²⁾ И каснија доктрина је била против принципа апсорпције извесно време, док најзад принцип није за *идеални* стицај преовладао. Он је из опште правне праксе примљен у већини нем. покрајинских к. з. 19. века, па затим у нем. к. з. од 1871 (§ 73) као и у срп. к. з. (§ 68). За *реални* стицај пак је заступан било принцип поштравања најтеже казне било принцип кумулације било чак принцип апсорпције, и сва се ова три гледишта налазе у покрајинским к. з. 19. века.

3. И у старој *француској* пракси је у наслону на поменуте римске текстове владао принцип кумулације за оба стицаја. У револуционарном законодавству (инспирисаном идејом хуманости, како каже *Garraud*) примљен је међутим и за један и за други стицај принцип апсорпције (као и у аустријском од 1852), који је после ушао и у § 365 ал. 2 франц. к. с. п. (о чијем неумесно оспораваном важењу и за идеални стицај в. горе 431 пр. 7).

¹⁾ Уп. *Temme* 178.

²⁾ В. *Temme* 179.

ГЛАВА II.

Јединство кривичног дела и с гледишта кажњивости и правно (кривично дело састављено из више проузроковања [из више дела] са више људских радњи и трајно).

§ 50. Сложено кривично дело (и кривац).

Књижевност. — В. за исту §§ 49 и 51.

I. Сложено кривично дело (*infraction complexe, zusammengesetztes Verbrechen*) у *ужем* смислу (*право* сложено кривично дело) је оно кривично дело, које је састављено из два или више *кривичних дела*, т. ј. из два или више противправних, у казненом закону предвиђених и условима инкриминације одговарајућих проузроковања људском радњом (дела).¹⁾ Такво је кривично дело разбојништво (§ 326 к. з.). Оно је састављено из принуде (§ 242 к. з.) и крађе (§ 314 к. з.).

II. Сложено кривично дело у *ширем* смислу (*неправо*) је оно, које је састављено из два или више проузроковања људском радњом (дела), која *сва* или *само некоја* нису, *сама за себе* посматрана, противправна, у казненом закону предвиђена и условима инкриминације одговарајућа, т. ј. *кривична дела*.²⁾ Такво је кривично дело силовање (§ 269 к. з.). Оно је састављено из обљубе без пристанка (повреде женске полне части), која по себи није кривично дело, и принуде, која је једно кривично дело (§ 242 к. з.).³⁾

¹⁾ *Wachenfeld* (107) сматра само овај случај као сложено кривично дело.

²⁾ *Meyer-Allfeld* § 42 I 3 и *v. Liszt* (§ 55 II 3) не разликују ове две врсте, дајући општу дефиницију, која обухвата једну и другу врсту.

³⁾ У француској књижевности изразу *infraction complexe* (или — преводилац дела *v. Liszt*-овог — *composé*) се од неких (н. пр. *Vidal-Magnol* п. 79) даје обично шири значај, тако да обухвата и идеалан стањај и случај кривичних дела, где је без значаја

III. Неки сматрају неумесно као *сложена* кривична дела и кривична дела, која су састављена из две или више *радњи извршења*, од којих *ниједна* по себи не сачињава кривично дело (н. пр. тешко противстајање из § 128 к. з.).¹⁾ Но оно је нетачно, пошто су ту у питању, за разлику од случаја сложених кривичних дела, више радњи, које, све, су код дотичних кривичних дела њихове радње *извршења*. То су, као што се је видело (§ 28 II 2 г), т. зв. (дво-или) вишеделатна кривична дела (како их сам *Binding* означава).²⁾

IV. Сваком *сложеном* кривичном делу одговара у Трипартицији сложени *кривац*, кривац са *сложеном вишошћу* у погледу на *последницу*.³⁾ У Бипартицији се међутим он наравно губи у сложеном кривичном делу.

§ 51. Продужено кривично дело (и кривац).

Књижевност. — *Авакумовић* 1135. *Ortolan* п. 758. *Garraud* 1 п. 116. *Binding* 540. *Merkel* Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen 1862 и Н Н 2 573, 4 225. *v. Buri* в. књ. § 49 и Beiträge 144. *Finger* Z 8 520, 661. *Neuburger* Das fortgesetzte Verbrechen 1896. *Wachenfeld* в. књ. § 49. *Coenders* в. књ. § 49. *Neuhaus* Eine und dieselbe Handlung oder mehrere selbständige Handlungen (Diss.) 1908. *Rathenau* Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen 1896 и G S 56 81. *Prager* Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen 1896. *Bockshammer* Über die Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem auf dem Gebiet des fortgesetzten und Kollektivdelikts (Diss.) 1896. *Schütze* Z 3 48. *v. Bülow* G S 59 177. *Höpfner* в. књ. § 49. *Farnbacher* Der Begriff des sog. fortgesetzten Verbrechens 1897. *Kohler* G A 53 153. *Beling* 364. *Dörr* Das fortgesetzte Delikt G S 71 (Beilageheft). *Dyckhoff* Fortdauerndes, fortgesetztes und Gesamtdelikt (Diss.) 1907. *Kramer* Das fortgesetzte Verbrechen (Diss.) 1907. *v. Bar* 3 568. *Laborde* Rev. crit. (1896) 77. *v. Lillenthal* Zur Lehre von den Kollektivdelikten 1879. *P. Merkel* Vergl. D. Allg. T. 5 269. *Baumgarten* в. књ. § 49. *Bünger* Z 8 520.

I. За разлику од к. з. срп. к. з. садржавао је у *ошћем* делу (§ 70) одредбе о т. зв. (умишљено или нехатно) *продуженом* кривичном делу (*delictum continuatum*, infraction continuée, répétée или réitérée или successive,⁴⁾

број проузроковања или (*Garraud* 3 п. 116 II, в. и Traité d'Instruction criminelle I п. 251) и колективна кривична дела. Неки га пак (н. пр. *Roux* п. 89) схватају у горњем смислу (в. и п. 92, где употребљава израз *délit composé*, али неодређено ипак). Узима се (*Roux* п. 89, прот. *Helie* Instr. crim. 2 п. 688), да је место извршења сложеног кривичног дела свако место извршења појединих његових састојака.

¹⁾ Тако *Binding* 15, *M. E. Mayer* 122.

²⁾ В. прот. *Wachentfeld* (107). Ако се појам прошири, вели (погрешно услед превијања разлике између вишеделатних и неправих сложених кривичних дела), и на случај под II, онда је *Binding* доследан, али онда појам сложено кривично дело губи практички значај. У ствари он овај значај нема ни иначе. Уп. § 28 II 2 г пр. 2.

³⁾ В. *Основни проблеми* § 18 III 3 а.

⁴⁾ За ове француске називе в. *Ortolan* п. 758 и *Vidal-Magnol* п. 79. Употребљава се често и термин *infraction continue* и овде као и за *трајно* кривично дело (које он у

fortgesetztes Verbrechen).¹⁾ У к. з. (§ 332) садржи се изрично таква одредба само код изнуде (в. II 2).

II. *Продужено* кривично дело је (сходно и §-у 332 к. з.) *скућ* више кривичних дела извршених са више радњи од истог лица и *прошив* истог лица, која се појављују као случајеви *непрекидног* извршења истог кривичног дела или *разних врсти* једног истог кривичног дела. Кад су испуњени услови из ове дефиниције, каснија кривична дела (н. пр. касније изнуде) појављују се као *продужење* ранијих.²⁾ Они су околности дакле, које их

ствари треба да означи). Та се термилошка неодређеност сусреће и у франц. преводу и *Liszt*-овог *Lehrbuch*-а (§§ 54 III 2 е и 55 II 1). *Haus* (п. 375) употребљава назив „колективно кривично дело по јединству циља“ (*infraction collective par l'unité de but*); а *Laborde* (п. 201) „колективно кривично дело по јединству одлуке и циља“ (*infraction collective par l'unité de résolution et de but*), сматрајући га као једну врсту „колективног кривичног дела“ (заједно с „колективним кривичним делом из навике“), који израз по њему обухвата све случајеве *правног* јединства кривичног дела, а не просто колективно кривично дело у нашем смислу (в. § 52 I пр. 1).

¹⁾ Продужено кривично дело било је познато још у (немачком) општем праву. Затим је о томе унета особена одредба у бав. к. з. од 1813 и 1861 (овде само код крађе и утаје) и у неке друге нем. покрајинске к. з. (саксонски од 1838, 1855 и 1868, баденски од 1848 и т. д.), као и у неке прој. пруског к. з. У нем. к. з. се међутим не налази (в. след. пр.) никаква одредба о продуженом кривичном делу. Ни у франц. к. з. није предвиђено, али се и за њ' усваја у теорији конструисани појам *умишљајног*, узимајући да у таквом случају постоји једно једино кривично дело. *Ortolan* (п. 758) није дефинисао овај појам, нити је анализирао његове елементе. Али се он садржи прећутно у његовом излагању и примљен је од каснијих писаца (в. *Garraud I* п. 116 II с, *Roux* п. 92, *Vidal-Magnol* п. 79). Захтева се: 1^о вишина (плуралитет) радњи (*pluralité des actions*), 2^о јединство повређеног права и то тако, да постоји „исто кривично дело“, 3^о јединство (в. III 1 а) одлуке (*Ortolan*: концепције и одлуке) или, веле још, циља (с додатком, да није довољно јединство побуде или страсти). Јединство времена, места и жртве није, веле се, потребно и наглашава се, да за сва дела застарелост почиње од престанка извршења, т. ј. застарелост не тече посебице за свако поједино дело (*Vidal-Magnol* 123, п. 79 1).

²⁾ У нем. к. з. није предвиђено продужено кривично дело, али се од већине писаца и у судској пракси овај појам усваја као *нужан*, узимајући да он проистиче из § 74, пошто се у овом §-у захтева за реалан стицај више *самосталних* радњи. Тако *Frank* § 74 V с (подводећи га под привидни реални стицај), *Meyer-Allfeld* § 42 I 2 а, в. *Liszt* § 55 II 1 пр. 2, *Prot. v. Buri* Einheit und Mehrheit 115, *Lilienthal* 61, *Orloff G A* 24 422. Но постоји *несагласност* о појму продуженог кривичног дела. Према *објективним* теоријама (в. о истима в. *Liszt* § 55 пр. 2, *Wachenfeld* 109) не захтева се ништа у погледу виности, према *субјективним* пак потребно је било јединство *умишљаја*, било јединство одлуке (в. в. *Liszt* § 55 пр. 2). Према првима (чији је заступник био и *Feuerbach*) могуће је и *нехајно* продужено кривично дело. — Спор о томе, што је све потребно за спајање више кривичних дела у једну правну целину као продужено кривично дело, може се према *Frank*-у (§ 74 V 2 под ζ. 238) објаснити „околношћу, што се верује, да се појам може утврдити *логичким* путем, док је у ствари код продуженог кривичног дела у питању битно на обзирама *правичности* заснована конструкција, чије су границе још у току развића“.

³⁾ Уп. *Frank* § 74 V 2 с.

спајају у једно кривично дело, тако да место реалног постоји међу њима само *привидан* реални стицај (в. § 49 IX 1).

1. Елементи су *продуженог* кривичног дела дакле:

а) *Скуи* више кривичних дела са више радњи извршених. У смислу § 332 к. з. та кривична дела треба да су *изнуде* из §§ 329—331 к. з. За остала кривична дела в. 2. У смислу пак § 15 ал. 2 к. с. п. то треба да су *злочинства* или *пресјуи*.

б) Особеност појединих кривичних дела, да се појављују као конкретни случајеви *истог* кривичног дела (н. пр. у смислу § 332 к. з. као изнуда из § 329) или разних *врсти* (н. пр. као изнуда из §§ 329—331 к. з.) једног *истог* кривичног дела.¹⁾ Није довољно дакле, да су управљена против истог добра (крађа и утаја н. пр. не могу сачињавати продужено кривично дело). Ако су та кривична дела *разне* врсте истог кривичног дела, онда се целина, т. ј. продужено кривично дело (и — в. IV — кривац) има квалификовати по *најтежој* врсти (н. пр. ако је од крађа у стицају једна тешка из § 316 к. з., онда се има и продужено кривично дело сматрати као *тешка* крађа из тог §-а).²⁾

¹⁾ Овај се захтев изражава од других на друге неодређене начине. Једни (у наслону на стару, једнострану објективну теорију) веле, да је потребно „јединство *правног добра*“ (Einheit des Rechtsgutes, н. пр. Meyer-Allfeld § 42 I 2 а и Reichsgericht 10 53, 27 19, 48 336) или (схватајући друкчије — в. § 17 15 — објекат кривичног дела) „јединство повређеног права“ (unité des droits violés; н. пр. [в. 357 пр. I] Garraud I 253; Vidal-Magnol 123, п. 79 — 1; „јединство и идентитет повређеног права“). Други пак веле, да је потребна „истоврсност *радње* (scil. дела)“ (н. пр. в. Liszt § 55 1) или „против истог лица (правног добра) управљена вишеструка *истоврсна* делатност“ (Frank § 74 V 2 под β). Неки најзад веле, да је потребно „јединство *последнице*“ (Einheit des Erfolges, н. пр. Wachenfeld 111 с Merkel-ом). Све су ове формуле неодређене зато, што се не види из њих, да ли ће бити продуженог кривичног дела и онда, ако поједина кривична дела немају исто биће, већ су само лакше или теже врсте извесног кривичног дела (в. ниже о тој неодређености, коју поменути отклањају на разне начине тек накнадно у објашњењу овог елемента, док се Frank не упушта у то). Сем тога поменути у дефиницији својој не одређују посебице, да ли је потребан или не идентитет *повређеника* (в. г). Они тај елемент обухватају или не у елементу „јединство правног добра“, „повређеног права“, „последнице“, „истовременост радње“, и зато, кад се у објашњењу тог елемента упуштају у ово питање, постоји међу њима несагласност (в. н. пр. ниже г пр. I за мишљење неких — в. пр. Meyer-Allfeld — да ако је добро „чисто личне природе“ нема елемента „јединство правног добра“ без јединства повређеника, док Frank оставља то питање нерешено). Уп. и Dolenc § 332.

²⁾ Тако Meyer-Allfeld § 42 пр. 11, Binding Normen I 228, Reichsgericht 31 159, 43 219, 55 130. Прот. в. Liszt § 55 II 1, разумевајући свој елемент „истоврсности радње“ у смислу *идентитета „бића“* (не постоји продужено кривично дело, кад крадљивац цигарета, који је раније крао цигарете из отворене кутије, обије касније затворену кутију и цигарете украде), Belling 141, Wachenfeld 112, M. E. Mayer 168 (више „радњи“ морају спадаати под „исто биће“). Неодређено Garraud I 253, Vidal-Magnol 123, п. 79 — 1 (но он ипак захтева изрично, да „поновљене радње сачињавају *исто* кривично дело“).

в) Извршење појединих кривичних дела од *истог* лица, што је већ по себи разумљиво. Без значаја је, да ли је оно извршилац или саучесник, или код неких извршилац, а код других саучесник.

г) *Истовећности повређеника* код свих кривичних дела. Ово се у § 332 к. з. изрично захтева („према истом лицу“). Из тога излази, да добро мора бити такво, да може бити повређивано у квантитивним одсецима, т. ј. више пута.¹⁾ Такво је добро н. пр. имовина, телесна целокупност, лична слобода, али наравно не живот, те је у погледу истог немогуће (но в. ниже за к. с. п.) продужено кривично дело.

§ 15 ал. 2 к. с. п. има опште важење за злочинства и преступе. У њему се међутим, за разлику од § 332 к. з., ништа не вели о суштини продуженог кривичног дела. Пошто је пак у њему тај појам употребљен само за одређење месне надлежности, има се узети, да по њему за појам продуженог кривичног дела *није* потребно, да је повређеник *исти* лице.

д) *Непрекидносћ* у извршењу појединих кривичних дела (т. зв. *континуитет*). Тиме се ствара и *времена* веза нарочите врсте међу појединим извршењима. Та веза довршава унутарње јединство међу кривичним делима и представља их потпуно као *продужење* (§ 332 к. з.) једног другог. Она се дакле прећутно садржи у изразу *продужење*, те се има захтевати за појам продуженог кривичног дела, и ако није изрично истакнута у § 332 к. з.

Између кривичних дела постоји континуитет, кад су извршена с *крајћим* (т. ј. *не дугим*) *прекидима*, који су у *исти* време *неојходно пошребни*, т. ј. кад је исто кривично дело *узасиојце*, *без дужег прекида понављано* (да је исто кривично дело, како се изражава *v. Liszt*, *прекидано и на малове понављано*).²⁾ Тако не може бити продуженог кри-

¹⁾ Немачки писци узимају, да повређеник не мора бити исто лице. Довољно је, веле, „јединство правног добра“ (*Meyer-Allfeld* § 42 I 2 а). Но неки узимају противно у погледу кривичних дела, чији су објекат „чисто лична“ добра. Ту иначе нема, веле, „јединства правног добра“, или, како се то ближе изражава (*M. E. Mayer* 169), „конкретног јединства правног добра“. Тако *Reichsgericht* E 18 317, 27 19, 44 223, 53 274 (убрајајући ту живот, слободу, част, телесну и полну неповредност и, у колико је у питању побацивање, плод: побацивање н. пр. на разним женама није продужено кривично дело), *Meyer-Allfeld* § 42 I 2 а пр. 9. Прот. *v. Liszt* § 55 II 1, *Wachenfeld* 111, *M. E. Mayer* 169 (повређеник у опште не мора бити исто лице). И према француским писцима није потребно „јединство жртве“ (н. пр. *Garraud* I 253, *Vidal-Magnol* 124, п. 79 — 1; *Laborde* п. 203 наводи међутим примере, где наглашава истоветност повређеника).

²⁾ Тако *v. Liszt* § 55 II 1, *Meyer-Allfeld* § 42 I 2 а („времена веза тако, да поједини акти извршења без дужег прекида један другом следују“), *Frank* § 73 V (уносећи овај елемент у појам продуженог кривичног дела под видом искоришћења исте привике, н. пр. браколомног односа за више обљуба или истог трајног односа, н. пр. крађом поред сата, ради којег се крадљивац увукао, и накита, који је поред сата био), *M. E. Mayer* 269 (уносећи у своју дефиницију — 167 — овај елемент у форми „искоришћења једне и

вичног дела, ако А силује у пољу извесну женску, сутра дан је поново силује, прекосутра опет, већ само онда, кад је неколико пута узастопце силује свезавши је или у опште употребив силу према њој само једанпут или више пута с прекидима. Али ће моћи да буде продуженог кривичног дела, ако А украде неколико цакова жита из амбара лица Б, из којег се само ноћу може с поузданошћу красти, једне ноћи, и то исто понови неколико ноћи узастопце, јер су прекиди кратки и у исто време неопходно потребни. Питање, да ли су прекиди кратки и неопходно потребни, т. ј. да ли је кривично дело поновљено узастопце, једно је *фактичко* питање, те се о томе никаква правила не могу прописати, већ се има оставити суду испитивање истог у сваком конкретном случају.¹⁾

2. Као што је поменуто (в. I), у к. з. је појам кривичног дела у *продужењу* употребљен само у посебном делу код једног јединог кривичног дела, *изнуде*, где *продужење* сачињава једну њену *нарочитицу* (в. б), тежу врсту (*продужену* изнуду [и кривца]). Питање се појављује према томе, да ли се у погледу *осталих* злочинстава и преступа има узети, да постоји реални стицај, и ако су испуњени сви горе (1) наведени услови за продужено кривично дело, или продужено кривично дело, на шта упућује већ § 15 ал. 2 к. с. п. (в. I а и г).

а) Наведено је (357 пр. 1 и 2) за немачке писце и праксу, да су они створили појам продуженог кривичног дела као општи појам, и ако у нем.

исте прилике^а, појам, који је он с другима, како вели *Frank* § 74 V 2 после β, ставио на место *Frank*-овог појма искоришћења трајног односа, а који, како вели *Frank*, није истоветан с њиме), в. *Bar* 3 586 (као претходни), *Honig Studien* (такође). Прот. *Wachensfeld* 110 (због одсуства прецизности појма континуитета), *Billow* 181. В. 111 за његов појам продуженог кривичног дела (скуп више деликата извршених у истом правцу воље и за исту последицу), мешајући иначе (112) продужено кривично дело и кривично дело с равнодушним бројем проузроковања, као што се види из његових примера (112). Француски писци не захтевају континуитет, не изјашњавајући се у опште о томе (в. н. пр. *Garraud* 252, под с). Они захтевају, као што је речено (I пр. 1), јединство одлуке, и тим субјективним захтевом хоће да створе унутарњу везу међу појединим деликтима. — Континуитет ствара међу појединим деликтима, као што је речено, времену везу *одређене* врсте (ближу, не у опште). Некад се је међутим (*Abegg Lehrbuch* 243) захтевала чак „истовременост“, која је строго узев овде немогућа и чији је појам, у колико се схвати као времено следовање једног деликта другоме, неодређен. Уп. прот. *Wachensfeld* 110, *Garraud* I 253, *Vidal-Magnol* 124, п. 79 — 1 (*unité de temps*). — Тако исто није потребно јединство места извршења. Уп. *Garraud* I 253, *Vidal-Magnol* 124 п. 79 — 1 (*unité de lieu*).

¹⁾ *Meyer-Alfeld* (§ 42 I 2 а) поред „јединства правног добро“ (в. горе I г пр. 1) и континуитета захтева као треће обележје „извесну унутарњу везу појединих аката“, а она може тројака бити засновано: 1^о истоветношћу повређеника, 2^о или „искоришћењем исте прилике за повреду правног добра“ (в. о томе горе за *Frank*-а: то је по њему континуитет), 3^о или извршењем „на исти начин, особито помоћу истог или истоврсног средства“, 4^о или извршењем „за постизење истог циља“. Као што се види, и овде алтернативно комбинује услове, од којих прва три нису нешто у основу ново, а четврти, субјективни је у опште (в. III I) непотребан.

к. з. он није у опште предвиђен, и да су то исто учинили и француски писци и пракса, и ако ни у франц. к. з. тај појам није предвиђен. Први правдају конструкцију продуженог кривичног дела (у чијем схватању постоје, као што је примећено, код њих велике несугласности) позивањем на § 74 нем. к. з. Ту је реч о „више *самосталних* радњи“, које сачињавају реални стицај, из чега они закључују, да се више *несамосталних* радњи има да пресуђују као јединство.¹⁾ Други се међутим не позивају на неки законски пропис, већ своју конструкцију правдају „јединством одлуке“ („моралним континуитетом, различним од „материјалног континуитета“), као чије се само сукцесивно извршење појављују поједине радње.²⁾ Но и кад би био основан захтев јединства одлуке код продуженог кривичног дела (в. III 1 а), ово јединство само по себи без законске изричне или прећутне одредбе не би било довољно за законско оправдање конструкције продуженог кривичног дела.

б) Конструкција продуженог кривичног дела тешко би се могла наслонити на одредбу §-а 62 к. з. о реалном стицају и кад би ова била онака, као што је одредба §-а 74 нем. к. з., каква она није. *Опшћа* конструкција продуженог кривичног дела (која је један захтев и правичности и практичности) има се наслонити баш на сам § 332 к. з., и то особито (в. ниже) с обзиром на то, што је то *једини* случај у посебном делу к. з. Тиме на име што је за изнуду у продужењу ту прописана *особена*, тежа казна, прећутно је речено, да је продужење код *осталих* злочинстава и престапа бар околност, која спаја разна дела у једно кривично дело. Законодавац само с обзиром на њихову природу не сматра потребним као код изнуде, да пропише *особену*, тежу казну, већ важе *опшће* одредбе о кажњењу, т. ј. продужење, место заснивања њихове *нарочите* врсте (као — в. 2 — код изнуде), може служити само као *опшћа* отежавна и пооштравна околност из §§ 70 и 71 к. з. или као основ из § 75 к. з. У прилог тога иде и то, што би иначе изашло, да у случају продужења код осталих злочинстава и престапа треба применити одредбе о реалном стицају, дакле строжије одредбе, а не постоји међутим никакав разлог, да се изнуда у тој мери привилегира према осталим кривичним делима.

Замерка би се оваком наслоњу конструкције продуженог кривичног дела могла учинити у толико, што су у посебном делу к. з. предвиђени и случајеви *колективног* извршења кривичног дела (по занату и из навике), па би онда требало генерализирати у истом смислу и конструкцију *колективног* кривичног дела и кривца. Противио би се узимање

¹⁾ В. в. *Liszt* § 55 пр. 2, *Frank* § 73 V 2 с (подводећи случај продуженог кривичног дела под привидан реалан стицај).

²⁾ В. *Garraud* I 251 (под в), *Laborde* 142 („има се, вели, у осталом приметити, да је вишина материјалних дела само случајни модалитет, који долази од недовољности средстава за радњу, којима располаже извршилац“).

за колективна кривична дела оправдало, могло би се рећи, само у случају потпуног ћутања закова о продуженом кривичном делу.¹⁾ Но овака замерка је неоснована, кад се има на уму, да је у посебном делу к. з. предвиђено *само једно* продужено кривично дело, за разлику од колективног кривичног дела. Сем тога код колективног криминалитета је у питању у главном један психички моменат, састојак колективног кривца, а тек само узгред колективно кривично дело, спојено у једну целину из више састојака, међу којима не постоји друга каква унутарња веза, као што је то случај код продуженог кривичног дела (в. § 52 I).

Ово проширење конструкције продуженог кривичног дела има да важи како за умишљено тако и за *нехајно* извршена кривична дела. Кад важи на име за умишљајне кривце, оно мора у толико пре (arg. a m. a. m.) да важи за нехатне (в. III 2). Из истог разлога, оно би требало да важи и за *испује* (за такво решење по срп. к. з. за иступе в. *Испуји* § 1 IV 5).

III. 1. Није потребно за појам (*продуженог*) кривца код продуженог кривичног дела (у Бипартицији за појам продуженог кривичног дела):

а) *Јединство умишљаја* (*Gesamtvorsatz*)²⁾ или *јединство одлуке* (*Gesamtentschluss*),³⁾ т. ј. да постоји један једини умишљај за сва кривична дела одн. једна једина одлука, да се она врше (као што се је то захтевало у § 70 срп. к. з.). За умишљај је потребна свест о узрочној вези између радње и последице, и она мора постојати у тренутку сваког појединог проузроковања. Према томе може бити говора само о једнородности или једнакости (које не мора бити) умишљаја, а не о јединству истога. Што се пак тиче јединства одлуке (укупне одлуке, а то важи и за јединство умишљаја), умесно примећује *Beling*, да би са овим захтевом конструкција продуженог кривичног дела била по правилу у корист горих злочинаца, који по плану раду, јер обично само они могу унапред донети одлуку,

¹⁾ *M. E. Mayer* (172, под β) наводи баш то ћутање у прилог конструкције продуженог кривичног дела.

²⁾ Ово захтевају *Olshausen* § 73, 8, *Binding* 545, *Köhler* 545, *Büllow* 180, *Dörr* 94, *Reichsgericht* E 15 23, 17 103, 30 163, 41 98, 44 223, 51 305 (308), 61 199 (201).

³⁾ Неки поричу изводљивост разлике између умишљаја и одлуке (в. *Frank* § 74 V 3 с α). — Као што се је видело (I пр. 1), јединство одлуке се захтева увек у франц. књижевности. *Garraud* (I 253), *Laborde* (п. 203) и *Vidal-Magnol* (224, п. 79 — 2) се не задовољавају чак ни јединством одлуке, већ захтевају „јединство одлуке и циља“ (*unité de résolution et du but*), а *Haus* (п. 375) захтева само јединство циља. Но не кажу ништа ближе о јединству „циља“ сем то (*Garraud*), да се „овај психички елемент“ (*scil. јединство одлуке и циља*) не треба да помеша с „јединством побуде или страсти“ (*unité de mobile ou de passion; Vidal-Magnol: с „идентитетом страсти“*).

која обухвата сва дела.¹⁾ Сем тога постојање такве одлуке било би готово немогуће доказати, и морало би се веровати кривцу.²⁾

б) Тако исто није потребна одлука продужавања (*Fortsetzungsent-schluss*), т. ј. одлука донета пре извршења сваког појединог кривичног дела, да се тиме раније кривично дело продужи. Кад би се ово захтевало, то би значило ставити у зависност постојање кривца код продуженог кривичног дела од тога, да ли се извршилац каснијег сећа ранијег кривичног дела, што он једини може знати. Сем тога онда би требало узети, да постоји продужено кривично дело, кад је А извршио крађу пре 5 година, и сећајући се тога, продужи крађе, и ако тада нема континуитета.³⁾⁴⁾

в) Најзад ни јединство побуде или *сџрасџи*,⁵⁾ или *циља*.⁶⁾

2. Кривична дела, која сачињавају продужено кривично дело, могу бити извршена или сва *умишљајно* или сва *нехатно*. Разлози, који говоре у прилог конструкције продуженог кривичног дела, исто су тако јаки, ако не јачи, кад постоје више нехатно, као и кад постоје више умишљајно извршених кривичних дела.⁷⁾ Тако биће нехатног кривца код продуженог кривичног дела, кад неко неопрезно преко ограде баца камење на улицу и повреди једно за другим више пролазника; или кад апотекар, не пазећи, наспе отрова у боцу, где би требало да буде према натпису на истој какав лек, па неколицини купаца наспе из ове боце лек, који они траже, и тиме буду неколико њих отровано.

¹⁾ Уп. *Beling* 370. Уп. прот. и *Frank* § 74 V (после β), *Meyer-Allfeld* § 42 I 2 а пр. 8, *Wachenfeld* 109.

²⁾ Он такву одлуку (или јединство умишљаја), како се умесно примећује (в. *Meyer-Allfeld* § 42 I 2 а пр. 8), готово увек пориче, јер с разлогом држи, да за дело заслужује строжије кажњење, кад је одлука (или умишљај) унапред била управљена на чешће вршење.

³⁾ Уп. *Beling* 372.

⁴⁾ Заступници *Бипаршиције* увосе наравно у појам продуженог кривичног дела и ове субјективне моменте, т. ј. јединство умишљаја, одлуке и (в. в) побуде и одлуку продужавања. Међутим према *Трипаршицији* кад би ови моменте заиста били потребни, они би се имали увести у појам кривца код продуженог кривичног дела. Другим речима продужено кривично дело би могло постојати, и ако извршилац није имао н. пр. једну укупну одлуку, али не би било кривца код продуженог кривичног дела. Извршилац кривичних дела, из којих је састављено продужено кривично дело, имао би се овда казнити за сва та кривична дела посебице према правилима о реалном стицају кривичних дела.

⁵⁾ Као што се је видело (I пр. 1), француски писци наглашавају излишност овога захтева. Кесарош, вели *Garraud* (I п. 116 II с), који, у гомили, претресе џепове беспосличара и сукцесивно украде више новчаника разним лицима, извршиће тиме толико кривичних дела, колико има крађа, и ако је на исте опредељен истом побудом.

⁶⁾ Као што се је видело (360 пр. 1), *Meyer-Allfeld* увоси у појам продуженог кривичног дела јединство *циља* као алтернативан трећи елемент, а *Garraud* и *Vidal-Magnol* (в. а пр. 3) и јединство „циља“ поред јединства „одлуке“.

⁷⁾ Тако *Beling* 370, *Kohler* 160, v. *Liszt* § 55 II 1, *Frank* § 74 V 2 после β, *Wachenfeld* 112. — Против нехатног продуженог кривичног дела *Oppenhoff* § 73, 8, *Dörr* 104 *Schwartz* § 73, 6.

IV. Продуженом кривичном делу одговара у Трипартицији *продужени кривац* (који се у Бипартицији губи у кривичном делу).¹⁾ За квалификацију продуженог кривца у погледу *виности* меродавна је (в. II 1 б) она виност, која је потребна за кривца код *најтежег* међу кривичним делима, која сачињавају продужено кривично дело.²⁾ Код продужене изнуде из § 332 к. з. меродавна је увек иста виност, намера прибављања себи или другоме противправне имовинске користи, пошто се она захтева код свих осталих врсти изнуде (§§ 329—331 к. з.).

V. Конструкција продуженог кривичног дела правда се тиме, што *виности* извршиоца истога изгледа мања од виности извршиоца кривичних дела, из којих је оно састављено, кад именовани услови, потребни за продужено кривично дело, не постоје. Тако виност онога, који је извршио крађу лицу А данас, после неколико недеља лицу Б, после опет неколико недеља лицу В, много је већа *in abstracto* од виности оног, који једне исте ноћи однесе узастопце у неколико махова више џакова жита из амбара лица А. Али би у исто време *de lege ferenda* било умесно, да се аналогно §-у 33 к. з., огласи за општу *облигаторну* отежавну одн. поштравну околност то, што је кривично дело више пута извршено, као и број понављања. У § 332 к. з. на име продужење је чак *специјална* поштравна околност, која од изнуде чини *нарочиту, најтежу* врсту изнуде.

VI. 1. *Пресудом* су наравно обухваћена *сва* кривична дела извршена пре гоњења (в. § 52 IV 2 за колективно кривично дело). Према томе ова кривична дела не могу сачињавати продужено кривично дело са кривичним делима исте врсте, која би доцније била извршена, јер би се иначе два пут за њих судило и казнило, што је противно принципу *ne bis in idem*.

2. Видело се је раније (§ 32 V 3), да продужено кривично дело чини једну целину и с гледишта питања о *времену* и *месту* извршења кривичног дела, а тако је исто (в. застарелост) и с гледишта *застарелости*. То важи (и за њ' као и за колективно кривично дело, § 52) и са гледишта идеалног *стицаја*. Тако ако је једно од дела у *идеалном* стицају с којим трећим, с овим је у идеалном стицају цело продужено кривично дело. Тако се има узети чак и за два или више других кривичних дела (и временом можда потпуно одвојених), од којих је једно у идеалном стицају с једним саставним делом продуженог кривичног дела, друго с другим и т. д. Она су дакле у идеалном стицају не само с продуженим кривичним делом, већ и међу собом.³⁾

¹⁾ В. *Основни проблеми* § 18 III 3 а.

²⁾ В. III и пр. 2 за захтев јединства умишљаја и т. д.

³⁾ Тако *Frank* § 74 V 3 (243), *Binding* 584, *Dörr* 207, *Reichsgericht* E 31 114. Прот. (реални стицај тада) *Köhler* (*Grenzlinalen zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz* 1906) 90. Уп. и *Meyer-Allfeld* § 57 пр. 18 (разликује са *Reichsgericht*-ом E 42 203 два стицаја: ако су тежа по продужењу или колективно кривично дело, онда су међу собом у реалном стицају, иначе у идеалном).

§ 52. Колективно (укупно) кривично дело (и кривац).

Књижевност. — В. књ. § 51. *Dochow* Zur Lehre von dem gewerbs- und gewohnheitsmässigen Verbrechen 1871. v. *Lilienthal* Beiträge zur Lehre von den Kollektivdelikten 1879. *Heinsheimer* Z 20 564. v. *Buri* G S 29 52. *Hennig* Kollektivdelikt und Rückfall (Diss.) 1907. *Pitzer* Das Kollektivdelikt (Diss.) 1909. *Schaub* Der Begriff der Gewerbsmässigkeit (Diss.) 1905. v. *Bar* 3 321, 494, 557.

I. *Колективно* кривично дело (*delictum collectivum*, *Gesamtverbrechen* или *Kollektivdelikt*, *infraction collective*),¹⁾ није само по себи, као сложено и продужено кривично дело (и кривично дело — в. § 54 — с равнодушним бројем проузроковања), једна права врста *правног* јединства кривичног дела већ *кривца*, јер (за други разлог в. III 1 а 1^о) објективним моментима, који спадају као такви у његов појам, треба да се придружи један *субјективни*, да би се примениле одредбе о јединству кажњивости. Тај субјективни моменат, који је, као што ће се ниже (II) видети, тројак, је, као такав, састојак одговарајућег *кривца*, *колективног* кривца (његовог трећег елемента), сачињавајући *нарочити*, *тежу* врсту кривца код дотичног кривичног дела (а не — в. III 1 — нарочиту, тежу врсту дотичног кривичног дела), ако је он такав, да је могућ и код извршилаца *нејоходних за урачуљивост*. Према томе колективно *кривично дело* постоји потпуно као особен правни појам, тек у колико је његово извршење *састојак* одговарајућег колективног *кривца*. На тај начин учење о колективном кривичном делу спада у учење о *кривцу* више но остали случајеви јединства кривичног дела с гледишта кажњивости и посебице правног јединства (в. *Основни проблеми* § 18 III 3 а). То је нарочито очигледно (трећи разлог), кад се има у виду (в. ниже II и IV 1), да кривац с једним од поменута три субјективна момента (*scil.* по занимању, занату и из навике) може постојати и при²⁾ *само једном* извршењу извесног кривичног дела (или при вишеструком, од којих

¹⁾ *Wachenfeld* се (за разлику од *v. Liszt-a*, *Frank-a*, *Meyer-Allfeld* и других) служи само називом *Kollektivverbrechen*, употребљавајући назив *Gesamtverbrechen* за означавање од *Bindung-a* (560) истакнутих кривичних дела са више алтернативних радњи извршења, (с мешовитим бићем дакле, н. пр. банкротство, где постоји једно кривично дело, и ако је више тих радњи извршено) за случај кад су више њих извршене (в. § 53). Примећује се (*Meyer-Allfeld* § 42 пр. 20), да је назив колективно кривично дело сувише широк, тако да он може убухватити и продужено кривично дело. *Laborde* (п. 201) употребљава назив колективно кривично дело у том ширем смислу, тако да он обухвата као своје *врсте* све случајеве *правног* јединства кривичног дела (и „колективно кривично дело из навике“, како он вели, и „колективно кривично дело по јединству одлуке и циља“, *scil.* продужено).

²⁾ Уп. *Haft* 349, *Meyer-Allfeld* § 42 I 2 в, *v. Liszt* § 55 III (после 3), *Wachenfeld* 108, *Hälschner* I 545 и 546 пр. 3, *M. E. Mayer* 172 (имајући ту у виду баш делање из навике). В. виђе IV 1 за делимице противно гледиште неких односно делања из навике,

се само за једно може да суди), да вишесџруко извршење не спада дакле у суштину кривца те врсте, као што је оно потребно за постојање продуженог кривичног дела и кривца те врсте. У томе се такође налази један аргуменат против Бипартиције, јер у њој се оно, што је главно, што у ствари безусловно постоји као самосталан правни појам, колективни кривац, мора да унесе у кривично дело.

II. Колективно кривично дело је у вези с горе реченим скуџ више истџих или остџоврсних кривичних дела (в. пр. више простих или простих и тешких изнуда) или само једно једино кривично дело, код чијег се извршиоца налази једно одређено џсихичко стање, и где је, и ако би их било више, џройисана једна једина казна. Колективни кривац је пак умшљени извршилац кривичних дела с одређеним џсихичким стањем.¹⁾

Наведено џсихичко стање је тројако, те се имају теоријски разликовати џри врсте колективног кривичног дела (и кривца). Оно их заснива само код кривичних дела, где је то у закону изрично прописано.²⁾ Поменуте три врсте колективног кривичног дела (и кривца) су:³⁾

1. Колективно кривично дело (кривац) по занимању. Оно се одликује тиме, што је извршилац једног или више истих или истоврсних кривичних дела, из којих је оно састављено, од самог почетка био гоџов на редовно џонављање истџих (без циља зараде дакле, но можда с циљем прибављања какве имовинске користи).⁴⁾

¹⁾ Уп. в. *Liszt* § 55 III („из појединих радњи, које проистичу из истог *праваца воље*, а за које је прописана једна једина казна“), *Meyer-Allfeld* § 42 I 2 в („кад се више истом деликтом бићу одговарајућих радњи сматрају као једно кривично дело под претпоставком, да проистичу из на вишеструко извршење односећи се *правац воље особене врсте*“), *Frank* § 74 V 1 в („различне поједине радње, које су, зато што су истицај истог *животног правца*, спојене у јединству“), *Wachenfeld* 108 („кад више из истог *животног правца* проистичућих радњи стоје за суђење“). У дефиницијама њиховим се, као што се види, превиђа могућност колективног кривца (или с гледишта Бипартиције колективног кривичног дела) и при само једном једином извршењу.

²⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 42 I 1 в, *Frank* § 74 V 1 в, в. *Liszt* § 55 III (после 3), *Haftler* 349, *M. E. Mayer* 172 (али који наглашава као криминално-политички умесан захтев, да би делање из навике требало да буде *опишта поопштравна* околност).

³⁾ Према *M. E. Mayer*-у (173) делање по занимању и занату су само *подврсте* делања из навике: она имају иста обележја као и делање из навике и овим обележјама се само придружује „специфично својство“ њихово.

⁴⁾ Тако *Meyer-Allfeld* § 42 I 2 в (дефинишући „сходност занимању“, *Geschäftsmässigkeit*, као „готовост на редовно понављање истог извршења“), *Wachenfeld* 108 („готовост на понављање“). Друкчије в. *Liszt* § 55 III 2 (захтевајући „на чешће понављање управљену одлуку“ [в. против захтева јединства одлуке § 51 III 1 а] и поред тога „намеру прибављања себи какве имовинске користи“), *Frank* § 74 V 1 в (захтевајући „намеру, да се нека радња понавља, и то тако, да се врши, да се на то утроши време и труд“), *M. E. Mayer* 173 („специфично“ обележје је — в. горе пр. — „сходност занимању уређаја, којима се треба да обезбеди [не увек с добићу скопчано] понављање“).

2. *Колективно кривично дело (кривац) по (или у виду) занату.* Оно се одликује тиме, што је извршилац, једног или више истоветних или истоврсних кривичних дела, из којих је ово састављено, од самог почетка био *гошћов на редовно понављање истих за прибављање извора прихода* (т.ј. за зараду, *quasi artem exercere*).¹⁾ Оно је према томе по правилу имовинско кривично дело (крађа, утаја, превара и т. д.).

3. *Колективно кривично дело из навике.* Оно се одликује тиме, што дело или дела, која га састављају, потичу из ранијим чешћим понављањем стечене *склоности* на даље вршење таквих дела (т. ј. из навике).²⁾

III. 1. К. з. предвиђа у посебном делу (као и остало кривично законодавство) само кривце *по занату* и *из навике*, и то само код *неких* кривичних дела (в. § 51 II 2 б). Делане по занату одн. из навике је ту специјална *поошћравна* околност у облику специјалног објективног личног услова *строжије* кривичне одговорности у појму дотичних криваца. Ту су дакле предвиђене само *нарочије*, теже врсте *кривца*, а не и кривичног дела. Тако је против изнуђача у виду *заната* прописана у § 332 к. з. строжија казна. Овај изнуђач је на тај начин *нарочија*, тежа врста кривца изнуђача, т. ј. *колективни* кривац по занату. Његове пак изнуде, ако их је више извршио, сачињавају *колективну* изнуду, дакле једно једино кривично дело изнуде, али ипак не *нарочију врсту* изнуде (в. I). § 332 предвиђа дакле само једну нарочиту врсту *изнуђача*, али не и

¹⁾ Тако *Wachenfeld* 108 (дефинишући „сходност занату“, *Gewerbmässigkeit*, као „готовост на понављање за прибављање извора прихода“). Друкчије в. *Liszt* § 55 III 1 (одликује се „намером прибављања извора прихода“), *Frank* § 74 V 1 в („намера, да се поновљеним извршењем прибави [и ако не баш трајни] извор прихода“), као и овде *Meyer-Allfeld* § 42 I 2 в („сходност занату је намера, да се извршења исте врсте искористе као извор прихода“), *M. E. Mayer* 173 (исто). — Без значаја је, да ли се радњом има да задовољи каква реална потреба. Уп. *Frank* I. с.

²⁾ Тако в. *Liszt* § 55 III 3, *Meyer-Allfeld* § 42 I 2 в, *Frank* § 74 V 1 в, *M. E. Mayer* 171 (радња, чије објашњење претежно проистиче из карактера, индивидуалитета извршиоцевог), 172 (дело је тада најтежње спојено с извршиоцем, цени се као „дух његовог духа“). — Француски писци познају (као и франц. к. з.) од колективних кривичних дела само она из *навике*, називајући их кривичним делима из навике (*infractions d'habitude*; *Garraud* I п. 11 6 II а, *Vidal-Magnol* п. 78, *Roux* 122, *Degois* п. 60) или и просто колективним кривичним делима (*Vidal-Magnol* I. с.). У франц. законодавству је предвиђено више случајева криваца из *навике*, али ту навика *заснива* кажњивост, и само такву навiku (в. 2) француски писци имају у виду у свом излагању (н. пр. незаконито упражњавање лекарске праксе „из навике или трајним правцем“ [*habituellement ou par une direction suivie*] из чл. 16 з. од 30. новембра, 1802; зеленашење из навике из чл. 4 з. од 2. септембра, 1807 и чл. 2 в. од 15. децембра, 1850; навођење и помагање у разврату, блуду малолетника из чл. 334 к. з.). Према *Garraud*-у (I 250) навика је „склоност, која је одређена (произведена) понављањем истих радњи и постала код извршиоца друга природа“ (потребно је према њему — в. више IV I пр. — најмање три дела, извршења, „да би сачињавала навiku“).

једну нарочиту врсту *изнуде*. Исто је овако поступљено с делањем из *навике* у § 280 ал. 1 к. з. (према истуљном подвођењу).¹⁾

а) Без значаја је овде у случају више извршења (изнуде н. пр.), да ли су поједина кривична дела *исти* (н. пр. сва су изнуде из § 331 к. з.) или су *разне* врсте истог кривичног дела (н. пр. једно је изнуда из § 329, друго из § 330, треће из § 331 к. з.), у колико у закону није друкчије прописано. Оне сачињавају *једно* кривично дело дакле и онда, кад су *разне* врсте извесног кривичног дела (н. пр. изнуде), као што је то наглашено у дефиницији колективног кривичног дела (в. II).

1° *Квалификација* тог укупног кривичног дела је без значаја (за разлику од продуженог кривичног дела, где је за то меродавна — в. § 51 II 1 б — најтежа врста), пошто је у дотичним законским одредбама предвиђена само нарочита (тежа) врста *кривца* (н. пр. изнуђача у § 332 к. з.). У судској пресуди се имају утврдити сва *поједина* извршења кривичног дела, и за њих сва се има изрећи *једна* казна (н. пр. казна из § 332 за изнуђача по занату, где су изрично наведене све врсте изнуде, „§§ 329 до 331“), и ако наравно број извршења може бити меродаван при судском одмеравању у закону прописане казне (в. IV 3). На тај начин поједина кривична дела, која сачињавају колективно, чине у ствари *правно* јединство поглавито с гледишта *кажњивости* (слично у томе идеалном стицају), те тако и с овог гледишта колективно кривично дело није *само по себи* једна права врста *правног* јединства кривичног дела (а не само — в. I — с гледишта субјективних момената делања по занату и из навике).

2° Из горњег се такође (за први разлог в. I) види немогућност правног објашњења колективног криминалитета с гледишта Бипартиције. Она је према реченом (в. I) привуђена, да унесе субјективне моменте у само колективно кривично дело. Али се због тога за њу појављује у случају извршења више разних врсти истог кривичног дела *неужности*, да квалификује то укупно кривично дело, док је по закону то *ирелевантно*, пошто је према њему меродаван само *субјективни* моменат (в. 1°). Они ову околност при расправљању о колективном кривичном делу губе из вида.²⁾

б) Без значаја је (као и у случају ниже под 2), да ли су у случају *више* извршења поједина дела извршена против истог или разних лица.³⁾ Истоветност *повређеника* није дакле тада потребна (за разлику од реченог код продуженог кривичног дела [в. § 51 II 1 г]).

¹⁾ Исто је тако у нем. к. з. В. в. *Liszt* § 55 III (после 3), *Frank* § 74 V 1 в, *Meyer-Alfeld* § 42 I 2 в.

²⁾ Н. пр. *Meyer-Alfeld* § 42 I 2 в, в. *Liszt* § 55 III, *Frank* § 74 V 1 в.

³⁾ Тако *Garraud* I 250 (за делање из навике, које према већ реченом он с осталим франц. писцима једино има у виду), *Dolenc* § 332. Тако прешутно *Meyer-Alfeld* § 42 I 2 в, в. *Liszt* § 55 II, *Frank* § 74 V 1 в.

б) Пошто је довољно и једно *једино* извршење и пошто према томе, као што је већ речено, може у случају више извршења служити за основ утврђења једног од три психичка момента и извршење, у погледу којег је право на гоњење већ застарело, без значаја је у опште у случају *више* извршења, колико је *времена* између њих протекло. Но исто то важи и онда, ако би се узело, као што то неки чине у погледу делања из *навике*, да треба више извршења за колективно кривично дело. Само би тада било наравно теже утврдити постојање н. пр. навике и у погледу ранијих извршења, ако је сувише дуг размак времена између њих и каснијег протекао.¹⁾

2. Судском *пресудом* су обухваћена сва кривична дела, из којих је састављено колективно кривично дело (сви случајеви изнуде н. пр.), била она позната или не, била она обухваћена гоњењем или не (изузев наравно она,²⁾ о којима је већ раније пресуђено било). Према томе ако би један случај извршења дотичног кривичног дела био сазнат тек доцније, за њ' се извршилац не би могао казнити.³⁾

3. *Казна* се може одмеравати у границама минимума и максимума казне прописане против кривца по занату одн. из навике без обзира на број извршења и *времени* размак између њих.⁴⁾ Ове околности нису дакле у закону нигде код дотичних кривичних дела оглашене за *облигаторне* отежавне одн. поштровне околности.

4. О колективном кривичном делу као једном случају *привидног* реалног стицаја в. § 49 IX 1 а.

5. В. § 51 VI 2 односно времена и места извршења, почетка рока застарелости и идеалног стицаја.

V. Разлози су за конструкцију колективног кривичног дела (и кривца):

1. Кад не би било ове конструкције, кривац би се имао казнити за сва поједина кривична дела према правилима о *реалном* стицају. То би пак било врло строго код кривичних дела, која су такве природе, да имају за дејство стварање у кривцу оних психичких *диспозиција*,

¹⁾ Roux (122 под 2) покреће то питање (за кривично дело из навике) и држи, да треба овде применити законску одредбу о застарелости поврата и захтевати рок од пет година, јер би иначе било контрадикције; али се може ипак, вели, поставити питање, да ли тај рок није у овом случају сувише дуг.

²⁾ Уп. в. Liszt § 55 пр. 2.

³⁾ Уп. Meyer-Allfeld § 42 I 2 в, Garraud I 251 (имајући у виду само колективна кривична дела из навике, пошто друга, као што се је видело, француски писци не познају; и наводећи једну одлуку К. с. за ово мишљење и једну против), Roux 123.

⁴⁾ Уп. Meyer-Allfeld § 42 I 2 в пр. 26, Olshausen § 73, 21, Reichsgericht E 8 16. Прот. в. Lillenthal 59, John G S 9 510.

§ 53. Кривична дела, код којих је равнодушно, да ли су састављена из једног или из више проузроковања и према томе, колико је пута извршилац кривац.

које карактеришу кривца по занату и из навике у случајевима у закону предвиђеним, јер те диспозиције очигледно смањују код дотичних криваца и њихову подобност за урачунљивост и њихову виност у погледу сваког појединог извршења. Зато се у тим случајевима, од законодавца одабраним као најтипичнијим, прописује без обзира на број понављања само једна казна, која је само нешто строжија с обзиром на поменуте субјективне моменте и могућност вишеструког извршења, т. ј. извршилац дотичног кривичног дела (н. пр. изнуде) оглашава се из та два разлога за нарочиту, тежу врсту кривца (н. пр. за кривца изнуђача).

2. Немогуће је *сазнати* за сва поједиња кривична дела (за све случајеве изнуде н. пр.), како би се за свако од њих судило кривцу. Зато је практичније, да се она сва, са законским поштрењем казне, сматрају с *правног* гледишта као једно кривично дело (*v. Liszt: јурисџички једноставно кривично дело*), баш и кад не би био тачан први разлог.¹⁾

VI. Конструкција колективног кривичног дела се напада од неких писаца. Ова конструкција је, вели се, нејасна, и без практичне је вредности, те је треба одбацити, а случајеве, који се под њу подводе, сматрати као реалан стицај кривичних дела.²⁾ Разлози наведени у прилог исте довољни су, да покажу неумесност овог тврђења.

§ 53. Кривична дела, код којих је равнодушно, да ли су састављена из једног или из више проузроковања и према томе, колико је пута извршилац кривац.

Књижевност. — Binding 554. В. и књ. §§ 51 и 52.

1. Има кривичних дела, која се сматрају као *једно једино* кривично дело без обзира на број проузроковања, т. ј. на то, да ли су *изриена* једанпут или *више* пута, и где према томе, с гледишта Трипартиције, постоји правно *само један кривац* без обзира на то, колико је пута дотични извршилац у ствари кривац. Тако постоји једно кривично дело клевете (§ 301 к. з.) без обзира на број изношења или проношења извесне неистините чињенице против неког лица. Разлог за ово схватање лежи у томе, што се по правилу извршилац ових кривичних дела *не ограничава на једно* извршење истих, већ их понавља, а број понављања је тешко *доказати*.³⁾ Сем тога и *субјективно*, с гледишта виности су

¹⁾ Уп. Hälschner 1 548, Binding 551.

²⁾ Тако Dochow 96, John G A 9 510, v. Lillenthal 112.

³⁾ Уп. Binding 554, Wachentfeld 109 (означава овај случај као *законско јединство*). — Француски писци овај случај само узред предвиђају. В. и. пр. у горњем смислу (али

ово лакши случајеви кривца но код *реалног* стицаја. Зато је, место примене одредаба о *реалном* стицају, у закону казна одмерена тако, да су сва извршења њоме погођена. Број извршења може служити само као отежавна и поштравна околност при судском одмеравању казне.

1. Код неких кривичних дела законодавац се је тако јасно изразио, да је очигледно, да је број извршења истих равнодушан. Тако у § 301 вели се: „Ко за некога *износи* или *пронеси* штогод неистинито.“ Тако исто у §§ 101, 106 и 333 и т. д. Код других опет није довољно јасан, те је питање спорно. То је случај н. пр. с кривичним делом употребе лажне исправе (§ 214 ал. 2 к. з.). Ту је реч о оном, који лажну исправу „употреби“. Изгледа према томе, као да би било више кривичних дела употребе лажне исправе, ако би се извршилац лажном исправом послужио.¹⁾ више пута не само према више лица, већ и према једном истом лицу. Али несумњиво је, да постоји у оба случаја ипак само једно кривично дело.

2. Код неких од горе поменутих кривичних дела је равнодушан не само број *извршења* истих, већ и број *нападних објеката*. Такво је кривично дело поред употребе лажне исправе (в. 1) н. пр. клевета државе (§ 101 к. з.). Број јавних изношења или доношења лажних тврђења тако је исто равнодушан као и број државних установа, закона, уредаба и наредаба, које се намеравају да изложе поруци или презрењу. Код других опет равнодушан је *само* број *извршења* истих, али не и број *нападних* објеката. Ако ових има више, постоји толико исто кривичних дела. Такво је кривично дело клевета. Кад су чвњенице неистините распрострањене против више лица, постоји толико исто кривичних дела клевете.

3. Код кривичних дела, која имају *грамаџички* објекат као специјално обележје, постоји, ако се њихова радња може извршити *више* пута, не на једном једином, већ *само* на *толико истом* броју *грамаџичких* објеката, само *једно* извршење, и ако је од субјекта та радња *више* пута извршена. Код тих кривичних дела је дакле равнодушан и број *радњи* и с тим нужно број *грамаџичких* објеката, на којима су оне извршене. Ово је случај н. пр. с фалсификовањем исправе (§ 214 ал. 1 к. з.) и новца (§ 234 к. з.).²⁾ Постоји дакле једно кривично дело, и ако је

без истицања ових случајева као *особене* групе правног јединства кривичног дела) *Garraud I 253* (п. 116 II с) (постоји једна крађа и једна саботажа без обзира на број објеката у исто време од обијача узетих одн. на број исечених телеграфских жица).

¹⁾ Уп. н. пр. *Garraud 3 433, Olshausen § 267, 50 а. В. Посебни део 2 § 43 I 1 в 5^о* (1) (према неким — *Oppenhoff § 267, 32* — увек, према другима — *Garraud, Olshausen* — ако особене околности не показују стварно јединство више случајева употребе).

²⁾ В. за фалсификовање новца *Посебни део 2*.

више лажних истоврсних или разноврсних исправа одн. комада новца начињено.

Неки неосновано овако узимају чак и код некојих кривичних дела с *граматичким* објектом као специјалним обележјем, где се радња може *више* пута извршити и на *једном једином* граматичком објекту, ако је само она на *више* тих објеката извршена *истовремено* и према *истом* лицу. Тако се узима н. пр., да постоји једно кривично дело употребе лажне исправе (§ 214 ал. 2 к. з.), ако су више лажних исправа употребљене у исто време према истом лицу. Ту у ствари постоји реалан стицај више употреба.¹⁾

II. Пошто у овим случајевима постоји само једно кривично дело, то се има узети, да су сва извршења истога обухваћена *пресудом*, била она сва позната или не (в. § 52 IV 2). Према томе ако би се касније сазнало за једно извршење тог кривичног дела, оно не може бити основ новог гођења и суђења.

III. Ова су кривична дела слична продуженом и колективном делу. Али за разлику од њих овде је довољна само вишина конкретних случајева једног *истог кривичног дела* (а не и разних *врсти* једног кривичног дела). За разлику пак посебице од *колективног* кривичног дела, овде вишина конкретних случајева није *специјална* поштравна околност, већ може служити само као *општа* отежавна или поштравна околност.

IV. Једну особену групу *правног* јединства сачињавају кривична дела са *равнодушним* бројем, не *проузроковања* последице, већ *самих* радњи извршења. Ту постоји на име само једно кривично дело без обзира на то, колико је ових радњи од субјекта извршено, ако је само *последица* њихова *иста*. Све ове радње спаја дакле у правно *једну* радњу *јединство* последице.

1. Има два случаја оваквих кривичних дела, т. ј. *правног* (законског) јединства *радњи*.

а) Први случај сачињавају кривична дела с *мешовитим* бићем (в. § 29 III 2).²⁾ Ту постоји само једно кривично дело и један кривац, и ако је извршилац извршио више радњи (н. пр. банкротство, в. *Посебни део*).

б) Други случај сачињавају кривична дела, чија се *радња*, у закону као једва *једина* наведена, може према истом нападном објекту извршити са *више разноврсних* делатности, од којих би иначе *свака поје-*

¹⁾ В. *Посебни део* 2 § 133 I 1 6 4^о (2).

²⁾ Овај случај *v. Liszt* (§ 55 II 2) има једино у виду и схвата га неумесно као самосталан случај *правног* јединства (т. зв. правно јединство створено „заједничким условом кажњивости“, scil. инкриминације). В. и *Binding* 560.

дина била довољна (н. пр. утаја, где је радња присвајање ствари, али где се на ствари могу извршити више поменутих делатности, н. пр. и залагање и отуђење). Ту се може подвести и злостава и у опште телесна повреда, у колико неравно не постоји продужено кривично дело.¹⁾

2. Не постоји међутим *правно* (законско), већ *физичко* (природно) јединство радњи *извршења* (као и *подстрекавања* или *помагања*), ако има више делатности, али свака поједина *није довољна* за извршење кривичног дела (одн. за подстрекавање или помагање). Ово је случај н. пр. код убиства, кад је неко убијен са више удараца или убода, или код повреде ствари, кад је каква зграда срушена са више делатности, које су можда и дуже трајале,²⁾ или код саучешћа, кад је неко тек после више пута поновљеног наговарања успео, да изазове у другог одлуку на извршење, или кад је помоћ указана тек са више делатности.

V. Кривичном делу ове врсте одговара *кривац с равнодушним бројем* проузроковања као једна нарочита, *оштра* врста кривца (в. § 56 V). Он се појављује наравно као конкретно *тежа* врста кривца, ако је зависта било више проузроковања.

§ 54. Трајно кривично дело и кривично дело стања (и кривци).

Књижевности. — В. књ. §§ 51 и 52. *Garçon* art. 1, п. 46 и сл. и *Étude sur les délits continus ou successifs*, *Ortolan* п. 74 и сл. и *Observations sur les délits continués* у *Rev. crit.* 1854, *Garraud* *Traité* I 99. *Gutenäcker* *Das Dauer- und Zustandsverbrechen* in *RStGB* (Diss.) 1911. *Hajkesbring* *Das Dauerverbrechen* (Diss.) 1913. *Egenolf* *Das Dauer und Zustandsverbrechen* 1914. *Alff* *Das Dauerdelikt* (Diss.) 1917. *Bertschinger* *Das Dauerdelikt* (Diss., Zürich) 1905. *P. Merkel* *Vergl. D. Allg. T.* 5 272, 327. *P. Esmein* *У а - т - II des infractions continues* у *R. int.* I 113.

I. Трајно (хронично) кривично дело (*Dauerverbrechen* или *fortdauerndes Verbrechen*, *infraction contrinue*)³⁾ је оно, чија радњом *произведека*

¹⁾ Ове случајеве наводи *Meyer-Allfeld* (§ 42 I 1 б) као један случај јединства радње, али без ближег и генералног одређења („више истоврсних остварења воље обухватају се, вели, укупним појмом од закона захтеване делатности“, наводећи за пример и тучу из § 227 нем. к. з., која у ствари ту не спада, пошто је радња учешће, а телесне повреде су услови инкриминације). В. и в. *Liszt* § 54 2 d (сматрајући ове случајеве неосновано-прот. в. *Buri*, који у осталом нема пуно представу о правном јединству радњи као ни о разлици истога од правног јединства кривичног дела — као „природно јединство радње“).

²⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 42 I 1 а, *M. E. Mayer* 160. В. и в. *Liszt* § 54 III 2 а (погрешно спаја под исти појам убиство са више удараца секиром и увреду низом псовки, која у ствари спада под I, јер има више проузроковања *последнице*).

³⁾ У франц. књижевности (в. *Garraud* I 246 пр. 8) се употребљава (још у старијој, в. *Jousse* *Traité de la justice criminelle* I 584 п. 56) и назив *сукцесивно* кривично дело, али се он

промена (или, статички, *стање*) *једном проузрокована може трајати дуже или краће време* (или неограничено) *и за све време свог трајања је сасиојак његовог појма, дакле последица* (т. ј. за све то време се кривично дело као такво *продужује*). Сва остала кривична дела називају се *шре-нуићним* (*infractions instantanées*).¹⁾ Тако код лишења слободе, где је последица стање лишености слободе (§ 243 к. з.), ово стање може трајати дуже или краће време, и све док траје, оно је састојак самог појма овог кривичног дела. Отуда је лишење слободе трајно кривично дело. Напротив код убиства, телесне повреде или клевете н. пр. не може се рећи, да смрт, телесна повређеност и повређеност части у свом трајању спадају у појам ових кривичних дела. Она су дакле тренутна кривична дела.

Појам трајно кривично дело употребљен је у § 15 ал. 2 к. с. п. у погледу месне надлежности. Он је ту одређен у толико, што се процесуалном одредбом да је надлежан суд онога подручја, где је „трајање“ престало, прећутно каже, да се трајно кривично дело продужује све док траје промена, т. ј. да је произведено стање за све време свога трајања састојак дотичног кривичног дела, дакле његова последица (н. пр. лишења слободе).

1. За појам *трајног* кривичног дела потребно је дакле:

а) Да радњом проузрокована промена (стање) *може* трајати извесно дуже или краће време, пошто је произведена. Није потребно дакле, да је она у конкретном случају *заиста* трајала, да се је кривично дело заиста продужило. Другим речима кривично дело (лишење слободе н. пр.) је у систему *трајно* кривично дело, и ако је праву сходно стање *одмах* васпостављено (и ако је слободе лишени одмах ослобођен).²⁾ Ако је промена извесно време трајала, без значаја је, да ли је праву сходно стање васпоставио сам извршилац или неко други.

у њој употребљава — в. § 51 I пр. 4 — и за означавање продуженог кривичног дела (што се налази и код *Ortolan*-а п. 743 и 758; в. и *Garçon* art. 1, п. 46). В. *Roux* (132 пр. 4) против употребе овог термина за означавање трајног кривичног дела (он имплицира серију кривичних дела, која следе једно другом без прекида. Некада је трајно кривично дело звато *delictum permanent* (в. в. *Bar* 3 408). О (погрешној) употреби назива *infraction continue* и за продужено кривично дело в. § 51 I пр. 4.

¹⁾ Уп. *Garraud* I п. 116 I а, *Garçon* art. 1 п. 53–55, *Roux* § 31, *Vidal-Magnol* п. 77. Против деобе у *трајна* и *шрепућна* кривична дела *Niepels* (*Code pénal interprété* art. 371, п. 4), налазећи да се у конструкцији трајно кривично дело мешају (уп. *Garraud* I 245 пр. 5) следства (*suites*) кривичног дела и само кривично дело, а губећи из вида, да су баш нужно та следства, док год трају, састојак кривичног дела. Њега је на ово нетачно тврђење навело неосновано схватање франц. писца (в. 3), да код трајних кривичних дела траје *радња*.

²⁾ Уп. *Vidal Magnol* п. 77, *Degois* п. 56, *Frank* § 74 V 3 с (не изрично, али из дефиниције то излази: „са радњама, које су *евентуално* за одржање његово [*scil.* засноваваога противправнога стања] предузете“). — Ово се обично превиди и узима, да је једно од

б) Да је промена *састајак појма* дотичног кривичног дела, дакле његова последица за *све* време свога трајања, да се према томе то кривично дело појављује као кривично дело, које се због даљег трајања своје последице *продужује*.

1° Из горњег излази, да је сам *појам* (правна конструкција) једног кривичног дела меродаван, да ли је оно трајно или не, а не *конкретно* извршење његово.¹⁾ Тако телесна повреда је, као што је речено, тренутно кривично дело, ма колико трајало стање телесне повређености по произвођењу свом, јер ово стање у свом даљем трајању није последица (већ је — в. II — штетно дејство исте).

2° И кривична дела, код којих је последица само законодавни *моћив* инкриминације (в. § 16 VI), могу бити трајна.

2. Према схватању немачких писаца међутим суштина трајног кривичног дела лежи у томе, што се оно састоји из *две радње*, од којих једна производи као последицу извесно „противправно *стање*“, а друга *одржава* ово стање.²⁾ Ту постоји дакле *једна* последица и *две*

поменутих кривичних дела трајно само онда, ако је последица *заиста* трајала. Овзко нарочито *v. Liszt* (§ 54 III 2 e), дефинишући трајно кривично дело у том смислу („непрекидаво остварење кривичног бића“; н. пр. лишење слободе, „које траје недељама или месецима или промена личног стања, која траје“), и узимајући сходно томе н. пр. код лишења слободе (§ 101 III), да „*дуже* трајање“ одузете слободе „*заснива* трајно кривично дело“. Тако и *Haftler* § 75 I 1, *Wachenfeld* § 33 IV, *Garçon* art. I n. 56, *Roux* § 31 (131—132), *Cache* n. 23, *Köhler* 537. — В. ниже (2) за тврђење неких за извесна трајна кривична дела (н. пр. за лишење слободе), да противправно стање треба да траје извесно време, да би у опште та кривична дела постојала као свршена.

¹⁾ Уп. у том смислу *Garraud* I n. 116 I c, *Roux* 131, *Degois* n. 58. Прот. *Garçon* (art. 1, n. 58), *Cache* (n. 23), према којима тај карактер зависи, не од природе и законског појма деликта, већ од његовог „*начина* (mode) извршења“, од конкретних околности, тако да свако кривично дело може бити и тренутно и трајно (крађа је, вели *Cache*, обично тренутно кривично дело, али постаје трајно, кад је у питању крађа воде, гаса и електрицитета, извршена помоћу специјалног диспозитива). Ово мишљење, поред тога што преврћа, да су законска бића и бића, којима се баве правне науке, апстракције и појмови, а не њихове конкретне појаве, заснива се на мешању трајног кривичног дела с кривичним делом по стању, где је у питању не трајање последице, већ њених штетних дејстава, а ово је за сам појам кривичног дела ирелевантно.

²⁾ В. *Meyer-Allfeld* § 42 I 1 a β, *Haftler* § 75 I 1 (трајно кривично дело је „*дуже* времена трајуће одржање једном радњом [држањем] произведене кривичне последице“); нарочито *Frank* § 74 V 3 c (који јасно наглашава, да је „*радња*“ и „*одржавање* засноваог противправног стања“, да се деликат „*извршује*“, „*док* год се не воспостави праву сходно стање“, да „*заснивање* противправног стања сачињава један једноставан деликат са свима *радњама*, које су евентуално предузете за његово одржање, и са бескрајно пута извршеним пропуштањем његовог укидања“), *Wachenfeld* § 33 IV (налазећи разлику између њих и кривичних дела по стању у томе, што је код првих „*радња*“ трајна, а код других је то „*радњом* произведено *стање*“) и *Köhler* 537 (II 1 a: кад се *позитивно* делатности *слеђујуће нечињење* има да сматра као непрекинута *радња извршења*“).

радње, од којих једна *проузрокује* ту последицу, а друга је *одржава*. Ово је тврђење неумесно. *Одржавање* створеног стања није *радња* код трајних кривичних дела, јер она могу бити свршена, и ако није било тог одржавања. То ће бити онда, кад је стање у питању престало да постоји у истом тренутку, кад је створено, н. пр. кад је А од Б лишен слободе и у истом тренутку је ослобођен од В. Супротно се не би могло узети чак ни онда, кад би за појам трајног кривичног дела било нужно, да последица *шраје* извесно, ма и најкраће време (што се заиста од неких, и ако неоправдано, тврди, али само¹⁾ за извесна трајна кривична дела); као ни онда, кад би било тачно горе изнето тврђење неких, да тек фактичко трајање последице чини од извесног кривичног дела (н. пр. лишења слободе) трајно кривично дело. Последица („противправно стање“) може на име трајати по њеном произвођењу без икаквог даљег могућег учешћа („интервенције“) проузроковачеве (в. ниже 4), те бар у тим случајевима не постоји радња одржавања последице ни у опште могућност исте, и ако постоји трајно кривично дело. Сличну грешку чине и француски писци, кад формулишу трајно кривично дело као кривично дело, где *радња* може трајати дуже или краће време (или где се *извршење* може продужити, трајати).²⁾ Сем тога они, као што се види, чине грешку увођења последице у радњу.

3. Трајна кривична дела се одликују већ по својој *физичкој* природи, могућношћу трајања створеног стања. Али им карактер особене *правне* конструкције даје наравно тек *закон*. Разлог за то (*ratio legis* ове установе) је потреба код дотичних кривичних дела, да за примену извесних општих законских принципа (н. пр. саучешћа, застарелости) буде основ и само евентуално трајање промене, а то је пак могуће само онда, ако се створено стање сматра као састојак *последнице* све док траје. На основу овог разлога установе трајног кривичног дела има се наравно расправљати, да ли је извесно кривично дело онаке физичке природе трајно или не. Тај спор пак постоји у погледу више кривичних дела. Тако према основаном мишљењу двоженство (§ 290 к. з.) није трајно кривично дело, док је према другом мишљењу трајно (в. *Посебни део*).

¹⁾ Тако н. пр. *Meyer-Alfeld* § 82 III за лишење слободе, док не н. пр. за отмицу (§ 85 III 1). В. о томе н. пр. код лишења слободе (*Посебни део*).

²⁾ Тако н. пр. *Vidal-Magnol* п. 77, *Garraud* I 244 (који то изражава и друкчије: „дела, која се састоје у стању чињења или нечињења“), *Roux* § 31 и § 31 1 (где чини грешку поменутих немачких писаца превидљиво, да „извршење“ не мора трајати: „чије се извршење наставља за извесно време“). Тако и в. *Liszt* § 54 III 2 е („непрекидно остварење кривичног бића“, узимајући, као што се види, да трајања мора бити) и *Wachenfeld* § 33 IV (као претходни).

4. Неки француски писци с праксом разликују *трајна* кривична дела у *перманентна* (infractions continues permanentes) и *сукцесивна* (infractions continues successives). Ово се разликовање чини према томе, да ли „континуитет“ или, како се још каже (Garraud), одржавање „преступног стања“ захтева (сукцесивна) или не (перманентна кривична дела) „нову, сукцесивну интервенцију воље“.¹⁾ За пример перманентних трајних кривичних дела наводи се подизање грађевине у граду преко прописане висине. Грађевина, једном подигнута, продужује да прелази, вели се, прописану висину без потребе нове и непрестане воље грађевинара. За пример пак сукцесивних трајних кривичних дела обично се наводи незаконито ношење одликовања, као и непредаја детета од разведеног оца или мајке, коме није дато на чување (чл. 357 с. рѣп.). Овде сваког тренутка преступно стање може, вели се, престати вољом кривчевом. Практички интерес, који се придаје овој разлици, састоји се у томе, што се у случају сукцесивног кривичног дела, за разлику од случаја перманентног, после једне осуде извршилац може *понова* да осуђује, док год продужује преступно стање (в. међутим IV 8). Ово је разликовање трајних кривичних дела тачно. Али оно у ствари не проистиче из саме *природе* трајних кривичних дела, као што то изгледа по начину изражавања дотичних, већ зависи од *конкретног* случаја извршења. Отуда једно *истио* трајно кривично дело може бити *и* перманентно *и* сукцесивно. Тако лишење слободе је сукцесивно кривично дело, кад А закључа Б у својој соби, а перманентно, кад је А немоћног и хромог Б спустио у једну дубоку провалију, из које га не може, и кад би хтео, изнети или извадити. Или ношење одличја је сукцесивно кривично дело по правилу, али је перманентно, ако је дотични душевно оболео.²⁾

¹⁾ В. Garraud I п. 116 I в, Vidal-Magnol п. 77. В. и Cuche п. 24 (према коме је оправданост ове деобе сумњива).

²⁾ Roux 133 (§ 31, под 2) не ограничава појам перманентног кривичног дела на *трајна* кривична дела, већ га проширује и на *тренутна*. Перманентна су кривична дела, вели он, тренутна или трајна кривична дела, „која имају перманентна дејства (des suites permanentes), а чије отклањање припада судији да нареди да би васпоставио правни поредак повређен кривичним делом“ (наводи се за пример и подизање грађевине преко одобрене висине). — в. Bar (3409) дефинише трајно кривично дело тако, да су ту обухваћена у ствари само *сукцесивна* трајна кривична дела у нашем смислу (оно „код којег се према *природном схватању* кривцу стално или бескрајно често и без потребе каквог особеног подстицаја намеће питање, да ли се стање нема да укине, и 2^о код којег се уједно замишља ово укидање као да лежи непосредно у моћи кривчевој“). За пример наводи лишење слободе, где међутим, као што је примећено, укидање стања не мора бити у моћи извршиоцевој, н. пр. у случају заборављања или какве сметње. Да би свој појам

5. Велики број правих кривичних дела *нечињењем* су трајна кривична дела, и међу њима их има више, но међу кривичним делима чињењем.¹⁾ Тако док је неодржавање на позив власти у одређен дан и час (§ 327 т. 1 срп. к. з.) тренутно кривично дело, неодржавање чистоће (§ 329 т. 9 срп. к. з.) је трајно кривично дело. Овај иступ је свршен, чим на опомену власти није отклоњена нечистоћа, т. ј. чим је наступила последица (која се овде састоји у стању омаловажености власти испуњеном у останку нечистоће противно опомени власти). Но ово стање траје, у својству последице, све док се не отклони нечистоћа, а с њим наравно и кривично дело, чије је појамно обележје оно. Исти је ово случај са службеним преступом повреде кривичне пресуде неизвршењем правноснажно изречене казне (§ 393 ал. 2 к. з.). У опште код ових кривичних дела нечињењем последица траје, све док не престане нечињење или могућност чињења, или дужност чињења (н. пр. у случају неистичања заставе једног одређеног дана само један дан).

6. Пошто код трајних кривичних дела последица само *може*, а не мора трајати по произвођењу своје, ова су кривична дела *свршена* у тренутку *наставања* последице. Према томе *одустанак* после овог тренутка у облику отклањања наступеле последице није одустанак од покушаја, већ се појављује као стварно кајање. Но ако се последица продужи, свршеност дела, која већ постоји формално, *наставља се* све до престанка последице (радњом извршиоца или трећег лица). Код трајних кривичних дела се има према томе разликовати између *формалне* свршености, која је према реченом од значаја за одустанак, и *пошћуне* или *материјалне* свршености (или краће, просто, *свршености*), која је од значаја са више других гледишта (в. о томе III).²⁾

II. *Кривично дело стања* (Zustandsverbrechen) је једна *особена* врста *шренушног* кривичног дела.³⁾ Састоји се, вели се, у произвођењу једног (противправног) стања, које може трајати дуже време, али *даље* трајање

оправдао, в. *Bar* вели произвољно, да су то (410) изузетни случајеви. Исто тако (само sukcesivна обухваћена) *Loening Vergl. D. Allg. T. I 439* (кад се применом једног трајно дејствујућег средства спречава наступање праву сходног стања).

¹⁾ Уп. *Meyer-Allfeld* § 42 I 1 а β, *Garraud* I 247, *Garçon* art. I, п. 57, *Roux* 133.

²⁾ У Посебном делу (2 изд. Основа срп. кривичног права) код трајних кривичних дела, где је одређено, кад су свршена, под свршеношћу смо разумевали ову свршеност (в. н. пр. код лишења слободе § 27 II).

³⁾ Издвојена су као особена група *шренушног* кривичног дела од неких нем. писаца, док дефиниција те групе од стране других је дефиниција самог *шренушног* кривичног дела (н. пр. *Meyer-Allfeld* ова § 42 I 1 а α). У франц. књижевности је појам истих непознат. *Garraud* (I 245 под а) говорећи о тренутном кривичном делу идентификује га с кривичним делом по стању („Le délit instantané — Zustandsverbrechen“).

није од кривично-правног значаја.¹⁾ Тако н. пр. телесна повреда, крађа.²⁾ Овај појам кривичног дела стања је нетачан, јер не наглашава, да код тих кривичних дела „противправно стање“ није више по њиховој свршености, у колико оно и даље *траје*, део њихове *последнице*, пошто је оно после тога *ван* самог њиховог појма, већ да је само *штетно дејство* њихове последнице. Сем тога то стање, штетно дејство у свом трајању није *без икаквог* кривично-правног значаја (основ је одмеравања казне, § 70 ал. 2 к. з.), а сем тога одређено време његовог трајања може да буде³⁾ специјална поштравна околност, и ако оно у самом том трајању остаје ипак *ван* појма дотичног кривичног дела). Кривично дело *стања* је према томе *штренично кривично дело*, чија *последница може имати по свом наступању штетна дејства дужег или краћег трајања*. Пошто ова дејства стоје *ван* појма дотичног кривичног дела, сам појам кривичног дела стања је без кривично-правног значаја. Тако код телесне повреде кривично дело је свршено самим тим, што је произведено стање повређености тела, и даље трајање овог стања, т. ј. штетних дејстава последнице, ако их она има, н. пр. болест или хромост, је на тај начин без значаја за питање, да ли постоји кривично дело телесне повреде.

III. *Трајном* кривичном делу одговара *трајни* кривац као једна особена општа врста кривца према кривцу код *штреничног* кривичног дела, *штреничном* кривцу. Деликтно стање првога се може *продужити*, док је код другога *штренично*. Отуда се кривац код *трајних* кривичних дела појављује као *in concreto* тежи кривац (и ако не као особена, тежа врста), кад је последница заиста трајала. Његова је вивосг све тежа, што је створено стање дуже трајало, нарочито ако му је отклањање последнице било физички и психички могуће.⁴⁾

IV. Разликовање *трајних* кривичних дела од осталих, т. ј. од *штреничних* кривичних дела је од значаја:⁵⁾

¹⁾ Тако *v. Litszt § 54 III 2 c, Wachenfeld § 33 III, Hafter § 75 I 2, Olshausen § 73, 5 c* (који то најодређеније формулише у том смислу, али држи неосновано, да је „боље, да се појам кривичног дела по стању, које се назива, вели, и „даље дејствујућим кривичним делом“ [fortwirkendes Verbrechen], одбаци, јер ствара забуну).

²⁾ Енглеско право узима напротив, да крађа траје, све док се ствар налази у противправном притежању крађивчевом. Све дотле дакле она није свршена.

³⁾ То је био случај с тешком телесном повредом из § 177 срп. к. з., коју је сачињавало и трајање неспособности за рад најмање месец дана (чл. 319 франц. к. з. двадесет дана). Одређено време трајања штетног дејства је специјална поштравна околност и код лишења слободe (§ 243 ал. 2 к. з.), али је ово кривично дело *трајно* кривично дело, те је то штетно дејство у своме трајању његово појамно обележје.

⁴⁾ Уп. *Roux* 133.

⁵⁾ Уп. *Garraud I 247* (под d), *Garçon art. 1, n. 48 - 52, Vidal-Magnol n. 77, Roux 133, Meyer-Allfeld § 42 I 1 a β пр. 4, Degois n. 57.*

1. Дуже или краће трајање последице је један од општих основа за *судско* одмеравање казне између посебног минимума и максимума (§ 70 к. з.), а може бити, као што је поменуто (II), и *специјална* поштравна околност, заснивајући нарочиту тежу врсту дотичних кривичних дела (као код лишења слободе, § 243 ал. 3 к. з.).

2. С гледишта *саучешћа* (оно је могуће за све време трајање последице, чињењем или нечињењем).

3. С гледишта *почетка* рока *застарелости* (почиње од престанка последице).

4. С гледишта питања о *повраћној* сили казних закона (ако последица код дела, које у време извршења није било кривично дело, већ је то под новим законом, траје и под новим законом, кривично дело постоји).

5. С гледиште питања о *месту* и *времени* извршења кривичног дела по §-у 11 к. з. (в. § 32 V 4).

6. С гледишта питања о *проспорном* важењу казних закона и *судске надлежности* (у случају ако је последица трајала у разним државама, оно је у свима извршено у смислу §-а 11 к. з., те важе закони сваке од тих држава и свака ће од њих свој однос према другим у том погледу решити по свом међународном кривичном праву; а ако је она трајала у разним судским подручјима исте државе, месно надлежан би био сваки дотични суд,¹⁾ да нема одредбе §-а 15 ал. 2 к. с. п., која сукоб надлежности решава у прилог подручја, где је трајање последице престало).

7. С гледишта *амнестије* (ако се последица продужи и после амнестије, ова се не простире на њено даље трајање, те кривично дело постоји).

8. С гледишта могућности *поновног* кажњења за исту радњу без повреде принципа *ne bis in idem*. Оно је могуће у случају *сукцесивног* трајног кривичног дела (в. I 4). Али је ово могуће само онда, ако је власт дужна, не да прекине последицу, већ да извршиоцу нареди отклањање исте (као н. пр. код иступа неодржавања чистоте из §-а 329 т. 9 срп. к. з., али не код сукцесивног трајног кривичног дела лишења слободе), у колико ипак у закону није прописано, да власт има сама да отклони последицу, ако је по њеној наредби извршилац не отклони.²⁾

¹⁾ Тако је по франц. праву (*Vidal-Magnol* п. 77).

²⁾ Франц. писци пропуштају, да учине ово разликовање, ограничавајући се само на неке типичне примере сукцесивног трајног кривичног дела (*Garraud* I 242, под д) или тврдећи, да у опште трајно кривично дело после осуде, ако последица траје, постоји (не чинећи, бар не изрично, разлику између перманентног и сукцесивног), те да је ново кажњење могуће (*Roux* 123, *Vidal-Magnol* п. 77: „ако се трајно кривично дело настави после осуде свога извршиоца, нова казна може се изречи“).

ПРЕГЛЕД САДРЖИНЕ

У В О Д

§ 1. Предмети увода	СТРАНА 1
-------------------------------	-------------

ГЛАВА I.

Кривично право и Наука кривичног права.

§ 2. Појам кривичног права	3
§ 3. Извори кривичног права Краљевине Југославије	13
§ 4. Страни кривични законици. — Рад на интернационалној унификацији кривичног законодавства (удружења, конгреси и конференције). Израда светског пројекта кривичног законика	15
§ 5. Појам и систематика Науке кривичног права (принципи Науке Кривичног права)	22
§ 6. Остале кривичне науке. — Помоћне науке Науци Кривичног права	37

ГЛАВА II.

Историја кривичног права и Науке кривичног права.

§ 7. Историјски развитак кривичног права у опште (његови општи принципи или општи део)	41
§ 8. Историја римског кривичног права. — Византијско и канонско кривично право	50
§ 9. Историја француског кривичног права	57
§ 10. Историја немачког кривичног права	60
§ 11. Историја српског и осталог југословенског кривичног права	64
§ 12. Историја постанка српског Кривичног законика	84
§ 13. Рад на реформи кривичног законодавства на страни	86
§ 14. Рад на реформи кривичног законодавства у Краљевини Србији и у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца, Југославији	90
§ 15. Историја Науке кривичног права (Кривичног права)	93

ОДЕЉАК I.

Кривично дело.

У В О Д.

	СТРАНА
§ 16. Појам (формални и материјални) кривичног дела	99
§ 17. Објекат кривичног дела	105
§ 18. Тројна деоба кривичних дела (кривичних дела — криваца)	112
§ 19. Политичка кривична дела и остале деобе кривичних дела	119
§ 20. Систематика учења о кривичном делу	131

О Д С Е К I.

Обележја кривичног дела.

ГЛАВА I.

*Кривично дело као проузроковање (scil. извесне последице)
људском радњом (као људско дело).*

§ 21. Предмет I. главе (саставни делови проузроковања људском радњом)	133
§ 22. Људска радња	133
§ 23. Последица	138
§ 24. Узрок (проузроковање)	146
§ 25. Теорије о узроку	154
§ 26. Теорија узрочног разликовања услова према природи њихових последица и времену, кад су испуњени	164
§ 27. Узрочност нечињења	171
§ 28. Врсте људске радње. — I Радња извршења	175
§ 29. Врсте људске радње. — II Подстрекавање	179
§ 30. Врсте људске радње. — III Помагање	184
§ 31. Радња извршења, подстрекавање и помагање с гледишта узрочности	189
§ 32. Место и време кривичног дела	190

ГЛАВА II.

Кривично дело као прошивљавно проузроковање (scil. извесне последице) људском радњом (као прошивљавно дело).

§ 33. Појам противправности	197
§ 34. Противправност нечињења	215
§ 35. Основи искључења противправности (основи непротивправности)	218
§ 36. Нужна одбрана	220
§ 36. Нужна одбрана. — Напад	225
§ 36. Нужна одбрана. — Одбијање папада	233
§ 37. Пристанак повређеног	238
§ 38. Самоповреда	250
§ 39. Остали основи искључења противправности	253

ГЛАВА III.

Кривично дело као у казненом закону предвиђено проузроковање (scil. извесне последице) људском радњом (као у казненом закону предвиђено дело).

	СТРАНА
§ 40. Појам предвиђености у казненом закону	257
§ 41. Појам казненог и кривичног закона	260
§ 42. Тумачење казневих и у опште кривичних закона. Аналогија	265
§ 43. Важење казневих и у опште кривичних закона у погледу времена	273
§ 44. Важење казневих и у опште кривичних закона у погледу места (просторно). Међународно кривично право	283
§ 45. Издавање (екстрадиција). Међународно кривично право (наставак)	297

ГЛАВА IV.

Кривично дело као условима инкриминације одговарајуће проузроковање (scil. извесне последице) људском радњом (као условима инкриминације одговарајуће дело).

§ 46. Појам услова инкриминације	305
§ 47. Приватна тужба	313
§ 48. Одобрење и предлог	331

О Д С Е К II.

Јединство кривичног дела с гледишта кажњивости.

ГЛАВА I.

Јединство кривичног дела с гледишта кажњивости и поред правне (законске) вишине кривичних дела.

§ 49. Идеални стицај кривичних дела (и криваца)	333
---	-----

ГЛАВА II.

Јединство кривичног дела и с гледишта кажњивости и правно (кривично дело састављено из више проузроковања [из више дела] са више људских радњи и шрајно).

§ 50. Сложено кривично дело (и кривац)	355
§ 51. Продужено кривично дело (и кривац)	356
§ 52. Колективно (укупно) кривично дело (и кривац)	365
§ 53. Кривична дела, код којих је равнодушно, да ли су састављена из једног или из више проузроковања и према томе, колико је пута извршилац кривац	371
§ 54. Трајно кривично дело и кривично дело стања (и кривци)	374



ДОПУНЕ И ИСПРАВКЕ.

- Страна
- 3 У књиж. додати на крају: „*Givanovitch Rédaction objective et subjective* Revista pénale (рум.) 2 (1935) 3*.
- 7 У пр. 6 додати на крају: „Пројекат француског кривичног законика, израђен у смислу Трипартиције, објављен је 1934. У њему је кривичном делу посвећена књ. III („О кривичном делу“), а кривцу књ. IV („О лицима кажњивим, одговорним и извињивим“). — Поменуто *Vidal*-ово дело (које обухвата општи део Кривичног права и Кривични поступак) је у новом, 8. издању изашло 1935. Прерађено је у смислу *Трипартиције*, дакле из основа. Проф. *Magnoł*, прерађивач истога наглашава ову измену у предговору („Такође сам модификовао план књиге, бар у делу, који се односи на кривично дело. Груписао сам излагања око ове три тачке: кривично дело; — кривац с теоријом кривичне одговорности; — санкције, где улазе поред казни мере безбедности“).
- 8 У 11. реду стоји „од 1952—1927“ место „од 1925—1928“.
- 13 У 7. реду додати на крају: „или са Законом о пензионом осигурању службеника у Дравској бановини од 30. октобра, 1933 (XXI: „казнене одредбе“).“
- 14 Под м додати на крају: „з. о конвенцији о екстрадицији криваца и судској помоћи у кривичним делима с Румунијом од 8. септембра, 1933“.
- 15 Под III 2 додати после „уст.“: „з. о минист. одгов. од 20. јуна, 1922“.
- 16 Под „За I 12“ у 6. реду место „4. изд. 1928“ ставити: „I (5. изд.) 1927, 2 (4. изд.) 1923“.
- 18 Под 14 место „од 1866“: „од 1930“.
- 19 Под 22 додати на крају: „У припреми пројекат новог к. з. (в. Sc. p. 42 [1934] 540)*.“
- 19 Под (7) стоји „од један“ место „један“.
- 20 Под 6 додати на крају: „Комисијски пројекат новог к. з. 1933, израђен у духу европских к. з. (в. Z 54 [1934] 498). Авганистан од 1924 (в. Z 50 325)*.“
- 21 Под V додати на крају текста под 4^о: „5^о у *Мадриду* 1933 (од 17—20 октобра), на којој су у истом облику расправљена питања екстрадиције, тероризма, напуштања породице, недопуштеног ношења оружја и подржавања проституције). Акта ове Конференције још нису објављена.“
- 21 Под V на крају додати: „О Бироу в. V. *Pella* La protection de la paix par le droit interne (1933) 69 пр. 85 („званична међународна установа, у којој су двадесет држава представљене“).“
- 22 Пред VII додати на крају: „Акта Конгреса у Палерму (Actes du Congrès) објављена су 1935 (Roma)*.“

Страна

- 23 Под књиж. додати: „Живановић Основни проблеми Етике (Филозофије моралне) 1935 (из Гласа Срп. краљ. академије); *Givanovitch Situation du Droit criminel dans le système des sciences*, R. int. 12 (1935) 23*.
- 25 Под 1. у 2. реду пред „метод“ ставити „(или краће *ециолошки*)“.
- 33 У пр. 1 додати на крају: „В. и Живановић Основни проблеми Етике § 1 IV; *Givanovitch* (Situation du droit criminel dans le système des sciences) 23—26*.
- 35 У 10. реду додати на крају: „То исто важи и за систематику *кривичних закона*, и тако је поступљено у к. з. (као и у пољском к. з.; док у старим к. з. као у француском, немачком и српском, од нових у италијанском [супротно пројекту од 1921] долази најпре *казна* [у прој. San Marino — *Grammatica* Sc. p. 1934, 541 — најпре *кривац*]). — В. Живановић, Т. зв. ауторитарно и либерално кривично право, за предлог немачких ауторитариста, да се у кривичном законнику најпре почне са *посебним делом*.*
- 38 Под 2 додати после „Ванправне“: „(или *допунске*)“.
- 44 У 6. реду додати на крају: „већ је требало само да буде по интензитету еквивалентна према схватању дотичне крвне заједнице“.
- 56 У пр. 1 додати: „Соловјев Један словенски утицај у вивантијском праву 1932 (Арх.)“.
- 68 У 20. реду место „од 1357“: „од 1327“; у 24. реду место „од 1384—1353“: „од 1348—1353“.
- 70 Под 4 у 7. реду после „кривца“ додати: „(в. о томе и § 58 III 1 г).“
- 86 Под 1 на крају додати: „1934 је (в. 7 пр. 6) цео пројекат завршен и службено објављен“.
- 86 У књиж. у 12. реду после „Арх“: „1935“.
- 89 Под V додати на крају: „а 1923 у наслову на њ' Комисијски пројекат (садржи само *општи* део исто као и предпројекат).“
- 90 Под VI додати на крају: „Нов дански к. з. је изишао 1930 (франц. превод 1935, као додатак уз R. int.)“.
- 91 У књиж. додати на крају: „(о истом в. Sc. p. 1933, 152).“
- 106 Под 4 у 8. реду стоји „штити државни“ место „штити државни.“
- 113 У 19. реду стоји „(в. 2^о)“ место „(в. в 2^о)“.
- 116 Под 1 у 3. реду после „в. пр.“ додати: „§ 257 ал. 1 к. з. [а у случајевима мање опасности]“.
- 122 У 8. реду место „релативно“: „релативна“. — У пр. 2 у 2. реду место „(сопствене или туђе) безбедности државе“: „безбедности државе (ма које)“.
- 123 У пр. 1 у 2. реду после „Finger“: „130“. — У посл. реду место „и 177“: „177“.
- 125 Под IV у посл. реду стоји „побуда“ место „побуди“.
- 125 Под 1 у 9. реду после „удружења“ додати: „(scil. за удружење злочинаца [из чл. 265—268 франц. к. з., т. ј. за удружење, припрему или вршење злочинства против лица или својине]), где је без значаја природа *циља* удружења, тако да ту спадају и *анархистичка* удружења злочинаца, којима се је баш и хтело у з. од 18. децембра, 1893 да одузме привилегија *политичких* [в. V 2] казни).“
- 126 У 4. реду додати на крају: „У уг. о екстрадицији с Мађарском не сматрају се (scil. у погледу издавања) као „*политичка*“ кривична дела против људског живота, личне безбедности или сопствености у вези с *комунистичким* покретом* (чл. 3, II т. 16)*. — Под 3 ставити после „поглавара“:

Страна

- „(или и [н. пр. чл. 3, II т. Iа уг. о екстрад. с Мађарском] и чланова његове породице [в. ближе о томе и о различном схватању атентата на *личност* у уг. о екстрадицији § 45 II 3 б 1^о])“.
- 127 Под в у 3. реду после „праву“ додати: „(право азвла [в. § 45 II 3 б).“ — У 5. реду после „личне“ додати: „*полицијским кривцима*“. — У 7. реду место „војнику“: „војничку“.
- 134 Под I у 1. реду после „*радња*“ додати: „(или просто *радња*, пошто само човек може бити кривац)“. — Под а у 5. реду после „је“ додати: „(у вези с *анимистичким* схватањем природе)“. — У пр. 3 додати на крају: „В. међутим Riv. р. 1933, 426 за приказ једног чланка, у коме се чини предлог, да се *живошње* огласе за субјекте *права*, те да се више не сматрају као *ствари*, јер и оне имају, вели се ту, свесну вољу (а неке су чак разумније од по гдекојег човека) и према томе све реквизиите за правну способност (постоји један приватан пројекат међун. в. за заштиту права животиња).“
- 135 У 1. реду после „међутим“ додати: „(изузев његов Раванички препис, чл. 88).“
- 146 У књиж. за § 24 додати на крају: „*И Јелић* О узрочности, Полиција, *Antolisei* Il rapporto di causalità nel Diritto penale 1934 (в. о њему Sc. р. 1934, 568)“.
- 156 У 5. реду после „појам“ додати: „(појам о једном взи могућег искуства лежењем, надчуљном, трансцендентном бићу)“.
- 169 Под б у 4. реду одоздо стоји „Она“ место „Он на име“.
- 177 Под 2а у 3. реду стоји „(§ 251: отвори)“ место „(§ 252: открију).“
- 182 Под а 1^о у 1. и 2. реду стоји „може бити“ место „је“.
- 187 Под 2 у 4. реду стоји „Има“ место „Има и“.
- 188 У 12. реду после „кад је“ додати: „учињено“. — У 14. реду стоји „И кад је“ место „Кад је давкле“.
- 190 Под 2 у 3. реду после „*извршења*“ ставити: „*извршиоца умшљеног*“.
- 190 У књиж. за § 32 додати на крају: „*Живановић* (Времево важење процесуалног права) Полиција 1935 (5 и сл., 113 и сл.).“
- 191 У 14. реду стоји „у случају §-а 14 к. с. п.“ место „(§ 14 к. с. п.).“
- 192 У 1. реду место „исто“ треба „место“.
- 203 У 6. реду стоји „се“ место „га“. — У 7. реду стоји „*метајуристичка*“ место „*метајуристички*“.
- 265 У 2. реду стоји „*Закони*“ место „*Казвени закони*.“
- 281 Под 4^о у 3. реду стоји „кривац“ место „извршилац“.
- 282 У пр. 2 стоји „§ 15 IV“ место „§ 15 V“.
- 286 Под 3 у 10. реду после „*садржини*“ додати: „(у основу бар).“
- 314 У 2. реду после „предлог“ додати: „[но в. § 48 II 1].“
- 318 Под 1 у 9. реду после „сферу“ додати: „(давкле сваки у каквом праву *ошталећи* у смислу § 6 ал. 6 к. с. п., као што је то случај [в. § 48 I 2] код предлога)“.
- 319 Под 3 у 11. реду после „заступници“ додати: „(в. § 165 ал. 2 срп. г. з.).“
- 325 Под б (привр. изл.) у 4. реду стоји „оптуженог“ место „оптужбу“.
- 332 Под III у 3. реду додати на крају: „*Процесуална* је разлика између њих и приватне тужбе, што код кривичних дела по приватној тужби оптужницу подиже и заступа је на главном претресу сам *приватни* тужилац (§ 56 ал. 2 к. с. п.), а не *државни* (који приватног може, на његов захтев, само за-

Страна

- ступати на главном претресу, кад то тражи јавни интерес [§ 51 ал. 3 к. с. п.]”.
- 333 Изостао је после „Одсек II“ наслов ~~од~~ одсека: „*Јединство кривичног дела с гледишта кажњивости*“.
- 335 Под 1 у 10. реду после „*Бипартицији*“ ставити: „(т. ј. остављајући на страну [в. 2] кривца)“. — Под 2 у 2. реду после „дела“ додати: „(в. 1 за појам истога)“. — Под а у 4. реду на крају додати: „То се може назвати чистијим идеалним стицајем кривца насупрот обичном идеалном стицају кривца“.
- 336 У зачељу стоји „236“ место „336“. — Под IV у 1. реду после „стицаја“ додати: „кривичних дела“.
-