

Уведено у нови инвентар бр. 742

1 Јануара 1942 год.

Београд

ГРАНИЧНЕ МЕЂЕ УМИШЉАЈА И НЕХАТА

ОД

ЖИВКА ТОПАЛОВИЋА



ПРЕШТАМПАНО ИЗ „ПОЛИЦИЈСКОГ ГЛАСНИКА“



БЕОГРАД

ШТАМПАНО У ДРЖАВНОЈ ШТАМПАРИЈИ КРАЉЕВИНЕ СРБИЈЕ

1911.

Еву књигу посвећујем мојим драгим родитељима

мајци Милеви

и оцу

Периши Мопаловићу

ПРВИ ДЕО

Глава прва

Увод.

Кривично право има своју особиту социјалну задаћу. Целокупно право, па и кривично као његов део, има прву задаћу да формира правни поредак, да рече: шта се има сматрати за законско право, а шта за неправо. И кад закон то уради онда држава, која се карактерише тиме што има на расположењу један квантум велике и добро организоване физичке силе, нагони свакога појединца да мора поштовати наредбе правнога поретка. Ако он то неће, биће нагнан силом. Појединац, па и читави редови друштвени у нормалноме стању ствари, немају могућности да се одупру државној сили. Ако то покушају биће уништени. И тако хтели нехтели, они морају да слушају прописе правнога поретка.

У свакој друштвеној организацији правни поредак гарантује појединцима извештан квантум права, обезбеђује им један извештан комплекс животних интереса, да би они могли живети и делати сагласно основним принципима на којима почива та друштвена организација. Ти правом заштићени животни интереси људи називају се правним добрима. Но правна добра могу припадати не само појединцима већ и организацији, заједници, целини.



Свакоме појединцу стало је до тога, да његови животни интереси, његова правна добра буду поштована, да их нико не вређа. Али је и држави, општем правном поретку такође до тога стало. Јер појединцима или појединим друштвеним организацијама додељен је онај квантум права који они морају имати, па да и целина друштвена као таква може постојати. Отуда се у свакој повреди правнога добра једнога човека, у исто време вређа друштвена целина, постојећа социјална организација, јер се подривају темељи на којима она почива. Врховна задаћа пак свега правнога поретка јесте да ту социјалну организацију, заједничко правно добро, чува.

Држава као представник целине, у интересу њеном, мора да реагира на сваку повреду права. Она редовно реагира на тај начин што нарушиоца враћа у границе права. Али таква јој реакција није довољна. Извесна правна добра појединаца и друштва од особитога су значаја за целину, за државу. Та особито важна правна добра држава мора особито и да заштити. И кад неко њих повреди, онда се он не само враћа у границе права него бива *кажњен*. Држава поништава његова правна добра: живот, слободу, имање итд. готово свети му се, за његове поступке. Заиста казном заштићена правна добра веома су енергично заштићена. Онај ко њих хоће да вређа зна да ће му се не само силом одузети оно што је он повредом добио, већ да ће му се и поред тога одузети још и велики квантум права којима сам располаже. Нормално се претпоставља да ће свака повреда права бити пронађена и да ће на њу држава реагирати. Код правних повреда, за које се казни, злочинац не може никад рачунати да што добије, већ само да изгуби велику количину онога што

има. Ако уме да мисли онда се он никад неће решити да сам себи чини зло. То је превентивни значај казних прописа.

Ево онда социјалне задаће кривичнога права: да између правних добара појединаца и заједнице пробере она, која нарочито треба да заштити казном и да их унесе у свој зборник. Кад то учини онда да одлучи како их, на који начин, којом ефикасношћу треба заштитити, на име каквом и коликом казном злочинце треба казнити. Оно сад на даље има да утврди принципе и методе овога диференцирања и одабирања. Већ из ове задаће види се да свака културна и политичка епоха човечанства мора имати своје кривично право, које са друштвеном целином расте и развија се.

Казна као спољни израз егзистенције кривичноправне власти државне, јесте реакција целине противу човека, појединца, који није хтео да поштује онај ред што га је целина поставила. Казна има циљ: да код свакога који би намеравао извршење кривичнога дела пробуди осећај страха за себе, за своја правна добра, а ако је дело већ извршено онда да дејствује тако да деликвент у будуће слична дела више не чини. По овој задаћи организује се систем казни и врши се одмеравање казне. Од спореднога је значаја да ли ће се овоме репресивном или превентивном дејству казне придавати већа вредност. Оба се дејства признају.

Из циља казне несумњиво излази да кажњиве акције људи могу бити само озбиљне и свесне акције¹⁾. Ако казна пре-

¹⁾ Свакако друштво има и разлога и потребе да се брани од опасних, противдруштвених ма и не свесних радњи појединаца. Али ту оно са људима поступа као и са животињама. Мере које се предузимају: болнице са одузимањем слободе или без тога, нису казнене мере.



вентивно делајући, има смер да појединцу стави на знање да се он извршењем дела ставља у опасност да нашкоди самоме себи, онда ће то она моћи само тада, ако је деликвент у моменту радње свестан тога да он чини нешто што је забрањено, недопуштено, да вређа туђа правна добра, да чини нешто нашта нема права. Деликвент дакле мора имати правилан појам о својој радњи и последицама њеним. Јер ако он у опште дела без свести, или ако дела у уверењу да чини нешто законима, моралом и сватањем средине у којој живи, допуштено, кад нема представе о противправном или противдужносном карактеру своје радње, онда од куда може ту бојазан од казне утицати на њега и одвраћати га од вршења злочина? Пре свега злочинац треба да је у опште способан да појми значај своје радње, по том, да је у конкретном случају био способан да га појми, па тек према таквоме човеку може запређивање казном стварати отпорни мотив жељи за злочином.

И свој репресивни циљ може казна иставити само према свесним акцијама људи. Тиме што су извршили злочин, повредили социјални мир, злочинци су показали једну антисоцијалну црту свога карактера. Они су се показали неспособнима да живе животом који постојећа друштвена организација тражи од појединаца. Циљ извршења казне тада јесте да изглађава те антисоцијалне црте њихова карактера. Тога ради се захтева потпуно индивидуалисање казне, прилагођавање њено особинама појединих злочинаца, деловање онако и оним средствима како се тај конкретни злочинац најбоље може поправити т. ј. оспособити се да може живети и опходити се са људима онако како закон прописује, како је то

нужно ради опстанка друштвене средине у којој је.

Да би пак једна радња била израз карактера деликвентова, да би она била одблесак његових интелектуалних склоности, његових психолошких особина, та радња мора бити производ његове свести, *мора бити свесна радња*. Ова радња треба да се јави као резултат борбе многобројних престава у човечијој свести. Унутрашњи надражаји, психичке особине, карактерне црте, ваља да добију прилике да конкуришу са спољашњим надражајима, да учествују у борби око формирања одлуке, око креације воље. Нема ли те борбе престава за радњу и последицу и против њих у човечијој свести, нема ли свеног остваривања последице помоћу радње, онда ми по таквоме поступку човековом не можемо да оценимо његове карактерне особине, не можемо да утврдимо да ли он има какве антисоцијалне карактерне црте или не. Деловање казне ту би било беспредметно. Ако се њена примена хоће да оправда, онда се она може примењивати само на свесне људске акције.

Полазећи са ових основних поставки, одмах се закључује да се кажњавати може само *човек*, као једино свесно биће. А човек пак може бити кажњен само тада ако је делао свесно. Кад год је код деликвента оскудевала свест о његовој радњи, та радња не може бити подложна казни. То је у опште признати принцип укривичном праву. Отуда се у многим законодавствима, па и код нас деца до извеснога доба за све своје поступке не кажњавају, јер се претпоставља да не могу имати свести у својој радњи и карактеру њеном. На даље се поступци људи без свести, духовно болесних, и оних који су у моменту лишени могућности за нормално, здраво расуђивање, такође не кажњавају.

Лица која су неспособна за једну свесну акцију, за развијање једне правно важне воље, називају се правно *неурачунљивима* и казна се на њих не примењује.

Први основ за примену казне јесте дакле лична урачунљивост, *способност* лица које је у питању, да предузима свесне акције и да формира једну вољу која се правно може третира¹⁾.

Досадања излагања чине подлогу за још један закључак. На име, не само да је нужно ради примене казне, да једно лице буде урачунљиво, већ да се томе урачунљивоме лицу наступела против-правна последица из његове радње *може урачунати у кривицу*, т. ј. да се може рећи да је то лице *криво* или *вино* што је последица наступила.

Као што се види има две врсте урачунљивости: урачунљивост *кривца*, виновника, која управо није ништа друго него његова *способност за одговарање*. Немачки израз *Zurechnungsfähigkeit* то тачно и вели. Друго је пак урачунљивост *последнице*, т. ј. допуштеност, могућност да се та последица упише виновнику у кривицу, да му се она може урачунати. Немачки израз то зове *Zurechenbarkeit*²⁾.

¹⁾ Ако се под свесном акцијом разуме онај покрет човечијег тела о коме се имала представа у центру мишљења, пре него што је он предузет, онда свакако такву преставу могу имати и деца. И она могу предузимати свесне радње. Али њима ће у највише случајева оскудевати правилна представа о каузалном току њихове радње, т. ј. шта све из њихове радње може да произађе. У колико пак и та представа постоји недорасли нису у стању сватити *значај* своје радње и последице коју она производи. Они не могу да развију једну озбиљну вољу, која би се правно могла третира^{ти}.

²⁾ Изрази „урачунљивост виновника“ и „урачунљивост последице“ примљени су у преводу Листовог уџбеника на српски језик, те их и ми овде по нужди узимамо. Овако преводјење пак било је погрешно и може при површној студији да омете правилно поји-

Кад се може рећи да је неко крив за наступање последице, т. ј. једне промене у спољњем свету, којом су повређена туђа правна добра?

На првоме месту јасно је да ваља захтевати каузални однос између радње човекове и наступеле последице, т. ј. радња човекова мора бити узрок што је последица наступила, или: зато што је било радње било је и последице; да није било радње не би било ни последице. Човекова радња, као напон његове физичке снаге, целисходан покрет његових органа, јесте нешто видљиво. Промена у спољњем свету која је таквом човековом акцијом произведена, такође је нешто видљиво. Отуда је нама јасан каузални однос између та два елемента. Али он још није довољан за појам кривице. Јер каузални однос између човекове радње и наступеле последице у много случајева може да буде чист механички однос, однос два мртва елемента. На пр. један месечар, потпуно несвестан шта ради, начини штету пењући се на туђ кров. У том случају не може да буде речи о кривици, то би била бесмислица, као год што би било бесмислено говорити о кривици машине што је човек повређен, или о кривици грома који је разорио кућу.

Појам кривице садржи у себи један личан, свесан елеменат, захтева постојање једнога свеснога бића, које има моћ самоопредељивања. Отуда се може да говори само о кривици човека, и то у случају кад је он у могућности да се опредељује независно од сваке психичке и психофизичке принуде. Појам кривице

мање. Има у ствари само једна урачунљивост: *уписивање последице виновнику у кривицу*. То се зове урачунавањем. Место општега појма о *урачунљивом лицу*, ваљало је употребити израз *подобност за одговарање*.

дакле захтева један каузални однос, али каузални однос између човекове *свести* и *воље* и наступеле последице. Радња човека т. ј. акција његове мишићне снаге јесте само нужни посредник, мртво оруђе, којим се свест и воља служе да у спољњем свету створе промену коју желе. Што се пак вулгарно говори о каузалном односу радње и последице, то је стога, што су то видљиви елементи, док су свест и воља невидљиви, и што су махом човекове радње резултат, производ, његове свести и воље, синонимне дакле са њима. Али то што је у већини случајева није увек, јер може бити и таквих покрета човечијих мишића, који или не одговарају његовој вољи или су директно њој супротни. Овако је увек кад човек дела, ради, у оскудици сваке здраве воље и свести, или гоњен елементарним силама, или под дејством психичке или психофизичке принуде или у пуној заблуди о стварном току своје радње.

Да узмемо баш да је за појам кривице довољна егзистенција каузалнога односа између два факта, без обзира да ли је један од њих свестан, онда ћемо доћи опет до истог резултата. Реч је о кривици *човека*, или кад се човек може окривити за известан учин. У том разматрању ми морамо рачунати са нормалним човеком. Нормалан пак човек јесте биће које се поглавито од осталих бића одликује јачом свешћу, располагањем моћи самоопредељивања и разумевања. Отуда рећи да је човек каузална чињеница за једну последицу значи то исто што и рећи: да су човечија *свест* и *воља* за њу каузални.

Кривица или урачунљивост последице постоји тада, када се последица може свести на човеково *хтење*, на његову вољу. Воља је наша несумњиво крива за

наступелу последицу кад је она управљала наше мишиће на акцију, која је морала довести до последице, кад постоји, дакле, директан каузални однос између воље и последице. Ту можемо говорити о једној позитивној акцији воље. Али наша воља може бити крива за наступање последице и у случају своје неакције. Она није хтела да се развија, остала је леђа против своје дужности, и услед те инерције свести и воље наступила је последица. Тај каузални однос није директан већ индиректан, посредан.

Као што се види, у појму *кривице*, урачунљивости последице, огледа се један *психички однос* човека, кривца, према наступелој последици. Но у свима случајевима почињених кривичних дела није исти тај психички однос човека и промене у спољњем свету. Веза је ова некад чвршћа некад лабавија. Отуда мора бити веће и мање кривице човека за дело. Степенисање личне кривице човекове, пак, врши се увођењем у кривично право разноврених појмова, који у себи обухватају поједине делове пуне воље. Тако се добија могућности да се мањи степен противправне воље казни блажије, него виши степен њен, а да се казна не примењује на случајеве где постоји, истина, повреда туђих правних добара, али се никаква људска воља за то не може учинити узрочном. Ову потребу правилнога кривичнога правосуђа задовољавају појмови *умишљаја*, *нехата* и *случаја*, о којима ћемо даље говорити¹⁾.

¹⁾ Нећемо да улазимо детаљније у појам кривице, јер би се теза због многих контроверза сувише развукла. Али овде морамо напоменути да се умишљај и нехат, којима је заједнички генетички појам «кривица», имају сматрати као технички делови једнога техничког израза. Реч кривица има своје вулгарно и своје правно техничко значење. За то разликовање имају Немци врло zgodne изразе: Schuld и Verschulden. Реч Verschulden означава у опште извесно

У кривичноправној науци је општа сагласност у томе, да је постојање овога

противправно поступање човеково из кога производи повреда правних добара. За то своје противправно поступање он је више или мање крив према томе какви га мотиви одлучују на дело. Вели се на пр.: да је кривљи благајник који је покрао новац ради издржавања луксузне љубазнице него што је банџин момак који утаји један пакет са новцима кад их је носио на пошту, ради тога да би имао чим лечити болесну жену. (Oetker S. 162). Ту је реч о кривици у вулгарном смислу и она се степенише по мотивима делања. Међутим Schuld кривица у техничком правном смислу значи психички однос кривца и последице. Изрази умишљај и нехат обележују интензивитет везе између воље субјектоне и последице. Ту се не води никаква рачуна о мотивима постанка воље. Очеvidно да са истом интензивношћу воље узима новац и благајник и служитељ. Отуда је степен њихове кривице исти — они обава делају умишљено, долозно. О мотивима се може водити рачуна само приликом одмеравања казне.

Schuld је нехатно или умишљено остваривање обележја једнога казним законом предвиђенога кривичнога дела. Оваква кривица (Schuld) је једна апстракција. У појединим конкретним случајевима постоји само згрешење (Verschulden), т. ј. такво поступање једнога човека, какво право не одобрава. Оно се јавља у нехатном или умишљеном остваривању обележја кривичнога дела.

Кривицу у формалном смислу Лист назива „одговорношћу виновника за учињену противправну радњу“. Због ове кривице (Schuld) изриче се пресуда којом се на дело надовезује казна као правна последица и примењује се на виновника. Претпоставка таквој кривици у формалном смислу (Schuld) јесте кривица у материјалном смислу (Verschulden). Та пак кривица у материјалном смислу јесте „оскудица социјалних осећаја, нужних за заједнички живот у држави, која се показује извршеним делом“ (Lehrbuch S. 157.).

Да учинимо још једно ограничење. Умишљаја и нехата може бити на свима пољима људске делатности. Умишљено, намерно и нехатно, немарно може се учинити неке и добро, услуга. Умишљај и нехат изражавају психички однос лица према свима последицама њиховога чињења. О умишљају и нехату пак као деловима кривице може бити речи тек тада ако је последица противправна или, ако је људско чињење, било противудожносно. „Тврђење да су умишљај и нехат форме кривице у толико је тачно у колико се прећутно претпоставља у томе тврђењу да нехат и умишљај имају противудожносну садржину“ — Finger S. 264.

личнога, моралнога, елемента, личне кривице виновнике, основа за примену казне.

Контроверзно је питање да ли тај лични морални, елеменат ваља унети у појам о кривичном делу, па рећи да не може постојати кривично дело у недостатку личнога елемента; или не уносити га у појам кривичнога дела, допустити да у тај појам улазе само објективне чињенице, које леже ван личности, а субјективни елементи да буду само претпоставка за примену казне. Општа правна теорија, којој на челу стоји Лист, уноси у појам кривичнога дела и субјективне и објективне елементе. (Liszt-Lehrbuch § 26, I₂). По њој је кривично дело „вино, противправно делање, угрожено казном“. Г. Др. Тома Живановић (De l'élément.... 259, 264) мисли да је погрешно уносити субјективне елементе у појам кривичног дела, већ само објективне. Отуда по њему *вино* (лична кривица) није обележје појма кривичнога дела.

„Кривично је дело против-правно делање, угрожено казном“. Али он у исто време вели да је la culpabilité („психички однос учиниоца према последици његове радње“) други *услов за примену казне*. Он мисли да кривично право има не два основна појма: кривично дело и казну, већ још и трећи: кривца, деликвента. Субјективни елеменат не улази у појам кривичнога дела, али улази у појам деликвента. Ипак дакле без њега не може бити казне, јер се казна примењује само на деликвента. А то је оно што је за нас поглавито од важности.

Глава друга

Умишљај и нехат у страном позитивном законодавству.

А. Умишљај.

І. Појам. Страна позитивна законодавства се могу поделити на два дела: она која одређују појам, дају дефиницију умишљаја и она која то не чине. Где позитивни закон дефиницију није дао она се услед практичне нужности створила у правосуђу и у кривичноправној науци.

Сва су законодавства сагласна у томе да је умишљај један општи појам, правна установа која вреди за све деликте, тако да људски учини узимају на себе тек тада форму деликата ако су друговали са умишљајем. Умишљај је форма у којој имају да се обављају људске радње, ако хоће да се назову деликтним радњама. Према томе где год се не буде могло доказати умишљено делање ту нема ни кривичнога дела. Незнатна оступања од овог општег принципа законодавства изрично прописују.

1. Никакву дефиницију не дају о умишљају француски, белгиски, холандски, португалски, швајцарски кантонални и норвешки законици. Сви они, међутим, усвајају умишљај као технички појам (*dolus, dol, intention*) и по свима се код злочина и преступа за појам кривичнога дела безусловно тражи умишљај. Код иступа (*contraventions*), међутим, казни се без обзира на то да ли се делало умишљено или нехатно. Умишљај се тамо не тражи генерално већ само тада, кад је закон то изрично наредио, или се из природе деликата види да се умишљено мора делати.

У француској јудикатури и науци, као и у свима осталим, под умишљајем се разуме она воља која је управљена на

противправно остварење битних обележја кривичнога дела. У умишљај долази пре свега хотење обележја кривичнога дела. Свако законом предвиђено кривично дело има неколико својих битних обележја. Онај ко хоће да оствари сва та обележја и вољно их оствари, извршио је умишљено кривично дело. Ако се ма и једно битно обележје конкретнога кривичнога дела у напред неће, или ако о њему виновник у моменту радње није имао тачну престау, био је дакле у заблуди, тада нема умишљаја.

По француској се теорији на даље за појам умишљаја тражи и хотење повреде права, т. ј. и свест о противправности радње. Виновник зна да последица коју он хоће да оствари објективним правом није допуштена, али он радњу ипак предузима. Његово хотење противправне последице обухвата у себи хотење повреде права. Међутим се у пракси кажњава и онај виновник који би био у заблуди о допуштености своје радње. Гарсон и Ортолан узимају да за појам умишљаја није нужна вољна повреда права, већ само фактичка могућност да се виновник упозна са законским прописима. Ако би се десио такав случај да он апсолутно није могао сазнати да је његова радња законом забрањена, онда не би било умишљеног делања. У Јапану и Белгији је на случај правне заблуде допуштена блажија казна, а у Норвешкој и потпуна некажњивост. Међутим у Енглеској, Холандији, Италији, Немачкој, Бугарској, незнање да је предузета радња и жељена последица правно недопуштена нема никаквога утицаја на примену казне па ни на појам умишљаја (*Hippel, Vorsatz* 387, 587, 588.).

2. Старији, нарочито закони немачких државица одликовали су се тиме што су редовно постављали легалну дефиницију

умишљаја. Њу имају, ма да недовољно одређено изражену и аустриски, италијански и јапански законици. А као плод научне борбе и практичне потребе дате су јасне, потпуне и одређене законске дефиниције умишљаја у законима бугарском и руском и последњем пројекту општег швајцарског казненог законика.

По свима овим законикима умишљај је *сазнање и хотење обележја кривичног дела* (Wissen und Wollen).

Виновник треба да је у моменту радње знао, имао у свести преставу о свима обележјима конкретног кривичног дела.

Поред тога он треба да *хоће* њихово остварење. Оба елемента: сазнање и хотење дају појам умишљаја.

Сви позитивни законици који су се упустили у постављање дефиниције о умишљају усвојили су у томе погледу *теорију воље* (Willenstheorie). Умишљај, по њима, није ништа друго до воља, психолошки каузални однос између човека и битних обележја кривичног дела. Новија теорија преставе (Vorstellungstheorie) у позитивном законодавству још није нашла себи израза.

II. Подела. Поделу умишљаја на разне облике ретко су кад вршили позитивни законици. Она је вазда остављана кривичноправној науци. Али у старијим законикима, као што су немачки партикуларни и аустриски законик, и у новијим који дају дефиницију умишљаја, има у самој дефиницији набрајања случајева у којима је *dolus* дат, и онда сваки од тих случајева представља по једну форму *dolus-a*.

Подела умишљаја може бити двојака: или с обзиром на *начин* како је воља постала, или с обзиром на однос воље према последици. Ова друга подела је за нас важнија, јер ако је воља садржина умишљаја, ако умишљај није ништа друго

до нарочити психолошки однос виновника према последици, онда има онолико облика *dolus-a* колико год ступњева има између највише и најмање мере каузалности последице.

Ово су главнији облици *dolus-a*:

а) *dolus directus sive determinatus*. Он постоји тада када је радња управљена за постизање једне унапред одређене последице. Виновник тачно оствари што је унапред хтео.

б) *dolus indeterminatus*. Овај *dolus* постоји тада кад је хотена последица радње унапред неодређена. Из те радње могу произаћи више последица. Виновник хоће само једну од њих, али му је све једно која ће то бити. На пр. пуца на више људи који стоје један поред другог. Све једно му је кога ће од њих убити.

в) *dolus indirectus*. Овај *dolus*, који се где што назива и евентуалним, постојао је готово у свима старијим казним законикима, па и данас још постоји у аустриском. У литератури је међутим потпуно напуштен. За овај *dolus* Гарсон поставља т. зв. *question classique*: како ће виновник одговорати при умишљеном делању кад последица не одговара или премаша нашу намеру. Виновник је на пр. хтео да рани човека, па га је убио. Он је предузео умишљено извршење једног кривичног дела, али је из његове радње произишло друго, теже кривично дело. Аустриски закон наређује да ће се виновник и за то друго дело казнити, ако оно из предузете радње „обично или врло могућно проиходи“ („gemeinglich erfolgt, oder doch leicht erfolgen kann“).

Давнашњи противник овог *dolus-a* је сте Фајербах. Он мисли да кад је злочинац поставио себи за циљ један одређени противправни ефект, али из радње, којом је он требас тај ефект да реализира, постане други противправни ефект, кога

је злочинац предвиђао као вероватну последицу своје радње, или га је бар могао предвидети, онда је злочинац *in dolo* с обзиром на ону правну повреду коју је хтео остварити, а *in culpa* с обзиром на ону правну повреду која је остварена без његове намере. У овоме случају дакле постоји идеални стицај умишљенога и нехатнога делања, који Фајербах назива „нехат одређен умишљајем“ (*culpa dolo determinata*⁴⁾).

У модерној литератури индиректни је долус учињен непотребним после утврђења новог важног облика — евентуалног долуса.

г) *dolus eventualis*. У почетку је овај *dolus* сматран за истоветан са индиректним, код кога се наступела последица хтела посредно, евентуално. Данас он има самосталан облик.

Кад из једне радње могу да произађу две разноврсне последице и њих виновник предвиђа, онда или је њему све једно која ће од њих наступити, он хоће једну па ма коју, или он првенствено жели једну од њих. У првом случају постоји *dolus alternativus* (или — или), а у другом *dolus eventualis*.

Евентуални је долус гранична међа између умишљаја и нехата. По Ламашу се и код евентуалног долуса и код нехата последица предвиђа само као могућна. Ако се виновник не нада да ће се та *in abstracto* могућна последица *in concreto* моћи избећи, ако он свесно више цени своју наду на добит него правни поредак који ће можда повредити, кад је његова безобзирност према туђим интересима била толика да је радије рескирао повреду ових интереса него што би пропустио прилику да се сам користи, тада постоји евентуални долус. Код њега се последица хоће.

Овако евентуални *dolus* дефинишу и руски и бугарски законци.

Б. Нехат.

І. Појам. Нехат се са своје горње стране граничи умишљајем а са доње случајем. Просторну област нехатнога делања одређивали су, ма да врло резервисано, неки од законика који су дали дефиницију о умишљају. То су руски, бугарски, швајцарски пројекти и старији партикуларни немачки законци. Међутим италијански, аустриски, јапански ма да говоре о умишљају, нехат не дефинишу позитивно, већ по њима излази да је нехат онај облик кажњивог делања при коме је искључено *хотење* последице. Утврђење појма нехата остављено је науци и правосуђу још више него утврђење појма умишљаја.

По рускоме и бугарском закону, чије су опште одредбе готово истоветне, нехат постоји тада кад је виновник делао ма да је предвиђао да противправна последица може наступити, али се лакомислено надао да то неће бити; или последицу у опште није предвиђао, а могао је и требао је да је предвиди. Пројект општега швајцарскога к. з. од 1908 год. вели да се злочин остварује нехатно тада кад виновник није помишљао на последицу свога делања, или је није предвиђао због противдужносне непажње. А противдужносна је непажња она кад виновник не дела са онолико пажње са колико је према околностима и према својим личним односима дужан то чинити.

У правосуђу и литератури земаља где нема легалне дефиниције нехата он се од умишљаја разликује оскудицом *хотења* последице. По швајцарском криминалисти Штосу није непредвиђање последице карактеристика нехата. И онај деда нехатно који последицу предвиђа као могућну,

али је он неће, не жели. Карактеристично је обележје нехата то да виновник последицу не жели и даље, да је он њу пажњом могао и требао спречити. Ламаши вели да сви облици нехата имају заједнички тај негативни моменат што се правно релевантна, злочина последица није *хтела* (ни прећутно, ни евентуално, ни условно, ни индиректно). Позитивно обележје и основ за кажњивост нехата јесте занемаривање под датим околностима дужне пажње, брижљивости и обзира према туђим правно заштићеним интересима. Мера те пажње одређује се *објективно* стањем ствари, а *субјективно* личним особинама кривца.

Од случаја се нехат разликује по томе што се код нехата може учинити кривцу један оправдан *прекор*, док код случаја то не може бити. Код нехата је кривац *могао и требао* да предвиди и да спречи наступање последице, а код случаја то није ни могао ни требао.

II. Подела. Већ је у законским дефиницијама дата подела нехата за *свестан* (*avec prevoynans*) и *несвестан* (*sans prevoynans*) према томе да ли се противправна последица у моменту радње предвиђала или се није предвиђала. И та је подела у опште данас усвојена. При изради пруског казненог законика предвиђале су се три врсте нехата: *груб* нехат — кад се при обичним способностима и без икаквог напрезања пажње може спречити последица; *средњи* (обични) нехат — кад се при обичном, нормалном степену пажње може спречити последица; и *ситан* нехат — где се последица може избећи тек особитим напрезањем пажње. Ова подела има врло мало својих присталица.

III. Кажњивост. Све позитивно законодавство је сагласно у овоме основном принципу: код злочина и преступа нехат

се казни само изузетно. Тек ако закон изрично нареди казниће се нехатно извршени злочин и преступ. Другачије је код иступа и почицких преступа. Тамо се казни сваки прекршај закона без обзира на форму свеснога људскога делања, којом је то извршено. Према томе и кулпно учињени иступи редовно се казне. Изузетно зајон наређује да се казне само долозно извршени иступи, или се из природе деликта види да он може бити само умишљено остварен. Тада се нехат ни ту не казни.

Изузетак од овога чини шпански казнени законик по коме се и нехат кажњава исто тако генерално као и умишљај. Редовно се казни фактичко остварење противправне последице, а као субјективни квалитет радње увек је довољна несмотреност или лакомисленост виновника. Ово вреди и за нека партикуларна немачка законодавства која су стајала под Фајербаховим утицајем. По Фајербаховој теорији *асихичке аринуде* суштина је нехата у свесној повреди дужности свакога човека да буде пажљив (*obligatio ad diligentiam*). Ова *obligatio* има генерални карактер те и кажњивост нехата мора бити генерална (Hippel, Vorsatz 457.).

Глава трећа

Српско позитивно законодавство и литература о умишљају и нехату.

I. Српско позитивно законодавство и раније и доцније нема никаквих одредаба ни о умишљају ни о нехату. Остала законодавства имају бар одредбу о заблуди по којој незнање кога битног обележја кривичног дела искључује кажњивост за умишљај, те се отуда посредно изводи да је умишљај воља која је управљена на остварење свију обележја једнога кривичнога дела. Код нас нема ни те од-

редбе о заблуди. Законъ за злочинства и преступе у кнежевству сръбскомъ од 6. јула 1859., Криминалный (казнителный) законикъ за княжество Србию, од 29. марта 1860. године, са свих својих двадесет и три измене до данас, па и њихов претходник, Казнителный законикъ за полицајне преступке од 1850. године, немају ниједне одредбе која би одређивала појам умишљаја и појам нехата. У њима се нигде не одређује каквога субјективнога квалитета треба да буду све кажњиве радње. Међутим у специјалном делу сви законици предвиђају и умишљене и нехатне деликте. Тако на пр.: законикъ за полицајне преступе од 1850. године у своме § 1. вели: „Сваки е дужан, повиновати се законимъ полицајнимъ наредбама. Ко не учини наредбомъ наложено казни се, и после мора онъ опетъ оно исто учинити“. Овај општи пропис несумњиво односи се на све врсте делања и он наређује да ће свака радња којом се вређа наредба власти бити кажњива. Али закон у својим даљим одредбама предвиђа неколико нехатних деликата. Отуда би се могао извести закључак: да код полицајнихъ преступа“. т.ј. ситних кривица, данашњих иступа, вредно правило да се нехат и умишљај изједначују, у колико закон прилично не наређује да ће само умишљај или само нехат, једно на један а друго на други начин казнити. Нехатне деликте предвиђа овај закон у § § 11, 53, 129, 185 и 186. (Интересантно је поминути да у § 53. овај закон казни покушај самоубиства).

Данашњи казнени законик у специјалном делу, нарочито у глави XV о убиству и у XIX о повреди тела на више места говори о намерном и нехатном вршењу кривичних дела. Свакако термин „намера“ употребљује закон не само у смислу долуса већ и нешто више од тога.

желећи да тим означи циљ делања. Закон је усвојио термине умишљаја и нехата којима никакво значење није одредио.

II. Ми смо до сада имали два коментатора нашега казног законика: Ђорђа Ценића и Д-р Косту Петковића, који се по датумима разликују за 43 године. Ни Ценић ни Петковић ни на једном месту својих коментара немају речено: каква субјективна квалификација кривичнога дела треба да буде па да би закон за њу везивао казну. Они нам нигде не дају одговора на питање: уноси ли наш законик субјективне елементе у обележје кривичнога дела. или, чини ли од субјективних елемената бар претпоставку за примену казне, и какав субјективан квалитет радње треба да буде да би било места примени кривичнога законика. И коментари по примеру законика не знају за једно начелно схватање питања, већ код појединих параграфа, где је изрично поменуто умишљај или нехат, дају одредбе о њима. Јасно је међутим да се не само код оних параграфа, где се умишљај и нехат изрично траже, мора о њима водити рачуна, него се о томе мора бити начисто апсолутно код свакога деликта.

Ценић описно дефинише умишљај или „намишљај“ као решење, вољу да се изврши једно одређено кривично дело (овога или онога дућанъ обити). Та се воља остварује „чрезъ решимостъ, кад се т. ј. реши да намеру своју и изврши“. (стр. 133.). Воља се међутим не остварује одлуком да се оствари већ радњом, покретима тела, који стварају последицу.

Ценић не зна за поделу умишљаја. Ипак он напомиње Фајербахову *culpa dolo determinata*, ма да јој не даје никакав практичан значај. „Ако је когодъ ктеојни какво забранѣно дѣло учинио, па изъ тога произађе и друго кое е онъ предвиђао, или увидети могао, гди се дакле хотимица

и нехатъ стичу, тако на пр. ктео когодъ само да рани и ранио га, но изъ те ране и смртъ произађе, онда се и едно и друго као идеални стикај казни“. (стр. 538 и 539.). Ценић не чини разлику да ли се предвиђана као могућна последица хтела или није хтела, па да у првом случају буде *dol. eventualis* а у другом *culpa lata*, већ предвиђа само нехат. За њега дакле не постоји никакав даљи појам ван непосредног умишљаја.

Ценић карактерише нехат као ненамерно остварење кривичнога дела, које се могло при довољној пажњи спречити.

Он разликује две врсте нехата, лако-мисленост, пустош, или свестан нехат и непажњу, несвестан нехат.

Судећи по примерима које је Ценић навео за потврду свога сватања о подели кулпе, он је није добро разумео.

Други коментатор Петковић говори о умишљају код § 155. Крив. Зак. Он вели да хотичност као таква по самом фило-лошком значењу речи обележава намеру. Задржавајући исто значење и у правном смислу речи хотичност радње код дела убиства показује да је убиство *вољно*, да се оно *хтело*. (стр. 255.). У детаљније одређивање појма Петковић се није упуштао.

О нехату он говори код § 158. Крив. Зак. (стр. 265, 266.) и као нехат, небрежење, непажњу, несмотреност у правном смислу речи разуме сваку радњу против личности, имања или права коју је њен извршилац могао да избегне да је био пажљив, предострожан, смотрен до мере обичнога, статистички просечнога човека. Разни степени овога нехата и то груби нехат, који може да се избегне са најобичнијим способностима, без икаква трага какве нарочите пажње, обични нехат, који може обична пажљивост просечнога човека да избегне, и нижи степен не-

хата, који може да избегне само нарочита пажња, немају уплива на саму кажњиву страну нехата, већ само на степен кажњивости.

III. Монографске књижевности о овоме питању нема. Отуда је гледиште литературе изложено само у једноме систематском делу из кривичног права: Јована Авакумовића.

Авакумовић, што се могло очекивати од једнога научнога дела, не показује нигде генетичку везу умишљаја и нехата, нити говори о потреби једне такве институције у кривичном праву. У том погледу он се равна са коментаторима нашега Крив. Законика.

Елементи су *dolus*-а *воља*, *намера* и *радња*. Воља има свој почетак у томе што човек хоће да подмири неку своју потребу, пожуду, на прилику што би прибавио какву имовину. Кад човек за остварење такве своје воље предузме какву незакону радњу, онда воља већ постаје недопуштеном намером (стр. 428, 429.). Авакумовић не разуме под вољом хотичност последице, већ мотиве за постанак намере.

Дефиниција *dolus*-а, на страни 434. гласи: „*dolus* је кад човек намерно предузме какву радњу или пропусти нешто да уради, с намером да би постигао какав недопуштени резултат, знајући да је незаконита та радња или пропуса“.

Culpa или нехат по Авакумовићу јесте у казненом праву појава(!) која се може овако карактерисати: она је каква радња или нерадња, у којој се показује *непажња*; она ствара какво кажњиво дело *против воље или бар без знања* онога, који има да одговара за тај кажњив резултат. Најпосле појам *culpa*-е претпоставља и то да је било могуће спречити кажњиви резултат, кад би се

употребила обична пажња и смотреност у раду. Нехат се дели на нехат из злоћудости (свестан) и из несмотрености (несвестан).

IV. Кад једно питање од еминентне практичне важности законом није регулисано свакако је нужно имати у јудикатури једно константно мишљење. Ту ваља очекивати какву начелну одлуку Касационог Суда. У свима земљама, нарочито у Немачкој, чији законици не садрже законске дефиниције долуса и кулпе, има много начелних и специјалних одлука највишега суда о њима. Код нас начелне одлуке нема у Збиракама до сада објављеним. Гледиште се бар донекле ипак да израдити по неколико специјалних одлука.

У *Новој Збирци* Ст. Максимовића на стр. 266—268. има овакав пример. Полициски чиновник оптужен за неизвршење осуде по штампарској кривици. Први га суд ослободио јер налази да је он имао и других хитних ствари на извршењу тега је службени посао спречио. Касациони Суд то поништи и чиновник буде кажњен са 5 дана затвора по § 128. Кривичног Закона у коме се вели: »Чиновник, који оклева да изврши казну и т. д.« Апелациони Суд поништи ту пресуду што се из акта овог оптужења не види нити доказује *намерно оклевање* оптуженога, већ *просто небрежење*, што не преставља кривицу, која је предвиђена горе реченим законом« Касациони Суд поништи решење Апелационог Суда са ових разлога: »Суд Апелациони наводећи разлоге, на којима оснива поменуто решење, признаје да пресуде због којих је г. Јеремија оптужен нису извршене једино из небрежења његовог а никако са оклевања што се за овакво дело тражи, пошто обе оне речи »оклевање« и »небрежење« нису ништа друго до израз једне исте радње или управо нерадње, из које

кривица као последица произилази као што је то већ и општом седницом К. С. решено.« Апелациони Суд да овакве противразлоге: »К. С. у горњим примедбама, наводи да између речи »оклевања« и »небрежања« нема никакве разлике. Такво мишљење некоректно је, јер небрежење и оклевање није једно исто. Кад когод учини кривицу зато што је оклевао да изврши своју дужност, онда се ту увек претпоставља зла намера његова, и он знајући да то чини противзакон, чини нарочито ради тога да би ствар остала без правних последица, — а код небрежења нема никад зле намере, него је *немарљивост проста*, где извесно лице случајно, или нехотично не ради свој посао тачно, па због тога изађе неправилност у његовој радњи«. Општа седница К. С. одбацила је ове противразлоге.

Два највиша суда споре се око тога: да ли је за извршење дела из § 128. нужно долозно или кулпно делање, ма да, изгледа, Касациони Суд то довољно не схвата. Ту би свакако нужно било најпре начелно утврдити шта је *dolus* а шта *culpa*. Апелациони Суд то покушава ведећи да је *dolus* »зла намера«. За кулпу он вели да је то »немарљивост проста« где извесно лице случајно (!) или нехатно ради. Касациони Суд просто бега од јаснога изражавања. Он у 1886. години изгледа да није имао израђено схватање о умишљају.

На страни 329—332. наводи се одлука о § 266. Крив. Зак. — делу кривоклетства. Један судски рачуновођа заклео се да од извесног лица није примио једну суму новаца. После те заклетве буде тужен за кривоклетство јер се поднесе његова признаница издана пре годину дана. И тада, као и при полагању заклетве кад му признаница није била још

показана, већ на њу само опоменут, рекао је да се он апсолутно не сећа да је новац примио и да не верује да је признаницу издао. Признаје пак признаницу за своју чим је показана. Утврђује да код њега није било свести о лажности заклетве. Први га суд ипак казни. Апелација то поништи са ових разлога: »из наведеног прописа (закон вели: »ако се са знањем криво закуне«) јасно излази да законодавац тражи да извесно лице вољно и са знањем лажну клетву положи и да је потпуно убеђено да не постоји факт који заклетвом хоће да утврди, већ нешто што је сасвим противно«. Утврђује даље да у конкретном случају није било свести о неистинитости факта на који се куне.

Касациони Суд то поништи, јер вели: »Знање или незнање кога кривца о томе што ради, закључује се по околностима које или претходе делу, или које дело прате, или за њим иду, пошто се другогачије знање, као унутрашњост кривца, не може на други начин сазнати. Кад кривац изврши таква дела, које скорашњи траг свој остављају и за која он због тога лако сазнати или их се опоменути може, па затим противно овима ради, онда се са поузданошћу може изрећи »да је он *хотично* и са знањем доцније противно радио«. Општа седница одбија ово резонување одељења, а Максимовић вели да то није требало чинити.

У овоме случају умишљај је дефинисан као знање и хотење последице.

У јудикатури Касационог Суда од 1899. год. па на даље, која је изложена у трећој свесци »Одлука Касационог Суда«, у издању Бранича, осећа се већ једно и костантно и правилно гледиште.

Своју дефиницију умишљаја дао је Касациони Суд у неколико полемика са Апелационим Судом. У одлуци од 15. новембра 1899. г. Бр. 9261 вели се: »Да

би се радња оптуженога могла сматрати за долозну није довољно то да је оптужени *знао* да његова радња може имати рђавих последица, већ треба још констатовати да је он и *хтео* да ове последице претрпи лице, против кога је радња управљена«.

У одлуци од 18. марта 1900. год. Бр. 2605 развија се појам још јасније. Тамо се вели: »Кривична намера по усвојеним начелима у криминалној науци састоји се у правилном сватању забрањење противзаконе радње, која се намеравала да изврши. Према томе *воља* — примењена на радњу или нерадњу — која представља материјални елеменат кривице, *јесте битни услов кажњивости*. Сама пак кривична намера (*dolus*) појављује се с обзиром на последице радње (и на остало, на пр. начин вршења) у три облика: као одређена намера (*dolus determinatus*) као неодређена намера (*dolus indeterminatus*) и као евентуална намера (*dolus eventualis*).

Примени облика одређене намере (*dolus determinatus*) по науци има места код оних забрањених радњи где се воља учиниоца тачно испољава у последицама његове радње т. ј. кад је учинилац *хтео* и *предвидео* једно прецизно зло као последицу своје радње.

Облик неодређене намере (*dolus indeterminatus*) по науци има места код оних забрањених радњи, где се воља може испољити у разним последицама његове радње т. ј. кад је учинилац *предвиђао* *разне* *зле* *последице* *своје* *радње*, ну исту врши без обзира на то која ће од последица наступити. Овде учинилац само претпоставља, замишља могућност, али не и извесност резултата, извесност какве штетне, одређене очекиване последице.

Намера је евентуална (*dolus eventualis*) и даје се констатовати код оних извршених радњи, где се јављају последице

које иду даље од воље учиниоаче т. ј. кад је учинилац предвиђао и хтео извесно зло, а у исти мах и предвиђао, но не да је хтео и наступање другог, акцептујући га као могући резултат његове радње, дакле као последицу која иде ван дома-шаја његова циља. На пр. паљевина зграда одређених за обитавање, па при паљевини изгоре и становници зграда.

Да ли је учинилац хтео и ову радњу да изврши или је она била само неизбежна последица за постигнуће другог циља — за кривичну је одговорност савим све једно, другим речима: кад је учињено зло *нужна* или бар обична последица свесно и вољно (хотично) умишљеног дела, учинилац, који је свесно учинио дело такве природе, да је из њега морало произаћи зло, које је учињено, мора се сматрати као да је не само предвидео него хтео то зло.

Касациони је Суд стао на земљиште теорије воље и сматра да је долус вољно остваривање предвиђених последица. У своме разлагању он је потпуно акцептирао одредбе аустрискога казненога законика.

Од највећег практичнога значаја јесте схватање Касационог Суда о неодређеној намери (*dolus indeterminatus*) при коме он постојано остаје и по коме је поништио неколико одлука нижих судова. Такав је случај на пр. у одлукама од 9.—X—1899. год. Бр. 7911, Бр. 3832, 15. новембра 1899. год. Бр. 9261, 28. новембра 1899. год. Бр. 10533, 8. фебруара 1900. год. Бр. 1017, 18. марта 1900. год. Бр. 2605 на пр. оптужени је у сутон бацио се испред својих вратница на Илију каменом и размрскао му главу толико да је наскоро умро. Првостепени и Апелациони Суд осуде га на 8 година робије за дело злоставе са непредвиђеном смртном последицом. У примедбама I одељења

Касационог Суда вели се: „Није утврђена намера оптуженога да Илију злостави, већ ес на против има узети да га је ударио у неодређеној намери (*dolus indeterminatus*) и по томе оптужени је кривично одговоран за оно дело, које је последица његове противправне радње, а то је дело *убиства*“ (Одлуке стр. 58.). Или, кмет наређује општинскоме служитељу да избаци из кафане једнога пијаног. Овај вади смртоносан нож и удари кмета у груди услед чега му нанесе лаку телесну повреду. Првостепени и Апелациони Суд осуде га за покушај убиства јер је употребио смртоносно оруђе а Касациони Суд нађе да је напад извршен у неодређеној намери те отуда не може бити покушаја убиства, већ је оптужени крив само за последицу коју је произвео, а то је лака повреда тела (стр. 39.). Или, тужени је тужиоца ударио два пута ножем у леђа. Првостепени га и Апелациони Суд казне за покушај убиства. Касациони Суд вели: „Апелациони Суд погрешно је нашао у овоме случају покушај убиства. Напротив, из свега онога што је утврђено ислеђењем не да се *извести несумњива намера за убиство* те да може бити кажњен за покушај тога дела, него по томе што је доказано да се оптуженик пре дела завадио са тужиоцем и да су се узајамно гађали каменицама и најпосле да је поводом тога оптуженик ударио оптужиоца каменом, има се узети да је дело извршено са неодређеном намером (*dolus indeterminatus*). Зато оптуженик може бити одговоран само за последице своје радње, а то је повреда тела“ (стр. 12., 13.).

У овоме смислу могло би се цитирати још неколико одлука. Противљење Апелационог Суда није у одбијању принципног сватања о *dolus-у indeterminatus-у* и његовој кажњивости, које има

Касациони Суд, већ у томе што Апелациони Суд увек налази да постоји доказан психички елемент — одређена намера, управо воља да се оствари последица за коју се оптужује.

Сватање Касационога Суда јесте логично извођење теорије воље на коју је он стао дефинишући умишљај. Да би се једна последица некемо могла урачунати као умишљена, нужно је да је он њу пре остварења хтео. Кад виновник предвиђа само једну последицу своје радње и њој својом радњом директно тежи, онда је то одређени умишљај. Али кад он предвиђа више последица своје радње и хоће их све, хоће сваку појединачно и не прави разлику између једне или друге, кад се он задовољава само ако једна наступи па ма која, онда се он може оптужити да је умишљено остварио само ту последицу, која је фактички настала, а не и друге које је само замишљао. Јер, чим је само једна од више могућних последица хотена, па једна и наступи, онда је у ствари воља дефинитивно исцрпљена, ње више нема, па се отуда и не може распростирати на друге ненаступеле последице.

Практична вредност оваквога сватања јесте у разликовању између повреде тела и покушаја убиства. У оба та деликта материјални елементи су истоветни. И у случају повреде тела је обрађено, поремећен је његов интернитет, а то је исто и у случају покушаја убиства скончаног са повредом. По материјалноме основу ми ова два деликта не можемо разликовати. Отуда се морамо обратити субјективним елементима кривичнога дела, па питати: шта је виновник хтео својом радњом да оствари. Ако је он хтео да произведе смрт онда постоји покушај убиства, а ако он то није хтео, онда постоји повреда. Међутим, ако виновник у

моменту радње није имао никакву одређену намеру, ако му је било свеједно а убио а повредио, ако је дакле једнако хтео и убити и повредити, онда је он у ствари хтео ону последицу која фактички наступи.

Судови и истражне власти, махом кад хоће да утврде покушај убиства, не обраћају се испитивању субјективних елемената, не истражују вољу виновникову, па да изнађу коју ће му последицу урачунати, већ вазда помоћу вештака утврђују да ли је оруђе којим је дело извршено *per se* смртоносно, да ли је способно да произведе смрт. Ако вештаци реку да јесте, онда се пресуда изриче за покушај убиства. Знамо случај да је осуђен за покушај убиства човек који је ударио противника малом тупом секиром по врату и нанео му лаку повреду тела.

Овакво је поступање апсолутно погрешно. Никакве солидне базе нема разликовање на смртоносна и несмртоносна оруђа. И најмањом иглицом може се човек убити, ако се њоме згодно пробије до мозга. И човечијом песницом, па чак у неким случајевима и чврком може се човек убити. Би ли сад по томе требало осудити за покушај убиства свакога који удари другога песницом или чврком? У извесним случајевима свакако се мора водити рачуна о квалитету оруђа, али оно што је за покушај убиства карактеристично није употребљено оруђе него намера, воља, хотење виновниково. Кад ја некемо љутом смртоносном камом узмем да отсецам нокте, па му на једном месту намерно закачим парче меса онда, јесам ли извршио покушај убиства или повреду тела?

Касациони Суд је са свим у праву што је стао уз теорију воље за појам умишљаја и ту теорију даље доследно провео. Он је тумачио дух закона који

је рађен по врло старим законима, када је једино и искључиво владала теорија воље. Основа за то има нарочито у пропису § 41. К. З. који вели: да покушај злочинства или преступљења постоји тада, кад је виновник кажњиво дело хтео да изврши, па то није успео услед дејства других околности.

ДРУГИ ДЕО

Умишљај — *dolus*.

Глава прва

Теорије о умишљају.

Биће несумњиво јасно са разлога које смо у уводу изнели и са практичне потребности појма умишљаја у кривичном праву, да он, умишљај, представља један психолошки однос виновника према кривичноме делу. О њему се може говорити тада кад се човек може окривити за једну последицу.

Да бисмо правилно сватили умишљај, мора се детаљније испитати какав је, које је природе и категорије онај духовни однос виновника према последици.

У овоме питању сусрећемо се са две основне теорије, које се између себе боре о појму умишљаја. То су теорија воље и теорија преставе.

Теорија воље је данас владајућа теорија у позитивном законодавству, а има већину преставника и у науци. Њезин најенергичнији бранилац јесте проф. Хипел, а затим Бар, Белинг, Бернер, Биркмајер, Бурн, Фингер, Хелшмер, Хутер, Ламаш, Олсхаузен, Опенхоф, итд. Теорија преставе пак има уза се мали број али најодличнијих криминалиста: Бекера, Листа, Франка, Лукаса, Лилијентала, Колера, Томзена, Хагена.

I. Теорија воље сматра да умишљај постоји тада кад је виновник *свесно* и *вољно* остварио последицу. Да би је остварио свесно он је најпре мора предвиђати, т. ј. имати у свести преставу о последици, радњи и каузалноме току његове радње. Али то није довољно. Поред предвиђања он последицу мора још и хтети. Хотење се мора односити на сва битна обележја кривичнога дела, и свију њих виновник претходно мора бити свестан. Хипел вели: »Суштина је умишљаја воља која је управљена на остварење обележја кривичнога дела. Заступници овога гледишта сагласни су у томе да се могу хтети само оне последице радње, које се предвиђају, те отуда проблем умишљаја за њих гласи овако: кад се предвиђане последице радње хоће, те су према томе умишљене, а кад се оне неће, те су неумишљене«. (Vorastz, 487., 488.). Вајнрих вели: »Dolus је моменат воље; он мора у себи обухватити све стварне моменте, моменте дела« (Strafrecht 809.). Меркел (Lehrbuch 79.). »Кад се говори о умишљају мора се ићи даље од онога што се само предвиђа. Кад за кога тврдимо да је умишљено убио човека, ми тада речју »умишљено« не обележавамо само оно што стоји ван радње, већ у исто време квалифицирамо радњу као израз свесне људске воље«. Опенхоф (Strafgesetzbuch § 59, 1.). »Изузев нехатних преступа и неколико других, махом омисивних деликата, за свако кривично дело нужно је умишљено делање т. ј. воља да се оно оствари. Кривично дело мора происходити из те воље. То је општа карактеристика кривичнога дела а не само тада кад закон ову умишљеност тражи као обележје кривичнога дела. Отуда никаква радња није кажњива ако она није вољна радња учиниочева«. Олсхаузен (Kommentar § 59, 16.) »Претежно мишљење теорије воље

дефинише кривичноправни умишљај као предвиђање и хотење свију обележја кривичнога дела«. Хелшнер (Strafrecht 227.) »Оно што је предвидео човек остварује хотећи и делајући. Последица радње није условљена (одређена) једино људском вољом, јер пошто се последица јавља као производ телеснога покрета то ће она бити таква каква по природним законима из учињених покрета тела мора постати, а не таква какву би је људска воља желела или предвиђала. Наступање предвиђене и хотене последице зависи од тачног познавања околности под којима се дела, од познавања особина снаге која се пустила у покрет, и од тачнога руковања њоме да би доспела жељеноме циљу. Кад се у једном случају оно што се хтело и оно што се догодило поклапа, кад се дакле догодило оно што се хтело, онда ми такав однос последице према вољи називамо умишљајем; или, последица је тада умишљено проузрокована, кад је она у целоме своме пространству, па и начин њенога остварења, била најпре у вољи учиниочевој«. Бернер (Lehrbuch, 120.) »Под умишљајем ми разумемо вољу као стварни (делајући) узрок«¹⁾.

¹⁾ Интересантно је овде напоменути да је г. Авакумовић при стварању појма о долусу готово преписивао Бернера, јер је наведен исти ток мисли и исти примери као и код Бернера у § 66. стр. 119. Али он није био срећан да тачно разуме Бернера. Бернер је говорио о психолошком процесу постанка умишљаја. Он вели да код учиниоца постоји једна најпре субјективна потреба, која је мотив његовога расположења. Из тога расположења постаје одлука да се изврши кривично дело извесне врсте, на пр. крађа. Из те генералне одлуке ствара се воља да се изврши једно конкретно обијање касе. Та воља је обележје умишљаја, а мотиви за њен постанак индиферентни су. Г. Авакумовић је видео да Бернер уноси вољу у обележје умишљаја, али није могао схватити шта Бернер разуме под вољом. Отуда је погрешно узео да је воља оно расположење учиниочево изазвано једном потребом, на пр. да набави

За ову је теорију од врло велике важности разликовање између онога што се *хоће* и онога што се *жели*. Бар је то најизразитије изложио. Ево тога излагања. (Dol. ev. 535, 536.). Главно је питање у колико се једна одређена спољашња последица може правно сматрати као остварење воље субјекта, који је део, јер одговор у много случајева није лак пошто се чешће деси да свршено дело има другојачији облик него што се хтело и започело. Учиница би радо одбио од себе последицу тврдећи да она не одговара његовој вољи, али с друге стране њему би се могло рећи: George Dandin, „Tu l'as voulu“, „ти си хтео нешто из чега је по општем људском сватању морала произаћи последица, коју си желео избећи, и која ти је у највећем степену немила. Али је та последица само друга страна, наличје *оног* дела, које си ти хтео, последице за којом си ти тежио“. Фотографију последице свога делања нема нико у цепу.

Хотење и желење најчешће се сусрећу у једној последици. Али их ипак треба строго разликовати. Ја *хоћу* оно на чије наступање својом делатношћу могу имати ма каква дејства, дакле само оно што ја могу каузално произвести, или тачније речено, ја *хоћу* само оно за чије наступање имам преставу о бар узгредном, спорадичном каузалитету мога ја. Желети пак могу и оно на што никаквога каузалнога дејства немам. По правилу ја желим оно што ми је угодно, што ми чини задовољство. Ако пак желим нешто што ми је само за себе неугодно, ја га желим само као предходни ступањ, као средство за постигнуће не-

себи хране кад је гладан. Због тога погрешног сватања унео је и такву вољу и радњу и намеру у појам умишљаја, и најпосле није успео ништа употребљиво да створи.

чега угоднога, задовољајућега. На против, баш у обичноме смислу речи, ја могу нешто *хтети* што ми је по себи неугодно, што не желим. Ја *хоћу* на пр. да се подвргнем операцији зуба и ако знам да ће ме болети. Код хотења претеже *каузалитет* (или предвиђање каузалитета, јер ја могу хтети и оно где је моја престава о каузалитету погрешна). Ипак психолошки воља постаје из жеље. Ја нешто *хоћу*, или зато што га желим, или што мислим, предвиђам (имам преставу), да ће иза тога или уз то хотено али нежељено наступити оно што желим и што ми је угодно: ја се подвргавам неугодној операцији зуба с тога што се надам да ћу се тако ослободити садашњих сталних болова.

Важан дакле закључак јесте: *да се може хтети и оно што се не жели*. До овога истог резултата долази и Цителман, који се старао да дубоком психолошком анализом докаже тачност друге теорије, теорије преставе. Последица радње која нам није ни средство ни циљ не може се хтети.

Али у етици и јуриспруденцији и та се последица, ако смо је само свесно остварили, сматра као вољна. Јер, ако се не може рећи да смо је *хтели* не може се рећи ни да је *нисмо хтели*. Та је последица произашла из наше радње; ми смо њу предвиђали као могућну и кад је *не бисмо хтели* не би ни радњу предузимали. Отуда смо ми њу хтели узгред са другом неком жељеном последицом („mitgewollt“). Ми жељену последицу без ове нежељене нисмо могли хтети већ их ми или хоћемо обадве или нећемо обадве. Оне чине неразводну целину која се не може пола хтети а пола нехтети. Ко се ожени проституткином ћерком не може бити само ћеркин муж него и мајчин зет. Ако би он то одри-

цао одговорило би му се: Знао си да је то нужна последица онога што си хтео и сада сноси консеквенце: *tu l'as voulu*, George Dandin!

II. Теорија преставе своди појам умишљаја на *предвиђање* каузалног односа између радње и последице. Преставници те теорије веле да је воља нешто неодређено, колебаљиво и уношење тога појма у кривично право било би опасно. Уместо хотеча свих обележја кривичнога дела за појам умишљаја довољно је *предвиђање*, преставна последице, или сазнање (Kennen) свих обележја кривичнога дела.

Лист (Lehrbuch 171.) вели да је умишљај предвиђање последице које прати остварање воље, или тачније преведено: умишљај постоји тада кад се при остваривању воље предвиђа последица (Vorsatz ist die Willensbethätigung begleitende Vorstellung des Erfolges)¹⁾. Да би умишљај постојао нужно је да виновник има преставу о остварењу воље т. ј. о радњи коју ће вољно предузети, да предвиђа последицу т. ј. сва обележја конкретнога кривичнога дела, и да предвиђа каузални однос између остварења воље и последице.

¹⁾ Српски превод Листовога уџбеника је са IX издања. Није нам при руци немачки текст да би видели како је гласио, али ипак верујемо да он у себи није садржао онаку бесмислену дефиницију какву српски превод садржи. Тамо се на стр. 185. вели: „Умишљај је према томе предвиђање противправне последице остварењем проузроковане или неспречене воље“. Умишљај је предвиђање последице остварењем воље, т. ј. кад остварење воље предвиђа последицу онда постоји умишљај. Остварење воље пак то је радња, телесна акција човекова, један механички учин који не може да предвиђа ни да не предвиђа последицу. Њу предвиђа људска свест она иста која предвиђа и саму ту радњу, т. ј. то остварење воље. У дефиницији се даље говори о некаквој „проузрокованој“ и „неспреченој“ вољи. Али нисмо у стању појмито шта је то.

Франк, творац имена теорије преставе, али који ипак стоји на средини између теорије воље и теорије преставе, вели: (Strafgesetzbuch, 126., 127.). „Dolus је сазнање (Kenntniss) битних законских обележја кривичнога дела које прати остваривање воље“. Под том претпоставком виновник је крив за своје делање с тога што га предвиђање последице није *уздржало* од делања, што преставна последице није имала утицаја на формирање воље, као што правни поредак очекује. Умишљај се дакле карактерише тиме што виновник извесне преставе не уздиже на ступањ одлучујућих отпорних мотива.

Зашто преставници теорије преставе одбацују теорију воље?

1. Лист вели (Lehrbuch 171.) да је то насиље над обичним смислом речи (Vergewältigung des Sprachgebrauchs) кад се тврди да се могу „хтети“ и оне последице које се не желе, па су чак шта више неугodne. Да је овај приговор нетачан, ми смо видели још раније, излажући мишљење Бара и Цителмана. Ако је једна последица таква да нам је она сама за се неугodна, ипак је ми можемо хтети тада кад се она појављује као средство за постигнуће циља који нам је пријатан и који несумњиво можемо хтети. Ко хоће циљ мора хтети и средство које циљу води, ма да му је оно неугodно. Хипел врло згодно одговара: „Једна дама купи жуђени шмук и поред тога што је срце боли за великом сумом новаца који је за њега дала. Је ли она хтела да купи шмук? Свакојакo јесте! Је ли она хтела да за њега да новац? И то, свакоакo јесте! А како јој је тај издатак био непријатан! Ко овде пориче хотење издатака он врши насиље према обичном смислу речи, а не онај ко га признаје“. (Vorsatz S. 503.).

Франк (Z. — X — S. 199/200) вели да је израз „хтети“ потпуно неодређен и пра-

вно неупотребљив. Кад на пр. хоћу своје пријатељу на страни да јавим какву новост, ја бацам поштанску карту у сандуче. Шта ја ту хоћу? Хоћу ли покрет руке или убацивање у сандуче, или да јавим новост? Ради путовања у Петроград ја се попнем у воз. Хоћу ли ја да путујем у Петроград, или да уђем у вагон, или да се испнем на прву, на другу степеницу или најзад само ногу да дигнем? Али сам Франк на то даје и одговор: ја хоћу *све* ове моменте. Из ових се примера може извести само један закључак: у обичноме се говори вели да се хоће крајњи циљ, али се исто тако хоће и сва средства која томе циљу воде. Од куда ту нејасност садржине хотења?

2. Бекер, Цителман, Франк а раније и Лист тврде, да оно што се хоће није *последица* него *радња*, покрет тела, а последица треба само да се предвиђа као резултат те радње. Ово се налази у српском преводу Листова уџбеника (стр. 185. пр. 2.), али је већ у 14. немачком издању напуштено, па га је напустио и Франк у своје коментару.

Радња као целисходан физички покрет тела не предузима се бесциљно, сама за се а као узгред предвиђа се последица. Напротив, предвиђање да само таква радња може остварити ову последицу, одређује карактер предузетој радњи. У првом се реду хоће последица и радња је управо само спољна манифестација воље за последицом. Супротно тврђење води нашој народној пошалици: нисам те ја ударио него моја рука.

Тврђење, да се хоће радња а не последица, одвело би дотле, да би за умишљај био карактеристичан само свестан каузални однос између радње и последица, дакле два готово реална феномена и да отуда умишљај не би био психички однос виновника према последици. Најзад

како се и код нехатнога, па и код случајнога делања, хоће радња онако исто као и код умишљаја, између њих би по теорији преставе остало као разлика само непредвиђање и предвиђање последице. А како се код свеснога нехата последица такође предвиђа као могућна, то би онда појам умишљаја морао обухватити и свестан нехат.

Представници теорије преставе добро осећају слабост своје теорије. Само предвиђање последице радње није никако у стању да да појам умишљаја, а нарочито не може да га ограничи од нехата. Бекер, Цителман и Хопен (Vorsatz 171—179.) не задовољавају се само предвиђањем последице, већ оно треба да је праћено и са нешто *извесности*, уверења виновниковог да ће последица наступити. По ступњу извесности разликује се умишљај од сваког нехата. Али нико није покушао да утврди степен извесности наступања последице којим би се умишљај карактерисао. Без тога пак цела је ова комбинација практично неупотребљива. Кад се једна последица предвиђа само као могућна, онда она може бити остварена и умишљено и нехатно. Ту је степен извесности за виновника један исти. Последица се такође за оба случаја предвиђа.

На граничној линији између умишљаја и нехата сломила се теорија преставе. Њу су ту напустили њени најважнији представници: Франк и Лист.

У полемици против Бурија (Z. — X — S. 221.) Франк утврђује да умишљај постоји тек тада ако је престава последице имала за постанак воље *каузално креирајуће дејство*. Само, дакле, предвиђање последице није довољно. Уз то треба да дође и нарочито психичко расположење које та предвиђана последица ствара, па тек да се добије појам умишљаја. А

у животу и психологији се за оно што својом преставом изазива одлуку воље каже да се *хоће*. Према томе излази, да се умишљај карактерише хотењем последице, а да би се нешто могло штети о њему се мора пре свега у свести имати престава.

Лист (Gutachten S. 113.) такође говори о дефиницији свесног нехата, признаје да се ни умишљај ни нехат не могу карактерисати само предвиђањем или непредвиђањем последице, већ једним психичким моментом који уз то долази. То је код умишљаја *саглашавање* (Einwilligung) са последицом. »Појам нехата мора се распрострети и на случајеве у којима је виновник последицу коју предвиђа као могућну *одбијао* (abgelehnt)«.

Главни преставници теорије преставе признају елемент воље за карактеристику умишљаја. Они траже да радња која је каузална за последицу и чија се каузална веза предвиђа, мора бити *вољна* радња, остварење воље, хотења. При разликовању умишљаја и нехата они свестан нехат разликују од умишљаја по томе што се код нехата последица *неће*. Отуда, као што Хипел на неколико места констатује, највиђенији преставници теорије преставе у ствари усвајају теорију воље.

Најлепшега израза овој мисли даје Франк (Strafgesetzbuch 127, 128.). Он вели: »Између теорије воље и теорије преставе постоји само једна формална супротност. Јер, нити теорија преставе може одбацити вољу, нити теорија воље преставу. Оне обе питају: кад је воља крива? Теорија воље одговара: кад је била управљена на остварење извесних факата; а теорија преставе: кад је прате извесне преставе. Теорија преставе формално долази на елементе за стварање воље, а стварно то чини и теорија воље«.

3. Бекер, Цителман, Лилијентал и Хаген покушали су да докажу да између предвиђања и хотења по садржини нема разлике. За умишљај је довољно хотење радње и предвиђање последице. Кад ко *хоће* радњу чију последицу предвиђа, он истовремено *хоће* и последицу, јер кад њу не би хтео, онда не би хтео ни радњу, која ће, као што он предвиђа, последицу остварити. Делањем он изражава своје саглашавање са последицом. Отуда је излишно истицати нарочито хотење последице. Мисао да је виновник *хтео* радњу и последицу изражава се и другим речима: да је он радњу хтео, а последицу предвиђао. Кад та два елемента иду заједно онда нигде не треба истицати хотење последице. (Hippel, Grenze 31.).

И преставници теорије воље тврде да се може штети само оно о чему се има престава. Отуда је апсолутно свеједно рећи: ја сам последицу хтео или: ја сам предвиђао последицу као учин моје радње.

На крају крајева све је дакле ипак сведено на вољу, на хотење последице, али се воља своди на њезине мотиве. И у томе је остало још једино разликовање између ове две теорије¹⁾.

III. Деликвенти се кажњавају не због егзистенције овакве или онакве воље код њих, већ с тога што су повредили једно правно добро. Кривичном је правосуђу циљ да та добра заштити и оно нема разлога да ступа у акцију све дотле, док правна добра у опасност не дођу. Али с друге стране и тада кад је једно конкретно правно добро повређено опет, као што смо видели, кривично правосуђе нема разлога да дејствује, ако се

¹⁾ Покушаји, које су чинили Мајер, Лефлер, Миришка и Колраш да даду самостална гледишта о додусу, нису успели. У колико позитивно вреде, они се у главном наслањају на ова два гледишта.

једно лице не може окривити за ту повреду. Човек пак за једну повреду правних добара може бити окривљен тада кад постоји каузална веза између његове воље и последице. У вољи, у хотењу последице, мора лежати појам умишљаја.

Преставља једне последице побуђује нас на акцију да је остваримо само тада кад ми ту последицу хоћемо. Предвиђање последице као могућне при нашем делању постоји и тада кад је нећемо. На пр.: кад ми предвиђамо последицу као могућну, али се надамо да она неће наступити, и та нада опредељује нас на делање, или кад је предвиђамо као могућну па ипак деламо зато што је примамо, пристајемо на њу баш и ако наступи. У оба се случаја дакле последица предвиђа. Па ипак, смемо ли у оба случаја рећи да је виновник подједнако крив? У једном случају он последицу није хтео и нада да она неће наступити била је покретач његова делања; у другом случају он последицу хоће, прима ако наступи и нада да последица неће наступити није била одлучујући моменат за његово делање. Општа је сагласност у науци да се ова два случаја морају подвојити, јер су код њих различити степени кривице. Први је случај свестан нехат, а други евентуални умишљај. Није то дакле предвиђање последице која умишљај карактерише, него њено хотење, воља да се последица оствари.

Нетачно је тврђење да је предвиђање последице уз хотење радње то исто што и хотење последице, да се дакле у томе случају предвиђање последице и њено хотење слажу, значе једно исто. Има момената кад се хоће радња, а предвиђана могућна последица из те радње неће се. То је случај код свесног нехата. Виновник хоће радњу. Предвиђа последицу као

Има последица које су нам равнодушне или које су нам немиле, т. ј. њихово остварење нема ни позитивнога ни негативнога дејства на наше осећање, или оно има само негативнога дејства. Преставе таквих последица саме за себе никад не би биле у стању да изазову једну нашу вољну акцију, пошто ми за њихово остварење нисмо нимало заинтересовани. Не осећамо никакве потребе за њима, те отуда нема силе која би пореметила инерцију као природно стање и целокупнога људскога живота. Али, ако су такве равнодушне или нежељене последице везане за жељене, хотене, ако се без једних по нашем сватању не може доћи до других; или, ако су преставе нежељених последица у свести у неразводноме комплексу са преставама које саме собом изазивају одлуку воље, онда на постанак воље дела тај комплекс као *целина*, а не оделито поједини његови саставци. Како су у моторном комплексу и преставе равнодушних или нежељених последица, то онда и оне могу чинити садржину воље.

За последице чије су преставе изазивале одлуку воље, те оне чине садржину воље, велимо да су хотене, да се *хоће*. Ова се терминологија са свим слаже са појимањем у практичком животу. Лист пак има донекле права кад тврди, да је то насиље према обичном смислу речи кад се каже да се „*хоће*“ и оне последице које ми не бисмо желели произвести. Оне се саме за себе *неће*, али се *узгред*, уз друге хоће. Логика је приморала да се за два различита појма створе и две речи: за главне мотиве и позитивне моторе воље: хотење (*Wollen*), за неспречавајуће преставе: сахотење (*Mitwollen*).¹⁾ Ову је терминологију усвојио и

¹⁾ Ја не могу у нашем језику да нађем згодан израз за ову мисао. Оно што се директно *хоће*,

Хипел, који је мисао Листову врло оштро напао (Grenze 95.).

Ради практичних конзеквенца морају се ближе упознати све ове форме хоћења. Али воља као појам јесте једна филозофска апстракција. Ми смо вољом назвали резултат многобројних стварних чињеница у њихову међусобном деловању. Стварно је то, да ми имамо сложену конституцију, чија се хармонија (названа задовољством) одржава постојаним нашим додиром са спољашњим светом, из кога ми добијамо оно што нам је за хармоничан живот нужно. Извесни факти у спољашњем свету јављају се као наше потребе. Ти су факти жељени. Други факти не тангирају хармонију нашега живота и они су нам равнодушни, а трећи ту хармонију ремете и они су нам нежељени. Факти спољнога света су такође реалне чињенице. До тачних закључака можемо доћи разматрањем међусобнога дејства те две реалне чињенице: хармоничнога живота и факата у спољњем свету. Из њих ће се увек резултирати наша воља. Воља управо и није ништа друго него моментат конгруенције ове две реалне чињенице.

I. Жељене последице радње.

Преставе оних последица чије се остварење жели, чијем остварењу ми тежимо, које су циљ нашега делања, за цело су најактивније утицале на формирање наше воље. Позитивно се *хоће* све оне последице којима смо *тежили* при раду и чије смо остварење *желели* у моменту предузимања радње. Кад смо год остварили

Немци изражавају са *wollen*, а оно што се тек посредно, у комплексу других последица, узред, са њима, али самостално не, *хоће*, изражавају са *mit-wollen*.

једну такву последицу, ми смо је безусловно остварили *умишљено*.

Као карактеристична црта за умишљај, овде је од важности онај интимни каузални однос између воље и последице. Без важности је са колико смо ми извесности очекивали наступање последице¹⁾. Ми смо могли сматрати за сигурно да ће последица наступити. Било то наше држање тачно или нетачно, ипак је оно карактеристично за т. зв. *dolus directus*. Али ми смо могли држати наступање последице и само за могућно или вероватно, па чак и више невероватно. У такome случају не може се одрећи могућност постојања воље. Људи могу штети, желети и старати се да постигну и оно што им изгледа невероватно. И баш у колико је невероватније наступање жељене последице, у толико је већа енергија воље да се она постигне. За остварење последице за коју смо сигурни да ће наступити, никад не вршимо толики напон интелектуалне и физичке снаге, колико за остварење последице у чије наступање нисмо сигурни. Може се, дакле, штети она жељена последица *чије се наступање држи само за могуће*.

Хаген (Vorsatz 168.) вели да се угодна последица, која није непосредни циљ делања већ само позитивни мотор, *жели*, а не *хоће*. Исто је тако и са удаљеним могућним последицама. Оне се баш због те удаљености само желе. Ова примедба није тачна. Појамна разлика између хоћења и желења, као што је Бар тачно приметио, јесте у томе, што ми *хоћемо* оно за чије наступање сматрамо као кау-

¹⁾ Да се ово не би рђаво разумело, нужно је да одмах приметимо, да се о кривичном делу може говорити само тада, ако је остварење воље било у једној радњи, која је створила бар опасност за повреду правнога добра. Нема ли тога, виновникова је воља кривичноправно индиферентна.

зално дејствовање свога Ја, а *же.лимо* и оно што нам је угодно, али на чији постанак каузално не деламо. Престава споредне последице проузрокује нашу вољу и наше делање, ми се старамо за њено остварење, а тако је исто и са удаљеним могућним последицама. Отуда су све оне предмет нашега хотења.

Кад је виновник једновременно тежио да оствари од више могућих последица само једну, онда, ако му је свеједно која ће то бити, долус се зове *alternativus* (на пр. иду неколико људи у реду један поред другог. Пуцам да убијем ма кога — војника на пр. у стрељачком низу); ако је пак виновник у првом реду желео једну, па тек ако њу не оствари, другу последицу, онда је у старијем законодавству и литератури говорено да постоји *dolus eventualis*. Овај је појам међутим сасвим напуштен и данас се под евентуалним долусом, као што ћемо доцније видети, разуме нешто друго.

II. Нужне последице радње.

Са последицама којима тежимо и чије остварење желимо, те их према томе несумњиво *хо.лемо*, могу бити тесно и нужно везане друге последице, које ми не би желели, па их саме за себе не би ни хтели. Преставе тих последица према којима смо равнодушни и које су нам чак и непријатне, нису створиле акцију наше воље. Отуда ми њих саме за себе нећемо. Али оне чине један нераздвајан комплекс са последицама које желимо и које хо.лемо, и које су биле решавајући мотор наше воље. Из тога комплекса ми непријатне последице не можемо да издвојимо. Ми морамо хтети или све или ништа. Кад ми уз жељене остваримо и са њима нераздвајно скопчане нежељене последице, онда смо ми несумњиво хтели и једне и друге. Да бисмо хтели индиферентне и

нежељене последице, које су тесно везане са жељеним последицама, нужно је да смо их знали, да су у нашој свести конфигурисале њихове преставе у моменту формирања акције воље.

Ван сваке је дискусије ово тврђење кад је реч о нужним средствима за постигнуће циља. Ма како да су средства сама за себе непријатна, ипак ко хоће циљ мора хтети и средство. Газда од куће може добијати кирију стана само тако, ако беспосленог радника избаци из стана. Ма колико да му је непријатно оставити сиромашну породицу на улици, ипак он то мора хтети, ако хоће да постигне циљ: да му кућа доноси прихода.

Средства за циљ хоће се не због свога позитивног делања на формирање воље, јер би она чешће сама за себе баш негативно делала, већ услед њихове *нераздвајне сиреге са циљем*. Отуда у свима случајевима, и кад није реч о средствима, где се год једна последица позитивно хоће а са њом је нужно везана друга последица, хоће се и та друга последица, па ма она сама за себе била непријатна. Наравно, у сваком случају жељене последице по интензивности свога дејства увек претеку нежељене, јер кад би било обратно, не би ни дошло до одлуке воље.

Противник тврђења да се нужне нежељене последице радње хоће јесте Хутер (Hippel, Grenze 90.). Он признаје да је обележје умишљаја хотење последице. Али то хотење може бити двојако. Човек може хтети да *произведе* (*Herbeiführen-Wollen*) једну последицу, или да је прими, подноси, *отпри* (*hinnehmen, Ertragen. Drudden-Wollen*). Ово разликовање није тачно. Произвођење једне последице може да се постави на супрот њеном *примању*, подношењу, али тада то значи ово: произведена је последица коју смо ми остварили, на њен постанак каузално делали;

примљена је последица коју је произвео неко други или је она из природе постала, остварила се дакле једним од наше личности одвојеним каузалним током. Али чим смо ми створили ма само једну непосредну погодбу за наступање последице ми смо је тада проузроковали, произвели, па према томе и хтели, а не само примили, отрпили.

III. Dolus eventualis.

I. Кад ми директно деламо на остварењу једне последице али предвиђамо да може наступити и нека друга нама *индиферентна* или *непријатна* последица, која *није нужно везана* за последицу што је желимо, онда може ли се та евентуална последица *хтети*? То питање је суштина евентуалном долусу а у исто време крајња међа простирања људскога хотења.

Одлика је евентуалног долуса ово:

а.) да ми тежимо остварењу једне последице, али да предвиђамо да поред те или место те могу настати још и друге последице.

б.) да ми не предвиђамо извесност наступања тих других последица, већ само могућност, вероватност; и

в.) да ми те друге последице, које могу наступити не желимо, већ су нам оне индиферентне, или су нам чак и немиле. Отуда нам је право ако оне не наступе, или би чак желели да не наступе.

Ако те могуће, евентуалне последице, које предвиђамо, ипак наступе, онда, јесмо ли их остварили долозно? Долуса ће бити ако су те последице остварене вољно. Отуда се ово питање преобраћа у друго: је ли могућно *хтети* и оне последице које нису нужно везане са жељенима, а које саме по себи не желимо?

Општа је сагласност, готово, у литератури кривичнога права да се у овак-

воме случају последица *може хтети*, али не *мора*. Отуда, кад се последица *хоће* постоји евентуални долус, а кад се последица *неће* онда постоји свестан нехат. Зато на овоме пољу лежи граница између умишљаја и нехата.

У литератури се чешће вели како виновник *хоће* последицу само „евентуално“, „условно“, „тек ако она наступи“. По томе би онда евентуални долус био једна особита форма личне кривице. Разликовао би се од обичнога умишљаја по томе што се код овога последица *хоће* *пре* њенога остварења а код евентуалнога долуса тек на случај остварења, дакле после њега.

То је погрешно. И код евентуалнога долуса хотење последице мора постојати пре њеног остварења. То хотење, воља, није ништа друго већ једна импулсивна психолошка акција која изазива покрет мишића и преко њега ствара последицу. Воља је узрок последици и отуда она као узрок безусловно и у свакоме случају мора егзистирати пре последице. Кад се, међутим, рече да виновник последицу *хоће* тек ако она наступи, онда се тим тврди једна логична немогућност: да последица постоји пре узрока. Или још горе: да се евентуална последица пре њеног остварења истовремено и *хоће* и *неће*. И то је логична немогућност. Хотене значи егзистенцију воље, нехотене значи неегзистенцију воље. Нешто не може једновременно и егзистирати и неегзистирати у стању мира сваћено.

Воља као психичко расположење не може зависити нимало од наступања или ненаступања једне материјалне чињенице као што је последица. Наступи ли последица, онда се она *хтела* још раније. Не наступи ли пак, онда је акција воље остала у покушају, чија ће кажњивост зависити од тога да ли егзистирају потреб-

ни елементи кажњивог покушаја. Воља пак у оба случаја остаје иста.

Према томе, евентуални долус није никаква нарочита форма личне кривице, већ је и он, у небитним елементима, варијабилан, обичан долус, јер му је суштативно обележје хотење последице.

За појам овога долуса употребљују се у литератури најразличитије речи: „Пристанак“, „добровољан пријем“, „оправдање“, „саглашавање“, „усвајање“, „рачунање са могућношћу наступања последице“ итд. или како Франк каже: виновник размишља па се одлучује: „најзад право ми је баш ако и та последица наступи“. Виновника не може да задржи од делања предвиђање противправне последице. Она не може да буде решавајући отпорни мотор креацији воље, те он, виновник, ценећи више своје задовољење, свој интерес него правни поредак, предузима радњу и производи последицу.

Све су ово описи који су врло корисни, јер судији дају могућности да у конкретном случају увек донесе правилну одлуку. Кад се један појам, једна правна установа, правилно разуме, па ма ми не нашли довољно тачних речи за његово дефинисање, то за практичан рад у правосудју неће бити од штете. Тежина је дефиниције у њезиној генералности. Са конкретним случајем је врло лако оперисати.

Али ако појам евентуалног долуса треба да се утврди као научни појам, онда се мора показати његова психолошка особеност, која га одваја од осталих облика долуса. Још више, мора се показати психолошка могућност да се може штети једна последица која је сама за се отпорни мотор креације воље, а није нужно везана за позитивне моторе кре-

могућни резултат те радње и њу неће. Предвиђање и хотење не поклапају се.

Теорија преставе изврше наопако својим тврђењем о хотењу радње природни психолошки ред у процесу постанка воље. Шта се примарно хоће: радња или последица? Ми се никад не одлучујемо на бесциљну радњу. Ми пре свега морамо знати шта хоћемо. Хотјење последице јесте примарно психично расположење. Тек после тога долази избор радње која ће бити подесна да жељену последицу оствари. Хотјење радње је секундарно психолошко расположење. Ја нисам, да узмемо Франков пример, најпре хтео да бацам једну карту у поштанско сандуче, па ми по том пало на памет да том картом могу јавити какву новост моме пријатељу, већ сам ја најпре хтео да то пријатељу јавим. Кад сам се на то одлучио, ја сам, можда после размишљања од неколико сати, одлучио да то учиним пишући једну поштанску карту и бацајући је у поштанско сандуче.

Оно што хоћу морам најпре предвиђати. И последицу коју хоћу морам најпре предвиђати. Отуда је ово ред психичких момената у процесу постанка воље: 1. предвиђање последице; 2. хотење последице; 3. предвиђање радње и каузалне везе између те радње и последице; 4. хотење те радње.

Може ли ово секундарно хотење да потисне примарно хотење? Радња се јавља као средство за постигнуће циља — последице. Ко хоће циљ безусловно мора штети средство. Отуда свако хотење последице у себи садржи и хотење радње којом је та последица остварена. Али, пошто наступање последице не зависи само од нас већ и од комплекса каузалних сила ван наше личности, то хотење средства не значи увек хотење последице.

Теорија преставе која на тој поставци почива и логички и психолошки је погрешна.

Франк нема права кад тврди, да се умишљај карактерише тиме, што извесне преставе виновник није подигао на ступањ отпорних мотива делању. Он ни код свесног нехата исто тако не подиже предвиђање последице на ступањ отпорног мотива делању. Франк погрешно тврди: како теорија преставе уствари не говори о преставама као о преставама, већ као о мотивима за постанак воље. Мотиви за постанак воље нису само преставе последице. То је само један од мотива.

Воља је једна психолошка акција, која се јавља као резултат борбе простих и асоцијативних престава у нашој свести. Ми суштину воље управо овако схватамо: спољашњи свет, и конституција нашега организма као целине, врши надражаје преко периферних на централне органе нашега нервног система. Ти надражаји стварају у нашој свести просте преставе, које остају у свести и могу се појављивати доцније у осуету нових надражаја. Просте преставе могу се опет поводом каквога спољашњег или унутрашњег надражаја спајати, груписати и давати нове, асоцијативне преставе. Једна проста или једна асоцијативна престава, у борби која се међу преставама непрестано води, може да преовлада, те се тако створи побуда или потреба једне психолошке акције, т. ј. дејствовање централних нерава на периферне, а ових опет на кретање наших мишића, наше физичке снаге. Воља је управо реакција нашега нервног система на спољашње и унутрашње надражаје његове. Она као неки унутрашњи, априорни спонтанитет не постоји.

Мотиви за опстанак воље јесу преставе, али не само преставе које би долазиле услед спољних, или само услед унутрашњих надражаја, него апсолутно

све. Отуда су преставе последице радње само један део од мотива за креирање воље, а отуда су опет оне саме собом недовољне да замене појам воље.

Присталице теорије преставе греше кад тврде: како се не може штети оно што се не жели. Питање је постављено овако: воља се креира дејствовањем престава. Престава нежељенога не може никад изазвати акцију воље, т. ј. не може произвести психолошко жуђење да буде остварена. То је тврђење тачно, али само у једноме случају: кад би некад у свести била могућна егзистенција једне једине преставе. Тако што пак немогућно је. Са преставом оне нежељене последице конкурише велики број простих и асоцијативних престава које се желе, и у комплексу жељених може се штети и једна нежељена последица.

Ако је циљ казнене примене и целокупнога кривичнога правосуђа да злочинца врати поправљенога у људско друштво, или да га као непоправимог у интересу друштвене безбедности уклони, онда се примени свега тога може наћи оправдања само тада, ако су *психолошке особине* злочинчеве такве, да допуштају формирање воље за повредама правнога поретка. Казна њих треба да поправља.

Те психичке особине дају себи израза, показују се виртуелне и за правни поредак важне с тога, што врше унутрашње надражаје нерава и према томе делају као мотиви за формирање воље.

Умишљено је делање нормално злочиначко, кривичноправно делање. Злочиначко делање, да би примени казне било места, мора такође бити израз психолошких особина виновникових. Да пак злочиначко делање може то бити, оно мора да је производ воље, јер су само преко воље, преко одређене нервне акције, могле психолошке особине имати утицаја

на мишићне покрете и према томе бити каузалне за последицу. Немогућно је ма какво непосредно дејство карактерних психолошких особина на покрете нашега тела и преко њих на произвођење последице. То дејство може бити само путем надражаја нерава, које ствара у свести преставе, из борбе престави формира се акција воље, која опет преко нерава даје импулс за физичке покрете тела и за произвођење последице.

Са ових разлога кривично право мора третирали свако умишљено делање само као вољно делање. Бега ли оно од тога да једну последицу огласи као производ воље виновнике, онда оно нема могућности да докаже да су психичке особине виновнике такве, да их је нужно извесним мерама преображавати или виновника из друштва елиминисати, у интересу друштвене безбедности.

Кад се то пак не може утврдити, онда на што примена казне, ван ако она неће да буде проста освета зато што је кривично дело учињено?⁸⁾

⁸⁾ Врло је интересно излагање о слободи воље у најновијој књизи, уџбенику аустриског кривичног права од К. Штоса (Allgemeiner Teil. Erste Heft, S. 27—29.). «По монистичкоме сватању постоји природно јединство између духа и тела. По овоме сватању наше духовне функције јесу функције мозга. Отуда и духовно биће човечије потпада под закон каузалитета, који је општи, непроменљиви природни закон; човек дела само онда кад постоје услови, разлози за то делање. Кад би услови (погодбе) делања човечијега биле познате количине, онда би се свако човечије делање могло унапред математички прорачунати.

Овакво сватање одговара нашем искуству и ми ћемо до њега доћи ако посматрамо како човек дела под датим околностима, било добрим, било рђавим. Свако ће рећи: «Ја овако радим јер другојачије не могу». А што не рече: «Ја овако радим и другојачије нећу?» Не може, јер делање човеково зависи од његових мотива. Његово делање происходи из мотива, оно је резултат мотива, оно је према томе *нужно*, исто тако као што је у свету стварном свака

Глава друга

Садржина воље

Практичне потребе изискују да се повуче једна демаркациона линија до које иде умишљај а од које настаје нехат.

Последица нужни производ једнога узрока. Тиме још није речено да су мотиви човекова делања подложни закону који је потпуно идентичан са каузалним законом. Могу ли се ја савладати, могу ли приморати самога себе да делама или да неделама, тако да мотиви створе један упечаток, али им ја не дам да ван мене, преко мене, делају на спољашњи свет?

Ми сматрамо да ми до извеснога степена имамо мотиве у својој власти. Ја допуштам себи да радим, допуштам себи да идем, ја сам, ако ми је само дух и тело здраво, *господар* над мотивима. То ми називамо *моралном снагом*. Али свака снага, да би могла деловати, мора најпре постојати. Мотиви происходе дакле из једнога извора, кога је Кант назвао категоричким императивом, из *карактера*, чији је пулс савест. Карактер је компликована појава, он је делом *наслеђен*, а делом стечен најразноврснијим дејствима у животу.

Последње је питање: можемо ли ми сами утицати на наш карактер? То је уједно и последња, једино могућа наша слобода. Ја сам присталица такве слободне воље, ма да је и она можда илузија. Нормалан ће човек имати снаге да се одупре жељи за злочиним, ако му ту снагу да његов карактер. Отуда је од особите важности васпитање деце као препрека злочину.

Кад ко учини дело које је закон огласио за злочин, он тиме открива једну погрешну страну, једну слабу црту свога карактера. Па је ли сад задатак државе да преображава лажни карактер виновников и да тако уклања узрок злочину? То ће се са успехом моћи чинити једино тамо где по природи човеков карактер још није дефинитивно развијен и учвршћен, дакле у младости. Кад је пак виновник савим одрастао, онда није једини задатак државе да преображава његов карактер, јер је тај задатак неизводљив.

Судија тада вели одрасломе виновнику: Ти си крив за овај злочин и за то ћеш бити кажњен. Виновник пита: Па у чему је моја кривица? Шта ја сад могу што сам такав? Ово је дело било нужна последица карактера. Судија одговара: Као грађанин и члан друштва знао си да је такво дело забрањено. Ти си своју дужност пренебрегао и општи интерес захтева да на на њу будеш опоменути и да

Умишљај и нехат морају се непосредно наслањати једно на друго. На оној међи где престаје умишљај, одмах настаје нехат.

Искусиш како таква дела држава неће да трпи. Право ти показује да твоје дело не олобрава, тиме што ти ствара зло које је равно деду. На то виновник приговара: Ја се дакле кажњавам за дело које сам морао чинити; ја онда у ствари служим држави као средство само за њезине циљеве. А судија му онда одговара: Кад ти сад не би био кажњен, ти би рекао: шта ме се тиче држава? Чиним ја што хоћу. Па би онда чинио нове злочине, па би тако радили и други људи. Ево, с тога ти мораш да отрпиш муке које ти је право доделило.

Штосова концепција слободне воље заиста је илузија. Како ми можемо утицати на наш карактер? Можемо једино тако, што смо закључком свога разума увидели погрешне карактерне црте и познали средства којима ћемо их преображавати. А шта је то закључак разума? У ствари ништа друго него једна асоцијативна престава, комплекс многобројних других престава, и та асоцијативна престава дела сад као засебан мотив на формацију воље. Ни у томе разумном утицају на карактер нема дакле ничега спонтаног, некаузалног.

Погрешно ми се чини и оно издвајање људског делања испод општег закона каузалитета. То Штос чини с тога што под мотивима за постанак воље разуме само оне преставае које су постале спољашњим надражајем нерава. То, међутим, није тачно. Ми у свести имамо преставае и исто тако од унутрашњих надражаја нерава, које нам се појављују као потребе ове или оне врсте. И те су преставае такође мотиви. И карактерне особине, било наслеђене, било стечене, нису ништа друго него мотиви. Општи закон каузалитета вреди дакле потпуно и за људско делање.

О слободи воље може се говорити само ако се претпостави подела човека на душу и на тело. Ми имамо права ту поделу данас назвати смешном. Човек је једно јединство материје. Али он је једно компликовано јединство, које сам данас још не разуме као што уопште не разуме процес живота. Оно што он у њему запажа, то је вечито кружење материје. А да је материја подлога сваке животне функције, доказ је то, што са поремећајем материјалне организације пропада цео живот. Присталице слободне воље могу тврдити да тада душа иде на небо. Ми немамо разлога ни могућности да је тамо тражимо и испитујемо. На земљи постоји вечито кружење материје, које подлежи закону каузалитета. Ничега некаузалног, па ни некаузалне људске воље.

Између њих не може бити никаквога размака, простора, у коме би делање било некажњиво. Али обе ове форме личне кривице само се граниче, а не прелазе једна у другу. Јер, кад би то прелажење било могућно, тада би у извесном случају једна радња истовремено била и доложна и кулпозна. Таква је ситуација немогућна, јер егзистенција долуса безусловно искључује кулпу, као што и егзистенција кулпе безусловно искључује долус. Кад би било другојачије, онда би се једна последица једновременно могла и штети и нештети.

Да бисмо могли наћи границу којом се свршава умишљај а настаје нехат, морамо испитати у каквим се разноврсним формама може појавити хотење, управ које се све последице могу штети, шта улази у садржину воље.

Умишљај је воља управљена на остварење последице. Отуда је логичан закључак да ће умишљаја бити све дотле докле има и вољнога остваривања последица људских радњи. Од тога момента пак, од кога се више последице људске радње не могу свести на људско хотење као на своју каузу, престаје умишљај и настаје нехат, а у извесним случајевима и некажњиво делање.

Хотена је, хтела се само она последица чија је престава функцирала у комплексу престава које су изазвале, определиле акцију воље.

Има престава које позитивно делају на наша осећања те према томе изазивају одлуку, хотење да се дела на њиховоме остварењу. Остварење њихово постаје циљ наше радње, и ако ми тај циљ заиста постигнемо, онда смо остварили оно што смо хтели.

У комплексу престава које опредељују акцију воље, које су мотиви за

њезин постанак, могу се, по интензивности свога утицаја на одлуку, разликовати три врсте: преставе које директно изазивају одлуку, преставе које потпомажу одлуку и преставе које не спречавају одлуку.

Има последица које су битне за одлуку воље. Кад не бисмо били уверени да ће баш те последице бити резултат наше радње, ми не бисмо ни делали. Оне су наш непосредни циљ, представа њихова је била *главни мотив* за постанак воље. Да није ње било воља се не би формирала.

Има, пак, последица чије очекивање припомаже да се ми одлучимо на делање, одбровољава нас на радњу. Али непосредно њих ради ми не бисмо делали. Отуда преставе таквих последица потпомажу креацију воље, али би се она могла створити и тада кад таквих престав у свести не би било. Пошто такве преставе ипак доприносе постанку воље, називају се оне *позитивни мотори*. На пример: полазак на пут ради проналаска севернога пола, при чему се још може упознати живот нецивилизованог света, или уживати у вечитој поларној светлости. Оно што је изазвало одлуку воље, јесте проналазак пола, али упознавање живота Ескима, или уживање у поларној светлости помагало је само одлуку воље. Ради Ескима и ради поларне светлости само, ми се не би смо одлучивали на опасну експедицију. Отуда је проналазак пола главни мотив, а ови други споредни циљеви су позитивни мотори за постанак воље.

Међу ауторима је општа сагласност, да ове две групе престав улазе у садржину воље. Разлика у мишљењу наступа код треће групе: представа, које не спречавају одлуку воље.

ације воље. Ту нам могућност пружа Франкова формула, о којој ће се ниже говорити.

Противници појма евентуалног долуса јесу Бар и Штос. Оба два они постављају дефиницију воље из које после дедуцирају садржину њену. Суштина је воље *тежња* да се оствари стање које се предвиђа. Воља је такво духовно стање у коме човек тежи да оствари последицу, коју предвиђа и за коју мисли да је својом акцијом може произвести. Нешто штети значи на овај начин нечему тежити. Умишљена је само она последица која је тако остварена. Где нема тежење за последицу, ту нема ни њеног хотења. Према томе вољне су, хоће се само оне последице, којима смо тежили и само оне. Ипак Бар признаје још једну групу последица које чине садржину воље. Те су последице *нужно везане* за жељене последице. Такве се последице узгредно хоће (*mitwollen*). У евентуални долус пак долазе равнодушне и нежељене последице за којима се тежити не може нити се оне могу штети. Отуда је овај облик долуса немогућан.

Присталице евентуалног долуса мешају две ствари: умишљај повреде (*Verletzungsvorsatz*) и умишљај загрожавања (*Gefährdungsvorsatz*). Неистинита је вештачка поставка да се код евентуалног долуса виновник сагласио са последицом. У ствари ту никад нема хотења последице, повреде (*Verletzung*) већ хотења угрожавања тога правног добра, стварања опасности за његову повреду (*Gefährdung*). Кад ја знам да ће из моје радње, којом хоћу да повредим једно правно добро, врло лако произаћи повреда и другог правног добра, онда ја у истини хоћу двоје: прво, да повредим једно правно добро, друго, да створим опасност повреде, да угрозим друго правно добро.

Појам „примити“, „сагласити се са последицом“ психолошки је нетачан, вели Бар. Нема никаквих међуступњева између угоднога, неугоднога и равнодушнога. Какав је то нарочито облик хотења „сагласити се“?

Ма како ове примедбе имале у себи унутрашње логике, ипак оне нису у стању да покажу нетачност појма евентуалног долуса. Хипел са свим правилно примећује, (Vorsatz 513.) да је пре свега нетачна метода Баровога испитивања. Он је најпре поставио једну константну дефиницију воље, па је из ње дедуковао садржину воље, т. ј. утврђивао које се последице могу штети. Ваљало је, међутим, поћи другим, индуктивним путем: испитати од којих су последица преставе функцирале у свести у комплексу престави који је изазвао акцију воље. Од појединачнога ваља ићи општем; дефиниција се поставља тек кад се најпре утврди који све елементи треба њоме да буду обухваћени. Бара је издала његова произвољна дефиниција. Јер ако се само жељене последице могу штети, онда се у његову дефиницију не даду увести и последице нужно везане са жељеним, пошто оне саме нису жељене, нису оне за којима се жуди. То је Бар увидео, па је и сам усвојио појам узгредне хотичности (Mitwollen), т. ј. тврдио је да се у комплексу жељених хоће и са њима нужно везане нежељене последице. Али тим је уништен један принцип: не говори се више о последицама *per se* хотеним, него о комплексу који је изазвао акцију воље. А у том комплексу могу бити не само нужно, већ и евентуално, могућно, скопчане последице са жељенима, равнодушне и нежељене. Тада се и оне могу штети. То је „саглашавање“, узгредно хотење.

Разликовање на умишљај повреде и умишљај загрожавања јесте само игра

речи у колико је говор о умишљају. Умишљај је једно психичко стање, *психички однос виновника према ма каквој последици његове радње*. Тај карактеристични психички моменат је увек исти, где има умишљаја. Последице радње, за које питамо да ли су умишљено произведене, могу бити различите, али то разликовање нема никаквога значаја. Умишљај повреде управљен је на повреду, умишљај загрожавања на загрожавање. Психички је моменат оба пута исти, а разликовање је само у спољнем, материјалном свету. Духовни однос виновника према повреди коју је хтео, апсурдно је исти са духовним односом према загрожавању које је хтео. Ако би се по последицама радње чинила разлика међу умишљајима, онда то не би могао бити један генетички појам, већ бисмо имали онолико умишљаја колико има и кривичних дела.

II. Раније је показато да кад се једна последица, равнодушна или нежељена, предвиђа као могући резултат радње може се она штети, а може се и нештети. Она се хоће ако је активно утицала на акцију воље, а неће се ако није активно утицала на акцију воље. У првом ће случају постојати евентуални умишљај, а у другоме нехат. Кад ћемо рећи да је престави такве последице активно деловала на постанак воље?

Франк је (Z. X. S. 169.) дао за одређивање евентуалног долуса једну емпиричку формулу. Та формула треба да покаже кад се предвиђане као могуће индиферентне или нежељене последице могу правно третирати онако исто као и жељене. Формула гласи: „Die Voraussicht des Erfolges als eines möglichen, erfüllt den Begriff des Vorsatzes nur dann, wenn die Voraussicht desselben als eines gewissen den Handelnden nicht abgehalten, nicht die Bedeutung eines ausschlaggebenden kontrastieren-

den Motivs gehabt hätte". (Предвиђање последице као могућне, довољно је за појам умишљаја тада, кад ни предвиђање последице као извесне не би виновника уздржало, не би било један решавајући отпорни мотив).

Хипел (Gränze 56—59.) је најсјајније анализирао ову формулу и у литератури је одбранио и од својих противника и од својих присталица. Као што ће се видети, она је необично подесна за објашњење евентуалног долуса по теорији воље.

Психолошки темељ Франковој формули јесте утврђена претпоставка: да су умишљено остварене све оне предвиђене последице чије је наступање виновник држао за неизбежно. Кад је пак последица предвиђена само као могућна, онда је сумњиво да ли је однос свести према последици био такав, да је за појам умишљаја довољан. Ако би се доказало да је у конкретном случају ово предвиђање могућности последице на психу виновникову оставило исти утисак као год и предвиђање извесности онда је само предвиђање могућности довољно за појам умишљаја. Да ли је постојао такав утисак на психу, по Франковој формули види се из одговора на ово питање: да ли би виновник исто тако радио кад би последицу предвиђао као извесну, нужну? Ако би он исто тако радио, онда се закључује: престава могућности имала је *in concreto* исто дејство као и престава нужности. Франкова формула, дакле, вели: 1. *материјалноправно*: престава могућности последице довољна је за умишљај тада кад је она у конкретном случају за психичко држање виновниково имала исти значај какав би имала и престава нужности последице. 2. *процесуално*: да ли је тај значај постојао закључује се одговором на питање: би ли виновник тако

радио и онда да је последицу предвиђао као извесну?

Формула почива на претпоставци да се умишљено остварују све последице које су предвиђене као неопходне последице радње. А зашто се те последице остварују умишљено? Тек одговор на то питање даје појам умишљаја. Хипел вели: Зато што се те последице *хоће*.

Франк, творац имена теорије преставе, (Zeitschr. X S. 129.) поставио је једну формулу која непосредно почива на теорији воље. Та формула супротна је Франковој дефиницији умишљаја. По формули: виновник предвиђајући последицу као могућну може делати и умишљено и неумишљено. Умишљено дела тада ако би исто тако радио и кад би извесно знао да ће последица наступити, а неумишљено ако би на случај сазнања извесности другачије делао. Међутим, ако је, по Франковој дефиницији, умишљај сазнање (предвиђање) обележја кривичнога дела, онда тога предвиђања *увек има* кад се последица предвиђа као могућна, те се не може да учини разликовање које по формули треба учинити. Ако се пак за умишљено предвиђање има један ступањ извесности очекивања, онда при предвиђању последице као могућне тога у опште нема, или је ступањ извесности исти и за умишљено и за нехатно делање. Тако се опет не да извршити подела по формули. Примена Франкове формуле може се извршити само тада, ако се усвоји теорија воље, па се рече: ако приликом предвиђања могућности последице њу виновник *хоће*, он тада дела једнако као кад би предвиђао да она мора наступити. Ако пак он *њу неће*, онда то значи да кад би био уверен да ће последица сигурно наступити, кад се не би заваравоо надом да ће је избећи, друкчије би делао, т. ј. одустао би од радње. Од почетка

до краја, дакле, Франкова формула лежи на теорији воље.

Франкова формула нашла је готово општи пријем. Њоме се служи и Лист (Lehrbuch 172.) и немачки царевински суд (Hippel, Vorsatz 499.), а противљења су само епизодична.

Ова формула, зацело, даје нам могућности да одговоримо кад постоји *dolus eventualis*. Кад ми при остваривању једне последице предвиђамо да је врло могућно да из наше радње наступи и друга последица, која нам је равнодушна или немила, онда смо ми криви и за ту другу последицу, с тога што престава њена није била отпорни решавајући мотив нашој вољи, т. ј. што нас она није уздржала од делања. Последицу на чијем остварењу деламо ми несумњиво хоћемо. Ми даље видимо да се уз ту жељену последицу може врло лако прилепити и нека друга коју не желимо. Наша је дужност, и то правни поредак очекује од нас, да у том случају, ако ону могућну последицу никако нећемо, одустанемо у опште од делања, дакле, и од остварења жељене последице. Кад ми то нећемо, кад по сваку цену хоћемо да деламо, да би остварили прву, онда ми у ствари хоћемо обе последице и ону коју желимо, њу директно, и ону коју не желимо, њу индиректно. (Mitwollen).

У овоме се смислу изјаснио и 24. скуп немачких правника говорећи о евентуалном долусу. Одлука гласи: „Кад виновникова воља није била директно управљена на једну последицу, али је он њу ипак предвиђао као могућну, онда ће му се она урачунати као умишљено остварена тада, ако је он тај учин (Tat) хтео баш и са овом последицом. — Исто тако ће виновник, који није знао за један битни елеменат кривичнога дела, али га је сматрао за могућан, бити осуђен за

умишљену радњу, ако је он њу хтео баш и да постоји оно битно обележје“.

У овом случају обе последице, и жељена и могућа нежељена, чине у нашој свести један нераздвојан комплекс. Оне постојано иду једна уз другу и као целина делају на постанак воље. Преставе последица, равнодушних или нежељених, које су нужно везане за жељене, такође су у комплексу са жељенима. Али оне то *увек морају бити*, па се такве последице *увек морају хтети*. Међутим, преставе само могућих последица *могу*, али *не морају бити* у комплексу са преставама жељених последица, те се отуда ове последице *могу*, али *не морају хтети*. Ево зашто.

Кад се једна последица сматра само за могућну, онда виновник колико год да држи да ће она наступити, толико исто држи и да неће наступити. У оба правца постоји само очекивање: нада на наступање и нада на ненаступање. У извесним случајевима може ова *нада* да последица *неће* наступити бити *одлучујући мотив за акцију воље*. Ја предвиђам да последица може наступити и ја њу нећу. Кад бих извесно знао да ће она наступити, ја бих одустао од сваке акције. Али ја се надам да последица неће наступити и та нада одлучује мене на делање. Ако сад последица ипак наступи, онда она никако није производ моје воље већ мога лакомисленог схватања. Кад нема воље онда нема долуса, већ у таквом случају постоји само свестан нехат. Тада преставе жељене и евентуалне нежељене последице не делају удружено на постанак воље, већ на против, делају удружено престава жељене последице и престава да нежељена последица *неће* наступити.

Али ако нада да последица неће наступити није решавајући мотив акције моје воље, већ ја хоћу да делама на на-

ступила та евентуална последица или не, онда ја у ствари и њу хоћу. Престављена је тада у комплексу са преставом последице коју хоћу, и ја се одлучујем за цео тај комплекс, за обе последице или противу обе. Тад се и евентуална последица остварује вољно, па према томе и долозно. Овакво подвајање није могућно код жељених последица које сматрамо за нужне, неизоставне последице наше радње. Преставе су њихове увек нужне у комплексу преставе жељених последица, те се према томе увек *хоће*. Последица којој се тежи и која се жели, не мора увек бити противправна или кажњива. То може бити и каква некажњива последица, која за учиниоца преставља какав интерес. Али уз остварење тога интереса може се везати евентуална могућност наступања једне противправне последице. На пр., сељак сумња да је његова крава болесна, ма да се то на први поглед не може закључити. Он ту краву прода касапину, тврдећи да је здрава. Кад је она заклана, лекар после брижљивог испитивања одлучи да се месо одбаци, јер је врло вероватно да је болесно. Касапин је на тај начин оштећен и ту оштету сељак је предвиђао као могућну. Ако је она кажњива, онда постоји евентуални долус кад је сељак хтео краву безусловно да прода, па имао касапин штете или не. Била би пак свесна кулпа, тада кад би се сељак надао да лекар неће забранити продају меса, јер је више веровао да крава није болесна. Да је то знао сигурно је не би продао.

Dolus eventualis постоји тада кад је виновнику заједничко наступање жељене и противправне нежељене последице било милије од ненаступања задовољења његових интереса. На против, постоји нехат кад је нада да противправна последица неће на-

ступити била решавајући мотив за предузимање радње (Hippel, Vorsatz, стр. 506.).

До овога смо закључка дошли приликом Франкове формуле. Она је психолошка основа евентуалног долуса. Има аутора који споре психолошку тачност формуле. На то се морамо обазрети, јер ако Франкова формула није психолошки тачна, онда цело учење о евентуалном долусу почива на лажној основи.

Тирси (Hippel, Grenze 114.), Бар (Z. 18. S. 550.) и Вајрих (Z. 15. S. 823.) тврде да је Франкова формула нетачна с тога што она ради са хипотетичним психичким елементима. Он претпоставља да је некад једнако психичко расположење кад се последица предвиђа само као могућна и када се предвиђа као извесна. Та два стања, међутим, никад не могу да створе истоветно психичко расположење. Кад последицу предвиђа само као могућну виновник се нада да она неће наступити, те је он ту *мање хоће*, него кад је предвиђа као извесну. Надаље, у случају извесности виновник више размишља о последици. Он је упознаје са сваке стране, уочи боље њезине за њега пријатне стране, те је због тога опет *више хоће* него кад је на случај могућног очекивања предвиђа само у општим контурама.

Нетачно је разликовање на последице које се више или мање хоће. За појам долуса постоји једноставно хотење. Пита се само: да ли је преставља те последице утицала на формирање акције воље. Јаче или слабије њезино дејствовање, позитивно или негативно (не спречавајући) све једно је. Никакву разлику не може да чини очекивање да последица ипак неће наступити. Евентуални се долус карактерише тиме да ово очекивање, ова нада није била одлучујући мотор за акцију воље. Ова је нада без икаквога практичног дејства. Отуда кад њу, као импотентни елемент

изоставимо, онда и приликом предвиђања извесности и приликом предвиђања могућности наступања последице имамо исте психичке елементе, који дају и исти резултат: вољу да се последица оствари. Разлика је између њих само у егзистенцији оне наде на случај предвиђања могућности последице, али је тај елемент у односу на практичан резултат борбе престава раван нули, па према томе није у стању да створи стварну психолошку разлику између она два стања. Због тога није тачно да Франкова формула ради са нетачним хипотетичним психолошким елементима.

Карактеристично је обележје нехата да је нада да последица неће наступити била *главни мотив* за одлуку да се радња предузме. Ако она то није била већ је остала без практичнога дејства, онда постоји умишљај. У конкретном случају судији је остављено да пресуди шта је виновник хтео да оствари својом радњом, па према томе и да оцени постоји ли у односу на одређену последицу нехатно или умишљено делање. Без циља нико не дела. По околностима пре радње, у току радње и после радње судија ће имати да види њезин прави циљ. Ако он не би био у стању да на фактима заснује своје уверење да нада, да последица неће наступити није била главни мотив радње, онда ваља применити правило *in dubio pro geo*. Од судије се иска велика савесност, умешност и духовна довитљивост. Природа је, међутим, стварис таква, да се никаквом законском одредбом не може дати једно објективно мерило кога би се судија имао безусловно држати.

III. Евентуални долус је гранична међа између умишљаја и нехата, с тога што је он крајња међа простирања нашега хотења. Битна разлика између умишљаја и нехата, јесте егзистенција или неегзи-

стенција воље код виновника да последицу оствари. А под последицом, то стално треба имати на уму, разуме се скуп свију битних обележја једнога кривичнога дела.

Обе форме личне кривице, и *dolus* и *culpa*, као извесна психичка стања, имају са моралног гледишта разноврсне мотиве за свој постанак. Отуда их и по моралним мотивима можемо разликовати.

С правом или без права, тек правни се поредак, или његове наредбе и забране, сматрају као израз општих, заједничких интереса. Онај ко вређа прописе правнога поретка, вређа опште заједничке интересе. Он хоће да свој сопствени, лични интерес уздигне изнад општих интереса. Са моралне стране њему се може пребацити *egoizam*. Али егоистички дела само онај који вољно и свесно истиче лични интерес изнад општег. Отуда се егоизмом може прекорети само умишљено делање. Оно пак што нехат карактерише, то је *лакомисленост* делања. Ту виновник предузима радње небрижљиво, неопрезно, те због тога вређа правна добра и савим заслужује да му друштво казном стави до знања да то није допуштено.

Ове моралне елементе можемо наћи и при разликовању евентуалног долуса и свесне кулпе. Њима је психички заједничко то што се у оба случаја предвиђа могућност наступања последице. Разликовање пак настаје у мотивима са којих се предузело делање. Код евентуалног долуса виновник је желео да оствари оно што му налаже његов интерес. Ако то не би учинио, претрпео би једно зло. Он види да ће, ако свој интерес оствари, повредити правни поредак. То он неће, јер сматра повреду правног поретка такође за зло. Али он има да бира између

два зла, и по своме сватању изберу мање: он хоће да задовољи своје интересе па ма повредио правни поредак. Ради личнога он гази општи интерес. Основни мотив његовога делања јесте егоизам. — Код свесног нехата је другојачије. Виновник никако неће повреду правног поретка. Кад би знао да ће та повреда извесно наступити, он би одустао од сваке акције. Он диже општи интерес изнад свога личнога. Па зашто га онда предвиђање последице не одврати од акције? Не може с тога што се он нада да ће последицу отклонити, те тако ипак, не вређајући општи, задовољити свој лични интерес. Та нада је, међутим, лажна. Да је био мало обазривији он би то увидео. Корен је тој нади у његовој лакомислености, у недовољној и неозбиљној процени каузалног тока радње.

Ми смо сад у стању да дамо једну скалу личне виности: она почиње највишим степеном воље, па се завршује несмотреношћу у поступању. Умишљај постоји: 1.) кад се противправна последица желела и њој се преко радње директно тежило; 2.) кад је противправна последица коју и не бисмо желели, нераздвајно нужно везана за последицу коју желимо и остварујемо; 3.) кад равнодушну последицу предвиђамо само као могућну; и 4.) кад нежељену последицу предвиђамо као могућну, али нам је она ипак милија од незадовољења наших интереса. Довде траје воља, па догде и умишљај. Надаље настаје нехат.

Нехат обухвата оне последице које је виновник остварио са своје лакомислености. 1.) код *несвесног* нехата је лакомисленост у томе што он у опште није ни мислио на какву противправну последицу своје радње; и 2.) код *свесног* нехата, у томе што га је једна безразложна, неоснована, нада да последица неће на-

ступити навела да радњу предузме (Hirpel, Vorsatz 511.).

Преко граница лакомислености и противдужносне непажње наступа случајно некажњиво делање. Тамо се виновник ничим не може прекорети, јер је радио и савесно и пажљиво. Отуда он не може бити крив што је последица ипак наступила.

ТРЕЋИ ДЕО

Нехат.

I. Човек може бити кажњен само за ону кривичноправну последицу свога делања за коју је крив. А суштина криваце јесте у каузалноме односу човекијег хотења према последици.

Нехат се од умишљаја разликује тиме што се код нехата наступела кривичноправна последица неће, док се код умишљаја она хоће. По општем схватању науке и позитивног законодавства, редовно и по правилу казни се само умишљено делање, јер се код умишљаја последица хоће и свесно се дела на њезиноме остварењу. Мора се овде истаћи питање: па зашто се у тој мисли није остало доследно до краја? Зашто у опште да се човек кажњава за последицу која није производ његове воље, коју он чак неће. Код нехата виновник последицу неће. Да је знао да ће кривичноправна последица наступити, он не би радњу у опште предузимао. Зашто га онда за ту последицу казнити? Зашто у опште нехат сматрати као облик виности, личне кривице?

Доцније ће се видети да се и код нехата може говорити о личној кривици виновниковој. Али баш и кад тога не би било, постоји једна социјална потреба која оправдава појам нехата у кривичноме праву. У току културнога развића

друштвени живот бива све компликованији. Све се више уткива појединца у појединца и народ у народ, тако да већ данас апсолутно није могућан ни изолован живот једнога човека, ни изоловани живот једне нације.

Човечанство постаје једна велика компликована машина за чији је нормалан рад све више потребно да сваки поједини део њен буде исправан и на своме месту.

Културни су напредци првенствено технички напредци. Технички су напредци пак у томе што човек савлађује природне силе, кондезује на једно место њихове огромне количине, стиче тиме исполинске снаге и оспособљава се за тековину и за један далеко виши и задовољнији живот. Велика производња машинама, железнички саобраћај сувим, поморски саобраћај, трамвајски и аутомобилски саобраћај, телеграфске и телефонске везе, и многобројне друге направе, у којима се огледа прогрес човечанства, могле су се створити једино благодарећи томе што је човек успео да вештим комбинацијама скупи на једно место и стави себи на расположење огромне природне снаге. Кад се са њима добро рукује, те потајне силе мирне су и доносе бесконачно благо човечанству. Али пусте ли се у погрешан колосек, у њима се разбукти природна дивљина, постају ужасне и иза себе остављају саму пустош.

Производња добара и саобраћај који је нужен ради њихове размене и ради угодности човечијег живота, добија све више и више колективно обележје. Производња све више добија облик фабричке производње, у којој је израђени еспап производ рада једне читаве групе радника, који су различно у његовоме стварању деловали. Али баш и да није тај

случај, фабричка се производња одликује скупљањем маса људи, и употребом техничких направа за рад машина.

Један миран и безопасан рад у фабрици могућан је само тада ако се фабрикант постара за правилно постројење и ако сваки радник брижљиво пази на свој посао. Десили се ма и најмањи поремећај на једноме месту, наступа крах, који за собом повлачи недогледне последице. Колику несрећу, на пр., може да створи каква нехатна погрешка машинисте, скретничара или чувара пруге на једноме огромноме железничком возу? Технички су напретци могућни стварајући све више и више опасност за оне који се њима користе или су близу њих. Ићи пешке било је сигурно и за себе и за друге. Возити се воловским колима није било опасно, коњским није много опасно, трамвајем је већ опасно, аутомобилом врло опасно, железницом је још опасније, а аеропланом необично опасно и за себе и за околину. Отуда данас правна добра могу бити повређена и социјални мир поремећен не само вољним, хотимичним акцијама људи, него исто тако и нехотним поступцима њиховим. За хармоничан и што је више могућан безбедан живот нужно је не само да сваки хоће да поступа онако како закони прописују, него исто тако да у своје послове унесе један велики степен пажње и опрезности, који се према природи посла иска. Зацело то би било апсурдно казнити некога који изазван тешком увредом убија човека, а не казнити фабриканта који, да би га јефтиније стало, рђаво монтира или не постави направе за обезбеђење у својој фабрици, те тако убије десетине људи, и ако није имао директне намере да то учини; или неказнити чувара пруге кога је мрзело да се мучи да са пруге збаци велики

кве кривице нема, последица је плод случаја за који нико не одговара.

За утврђивање пужнога ступња пажње могу постојати два мерила: једно објективно а друго субјективно. Ми морамо питати: који се степен пажње *собирамо на стање ствари* мора тражити од свакога; и друго: који се степен пажње може тражити *од тога човека*.

Што се објективне пажње човека тиче ваља приметити да нехат не лежи у простоме предвиђању опасности да може из радње наступити повреда правнога добра. Немачки царевински суд дао је за ово врло добру аргументацију. Он вели: „Свакога дана и свакога часа предузимају се радње, које, као што је свакоме мисленом човеку јасно, могу бити каузалне за повреду телесног интегритета па и живота других лица. Лице које те радње предузима увек зна да и поред употребе највеће пажње не може баш увек онемогућити наступање тих евентуалних противправних последица. Кад би се казна изрицала у свима случајевима предвиђања опасности, онда би то одвело консеквенцама, које су потпуно супротне данашњим животним односима и потребама саобраћаја. Да би се добио појам нехата нужно је поред предвиђања опасности још и то, да се при предузимању радње не уноси онолико пажње и онолико обзира према општем добру колико се правично судећи, од виновника у конкретном случају могло очекивати. Судија не може донети одлуку о овоме питању док претходно тачно не извиди конкретни случај а при том треба да узме у обзир и принудни положај у коме се налази виновник“. По овој одлуци ослобођен је одговорности кочијаш, који је, да не би из службе био отпуштен, по заповести свога господара упрегао у кола коња за

кога је знао да може да прекине узде, и кад се то заиста десило нека су лица повређена. — (Hippel, Vorsatz 568, 569.).

Да би могао бити кажњен, неопре-зност виновникова мора у конкретном случају бити *противдужносна*. Ваља да је он *ту* требао и могао последицу да спречи. За извршивање многобројних радњи, које су скопчане са опасношћу за околину постоје одредбе, правилници полициске наредбе и т. д. на пр. правилници за вожњу железницама и трамвајима, полициске наредбе о вожњи аутомобилима и колима. Могло би се тврдити да сваки онај, који би радио противно тим правилницима, па би из његове радње било створено једно кривично дело, самим тим је делао нехатно, т. ј. није у своју акцију унео дужни степен пажње; и обрнуто, ако је поступао тачно по гласу правилника, па је кривично дело ипак остварено, онда нема нехата, него постоји случај. Ту је објективни степен пажње у напред прописан за све случајеве.

Тако би схватање било врло погрешно и врло опасно. Јер, ко нам јамчи, да је правилницима заиста предвиђен баш онај степен пажње, који се у конкретном случају може објективно, правично судећи од виновника тражити. Правилници не могу никад предвидети све случајеве, али и кад би могли ти се случајеви толико индивидуално разликују, да готово никад два једнака нема, и да није никакo могуће једном општом нормом одредити степен дужне пажње. Отуда се сасвим може десити да је неко по правилнику делао, па ипак да је нехатно делао, јер се у конкретном случају од њега могло очекивати више; и обрнуто, да неко није делао по правилнику, па ипак да није нехатно делао, јер је он

употребио сву пажњу која се нормално могла од њега захтевати.

За утврђење нехата је једина основна испитивање конкретного случаја, а нормалан је при њему онај степен објективне пажње, који се правично судећи у практичном животу, у *саобраћају*, од свакога у таквој ситуацији може тражити. Овде у расуђивању треба бити што праведнији, водити рачуна о специјалном положају у коме се виновник налазио, па тек онда одлучити. Ако је при том правичном расуђивању ипак сумњиво да је недостајала дужна пажња, онда виновника увек треба ослобођавати по правилу *in dubio pro reo*, и по правилу да је нехат изузетно кажњив.

У овоме смислу постоји готово општа сагласност у литератури. Лист вели да се за појам нехата код виновника објективно може утврдити оскудица у опрезности (*Mangel an Vorsicht*), т. ј. неразвијање онолико пажње колико је по стању ствари или по наредбама правног поретка нужно“ (*Lehrbuch* 183.). У истоме се смислу изјашњује и Франк, Фингер, Хелшер, Хипел и остали.

Али ово објективно мерило не би било никакo довољно. Ако се казна хоће да оправда, онда се при оцени кулпозности делања мора водити рачуна и о субјективним интелектуалним моћима виновниковим. Са те се стране никакo генерално правило не да поставити, и никакав степен пажње утврдити, који би за свакога виновника вредео. На против, и ту се мора поћи од конкретних случајева. Правни поредак ни од кога не може тражити, да он у своје поступке уноси онолико пажње, колико њему субјективно није могуће. Ако нехат треба да буде облик личне кривице, онда нехатног делања може бити само тада, ако је виновнику *било могуће* да у конкретном

случају развије више пажње, и да према томе дела другојачије. Ако му пак то није било могуће, онда нема његове личне кривице, па би примена казне била бесциљна.

Расматрајући конкретан случај, судија има да утврди: да ли је виновник могао уносећи у своју радњу онолико пажње, колико он унети може, предвидети да ће противправна последица наступити и спречити да она не наступи. Лежи ли то ван границе његових моћи, онда нехатног делања нема. И о овоме субјективном елементу нехата нису у литератури мишљења много подељена.

Докле траје нехат и одакле почиње случај? Нехатно дела онај који у своје поступање не уноси онолико пажње, колико се ради уредности у саобраћају међу људима од свакога иска. Та се мера за сваки конкретан случај засебно одређује. Ако је тај степен пажње уложен, онда је човек дао што је био дужан дати. Деси ли се ипак кривично дело, онда у томе до њега нема кривице, то је дело случајно. Али ако неко по својим способностима није у стању да унесе у своје поступање ни тај нормални степен пажње, онда се од њега не може тражити више него што у опште он може да да. За њега је тада дужна пажња она, која лежи на крајњој граници његових индивидуалних способности. Преко те границе такође је случајно делање. Ако таква лица врше од другогa поверене им послове, онда њихови господари могу бити одговорни кад при избору својих помоћника или заменика нису обратили дужну пажњу на то: имају ли изабрана лица подобности да поверене послове раде са друштвено потребном мером опрезности.

IV. Као што смо у историскоме излагању видели, свуда, сем Шпаније, нехатно делање казни се само кад је оно

законом изрично предвиђено, а редовни кажњиви облик личне кривице јесте умишљај. Код иступа се пак обично разлика не прави, него се редовно казне како умишљено тако и нехатно делање. Најновији швајцарски пројекат категорички за све деликте тражи умишљај, а нехат кажњава само онда где је то закон изрично наредио.

Ми држимо да је ова одредба швајцарског пројекта правилна. Карактерна црта нехатних деликвената јесте лакоумност и несмотреност. Они својим делањем не показују никакав искварен, антисоцијални карактер. Махом је њихова несмотреност израз једногa моменталногa духовногa стања. Отуда би било бесциљно кажњавати свако нехатно извршено дело. Законодавац се ту мора првенствено руководити обзирима јавне сигурности, потребама привредногa живота и саобраћаја, па марљиво пробрати где, кад и како треба казнити и нехатно делање. Тада ће се показати као бесциљно начелно делење на теже и лакше деликте, па код једних кажњавање нехата, а код других некажњавање.

ДОДАТАК

De lege ferenda.

I. Да ли у позитивне законе треба уносити дефиницију о појмовима умишљаја и нехата, или је боље оставити као што је то у већини случајева данас, да ове појмове утврђује наука. *Omnis definitio periculosa est* — свака је дефиниција опасна. Опасна је по томе што смо ми врло ретко у стању да под неколико реченица у дефиницији субсумирамо све најразноврсније случајеве који у животу нијансирају. Напретком науке дефиниције се најпре крпаре, па се по том из основа мењају. Њих промени и уништи практичан живот, и у њему догађаји иду својим током, не старајући се да се потчине дефиницији, већ, напротив, вукући дефиницију или да се њима прилагоди или да се уништи. Легалне дефиниције пак, које вреде као правна норма, немају могућности да се повијају лако и брзо за развојем живота и напретцима науке. Оне могу чешће пута да доведу до врло жалосног стања у правосуђу. А најопасније су законске дефиниције о питањима која су јако контроверзна, где се и практичари и научници из основа не слажу. У томе случају ваља оставити да се у великоме духовном рату, који се међу противницима мора развити, па ма се и годинама водио, питање бар у основним обележјима изведе на чистину. Законодавац не мора

чекати на уништење једне стране. Довољно је да победа друге у скорој будућности буде извесна. Тада законодавац треба да се ангажује ради тога да би створио стабилност у правосуђу, и да би помогао да наука добије један сигуран, утврђен темељ, са кога би могла крочити даље.

Како у томе погледу стоји са питањем о умишљају и нехату? Целокупно позитивно законодавство и јудикатура свију земаља, и тамо где легалне дефиниције има и тамо где је нема, сагласни су у томе да је суштина умишљаја хотење последице. Неколико најодличнијих криминалиста створили су теорију преставе. Они су покушали да теорију воље, владајућу теорију, огласе за психолошки нетачну и правно неупотребљиву. Развила се борба која траје скоро две деценије. Практичан резултат њен био је да су Лист и Франк, два најзнаменитија заступника теорије преставе, остали још само њени формални заступници, док су стварно усвојили вољу као суштину умишљаја. Заступници теорије воље пак, у полемици су за то време доказали и њену психолошку тачност и њену практичну употребљивост, а, напротив, код теорије преставе показали психолошку нетачност и немогућност њену да постави границу између нехата и умишљаја, неспособност, дакле, да реши најважније питање у овој материји.

Казнени законици из прве половине прошлога века имали су дефиниције умишљаја. Тада је теорија воље налазила опште признање, па је владала и позитивним законодавством. Законици друге половине прошлога века махом дефиниција немају. У последњим деценијама његовим водила се најљућа борба две теорије о умишљају. Легалне дефиниције јављају се тек у законима двадесетого столећа,

делимично јапанском, бугарском, руском швајцарском. Сви нови законици најревносније усвајају теорију воље, јер сматрају да је научни бој уродио већ једним потпуно зрелим плодом, и да је време да се ради једнообразности и сигурности правосуђа утврђени резултати законски признају.

De lege ferenda потребне су и могуће су дефиниције умишљаја и нехата. У њихово се редактирање нећемо упустити, али је нужно показати елементе, које дефиницијама ваља обухватити.

II. Суштина је умишљаја воља управљена на остварење свих обележја кривичнога дела. Ми смо довољно јасно појам умишљаја одвојили од појма нехата, и нехат од случаја. Али ради једне легалне дефиниције нужна је већа спецификација, ближе одређивање појма умишљаја. Ваља дати одговор на питање: да ли се воља, хотење, код умишљаја простира само на битна обележја кривичнога дела или и на повреду права; да ли се хоће само последица или са њом још и правна повреда; да ли је, дакле, за појам умишљаја нужна свест о томе да је последица противправна? По том треба умишљај разликовати од једнога сличнога појма, од намере (Absicht).

A.) У кривичном праву постоји презумција слободе, допуштености сваке људске акције. Да би се људској радњи тај карактер одузео, она мора извесним законским прописом бити изрично забрањена. На основу презумције слободе људима је допуштено чинити све што им изрично није забрањено. Услед постојања презумције слободе деси се да људи пуни поштовања према закону, учине казнимо дело, уверени да је допуштено оно што чине. Да ли сад треба казнити човека који није знао да је његова радња за-

камен, рецимо залеђен, већ се лакомислено надао да ће сама машина топлином растопити лед и камен одбацити, и тако је допустио да хиљаде живота и милиони привредног богатства буду уништени. Или, зар казнити човека који у свађи повреди свога друга, а неказнити аутомобилисту, који је ради пробе брзине, пустио свој аутомобил толико да није у стању да га заустави ни онда кад наиђе на место где је скупљена маса људи и где може произвести велике несреће.

Социјална је нужност да људи одговарају и за оне последице које нису директно хтели, али су их произвели само због своје небрижљивости и непредострожности, јер да је тога било они би, пошто већ последице неће, извршили правилно своје дужности или одустали од акције која може произвести кривичноправну последицу.

II. Свака људска акција или неакција, ако није бесвесна или принудна, мора имати ипак једну своју каузалну психолошку основу. Тако је и код нехата. Студа ваља испитати како се у психолошким елементима представљају непажња, небрижљивост, несмотреност, о којима је досада говорено. Тада ће се видети да се и код нехата ипак може говорити о личној кривици.

Има правника који налазе да и код нехата постоји једна врста воље. Фајербах, на пр., вели да је нехат неулагање дукне (пажње) брижљивости у акцију. Сваки човек има обавезу да буде брижљив-obligatio ad diligentiam. Ко ради нехатно он гази ту своју обавезу, гази је свесно, вољно, те отуда и код нехата има позитивне воље. Ово је тврђење погрешно. Ако се хоће да говори о једној позитивној вољи, онда мора да се утврди каузални однос између воље и насту-

пеле последице, т. ј. мора се доказати да се та последица хтела. Ми за то посматрање имамо свега два елемента: вољу и последицу. Фајербих сад умеће један трећи; то је *obligatio ad diligentiam*. Он и сам утврђује да оно што се хоће није повреда конкретног правног добра, већ повреда апстрактне *obligatio*. У односу према кривичноправној последици нема, дакле, код нехата никакве директне, позитивне воље.

И Франк (*Strafgesetzbuch* § 137.) вели да човек може нехатно делати ма да предвиђа последицу, њу „хоће“, и то је случај онда кад он услед неизвињавне заблуде (коју је могао отклонити) није предвиђао једно битно обележје кривичног дела. Ко, на пример, запали једну усамљену колебу, верујући да је његова, може одговорати само за нехатну паљевину. Ато Франк претпоставља да се нехатно може произвести једна последица тек при предузимању једне уопште вољне радње, онда је то тачно. И код нехатног се делања свакако нешто хоће, али то што се хоће није кривичноправна (или ако јесте онда је умишљено изведена) последица већ друга, обично правно допуштена, или индиферентна последица. Франк говори о егзистенцији неке воље код нехата с тога што супротно целоме схватању своме, при тумачењу § 59. немачког каз. закона, он под последицом разумева само промену у спољном свету. Последица је, међутим, скуп битних обележја конкретног кривичног дела. И на примеру коју је дао јасно се види да се виновничко хтење не односи на дело паљевине. Он је хтео да запали своју колебу, а он *није хтео* да запали туђу колебу. У његовој радњи постоји, дакле, једно хтење, али то није хтење противправне, већ правно допуштене последице. У односу на кривично дело нема воље, и баш зато може посто-

јати само нехат, ако је при довољној брижљивости виновник могао и требао да зна да је колеба туђа.

Лист (*Lehrbuch* § 148.) и све његове присталице дефинишу нехат као непредвиђање предвидљиве последице при остваривању воље. Последица је предвидљива тада кад је виновник њу и могао и требао да предвиди. Ово је дефинисање свакако доследно за све заступнике теорије проставе, ма да и они, као што је раније утврђено, ипак сматрају да за нехат није карактеристично непредвиђање последице, јер се код свесног нехата последица предвиђа, већ њено нехотење.

Присталицама теорије воље потребно је брижљивије психолошко испитивање да би утврдили појам нехата. Вршећи ово испитивање ми ћемо утврдити појам нехата на основу нашега сватања воље и разлога казнене акције државне.

Позната је подела нехата на свестан и несвестан — кад се предвиђала могућност наступања последице и кад се она у опште није предвиђала.

Да расмотримо питање најпре код несвесног нехата. Ту виновник хоће да произведе извесну последицу. Он предвиђа да ће као резултат његове радње наступити једна промена у спољном свету, дозвољена или недозвољена, све једно. У уверењу, дакле, да ће остварити само оно што хоће и што жели, он предузме радњу. Кад, али његово веровање било је погрешно. Као што је врло лепо речено код Хелшнера: чим је извршен покрет тела, створена једна моторна снага, деловање њено више се не управља по нашем субјективном расположењу, него по неумитним природним законима. Тек ако те законе добро познајемо ми ћемо, служећи се њима, постићи оно што желимо. Не познајемо ли их, не уможемо ли да их правилно употребимо, узалудно је

свако наше старање око последице, јер је ван наше моћи да мењамо вечите законе универзума. Покрет, сила, коју смо ми кренули отићи ће правцем куда је природни закони носе и произвешће последицу коју ми нисмо хтели.

Код несвесног нехата виновник се преварио о каузалноме току своје радње. Он се на ту радњу одлучио с тога што је веровао да ће она произвести ту и ту последицу, коју он хоће. У својој свести он је пре свега имао преставу последице, која је, у конкуренцији са осталим представама одлучила његову вољу, т. ј. он је зажелио да ту последицу оствари. Претпоставимо да та последица правно није забрањена. Да би ову жељену последицу остварио он је морао предузети извесну радњу. И отуда је он у свести имао преставу и радње коју треба да предузме. Претходно је да би се могао одредити коју и какву радњу треба да предузме, морао имати уверење да ће радња бити каузална за последицу, т. ј. он је такође имао преставу о каузалној вези његове радње и жељене последице. Најзад, он је имао преставу и о томе да последица коју он жели да произведе није никаквим законом забрањена, и да он према томе не чини никакво кривично дело. Његова воља да последицу оствари формирала се у комплексу свију ових представа. Она је управо постала зато што је комплекс представа био баш овакав. Да је он, пак, био другојачији, другојачија би била и акција воље. А шта је оскудевало у томе комплексу? Оскудевала је представа да ће предузета радња, може бити, поред оне хотене или место хотене последице произвести и неку другу последицу, и представа да је та могућна, евентуална последица, законом забрањена, те он њеним остварењем чини кривично дело. Управо, ова би се друга представа неми-

новно појавила у свести да је било прве, т. ј. сватања да ће и друга последица моћи бити остварена. Виновник неће повреду права, неће кривично дело. Па ипак оно је наступило. Он га није хтео с тога што га није предвиђао, а воља се не може распростирати и на ону последицу чија представа није конкурирала приликом формирања акција воље. Због тога што виновник неће кривично дело, он никако не би предузимао радњу да је знао да ће по природноме току из ње произаћи кривично дело. Кривично је дело остварено због *неегзистенције у свести преставе о стварном каузалном току радње*. Код несвеснога нехата психолошка кауза кривичнога дела јесте неегзистенција једне преставе. То није нека позитивна воља за кривичним делом, већ ако би се тако морало рећи, негативна воља, т. ј. остваривање кривичнога дела услед наше духовне, психолошке тромости, лености да у свести пробудимо преставу о каузалном току радње. А ми смо то могли, јер нам је ток природних закона познат. Отуда смо само требали да у свести пробудимо, оживимо преставу о њима. Ми смо били лењи, нисмо се хтели мучити око тога, оставили смо затурену, сакривену у свести, преставу о дејству радње по природним законима и зато што њу нисмо извели у борбу преставу око формације воље, и испала је њена акција тако да је преко радње остварено кривично дело. Заједница у којој живимо налаже нам да наше духовне силе и способности не успављујемо, да их држимо будне, и да оне тако увек буду у стању будити у свести нужне преставе за формирање воље. Штурм (Strafrechtliche Verzechuldung S. 34, 35.) правилно вели: „Овди постоји леност вољне моћи; нехатноме виновнику не

што није требао, већ на против да *није* хтео оно што је требао хтети. Код несвеснога нехата дакле постоји *каузални однос између духовне лености човекове и кривичнога дела*.

Код свесног нехата виновник предвиђа да његова радња може произвести кривичноправну последицу. Њу он неће, и кад је неће природно је очекивати да га њена представа одврати од сваке акције. За цело, кад би био уверен, да ће та последица извесно наступити он не би делао. Али, како он предвиђа само вероватност њезинога наступања, то њега обузима нада да кривичноправна последица неће наступити. Ево сад како се ту формира воља. Ми имамо преставу последице коју желимо. Имамо преставу радње коју морамо предузети, да би ту последицу остварили и имамо преставу каузалне везе између радње и жељене последице. Кад би само ове преставе у свести фунгирале, онда би се ми одмах и лако одлучили на делање. Али ми имамо још и преставу да ће евентуално као последица наше акције наступити и противправна последица. Њу никако нећемо. Преставе противправне последице чине у свести једну борну групу; преставе жељене последице чине у свести другу борну групу. Кад би само те две групе представа у свести постајале, онда би уз помоћ наших унутрашњих мотива, карактерних особина, прва група савладала другу и воља би се формирала тако да делати не треба. Али у свест улази још једна представа која ремети дотадању равнотежу. То је представа наде да последица ипак неће наступити. Ова представа потпуно потише сваки утицај преставе противправне последице. Ми ту последицу по својим карактерним и психолошким особинама не примамо. Њено очекивање уздржава нас од акције. Али ми велимо

себи: па та последица неће наступити. Ова нада утире потпорну моћ и у психи оставља само бојазни да ипак противправна последица не наступи. Али ту бојазан утире врела жеља да остваримо ону последицу којој директно тежимо. И тако се код нас ипак сформира воља да деламо. Као што видимо код свеснога нехата постоји *каузална веза између наде да последица неће наступити и кривичнога дела*. Да те наде није било не би било ни кривичнога дела.

Код несвеснога нехата догађа се кривично дело с тога, што у свести не постоји једна нужна представа, а код свеснога с тога што постоји једна неоснована представа. Важно је да је у оба случаја могло и требало да буде другачије. Нама је било могуће и били смо обавезни да у свести пробудимо нужну преставу која би обрнула правац воље или да не допустимо или бар да не дамо никакве вредности нади да последица неће наступити.

Ево у чему се сад састоји наша лична кривица, и зашто нехат треба да буде кажњив. Код несвеснога нехата кривично је дело наступило услед наше духовне тромости, заспалости у конкретном случају. У томе се показује једна наша социјално врло опасна особина. Јер будемо ли ми у свима својим радњама такви, ми ћемо стално реметити друштвени мир, бићемо друштвено опасни. С тога је друштву врло вужно да нас опомене на пажљивост, да нас пробуди. Кад будемо знали и осетили, да и због духовне тромости можемо бити кажњени или већ трпимо због ње, у нашој ће свести страх од казне такође стварати нужну преставу, која ће производити јачу живчану енергију, будити нас духовно, и омогућити да деламо у једноме нормалном психолошком стању. Друштво од нас не

тражи да ми у своје поступке уносимо више пажње него што ми то можемо. Оно не тражи ни онолико колико ми у опште највише можемо. Али мора, и има права да тражи да уносимо један нормалан, просечан степен те пажње.

Код свеснога нехата пак ми се врло лако подајемо нади да последица неће наступити. Ми врло лако допуштамо егзистенцију те наде и дајемо права представи о њој да конкурише приликом формирања воље. У томе се показује једна наша психолошка особина која се назива *лакомисленост*. И она је друштвено врло опасна. Страх од казне ваља да у нама пробуди више озбиљности и више разумнога расуђивања при свакоме поступку.

III. Раније је речено да се нехат са своје горње стране граничи умишљајем и са своје доње стране случајним некажњивим делањем. Према умишљају ми смо га ограничили. Сад треба да га ограничимо према случају.

На питање докле се простире нехат одговориће се тада, ако се утврди: колики степен пажње, смишљености и разумности сваки човек мора да уноси у своје делање. Кад то објективно мерило утврдимо, лако ћемо у појединим случајевима одређивати постоји ли лична кривица или не. Имамо да питамо: је ли виновник ову последицу *хтео*? Ако утврдимо да јесте, било као директну било као евентуалну, онда постоји долозно делање. Ако утврдимо да није, онда морамо поставити и друго питање: је ли виновник при предузимању радње, из које је ово кривично дело *проишло*, располагао оним степеном *пажње* који се од њега захтевао? Ако није онда ћемо га казнити за нехатно делање; ако пак јесте, онда ту до њега више ника-

брањена? Да ли је свест о противправности радње обележје појма умишљаја?

Већи број позитивних закона садржи став: незнање закона никога не извинђава. Тако је и код нас. Новији законици пак, у којима преовлађује индивидуалистички поинцип, воде рачуна о виновниковој концепцији правне природе радње. Тако на пр. јапански, норвешки законици и швајцарски пројекти на случај незнања да је радња забрањена, допуштају ублажавање казне, па чак и пуну некажњивост.

Закони су, vele заступници старијег сватања, објављени и сваки има могућности да се о њима разбере. Ако он то не учини, нека своме немару припише што при предузимању једне радње није знао да је забрањена. Политичка нужност и интереси правне безбедности захтевају да се претпостави знање свакога уредно објављенога закона. Опасно би било питање о кажњивости једне радње чинити зависним од виновниковога сватања о моралном карактеру те радње. Закон би тада изгубио сваку објективност; његова би примена зависила од већег или мањег разумевања преступничковог, те би небрижљив и слабо морално развијен био неодговорнији него брижљиви високо морално развијен, и судија би тада делио милост уместо правде.

Индивидуалистички кривичноправни принцип у овоме је питању нашао најбољег израза у мотивима за норвешки казнени законик. Тамо се разлаже овако: Редовно се тврди да од казне не може заштити незнање казног закона или кажњивости радње. Свакако је увек довољно да је виновник само знао за *противправност* своје радње, а не за њену *кажњивост*. Онај који свесно противправно дела, чини нешто што и сам зна да не би требао да чини. Отуда је он на-

рочито имао разлога да се информира је ли та радња кажњива или не. Сумње може бити само тада, кад виновник није знао ни за *противправност* радње. Систематски би се највише могло рећи, да у овом случају не постоји умишљај, већ само нехат. Супротно мишљење ни само не вели да му је све једно знао виновник за противправност дела или не, већ поставља претпоставку да се правни прописи знаду. То у ствари није ништа друго него одбацавање из практичних обзира једнога принципа, чија се тачност начелно признаје.

Отишло би и сувише далеко, ако би свако незнање противправности радње за собом увек повлачило некажњивост. Јер и овде делимично вреди, ма да у много ужим границама, оно што смо рекли с обзиром на кажњивост, да је виновник морао имати ма и најмањег разлога да сумња у правну допуштеност своје радње, па је отуда требао да се пре радње о томе обавести. Ако би и тада казна зависила од виновниковог сазнања права, онда се он никад не би осетио побуђеним да се информира.

С друге стране, може бити случајева у којима се виновник нимало не може окривљивати за незнање противправности своје радње и оно с тога мора искључивати казну. Било би непрактично постављати у закону општа правила за разликовање конкретних случајева. Стога ће се практичне потребе најбоље задовољити ако се остави широко поље судском слободном процењивању.

Нетачно је тврдити како свако има могућности да се упозна са публикованим законом, и кад он то не чини крив је. Хипел са свим правилно вели: „Који би то криминалист могао данас тврдити да он зна све одредбе наших казnenих закона, и да их се свакога момента може

сетити? Зацело ни један. А коме није познато да баш судови у многобројним случајевима и поред познавања закона различито мисле о томе: да ли је једна радња кажњива или није? А лаик треба увек да је крив кад закон није знао, или га је рђаво разумео!“ (Vorsatz 588., пр. 1.)

Исто је тако погрешно тврђење, како би закон повлађивао небрижљиве и необразоване кад би се при кажњењу на то обзирао, а не би им уписао у кривицу што се нису постарали да се информишу о правном карактеру наумљене радње. На сваки начин оправдано је тражити да одговорност различита буде према ступњевима образованости. Јер, друштво пре но што некога казни зато што је необразован, мора поставити себи питање: да ли му је оно дало могућности за образовање. При томе маса народа не оријентише се о правном карактеру својих поступака из лексикона законских и правних уџбеника. Она се учи о томе шта је добро, а шта зло; шта је поштено, шта непоштено; шта допуштено, а шта недопуштено, у породици, у школи и у животу у посведневном додиру са људима. Законодавац о томе факту мора водити рачуна. Тврђење како сваки може да узме па да чита закон. данас кад је право постало тако компликован комплекс, без мало може да буде шегачење.

Није ништа сретније ни тврђење како се закон мора безусловно примењивати, јер то захтева друштвена безбедност и политичка нужност. Бреша је већ начињена. Зашто они који то мишљење заступају доследно, не траже да се казне и умоболни и малолетници? Зашто питају да ли је ко делао умишљено или нехатно, кад се сваком повредом правних добара, па била умишљена или неумишљена, потреса социјални мир?

Ако кривичноправно законодавство и наука желе да се организују на једноме тачноме и ефективном принципу, принципу индивидуалистичком, онда по коме разлогу треба да буде кажњен један човек који је без икакве своје кривице уверен да врши нешто што му је дозвољено? То нарочито важи за ситније иступе, а специјално за полициске иступе. Зашто казнити странца који би у нашу земљу дошао на један дан, па учинио дело у његовој земљи допуштено, а код нас недопуштено?

Суштина кривице лежи у једноме нарочитом психолошком односу виновника према последици, због кога он може да буде прекорен од стране друштва. Дозни виновник ради егзистички, јер лични интерес ставља изнад општег. Свега тога нема код онога који у моменту делања није имао свести о недопуштености своје радње.

Погрешно би било тражити да виновник зна је ли његова радња *кажњива*, већ само је ли *противправна* или *противдушностна*, уопште, недозвољена.

Свест о противправности јесте сазнање виновниково да је његова радња законски забрањена. Кад би закон утврдио свест о противправности радње као обележје умишљаја, онда би таква одредба довела у много случајева до безразложног ослобођавања, или, судови би у интересу друштвене безбедности врло лако узимали за доказано да та свест постоји, те би и невини могли страдати. Било би ово најзад неоправдано, јер се маса народа не учи о томе шта је допуштено, а шта забрањено, из законских зборника, већ из практичног живота.

Мерило о карактеру предузете радње не може бити ништа друго до животно искуство виновниково. Средина у којој он живи и развија се, посао којим се

бави, сагласно целисходности и владајућем општем интересу, има своје моралне погледе и одређује шта није право, добро, поштено. То што сваки жив и разуман човек слуша, види и зна, наравно, зна и извршилац једнога кривичнога дела. Отуда ми закључујемо: да је за појам умишљаја нужно да виновник зна да је његово дело *недопуштено, противдушно*. Ако он то не зна, онда не може бити кажњен, јер не постоји умишљај.

Има случајева у којима је закон свест о противправности радње унео у закон као битно обележје кривичнога дела. То су изузетни, специјални случајеви, које треба строго разликовати од питања које смо овде расправљали. У таквим је случајевима свест о противправности то исто што и сви други стварни моменти који су елементи дела. И на њу се мора простирати сазнање и хотење. Па даље, много пута захтева закон и код извесних стварних елемената, који су такође битни састојци кривичнога дела, да виновник зна њихову правну природу, њихова правна својства. За појам крађе нужно је, на пример, да неко украде *туђу* ствар. Тај квалитет ствари јесте правни, квалитет који она добија услед извесних нарочитих социјалних односа међу људима. За овакве случајеве вели Лист: „За појам умишљаја нужно је сазнање свију обележја кривичнога дела. Отуда је нужна и тачна *сумсумиција чињеница под закон*. Учинилац мора знати да је ствар коју је он украо *туђа*, да је фалсификовани рукопис исправа, да је радња коју он чини блудничење. Све су то битна обележја злочина, која нису само ствар сватања, већ одређују радњи правни карактер“ (Lehrbuch 16/17 Aufl. S. 173. Ово тврђење не налази се у српском преводу).

Хипел налази да је ово тврђење погрешно. Да ли је сазнање правне при-

роде једнога факта постојало или не, види се опет по околностима из којих ће судија то закључити. За правни би поредак опасно било тражити да виновник супсумира факта под закон. Данас ни најбољи правници не могу да се сложе у томе да ли је једно писмено исправа или не, и шта је у законском смислу исправа, а шта блуд. Куд би одвело кад би фалсификатори, због незнања је ли фалсификовано писмено исправа, били ослобођени казне? За ове се случајеве не да поставити никакво генерално правило. Пужно је отуда тачно анализирати законске прописе за специјалне случајеве. (Vorsatz 561, 562.).

Франк такође не усваја Листово тврђење. Он вели да се правни појмови који су створени у другим областима права у казеном закону потпуно изједначају стварним чињеницама. На пр., речи: цар, брак, својина, потраживање и т. д. Као год што све друге стварне чињенице (ствари) кривично право има готове, израђене, па им само даје своју заштиту, исто тако оно добија готове и израђене правне појмове. Но и међу правним појмовима има разлике. Једни су такви да су свакима познати (на пр., шта је туђа ствар, шта је брак, својина, цар, то зна сваки нормалан човек), а други су они који се изводе путем правне дедукције. Они први равнају се стварним чињеницама, ови други не. Отуда је сазнање оних првих нужно за појам умишљаја, а ових других не. Виновник, на пр., не мора знати да је писмено, које је фалсификовао, исправа, нити умети да то супсумира под појам исправе. Али оно што он ту мора знати, јесу околности по којима ће судија као правник моћи да закључи да у конкретном случају постоји једна исправа (Strafgesetz, S. 128.).

Ово је мишљење правилно.

Б.) Позитивни законици чешће пута сматрају за нужно да у битна обележја појединих кривичних дела поред објективних унесу и једно нарочито субјективно обележје. То субјективно обележје не спада у општи, већ у посебни *corpus delicti* и вреди само за извесне, законом тачно одређене, деликте. Обично су, као што смо видели, битна обележја кривичних дела стварни моменти, или и правни који се приближују стварнима. Али бива да и један субјективан моменат буде једно од битних обележја кривичнога дела. То је случај свуда где закон истиче *намеру* као један од посебних *corporum delicti*.

Треба добро разликовати у таквоме случају намеру од умишљаја. Умишљај је сазнање и хотење свију обележја кривичнога дела; док је намера, која је и сама једно битно обележје, један много ужи појам: она је циљ, непосредни узрок због кога се дела.

Намера, као обележје појединих кривичних дела, унета је у све стране казнене законике. У немачком се у таквим случајевима вели „Absicht“ (намера) — § 242, 263., или „um zu“ (да би) — § 7, 257., или „zu dem Zweck“ (у циљу) — § 363.

У мотивима за немачки грађански законик вели се: „У сагласности са казним законом овај предлог назива умишљајем расположење воље управљено на произвођење једне последице; умишљено значи, дакле, то исто што и свесно и вољно. Предлог, пак, говори о *намери*, кад хоће да означи *циљ* који се жели постићи“. Немачки царевински суд сматра намеру као ужи, технички појам, који се не распростире на цело поље умишљаја, већ само на један део. Он намеру сматра као циљ или *крајњи циљ* делања. Она долази међу последице које су се желеле и којима се при радњи тежило. (Hippel,

Varsatz 533.). Лист, (Lehrbuch 134.) вели овако: „Намера је престава остварења жељене последице која је определила вољу; или, то је жељена последица која се остварењем требала да постигне.“

Но и у немачкоме законнику законодавац није био строго консеквентан. Има случајева, где је он под намером разумевао просто умишљај. Француски законик у том погледу стоји још горе. У њему се технички за умишљено делање вели volontairement. Али се поред тога употребљују још и изрази: à dessein (у циљу), avec connaissance (са знањем), sciemment (знајући), mechamment (злобно), frauduleusement (варалачки, обмањујући). У тим изразима чешће се пута мисли не само на умишљај, већ и на намеру у ужем смислу.

Наш казнени законик показује много више несрећености и неразумевања ствари него страни законици, просто с тога што редактори нашега законика нису знали за подвајање умишљаја и намере кад су стране законе преписивали. Разликовање намере и умишљаја није учинила ни наша правна литература, па и у правосуђу као да се довољна јасна подвојеност не чини.

Наш казнени законик је често узео намеру као битно обележје појединих кривичних дела. Начин изражавања законика у овим случајевима није никако подједнак. Час се вели: „ко у намери“, или „ко намерно“, час опет „ко у циљу“, час „ко... да би“ као на пр. § 147., 149., 153., 225. а, 98., 289., 290., 292., 297., 302. а. итд. У свима овим случајевима потребна је брижљива оцена смисла који је законодавац дао овој речи. Врло често законодавчева „намера“ значи *побуду* делања, али често она не значи ништа друго до умишљај. Свако опште правило било би, дакле, погрешно. Само се за поједини

случај може решити питање да ли се тражи *намера* или *умишљај*. Ако према законском тексту намера значи побуду делања, онда је она једно битно обележје кривичнога дела. На њу се мора распростирати виновникова свест, она мора бити истрагом и на главном претресу утврђена и доказана, па тек онда да се може рећи да је виновник то дело извршио. Ако ли пак у законском смислу „намера“ значи само умишљено, намерно делање, онда се она нарочито не испитује, већ потпада под општа правила о умишљају.

III. Дефинисање појма нехата зависи од тога како дефинишемо појам умишљаја. Али на овоме је пољу теорија преставе учинила концесије теорији воље. Она је признала да карактеристика нехата није непредвиђање већ нехотење последице.

Отуда је о нехату мало контроверза и легална се дефиниција без икакве опасности да поставити. Раније је речено које елементе она треба да обухвати.

I. Извори.

1. Казнителный Законикъ за полицаине преступке од 27. маја 1850. год.
2. Законикъ за злочинства и преступе у княжеству србскомъ од 6. јулия 1859. год.
3. Казнителный Законикъ за княжество Србию од 29. марта 1860. год., са свима доцнијим изменама и допунама.
4. *Б. Д. Ценић*. Обѣсненѣ Казнителногъ Законика за княжество Србию. Београд 1866. године.
5. *Др. Коста Петковић*. Коментар Казне-ногъ Законика. Прва свеска. Београд 1903. г.
6. *С. Максимовић*. Нова збирка одлука Касационогъ Суда. Београд 1904.
7. . . . Одлуке Касационогъ Суда. Кривично правосудје. Свеска трећа. Издање „Бранича”. Београд 1903.
8. *Гојко Никетић*. Начелне одлуке опште седнице Касационогъ Суда. Београд 1908.
9. Übersetzt von *Ernst Rosenfeld und Andreas Urbye*. Entwurf eines allgemeinen bürgerlichen Strafgesetzbuches für das Königreich Norwegen. Berlin 1898.
10. Übersetzt von *H. Bittl*, E. ets. Norwegen. Motiwe. Berlin 1907.
11. Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch. Neue Fassung der Expertenkommission. Bern, 1908.

II. Литература.

1. *J. Ђ. Авакумовић*. Теорија Казненог Права. Први део. Београд 1887.
2. *Д. Йовевъ*, докторъ на правото. Българско наказателно право. София 1899.
3. *Dr. Robert v. Hippel*. Die Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit. Leipzig 1903.
4. *Professor Dr v. Hippel*. Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum. Vergleichende Darstellung etc. Allg. Th. III B. 1908. J.
5. *Д-ра Франца фон Луста* Немачко Кривично Право. Превео и допунио проф. Др. Мил. Р. Веснић. Београд 1902.
6. *Dr. Franz v. Liszt*. Lehrbuch des deutschen Strafrechts 14., 16. и 17. Auflage. Berlin 1903., 1908. J.
7. *Dr. Franz v. Liszt*. Gutachten für den 24. Juristentag 1897. (Verhandlungen Bd. I).
8. *Oetker*. Zum Schuldbegriffe. Bemerkungen zu Reinhold Frank, Über den Aufbau des Schuldbegriffs. Gerichtssaal LXXII Heft $\frac{3}{6}$ S. 161—171.
9. *Dr. August Finger*. Bemerkungen zum Schuldbegriffe. Ger. saal. LXXII Heft $\frac{3}{6}$ S. 249—265.
10. *V. Bar*. Dolus eventualis? Zeitschrift etc. 18. S. 534—559.
11. *Dr. Alfred Weinrich*. Strafrecht und Kriminalpolitik 2. 17., S. 779—880.
12. *Dr. Konrad Hagen*. Der Vorsatz und seine Feststellung. 2. 16., S. 159—260.
13. *Dr. Reinhard Frank*. Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 5—7. Auflage. Tübingen 1908.
14. *Dr. Reinhard Frank*. Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre. Z. X.
15. *Dr. A. Merkel*. Lehrbuch des deutschen Strafrecht. Stuttgart 1889.
16. *Dr. Hugo Hälschner*. Das gemeine deutsche Strafrechts. I. Bd. Bonn 1881.
17. *Dr. Albert Friedrich Berner*. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 16. Auflage. Leipzig 1891.

18. *Dr. Friedrich Oppenhoff*. Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 14. Auflage. Berlin 1901.
19. *Dr. Justus Olshausen*. Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 7. Auflage. I Bd. Berlin 1900.
20. *Finger*. Compendien des österreichischen Rechts, das Strafrecht II Bd. Leipzig 1895.
21. *Stooss*. Dolus eventualis. Z. XV S. 199—261.
22. *Dr. Friedrich Sturm*. Die strafrechtliche Verschuldung. Strafrechtliche Abhandlungen. Heft 41. Breslau 1902.
23. *Zitelman*. Irrtum und Rechtsgechäft. Leipzig 1879.
24. *Dr. Tomas Givanovitsch* à Belgrade. De l'élément subjectif («moral») dans la notion du délit. Extrait de la Revue Penale Suisse. 1909.

