ИНВ. БР.
814

Др. Тома Живановић

1. Појам узрочности у Кривичном Праву

2. Теорија воље и теорија свести (представе) о умишљају и dolus eventualis

Прештампано из АРХИВА ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

БЕОГРАД
ШТАМПАРИЈА „ДОСИТИЈЕ ОБРАДОВИЋ“ — АЦЕ М. СТАНОЈЕВИЋА
ЧИКА-ЉУБИНА УЛ. БР. 8.
1910.

Цена 0.60 дин.

II 814

ПОЈАМ УЗРОКА У КРИВИЧНОМ ПРАВУ

(РАЗЛИКОВАЊЕ УСЛОВА ПРЕМА ВРСТИ ЊИХОВИХ ПОСЛЕДИЦА И ПРЕМА ВРЕМЕНУ КАД СУ ИСПУЊЕНИ).[1]

Појам узрока садржи три момента: *узрок* посматран за себе самога, *последицу* посматрану за себе саму, и *узрочну везу* између прве две појаве. Прва два момента су с гледишта Кривичног Права: *људска радња* и *последица*. Тиме је речено, да се с гледишта Кривичног Права један једини услов мора да сматра као узрок. Према томе састоји се јуристички проблем узрочности у ограничењу филозофског појма узрока (узрок је скуп свих услова) тако, да се један једини услов као узрок може сматрати. Овај проблем састоји се дакле у решењу питања, *да ли се сваки услов треба да сматра као узрок, или, ако се одречно одговори, на основу којег критеријума треба да се разликују услови, који су узроци, од оних, који то нису.*

При испитивању узрочног проблема једно се мора стално имати на уму. На име не смеју се ни под којим условом да бркају питања о *узроку* и *виности*. Прво је *објективне*, друго

---

[1] Ова расправа је штампана у v. Liszt-овом Zeitschrift f. d. gesammte Strafrechtswissenschaft („Ursachenbegriff im Strafrecht") за 1910 год. В. о узрочности *Givanovitch* Du principe de causalité efficiente et de son application en droit pénal I (1908) и *Живановић* Основи Кривичног Права (1910) § 14.

субјективне природе. За кривичну одговорност потребно је, да се пре свега испита, да ли постоји узрочност, и тек ако има ове, може да се испитује, да ли постоји виност. Виност претпоставља узрочност, и придружује јој се као нешто ново. Питање о узрочности је дакле потпуно независно од питања о виности, док обрнуто није тачно: нема виности без узрочности. Да ова зависност одн. независност одиста постоји, доказаћемо следећом анализом психичког елемента људске радње, т. ј. *воље*, и суштине проблема узрочности).[1]

Узрок радње и, према принципу *causa causae est causa causati*, њене последице је *хотење*. Оно је *једини* психички моменат, који је у исто време каузални моменат. Према томе *може питање о узрочности да се побрка само с питањем о садржини воље*. Али из ове садржине се види, да је погрешно да се говори о зависности питања о узрочности од питања о виности *у опште*, т. ј. без ограничења, као што то чине сви писци, *јер виност је врло ретко саставни део садржине вољине*. На име садржина вољина је сложена из различних мотива, а суштина виности се састоји у представи узрочне везе између радње и последице или могућности такве једне представе. Ова ће пак представа бити један елемента вољине садржине, само ако је извршилац у погледу последице *намерно* делао, т. ј. само ако је радњу предузео искључиво њене последице ради, *јер само тада је она представа један од мотива хотења*.[2] Из тога излази, да се питање о зависности узрочности од виности може да постави, само ако закон захтева *намеру*, дакле само *изузетно*. Али *суштина проблема узрочности* показује, да се чак у овим изузетним случајевима питање о узрочности не сме да побрка са питањем о виности.

Суштина проблема узрочности састоји се у свођењу једног појава на један други појав, т. ј. у испитивању, да ли је први проузрокован другим. Према томе, кад је у питању

[1] В. *Живановић*, Du principe de causalité efficiente стр. 29, где смо усвојили опште схватање зависности одн. независности и општу аргументацију истих, које сада сматрамо за погрешне, као што ће се из следећег излагања видети.

[2] Зато је погрешно тврђење *Radbruch*-ово, да је виност *у опште* један *квалитет* воље стр. 108.

овај проблем, *потпуно је равнодушна садржина дотичних појава*. Доследно, исто је тако и с вољом, кад је у питању њен узрочни карактер. И она нас онда интересује, само у колико је узрок радње и према томе последице радње. Сасвим је равнодушно пак, шта сачињава њену садржину. Дакле и у оним ретким случајима, где се законодавац не задовољава умишљајем, него захтева *намеру*, питање о узрочности је потпуно независно од питања о виности.

Из горњег се види у исто време, да је виност зависна од узрочности. Јер виност је свест или могућност свести о узрочности. Према томе кад нема узрочности, не може бити речи ни о свести, ни доследно о виности. Зато је погрешно тврђење *Merkel*-ово[1] и *Liepmann*-ово,[2] да, кад се узрочност схвати потпуно независно од виности, не остаје од виности ништа више него један искључив *„феномен мисли“*.

Следеће излагање о појму узрока биће подељено у два параграфа. У првом ћемо изнети наше решење проблема узрочности у Кривичном Праву. У другом ћемо критиковати *Тиренову* критику теорије *v. Buri*-еве и његове критичаре.

§ 1. Теорија разликовања услова према природи њихових последица и времену, кад су они испуњени.

1. Кад се истражују узроци извесне последице, *непосредни* услови не задају никакве тешкоће. Несумњиво је, — и нема ниједне теорије о узроку која би противно тврдила, — да се сваки од њих мора да сматра као узрок. Теорија саучешћа у разним законодавствима показује, да је то и њихово становиште. Тешкоћа настаје, тек кад се испитује узрочност *посредних* услова, и све многобројне теорије постале су овим поводом. Критика ових разних теорија, од којих ниједна није у стању, да реши узрочни проблем у Крив. Праву, показује нам двоје: 1⁰ да се сваки од *посредних* услова не може сматрати као узрок последице, и 2⁰ да је немогуће чинити међу њима узрочну разлику, ако се узме у обзир само њихова, са непосредним условима заједничка им последица, т. ј. последица у питању. С обзиром на 2⁰ теорија еквиленције има једина од свих теорија нечега тачног у себи: она не чини међу условима ни-

[1] 71 и *v. Liszt's* Z. I. 591—596.

[2] 60.

какву разлику, јер су према њој сви услови с гледишта узрочности еквивалентни *за ону последицу*. Али се је она огрешила о резултат под 1°: она се задовољава поставком, да су сви услови еквивалентни за ону последицу, и не чини никакву разлику међу њима с другог ког гледишта, већ их због немогућности узрочног разликовања с обзиром на последицу у питању, сматра *све* као *узроке* исте.

2. Наглашено је од свих противника теорије еквиленције, и признато је од стране самих њених заступника, да је с гледишта Крив. Права немогуће, да се сваки услов извесне последице сматра као њен узрок. А н. пр. пошље једног дечка, чију смрт жели, у шуму за време олује, да би ту погинуо од грома, што се збиља догоди. Или А, предвиђајући олују, весла с овим дечком. Олуја заиста наступи, чун се преврне, и дечко се удави, пошто је А-у било немогуће да га спасе. У оба ова случаја умишљај убиства постоји, и А је испунио један услов за смрт. Према теорији еквиленције А би према томе требао да буде кажњен за *убиство с предумишљајем*: Ево каквим апсурдним резултатима води теорија о једнакости свих услова с гледишта узрочности.

Исто таким апсурдима води ова теорија и у случајевима, где се последица није предвидела. То нарочито важи за телесне повреде, где се казна повећава упоредо са тежином повреде, и ако нема нехата. Обрањени Б н. пр. пренет је у болницу, и ту умре заражен тифусом од В, који је био смештен с њим у истој соби, и који је ту добио тифус. А, који је лако ранио Б, испунио је тиме један услов за смрт од тифуса, јер да Б није био рањен, он не би био пренет у болницу, и доследно не би се заразио. А је дакле према теорији еквиленције проузроковао смрт. Пошто се пак казна повећава са тежином повреде, А... би имао да буде кажњен за умишљајну повреду, која је имала за од последицу непредвиђену извршиоца смрт (§ 226 немачког казн. зак., art. 309, al. 4 — француског казн. зак.), или, с гледишта нашег казн. законика, А... би имао бити кажњен за убиство из § 160! Или А, који станује у близини железничке пруге, пошље ради извесне ствари једног дечка с друге стране пруге у време, кад ту обично пролази железница. Ако би дечко био прегажен, А би требао према овој теорији да буде кажњен за нехатно убиство, јер

је испунио један услов за дотични несрећни случај, а може се рећи да је нехатно радио!

3. Кад се с једне стране не може сваки услов да сматра као узрок, а с друге пак не може да пронађе критеријум за разликовање услова, ако се узме у обзир само посредним и непосредним условима заједничка последица, т. ј. последица у питању, не остаје друго, него да се тај критеријум тражи у другим моментима узрочног низа. При томе треба стално имати на уму, што се је често занемаривало, (1°) кривично-правном појму узрока треба да служи за основицу филозофски (логички) појам узрока, и, што су творци свих теорија о узроку пренебрегли, (2°) да се крив. правни узрочни закон треба да утврди на основу баш оних практичних случајева, где би било апсурдно казнити поред свега тога, што се је један услов за последицу испунио, и што умишљај у смислу Крив. Права постоји. Који су ти практични случајеви, видело се је већ. На њима ћемо дакле имати да испитамо, зашто услови у питању нису довољни за кривично-правну одговорност, т. ј. зашто се не могу да сматрају у Крив. Праву као узроци последице у питању. На тај начин ћемо видети, чиме се ови услови одликују од осталих. Али у том циљу је потребно, да пре свега изложимо, какве последице, непосредне или посредне, могу да имају у свом каузалном низу услови последице у питању, т. ј. последице, чији се узроци истражују.

НАРОДНА СКУПШТИНА БИБЛИОТЕКА Београд

4. Кад је у питању један услов извесне последице, треба да се разликују три момента: 1° *услов* у питању, 2° његова *последица* и 3° *узрочни однос* између њих.

5. Из ове анализе излази одговор на питање о разлици међу условима. На име док *непосредни* услови последице у питању имају за последицу њу саму, дакле једну појаву *спољнег света*, дотле *посредни* услови исте могу имати у свом каузалном низу као последице било само *услове* последице у питању, дакле опет појаве спољног света, било поред услова (или искључиво) и *узрочни однос*. Постоји дакле једна *објективна* и *практички изводљива* разлика између услова. *Неки од њих имају у свом каузалном низу као посредну или непосредну последицу* **узрочни однос**, *неки не*.

6. Питање је сада, да ли ова разлика може да служи као критеријум за разликовање услова тако, да се не могу ни у ком случају сматрати као узроци услови, који у свом узроч-

ном низу *имају за последицу један узрочни однос*. На ово се питање мора да одговори потврдно, јер у свима наведеним случајима, где теорија узрочне једнакости услова води апсурдним закључцима, услов, односно чијег узрочног значаја би она водила таквим закључцима, има у свом каузалном низу за последицу један *узрочни однос*. Тако н. пр. у случају смрти од грома, услов у питању је шиљање дечка у шуму за време грмљавине, и његова је последица не падање грома — непосредни услов смрти, јер би исти пао наравно и без тога, већ *само узрочни однос између дејства грома и смрти* дечка, јер да он није био послат у шуму, не би га ни гром убио. Или узмимо случај смрти од заразе у болници. Услов у питању је обрана. Иста је имала за последицу наравно не заразну болест, већ пре свега пренос у болницу и посредно заразу, т. ј. *узрочни однос између болести лица Б*, које је било у истој соби, и *болести*, следствено смрти обрањеног.

Узмимо пак један од случајева, где је изван сваке сумње, да се *посредан* услов мора да сматра с гледишта Крив. Права као узрок. А... зна, да је известан мост склон паду, и да је довољан најмањи терет, па да се скрха. Да би дошао главе лицу Б, он га пошље с друге стране моста ради извесног посла. Б послуша, при прелазу се мост скрха, и он погине. Непосредни услов смрти је крхање моста, посредни пак шиљање погинулог преко моста, и овај има за своју последицу не један узрочни однос већ крхање, т. ј. један непосредни *услов*. Исто је тако увек код саучешћа. Радња подстрекача има увек за последицу један *услов*, а не узрочни однос. Помагање не сме такође никад имати за последицу посредну или непосредну један узрочни однос.

Види се јасно, да за Кривично Право ни *de lege lata* ни *de lege ferenda* не могу да се сматрају као *узроци услови, који у свом каузалном низу имају за последицу један узрочни однос*.

Али од тога има један изузетак. А баци н. пр. у ватру једно дете, и оно изгори. Бацање у ватру, услов посредан има за последицу, овде непосредну, *узрочни однос између дејства ватре и смрти*, и при свем том никоме неће пасти на ум, да не сматра бацање као *узрок* с гледишта Крив. Права. Намеће се према томе питање, у чему се састоји разлика између ових и пређашњих случајева.

Као што се види, она се састоји у *истовременој егзистенцији* услова у питању (бацања) и дејства услова, чији узрочни однос са последицом (узрочни однос између дејства ватре и смрти) онај први има за своју последицу. Што се истовремености тиче, она треба да постоји, као што се из примера види, између услова у питању и *дејства* оног другог услова, и то дејства његовог, а не једног од *његових* услова. Отуда (1°) у случају смрти од заразе, ма да може бити истовремености између обране и болести лица В, обрана није узрок, пошто она није истовремена са самим *дејством* болести (ова је могла дејствовати, тек кад је А... пренет у болницу) и (2°) у случају смрти од грома шиљање у шуму није узрок, ма да са истим могу бити истовремена дејства *услова* оног услова, чији узрочни однос са смрћу оно има за своју последицу, т. ј. грома, ма да је дакле у нашем случају већ било довољно електричне струје у атмосфери.

7. Треба сад утврдити, како се има да сматрају услови, који не спадају у категорију именованих, т. ј. који немају у свом каузалном низу за последицу непосредну или посредну један узрочни однос, и код којих именована истовременост недостаје. Већ с обзиром на то, што их Крив. Право сматра као довољне за кривичну одговорност, ако виност постоји, треба да се они *сви* без разлике сматрају као *узроци*. Позитивно право и велики део теоретичара чине међутим разлику у науци о саучешћу међу условима у опште, и доследно иста важи и за ову групу услова, коју смо ми издвојили. На име према њима има услова, за које се истина мора кривично да одговара, али који сами за себе нису довољни за крив. правну материјалну урачунљивост, т. ј. који нису *узроци* последице у питању.

Критика разноврсних теорија о узрочности показала је, да су погрешни сви критеријуми предложени за разликовање услова, који су узроци, од оних, који то нису. Видело се је, да само један од ових критеријума почива на стварној разлици услова, на име *квантитативни: сви услови нису допринели у истој мери проузроковању последице у питању*. Али видело се је такође, да се разликовање услова у узроке и услове не може да изведе на основу овог критеријума: *немогуће је наћи меру, да би се оценило, колико је допринео овај или онај услов*. Но баш и кад би било пронађено ово мерило, не би се могло објаснити с гледишта Крив. Права,

зашто сматрати као узрок н. пр. само онај услов, који је највише допринео, или оне који су више но други допринели (в. теорију *Birkmeyer*-ову). Најзад квантитативно разликовање је у противности са теоријом саучешћа позитивног права, где се радња извршења сматра једина као узрок (у белгијском н. пр. и подстрекавање се сматра као узрок) без обзира на то, колико је она допринела.

8. Једино изводљиво и, као што се је видело, неопходно разликовање међу условима је дакле оно, које ми чинимо. Из тога излази, да се сви услови, који не спадају у категорију оних, што нису довољни за материјалну урачунљивост, другим речима што никад не могу засновати крив. одговорност, треба да сматрају као *узроци*. **Узроци последице у питању су дакле** *сви они услови*, **који у свом узрочном низу немају за посредну или непосредну последицу један узрочни однос, или, ако имају, који су истовремени са конкретним дејством услова, чији је узрочни однос њихова последица.**

9. Као што се види, ми сматрамо све мало час (5⁰) наведене услове као узроке зато, што је немогућа практички и неоправдана теоријски једина њихова стварна разлика, т. ј. разлика квантитативна. Теорија узрочне једнакости свих услова међутим поред тога што води апсурдним закључцима услед свог тврђења, да су *сви* услови без разлике узроци, греши према реченом и својим образложењем овог тврђења. Њене присталице на име тврде, да се сви услови мора да сматрају као узроци зато, што су сви од *исте вредности* за последицу, т. ј. што су *подједнако нужни* за исту.

Видело се је већ, да је ово тврђење нетачно. Нису сви услови од исте вредности за последицу, јер је по себи разумљиво, да они не доприносе сви у истој мери проузроковању последице. Они нису дакле ни *позитивно* од исте вредности, јер у разној мери *доприносе* проузроковању последице, ни *негативно*, јер у колико је један услов више допринео проузроковању, у толико је он *нужнији* за последицу.

§ 2. Критика Тиренове критике теорије узрочне једнакости свих услова и критике његових критичара.

Као што се је видело, теорија узрочне једнакости свих услова с једне стране тврди, да су сви услови *еквивалентни* с гледишта узрочности, с друге пак разликује услове у *релевантне* и *нерелевантне*. *Thyren*[1] сматра ово за противречност. „*Ограничење* (на име деобом услова у релевантне и нерелевантне) и *еквиваленција* (на име с гледишта узрочности) одговарају, вели он (стр. 27), тачкама гледишта потпуно супротним једна другој; мора да се напусти или ограничење или еквиваленција“. Да би се видело, у ком смислу схвата *Thyren* противречност, потребно је, да се изложи његово мишљење о суштини појма узрочности.

Треба да се разликују, вели он, у појму узрочности два момента: *сукцесија* и *узрочни однос*. Сукцесија се састоји у томе, што појав каснији следује појаву претходном, другим речима у томе, што сви услови мора да претходе последици, да би се она произвела. Очевидно је према томе, тврди он, да се не може чинити никаква каузална разлика међу условима с овог гледишта узрочности: сви су услови *подједнако нужни* с гледишта сукцесије. „Сукцесија је, вели *Thyren* (стр. 2) увек подједнако нужна. Ако узмемо у обзир ма које појаве, који следују један другоме, сваки појав каснији следује нужно појаву претходном. И градација је противна суштини нужности. Према томе не може да се чини никаква разлика међу условима на основу сукцесије: у овом су смислу они сви једнаки, чак и с обзиром на њихову конкретну последицу“. Ако се према томе остане на овој тачци гледишта, сви се услови мора да сматрају као узроци.

Други моменат у појму узрочности је *веза (однос)*, која спаја два појава, од којих један нужно претходи другом. С гледишта овог момента нема једнакости међу условима. Једни су с овог гледишта *више узрочни* но други, и према томе се они могу са истога да разликују.

Из горњег се види јасно, зашто *Thyren* вели, да треба, да би се избегла противречност напустити или *ограничење* или *тврђење о узрочној једнакости*. Теорија узрочне једнакости услова разликује услове у релевантне и нерелевантне, што значи, вели он, да је за њу меродаван други моменат у појму узрочности, јер се услови само са гледишта истога да разликују. Али кад је тако, продужује он, ова теорија, ако хоће да буде доследна, не сме да тврди, да су сви ре-

[1] *Bemerkungen zu den kriminalistischen Kausalitätstheorien.* 1894 стр. 27.

левантни услови еквивалентни. На против она би требала и њих да разликује са гледишта степена узрочне везе. Сматрајући их при свем том за еквивалентне, она се противречи са својом полазном тачком, јер прелази тиме на други моменат појма узрочности, на сукцесију, с гледишта које она не би смела да чини никакву разлику, доследно ни ону у релевантне и ирелевантне. „Ако би хтели да сматрате за меродаван само један моменат, ви би требали, вели *Тирен* (стр. 29), *било* да држите све услове за еквивалентне с гледишта узрочности, али у исто време да напустите разликовање услова у релевантне и ирелевантне, засновано на степену узрочне везе — закста онда нећете моћи да дођете ни до каквог практичког резултата; *било* да сматрате за меродаван степен узрочне везе (*„Zusammenhangsgrad“*), али онда да тврдите, не да су сви услови еквивалентни, већ напротив“.

Присталице теорије узрочне једнакости су покушали, да побију ову критику. Но као што ћемо доказати, нико није у томе имао успеха.

Антецеденти ирелевантни, вели *Hartmann*[1], нису *услови*, пошто узрочни однос не постоји између њих и последице. Према томе продужује он, теорија узрочне једнакости, разликујући услове у релевантне и ирелевантне, не противречи се, кад она тврди, да су сви релевантни антецеденти еквивалентни. Противречности би било само онда, кад би ирелевантни антецеденти били такође у узрочном односу са последицом. Али тврђење *Хартман*-ово, да ирелевантни антецеденти нису услови, је погрешно. Он је у осталом једини, који то тврди, позивајући се на ауторитет *Ј. Ст. Мила. Мил*, вели *Хартман*, сматра као *услове* само антецеденте, „који су стално праћени последицом“, или „који изазивају феномен, и без којих се он не би произвео“. Али ове речи немају смисао, који им он даје. На против *Мил* хоће тим да каже, да су услови само антецеденти, који су допринели произвођењу последице, а т. зв. ирелевантни антецеденти су такви. Сем тога баш и кад би било истинито тврђење *Хартманово* о ирелев. антецендентима, противречност у смислу Тиреновом би ипак постојала. Јер чим има антецедената, који су за разлику од других тако *мало* допринели произвођењу последице, да се не сматрају као

[1] *Das Kausalproblem im Strafrecht* 1900. стр. 64, § 2.

услови, не може се разложно тврдити, да су остали антецеденти (релевантни) еквивалентни. Критика *Тиренова* није дакле ни најмање побијена.

Сукцесија је нужна, вели *Brünneck*[1], *само* између антецедената релевантних и последице. Према томе теорија еквиленције се не противречи, када сматра као еквивалентне све релевантне антецеденте. Али погрешно је ово разликовање *Бринеково* између сукцесије нужне и сукцесије, која није нужна, јер један антецеденат је нужан за проузроковање извесне последице, чим је допринео истоме ма и у најмањој мери. *Бринек* греши и с другог једног гледишта. На име чим он тврди, има антецедената, који су тако мало допринели, да сукцесија између њих и последице није нужна, противречно је тврдити, да је сукцесија између свију осталих антецедената и последице *подједнако* нужна. Критика Тиренова није дакле ни најмање побијена ни његовом аргументацијом.

Кад теорија *conditio sine qua non*, вели *Trager*[2], разликује услове у релавантне и ирелевантне и сматра прве као еквивалентне, она ово чини само с *правног* гледишта. Но и ова одбрана теорије еквиленције је погрешна. На име теорија еквиленције разликује с *правног* гледишта антецеденте у релевантне и ирелевантне зато, што има антецедената, који су тако мало допринели проузроковању последице, да су за исто са правног гледишта потпуно индифирентни. Према томе да би ова теорија остала доследна, она треба да разликује с правног гледишта и остале у антецеденте с квантитативног гледишта, а не да их сматра за еквивалентне. Разлог њен за разликовање антецедената у релевантне и ирелевантне с гледишта правног постоји и за разликовање релевантних антецедената у више или мање узрочне. Да је тако, признаје пређутно и сам *Трегер*, јер и он (в. теорије адекватске) разликује услове *релевантне* у узроке и просте услове.

Према нашем мишљењу *противречност*, коју *Тирен* налази у теорији еквиленције, не постоји, али под условом, да се сматра као тачно његово тврђење, да је сукцесија између свију услова и последице *подједнако нужна*. На име ова теорија разликује пре свега услове у релевантне и ирелевантне.

[1] *Das Kausalproblem im Strafrecht.* 1900. стр. 7. с. с.

[2] *Op. cit.*, стр. 49.

За тим сматра све релевантне услове као еквивалентне, пошто су сви *нужни* за последицу. Према томе ако је истина, да је сукцесија увек *подједнако* нужна, нема противречности, кад се тврди еквиваленција. Противречности би било само, кад би теорија еквиваленције сматрала услове релевантне за еквивалентне на основу истог критеријума, на основу којег она дели услове у релевантне и ирелевантне. Она их међутим сматра за такве са гледишта сукцесије, а Тирен сам вели, да су сви услови с овог гледишта еквивалентни.

Тврђење Тиреново, да је сукцесија увек *подједнако* нужна, погрешно је, јер, као што смо већ нагласили, у колико је један услов више допринео проузроковању извесне последице, у толико је он нужнији. *Позитивној* разлици услова одговара њихова разлика у смислу *негативном*. Према томе теорија еквиваленције се противречи, кад она с једне стране разликује услове у релевантне и ирелевантне с позитивног гледишта, с друге пак сматра за еквивалентне с гледишта негативног све релевантне услове. Ако се дакле она не противречи у смислу *Тиреновом*, она се противречи у овоме смислу.

ТЕОРИЈА ВОЉЕ И ТЕОРИЈА СВЕСТИ (ПРЕДСТАВЕ) О УМИШЉАЈУ И DOLUS EVENTUALIS

I. Умишљај је свест (представа) о узрочној вези између радње и последице, свест о последици, како се краће вели, или анализирајући објекат свести, умишљај је свест о свима стварним околностима кривичног дела.[1] Одређивање умишљаја као *свести* о нечему познато је под именом *теорије свести* или *представе* (Vorstellungstheorie) за разлику од *теорије воље* (Willenstheorie), која одређује умишљај као *хотење* последице.[2] Теорија воље води кривично-правно немогућим за-

* За наслов дела цитираних писаца в. *Живановић* Основи Кривичног Права (1910), Књижевност уз §.

[1] В. о умишљају *Живановић* Основи Кривичног Права § 46.

[2] Заступници теорије свести су поред осталих *Garçon* art 1 E., *v. Liszt* § 39 II, *Frank* § 59 I, *Kohler 1* 70. Заступници теорије воље су поред осталих v. Bar *3*, *Beling* 191, *Binding*, *Birkmeyer* 1126, *Meyer-Allfeld* 140, *v. Hippel*, *Olshausen* § 59, 16 и сви француски писци сем *Garçon*-а.

кључцима, те се не може усвојити у Кривичном Праву. Против ње се наводи:

1. Последица не може никад бити хотена, јер она није вољом проузрокована. Хотење је само један од услова, који су је својим садејством проузроковали, а хотено је само оно, што је искључиво вољом проузроковано. Хотење се завршава с телесним покретом.

Ова је примедба неоснована са више гледишта:

а) Нема никаквог разлога, да се сматра као хотено само оно, што је вољом проузроковано у *филозофском* смислу узрочности (узрок скуп свих услова, или оно, што је по себи довољно, да проузрокује последицу), а не и оно, за чије је произвођење воља (посредством од ње проузроковане радње) била само један од *услова*. Сем тога се телесни покрет не мора хтети ради њега самога, већ је могуће, да га извршилац хоће ради његове последице, те се онда и ова мора сматрати као хотена.[1]

б) Да би побили ову примедбу, заступници теорије воље веле још, да и телесни покрет није искључиво вољом проузрокован. Воља се схвата од заступника теорије свести као *раздражење моторних живаца*,[2] као *инервација*. Међутим, веле они, произвођење телесног покрета не зависи само од ове инервације, већ и од других услова, међу којима је нарочито важна *особеност* самих моторних нерава, јер раздражење истих зависи од ове особености.[3] Телесни покрет може да се не произведе, и ако се хоће. Но ово тврђење не изгледа основано. Претпоставка је, да нерви мотори нису у болесном стању, и чим они то нису, њихово раздражење, према томе и телесни покрет зависе искључиво од воље.

в) Умесна је међутим примедба заступника теорије воље, да су заступници теорије свести *недоследни*, кад тврде, да последица не може бити хотена. Они схватају вољу као раздражење мишића, и према томе мора се узети, вели *v. Hippel*, (22) да је хотено једино ово раздражење, а не и његова последица: телесни покрет. Чим пак она узима, да је хотен и телесни покрет, нема никаквог разлога, да се не сма-

[1] Уп. *Finger* 257 пр. 345; *v. Hippel* 15.

[2] *Zittelmann* 36, 72, *Bünger* 307, 333, *Träger* 28 *v. Liszt* § 28 I 1.

[3] *v. Rohland* 21, *v. Hippel* 26, *v. Bar* II 289.

трају као хотене и даље последице, које се надовезују на телесни покрет.[1]

г) Умесно се такође примећује, да је појам хотења независан од појма телесног покрета.[2] Хотења може бити, и ако нема телесног покрета. Тако код нечињења (и шта више код чињења додаје неумесно *v. Rohland* наводећи за пример лежање, седење, слушање предавања), јер оно може бити хотено, ма да се не састоји у телесном покрету. Воља се дакле може остварити, и ако нема телесног покрета. Према томе и последица телесног покрета може бити хотена.

Мора се дакле узети, да и последица може бити хотена. Заступници теорије свести, противречећи се, говоре у извесним случајевима и сами о хотењу последице. Тако у науци о саучешћу говори *v. Liszt*[3] о подстрекачу, који *хоће*, да се подстрекнути на делу ухвати (последица подстрекивања).

2. Хотен је само оно, што се *жели*. Према томе ако извршилац није желео последицу своје радње, ма да је ње био свестан, ма да ју је дакле предвидео, не би он никад могао бити *умишљајни*, већ само нехатни извршилац.

Присталице теорије воље одговарају на ово, да хотење није синоним жељења, и да се према томе могу хтети и последице предвиђене, али нежељење или чак и непријатне. Али кад се воља овако схвати, онда је разлика између теорија воље и вести искључиво разлика *терминолошка*.[4] И према једној и према другој је онда умишљајни извршилац онај, који је предвидео последицу своје радње. Разлика је само у томе, што присталице теорије воље називају предвиђање последице хотењем исте.

Но сматрање последице предвиђене нежељене као хотене противно је и психолошком и вулгарном појму хотења. *Hippel* тврди противно и за један и за други појам, али безразложно.[5] У психологији, вели, хотење није синоним жељења. У обичном пак говору се истина, кад је реч о хотеним последицама, нехотице мисли у првоме реду на жељене последице. Али то није нужно. И последице представљене као нужне

[1] В. *v. Rohland* 20.
[2] В. *v. Rohland* 16 сл.
[3] § 52 II за.
[4] *v. Liszt* § 39 пр. 2; *Frank* § 59 I, *M. E. Meyer* 144.
[5] 33, 37.

сматрају се као хотене, баш и кад нису жељене, или су шта више непријатне. Ко купи накит, вели *Hippel*, тај хоће да чини новчани издатак, баш и кад му је то непријатно.

v. Bar је покушао, да отклони ову примедбу тиме, што дефинише вољу као *тежење* (Erstreben) *нечему с представом, да се то може проузроковати*. Равнодушно је према томе за појам хотења, да ли се је тежено желело или не. Али, додаје он (319), може бити хотена и нетежена последица, на име кад је она тесно скопчана с теженом, јер оно, што је немогуће раздвојити, не може се ни *хтети* раздвојити, другим речима то се такође хоће. Овај додатак је нетачан, а он се баш односи на један део оних случајева, који доказују, да је теорија воље погрешна: предвиђање последице, али нежељење исте. Не може се на име рећи за онога, који предвиђа извесну последицу а не тежи истој, да јој тежи онда, кад је она, нераздвојима од тежене последице т. ј. кад је она предвиђена као неизбежна. Тиме се тврди исто оно, што тврде остале присталице теорије воље: да онај, који предвиђа извесну последицу, па ипак дела, хоће исту. Таквим тврђењем се спор између теорије воље и свести претвара такође у спор терминолошки. Но за разлику од осталих заступника теорије воље ова примедба важи само за оне случајеве, где је последица предвиђена као *неизбежна*, јер *v. Bar* само ту сматра, да је последица нетежена ипак хотена (тежена), а не и у случајевима, кад је последица нетежена предвиђена само као могућа. Овде нема према њему умишљаја.

3. Теорија воље показује се као немоћна у случајевима, где дело садржи моменте, који су постојали, пре но што се је оно извршило. Тако код велеиздаје из § 84 немогуће је тражити за умишљај, да оптужени „хоће“ рат, или за умишљај код побацивања (§ 168), да оптужена „хоће“ своју трудноћу. На ову примедбу се одговара, да ако је немогуће хтети ове чињенице као чињенице, оне се ипак морају хтети као елементи кривичног дела, т. ј. извршилац мора хтети, да његова радња ступи у везу с њима.[2] Но тиме се наведена примедба ни најмање не побија, јер за умишљај би било потребно хотење самих стварних околности, а не само хотење везе из-

[1] *2* 318. сл.
[2] *Beling* 195.

међу радње и истих. Ови случајеви доказују дакле такође, да је теорија свести умесна. У именованим случајевима може се тражити само, да је женска свесна своје трудноће, да је велеиздајник свестан рата.

II. Свест о узрочној вези између радње и последице, која сачињава умишљај, може бити јача или слабија. На име могуће је, да је извршилац кривичног дела сматрао последицу као *поуздану* или само као *више или мање могућу (вероватну)*. У првом случају он је дошао до закључка: „последица *ће* наступити", а у другом: „последица *може* наступити".

Супротност између теорије воље и теорије представе огледа се, ако се оне доследно изведу, у случајевима, кад је последица предвиђена само као више или мање *могућа*, а *није* жељена. Ту се истиче проблем т. зв. *dolus-a eventualis-a*. А пуца н. пр. на препелицу, која се налази у кукурузу близу друма. А је предвидео, да може убити ког пролазника, па ипак пуца, и заиста убије некога. Или А упали кућу, и ако предвиђа, да неко од укућана може унутра бити и изгорети, што се заиста догоди противно његовој жељи. Да ли је А. у ова два случаја *умишљајни* извршилац?

1. Према теорији представе мора се узети да је А *умишљајни* извршилац. Умишљај је према њој свест о представи, а она постоји код извршиоца. Ми усвајамо овај нужан закључак теорије представе. *Умишљај дакле постоји без обзира на то, да ли се је последица хтела (желела) или не, и да ли се је предвидела као извесна или само као више или мање могућа.*

Остали заступници теорије представе не усвајају овај закључак, већ постављају један услов, тако да је предвиђање последице као могуће умишљај само онда, кад је тај услов испуњен, и то је т. зв. *dolus eventualis, свентуални умишљај*. Ако тај услов није испуњен, постоји нехат, ма да је последица била предвиђена, и то је т. зв. *свесни* нехат. Услов у питању постављен је од *Frank-a*.

Предвиђање последице као могуће, вели *Frank*, умишљај (dolus eventualis) је само онда, *кад се извршилац кривичног дела не би уздржао од радње, и да је предвидео последицу као извесну.*[1] То је т. зв. *Франкова формула (Frank'sche Formel)*. Услов у њој изражен се формулише и друкчије. Тако *v. Liszt* вели[1], да је предвиђање последице као могуће умишљај само онда, *кад извршилац није одбио последицу т. ј. кад није дошао до закључка, да последица неће наступити*, другим речима онда, кад је извршилац дошао до закључка „последица ће наступити", или кад у опште није дошао до каквог закључка. Но обично се формулише *Frank*-ова формула на тај начин, што се вели, да је предвиђање последице као могуће умишљај само онда, *кад је извршилац одобрио последицу, кад је на њу пристао, кад се је с њом сагласио.*[2]

Прве две формуле се своде у ствари на ову трећу, а и сам *Frank* изражава и на овај начин услов постављен од њега. *v. Liszt* нема такође ништа против. Предвиђање нежељене последице као могуће умишљај је дакле, кад је извршилац исту *одобрио*, на њу *пристао*. Али тиме се узима за критеријум разликовања умишљаја од нехата један моменат различан од свести (предвиђања) и врло близак хотењу, ако се баш не може рећи, да је одобравање последице исто што и хотење исте, као што то тврде јнеке присталице теорије воље.[3] На тај се начин прећутно признаје, да представа последице није довољна за умишљај, и онда би требало умишљај *у опште* дефинисати као одобравање последице, јер методолошки је једино оправдано, да се општи појам (умишљај) одреди тако, да обухвата све своје облике (дакле и евентуални умишљај). Умишљај би онда био *одобравање предвиђене последице*, и тиме би се и формално напустила теорија представа, у ствари напуштена захтевањем одобравања за постојање умишљаја у погледу последице предвиђене као могуће.

Сем тога наведени критеријум за разликовање умишљаја од нехата заснива се на чисто *субјективном* моменту, на једном моменту, кога дакле може бити свестан једино извршилац кривичног дела. Он једини може знати, да ли је одбио последицу предвиђену као могућу, да ли би се од радње уздржао, да је последицу предвидео као извесну, и да ли је дошао до закључка „последица ће наступити".[4]

---

[1] 132.

[1] 539 II 2 б а.
[2] *Frank* 132, *v. Liszt* § 39 пр. 5.
[3] В. н. пр. *v. Hippel* 61 *Liepmann* 139 *v. Rohland* 5 и 13.
[4] *Thyren* II 145, *v. Bar*.

Но што је најгоре, овај се критеријум заснива на једној *хипотези*, т. ј. на једном *фингираном*, а не на једном *стварном* психичком стању, јер се испитује, шта би извршилац радио, да је предвидео последицу као извесну, и од замишљене одлуке, коју би он тада донео, зависи, да ли постоји умишљај или не. На тај начин извршилац би се имао казнити не према опоме, што је представио, већ према одлуци, коју би донео, да је нешто био представио.[1] Испитивање овог замишљеног душевног стања морало би се пак вршити на основу *карактера* извршочева, јер од овога зависи, да ли би се ко био уздржао од радње, да је последицу представио као извесну. И онда би изашло, као што примећује *v. Bar* (428), да је рђав човек делао с *dolus*-ом *eventualis*-ом, а добар не, јер се овом само може веровати, да би се уздржао од радње, да је имао ону представу. На тај начин би се кривци казнили с обзиром на свој *оптти* карактер, а не с обзиром на њихову конкретну кривичну индивидуалност.

Излази из горњег, да се свест о последици мора сматрати као умишљај без обзира на то, да ли је последица предвиђена као извесна или само као више или мање могућа, ако се хоће остати доследан одређивању умишљаја као свести (представе) о последици. На тај начин ми *одбацујемо појам евентуалног долуса*, под који би се имали подвести случајеви, где је извршилац кривичног дела предвидео последицу као могућу, али је није желео.

Умишљај је дакле према нама увек један и исти: умишљај је свест о узрочној вези између радње и последице. Али *тежина* његова и према томе тежина виности може бити различна било услед околности, које леже у самим елементима умишљаја, било услед околности сасвим страних појму умишљаја. Што се првих околности тиче, видело се је, да је извршилац могао предвидети последицу а) као више или мање могућу, б) као извесну. Што се других пак тиче, извршилац је могао а) хтети (желети) последицу, б) бити равнодушан према њој и в) желети, да она не наступи, т. ј. осећати као непријатно произвођење исте. С обзиром на ову разлику ми

[1] Уп. *Thyren* II 88 сл., *v. Bar* 329 сл., *v. Hippel* (113 сл.) је покушао да докаже противно (стварни психички однос састоји се у томе, што је нада на ненаступање противправне последице била главни мотив делатности.

разликујемо следеће случајеве у погледу интензитета умишљаја: а) последица је предвиђена као могућа, али је извршилац желео, да не наступи, б) последица је предвиђена као могућа и била је равнодушна извршиоцу, т. ј. било му је све једно, да ли ће бити произведена или не, в) последица је предвиђена као могућа, и извршилац ју је хтео, г) последица је предвиђена као извесна, али је извршилац желео, да не наступи, д) последица је предвиђена као извесна, али је била равнодушна извршиоцу, ђ) последица је предвиђена као извесна, и извршилац је хтео да буде произведена. У случајенима в) и ђ) постоји т. зв. *намера*. Намера је мотивисање радње последицом, т. ј. намера постоји, кад је представа последице била један од мотива одлуке, да се изврши радња. Намера претпоставља према томе умишљај. Она је квалифицирани умишљај.

Наведени степени тежине умишљаја морају имати утицаја на одређивање казне у конкретном случају. Они би требале да служе као отежавне оди. као олакшавне околности *при судском одмеравању* казне. Казна би пак *у закону* имала бити прописана за општи појам умишљаја: за *предвиђање (свест) последице*, али би њен обим имао бити тако одређен, да њоме могу бити погођени сви степени умишљаја. На тај начин би у конкретном случају казна имала да буде већа или мања, кретајући се у границама свог минимума и максимума, према томе да ли је извршилац предвидео последицу као извесну или као могућу, и да ли ју је желео, или је био равнодушан према њој, или је шта више желео, да не буде произведена. Доказивање хотења, равнодушности, осећања непријатности према последици биће истина често врло тешко, али се та тешкоћа не може ни упоређивати с тешкоћом доказивања околности изражене т. зв. Франковом формулом. Док се ова околност састоји у једном замишљеном (фингираном) психичком стању, хотење, равнодушност и т. д. јесу стварна психичка стања.

2. Према теорији *воље* мора се напротив узети, да *нема* умишљаја, кад је извршилац предвидео последицу као могућу и није је желео. Ту би могло бити говора само о нехату. Већина присталица ове теорије тврде међутим, да се и нежељена, чак и непријатна последица може хтети. То ће бити онда, вели *Hippel* (140), кад је извршилац одобрио последицу,

кад се он дакле према формули *Франковој* не би уздржао од радње, да је предвидео последицу као извесну. Одобравање последице он сматра дакле као хотење исте. Слично се изражавају и остали, узимајући као и *Hippel* ову врсту умишљаја (одобравање последице нежељене и предвиђене као могуће) за dolus eventualis.[1] Но има их, који су противни овом dolus-у, сматрајући предвиђање нежељене последице као могуће, за *свесни нехат*.[2]

III. У нашем казненом законику су у место умишљаја употребљени други изрази. Тако некад се вели *„хотично“* (н. пр. § 155), *„хтејући“* (н. пр. §§ 173, 178), *„намерно“* (н. пр. § 289), *„злонамерно“* (н. пр. § 295), *„са знањем“* (н. пр. § 272). Судећи по прва три израза, рекло би се, да је у нашем Казненом Законику усвојена теорија воље, а по последњем напротив теорија свести. Но све те изразе треба тумачити у смислу, да је за умишљај довољна *свест* о свом делу. Тако „хотично“ убиство постојаће и онда, кад је А предвидео последицу као могућу, али је није желео. Сви они изрази дакле значе према нашем схватању исто што и „умишљајно“ у нашем смислу. Умишљај је на тај начин и према нашем Казненом Законику свест о узрочној вези између радње и последице (в. § 54 а к. з).

У нас се умишљај погрешно назива *„намером“*.[3] Разлика између *умишљаја* („Vorsatz“) и *намере* („Absicht“) изнета је раније. Израз „намера“ треба према томе задржати, да би на супрот умишљају означио, да је предвиђање последице извесне радње било побуда, са које се је извршилац, решио на ту радњу, да је се дакле радња извршила ради те последице. Тако ако А опали из пушке на Б, да би га убио, и заиста га убије, ту постоји поред умишљаја (свести о последици — смрти) и намера, јер је А пуцао, да би проузроковао смрт, јер је дакле убиство лица Б било мотив његове радње. Међутим ако А упали нечију кућу из освете, ма да зна, да су мала деца унутра, и ова

[1] *Birkmeyer* 1126, *Meyer-Allfeld* 140, *Beling* 193 IV, *Olshausen* § 59 п. 4., *v. Rohland*.

[2] *v. Bar* II 324 и сл., *Stooss* у Z *15* 199, Raoul-Duval.

[3] В. *Авакумовић* 425 и сл. и разне одлуке Касационог Суда. Међутим *Ценић* је правилно схватио разлику између *намере* и *умишљаја* или, како га он још назива, *намишљаја* (в. 113).

изгоре, онда постоји само умишљај у погледу убиства деце, а не и намера, ако А није упалио кућу, да би деца изгорела.

Као што се је видело, наш законодавац употребљава за означавање умишљаја поред осталих и израз *намерно*. Изгледа према томе, да је код кривичних дела, где је овај израз употребљен, н. пр. код повреде туђе ствари (§ 289 к. з.), потребна и намера поред умишљаја. Но већ је наговештено, да и израз „намерно“ значи „умишљајно“. Има међутим изузетно кривичних дела, где се „намерно“ има да протумачи као намера, т. ј. где је поред умишљаја (свести о последици) потребна и намера за појам кривца, н. пр. код кривичног дела из § 301. Тако се има узети увек онда, кад законодавац вели „злонамерно“, н. пр. у § 295 („ко злонамерно запали храмове, куће...“).