

IZ ISTORIJE KRIVIČNIH NAUKA

КРИВИЧНО ПРАВО

ПО ПРЕДАВАЊИМА

Др. БОЖИДАРА МАРКОВИЋА

в. проф. Универзитета

израдио

ЖИВКО ТОПАЛОВИЋ

докторанд права

ДРУГА КЊИГА

БЕОГРАД

Штампарија „Меркур“ Милићевића и Стефановића

1909.

§ 27. ОСНОВИ СА КОЈИХ СЕ ИСКЉУЧУЈЕ ПРОТИВПРАВНОСТ (СА КОЈИХ СЕ НИШТИ КРИВИЧНО ДЕЛО)¹

I. *Пошребна одбрана* (Notwer – праведна одбрана).

I. Потребна је одбрана у сва времена и код свих народа, и ако у различитом обиму, била призната и као праведна, и не само као некажњива радња. У овом смислу је тачно кад Цицерон говори о: „non scripta sed nata lex“ или кад Гајб каже, да потребна одбрана нема историје. Тачније посматрање ипак показује, да је писано право о потребној одбрани имало своју богату и значајну историју развоја. У Рим. Праву има додуше много места, у којима се говори о одбијању силом насилног напада на тело и живот, али у њима општи појам потребне одбране остаје неодређен. Тако се исто и у старијем Немачком Праву потребна одбрана није још одвајала од освете и права на убијање. Али се ипак већ у доцнијем средњем веку, у талијанској науци, у правима градова и у правним зборницима, сретамо са израђеним излагањем потребне одбране. Цео средњи век зна само за потребну одбрану у циљу спасавања тела или живота, и сматра је као случај некажњивог убиства. Опште Немачко Право проширује постепено допуштено потребне одбране и на нападе противу других правних добара, нарочито противу имовине и части и ради на тачнијем одређењу појединих обележја појма. Крајем XVIII в. потребна је одбрана, обрађивана до сад увек у свези с убиством, била одвојена *из ове свезе* и дато јој је место, које њој припада у општем делу система. То је исто урадио и наш Казнени Законик.

II. Потребна одбрана (праведна нужна одбрана) по § 54. К. 3. јесте *неоиходно одбијање садашњеј прошивјравној најада, извршено ѿвредом најадачевих законом зајемчених инјтереса*.

1. Напад, на коме се заснива право потребне одбране, мора бити:

а) *Прошивјраван* или незаконит тј. да онај који врши напад није законом овлашћен да тај напад чини. Кад орган власти, вршећи судску пресуду, вређа правна добра осуђенога, његов напад није противправан и противу њега не може бити места нужној одбрани. Докле се год тај орган буде кретао у границама свога права и дужности не може противу њега бити места нужној одбрани. Чим би пак он те границе прекорачио, његова би радња била незаконита, својевољна, противправна и против ње је допуштена праведна нужна одбрана. Нпр. власт хоће над виновником да изврши казну које у закону нема, рецимо хоће да га казни бојем и ако је та казна укинута. У томе би случају власт поступала противправно, вређала би материјални кривични закон и виновник би имао права да се том поступку успротиви и да против њега употреби праведну нужно одбрану. Исто се тако може бранити нужном одбраном кад власт погази неки формални закон нпр. ненадлежна власт хоће некога да казни.

Да ли против праведне нужне одбране може бити праведне нужне одбране? Да ли нападач има права да се послужи праведном нужном одбраном против нападнутога и у ком случају? Нпр. нападну разбојници на А. да му отму новац. А. се брани и срећом испадне му за руком те савлада разбојнике и отме им оружје. Учинивши ово А. се сачувао и обезбедио своја правна добра од напада а тиме и изгубио право на даљу одбрану.

¹ *Кривично право ѿ предавањима др. Божидара Марковића*, Друга књига, Београд, 1909, стр. 336–364.

Ако он ма шта даље буде предузео учиниће прекорачење нужне одбране – *excessus defensionis* – и противу тога прекорачења може бити праведне нужне одбране с тога што је и оно једна противправна повреда правних добара. Нпр. А. пошто је савладао разбојника веже га и почне злостављати. Противу њега се онда може послужити праведном нужном одбраном.

Али ово прекорачење – *excessus* – праведне нужне одбране од стране нападнутога треба да је намерно извршено а не у страху или забуни, јер ако то прекорачење није намерно, онда нападач нема права на одбрану ни против ексцеса. Ради ли млађи по заповести старијег, то је потребна одбрана могућа само према старијем, а не према првоме. Потребна је одбрана допуштена и у случају напада, који долази и од малолетника и душевно оболелог, а тако исто и против нападача који је у заблуди те не може да увиди противправност свог напада. Међутим напад који долази од животиње не заснива потребну одбрану, већ стање неизбежности. Данас за право је безначајно да ли се напад могао *предвидети* или не, да ли га је нападнути проузроковао или не.

б) Напад даље мора бити *садашњи* тј. да непосредно предстоји или да је већ започео. Према томе с једне стране није потребно да се сачека *иочеша*к напада, с друге стране може се започети, али још *иродужени* напад одбити.

Потребна је одбрана на против искључена:

1. Према нападу, који тек у *будућности* прети. Заштитне мере као ограда са шиљцима допуштене су, ако оне тек у тренутку напада дејствују, у колико се тиме не прекорачују границе потребне одбране. На пример неко, коме се краде жито намести на вратима пушку тако да кад се врата отворе пушка опали. Ту се може говорити о потребној одбрани с тога што одбрана бива у моменту напада на правно добро. Али би у том моменту било фактичко питање да ли границе нужне одбране нису прекорачене тј. да ли је пушка намештена тако да удари вероватно у главу, у груди или у ногу, са намером да рани или да убије. Даље још да ли се за одбрану жита могло употребити и неко блажије срество а не намештање пушке.

2. Према *довршеном* нападу тј. чим је наступила свршеност кривичног дела по одредбама данашњег законодавства. Чим су дакле извршена сва обележја једнога кривичног дела онда је оно свршено и потребној одбрани више не може бити места. Кад нпр. неко нападне другога у намери да га убије, онда докле год дејствовање против његова живота траје може трајати и одбрана. Али ако нападач прекине напад и почне бегати онда нити га сме нападати нападнути нити ко други. Напад је свршен, право на одбрану престало је, и сваки ма чији напад на пређашњег нападача противправан је и подлежи под одредбе Казненог Законака.

Како крађа није завршена са самим узимањем ствари, него тек с прекидом државинске везе, то је потребна одбрана према лопову који бежи дотле допуштена, докле државинска веза имаочева није још потпуно прекинута. Али ако је лопов нпр. украо огледало и бега, онда се може јурити све докле га носи, пошто сопственик има наде да ће своју ствар добити. Међутим деси се да он при бегању падне, разбије огледало и пошто се дигне продужи бегати. Ствар је тиме уништена, сопственик више у опште не може имати наде да је натраг добије, кривично дело – поништај туђе ствари – свршено је а тим је нестало права нужне одбране. Виновник се даље може гонити не по праву нужне одбране већ ради хватања и предаје власти. Али тога ради оштећени не сме на њега пуцати, као што би имао права то чинити ако би једино ранивши лопова могао га стићи и вратити натраг своју ствар.

в) Напад мора бити управљен на какво *йравно добро* тј. на правно заштићен интерес. Али наш К. З. у § 54. прави разлику међу правним добрима и некима од њих не допушта потребну одбрану. Потребна је одбрана по § 54. допуштена само у циљу заштите *живојџа, слободе и имања*. Међутим Нем. К. З. не прави разлику међу правним добрима и допушта је и у циљу заштите части, права на име, нравственог и верског осећаја итд.

У § 53. Немачког Казненог Законика вели се: „Нема кажњивог дела, ако је исто учињено у потребној одбрани. Потребна је одбрана она одбрана, која је нужна да се од себе или од другог одбије садашњи противправни напад.“ Немачки Закон дакле не набраја правна добра која се могу штитити нужном одбраном већ њу допушта противу сваког противправног напада па ма према ком правном добру он био управљен. Међутим наш закон не чини тако већ у § 54 вели: „Ни онај неће бити крив нити ће се казнити који што учини у праведној нужној одбрани. Праведна нужна одбрана само ће се онда узети, ако се по лицу, времену, месту, начину нападања или по другим опстојатељствима са основом узети може да се учинилац само нужном одбраном послужио да противзаконно нападање на свој или другог *живојџи, слободу и имање* одбије, или да је он само из препасти, страха или плашње границе нужне одбране прекорачио и више учинио, него што је за одбрану нужно“. Наш би законодавац много боље учинио да је ово набрајање правних добара изоставио а у дефиницију потребне одбране унео да је она допуштена противу *садашњеј* напада. Ми смо пак приморани да тај елемент посредно извлачимо из смисла речи: противзаконно *нападање* одбије.“ О *одбијању* нападања пак може бити речи само док напад још траје, док је садашњи или кад ће непосредно да наступи.

2. Одбрана мора бити управљена:

а) противу *самој нападача*, а не противу трећих лица; умишљена или нехатна повреда трећих лица у циљу одбране може бити некажњива само као последица стања неизбежности.

б) она не сме *да прекорачи* границе неопходно *йојребнојџа*. Мера „потребне“ одбране лежи у јачини напада. За оправданост радње потребне одбране не тражи се према томе одржање претежнијег интереса. Ако је отклањање напада немогуће на који други начин, то се и најнезнатније правно добро може да заштити убијањем нападача.

Ево један овакав случај. Неко нас нападне у намери да нам отме један грош. Ми бранимо свој грош, не дамо га, држећи се при том у границама потребне одбране. Нападач, раздражен пође у нападу даље; отиде тако далеко да у том отимању око једног гроша настане опасност за сам наш живот. И ми, бранећи сада свој живот, убијамо нападача. На тај начин у отимању око само једног гроша нападач је лишен живота. Мада не може бити ни упоређења између губитка једног гроша и лишења живота ипак би се могло рећи да је убиство извршено у стању потребне одбране. Оцена да ли је то тако зависила би само од тога да ли је одбрана била сразмерна према начину и величини напада, па ако би то било ништа не би сметало примени начела о потребној одбрани. Нечовечно је убити човека због неколико гроша. Али кад би одбрана и тако малене имовине била везана са опасношћу за живот нападнутог лица, онда се не би могло рећи да би нападнуто лице према нападачу извршило неправду што би му одузело живот не допустивши му да он можда то исто уради према њему – нападнутоме.

Сразмера између напада и потребне одбране цени се по *субјективном* стању нападнутог лица а не по природи таквог случаја у опште. Не пита се да ли би *сваки* у том случају морао употребити онакву одбрану, какву је употребило нападнуто лице, већ само да ли је ово последње по своје субјективном схватању опасности имало доста разлога за то.

Било је правника који су тражили да се нападнутоме не призна право нужне одбране ако је он благовремено могао побећи и тиме онемогућити напад па и своју одбрану. Такво је мишљење погрешно с тога што бегане није његова дужност и што би оно било срамота; а таквом одредбом правни би поредак донекле допуштао вршење противправних напада на појединце.

в) Потребна одбрана није допуштена само ради заштите властитих већ као потребна помоћ и ради заштите *туђих* правних добара. Само се по § 54. К. 3. потребном одбраном не могу заштитити сва правна добра, па била она властита или туђа. Законик прави разлику међу тим правним добрима. Како мало час рекосмо потребном се одбраном штити *живој, слобода и имање*; док Немачки Казнени Законик у § 53. изједначаје у том погледу сва правна добра.

III. Прекорачење потребне одбране – *excessus defensionis* – постоји тада кад између напада и одбране нема никакве сразмере тј. кад је одбрана јача, ефективнија од напада. То се, као и само постојање потребне одбране, цени по субјективној, личној особини нападнутога лица. Судија се мора ставити у положај нападнутога па онда психолошки да пронађе ту сразмеру између напада и одбране. У случају да судија нађе да је нападнуто лице прекорачило границе потребне одбране – онда би морао обратити пажњу на то да ли је нападнуто лице то урадило злонамерно или нехатно. Његово дело подлежи тада казни по општим законским одредбама, али је у опште усвојено да казна при ексцесу треба да буде блажа, него што би била да је то исто дело учињено самостално, независно од нужне одбране. Разлог је томе особита духовна раздраженост у којој се нападути налази. С тога наш закон у § 54. и наређује да ће се ексцес при убиству и телесној повреди у случају нужне одбране казнити као дела учињена нехатно а не злонамерно.

И наш као и страни законици предвиђа случај кад ни ексцес потребне одбране није кажњив. То је онда кад је ексцес учињен услед препаста, страха или плашње. Узима се да нападнути који је јако забринут за своје добро и заплашен да ли ће га моћи одбранити не може да процени колико му је управо енергије нужно да напад одбије и каква средства за то треба да употреби. У страху су велике очи, опасност изгледа много опаснија него што је у ствари и по том основу запрепашћеног не треба ни за ексцес казнити.

Али ово искључење казне и при ексцесу јесте један чист *лични* основ за искључење казне и с тога вреди само за онога код кога је збиља било препаста и страха а за остале учеснике не. Радња извршена у ексцесу сама по себи је кажњива, онај који ју је извршио ако је у страху био неће бити кажњен због тога личног основа за искључење казне, а сви остали учесници у тој ексцесној радњи подлеже казни.

II. Стање неизбежности (Nothstand).

I. Развијање појма стања неизбежности заостало је до данас за појмом потребне одбране. Римско Право помиње поједине случајеве, немачки извори помињу човека, који се за време вожње налази у опасности (отимање хране из уста и др.) Каролина упућује на савет правника у чл. 166 у коме је реч о „крађи извршеној у крајњој невољи од глади“, која би извршиоца навела да украде што за јело да би спасао себе, жену или децу.

Опште Право тако исто узима у обзир самоодржање живота на рачун туђе имовине. Француски Казнени Зак. од 1810. и пруски од 1851. знају само за физичку принуду претњом, а на њих се угледа и баварски од 1861. Казнени Законик за Немачко Царство усвојио је поред „принуде“ и „стање неизбежности у ужем смислу.“

Ни у науци, ни у законодавствима још се није извео јасан појам који би одговарао потребама правног живота. Гледиште старије *йприродно йравне школе* било је да се у стању неизбежности и сам правни поредак сматрао за укинут. Ово је гледиште напуштено, а завладало је како у законодавству тако и у науци мишљење које се наслађало на Канта и *Фајербаха*, а које су заступали многобројни талијански, француски па и немачки правници, да неоодољива принуда, проузрокована стањем неизбежности искључује одговорност, да дакле основ некажњивости лежи у *неурачунљивостии* онога, који је радио у стању неизбежности. Данас се и ово гледиште може сматрати као напуштено. Данашње схватање полази с тачке гледишта да је суштина стања неизбежности у *сукобу оправданих интереса*, од којих се сваки може одржати само на рачун другог. Под извесним претпоставкама, нарочито код чувања претежнијег интереса, али изузетно и у случају кад подједнако вредни интереси стоје један према другоме, правни поредак зајемчава угроженоме *йраво неизбежностии*, по коме ће моћи очувати своје интересе жртвовањем туђих. С тога стање неизбежности долази међу оне основе, који *искључују* не само кажњивост, већ и *йрошви йравност* чињења или нечињења.

II. *Стјање неизбежностии је стјање садашње ойасностии за йравно заштийићене интийересе, из које је једини сйас йовреда йравно заштийићених интийереса другоја. Стјање неизбежностии је йо йтоме један йример сукоба интийереса.*

Делање је у стању неизбежности према томе чување властитих или туђих непосредно угрожених интереса, повредом оправданих интереса других лица.

Делање у том стању разликује се од *йоийребне одбране* тиме што ова има да брани право од *нейрава*, док се у стању неизбежности хоће да очува једно право на рачун другог. Строго треба одвајати потребну одбрану од стања неизбежности. Обадве имају заједничко *ойасност*, која се хоће да отклони радњом. Али, опасност у свима случајевима потребне одбране лежи у противправном нападу на наше добро, а код стања неизбежности у *сукобу* два правно заштићена интереса. Даље код потребне одбране се одбија неправо, које напада, напуштају се сва добра неправа да би се обезбедило оправдано добро угрожено неправом; док онај, који се налази у стању неизбежности не управља своју радњу противу неправа, он само напада туђе добро, прекорачује правну норму, да би спасао своје добро, које се налази у опасности, па било да је опасност или то несрећно стање проузроковано независно од човечије воље *йприродним силама* или каквим другим догађајем, или да је опасност наступила услед *йреийње* другог, случај, који је у науци познат под именом *йпринуда* (*vis compulsiva*).

Јасна је основна разлика између ова два односа. Докле је код потребне одбране реч о утврђивању права према неправу, дотле је у случају стања неизбежности у питању правна оцена *сукоба* између правно заштићених интереса – добара. Правна добра могу доћи у такав опасан положај, из кога се могу извући само повредом других правних добара или пренебрегавањем какве дужности. Алписки *йуийник* пресече при пењању конопац, за који је био привезан његов друг који се омакао и полетео у понор, јер га више није могао да одржи и тако се онај стропостао у бездан; или се у позоришту или цркви појави *ваййра* и услед панике сви појуре на врата, а један да би пре изишао одгурне другог, који падне и изгори. Ово су примери за први случај, а у исто време и примери за случај кад опасност долази од природних сила или од случајних догађаја независних од човечије воље. *Айсаниција*, који апсеницима преда кључеве с тога што су му претили животом, јесте пример за случај стања неизбежности из кога се излази пренебрегавањем дужности, а у исто време и пример за принуду, јер је овде опасност

проузрокована вољом другога. Или нпр. А нападне наоружан Г-а и припрети му, ако он не оде и запали кућу В-а, да ће га убити. Стање неизбежности има се узети и тада када се једна дужност може испунити само истовременим пренебрегавањем друге – војник који је на стражи може спречити какво издајничко предузеће само тиме ако напусти стражарско место.

Могућност стања неизбежности постоји за сва правна добра, а не само за тело или живот. У циљу самоодржања, где не долази само одржање живота, већ и интегритет тела, лична слобода, интегритет части, мора остати некажњива свака повреда других правних добара, која су са поменути дошла у сукоб. Ако је међутим у питању какво правно добро од мање вредности, него што су раније поменута, онда ће се то угрожено добро моћи одржати на рачун другога с којим је дошло у сукоб само тада, ако је добро, које се жртвује очевидно мање вредности према добру које се хоће да одржи.

Стање неизбежности не сме се приписивати у кривицу ономе, који се њиме послужио тј. оно не сме бити проузроковано у томе циљу да би се забрањена радња извршила у таквом стању, које искључује казну. Нпр. ја хоћу да убијем туђега вола. Да не би за то одговарао ја одем на ливаду где тај во пасе и станем га бости и дирати дотле докле он не потрчи на мене да ме убоде. Ја тада потегнем на њега пушку и убијем га. Али се тада мени неће признати да сам био у стању неизбежности. Просто предвиђање стања неизбежности никако не искључује некажњивост радње предузете у стању неизбежности, тако нпр. онај који на ваздушној лађи путује, *ипредвиди* да се на земљи не може зауставити без веће или мање штете за туђу имовину, па ипак имовинска штета, коју је причинио бацањем котве чини га само грађански одговорним а не и кривично.

Сва данашња законодавства не предвиђају у К. Законцима стање неизбежности. Немачки К. Закон предвиђа *обе* врсте стања неизбежности тј. у ужем смислу и принуду. *Прво* предвиђа у § 54 и обележава је као радњу „која је учињена у проузрокованом на други начин неотклонимом стању неизбежности ради спасења из садање опасности за тело или живот учиниоца или кога његовог рођака.“ Нем. К. Законик тражи према томе *садашњу*, на други начин *неојклониму* опасност за *тело и живои*; не признаје дакле стање неизбежности за сва друга правна добра нпр. за личну слободу, полну част, најважније државне интересе. *Принуду* предвиђа у § 52 и она постоји кад је учинилац у нападу на туђа правна добра био принуђен неодрљивом силом или претњом скопчаном са садашњом на други начин неотклонимом опасношћу за властито или кога му рођака тело или живот.

Аустриски К. З. не доноси нарочите одредбе за стање неизбежности, већ у § 2, доноси општу одредбу, по којој нема кажњивости за радње, које су учињене услед силе којој се не може да противстане.

Што се тиче нашег Казн. Законика, то и он не доноси нарочито и изречно наређење за стање неизбежности. Али је законодавац изрекао једно начело, које се има применити и на стање неизбежности, а то је одредба § 53. К. З. по коме се тражи да човек буде слободан при вршењу дела. ако није имао слободног остварења своје воље у нас нема кривице. Наш Законик не доносећи одредбу за стање неизбежности сматра да радња у стању неизбежности није резултат слободне воље, те по § 53. има судија расправљати и те случајеве и то како за случајеве стања неизбежности у ужем смислу тако и за принуду (*vis compulsiva*). Наш К. З. дакле држи се Фајербаховог гледишта односно основа некажњивости стања неизбежности, по коме тај основ лежи у неурачунљивости онога који је радио, јер се сматра да је био лишен слободне воље.

III. *Остали случајеви.*

Од осталих случајева, у којима се противправност мора сматрати за искључену по изречном или прећутном пропису правног поретка, могу се овде поменути само најважнији. Према данашњем стању законодавства и науке задаје ово ограничење готово свуда велике тешкоће и само се с опрезном обазривошћу могу поставити општа правила.

1. *Дужности јавној службеника* и дужност млађег, потчињеног, искључује противправност делања у границама, које су њоме постављене. Помислимо на читаву област принудних извршења на претрес стана, на узапћења, на притварања, на страже, на царинске и казненозаводске службенике који су посебним законодавством овлашћени на употребу оружја.

Али да би јавни службеник могао без кривичне одговорности врећати правна добра појединаца, тј. да не би његова радња била противправна, његова дужност мора бити законом прописана. Само вршећи своју законску дужност службеник неће одговарати а у осталим случајевима хоће. Нпр. стражар на стражарском месту има право да убије онога који се ни на три опомене неће да покори његовој наредби. Кад стражар тачно изврши своју дужност тј. кад да три опомене па се оне ипак не послушају, ако употреби оружје те повреди или убије он неће вршити никакву противправну радњу. Али ако стражар са овога места пуца на човека кога није ни опоменуо, или који се одмах његовој наредби повиновао, онда он врши једно просто убиство, предузима противправну радњу.

Заповести старијеј млађем искључује противправност радње предузете на основу заповести у толико, у колико правни поредак признаје безусловно обавезну силу заповести, јер млађи тада ради по дужности и по потчињености. Старији може бити ипак кажњив као посредни виновник. – У колико је млађи дужан старијег да слуша законодавац је то одредио у § 13 закона о чиновницима грађ. реда, по коме нижи чиновник наредбу, која је противна закону, може да врати старијему с примедбом; ако поново добије налог да заповест изврши, то је он дужан одмах да је изврши. Али ни на поновни налог млађи по другом одељку § 13. не сме заповест извршити, ако би дело било *злочин* или *йресџуј*. Закон не каже ништа ако је то дело *исџуј*. По § 13. изгледа да би млађи морао извршити заповест старијег, па макар се тим извршењем учинио и какав иступ, али је немогуће да је законодавац том одредбом то хтео, стога треба узети да та одредба вреди и за иступе.

Међутим жандарми и војници безусловно су обавезни да извршују наредбе старијих. Отуд и радња коју они по заповести изврше не може се ни сматрати као њихова већ као радња старијег. А ако је том радњом извршено какво кривично дело, онда ће за њега као виновник одговарати старији.

2. Радња није противправна, ако је предузета по нарочитом *овлашћењу* и у његовим границама. Овамо долази власт васпитања и кажњења у колико она служи као средство васпитања. Ваља имати на уму да овлашћени може вршење овога права, трајно или привремено, пренети на трећа лица (родитељи на служавке).

3. Исто дејство има овлашћење, које долази из законом *одобреној обављања ѿозива* или из допуштене радње каквог *занаша*, за предузимање оних радњи, које су у датом случају извршене по правилима заната или позива.

По овом гледишту, по мишљењима меродавних лекарских кругова, имају се ценити хируршке операције у опште, повреде збуњеног лекара или резача жуљева, нарочито много позната *йерфорација* (сечење плода у материној утроби). Порођај може бити

тако тежак, да се дете или мати мора жртвовати, или да се остави опасности, да обоје у мукама угину. У таквом случају настаје алтернатива: или да се дете уништи перфорацијом, па да се мати спасе или да се учини тзв. опасни прорез тј. да се породилићи просече трбух, па да се дете извади, а мати на тај начин изложи опасности да умре. Било једно било друго да се предузме, радња није противправна, јер од два правно заштићена интереса, који долазе у сукоб, један се може спасти само повредом другог. У оваквом случају опасни прорез, као опаснији, треба чинити само по *изречној жељи* матере, иначе увек перфорацију, јер матер увек треба претпоставити детету, за које се не зна хоће ли живети или не; и што се оно, док је у утроби материној сматра као део материног тела. – Ипак би било потребно да се ови случајеви законски ограниче. Нарочито је сумњиво да ли је и под којим претпоставкама лекар овлашћен, да ради и без допуштења болесника или његових рођака.

4. *Присџанак њовређеној* тј. случај кад се воља повређеног са самом повредом слаже. Погрешно је поставити као правило, да пристанак увек служи као основ за искључење противправности, али је тако исто нетачно и противно поставити за правило. Из тога изилази да пристанак није прави основ за искључење противправности. Код пристанка је меродавна природа дотичног кривичног дела, и по њему пристанак повређеног може немати никаквог утицаја, или у неким случајевима може да издејствује блажу казну, а по некад и саму кажњивост може да искључи. У случајевима, у којима казна још има делом карактер приватног задовољења, ту пристанак повређеног има већи значај, него ли у случајевима, у којима је казна тај карактер сасвим или већим делом изгубила. Тако код свих кривичних дела, која се извиђају и суде по приватној тужби, повређени може опростити учињено дело, па по томе и пристанак пре извршења био би основ за искључење противправности, јер правни поредак носиоцу правних добара даје право располагања над њима. Али свуда где је пристанак од утицаја, мора бити дат од носиоца онога правног добра, које је повређено. Пристанак даље може бити од значаја само тако, ако је озбиљно и без принуде дат, и ако је онај, који га даје урачунљив.

Одобрење које је дао носилац правног добра за повреду тога добра, искључује противправност повреде само тада и у толико, када и у колико јавни поредак носиоцу правног добра даје право располагања над њим. Извесна правна добра правни поредак сматра тако важним да њихову повреду никако не дозвољава па и њихов носилац никога не може разрешити одговорности да их повреди. Та правна добра не припадају само њему и ако је он њихов носилац већ припадају и друштву, целини, и тога ради правни их поредак особито цени. Нпр. за одржање живота човекова друштво је заинтересовано готово толико исто колико и сваки појединац. Отуда појединац и не може, рукујући својим животом слободно, никога овластити да то друштвено добро уништи. Друга пак правна добра, чију повреду закон такође забрањује, заштићена су поглавито у интересу појединаца и отуда је њему допуштена и већа слобода располагања тим добрима. На пример повреда женска полне части, ограничење личне слободе, повреде имовинских права губе са престанком повређенога свој противправни карактер.

Али никако не може бити допуштено да се апстрактно, оцењујући природу правног добра, оцењује да ли је једно правно добро више или мање јавноправног карактера. Та је подела различита према одредбама позитивног законодавства. Поглавито мерило кога се можемо држати јесте, као што смо напред рекли, да ли се та радња казни по приватној или по јавној тужби. То мерило истина није сигурно јер је законодавац негде увео приватну тужбу у намери да носиоцу да слободу располагања дотичним

правним добром, негде пак он се руководио обзирима целисходности, о чему ће доцније бити више говора. Позитивног мерила за оцену карактера повређеног правног добра нема поглавито с тога што позитивна законодавства нигде нису начелно усвојила римски став: *Volenti non fiat iniuria*.

Немачки Казнени Законик даје пристанку у толико значај што га и у најтежем случају блаже казни; тако по § 216. убиство извршено на озбиљан и изречан захтев казни казном тешког затвора не испод 3 године. Док код увреде и лаких телесних повреда пристанак може искључити и кажњивост.

Аустриски Казнени Законик не даје никакве привилегије убиству на захтев, већ и увреду и телесне повреде казни онако исто као да није ни било пристанка.

Наш К. Законик не доноси никакве одредбе о пристанку повређеног, те се с тога има узети да је он без утицаја на кажњење. Убиство се има казнити као и да није било пристанка. Али поред свега тога и у нас треба водити рачуна о појединим конкретним случајевима, и ако се неко нпр. налазио у великој невољи, болести, или рањен и најозбиљније моли и преклиње свога друга, да га убије, да се не би мучио, онда ће се такво убиство са таквих побуда моћи блажије казнити.

Поведа коју је учинио на правном добру *сам њејов носилац* правно се цени онако исто као и радња коју је трећи извршио с допуштењем повређеног. И овде је као и тамо у питању овлашћује ли правни поредак носиоца правног добра да тим добром слободно располаже.

Принципијелно је овакво схватање тачно и оно извире из схватања деликта као јавноправне чињенице. Но овај су карактер деликти добили тек од времена кад се у социјалној средини појединац, готово са свим изгубио а казна изгубила готово потпуно карактер приватног задовољења. Да се пак деликт и казна овако схвате потребно је дубљег схватања и испитивања њиховог. Отуда се није чудити што највећи део позитивног законодавства још није довољно на чисто са природом деликта те отуда и не сматра за потребно да правна добра у интересу друштва штити баш и од самих њихових носилаца. Наш Казнени Законик у § 186 казни онога који себе осакати само тада ако је он то учинио у намери да као неспособан не буде уписан у војску. Сама повреда дакле некажњива је. Самоубица је редовно кажњаван срамном сахраном, која има више сакрални карактер. И код нас се самоубица кажњава тиме што се не захрањује као умрли. Покушај самоубиства је у Римском Праву био кажњив само ако га је учинио војник. Енглеско-американско законодавство казни покушај самоубиства. Пошто у нашем Казненом Закону о томе нема никакве одредбе значи да код нас не би био кажњен онај коме не испадне за руком да се убије. Позитивно законодавство дакле не штити правна добра од њиховог носиоца, а то схватање принципијелно је погрешно.