

# IZ ISTORIJE KRIVIČNIH NAUKA

## ВАЖНОСТ КАЗНЕНОГ ЗАКОНА

Ј. Ђ. АВАКУМОВИЋ  
БЕОГРАД, 1882

II-ги ПОД-ОДЕЉАК<sup>1</sup>

Повратна моћ закона<sup>2</sup>

Долазећи да говоримо о овој врло важној чињеници у праву, прво питање, са којим се овде предусрећемо ово је: каква је разлика између пресуде и закона, ценећи то по времену и делима, на које се односе обоје, пресуде и закони.

По постојећим начелима науке о казненом праву и основима положних казних законодавстава, разлика између пресуде и закона та је: што се, пресудама расправљају *ишли* догађаји; а закони што важе редовно само о *будућим* делима.

Кад би се и закони, нарочито казнени, могли односити и на прошлост; кад би се то јест какво дело могло судити и казнити и по казненом закону, који би изишао *иосле* тог учињеног дела, – онда би слобода, част, имовина, па и живот грађана били изложени највећим опасностима. Радећи дела, која казним законом не би била забрањена, грађанин у таквом случају, никад не би био сигуран са својом *будућношћу*, јер не би могао знати, какав ће се закон *иосле тих дела донети*, каква га казна може за иста постићи. На тај начин слободан грађанин морао би живити у вечитом страху за све што му је најмилије и најдрагоценије. Велико би зло било, кад би грађанин и ако зна да му је радња сугласна са *иосиојећим* законом, опет морао да стрепи за своју *ишлост*, бојећи се да какав закон *доцније* не огласи то за кажњиво и одреди какву казну зато.

Тиме би се рушило оно основно правило у казненом праву, по коме је *све дозвољено, иио закон не забрањује*. „*Permissum videtur id omne, quod non reperitur prohibitum,*” вели још римско право.

И што би најгоре у таквом случају било, то је: да грађани ма како пажљиви и предострожни у својој радњи били, никада се не би могли сачувати да не заслуже какву казну, јер је сасвим природно, да они не би могли *у најред знаи* ни *иша* ће закон огласити за *кажњиво*, а још мање, *какве* ће казне за то прописати.

Међутим таква перспектива о животу слободних грађана, садржавала би у себи највећу неправду, коју би уопште могла да учини државна власт својим грађанима.

Такво стање било би тако велико зло, да у таквој држави не би могло бити апсолутно никакве сигурности и слободе грађанске.

1 Стр. 18–48.

2 У нас се обично каже „повратна сила” закона. Ми не мислимо да је реч „сила” подесна, јер свака сила претставља нешто *незаконно*, и то се не може да сложи са идејом „закон”. Зато држимо, да је правилније рећи „повратна моћ” закона.

Па да би слободни грађани били поштеђени од таквог, управо несрећног стања, дошло се и у науци, и у положним законодавствима до овог општег начела: *закони важе само за будућа, а не и за њиша дела.*

Ово опште начело налазимо изказано још у римском праву на више места. Довољно ће бити да овде цитирамо ово једно место из римског права о томе: „*Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari.*”

То опште правно начело прешло је из римског права и у сва данашња модерна законодавства. Сва су усвојила, да се уопште никакво дело не сме судити и по каквом *будућем* закону.

А као језгро тог начела науке и положних законодавстава имамо следеће поставке:

1. Ако какво дело у времену, *када* би било учињено, не би било кажњиво, оно се никад не сме казнити по *доцнијем* закону; и
2. *Строжа* казна каквог доцнијег закона, никада се не сме применити на дело, које би било учињено под каквим ранијим *блажим* законом.

То двоје данас је опште признато и у науци, и у законодавству. А то су, у осталом, и сасвим природна следства оног принципа, по коме закон не сме имати повратну моћ. Ово је тако опште начело, да оно вреди не само у казненом, већ и у грађанском праву.

То су тако опште призната начела, да није нужно да овде о њима више говоримо. Но мало теже стоји са другим начелом, које је изказано у ова два става:

- a. Кад би закон какво дело, које би у времену извршења било кажњиво, по онда постојећем закону, кад би дакле закон *доцније* исто дело огласио за не кажњиво, онда учиниоца не би требало за то казнити: или
- б. Кад би доцнији закон одређивао *блажу* казну за учињено дело, онда би се кривац имао казнити по новом, *блажем*, закону, а не по старом, *строжем*, и ако би дело било *учињено њод овим њоследњим*.

То обоје такође је признато у казненом праву као умесно.

Изгледа као да су ове две поставке под а. и б. противне оним поставкама под 1. и 2., јер докле је тамо речено, да се раније учињено дело не сме судити по *новом* закону, дотле се у овим последњим поставкама баш ово изриче као правило.

Формално дојиста тако изгледа; но у самој ствари стоји сасвим другаче. Те четири поставке ни су једна другој супротне, већ су сасвим сугласне. Треба само потражити извора свима тим поставкама, па ће се одма спазити, да је овако као што рекосмо. Све те поставке очевидно су потекле отуда, што законодавство тежи, и треба да тежи, да ни према коме грађанину не буде *нејраведно*. А међутим оно би такво било, кад не би усвојило оне четири основне поставке у казненом праву, које напред иказа смо. Јер каогод што би било *нејраведно* оно законодавство, које би допуштало да се по *доцнијем* закону казни когод за дело пређе некажњиво, или ма само строжом казном; тако би исто *нејраведно* било и оно законодавство, које би за раније дело, исина кажњиво у времену извршења, допустило да се когод казни, пошто је дело доцнијим законом оглашено за *некажњиво*, или би допуштало примену строже казне, и ако би доцнији закон прописивао *блажу* казну. Ова неправда у последњим случајима била би у толико јача, што у исто време докле би се један кривац казнио за извесно дело строгом казном *ранијеј* закона, дотле други такав исти кривац, по новом закону, или се би *никако* казнио или *блаже*. А на тај начин рушила би се *једнакостиј грађана њред законом*, то основно начело у свакој иоле уређеној држави.

Сем тога кад би држава, дајући нов блажи закон, једном већ јавно исказала, да једно дело не сматра никако за кажњиво или би изрекла, да би га требало *блаже* казнити, онда би, према општим појмовима о природној правди, изгледало чудно, ако би држава опет дозволила да се и под владавином тог бољег закона когод казни по старом закону само зато, што државна власт није раније дошла до овог бољег убеђења, какво је оличено у новом закону. Са појмовима здравог разума никако се не би могло сложити то, да се когод казни у једној држави за какво дело, које други грађани у истој држави слободно могу да врше, не бојећи се да ће их ма каква казна постићи за то. А не мање било би правди супротно и само строже казњење за извесно дело, кад би закон већ прописао *блажу* казну за исто.

Тако дакле све четири напредпоменуते поставке сасвим су умесне и нису једна другој супротне.

А из њих и можемо извести као опште начело ово: *Сирожи казнени закон никада не сме имаџи њоврајне моћи, а блажи може је имаџи.*

И наука, и положни закони држе се овог општег начела у казном праву. То начело у осталом сасвим је просто и разумљиво уколико се тиче *материјалној* казног права.

Но међутим то исто начело, које је тако праведно и разумљиво у материјалном казном праву, не може да се примени и на формално казно право, на *казнени њосџуџак*. Овде напротив важи то правило, да промењено устројство судова и промењени казнени поступак, ваља применити и на *ранија* кажњива дела, ако би се о њима судило под владавином новог казног поступка. Овој обрнутости начела у казном поступку узрок је такође прост. Он постоји чисто у *немоућности* да другчије буде. Јер кад је држава једном увидила потребу да треба да промени устројство судова или поступак, па већ и укинула стари закон о томе и заменила га новим, онда она не би могла враћати стафи закон у живот, само за љубав неких ранијих дела. Тим одржавањем старог закона у животу морало би се произвести то, да би у једној и истој држави било, у једно и исто време, и разних устројства судова и разних казних поступака; а то би било у стању створити само једну збрку и забуну у лабиринту од закона и поступака. И пошто би то стање могло врло лако трајати и двадесетинама година докле сви злочини, под старим законом учињени, не би застарели, а у течају тако дугог времена не би било ништа не обично да угледају света *више* разних устројства судова и поступака, – то би се врло лако могло у каквој држави десити, да у исто време имаде и 4 до пет разних устројства судова и поступака, а то би, разуме се, ону збрку и забуну само још више погоршавало.

Сем тога то противно начело у казном *формалном* праву мора да важи и због тога, што држава, мењајући устројство судова или поступак, извесно нове законе о томе сматра за *боље* од старих, и то боље не само у интересу државном, већ и у интересу *џравде уоџише*, дакле и у корист *оџџуженоја*, па и са тога не може дозволити, да се и даље примењује стари, хрђав, формални закон.

Но говорећи овако, ми не губимо из вида да би поједини оптуженик са свој личног гледишта можда могао доказивати, да сматра за *бољи* стари закон, и да би у појединим случајима дојиста могло и бити сумњиво: шта би за оптуженика било боље, да ли на прилику устројство државног или поротног суђења. Али опет и не багателишући такво кривчево тврђење у појединим случајима, ми при свем том велимо, да би се далеко отишло са државним уређењима уопште, кад би се и у таквим питањима дозволило да она зависе од воље појединаца. Питања казног поступка и устројства судова спадају у круг *јавној* права, па зато она морају зависити само од воље државног законодавства. Она се не могу мењати и управљати по вољи приватних појединаца.

То је једно опште начело, које налазимо положено још у старом римском праву: „Jus publicum privatorum pactis mutari nequit.” То врло уместно начело о особини *јавној* права усвојило је и доцније правништво, те тако оно данас важи како у правној науци, тако и у положним законодавствима казненог права.

Ми смо доведе показали обадва општа начела у казненом материјалном и формалном праву.

Ма да су оба та начела уопште призната, као што и напред реко смо, опет она имају своје различите појаве, о којима постоје разна мишљења и која доста заплетена при практичној примени. Са тога би сваки, који би био неук, могао врло лако да учини погрешну примену оних начела на поједине случајеве, ако му не би дали сигурне поуке у овоме.

Не би одговорили правом задатку ове наше расправе, кад би прешли с ћутањем преко тих разних појава горепомнутих начела при практичној примени, па с тога сматрамо за дужност да све те разне појаве овде изнесемо, критички их претресемо и доведемо у сагласност са оним положеним начелима.

Ево тих разних појава:

1. Кад би какав нови казнени закон истина смањио највећу меру казне – максимум –, али у исто време повећао њену најмању меру, – минимум –, питање је онда, може ли се тај нови закон сматрати као блажи, па применити на раније учињена кажњива дела?

О овоме имамо у науци једно засебно мишљење двојице француских уважених криминалиста. Познати научари и практични криминалисте Шово Адолф и Фаустин Хели држе, да у таквом случају треба *комбиноваиши* у корист оптуженика оба закона, стари и нови. Из новог закона, веле они, ваља узети смањени максимум, а из старог закона мањи минимум казне.<sup>3</sup>

Основа таквом мишљењу несумњиво је у томе, што оптуженик коме буде, за раније дело, суђено под владавином новог закона, при свем том има право очекивати да буде суђен по доцнијем *блажем* закону, а не по *строжем*, и ако је овај важио у времену учињеног дела. Иначе он би, вели се био *неједнако* суђен са осталим оптуженицима за иста дела, учињена под владавином новог закона. Сем тога то се мишљење брани још и тиме, што у случајима кад је стари закон *блажи* оптуженик има право да буде суђен по старом закону, као блажем и вредећем у времену учињеног дела. А противна радња значила би, тврди се, да би оптуженик трпио и оно, што није било законом прописано *у времену када је он учинио кривичу*.

Но и ако се ови смоменути принципи морају признати као основани, опет је погрешно мишљење, по коме би, у таквом случају, ваљало, у корист оптуженика, комбиновати оба *блажа* закона о максимуму и минимуму казне. Неоснованост таквог комбиновања увиђавна је лако. Ми не знамо каква би разлога било, да се према таквом оптуженику поступи *блаже, неіо ли и ііо сітаром, и ііо новом закону?* А то би морало бити у случају овакве комбинације блажег максимума и блажег минимума, једног из старог, а другог из новог закона. Таквом комбинацијом блажег максимума и блажег минимума из старог и новог закона морало би наступити, да би неки оптуженик био блаже казњен од других криваца и по једном и по другом закону, а на такову привилегију нико не може имати права.

Уосталом погрешно је мислити, да је у таквом случају баш и потребна она комбинација обојих закона, па да би се одржало оно начело о примени *блажеі* закона и на

3 Chauveau Adolph et Faustin Hélie, Theorie du Code pénal, Paris 1837 Tome premier, стр. 44.

ранија дела. То се моће постићи и без те комбинације. Зна се да се у једном и истом оптужењу не може у исто време применити и максимум и минимум казне, већ да је у пракци могуће применити *само једно или друго* од тога двога. И тако кад судија, налазећи према засебним приликама појединог оптужења да треба да се послужи минимумом казне, при примени мањег минимума по пређашњем закону, сиђе испод минимума новог закона, – онда он не употребљује оба закона комбиновано, већ *само и једино пређашњи закон*. А и обратно, кад судија, имајући разлога да се послужи максимумом, употреби мањи максимум новог закона у место већег максимума казне по старом закону, онда примењује *искључиво* нови закон.

На тај начин, и без комбинације оба закона, судија се увек може да држи оног општег начела: да свагда ваља употребити за кривца блажи закон. А ово у сваком поједином случају може да се оствари према томе, како се судија, по осталим приликама и околностима дела, буде решио да употреби или максимум или минимум казне.

Потоме ово мишљење поменутих, иначе врло уважених научара излишно је, и само би кадро било да произведе забуну и погрешку у примени на поједине случајеве оптужења.

2. Друга интересантна, а у исто време и заплетена појава, може да буде у оваквом виду: Неко учини какву кривицу под једним законом, и деси се да за исту буде суђен по другом закону; али је у времену између учињеног дела и суђења био донесен закон, који је био *блажи* и од оног, под којим је учињена кривица, и од оног под којим се кривцу суди, а који је дошао као замена тог блажег међу-временог закона.

Питање је тада, да ли би у таквом случају требало кривцу судити по оном блажем закону, који нити је био у времену учињеног дела, нити би важио у времену суђења, већ је само између та два времена важио неко време, па заменут *строжим* законом?

О овом питању постоје двојака мишлења у науци. Француски писци: Адолф и Хели држе, да би кривац у таквом случају имао *права* тражити да буде суђен по оном блажем закону, који је важио, ма и неко време, између оних строжих закона, у растојању од учињеног дела до суђења.<sup>4</sup> Други опет француски писац, Боатар, истина не сматра примену тог привременог блажег закона као какво *право* оптужениково, али опет за исту пледира као захтев *човечности*.<sup>5</sup>

Трећи опет, по највише немачки писци, мисле да у таквом случају не треба применити онај, *само* међу-времени блажи закон. Њихов разлог о томе овај је:

Под каквим је законом когод учинио какву кривицу, онакву је казну и заслужио. То је захтев строге правде. Но ако би законодавац међутим издао блажи закон, *иа би кривац био суђен за време тој блажеј закона*, онда би ваљало применити овај блажи закон. Јер када је законодавац променио онај строги закон, он је јамачно то учинио са тога, што га је сматрао за несарамерно строг, па то његово мишљење о строгости пређшњег закона треба да иде у прилог ономе кривцу, који се буде судио докле би законодавство остајало при томе свом убеђењу. Али кад би законодавац наново дошао до убеђења, да треба да се врати на пређашњи строжи закон, па би укинуо онај блажи закон, а кривцу се за раније учињено дело буде судило *за време повраћеној строжеј закона*, онда то значи, да законодавац кривца поставља у исти положај, у коме је био и пре тог блажег закона. Тиме законодавац управ показује, да кривца у таквом случају неће да суди по оном привременом блажем закону, који је међутим, мењајући га, жи-госао као погрешан.

4 Chauveau Adolph et Hélie, T. I. p. 43.

5 Boitard, sur les codes pénal et d'instruction criminelle. Paris год. 1847. стр. 44.

Ми се слажемо са овим последњим мишљењем. По овом мишљењу кривцу се не чини никаква неправда, јер све што би он у таквом случају могао с правом тражити, то је: да не буде строже суђен, него што би било по закону, који је важио у времену учињеног дела или суђења. Међутим са противним резонавањем т. ј. кад би се кривцу давало право да буде суђен по оном блажем међувременом закону, могло би се десити, да когод буде суђен по једном строжем закону у време учињеног дела, док напротив други, који би учинио исту кривицу по *ранијем* још *строжем* закону, да буде за исто дело, а под владавином оног првог строга закона, *блаже* казњен само зато, што би међутим између та два строга закона неко време важио неки блажи закон, који није важио ни у времену учињеног дела, ни у времену суђења.

Нови закон немачке царевине држи се овога, јер у другом одељку §. 2. вели: „Bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburtheilung ist das mildeste Gesetz anzuwenden.” Док у пруском закону тога није било. Види Опенхофа стр. 48 §. 2.

Неће бити излишно да ово објаснимо једним примером. Постојао је на прилику закон, који за опасну крађу у поврату прописује *смртну казну*. Затим се донесе закон, да се за исту крађу у поврату кривац казни само затвором до пет година. Но тај закон, рецимо, није трајао дуго, па би се замену новим, који би за такву кривицу прописивао двадесет година робије. И најпосле би опет био враћен у живот онај први закон. Имајући такву мѐну закона да замислимо овакав случај: Петар оптуженик учинио би у поврату онакву опасну крађу, за какву је први закон прописивао смртну казну, и то за време *прве* владавине тога закона. Павле би учинио исту кривицу за време владавине оног другог закона. И Петар и Павле буду ухваћени и суђени за време владавине повраћеног у живот првог закона. Држећи се оног међувременог закона могло би се онда десити, да се Петар казни затвором, а Павле робијом од двадесет година, и ако је Петар по закону учињеног дела, као по закону повраћеном и вредећем у време суђења, био заслужио смртну казну, дакле већу него Павле по закону у времену његовог дела вредећем.

Ето каква би неправда могла да се деси у једној и истој држави, ако би се усвојило оно начело, као да би међувремени блажи закон ваљало употребити у корист кривца, који би и дело учинио, а и судио би се, под строжим законом, али само би имао за себе ту околност, што је међутим између та два чина вредио блажи закон.

3. Трећа појава налази се у овој изреци: Казна се увек мора одређивати *искључиво* *ио старијем* или *ио новијем* закону.

Овакав случај може да се деси код оних кривица, код којих и стари и нови закон одређује двогубе казне, на прилику, затвор и новчану казну. У таквом случају судији не би било дозвољено узети затвор из једног, а новчану казну из другог закона ни по каквом разлогу, па ни према томе, што би да речемо, у првом затвор био мањи, а у другом новчана казна била мања. Таква употреба минимума из обојих закона ишла би очевидно против јединства у законодавству, а то би била једна његова велика мана. Но у таквом случају судија ваља да узме у оцену величину и затвора и новчане казне у обојим законима, па према томе да се определи, који од та два закона сматра *уојшћие* за *блажи*, и њега да примени на поједино оптужење.

4. Но од свију ових досадањих појава, најтеже је питање о повратној моћи закона код *заситарелосћии*. А оно је у исто време и најважније, јер од њега не зависи само *величина казне*, већ и *уојшћие* *ѝримена* или *савршено искључење* њено.

Због врло велике важности застарелости, овде ће бити нужно да расправимо више питања.

Пре свега важно је знати: да ли застарелост пада у делокруг *материјалној* казненог закона, или само *формалној*, то јест поступка?

А из овога одма сљедује друго питање, хоће ли се и закону о застарелости, ако би био блажи, дати повратна моћ или не ће?

Даље је питање: какво дејство уопште може имати нов закон на злочине, којима је застарелост већ почела тећи?

Сем тога може ли се нови закон, који изриче да нема застарелости за извесне злочине, применити и на оне злочине, који су учињени у времену, када је закон допуштао за њих застарелост.

И најпосле, да ли може нови закон време застарелости за раније учињено дело продужити тиме, што би за таква дела одређивао *дужу* застарелост од пређашње.

То су све питања, која ако би се добро расправила, онда се не би могла учинити грешка кад буде било речи о застарелости.

Сва ова питања дају се врло лако и добро расправити, само ако се добро разреши прво питање, јер је оно основица свима осталим.

Зато ћемо ми, држећи се тога, а нешто и постављеног реда у горњим питањима, најпре да расправимо оно прво питање.

Законски прописи о застарелости не могу се другаче сматрати већ као прописи *материјалној* закона. Ово због тога, што се застарелосту регулише то, да ли ће се какав злочин по истеку извесног времена и под извесним условима *уопште казни* или не ће; а такво питање никад није *формалне* природе, већ је саставни део материјалног казненог закона.

Знајући ово као општу полазну тачку при овом специјалном питању о повратној моћи закона код застарелости, онда нам не ће бити тешко да правилно разрешимо и она остала питања о застарелости.

Из те опште основице сљедује као не сумњиво ово:

- а. Ако би се до дана обзнане новог закона *већ навршила застарелост* по старом закону, онда се нови закон не сме применити ни ранији злочин, јер кад би то било, значило би применити на раније дело *доцнији строжи материјални закон*. Право државно, да кога казни за учињено дело *престало* је са даном свршене застарелости, па би била највећа неправда наново оживљава-ти то право државно, дајући новом закону повратну моћ.<sup>6</sup>
- б. Ако би нови закон прописивао краћи рок застарелости, онда ову ваља применити и на ранија дела. Разлог би за то био врло прост. Држава је са новим законом показала да хоће да буде блажа, па зато се не би слагало са тим њеним очитованим правцем, кад би се и после тога какав кривац казнио по ранијем строжем закону, ма и за дело, учињено под тим строжим законом.
- в. Ако би нови закон застарелост код извесних злочина сасвим укидао, или бар отежавао, било продужењем рока за застарелост, било постављењем других каквих отежавних услова, онда се нов закон не би смео применити и на ранија дела.

Има писаца, који противно овоме тврде да променом новог закона држава не би оптуженику чинила никакво веће зло, него другима, јер кад он до новог закона још није задобио право застарелости по старом закону, не може му, веле они, бити

6 Види о овоме и немачког писца, Zachariae, *uber die ruckwirkende Kraft neuer Strafgesetze*, стр. 42 и 43.

неправо што се уравнива и са осталим равним кривцима. Кривац нема права, веле, да *йродужи* застарелост; само *свршена* застарелост давала би кривцу право да се њоме послужи, тврде исти писци. Пре тога он је има само *наду* на застарелост по истеку извесног времена. С' тога се без повреде ма каквог правног принципа, може кривцу та *нада* одузети, или њено постигнуће отежати каквим новим условима.<sup>7</sup>

Обично се брани ово мишљење тиме, што се вели да држава таквим начином не би чинила кривцу ништа *шеже*, него што би он у истини заслужио, разуме се ценећи ово по закону важећем у време суђења.

Но ово не стоји. Ако би се то примило код застарелости као умесно, онда би се то исто могло рећи и код осталих строжих материјалних закона, а тиме би се из основа порушило оно начело, по коме строжи закон не сме имати повратну моћ. А то начело све и кад би се могло допустити код осталих правних питања, код застарелости не би било дозвољено још најмање, јер са застарелошћу кривац не само да задобија законско право само на *блажу* казну, већ и *да никако не буде кажњен*. Са навршеном застарелошћу по првашњем закону, кривица сасвим *йрестјаје* по закону, који је важио у времену њеног извршења, и по томе који је једини био меродаван за оцену и суђење о истој.

Даље се, у одбрану оног мишљења наводи, да држава искључујући сасвим или продужавајући и отежавајући застарелост, не присваја себи никаква *нова йрава*, већ само боље регулише своја *већ йостојећа йрава*.

Но и ово тврђење погрешно је. Јер раније државно право, да би кога могла казнити, зависило је само од законских услова и ограничења у корист кривца, дакле је било блаже за кривца. Па кад би држава, доносећи нов *сйрожи* закон, укидала те услове и ограничења бивша у корист кривца, – онда би она тиме извесно себи присвајала нека *већа* и *нова* права на *шйейу ранијих кривца*, а не да би само регулисала своја *већ постојећа* права.

Најпосле неки не признају, да би држава доношењем *сйрожеј* закона о застарелости тиме вређала какво стечено *йраво* оптужениково.

Али ни ово не може да издржи строгу критику, јер је несумњиво право сваког оптуженика да се са њим не поступа *сйроже*, *нею шйю би мојло бити йо закону*, *йо којим је учинио кривицу*. А ово би вазда морало бити кадгод би се примењивао доцнији строжи закон и на ранија кажњива дела.

Накратко говорећи, сви разлози, који су за то, да *сйрожи* закон уопште не може имати повратне моћи, важе и код застарелости. По томе и закон о застарелости не сме имати *йоврајне моћи*, *на шйейу оййуженика*.

То је опште начело науке о казненом праву. А оно је усвојено и код свију напредних законодавстава.

Довољно ће бити да овде цитирамо о томе наређење само бившег пруског казненог уводног закона од 14. Априла 1851.

„Die Vollendung der Verjährung einer vor 1. Juli 1851.<sup>8</sup> begangenen strafbaren Handlung wird nah den bisherigen Gesetzen oder nah dem gegenwaertigen Strafgesetzbuche beurteilt je nach dem das Eine oder das Andere dem Thaeter am günstigsten ist”, вели тај закон.<sup>9</sup>

7 Zacharia у истој књизи § 33.

8 Тада је ступио у живот пруски казнени закон од 14. Априла 1851 године; који је опет 1. Јануара 1872 постао, у главном, општим казним законом за целу немачку царевину.

9 Види о томе Oppenhof, Strafgesetzbuch и т. д. члан V, страна 6.



5. Признавајући да *блажи* закон ваља да има повратну моћ у корист оптуженика, морамо даље покренути и то питање, да ли би то имало да важи само за оне криминалне процесе, у којима пре издања блажег закона, не би била *изречена пресуда*, или би се то начело о повратној моћи блажег закона имало да употреби и после тога, све до последње судске инстанције?

Ми налазимо да не би било никаквих разумних основа да се блажи закон не примени ма, и у последњој судској инстанцији само са тога, што би нижи суд већ био изрекао пресуду. Напротив све говори у корист тога, да би и у таквом случају блажи закон ваљало применити *све до свршетка* криминалног процеса, дакле и ако би ствар већ била дошла пред Касациони суд у времену новог блажег закона. Сасвим би било умесно, што би се судови и тада послужили оним општим начелом о повратној моћи блажег закона, докле годи би какво кривично оптужење било код судова у току. Може се рећи, да би се тако исто могло десити да баш ускоро после одобрене пресуде у последњој инстанцији, изиђе какав блажи закон, па, могло би се резоновати, као што у овом случају остаје примена пређашњег строжег закона, тако би ваљало да буде и на случај ако би се то десило у другој инстанцији. Признајемо да би било незгодно извршити строгу пресуду на основу пређашњег строга закона, који би ускоро после извршне пресуде био укинут. Али и нама се мора признати то, да у случају, кад би нови блажи закон ступио у живот пошто би пресуда, изречена по старом строжем закону, већ била постала извршном, онда да не би могао бити посао *суда* да примени благод новог закона и на раније учињено кажњиво дело, већ да би био посао *полицейске власти* да то учини другим путем и начином, ако би то налазила за умесно према разлици између ранијег и новог закона, и осталим околностима дела, као и сразмери досуђене казне према учињеној кривици.

6. Код поврата има случајева, у којима изгледа као да закон има повратну моћ на штету кривца.

Такав случај могао би се десити овако: неко је био осуђен за какав злочин; неколико година по издржаној казни, изишао би нов закон, који би за онога, који би какав злочин учинио у поврату, одређивао строжу казну, него што је за то одређивао пређашњи закон опет при поврату.

Кад би после тога исти зликовац учинио злочин истог рода, дакле био у поврату, онда би настало питање, да ли би њему казну поврата ваљало применити по новом строжем закону, или би му се, допуштајући свакако поврат, одредила казна по ранијем, блажем закону о поврату. И ако би се нашло да би казну поврата требало одредити по новом, ма и строжем закону, онда да ли то казнење због поврата по новом закону не би у себи садржавало повреду оног општег начела, да се доцнији строжи закон не сме применити на штету кривца??

Ово у пракци може да буде врло различно. Тако могао је на прилику први закон за поврат опасне крађе прописивати само робију, докле би доцнији закон за такав поврат могао прописивати смртну казну. Но, остављајући на страну питање о умесности или неумесности смртне казне уопште, ми се при свем том ни најмање не устезамо исказати, да би правилан одговор на ово питање могао бити само тај: да би тако и требало да буде т. ј. да би било умесно у таквом случају применити пропис доцнијег строжег закона о поврату, и да се таквом радњом не би на штету кривца вређало оно опште начело о примени блажег закона у корист кривца.

Кад је кривац учинио оно ново дело, због кога се налази у поврату, онда је већ постојао нов закон, који је одређивао, *како ће се њовраћ казнији*.

По томе казна поврата њему се одређује за дело, које је учинио *иод владавином* новог строжег закона о поврату, а не за какво дело *ѝре* тог закона, те да би се могло рећи да је применом казне о поврату нови закон имао повратну моћ, на штету кривца. Ово стање ствари ништа не може да промени чак ни та околност, што можда пређашњи закон, под којим би исти кривац био учинио *ѝрву* кривицу, није имао никаква наређења о казнама и при поврату. То би могло нешто да упливише само онда, кад би се казна поврата изрицала за *раније учињену кривицу*, а не за *садању*, која, по самој природи ствари, мора спадати под нови закон о поврату са свима његовим одредбама.

7. Најпосле спор је око тога, да ли је правилно, да нов казнени *ѝосѝуѝак* ваља увек применити и на дела раније учињена.

Немци се уопште држе тога правила да казнени *ѝосѝуѝак* увек мора имати повратну моћ.

Но има и код њих писаца, који држе, да то правило има и својих изузећа. Тако Zachariae вели, да ни поступак казнени не сме имати повратне моћи, чим би он имао уплива на какво материјално право оптуженика, јер би се, вели, иначе вређало оно начело, по коме нико не сме да претрпи више него што би било прописано законом у времену учињеног дела.

Подобно томе држе и француска два најважнија криминалисте. Напред поменути Адолф и Хели такође мисле: да се увек ваља држати оног начела, по коме само блажи закон може имати повратну моћ у корист оптуженика; да у томе не треба правити разлику између формалног и материјалног права – поступка и казног закона –; да је у казном праву и форма стечено право оптужениково; да оптуженику могу судити само они судови, који су постојали у време учињеног кажњивог дела; да оптуженику не може бити све једно ни код оптужења уопште, а камо ли код политичних, хоће ли му судити порота, или државни суд, па можда и какав преки суд.

Тако отприлике бране своје мишљење ова два француска писца.<sup>10</sup>

Морамо напоменути, да и ако су ова двојица и у само Француској врло уважене криминалисте, опет да француски касациони суд не дели ово њихово мишљење, као да казнени поступак не би смео имати повратне моћи, ако не би био *блажи* за оптуженика.

Практика дакле и француског касационог суда сугласна је са мишљењем Немаца о овом питању.

И ми држимо, да је ово последње мишљење правилније.

Истина да није све једно, хоће ли коме судити на прилику државне судије или поротници; истина да су јако подељена мишљења о томе: да ли је за оптуженика кориснија – блажа – установа државних судова или пороте; истина да једни налазе више јамства и гаранције за правду у државним, а други у поротним судовима. О томе се даде говорити и за, и против. Но остављајући тај спор на страну, па се запитајмо, кад је већ једном држава, променом казног поступка, увела једну или другу од тих судских установа – који би онда био меродаван да реши: која је од тих двеју установа боља?

Извесно се то право пре мора дати држави, него поједином оптуженику. Држава је ту неинтересована; она је поред тога у положају да, преко свога народног представништва, хладније и објективније оцени и реши превагу једне или друге системе судова, него што би то могао да учини поједини оптуженик, као заинтересован и без онолике спреме, колику мора имати државна организација. Она је тако исто спремни-

10 Види Adolphe et Hèlie, Théorie du Code pénal, I, 50–51.

ја за бољу оцену и осталих особина казног поступка, па се њој и мора признати решавајући уплив. Напротив кад би се усвојило, да би у томе ваљао да буде претежнији глас оптуженика, тиме би се вређали општи основи државни, јер би *усптанове државне зависиле од воље њојединаца, а не од ојшће државне воље*. И што је још најгоре, пошто и сами поједини оптуженици не би могли бити сви сагласни у томе питању, виђали би да се установа судова сваки час јавља у другој форми сасвим произвољно по вољи појединаца. Међу тим ни онде, гди по закону постоје више, надлежних једнаких судова, па опет се не дозвољава оптуженоме да по својој вољи бира који хоће суд, јер би се и тиме вређао онај општи принцип, по коме *јавно* право не сме да зависи од воље појединаца.

А поврх свега овога, било би и сасвим незгодно и непрактично пустити оптуженог да и после промене казног поступка може тражити суд, по ранијем поступку. Кад би се то дозволило, онда се управ никад не би могао на мах променити *облик* судова. За пуних двадесет година, докле год не би застарели сви раније учињени злочини, морали би онда имати поред редовних судова по новом поступку, и ванредне, по старом за раније учињена дела. Такво стање у судству уређене државе нит је уопште могуће, нит је ма где у пракци до данас било; нити би се могло сложити са општим основима јавног права. А да би такво стање створило једну аномалију у законодавству и збрку у судству, то је једва нужно и напоменути.

Па да би се све то избегло, најбоље је *уојшће* држати се оног начела, по коме казнени поступак има повратну моћ, без призрења на то, да ли се он сматра као блажи или као строжији за оптуженика.

Но пошто би се применом овог начела могла повредити и нека *основна* права слободних грађана, то је у свакој напредној држави дужност устава да ујамчи, како да се то не може дешавати променом устројства судског или казног поступка. Устава је дужност да изрекче, на прилику, то, да се никакав грађанин за *ранија* дела не сме ставити под *доцнији* преки, ванредни или војни суд; па кад то уставно начело стајало буде, онда нема опасности, да ће применом устројства судског или казног поступка наступати повреда грађанских права и слобода, ма да ови закони, као формални, имају повратну моћ.

Две најслободније државе у свету: Енглеска и Америка, постарале су се о томе, да се и у времену највећих револуција, баш кад би и била суспендована уставна права грађана, опет поротни судови не смеду заменити преким или војним судовима, јер сматрају поротне судове за особито корисне баш у временима бурним. Пре даљег говора о овоме, дужни смо објаснити да се у тим државама зато противстављају пороти „ванредни” судови, што тамо суди све кривице порота, па по томе и не може бити других казних државних судова, до ванредних.

После овог малог објаснења морамо признати, да је велико питање, да ли би ово одржавање пороте и у таквим државним неприликама, што је можда практично и корисно код Енглеца и Американаца према њиховим особинама и ступњу народног образовања, – било тако исто корисно и код других народа са другим особинама и на нижем ступњу образовања.

Но ми нисмо ни навели, што би га препоручивали *сваком* народу и без осталих американских или енглеских особина и прилика, већ само да би показали, како, са том уставном предохраном, није опасно држати се оног општег начела: да казнени поступак ваља да има повратну моћ.

Међутим и ако ово стоји, опет је питање, има ли каквих изузетака од тог правила.

По пракци касационог суда, очитованој у више прилика, у Француској се не допушта никакво изузеће о повратној моћи казног поступка. Ми ћемо навести како

је то у једној прилици мотивисао француски касациони суд *једногласно*: „que le principe de la non-rétroactivité n'est applicable qu' au fond des droits acquis et à la punition des délits antérieurement commis, mais nullement aux règles d'après lesquelles ces délits doivent être poursuivis devant les tribunaux.”<sup>11</sup>

Али у Немачкој има писаца, који бране умесност неких изузећа од оног начела. Главни представник тог мишљења био је у Немачкој Zachariae, па зато ћемо ми њега о овоме и цитирати. Тај немачки криминалиста брани ово изузеће у случајима, који се тичу *доказа за окривљење или ослобођење ошћуженика*. У таквим случајима, вели Захарије, не сме ни казнени поступак имати повратну моћ, на штету оптуженика. Па из овог општег изузећа Захарије изводи следеће:

- а. Ако би нов закон имао такве прописе, по којима би се оптуженик и за раније учињена дела могао осудити, а међутим по ранијем закону вредећем у времену учињеног дела, он или не би могао бити осуђен никако, или мање, и онда ни казнени поступак не би требало да има повратне моћи на штету оптуженика. На прилику ако би нови поступак, укидајући круту доказну теорију, допуштао осуду по слободним основима подозрења, а стари то не би допуштао.
- б. Ако би нови казнени поступак узимао нека доказна средства као *јошћун* доказ, док напротив по старом то не би било, као на прилику ако би исказ једног саучесника, који би своју кривицу признавао, па и другог саучесника теретио, ако би тај исказ по једном закону био сматран за довољан, а по другом за недовољан доказ против другог саучесника, онда опет не би смео нови закон, имати повратну моћ, на штету оптуженога; и најпосле
- в. Ни онда овај не би смео имати повратне моћи на дела под старим законом учињена, ако би се по старом закону за изрицање, да је ко крив тражило *више судских* гласова, него ли по новом поступку.

Тако на прилику по нашем поротном закону зна се, да поротни суд, који се саставља из седам поротника (чланови: 27 и 29 поротног закона од 21. Октобра 1871 године), може на штету оптуженога донети какав закључак само онда, ако би за исти гласало бар *јети* поротника (чл. 40. истог дана.). Е па кад би сада, рецимо, у нас изишо други поротни закон, који би то мењао на *шћетју ошћуженој*, који би прописивао, да би за то била довољна и релативна већина, дакле и *чћици* поротничка гласа, – онда по овом Захаријевом изузећу тај нови поротни закон не би смео имати повратне моћи и за раније кривице.

На основу овога Захарије је мислио да би се могло поставити ово као опште изузеће:

Казнени поступак не би смео имати повратне моћи, гдигод би средство тога било, да се оптуженик за своја ранија дела осуди, а гди то по ранијем закону не би могло бити; или гди би по новом закону бар више имао да трпи.<sup>12</sup>

Но ово мишљење и погрешно је и излишно.

Кад држава већ једном напусти тако названу доказну теорију, па остави судији одрешеније кретање при оцени појединих оптужења, као што је случај, о коме у тачци под а. говори Захарије, онда она то чини извесно у интересу *веће љравде*, јер је увидила да иначе доказна теорија само помаже да се неказњено провлаче лукави и препредени оптуженици; а међутим да се често осуђују и невини, против којих су се

11 Chaveau et Héllé, I 47 и 48.

12 Zachariae, rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze, страна 56–64.

стекли извесни законски докази. Па може ли се, у таквом случају, лукави оптуженик позивати на какво стечено право да по ранијем казненом поступку и даље лаже државу и друштво?

Ово исто важи и о доказним средствима наведеним под б. и в. Не могуће је да буде један казнени поступак у основу промењен, па опет да и даље важе *нека* опредељења из старог поступка. Производило би само неједнакост и збрку усуђењу кад би се према једном и истом оптуженом за једно и исто дело у нечем поступало по новом, а у нечем по старом казненом поступку.

Но уместо овог погрешног Захаријевог мишљења, ко хоће да не греша при расправи питања: да ли казнени поступак ваља да има повратну моћ, тај треба да се држи ових принципа:

1. Ако је држава новим законом учинила *и*рајне промене у устројству судова или казненом судском поступку, онда закон о томе *и*реба да има *и*оврајину моћ и на дела учињена *и*ре *и*оја закона; а
2. Ако ли је држава, само да би подмирила извесне потребе или отклонила извесне опасности, те промене у судовима или судским казним поступку учинила само *и*ривремено, докле се не би подмирила она потреба, или докле не би прешла она опасност, – онда такав само пролазни закон *не сме имати и*оврајину моћ и за *ранија* дела на штету оптуженога. Ово нарочито мора важити за војне ил преке судове, који се обично установљавају у временима побуна или других нереда, па зато они, као привремени, не смеду имати повратне моћи, на штету криваца.

Ово последње не сме бити из два узрока. Прво што нема потребе, да војни или преки судови суде и о ранијим делима, јер поред њих остају у држави и *редовни* судови, па се правда може да задовољи, ако би ови последњи судили о ранијим делима. А друго било би противно здравом разуму кад би се на прилику и за надлежност војних или преких судова дозвољавала повратна моћ. Овакви судови у држави не могу се другаче бранити, већ само *си*ањем *нужде*, потребом државне *самоодбране* од грозећег нереда и анархије. А *нуждне одбране* по самој природи ствари, не може бити иначе већ само од *и*ред*и*ојеће*и*, *и*рајуће*и* или *будуће* зла. Док од онога, што је већ било и прошло, нико се не може тек бранити. По томе дакле сасвим је природно да такви војни или преки судови не смеду, као државна само – одбрана, да суде и о *ранијим* делима, већ само о онима, која се буду догодила *и*осле увођења таквих судова.

Ово је тако јасно и несумњиво начело, да ако би се, на жалост, и десило да би у каквој држави због несрећних и бурних прилика војни или преки судови приграбили себи власт да суде и о делима пре њиховог успостављења, – онда би била дужност редовних судова, а нарочито Касационог, у свако доба уништавати цео поступак и рад тих не надлежних судова, кадгод би само, усљед жалбе надлежног лица, такав случај дошао на расправу редовном суду. То је апсолутни захтев грађанских права и слобода.

Ми смо се забавили мало дуже код овог пододељка; али то је захтевала важност питања, која су била предметом тог под-одељка.

Сад ћемо да пођемо даље.