

## IZ ISTORIJE KRIVIČNIH NAUKA

Članak profesora Tome Živanovića koji je objavljen pre više od jednog veka (1909) ponovo se objavljuje u ovom broju časopisa Crimen zato što u njemu autor prvi put zastupa svoju poznatu triparticiju. On je kasnije svoj tripartitni sistem dosledno sproveo u čitavom Krivičnom pravu, smatrajući da ga je opravdano primeniti i u nekim drugim naukama. Sam Živanović više puta je ukazivao na značaj ovog svog rada ističući da je u njemu prvi put postavio svoj tripartitni (trodeobni) sistem izdvajajući, pored krivičnog dela i kazne, krivca kao treći osnovni i samostalni krivičnopravni pojam (vid. npr. njegovu knjigu *Osnovni problemi krivičnog prava*, Beograd, 1930, str. 1 i 10). Bez obzira što triparticija više nema svoje pristalice, ona je svojevremeno predstavljala originalan pristup sistemu Opšteg dela krivičnog prava i kao takva zaslužuje da joj se i danas pokloni određena pažnja. Iako ona danas nije prihvaćena i rasprava o njoj kao i o objektivnom pojmu krivičnog dela (kao logične konsekvence usvajanja triparticije) nije aktuelna, ona je postala značajna tekovina istorije srpske krivičnopravne misli. Zato Redakcija smatra da je korisno da našoj naučnoj i stručnoj javnosti omogući da na ovaj način lakše dođe do teksta Živanovićeve rasprave u kojoj su udareni temelji sistemu koji je on kasnije u svim svojim radovima dosledno sproveo i razvio.

Redakcija

## О СУБЈЕКТИВНОМ („МОРАЛНОМ“) ЕЛЕМЕНТУ У ПОЈМУ КРИВИЧНОГ ДЕЛА \*

Пошто произвођење извесне последице нема важности за Кривично Право, ако се ником не може приписати у виност, изгледа, да се виност мора сматрати као један елеменат крив. дела. изгледа дакле, да појам крив. дела мора садржавати поред *објективних* и *субјективних* елементе. и заиста, ово је општа теорија о крив. делу.

Субјективни моменти су психички односи извршиоца крив. дела 1° са његовом радњом и 2° са последицом ове радње. Општа теорија их није издвојила тако, да обоје сачињавају засебне елементе, елементе *субјективних* на супрот елементима *објективних*. Напротив она сматра други однос као један елеменат *кривичног дела*, а први као један елеменат *радње*, дакле једног *елемента* крив. дела. Она поступа на тај начин *несистемајски*.

Психолошки однос извршиоца крив. дела са последицом његове радње сачињава т.зв. *виносћ* („*culpabilité*“ „*Schuld*“). Ова се сматра као *субјективни* („морални“) елеменат („*subjektiver Tatbestand*“, „*élément moral*“) крив. дела. Дело извршиоцево ма да кажњиво *in abstracto*, је према томе индиферентно за Крив. Право, ако нема виности. Немачки писци то тврде изрично и увек.<sup>1</sup> Према *v. Liszt*-у н. пр. кривично дело је „*die mit Strafe bedrohte, schuldhafte, rechtswidrige Handlung*“. То је мишљење и француских писаца,<sup>2</sup>

\* Архив за правне и друштвене науке, књига осма, 1909; стр. 376-384. Иста расправа објављена је и на француском језику [„*De l'élément subjectif („moral“) dans la notion du délit*“] у *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1909. стр. 257.

- 1 *Temme*, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts (1855), § 35; *Schütze*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. изд. (1874), § 30, стр. 87; *Hälschner*, Das gemeine deutsche Strafrecht, књ. I (1881), § 76; *Loening*, Grundriss zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht (1885), § 16; *Merkel*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts (1889), § 8; *Janka*, Das österreichische Strafrecht, изд. 3. (1894), § 26; *Finger*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, књ. I (1904), § 22, стр. 114; *Birkmeyer*, Das Strafrecht (Enzyklopedie der Rechtswissenschaften, изд. 2), 1904, стр. 1038, § 6; *Olshausen*, Kommentar zum Strafgesetzbuch des deutschen Reiches, изд. 7, I (1905), 4 Abschn, n. 2 и 5; *Beling*, Grundzüge des Strafrechts (1905), § 6. 2. I, и Die Lehre vom Verbrechen (1906), стр. 7; *Thomsen*, Das deutsche Strafrecht, књ. I (1906), § 20 1; *Binding*, Grundriss des deutschen Strafrechts, изд. 7 (1907), § 1. VI; *Meyer-Allfeld*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, изд. 6. (1907), § 20. 5; *v. Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 16 и 17 изд. (1908), § 26. I. 2; *Frank*, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, изд. 5-7 (1908), стр. 10. I; *Stooss*, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts (1908), стр. 69.
- 2 *Rossi-Hélie*, Traité de Droit pénal, 2. изд, књ. I (1855), стр. 249; *Lainé*, Traité élémentaire de Droit criminel, књ. I (1879), n. 94 и 124; *Tissot*, Le Droit pénal, 2. изд, књ. I (1879), стр. 11; *Haus*, Principes généraux du Droit pénal belge, 3. изд, књ. I (1879), n. 280; *Ortolan-Dejardin*, Eléments du Droit pénal, изд. 5, књ. I (1886), n. 218 и 219; *Chauveau et Hélie-Villey*, Théorie du Code pénal, изд. 6, књ. I (1887), n. 20, 347 и 364; *Blanche*, Études pratiques sur le Code pénal, изд. 2, књ. I (1888), n. 4; *Villey*, Précis d'un Cours de Droit criminel, изд. 5, књ. I (1891), стр. 87; *Molinier-Vidal*, Traité théorique et pratique de Droit pénal, књ. II (1894), стр. 33; *Boitard-Mesnard*, Leçons de Droit criminel, изд. 2 (1898), n. 56; *Garraud*, Traité de Droit pénal français, изд. 2. (1898),

али, као што ће се видети, они се противрече у теорији о саучешћу. „Пошто су вели *Garraud* (Précis, loc. cit.), две ствари потребне за постојање крив. дела: *чињење* или *нечињење* предвиђено и кажњиво по закону, *виносћ* извршиоца, коме се они имају приписати, разумљиво је, да се битни елементи крив. дела налазе и у кажњивој радњи и у личности онога, који ју је извршио“... Руски<sup>3</sup> и италијански<sup>4</sup> писци сматрају виност такође као један елемент крив. дела.

Психички однос извршиоца са његовом радњом састоји се у *хоћењу* („*Wollen*“, „*volition*“) ове радње. Нема радње према општој теорији, ако телесни покрет (или пропуштање таквог покрета) није *хоћен* или *проузрокован вољом*.<sup>5</sup> Овај елемент радње је изрично наглашен од немачких писаца. „Радња је, вели *v. Liszt* (op. cit, § 28), хотично проузроковање једне промене у спољњем свету“. Што се тиче француских писаца, *Garraud* је обратио пажњу на овај елемент радње. „Према позитивном Крив. Праву, вели он (Précis, n. 114), кривично се одговара само за последице *вољне* радње...“.

Ова општа теорија је погрешна. Кривично дело треба да се схвати *чистио објективно*. Све што је субјективне природе, треба да се избаци из његовог појма. Потпуно је дакле без значаја за појам крив. дела, да ли је радња хотења и проузрокована вољом извршиоцем, и да ли је овај вин и у опште кривично одговоран. Овако схватање је једино *логичко*. Оно је сем тога саобразно *вулгарном* појму крив. дела. Каже се н. пр., да је А... убио Б..., ма да је А... неурачунљив, т. ј. његово дело се ипак сматра као кривично дело.

Да би наука, противно логичком и вулгарном схватању могла унети субјективне моменте у појам крив. дела, требало би да потребе Крив. Права императивно то налажу. Ми ћемо доказати, да не само такве потребе не постоје, већ напротив да је општа теорија у опреци са позитивним Крив. Правом, и да она мора бити осуђена и с гледишта чисто теоријског.

## I

Општа теорија о појму крив. дела је у супротности са позитивним правом пре свега у теорији о саучешћу.

*De lege lata* радње подстрекавања и помагања, или, према извесним законодавствима, само последња, не сматрају се као узроци последице, и према томе нису довољни за материјалну урачунљивост. Зато се захтева за кажњивост саучесника, да је дело виновниково *крив. дело*. Пошто пак ово не постоји према општој теорији, кад виновник није вин или у опште урачунљив, његови саучесници неће доследно моћи

књ. I, n. 20 и 227, и Précis de Droit criminel, изд. 9 (1907), бр. 64; *Prins*, Science pénale et Droit positif (1899), n. 193; *Garçon*, Code pénal annoté (1901-1906), art. 1, n. 67; *Vidal*, Cours de Droit criminel, изд. 3. (1906), n. 65.

3 В. Таїаницеф, Уголовное Право, изд. 2, књ. I (1902), бр. 94.

4 V. Carrara, Programma de Corso di Diritto criminale, изд. 6, књ. I (1886), § 431 („Il delitto si compone di due elementi-elemento fisico (moto del corpo, atti esterni) senza del quale la infrazione della legge non è possibile-elemento morale (disegno criminoso, interzione) senza di cui la materiale violazione del diritto è un accidentale infortunio“).

5 В. Givanovitch, Du principe de causalité efficiente et de son application en Droit pénal, књ. I (1908), стр. 14 и сл.

бити кажњени! Ево какав је абсурд резултат ове теорије. Очеvidно је према томе, да је она противна позитивном законодавству.

У место да траже узрок овог апсурда у свом појму крив. дела, и доследно да овај промене, немачки писци сматрају тај појам као једну непобитну догму, и покушали су, да избегну онај апсурдни резултат истога помоћу једне фикције, признате као бесмислене: помоћу т. зв. *прекидања узрочне везе*. Због једва битне разлике у мишљењима о законској теорији о узроку, конструисане су две теорије о овом тобожњем прекидању узрочне везе.

Писци, који сматрају као узрок последице само радњу извршења (*Ausführungshandlung, acte d' exécution*<sup>6</sup>) или још и подстрекавање,<sup>7</sup> тврде, да је узрочни однос између ове радње и последице прекинут тиме што извршилац није вин. Због тога, кажу они, радње саучешћа мора тада да се сматрају као *узроци* последице, и према томе саучесници као *извршиоци*. То су т. зв. *извршиоци посредни, интелектуални или фиктивни*.

Према извесним писцима је напротив теорија о узрочној једнакости свих услова усвојена од немачког казненог законика.<sup>8</sup> Да би пак објаснили, зашто се подстрекач и помагач ипак сматрају као прости *саучесници*, они тврде, да се узрочна веза између радња подстрекавања и помагања и последице прекида радњом извршења, када је извршилац *вин*.<sup>9</sup> Према томе кад овај није вин, узрочни однос се одржава, и зато се тада подстрекач и помагач мора да сматрају као *посредни извршиоци* крив. дела.

Ови су писци конструисали, дакле, теорију о прекидању узрочне везе, да би објаснили, зашто се подстрекавање и помагање *не сматрају* као *узроци*. На против први су то учинили, да би објаснили, зашто се ове радње *мора да сматрају* као *узроци*, кад извршилац није вин. Али обоје имају у виду исти циљ: да докажу да подстрекач и помагач мора да буду кажњени, ма да извршилац није вин, т. ј. ма да његово дело није *кривично дело*.

Тобожње прекидање узрочне везе је по себи једна бесмислица, призната и од самих оних, који су га конструисали. И заиста како би се могло оправдати, да је једна *објективна* чињеница као узрочни однос прекинута одн. васпостављена једном *субјективном* чињеницом, као што су то одсуство виности или виност (2-га теорија о прекидању)?! Тиме се поставља једна фикција, која није допуштена у Крив. Праву, нарочито кад је у питању један од његових основних проблема. Најзад, она би се и могла трпети ради отклањања тешкоће, која се појављује, кад виновник није вин, ако би постојање ове тешкоће било неизбежно. Али, као што се је видело, она се не појављује, кад се крив. дело схвати објективно. Кажњивост саучесника је тада независна од виности извршиоца, јер дело овога је кривично дело, и кад он није вин.

Француски писци тврде за случај, кад виновник није вин, да се саучесници ипак мора да казне као *саучесници*. „Ко је год учествовао у једном делу, каже<sup>10</sup> *Garraud*, квалификованом као злочин или преступ, на начин одређен законом, као виновник или као саучесник, навлачи казну прописану законом против онога, који би био извршилац крив. дела. Али пошто је виност индивидуална, и пошто је судија мора да испитује

6 В. нарочито *Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme* (1890), § 68.

7 В. *Binding, Grundriss des deutschen Strafrechts*, § 67.

8 В. *v. Liszt*, *op. cit.*, § 2929. IV.

9 В. *v. Liszt*, *loc. cit.*

10 В. *op. cit.*, бр. 288. и *Traité du Droit pénal français*, 2. изд. (1898), књ. II, бр. 697.

*in concreto* за сваког суделовача, некажњивост једнога не може да користи другима, кад је њен узрок једна околност, која не одузима делу карактер *крив. дела*. Према томе кад злочин или преступ буде био извршен од више лица, једно ће моћи да буде кажњено, ма да друго не; и ако су од више суделовача једни *извршиоци*, а други *саучесници*, некажњивост првих неће спречити осуду других, и обрнуто“. Исто се тако изражавају и остали писци француски.<sup>11</sup>

Као што се види, француски писци противрече свом појму кривичног дела, да би доказали, да се саучесници морају казнити као *саучесници*, и кад извршилац није вин. Виност је према њима један елемент крив. дела, па ипак тврде да у оном случају постоји *кривично дело* – услов<sup>12</sup> за кажњивост саучесника!

Општа теорија о крив. делу ће бити у противности са теоријом о саучешћу и *de lege ferenda*, ако се радње саучесника не сматрају као узроци последице, а они се ипак казне за последицу. Из тога излази, да ова општа теорија не би била у супротности са теоријом о саучешћу, ако би се саучесници казнили не за последицу, чији је узрок радња извршења, већ за њихове сопствене радње (теорија о *саучешћу као засебном крив. делу* *théorie de la comlicité-délict distinct* – предложена од *Nicoladoni*-а, на међународном конгресу за Крив. Право у *Linz*-у, за подстрекаче и помагаче,<sup>13</sup> и од *Фојницика* за једну врсту помагача).<sup>14</sup> Исто ће тако бити, ако се све радње суделовања сматрају као *узроци* и доследно (противно субјективној теорији *v. Buri*-а) сви суделовачи као извршиоци, у наслону на теорију о узрочној еквиваленцији свих услова, као што то чини *норвешки* казн. законик. Али се чак и у овим двама случајима објективни појам крив. дела мора претпостављати општем појму истога са гледишта чисто теоријског, јер се он прилагођава свима разним теоријама о узроку и саучешћу. На тај начин он је једини општи научни појам крив. дела, т. ј. независтан од разлика у појединостима.

## II

*Кривично дело*<sup>15</sup> је општи израз за *злочине*, *ипресџује* и *истџује*. Иступи се одликују тиме, што се извршилац казни, и ако није вин, и ако је дакле он радио *bonna fide*. „Разгледајући прописе казн. законика, каже *Garraud* (*Précis*, n. 53), опажа се, да једна кривична дела имају виност за свој елемент: друга постају, и поред *bonna fides* виновникове, *ипресџиш* *истџујом* забранама или прописима законским“. Има такође крив. дела, која су по законској казни злочини или преступи, а по својој природи иступи, и за које је према томе виновник кажњив и поред своје *bonna fides* (т. зв. *истџујни* – *contraventionnels* – злочини и преступи).<sup>16</sup>

Поред иступа, где се виност у опште не захтева, има крив. дела, која су по својој природи и зак. казни, злочини и поред *bonna fides*. То су кривична дела позната у

11 *V. Garçon*, op. cit, n. 116; *Vidal*, op. cit, n. 413; *Laborde*, op. cit, n. 562, и т. д.

12 В. н. пр. *Garreaud*, *Précis*, бр. 276: „Il ne suffit pas d'avoir participé à une infraction quelconque pour être puni comme complice, il faut avoir participé à une infraction qualifiée crime ou délit“. Од немачких писаца в. *Birkmeyer*, op. cit, § 69.

13 *V. Bulletin de l' Union internat. de Dr. pénal*, 1895, стр. 306 с.с.

14 *Die strafrechtliche Doktrin der Teilnahme (Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft)*, 1882, стр. 57 с. с.

15 Израз уобичајен у нас, али би било боље употребити једну реч, на име *злочин*, као што Немци кажу *werbrechen*, или Французи *délit*.

16 *V. Garreaud*, *Précis*, бр. 53. в.

немачкој књижевности под именом „*кривична дела квалифицирана својом последицом*“ („*Die durch den Erfolg qualifizierten Delikte*“). „Тежа казна се овде прописује, вели *v. Liszt (Lehrbuch, § 36. III. 3.)*, и ако у односу на тежу последицу не постоји ни умишљај ни нехат код виновника“. Таква су н. пр. крив. дела из §§ 160. и 177. нашег казн. зак, из чл. 309. ал. 2-4. француског и из §§ 118. и 178. немачког.

Као што се види, има кривичних дела, чији се извршилац казни, и ако није вин. Ово би пак било немогуће, кад се крив. дело схвати у смислу опште теорије. Постојање ових крив. дела је тако нов доказ њене погрешности.

### III

Репресивна функција државна врши се, наравно, против *кривичне индивидуалности*, а не против *крив. дела*. Ово се узима у обзир, само у колико је оно спољна манифестација, и према томе критеријум интензитета индивидуалности. Ово важи за класичну криминалистичку школу исто тако као и за модерну, јер ми абстрахујемо разлику њихову односно схватања индивидуалности.

Али да би се онако могао да формулише предмет репресије, потребно је, да се кривично дело схвати *објективно*. Јер кад се одреди појам крив. дела у смислу опште теорије, из тога излази: да је кривично дело *своја сојсџивена манифестација* и да је оно *једини њредмеј репресије*. На име оно је тада своја сопствена манифестација, пошто његови објект. елементи („*Objektiver Tatbestand*“) манифестују његов субјект. елемент: индивидуалност, према томе њега самога. Оно је пак једини објект репресије, пошто стварни предмет исте јесте један од његових елемената: индивидуалност, према томе оно само.

Општа теорија је на тај начин погрешна и са гледишта стварног предмета репресивне функције државне.

### IV

Кад се крив. дело схвати објективно, његова ће дефиниција гласити – ако се узме дефиниција *v. Liszt*-а – не као што он каже: крив. дело је „*die mit Strafe bedrohte schuldhafte rechtswidrige Handlung*“, већ: кривично дело је „*die mit Strafe bedrohte rechtswidrige Handlung*“. Што се субјективних момената тиче, они ће тада заузети своје право место у систему Крив. Права: они ће састављати *елементје њојма кривица* (био овај схваћен у смислу класичне или модерне школе) а не *кривичној дела*.<sup>17</sup> На тај начин биће трију *основних* проблема Крив. Права: *кривично дело, кривац и казна*, за чију примену су претпоставке два прва. То је у осталом једна стварна чињеница данашњег Крив. Права, и према томе се противречи овом стварном стању ствари, кад се каже, да су крив. дело и казна једини *основни* појмови Крив. Права (н. пр. *v. Liszt, Lehrbuch, § 1. I: „Verbrechen und Strafe sind demnach die beiden Grundbegriffe des Strafrechts“*) – противречност, чији је узрок погрешан појам крив. дела, и које је на тај начин један нов аргуменат против овог појма.

<sup>17</sup> О т. зв. појму кривичног дела, названом „симптоматични појам(!)“ говорићемо у засебној расправи.

Наше схватање појма крив. дела је нарочито једино оправдано схватање, кад је у питању модерна криминалистичка наука. Ова школа не схвата индивидуалност кривичну *in abstracto*, већ је сматра као резултат разних околности, и на основу тога захтева, да се води рачун више о кривцу него о крив. делу или чак искључиво о првоне. Она раздваја на тај начин потпуно крив. дело и кривца. Овај није више једно апстрактно биће. Према томе противречи се основном принципу класичне, кад се тврди, да појам крив. дела обухвата субјект. моменте и, доследно, да има само два основна проблема Крив. Права.

Берлин.

Dr. Тома Живановић.