

# IZ ISTORIJE KRIVIČNIH NAUKA

Rasprava Živka Topalovića koja je izdata pre jednog veka (1911) izabrana je da bude ponovo objavljena na ovom mestu iz više razloga. Ona pokazuje da je tadašnja srpska krivičnopravna nauka bila na nivou dostignuća teorije krivičnog prava u Evropi. Štaviše, čini se da se u Srbiji tada više pratila savremena inostrana krivičnopravna literatura nego što je to slučaj sa našom novijom teorijom (bar kada je u pitanju krivičnopravna dogmatika). Iako su neki stavovi zastupani u ovoj raspravi danas prevaziđeni, a primećuju se i neki njegovi drugi nedostaci (kao što je neujednačenost krivičnopravne terminologije), ipak je on u celini gledajući iznenađujuće aktuelan. Štaviše, savremena nauka krivičnog prava u Srbiji u pogledu nekih pitanja se tek nedavno približila onome što je Ž. Topalović u svojoj raspravi, makar delimično, već tada zastupao. Tako, normativnoj komponenti krivice koja je u jugoslovenskoj i srpskoj nauci krivičnog prava i zakonodavstvu do nedavno bila potpuno odbačena (ostajanjem isključivo na pozicijama zastarele psihološke teorije), on posvećuje odgovarajuću pažnju. Treba primetiti da je to bilo svega nekoliko godina pošto je R. Frank u Nemačkoj prvi ukazao na značaj normativnog aspekta krivice (da bi on danas u Nemačkoj i u krivičnom pravu mnogih evropskih zemalja postao dominantan).

Jedan od razloga za ponovno objavljivanje ove rasprave jeste i činjenica da je ovaj rad Živka Topalovića kod nas malo poznat čak i onima koji se bave krivičnim pravom. Ne ulazeći u razloge zašto je to tako (verovatno je posle II svetskog rata na to uticao i ideološki faktor, tj. činjenica da je Ž. Topalović bio osuđen zbog aktivnosti u četničkom pokretu), smatramo da ovaj rad zbog značaja pitanja koja obrađuje i načina na koji to čini zaslužuje da bude ponovo publikovan bez obzira što je od njegovog prvog objavljivanja prošao jedan vek. Na aktuelnost ove problematike ukazuje i uvodni članak u ovom broju časopisa (C. Roxin), tako da se mogu povući određene paralele između savremenih shvatanja i načina rešavanja problema razgraničenja eventualnog umišljaja i svesnog nehata i onoga što je zastupano u raspravi Ž. Topalovića.

Redakcija časopisa *Crimen*

## **dr Živko Topalović**

### **Kratki biografski podaci**

Rođen 21. marta 1886. u Užicu. Pravni fakultet u Beogradu završio je 1908. godine, gde je i saradivao na Katedri za krivično pravo. Fakultet mu je dodelio stipendiju za specijalizaciju iz krivičnog prava. Početkom 1909. godine je objavio knjigu „Krivično pravo: po predavanjima dr Božidara Markovića. Izradio dr Živko Topalović“, a naredne dve godine i knjige „Smrt smrtnoj kazni od J. Šterna“ (preveo s nemačkog Živko Topalović) i „Granične medje umišljaja i nehata“. U Berlinu 1910–1911. pohađa kriminološki seminar, zatim 1912. nastavlja specijalizaciju na Pravnom fakultetu u Parizu. Prvi i Drugi Balkanski rat 1912–1913. i Prvi svetski rat 1914–1918. prekinuli su njegovu specijalizaciju i univerzitetsku karijeru. U navedenim ratovima učestvuje kao rezervni oficir. Bio je aktivni član Balkanske komisije. U Prvom svetskom ratu je bio teško ranjen i zarobljen, ali je početkom 1918. razmenjen za zarobljene austrijske oficire, gde je stigao na Krf. Srpska vlada ga je angažovala kao inspektora zarobljeničkih logora u Solunu. Bio je branilac optuženih u procesima po Zakonu o zaštiti države. Jedan je od osnivača Socijalističke partije Srbije i sindikalni funkcioner. Bio je dugogodišnji sekretar Međunarodnog biroa rada u Ženevi. Pisac više knjiga, monografija, članaka, rasprava, prikaza i osvrta iz oblasti prava, politike, socijalne politike i dr. Prišao pokretu Draže Mihailovića, i učestvovao na četničkom Kongresu 27. januara 1944. godine u selu Ba kod Gornjeg Milanovca. Posle toga savezničkim avionom iz Srbije prebačen u Italiju, gde je bio predstavnik Draže Mihailovića kod saveznika. Vojni sud je 1946. osudio Živka Topalovića u odsustvu na 20 godina zatvora. Sve ovo vreme ostao u emigraciji, gde je u Beču umro 9. februara 1972. godine.

(dr Đorđe Lopičić)

*Živko TOPALović*

## GRANIČNE MEĐE UMIŠLJAJA I NEHATA

### PRVI DEO

---

#### Glava prva UVOD

Krivično pravo ima svoju osobitu socijalnu zadaću. Celokupno pravo, pa i krivično kao njegov deo, ima prvu zadaću da formira pravni poredak, da reče: šta se ima smatrati za zakonsko pravo, a šta za nepravo. I kad zakon to uradi onda država, koja se karakteriše time što ima na raspoloženju jedan kvantum velike i dobro organizovane fizičke sile, nagoni svakoga pojedinca da mora poštovati naredbe pravnoga poretka. Ako on to neće, biće nagnan silom. Pojedinac, pa i čitavi redovi društveni u normalnome stanju stvari, nemaju mogućnosti da se odupru državnoj sili. Ako to pokušaju biće uništeni. I tako hteli nehteli, oni moraju da slušaju propise pravnoga poretka.

U svakoj društvenoj organizaciji pravni poredak garantuje pojedincima izvestan kvantum prava, obezbeđuje im jedan izvestan kompleks životnih interesa, da bi oni mogli živeti i delati saglasno osnovnim principima na kojima počiva ta društvena organizacija. Ti pravom zaštićeni životni interesi ljudi nazivaju se pravnim dobrima. No pravna dobra mogu pripadati ne samo pojedincima već i organizaciji, zajednici, celini.

Svakome pojedincu stalo je do toga, da njegovi životni interesi, njegova pravna dobra budu poštovana, da ih niko ne vređa. Ali je i državi, opštem pravnom poretku takođe do toga stalo. Jer pojedincima ili pojedinim društvenim organizacijama dodeljen je onaj kvantum prava koji oni moraju imati, pa da i celina društvena kao takva može postojati. Otuda se u svakoj povredi pravnoga dobra jednoga čoveka, u isto vreme vređa društvena celina, postojeća socijalna organizacija, jer se podrivaju temelji na kojima ona počiva. Vrhovna zadaća pak svega pravnoga poretka jeste da tu socijalnu organizaciju, zajedničko pravno dobro, čuva.

Država kao predstavnik celine, u interesu njenom, mora da reagira na svaku povredu prava. Ona redovno reagira na taj način što narušioaca vraća u granice prava. Ali takva joj reakcija nije dovoljna. Izvesna pravna dobra pojedinaca i društva

od osobitoga su značaja za celinu, za državu. Ta osobito važna pravna dobra država mora osobito i da zaštititi. I kad neko njih povredi, onda se on ne samo vraća u granice prava nego biva *kaznjen*. Država poništava njegova pravna dobra: život, slobodu, imanje itd. gotovo sveti mu se, za njegove postupke. Zaista kaznom zaštićena pravna dobra veoma su energično zaštićena. Onaj ko njih hoće da vredi zna da će mu se ne samo silom oduzeti ono što je on povredom dobio, već da će mu se i pored toga oduzeti još i veliki kvantum prava kojima sam raspolaže. Normalno se pretpostavlja da će svaka povreda prava biti pronađena i da će na nju država reagirati. Kod pravnih povreda, za koje se kazni, zločinac ne može nikad računati da što dobije, već samo da izgubi veliku količinu onoga što ima. Ako ume da misli onda se on nikad neće rešiti da sam sebi čini zlo. To je preventivni značaj kaznenih propisa.

Evo onda socijalne zadaće krivičnoga prava: da između pravnih dobara pojedinaca i zajednice probere ona, koja naročito treba da zaštititi kaznom i da ih unese u svoj zbornik. Kad to učini onda da odluči kako ih, na koji način, kojom efikasnošću treba zaštititi, na ime kakvom i kolikom kaznom zločinca treba kazniti. Ono sad na dalje ima da utvrdi principe i metode ovoga diferenciranja i odabiranja. Već iz ove zadaće vidi se da svaka kulturna i politička epoha čovečanstva mora imati svoje krivično pravo, koje sa društvenom celinom raste i razvija se.

Kazna kao spoljni izraz egzistencije krivičnopravne vlasti državne, jeste reakcija celine protivu čoveka, pojedinca, koji nije hteo da poštuje onaj red što ga je celina postavila. Kazna ima cilj: da kod svakoga koji bi nameravao izvršenje krivičnoga dela probudi osećaj straha za sebe, za svoja pravna dobra, a ako je delo već izvršeno onda da dejstvuje tako da delikvent u buduće slična dela više ne čini. Po ovoj zadaći organizuje se sistem kazni i vrši se odmeravanje kazne. Od sporednoga je značaja da li će se ovome represivnome ili preventivnome dejstvu kazne pridavati veća vrednost. Oba se dejstva priznaju.

Iz cilja kazne nesumnjivo izlazi da kažnjive akcije ljudi mogu biti samo ozbiljne i *svesne* akcije<sup>1</sup>). Ako kazna preventivno delajući, ima smer da pojedincu stavi na znanje da se on izvršenjem dela stavlja u opasnost da naškodi samome sebi, onda će to ona moći samo tada, ako je delikvent u momentu radnje svestan toga da on čini nešto što je zabranjeno, nedopušteno, da vredi tuđa pravna dobra, da čini nešto našta nema prava. Delikvent dakle mora imati pravilan pojam o svojoj radnji i posledicama njenim. Jer ako on u opšte dela bez svesti, ili ako dela u uverenju da čini nešto zakonima, moralom i svatanjem sredine u kojoj živi, dopušteno, kad nema predstave o protivpravnom ili protivdužnosnom karakteru svoje radnje, onda od kuda može tu bojazan od kazne uticati na njega i odvrćati ga od vršenja zločina? Pre svega zločinac treba da je u opšte sposoban da pojmi značaj svoje radnje, po tom, da je u konkretnome slučaju bio sposoban da ga pojmi, pa tek prema takvome čoveku može zaprećivanje kaznom stvarati otporni motiv želji za zločinom.

I svoj represivni cilj može kazna istaviti samo prema svesnim akcijama ljudi. Time što su izvršili zločin, povredili socijalni mir, zločinci su pokazali jednu antiso-

1 Svakako društvo ima i razloga i potrebe da se brani od opasnih, protidruštvenih ma i ne svesnih radnji pojedinaca. Ali tu ono sa ljudima postupa kao i sa životinjama. Mere koje se preduzimaju: bolnice sa oduzimanjem slobode ili bez toga, nisu kaznene mere.

cijalnu crtu svoga karaktera. Oni su se pokazali nesposobnima da žive životom koji postojeća društvena organizacija traži od pojedinaca. Cilj izvršenja kazne tada jeste da izglađava te antisocijalne crte njihova karaktera. Toga radi se zahteva potpuno individualisanje kazne, prilagođavanje njeno osobinama pojedinih zločinaca, delovanje onako i onim srestvima kako se taj konkretni zločinac najbolje može popraviti t. j. osposobiti se da može živeti i ophoditi se sa ljudima onako kako zakon propisuje, kako je to nužno radi opstanka društvene sredine u kojoj je.

Da bi pak jedna radnja bila izraz karaktera delikventova, da bi ona bila odble-sak njegovih intelektualnih sklonosti, njegovih psiholoških osobina, ta radnja mora biti proizvod njegove svesti, *mora biti svesna radnja*. Ova radnja treba da se javi kao rezultat borbe mnogobrojnih prestava u čovečijoj svesti. Unutrašnji nadražaji, psihičke osobine, karakterne crte, valja da dobiju prilike da konkurišu sa spoljašnjim nadražajima, da učestvuju u borbi oko formiranja odluke, oko kreacije volje. Nema li te borbe prestava za radnju i posledicu i protiv njih čovečijoj svesti, nema li svesnog ostvarivanja posledice pomoću radnje, onda mi po takvome postupku čovekovom ne možemo da ocenimo njegove karakterne osobine, ne možemo da utvrdimo da li on ima kakve antisocijalne karakterne crte ili ne. Delovanje kazne tu bi bilo bespredmetno. Ako se njena primena hoće da opravda, onda se ona može primenjivati samo na svesne ljudske akcije.

Polazeći sa ovih osnovnih postavki, odmah se zaključuje da se kažnjavati može samo *čovek*, kao jedino svesno biće. A čovek pak može biti kažnjen samo tada ako je delao svesno. Kad god je kod delikventa oskudevala svest o njegovoj radnji, ta radnja ne može biti podložna kazni. To je u opšte priznati princip u krivičnom pravu. Otuda se u mnogima zakonodavstvima, pa i kod nas deca do izvesnoga doba za sve svoje postupke ne kažnjavaju, jer se pretpostavlja da ne mogu imati svesti u svojoj radnji i karakteru njenom. Na dalje se postupci ljudi bez svesti, duhovno bolesnih, i onih koji su o momentu lišeni mogućnosti za normalno, zdravo rasuđivanje, takođe ne kažnjavaju.

Lica koja su nesposobna za jednu svesnu akciju, za razvijanje jedne pravno važne volje, nazivaju se pravno *neuračunljivima* i kazna se na njih ne primenjuje.

Prvi osnov za primenu kazne jeste dakle lična uračunljivost, *sposobnost* lica koje je u pitanju, da preduzima svesne akcije i da formira jednu volju koja se pravno može tretirati<sup>2</sup>).

Dosadanja izlaganja čine podlogu za još jedan zaključak. Na ime, ne samo da je nužno radi primene kazne, da jedno lice bude uračunljivo, već da se tome uračunljivome licu nastupela protivpravna posledica iz njegove radnje *može uračunati u krivicu*, t. j. da se može reći da je to lice *krivo* ili *vinno* što je posledica nastupila.

2 Ako se pod svesnom akcijom razume onaj pokret čovečijega tela o kome se imala prestava u centru mišljenja, pre nego što je on preduzet, onda svakako takvu prestavu mogu imati i deca. I ona mogu preduzimati svesne radnje. Ali njima će u najviše slučajeva oskudevati pravilna prestava o kauzalnom toku njihove radnje, t. j. šta sve iz njihove radnje može da proizađe. U koliko pak i ta prestava postoji nedorasli nisu u stanju shvatiti *značaj* svoje radnje i posledice koju ona proizvodi. Oni ne mogu da razviju jednu ozbiljnu volju, koja bi se pravno mogla tretirati.

Kao što se vidi ima dve vrste uračunljivosti: uračunljivost *krivca*, vinovnika, koja upravo nije ništa drugo nego njegova *spособnost za odgovaranje*. Nemački izraz *Zurechnungsfähigkeit* to tačno i veli. Drugo je pak uračunljivost *posledice*, t. j. dopuštenost, mogućnost da se ta posledica upiše vinovniku u krivicu, da mu se ona može uračunati. Nemački izraz to zove *Zurechenbarkeit*<sup>3</sup>).

Kad se može reći da je neko kriv za nastupanje posledice, t. j. jedne promene u spolnjem svetu, kojom su povređena tuđa pravna dobra?

Na prvome mestu jasno je da valja zahtevati kauzalni odnos između radnje čovekove i nastupele posledice, t. j. radnja čovekova mora biti uzrok što je posledica nastupila, ili: zato što je bilo radnje bilo je i posledice; da nije bilo radnje ne bi bilo ni posledice. Čovekova radnja, kao napon njegove fizičke snage, celishodan pokret njegovih organa, jeste nešto vidljivo. Promena u spolnjem svetu koja je takvom čovekovom akcijom proizvedena, takođe je nešto vidljivo. Otuda je nama jasan kauzalni odnos između ta dva elementa. Ali on još nije dovoljan za pojam krivice. Jer kauzalni odnos između čovekove radnje i nastupele posledice u mnogo slučajeva može da bude čist mehanički odnos, odnos dva mrtva elementa. Na pr. jedan mesečar, potpuno nesvestan šta radi, načini štetu penjući se na tuđ krov. U tom slučaju ne može da bude reči o krivici, to bi bila besmislica, kao god što bi bilo besmisleno govoriti o krivici mašine što je čovek povređen, ili o krivici groma koji je razorio kuću.

Pojam krivice sadrži u sebi jedan ličan, svesan elemenat, zahteva postojanje jednoga svesnoga bića, koje ima moć samoopredeljivanja. Otuda se može da govori samo o krivici čoveka, i to u slučaju kad je on u mogućnosti da se opredeljuje nezavisno od svake psihičke i psihofizičke prinude. Pojam krivice dakle zahteva jedan kauzalni odnos, ali kauzalni odnos između čovekove *svesti* i *volje* i nastupele posledice. Radnja čovekova t. j. akcija njegove mišićne snage jeste samo nužni posrednik, mrtvo oruđe, kojim se svest i volja služe da u spolnjem svetu stvore promenu koju žele. Što se pak vulgarno govori o kauzalnom odnosu radnje i posledice, to je stoga, što su to vidljivi elementi, dok su svest i volja nevidljivi, i što su mahom čovekove radnje rezultat, proizvod, njegove svesti i volje, sinonimne dakle sa njima. Ali to što je u većini slučajeva nije uvek, jer može biti i takvih pokreta čovečijih mišića, koji ili ne odgovaraju njegovoj volji ili su direktno njoj suprotni. Ovako je uvek kad čovek dela, radi, u oskudici svake zdrave volje i svesti, ili gonjen elementarnim silama, ili pod dejstvom psihičke ili psihofizičke prinude ili u punoj zabludi o stvarnome toku svoje radnje.

Da uzmemo baš da je za pojam krivice dovoljna egzistencija kauzalnoga odnosa između dva fakta, bez obzira da li je jedan od njih svestan, onda ćemo doći opet do istoga rezultata. Reč je o krivici *čoveka*, ili kad se čovek može okriviti za izvestan učin. U tom rasmatranju mi moramo računati sa normalnim čovekom. Normalan

3 Izrazi „uračunljivost vinovnika“ i „uračunljivost posledice“ primljeni su u prevodu Listovoga udžbenika na srpski jezik, te ih i mi ovde po nuždi uzimamo. Ovako prevođenje pak bilo je pogrešno i može pri površnoj studiji da omete pravilno poimanje. Ima u stvari samo jedna uračunljivost: *upisivanje posledice vinovniku u krivicu*. To se zove uračunavanjem. Mesto opštega pojma o *uračunljivom licu*, valjalo je upotrebiti izraz *podobnost za odgovaranje*.

pak čovek jeste biće koje se poglavito od ostalih bića odlikuje jačom svešću, raspolaganjem moći samoopredeljivanja i razumevanja. Otuda reći da je čovek kauzalna činjenica za jednu posledicu znači to isto što i reći: da su čovečija *svest* i *volja* za nju kauzalni.

Krivica ili uračunljivost posledice postoji tada, kada se posledica može svesti na čovekovo *hotenje*, na njegovu volju. Volja je naša nesumnjivo kriva za nastupelu posledicu kad je ona upravila naše mišiće na akciju, koja je morala dovesti do posledice, kad postoji, dakle, direktan kauzalni odnos između volje i posledice. Tu možemo govoriti o jednoj pozitivnoj akciji volje. Ali naša volja može biti kriva za nastupanje posledice i u slučaju svoje neakcije. Ona nije htela da se razvija, ostala je lenja protiv svoje dužnosti, i usled te inercije svesti i volje nastupila je posledica. Taj kauzalni odnos nije direktan već indirektan, posredan.

Kao što se vidi, u pojmu *krivice*, uračunljivosti posledice, ogleda se jedan *psihički odnos* čoveka, krivca, prema nastupeloj posledici. No u svima slučajevima počinjenih krivičnih dela nije isti taj psihički odnos čoveka i promene u spolnjem svetu. Veza je ova nekad čvršća nekad labavija. Otuda mora biti veće i manje krivice čoveka za delo. Stepenuisanje lične krivice čovekove, pak, vrši se uvođenjem u krivično pravo raznovrsnih pojmova, koji u sebi obuhvataju pojedine delove pune volje. Tako se dobija mogućnosti da se manji stepen protivpravne volje kazni blažije, nego viši stepen njen, a da se kazna ne primenjuje na slučajeve gde postoji, istina, povreda tuđih pravnih dobara, ali se nikakva ljudska volja za to ne može učiniti uzročnom. Ovu potrebu pravilnoga krivičnoga pravosuđa zadovoljavaju pojmovi *umišljaja*, *nehata* i *slučaja*, o kojima ćemo dalje govoriti<sup>4</sup>).

4 Nećemo da ulazimo detaljnije u pojam krivice, jer bi se teza zbog mnogih kontroverza suviše razvukla. Ali ovde moramo napomenuti da se umišljaj i nehat, kojima je zajednički genetički pojam „krivica“, imaju smatrati kao tehnički delovi jednoga tehničkog izraza. Reč krivica ima svoje vulgarno i svoje pravno tehničko značenje. Za to razlikovanje imaju Nemci vrlo zgodne izraze: Schuld i Verschulden. Reč Verschulden označava u opšte izvesno protivpravno postupanje čovekovo iz koga proishodi povreda pravnih dobara. Za to svoje protivpravno postupanje on je više ili manje kriv prema tome kakvi ga motivi odlučuju na delo. Veli se na pr.: da je krivlji blagajnik koji je pokrao novac radi izdržavanja luksuzne ljubavnice nego što je bančin momak koji utaji jedan paket sa novcima kad ih je nosio na poštu, radi toga da bi imao čim lečiti bolesnu ženu. (Oetker S. 162). Tu je reč o krivici u vulgarnom smislu i ona se stepeniše po motivima delanja. Međutim Schuld krivica u tehničkom pravnome smislu znači psihički odnos krivca i posledice. Izrazi umišljaj i nehat obeležuju intenzivitet veze između volje subjektive i posledice. Tu se ne vodi nikakva računa o motivima postanka volje. Očevidno da sa istom intenzivnošću volje uzima novac i blagajnik i služitelj. Otuda je stepen njihove krivice isti – oni obadva delaju umišljeno, doložno. O motivima se može voditi računa samo prilikom odmeravanja kazne.

Schuld je nehatno ili umišljeno ostvarivanje obeležja jednoga kaznenim zakonikom predviđenoga krivičnoga dela. Ovakva krivica (Schuld) je jedna apstrakcija. U pojedinim konkretnim slučajevima postoji samo zgrešenje (Verschulden), t. j. takvo postupanje jednoga čoveka, kakvo pravo ne odobrava. Ono se javlja u nehatnom ili umišljenom ostvarivanju obeležja krivičnoga dela.

Krivicu u formalnome smislu List naziva „odgovornošću vinovnika za učinjenu protivpravnu radnju“. „Zbog ove krivice (Schuld) izriče se presuda kojom se na delo nadovezuje kazna kao pravna posledica i primenjuje se na vinovnika“. Pretpostavka takvoj krivici u formalnome smislu (Schuld) jeste krivica u materijalnom smislu (Verschulden). Ta pak krivica u materijalnome smislu jeste „oskudica socijalnih osećaja, nužnih za zajednički život u državi, koja se pokazuje izvršenim delom“ (Lehrbuch S. 157.).

U krivičnopravnoj nauci je opšta saglasnost u tome, da je postojanje ovoga ličnoga, moralnoga, elementa, lične krivice vinovnikove, osnova za primenu kazne.

Kontroverzno je pitanje da li taj lični moralni, elemenat valja uneti u pojam o krivičnom delu, pa reći da ne može postojati krivično delo u nedostatku ličnoga elementa; ili ne unositi ga u pojam krivičnoga dela, dopustiti da u taj pojam ulaze samo objektivne činjenice, koje leže van ličnosti, a subjektivni elementi da budu samo pretpostavka za primenu kazne. Opšta pravna teorija, kojoj na čelu stoji *List*, unosi u pojam krivičnoga dela i subjektivne i objektivne elemente. (*Liszt-Lehr-buch* § 26, I<sub>2</sub>). Po njoj je krivično delo „vino, protivpravno delanje, ugroženo kaznom“. G. Dr. *Toma Živanović* (*De l'élément . . . .* 259, 264) misli da je pogrešno unositi subjektivne elemente u pojam krivičnog dela, već samo objektivne. Otuda po njemu *vinost* (lična krivica) nije obeležje pojma krivičnoga dela.

„Krivično je delo protiv-pravno delanje, ugroženo kaznom“. Ali on u isto vreme veli da je *la cupabilité* („psihički odnos učionica prema posledici njegove radnje“) drugi *uslov za primenu kazne*. On misli da krivično pravo ima ne dva osnovna pojma: krivično delo i kaznu, već još i treći: krivca, delikventa. Subjektivni elemenat ne ulazi u pojam krivičnoga dela, ali ulazi u pojam delikventa. Ipak dakle bez njega ne može biti kazne, jer se kazna primenjuje samo na delikventa. A to je ono što je za nas poglavito od važnosti.

---

Da učinimo još jedno ograničenje. Umišljaja i nehata može biti na svima poljima ljudske delatnosti. Umišljeno, namerno i nehatno, nemarno može se učiniti nekome i dobro, usluga. Umišljaj i nehat izražavaju psihički odnos lica prema svima posledicama njihovoga činjenja. O umišljaju i nehata pak kao delovima krivice može biti reči tek tada ako je posledica protivpravna ili, ako je ljudsko činjenje, bilo protivdužnosno. „Tvrđenje da su umišljaj i nehat forme krivice u toliko je tačno u koliko se prečutno pretpostavlja u tome tvrđenju da nehat i umišljaj imaju protivdužnosnu sadržinu“ – *Finger* S. 264.



## Glava druga

# UMIŠLJAJ I NEHAT U STRANOM POZITIVNOM ZAKONODAVSTVU

### A. UMIŠLJAJ

**I. Pojam.** Strana pozitivna zakonodavstva se mogu podeliti na dva dela: ona koja određuju pojam, daju definiciju umišljaja i ona koja to ne čine. Gde pozitivni zakon definiciju nije dao ona se usled praktične nužnosti stvorila u pravosuđu i u krivičnopravnoj nauci.

Sva su zakonodavstva saglasna u tome da je umišljaj jedan opšti pojam, pravna ustanova koja vredi za sve delikte, tako da ljudski učini uzimaju na sebe tek tada formu delikata ako su drugovali sa umišljajem. Umišljaj je forma u kojoj imaju da se obavljaju ljudske radnje, ako hoće da se nazovu deliktним radnjama. Prema tome gde god se ne bude moglo dokazati umišljeno delanje tu nema ni krivičnoga dela. Neznatna ostupanja od ovog opšteg principa zakonodavstva izrično propisuju.

1. Nikakvu definiciju ne daju o umišljaju francuski, belgiski, holandski, portugalski, švajcarski kantonalni i norveški zakonici. Svi oni, međutim, usvajaju umišljaj kao tehnički pojam (*dolus, dol, intention*) i po svima se kod zločina i prestupa za pojam krivičnoga dela bezuslovno traži umišljaj. Kod istupa (*contraventions*), međutim, kazni se bez obzira na to da li se delalo umišljeno ili nehatno. Umišljaj se tamo ne traži generalno već samo tada, kad je zakon to izrično naredio, ili se iz prirode delikata vidi da se umišljeno mora delati.

U francuskoj judikaturi i nauci, kao i u svima ostalim, pod umišljajem se razume ona *volja koja je upravljena na protivpravno ostvarenje bitnih obeležja krivičnoga dela*. U umišljaj dolazi pre svega *hotenje* obeležja krivičnoga dela. Svako zakonom predviđeno krivično delo ima nekoliko svojih bitnih obeležja. Onaj ko *hoće* da ostvari sva ta obeležja i voljno ih ostvari, izvršio je umišljeno krivično delo. Ako se ma i jedno bitno obeležje konkretnoga krivičnoga dela u napred neće, ili ako o njemu vinovnik u momentu radnje nije imao tačnu predstavu, bio je dakle u zabludi, tada nema umišljaja.

Po francuskoj se teoriji na dalje za pojam umišljaja traži i *hotenje povrede prava*, t. j. i svest o protivpravnosti radnje. Vinovnik zna da posledica koju on hoće da ostvari objektivnim pravom nije dopuštena, ali on radnju ipak preduzima. Njegovo hotenje protivpravne posledice obuhvata u sebi hotenje povrede prava. Međutim se u praksi kažnjava i onaj vinovnik koji bi bio u zabludi o dopuštenosti svoje radnje. Garson i Ortolan uzimaju da za pojam umišljaja nije nužna voljna povreda prava, već samo faktička mogućnost da se vinovnik upozna sa zakonskim propisima. Ako bi se desio takav slučaj da on apsolutno nije mogao saznati da je njegova radnja zakonom zabranjena, onda ne bi bilo umišljenog delanja. U Japanu i Belgiji je na slučaj pravne zablude dopuštena blažija kazna, a u Norveškoj i potpuna nekažnjivost. Međutim u Engleskoj, Holandiji, Italiji, Nemačkoj, Bugarskoj, neznanje da je

preduzeta radnja i željena posledica pravno nedopuštena nema nikakvoga uticaja na primenu kazne pa ni na pojam umišljaja (Hippel, Vorsatz 387, 587, 588.).

2. Stariji, naročito zakoni nemačkih državnica odlikovali su se time što su redovno postavljali legalnu definiciju umišljaja. Nju imaju, ma da nedovoljno određeno izraženu i austrijski, italijanski i japanski zakonici. A kao plod naučne borbe i praktične potrebe date su jasne, potpune i određene zakonske definicije umišljaja u zakonima bugarskom i ruskom i poslednjem projektu opšteg švajcarskoga kaznenoga zakonika.

Po svima ovim zakonicima umišljaj je *saznanje i hotenje obeležja krivičnoga dela* (Wissen und Wollen).

Vinovnik treba da je u momentu radnje znao, imao u svesti prestavu o svima obeležjima konkretnoga krivičnoga dela.

Pored toga on treba da *hoće* njihovo ostvarenje. Oba elementa: saznanje i hotenje daju pojam umišljaja.

Svi pozitivni zakonici koji su se upustili u postavljanje definicije o umišljaju usvojili su u tome pogledu *teoriju volje* (Willenstheorie). Umışljaj, po njima, nije ništa drugo do volja, psihološki kauzalni odnos između čoveka i bitnih obeležja krivičnoga dela. Novija teorija prestave (Vorstellungstheorie) u pozitivnome zakonodavstvu još nije našla sebi izraza.

**II. Podela.** Podelu umišljaja na razne oblike retko su kad vršili pozitivni zakonici. Ona je vazda ostavljena krivičnopravnoj nauci. Ali u starijim zakonicima, kao što su nemački partikularni i austrijski zakonik, i u novijim koji daju definiciju umišljaja, ima u samoj definiciji nabrojanja slučajeva u kojima je dolus dat, i onda svaki od tih slučajeva prestavlja po jednu formu dolus-a.

Podela umišljaja može biti dvojaka: ili s obzirom na *način* kako je volja postala, ili s obzirom na odnos volje prema posledici. Ova druga podela je za nas važnija, jer ako je volja sadržina umišljaja, ako umišljaj nije ništa drugo do naročiti psihološki odnos vinovnika prema posledici, onda ima onoliko oblika dolus-a koliko god stupnjeva ima između najviše i najmanje mere kauzalnosti posledice.

Ovo su glavni oblici dolusa:

- a) dolus *directus* sive *determinatus*. On postoji tada kada je radnja upravljena za postizanje jedne unapred određene posledice. Vinovnik tačno ostvari što je unapred hteo.
- b) dolus *indeterminatus*. Ovaj dolus postoji tada kad je hotena posledica radnje unapred neodređena. Iz te radnje mogu proizaći više posledica. Vinovnik hoće samo jednu od njih, ali mu je sve jedno koja će to biti. Na pr. puca na više ljudi koji stoje jedan pored drugog. Sve jedno mu je koga će od njih ubiti.
- v) dolus *indirectus*. Ovaj dolus, koji se gde što naziva i eventualnim, postojao je gotovo u svima starijim kaznenim zakonicima, pa i danas još postoji u austriskom. U literaturi je međutim potpuno napušten. Za ovaj dolus

Garson postavlja t. zv. *question classique*: kako će vinovnik odgovarati pri umišljenome delanju kad posledica ne odgovara ili premaša našu nameru. Vinovnik je na pr. hteo da rani čoveka, pa ga je ubio. On je preduzeo umišljeno izvršenje jednoga krivičnoga dela, ali je iz njegove radnje proizišlo drugo, teže krivično delo. Austriski zakon naređuje da će se vinovnik i za to drugo delo kazniti, ako ono iz preduzete radnje „obično ili vrlo moguće no proishodi“ („gemeingleich erfolgt, oder doch leicht erfolgen kann“).

Davnašnji protivnik ovoga *dolus-a* jeste Fajerbah. On misli da kad je zločinac postavio sebi za cilj jedan određeni protivpravni efekt, ali iz radnje, kojom je on trebao taj efekt da realizira, postane drugi protivpravni efekt, koga je zločinac predviđao kao verovatnu posledicu svoje radnje, ili ga je bar mogao predvideti, onda je zločinac *in dolo* s obzirom na onu pravnu povredu koju je *hteo* ostvariti, a *in culpa* s obzirom na onu pravnu povredu koja je ostvarena bez njegove namere. U ovome slučaju dakle postoji idealni sticaj umišljenoga i nehatnoga delanja, koji Fajerbah naziva „nehat određen umišljajem“ („*culpa dolo determinata*“).

U modernoj literaturi indirektni je *dolus* učinjen nepotrebnim posle utvrđenja novoga važnog oblika – eventualnog *dolusa*.

- g) *dolus eventualis*. U početku je ovaj *dolus* smatran za istovetan sa indirektnim, kod koga se nastupela posledica htela posredno, eventualno. Danas on ima samostalan oblik.

Kad iz jedne radnje mogu da proizađu dve raznovrsne posledice i njih vinovnik predviđa, onda ili je njemu svejedno koja će od njih nastupiti, on hoće jednu pa ma koju, ili on prvenstveno želi jednu od njih. U prvom slučaju postoji *dolus alternativus* (ili – ili), a u drugom *dolus eventualis*.

Eventualni je *dolus* granična međa između umišljaja i nehata. Po Lamašu se i kod eventualnog *dolusa* i kod nehata posledica predviđa samo kao mogućna. Ako se vinovnik ne nada da će se ta in abstracto mogućna posledica in concreto moći izbeći, ako on svesno više ceni svoju nadu na dobit nego pravni poredak koji će možda povrediti, kad je njegova bezobzirnost prema tuđim interesima bila tolika da je radije reskirao povredu ovih interesa nego što bi propustio priliku da se sam koristi, tada postoji eventualni *dolus*. Kod njega se posledica *hoće*.

Ovako eventualni *dolus* definišu i ruski i bugarski zakonici.

## B. NEHAT

**I. Pojam.** Nehat se sa svoje gornje strane graniči umišljajem a sa donje slučajem. Prostornu oblast nehatnoga delanja određivali su, ma da vrlo rezervisano, neki od zakonika koji su dali definiciju o umišljaju. To su ruski, bugarski, švajcarski projekti i stariji partikularni nemački zakonici. Međutim italijanski, austrijski, japanski mada govore o umišljaju, nehat ne definišu pozitivno, već po njima izlazi da je nehat onaj oblik kažnjivoga delanja pri kome je isključeno *hotenje* posledice. Utvrđenje pojma nehata ostavljeno je nauci i pravosuđu još više nego utvrđenje pojma umišljaja.

Po ruskome i bugarskom zakonu, čije su opšte odredbe gotovo istovetne, nehat postoji tada kad je vinovnik delao ma da je predviđao da protivpravna posledica može nastupiti, ali se lakomisleno nadao da to neće biti; ili posledicu u opšte nije predviđao, a mogao je i trebao je da je predvidi. Projekt opštega švajcarskoga k. z. od 1908 god. veli da se zločin ostvaruje nehatno tada kad vinovnik nije pomišljao na posledicu svoga delanja, ili je nije predviđao zbog protivdužnosne nepažnje. A protivdužnosna je nepažnja ona kad vinovnik ne dela sa onoliko pažnje sa koliko je prema okolnostima i prema svojim ličnim odnosima dužan to činiti.

U pravosuđu i literaturi zemalja gde nema legalne definicije nehata on se od umišljaja razlikuje oskudicom *hotenja* posledice. Po švajcarskom kriminalisti Štosu nije nepredviđanje posledice karakteristika nehata. I onaj dela nehatno koji posledicu predviđa kao mogućnu, ali je on neće, ne želi. Karakteristično je obeležje nehata to da vinovnik posledicu ne želi i dalje, da je on nju pažnjom mogao i trebao sprečiti. Lamaš veli da svi oblici nehata imaju zajednički taj negativni momenat što se pravno relevantna, zločina posledica nije *htela* (ni prećutno, ni eventualno, ni uslovno, ni indirektno). Pozitivno obeležje i osnov za kažnjivost nehata jeste zanemarivanje pod datim okolnostima dužne pažnje, brižljivosti i obzira prema tuđim pravno zaštićenim interesima. Mera te pažnje određuje se *objektivno* stanjem stvari, a *subjektivno* ličnim osobinama krivca.

Od slučaja se nehat razlikuje po tome što se kod nehata može učiniti krivcu jedan opravdan *prekor*, dok kod slučaja to ne može biti. Kod nehata je krivac *mogao i trebao* da predvidi i da spreči nastupanje posledice, a kod slučaja to nije ni mogao ni trebao.

**II. Podela.** Već je u zakonskim definicijama data podela nehata za *svestan* (avec prevoyans) i *nesvestan* (sans prevoyans) prema tome da li se protivpravna posledica u momentu radnje predviđala ili se nije predviđala. I ta je podela u opšte danas usvojena. Pri izradi pruskog kaznenog zakonika predviđale su se tri vrste nehata: *grub* nehat – kad se pri običnim sposobnostima i bez ikakvog naprezanja pažnje može sprečiti posledica; *srednji* (obični) nehat – kad se pri običnom, normalnom stepenu pažnje može sprečiti posledica; i *sitan* nehat – gde se posledica može izbeći tek osobitim naprezanjem pažnje. Ova podela ima vrlo malo svojih pristalica.

**III. Kažnjivost.** Sve pozitivno zakonodavstvo je saglasno u ovome osnovnom principu: kod zločina i prestupa nehat se kazni samo izuzetno. Tek ako zakon izrično naredi kazniće se nehatno izvršeni zločin i prestup. Drugačije je kod istupa i policijskih prestupa. Tamo se kazni svaki prekršaj zakona bez obzira na formu svesnoga ljudskoga delanja, kojom je to izvršeno. Prema tome i kulpožno učinjeni istupi redovno se kazne. Izuzetno zakon naređuje da se kazne samo dolozno izvršeni istupi, ili se iz prirode delikta vidi da on može biti samo umišljeno ostvaren. Tada se nehat ni tu ne kazni.

Izuzetak od ovoga čini španski kazneni zakonik po kome se i nehat kažnjava isto tako generalno kao i umišljaj. Redovno se kazni faktičko ostvarenje protivpravne

posledice, a kao subjektivni kvalitet radnje uvek je dovoljna nesmotrenost ili lakomislenost vinovnika. Ovo vredi i za neka partikularna nemačka zakonodavstva koja su stajala pod Fajerbahovim uticajem. Po Fajerbahovoj teoriji *psihičke prinude* suština je nehata u svesnoj povredi dužnosti svakoga čoveka da bude pažljiv (*obligation ad diligentiam*). Ova obligatio ima generalni karakter te i kažnjivost nehata mora biti generalna (Hippel, Vorsatz 457).

## Glava treća

# SRPSKO POZITIVNO ZAKONODAVSTVO I LITERATURA O UMIŠLJAJU I NEHATU

I. Srpsko pozitivno zakonodavstvo i ranije i docnije nema nikakvih odredaba ni o umišljaju ni o nehatu. Ostala zakonodavstva imaju bar odredbu o zabludi po kojoj neznanje koga bitnog obeležja krivičnog dela isključuje kažnjivost za umišljaj, te se otuda posredno izvodi da je umišljaj volja koja je upravljena na ostvarenje sviju obeležja jednoga krivičnoga dela. Kod nas nema ni te odredbe o zabludi. Законъ за злочинства и преступе у кнежевству сръбскомъ од 6. јуля 1859., Криминальнй (казнителнй) законикъ за княжеводство Србію, од 29. марта 1860. године, са свих својих двадесет и три измене до данас, па и њихов претходник, Казнителнй законикъ за полицаине преступке од 1850. године, немају ниједне одредбе која би одређивала појам умішљаја и појам нехата. У њима се нигде не одређује каквога субјективнога квалитета треба да буду све кањживе радње. Међутим у специјалном делу сви законци предвиђају и умішљене и нехатне деликте. Тако, на пр.: законикъ за полицаине преступе од 1850. године у своме § 1. вели: „Сваки є дужан, повиновати се законімъ полицаинимъ наредбама. Ко не учини наредбомъ наложено казни се, и после мора онъ опетъ оно исто учинити“. Овај општи пропис несумњиво односи се на све врсте деланја и он наредује да ће свака радња којом се вређа наредба власти бити кањжива. Али закон у својим даљим одредбама предвиђа неколико нехатних деликата. Отуда би се могао извести закључак: да код полицаинихъ преступа“. т. ј. ситуација, данашњих иступа, вреди правило да се нехат и умішљай изједначају, у колико закон изрично не наредује да ће само умішљай или само нехат, једно на један а друго на други начин кањзити. Нехатне деликте предвиђа овај закон у § § 11, 53, 129, 185, и 186. (Интересантно је поменути да у § 53. овај закон кањзи покушај самубиства).

Данашњи кањнени законик у специјалном делу, нарочито у глави XV о убиству и у XIX о повреди тела на више места говори о намерном и нехатном вршењу кривичних дела. Свакако термин „намера“ употребљује закон не само у смислу долуса већ и нешто више од тога, желећи да тим означи *циљ* деланја. Закон је усвојио термине умішљаја и нехата којима никакво значење није одредио.

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

onih paragrafa, gde se umišljaj i nehat izrično traže, mora o njima voditi računa, nego se o tome mora biti načisto apsolutno kod svakoga delikta.

Cenić opisno definiše umišljaj ili „namišljaj“ kao rešenje, *volju* da se izvrši jedno određeno krivično delo (ОВОГА ИЛИ ОНОГА ДУЋАНЪ ОБИТИ). Ta se volja ostvaruje „чрезъ решимость, кад се т. ј. реши да намеру своју и изврши“. (str. 133.). Volja se međutim ne ostvaruje odlukom da se ostvari već radnjom, pokretima tela, koji stvaraju posledicu.

Cenić ne zna za podelu umišljaja. Ipak on napominje Fajerbahovu culpa dolo determinata, ma da joj ne daje nikakav praktičan značaj. „Ако је когодъ ктеюћи какво забранѣно дѣло учинио, па изъ тога произађе и друго кое е онъ предвиђао, или увидети могао, гди се дакле хотимица и нехатъ стичу, тако на пр. ктео когодъ само да рани и ранио га, но изъ те ране и смртъ произађе, онда се и едно и друго као идеалный стицай казни“. (str. 538 i 539.). Cenić ne čini razliku da li se predviđana kao mogućna posledica htela ili nije htela, pa da u prvom slučaju bude dol. eventualis a u drugom culpa lata, već predviđa samo nehat. Za njega dakle ne postoji nikakav dalji pojam van neposrednog umišljaja.

Cenić karakteriše nehat kao nenamerno ostvarenje krivičnoga dela, koje se moglo pri dovoljnoj pažnji sprečiti.

On razlikuje dve vrste nehata, lakomislenost, pustoš, ili svestan nehat i nepažnju, nesvestan nehat.

Sudeći po primerima koje je Cenić naveo za potvrdu svoga svatanja o podeli kulpe, on je nije dobro razumeo.

Drugi komentator Petković govori o umišljaju kod § 155. Kriv. Zak. On veli da hotičnost kao takva po samom filološkom značenju reči obeležava nameru. Zadržavajući isto značenje i u pravnom smislu reči hotičnost radnje kod dela ubistva pokazuje da je ubistvo *voljno*, da se ono *htelo*. (str. 255.). U detaljnije određivanje pojma Petković se nije upuštao.

O nehatu on govori kod § 158. Kriv. Zak. (str. 265, 266.) i kao nehat, nebreženje, nepažnju, nesmotrenost u pravnom smislu reči razume svaku radnju protiv личности, imanja ili prava koju je njen izvršilac mogao da izbegne da je bio pažljiv, predostrožan, smotren do mere običnoga, statistički prosečnoga čoveka. Razni stepeni ovoga nehata i to grubi nehat, koji može da se izbegne sa najobičnijim sposobnostima, bez ikakva traga kakve naročite pažnje, obični nehat, koji može obična pažljivost prosečnoga čoveka da izbegne, i niži stepen nehata, koji može da izbegne samo naročita pažnja, nemaju upliva na samu kažnjivu stranu nehata, već samo na stepen kažnjivosti.

III. Monografske književnosti o ovome pitanju nema. Otuda je gledište literature izloženo samo u jednome sistematskom delu iz krivičnog prava: Jovana Avakumovića.

Avakumović, što se moglo očekivati od jednoga naučnoga dela, ne pokazuje nigde genetičku vezu umišljaja i nehata, niti govori o potrebi jedne takve institucije

u krivičnom pravu. U tom pogledu on se ravna sa komentatorima našega Kriv. Zakonika.

Elementi su dolus-a *volja*, *namera* i *radnja*. Volja ima svoj početak u tome što čovek hoće da podmiri neku svoju potrebu, požudu, na priliku što bi pribavio kakvu imovinu. Kad čovek za ostvarenje takve svoje volje preduzme kakvu nezakonu radnju, onda volja već postaje nedopuštenom namerom (str. 428, 429.). Avakumović ne razume pod voljom hotičnost posledice, već motive za postanak namere.

Definicija dolus-a, na strani 434. glasi: „dolus je kad čovek namerno preduzme kakvu radnju ili propusti nešto da uradi, s namerom da bi postigao kakav nedopušteni rezultat, znajući da je nezakonita ta radnja ili propuska“.

Culpa ili nehat po Avakumoviću jeste u kaznenom pravu pojava (!) koja se može ovako karakterisati: ona je kakva radnja ili neradnja, u kojoj se pokazuje *nepažnja*; ona stvara kakvo kažnjivo delo *protiv volje ili bar bez znanja* onoga, koji ima da odgovara za taj kažnjiv rezultat. Najposle pojam culpa-e pretpostavlja i to da je bilo moguće sprečiti kažnjivi rezultat, kad bi se upotrebila obična pažnja i smotrenost u radu. Nehat se deli na nehat iz zloćudosti (svestan) i iz nesmotrenosti (nesvestan).

IV. Kad jedno pitanje od eminentne praktične važnosti zakonom nije regulisano svakako je nužno imati u judikaturi jedno konstantno mišljenje. Tu valja očekivati kakvu načelnu odluku Kasacionog Suda. U svima zemljama, naročito u Nemačkoj, čiji zakoni ne sadrže zakonske definicije dolusa i kulpe, ima mnogo načelnih i specijalnih odluka najvišega suda o njima. Kod nas načelne odluke nema u Zbirkama do sada objavljenim. Gledajte se bar donekle ipak da izraditi po nekoliko specijalnih odluka.

U *Novoj Zbirci* St. Maksimovića na str. 266–268. ima ovakav primer: Policijski činovnik optužen za neizvršenje osude po štamparskoj krivici. Prvi ga sud oslobodio jer nalazi da je on imao i drugih hitnih stvari na izvršenju te ga je službeni posao sprečio. Kasacioni Sud to poništi i činovnik bude kažnjen sa 5 dana zatvora po § 128. Krivičnog Zakona u kome se veli: „Činovnik, koji *okleva* da izvrši kaznu i t. d.“ Apelacioni Sud poništi tu presudu što se iz akta ovog optuženja ne vidi niti dokazuje *namerno oklevanje* optuženoga, već prosto *nebreženje*, što ne prestavlja krivicu, koja je predviđena gore rečenim zakonom“ Kasacioni Sud poništi rešenje Apelacionog Suda sa ovih razloga: „Sud Apelacioni navodeći razloge, na kojima osniva pomenuto rešenje, priznaje da presude zbog kojih je g. Jeremija optužen nisu izvršene jedino iz nebreženja njegovog a nikako sa oklevanja što se za ovakvo delo traži, pošto obe one reči „oklevanje“ i „nebreženje“ nisu ništa drugo do izraz jedne iste radnje ili upravo neradnje, iz koje krivica kao posledica proizilazi kao što je to već i opštom sednicom K. S. rešeno“. Apelacioni Sud dà ovakve protivrazloge: „K. S. u gornjim primedbama, navodi da između reči „oklevanja“ i „nebrežanja“ nema nikakve razlike. Takvo mišljenje nekorektno je, jer nebreženje i oklevanje nije jedno isto. Kad kogod učini krivicu zato što je oklevao da izvrši svoju dužnost, onda se tu uvek pretpostavlja zla namera njegova, i on znajući da to čini protiv zakono, čini naročito radi toga da bi stvar ostala bez pravnih posledica, – a kod nebreženja nema nikad zle namere, nego je *nemarljivost prosta*, gde izvesno lice slučajno, ili nehotično ne radi svoj posao tač-



no, pa zbog toga izađe nepravilnost u njegovoj radnji“. Opšta sednica K. S. odbacila je ove protiv razloge.

Dva najviša suda spore se oko toga: da li je za izvršenje dela iz § 128 nužno dolozno ili kulpozno delanje, ma da, izgleda, Kasacioni Sud to dovoljno ne shvata. Tu bi svakako nužno bilo najpre načelno utvrditi šta je dolus a šta culpa. Apelacioni Sud to pokušava veleći da je dolus „zla namera“. Za kulpu on veli da je to „nemarljivost prosta“ gde izvesno lice slučajno (!) ili nehatno radi. Kasacioni Sud prosto bega od jasnoga izražavanja. On u 1886. godini izgleda da nije imao izrađeno shvatanje o umišljaju.

Na strani 329–332. navodi se odluka o § 266. Kriv. Zak. – delu krivokletstva. Jedan sudski računovođa zakleo se da od izvesnog lica nije primio jednu sumu novaca. Posle te zakletve bude tužen za krivokletstvo jer se podnese njegova priznanica izdana pre godinu dana. I tada, kao i pri polaganju zakletve kad mu priznanica nije bila još pokazana, već na nju samo opomenut, rekao je da se on apsolutno ne seća da je novac primio i da ne veruje da je priznanicu izdao. Priznaje pak priznanicu za svoju čim je pokazana. Utvrđuje da kod njega nije bilo svesti o lažnosti zakletve. Prvi ga sud ipak kazni. Apelacija to poništi sa ovih razloga: „iz navedenog propisa (zakon veli: „ako se sa *znanjem* krivo zakune“) jasno izlazi da zakonodavac traži da izvesno lice voljno i sa *znanjem* lažnu kletvu položi i da je potpuno ubeđeno da ne postoji fakt koji zakletvom hoće da utvrdi, već nešto što je sasvim protivno“. Utvrđuje dalje da u konkretnom slučaju nije bilo svesti o neistinitosti fakta na koji se kune.

Kasacioni Sud to poništi, jer veli: „Znanje ili neznanje koga krivca o tome što radi, zaključuje se po okolnostima koje ili prethode delu, ili koje delo prate, ili za njim idu, pošto se drugojačije znanje, kao unutrašnjost krivca, ne može na drugi način saznati. Kad krivac izvrši takva dela, koje skorašnji trag svoj ostavljaju i za *koja on zbog toga lako saznati ili ih se opomenuti može*, pa zatim protivno ovima radi, onda se sa pouzdanošću može izreći „da je on *hotično* i sa *znanjem* docnije protivno radio“. Opšta sednica odbija ovo rezonovanje odeljenja, a Maksimović veli da to nije trebalo činiti.

U ovome slučaju umišljaj je definisan kao znanje i hotenje posledice.

U judikaturi Kasacionog Suda od 1899. god. pa na dalje, koja je izložena u trećoj svesci „Odluka Kasacionog Suda“, u izdanju *Braniča*, oseća se već jedno i koštano i pravilno gledište.

Svoju definiciju umišljaja dao je Kasacioni Sud u nekoliko polemika sa Apelacionim Sudom. U odluci od 15. novembra 1899. g. Br. 9261 veli se: „Da bi se radnja optuženoga mogla smatrati za doloznu nije dovoljno to da je optuženi *znao* da njegova radnja može imati rđavih posledica, već treba još konstatovati da je on i *hteo* da ove posledice pretrpi lice, protiv koga je radnja upravljena“.

U odluci od 18. marta 1900. god. Br. 2605 razvija se pojam još jasnije. Tamo se veli: „Krivična namera po usvojenim načelima u kriminalnoj nauci sastoji se u pravilnom svatanju zabranjenje protivzakone radnje, koja se nameravala da izvrši. Prema tome *volja* – primenjena na radnju ili neradnju – koja predstavlja materijalni element krivice, *jest* *bitni uslov kažnjivosti*. Sama pak krivična namera (dolus)

pojavljuje se s obzirom na posledice radnje (i na ostalo, na pr. način vršenja) u tri oblika: kao određena namera (*dolus determinatus*) kao neodređena namera (*dolus indeterminatus*) i kao eventualna namera (*dolus eventualis*).

Primeni oblika određene namere (*dolus determinatus*) po nauci ima mesta kod onih zabranjenih radnji gde se volja učinioaca tačno ispoljava u posledicama njegove radnje t. j. kad je učinilac *hteo* i *predvideo* jedno precizno zlo kao posledicu svoje radnje.

Oblik neodređene namere (*dolus indeterminatus*) po nauci ima mesta kod onih zabranjenih radnji, gde se volja može ispoljiti u raznim posledicama njegove radnje t. j. kad je učinilac *predviđao razne zle posledice svoje radnje*, nu istu vrši bez obzira na to koja će od posledica nastupiti. Ovde učinilac samo pretpostavlja, zamišlja mogućnost, ali ne i izvesnost rezultata, izvesnost kakve štetne, određno očekivane posledice.

Namera je eventualna (*dolus eventualis*) i daje se konstatovati kod onih izvršenih radnji, gde se javljaju posledice koje idu dalje od volje učiniočeve t. j. kad je učinilac predviđao i *hteo* izvesno zlo, a u isti mah i predviđao, no ne da je *hteo* i nastupanje drugog, akceptujući ga kao moguće rezultat njegove radnje, dakle kao posledicu koja ide van domašaja njegova cilja. Na pr. paljevina zgrada određenih za obitavanje, pa pri paljevini izgore i stanovnici zgrada.

Da li je učinilac *hteo* i ovu radnju da izvrši ili je ona bila samo neizbežna posledica za postignuće drugoga cilja – za krivičnu je odgovornost sasvim sve jedno, drugim rečima: kad je učinjeno zlo *nužna* ili bar obična posledica svesno i voljno (hotično) umišljenog dela, učinilac, koji je svesno učinio delo takve prirode, da je iz njega moralo proizaći zlo, koje je učinjeno, mora se smatrati kao da je ne samo predvideo nego *hteo* to zlo.

Kasacioni je Sud stao na zemljište teorije volje i smatra da je *dolus* voljno ostvarivanje predviđenih posledica. U svome razlaganju on je potpunce akceptirao odredbe austriskoga kaznenoga zakonika.

Od najvećega praktičnoga značaja jeste shvatanje Kasacionog Suda o neodređenoj nameri (*dolus indeterminatus*) pri kome on postojano ostaje i po kome je poništio nekoliko odluka nižih sudova. Takav je slučaj na pr. u odlukama od 9.–H–1899. god. Br. 7911, Br. 3832, 15. novembra 1899. god. Br. 9261, 28. novembra 1899. god. Br. 10533, 8. februara 1900. god. Br. 1017, 18. marta 1900. Br. 2605 na pr. optuženi je u suton bacio se ispred svojih vratnica na Iliju kamenom i razmrskao mu glavu toliko da je naskoro umro. Prvostepeni i Apelacioni Sud osude ga na 8 godina robije za delo zlostave sa nepredviđenom smrtnom posledicom. U primedbama I odeljenja Kasacionog Suda veli se: „Nije utvrđena namera optuženoga da Iliju zlostavi, već es na protiv ima uzeti da ga je udario u neodređenoj nameri (*dolus indeterminatus*) i po tome optuženi je krivično odgovoran za ono delo, koje je posledica njegove protivpravne radnje, a to je delo *ubistva*“. (Odluke str. 58.). Ili, kmet naređuje opštinskome služitelju da izbac i iz kafane jednoga pijanog. Ovaj vadi smrtonosan nož i udari kmeta u grudi usled čega mu nanese laku telesnu povredu. Prvostepeni i Apelacioni Sud osude ga za pokušaj ubistva jer je upotrebio smrtonosno oruđe a Kasacioni Sud nađe da je napad izvršen u neodređenoj nameri te otuda ne može

biti pokušaja ubistva, već je optuženi kriv samo za posledicu koju je proizveo, a to je laka povreda tela (str. 39.). Ili, tuženi je tužioca udario dva puta nožem u leđa. Prvo-stepeni ga i Apelacioni Sud kazne za pokušaj ubistva. Kasacioni Sud veli: „Apelacioni Sud pogrešno je našao u ovome slučaju pokušaj ubistva. Naprotiv, iz svega onoga što je utvrđeno isleđenjem ne da se *izvesti nesumnjiva namera za ubistvo* te da može biti kažnjen za pokušaj toga dela, nego po tome što je dokazano da se optuženik pre dela zavadio sa tužiocem i da su se uzajamno gađali kamenicama i najposle da je povodom toga optuženik udario optužioca kamenom, ima se uzeti da je delo izvršeno sa neodređenom namerom (dolus indeterminatus). Zato optuženik može biti odgovoran samo za posledice svoje radnje, a to je povreda tela“ (str. 12., 13.).

U ovome smislu moglo bi se citirati još nekoliko odluka. Protivljenje Apelacionog Suda nije u odbijanju principijelnoga svatanja o dolus-u indeterminatus-u i njegovoj kažnjivosti, koje ima Kasacioni Sud, već u tome što Apelacioni Sud uvek nalazi da postoji dokazan psihički elemenat – određena namera, upravo volja da se ostvari posledica za koju se optužuje.

Svatanje Kasacionog Suda jeste logično izvođenje teorije volje na koju je on stao definišući umišljaj. Da bi se jedna posledica nekome mogla uračunati kao umišljena, nužno je da je on nju pre ostvarenja hteo. Kad vinovnik predviđa samo jednu posledicu svoje radnje i njoj svojom radnjom direktno teži, onda je to određeni umišljaj. Ali kad on predviđa više posledica svoje radnje i hoće ih sve, hoće svaku pojedinačno i ne pravi razliku između jedne ili druge, kad se on zadovoljava samo ako jedna nastupi pa ma koja, onda se on može optužiti da je umišljeno ostvario samo tu posledicu, koja je faktički nastala, a ne i druge koje je samo zamišljao. Jer, čim je *samo jedna* od više mogućnih posledica hotena, pa jedna i nastupi, onda je u stvari volja definitivno iscrpljena, nje više nema, pa se otuda i ne može rasprostiti na druge nenastupele posledice.

Praktična vrednost ovakvoga svatanja jeste u razlikovanju između povrede tela i pokušaja ubistva. U oba ta delikta materijalni elementi su istovetni. I u slučaju povrede telo je obranjeno, poremećen je njegov internitet, a to je isto i u slučaju pokušaja ubistva skopčanog sa povredom. Po materijalnome osnovu mi ova dva delikta ne možemo razlikovati. Otuda se moramo obratiti subjektivnim elementima krivičnoga dela, pa pitati: šta je vinovnik hteo svojom radnjom da ostvari. Ako je on hteo da proizvede smrt onda postoji pokušaj ubistva, a ako on to nije hteo, onda postoji povreda. Međutim, ako vinovnik u momentu radnje nije imao nikakvu određenu nameru, ako mu je bilo svejedno a ubio a povredio, ako je dakle jednako hteo i ubiti i povrediti, onda je on u stvari hteo onu posledicu koja faktički nastupi.

Sudovi i istražne vlasti, mahom kad hoće da utvrde pokušaj ubistva, ne obraćaju se ispitivanju subjektivnih elementa, ne istražuju volju vinovnikovu, pa da iznađu koju će mu posledicu uračunati, već vazda pomoću veštaka utvrđuju da li je oruđe kojim je delo izvršeno per se smrtonosno, da li je sposobno da proizvede smrt. Ako veštaci reku da jeste, onda se presuda izriče za pokušaj ubistva. Znamo slučaj da je osuđen za pokušaj ubistva čovek koji je udario protivnika malom tupom sekirrom po vratu i naneo mu laku povredu tela.

Ovakvo je postupanje apsolutno pogrešno. Nikakve solidne baze nema razlikovanje na smrtonosna i nesmrtonosna oruđa. I najmanjom iglicom može se čovek ubiti, ako se njome zgodno probije do mozga. I čovečijom pesnicom, pa čak u nekim slučajevima i čvrkom može se čovek ubiti. Bi li sad po tome trebalo osuditi za pokušaj ubistva svakoga koji udari drugoga pesnicom ili čvrkom? U izvesnim slučajevima svakako se mora voditi računa o kvalitetu oruđa, ali ono što je za pokušaj ubistva karakteristično nije upotrebljeno oruđe nego namera, volja, hotenje vinovnikovo. Kad ja nekome ljutom smrtonosnom kamom uzmem da otsecam nokte, pa mu na jednom mestu namerno zakačim parče mesa onda, jesam li izvršio pokušaj ubistva ili povredu tela?

Kasacioni Sud je sa svim u pravu što je stao uz teoriju volje za pojam umišljaja i tu teoriju dalje dosledno proveo. On je tumačio duh zakona koji je rađen po vrlo starim zakonicima, kada je jedino i isključivo vladala teorija volje. Osnova za to ima naročito u propisu § 41. K. Z. koji veli: da pokušaj zločinstva ili prestupljenja postoji tada, kad je vinovnik kažnjivo delo *hteo* da izvrši, pa to nije uspeo usled dejstva drugih okolnosti.

---

## DRUGI DEO

### Umišljaj – dolus

#### Glava prva TEORIJE O UMIŠLJAJU

Biće nesumnjivo jasno sa razloga koje smo u uvodu izneli i sa praktične potrebnosti pojma umišljaja u krivičnom pravu, da on, umišljaj, predstavlja jedan psihološki odnos vinovnika prema krivičnome delu. O njemu se može govoriti tada kad se čovek može okriviti za jednu posledicu.

Da bismo pravilno svatili umišljaj, mora se detaljnije ispitati kakav je, koje je prirode i kategorije onaj duhovni odnos vinovnika prema posledici.

U ovome pitanju susrećemo se sa dve osnovne teorije, koje se između sebe bore o pojmu umišljaja. To su teorija *volje* i teorija *prestave*.

Teorija volje je danas vladajuća teorija u pozitivnom zakonodavstvu, a ima većinu prestavnika i u nauci. Njezin najenergičniji branilac jeste prof. Hipel, a zatim Bar, Beling, Berner, Birkmajer, Burn, Finger, Helšmer, Huter, Lamaš, Olshauzen, Openhof, itd. Teorija prestave pak ima uza se mali broj ali najodličnijih kriminalista: Bekera, Lista, Franka, Lukasa, Lilijentala, Kolera, Tomzena, Hagena.

I. Teorija volje smatra da umišljaj postoji tada kad je vinovnik *svesno* i *voljno* ostvario posledicu. Da bi je ostvario svesno on je najpre mora predviđati, t. j. imati u svesti prestavu o posledici, radnji i kauzalnome toku njegove radnje. Ali to nije dovoljno. Pored predviđanja on posledicu mora još i hteti. Hotenje se mora odnositi na sva bitna obeležja krivičnoga dela, i sviju njih vinovnik prethodno mora biti svestan. Hipel veli: „Suština je umišljaja *volja* koja je upravljena na ostvarenje obeležja krivičnoga dela. Zastupnici ovoga gledišta saglasni su u tome da se mogu hteti samo one posledice radnje, koje se predviđaju, te otuda problem umišljaja za njih glasi ovako: kad se predviđane posledice radnje hoće, te su prema tome umišljene, a kad se one neće, te su neumišljene“. (Vorsatz, 487., 488.). Vajnrh veli: „Dolus je moment volje; on mora u sebi obuhvatiti sve stvarne momente, momente dela“ (Strafrecht 809.). Merkel (Lehrbuch 79.). „Kad se govori o umišljaju mora se ići dalje od onoga što se samo predviđa. Kad za koga tvrdimo da je umišljeno ubio čoveka, mi tada rečju „umišljeno“ ne obeležavamo samo ono što stoji van radnje, već u isto vreme kvalificiramo radnju kao izraz svesne ljudske volje“. Openhof (Strafgesetzbuch § 59, 1.). „Izuzev nehatnih prestupa i nekoliko drugih, mahom omisivnih delikata, za svako krivično delo nužno je *umišljeno* delanje t. j. volja da se ono ostvari. Krivično delo mora proishoditi iz te volje. To je opšta karakteristika krivičnoga dela a

ne samo tada kad zakon ovu umišljenost traži kao obeležje krivičnoga dela. Otuda nikakva radnja nije kažnjiva ako ona nije voljna radnja učiniočeva“. Olshauzen (Komentar § 59, 16.) „Pretežno mišljenje teorije volje definiše krivičnopravni umišljaj kao predviđanje i hotenje sviju obeležja krivičnoga dela“. Helšner (Strafrecht 227.) „Ono što je predvideo čovek ostvaruje hoteći i delajući. Posledica radnje nije usvoljena (određena) jedino ljudskom voljom, jer pošto se posledica javlja kao proizvod telesnoga pokreta to će ona biti takva kakva po prirodnim zakonima iz učinjenih pokreta tela mora postati, a ne takva kakvu bi je ljudska volja želela ili predviđala. Nastupanje predviđene i hotene posledice zavisi od tačnog poznavanja okolnosti pod kojima se dela, od poznavanja osobina snage koja se pustila u pokret, i od tačnoga rukovanja njome da bi dospela željenome cilju. Kad se u jednom slučaju ono što se htelo i ono što se dogodilo poklapa, kad se dakle dogodilo ono što se htelo, onda mi takav odnos posledice prema volji nazivamo umišljajem; ili, posledica je tada umišljeno prouzrokovana, kad je ona u celome svome prostranstvu, pa i način njenoga ostvarenja, bila najpre u volji učiniočevoj“. Berner (Lehrbuch, 120.) „Pod umišljajem mi razumemo volju kao stvarni (delajući) uzrok“<sup>5</sup>).

Za ovu je teoriju od vrlo velike važnosti razlikovanje između onoga što se *hoće* i onoga što se *želi*. Bar je to najizrazitije izložio. Evo toga izlaganja. (Dol. ev. 535, 536.). Glavno je pitanje u koliko se jedna određena spoljašnja posledica može pravno smatrati kao ostvarenje volje subjekta, koji je delao, jer odgovor u mnogo slučajeva nije lak pošto se češće desi da svršeno delo ima drugojačiji oblik nego što se htelo i započelo. Učinilac bi rado odbio od sebe posledicu tvrdeći da ona ne odgovara njegovoj volji, ali s druge strane njemu bi se moglo reći: George Dandin, „Tu l'as voulu“, „ti si hteo nešto iz čega je po opštem ljudskom svatanju morala proizaći posledica, koju si želeo izbeći, i koja ti je u najvećem stepenu nemila. Ali je ta posledica samo druga strana, naličje *onog* dela, koje si ti hteo, posledice za kojom si ti težio“. Fotografiju posledice svoga delanja nema niko u džepu.

Hotenje i želenje najčešće se susreću u jednoj posledici. Ali ih ipak treba strogo razlikovati. Ja *hoću* ono na čije nastupanje svojom delatnošću mogu imati ma kakva dejstva, dakle samo ono što ja mogu kauzalno proizvesti, ili tačnije rečeno, ja hoću samo ono za čije nastupanje imam prestavu o bar uzgrednom, sporadičnom kauzalitetu moga ja. Želeti pak mogu i ono na što nikakvoga kauzalnoga dejstva nemam. Po pravilu ja želim ono što mi je ugodno, što mi čini zadovoljstvo. Ako pak želim nešto što mi je samo za sebe neugodno, ja ga želim samo kao predhodni stupanj, kao srestvo za postignuće nečega ugodnoga, zadovoljavajućega. Na protiv,

5 Interesantno je ovde napomenuti da je g. Avakumović pri stvaranju pojma o dolusu gotovo prepisivao Bernera, jer je naveden isti tok misli i isti primeri kao i kod Bernera u § 66. str. 119. Ali on nije bio srećan da tačno razume Bernera. Berner je govorio o psihološkom procesu postanka umišljaja. On veli da kod učinioca postoji jedna najpre subjektivna potreba, koja je motiv njegovoga raspoloženja. Iz toga raspoloženja postaje odluka da se izvrši krivično delo izvesne vrste, na pr. krađa. Iz te generalne odluke stvara se *volja* da se izvrši jedno konkretno objijanje kase. Ta volja je obeležje umišljaja, a motivi za njen postanak indiferentni su. G. Avakumović je video da Berner unosi volju u obeležje umišljaja, ali nije mogao shvatiti šta Berner razume pod voljom. Otuda je pogrešno uzeo da je volja ono raspoloženje učiniočevo izazvano jednom potrebom, na pr. da nabavi sebi hrane kad je gladan. Zbog toga pogrešnog svatanja uneo je i takvu volju i radnju i nameru u pojam umišljaja, i najposle nije uspeo ništa upotrebljivo da stvori.

baš u običnome smislu reči, ja mogu nešto *hteti* što mi je po sebi neugodno, što ne želim. Ja hoću na pr. da se podvrgnem operaciji zuba i ako znam da će me boleti. Kod hotenja preteže *kauzalitet* (ili predviđanje kausaliteta, jer ja mogu hteti i ono gde je moja prestava o kausalitetu pogrešna). Ipak psihološki volja postaje iz želje. Ja nešto hoću, ili zato što ga želim, ili što mislim, predviđam (imam prestavu), da će iza toga ili uz to hoteno ali neželjeno nastupiti ono što želim i što mi je ugodno: ja se podvrgavam neugodnoj operaciji zuba s toga što se nadam da ću se tako osloboditi sadašnjih stalnih bolova.

Važan dakle zaključak jeste: *da se može hteti i ono što se ne želi*. Do ovoga istoga rezultata dolazi i Citelman, koji se starao da dubokom psihološkom analizom dokaže tačnost druge teorije, teorije prestave. Posledica radnje koja nam nije ni sredstvo ni cilj ne može se hteti.

Ali u etici i jurisprudenciji i ta se posledica, ako smo je samo svesno ostvarili, smatra kao voljna. Jer, ako se ne može reći da smo je *hteli* ne može se reći ni da je *nismo hteli*. Ta je posledica proizašla iz naše radnje; mi smo nju predviđali kao mogućnu i kad je *ne bismo hteli* ne bi ni radnju preduzimali. Otuda smo mi nju hteli uzgred sa drugom nekom željenom posledicom („mitgewollt“). Mi željenu posledicu bez ove neželjene nismo mogli hteti već ih mi ili hoćemo obadve ili nećemo obadve. One čine nerazdvojnu celinu koja se ne može pola hteti a pola nehteti. Ko se oženi prostitutkinom ćerkom ne može biti samo ćerkin muž nego i majčin zet. Ako bi on to odricao odgovorilo bi mu se: Znao si da je to nužna posledica onoga što si hteo i sada snosi konsekvence: *tu l'as voulu*, George Dandin !

II. Teorija prestave svodi pojam umišljaja na *predviđanje* kausalnog odnosa između radnje i posledice. Prestavnici te teorije vele da je volja nešto neodređeno, kolebljivo i unošenje toga pojma u krivično pravo bilo bi opasno. U mesto hotena svih obeležja krivičnoga dela za pojam umišljaja dovoljno je *predviđanje*, prestava posledice, ili saznanje (Kennen) svih obeležja krivičnoga dela.

List (Lehrbuch 171.) veli da je umišljaj predviđanje posledice koje prati ostvarenje volje, ili tačnije prevedeno: umišljaj postoji tada kad se pri ostvarivanju volje predviđa posledica (Vorsatz ist die Willensbethätigung begleitende Vorstellung des Erfolges)<sup>6</sup>). Da bi umišljaj postojao nužno je da vinovnik ima prestavu o ostvarenju volje t. j. o radnji koju će voljno preduzeti, da predviđa posledicu t. j. sva obeležja konkretnoga krivičnoga dela, i da predviđa kausalni odnos između ostvarenja volje i posledice.

6 Srpski prevod Listovoga udžbenika je sa IX izdanja. Nije nam pri ruci nemački tekst da bi videli kako je glasilo, ali ipak verujemo da on u sebi nije sadržao onaku besmisleni definiciju kakvu srpski prevod sadrži. Tamo se na str. 185. veli: „*Umišljaj je prema tome predviđanje protivpravne posledice ostvarenjem prouzrokovane ili nesprečene volje*“. Umišljaj je predviđanje posledice ostvarenjem volje, t. j. kad ostvarenje volje predviđa posledicu onda postoji umišljaj. Ostvarenje volje pak to je radnja, telesna akcija čovekova, jedan mehanički učin koji ne može da predviđa ni da ne predviđa posledicu. Nju predviđa ljudska svest ona ista koja predviđa i samu tu radnju, t. j. to ostvarenje volje. U definiciji se dalje govori o nekakvoj „prouzrokovanoj“ i „nesprečenoj“ volji. Ali nismo u stanju pojmiti šta je to.

Frank, tvorac imena teorije prestave, ali koji ipak stoji na sredini između teorije volje i teorije prestave, veli: (Strafgesetzbuch, 126., 127.). „Dolus je saznanje (Kenntnis) bitnih zakonskih obeležja krivičnoga dela koje prati ostvarenje volje“. Pod tom pretpostavkom vinovnik je kriv za svoje delanje s toga što ga predviđanje posledice nije *uzdržalo* od delanja, što prestava posledice nije imala uticaja na formiranje volje, kao što pravni poredak očekuje. Umišljaj se dakle karakteriše time što vinovnik izvesne prestave ne uzdiže na stupanj odlučujućih otpornih motiva.

Zašto prestavnici teorije prestave odbacuju teoriju volje?

1. List veli (Lehrbuch 171.) da je to nasilje nad običnim smislom reči (Vergewältigung des Sprachgebrauchs) kad se tvrdi da se mogu „hteti“ i one posledice koje se ne žele, pa su čak šta više neugodne. Da je ovaj prigovor netačan, mi smo videli još ranije, izlažući mišljenje Bara i Citelmana. Ako je jedna posledica takva da nam je ona sama za se neugodna, ipak je mi možemo hteti tada kad se ona pojavljuje kao sredstvo za postignuće cilja koji nam je prijatan i koji nesumnjivo možemo hteti. Ko hoće cilj mora hteti i sredstvo koje cilju vodi, ma da mu je ono neugodno. Hipel vrlo zgodno odgovara: „Jedna dama kupi žuđeni šmuk i pored toga što je srce boli za velikom sumom novaca koji je za njega dala. Je li ona *htela* da za njega dâ novac? I to, svakako jeste! A kako joj je taj izdatak bio neprijatan! Ko ovde poriče hotenje izdataka on vrši nasilje prema običnom smislu reči, a ne onaj ko ga priznaje“. (Vorsatz S. 503.).

Frank (Z. – X – S. 199/200) veli da je izraz „hteti“ potpuno neodređen i pravno neupotrebljiv. Kad na pr. hoću svome prijatelju na strani da javim kakvu novost, ja bacim poštansku kartu u sanduče. Šta ja tu hoću? Hoću li pokret ruke ili ubacivanje u sanduče, ili da javim novost? Radi putovanja u Petrograd ja se popnem u voz. Hoću li ja da putujem u Petrograd, ili da uđem u vagon, ili da se ispnem na prvu, na drugu stepenicu ili najzad samo nogu da dignem? Ali sâm Frank na to daje i odgovor: ja hoću *sve* ove momente. Iz ovih se primera može izvesti samo jedan zaključak: u običnome se govoru veli da se hoće krajnji cilj, ali se isto tako hoće i sva sredstva koja tome cilju vode. Od kuda tu nejasnost sadržine hotenja?

2. Beker, Citelman, Frank a ranije i List tvrde, da ono što se hoće nije *posledica* nego *radnja*, pokret tela, a posledica treba samo da se predviđa kao rezultat te radnje. Ovo se nalazi u srpskom prevodu Listova udžbenika (str. 185. pr. 2.), ali je već u 14. nemačkom izdanju napušteno, pa ga je napustio i Frank u svome komentaru.

Radnja kao celishodan fizički pokret tela ne preduzima se besciljno, sama za se a kao uzgred predviđa se posledica. Naprotiv, predviđanje da samo takva radnja može ostvariti ovu posledicu, određuje karakter preduzetoj radnji. U prvom se redu hoće posledica i radnja je upravo samo spoljna manifestacija volje za posledicom. Suprotno tvrđenje vodi našoj narodnoj pošalici: nisam te ja udario nego moja ruka.

Tvrđenje, da se hoće radnja a ne posledica, odvelo bi dotle, da bi za umišljaj bio karakterističan samo svestan kauzalni odnos između radnje i posledica, dakle dva gotovo realna fenomena i da otuda umišljaj ne bi bio psihički odnos vinovnika prema posledici. Najzad kako se i kod nehatnoga, pa i kod slučajnoga delanja, hoće radnja onako isto kao i kod umišljaja, između njih bi po teoriji prestave ostalo kao razlika samo nepredviđanje i predviđanje posledice. A kako se kod svesnoga nehata



posledica takođe previđa kao mogućna, to bi onda pojam umišljaja morao obuhvatiti i svestan nehat.

Predstavnici teorije prestave dobro osećaju slabost svoje teorije. Samo predviđanje posledice radnje nije nikako u stanju da dâ pojam umišljaja, a naročito ne može da ga ograniči od nehata. Beker, Citelman i Hopen (Vorsatz 171–179.) ne zadovoljavaju se samo predviđanjem posledice, već ono treba da je praćeno i sa nešto *izvesnosti*, uverenja vinovnikovog da će posledica nastupiti. Po stupnju izvesnosti razlikuje se umišljaj od svakog nehata. Ali niko nije pokušao da utvrdi stepen izvesnosti nastupanja posledice kojim bi se umišljaj karakterisao. Bez toga pak cela je ova kombinacija praktično neupotrebljiva. Kad se jedna posledica predviđa samo kao mogućna, onda ona može biti ostvarena i umišljeno i nehatno. Tu je stepen izvesnosti za vinovnika jedan isti. Posledica se takođe za oba slučaja predviđa.

Na graničnoj liniji između umišljaja i nehata slomila se teorija prestave. Nju su tu napustili njeni najvažniji predstavnici: Frank i List.

U polemici protiv Burija (Z. – X – S. 221.) Frank utvrđuje da umišljaj postoji tek tada ako je prestava posledice imala za postanak volje *kauzalno kreirajuće dejstvo*. Sâmo, dakle, predviđanje posledice nije dovoljno. Uz to treba da dođe i naročito psihičko raspoloženje koje ta predviđana posledica stvara, pa tek da se dobije pojam umišljaja. A u životu i psihologiji se za ono što svojom prestavom izaziva odluku volje kaže da se *hoće*. Prema tome izlazi, da se umišljaj karakteriše hotenjem posledice, a da bi se nešto moglo hteti o njemu se mora pre svega u svesti imati prestava.

List (Gutachten S. 113.) takođe govoreći o definiciji svesnog nehata, priznaje da se ni umišljaj ni nehat ne mogu karakterisati samo predviđanjem ili nepredviđanjem posledice, već jednim psihičkim momentom koji uz to dolazi. To je kod umišljaja *saglašavanje* (Einwilligung) sa posledicom. „Pojam nehata mora se rasprostriti i na slučajeve u kojima je vinovnik posledicu koju predviđa kao mogućnu *odbijao* (abgelehnt)“.

Glavni predstavnici teorije prestave priznaju element volje za karakteristiku umišljaja. Oni traže da radnja koja je kauzalna za posledicu i čija se kauzalna veza predviđa, mora biti *voljna* radnja, ostvarenje volje, hotenja. Pri razlikovanju umišljaja i nehata oni svestan nehat razlikuju od umišljaja po tome što se kod nehata posledica *neće*. Otuda, kao što Hipel na nekoliko mesta konstatuje, najviđeniji predstavnici teorije prestave u stvari usvajaju teoriju volje.

Najlepšega izraza ovoj misli daje Frank (Strafgesetzbuch 127, 128.). On veli: „Između teorije volje i teorije prestave postoji samo jedna formalna suprotnost. Jer, niti teorija prestave može odbaciti volju, niti teorija volje prestavu. One obe pitaju: kad je volja kriva? Teorija volje odgovara: kad je bila upravljena na ostvarenje izvesnih fakata; a teorija prestave: kad je prate izvesne prestave. Teorija prestave formalno dolazi na elemente za stvaranje volje, a stvarno to čini i teorija volje“.

3. Beker, Citelman, Lilijental i Hagen pokušali su da dokažu da između predviđanja i hotenja po sadržini nema razlike. Za umišljaj je dovoljno hotenje radnje i predviđanje posledice. Kad ko *hoće* radnju čiju posledicu predviđa, on istovremeno *hoće* i posledicu, jer kad nju ne bi hteo, onda ne bi hteo ni radnju, koja će, kao što on predviđa, posledicu ostvariti. Delanjem on izražava svoje *saglašavanje* sa posle-

dicom. Otuda je izlišno isticati naročito hotenje posledice. Misao da je vinovnik *hteo* radnju i posledicu izražava se i drugim rečima: da je on radnju *hteo*, a posledicu predviđao. Kad ta dva elementa idu zajedno onda nigde ne treba isticati hotenje posledice. (Hippel, Grenze 31.).

I prestavnici teorije volje tvrde da se može hteti samo ono o čemu se ima prestava. Otuda je apsolutno svedeno reći: ja sam posledicu *hteo* ili: ja sam predviđao posledicu kao učin moje radnje.

Na kraju krajeva sve je dakle ipak svedeno na volju, na hotenje posledice, ali se volja svodi na njezine motive. I u tome je ostalo još jedino razlikovanje između ove dve teorije<sup>7</sup>).

III. Delikventi se kažnjavaju ne zbog egzistencije ovakve ili onakve volje kod njih, već s toga što su povredili jedno pravno dobro. Krivičnom je pravosuđu cilj da ta dobra zaštiti i ono nema razloga da stupa u akciju sve dotle, dok pravna dobra u opasnost ne dođu. Ali s druge strane i tada kad je jedno konkretno pravno dobro povređeno opet, kao što smo videli, krivično pravosuđe nema razloga da dejstvuje, ako se jedno lice ne može okriviti za tu povredu. Čovek pak za jednu povredu pravnih dobara može biti okrivljen tada kad postoji kauzalna veza između njegove volje i posledice. U volji, u hotenju posledice, mora ležati pojam umišljaja.

Prestava jedne posledice pobuđuje nas na akciju da je ostvarimo samo tada kad mi tu posledicu hoćemo. Predviđanje posledice kao mogućne pri našem delanju postoji i tada kad je nećemo. Na pr.: kad mi predviđamo posledicu kao mogućnu, ali se nadamo da ona neće nastupiti, i ta nada opredeljuje nas na delanje, ili kad je predviđamo kao mogućnu pa ipak delamo zato što je primamo, pristajemo na nju baš i ako nastupi. U oba se slučaja dakle posledica predviđa. Pa ipak, smemo li u oba slučaja reći da je vinovnik podjednako kriv? U jednom slučaju on posledicu nije *hteo* i nada da ona neće nastupiti bila je pokretač njegovog delanja; u drugom slučaju on posledicu hoće, prima ako nastupi i nada da posledica neće nastupiti nije bila odlučujući momenat za njegovo delanje. Opšta je saglasnost u nauci da se ova dva slučaja moraju podvojiti, jer su kod njih različiti stepeni krivice. Prvi je slučaj svestan nehat, a drugi eventualni umišljaj. Nije to dakle predviđanje posledice koja umišljaj karakteriše, nego njeno *hotenje*, volja da se posledica ostvari.

Netačno je tvrđenje da je predviđanje posledice uz hotenje radnje to isto što i hotenje posledice, da se dakle u tome slučaju predviđanje posledice i njeno hotenje slažu, znače jedno isto. Ima momenata kad se hoće radnja, a predviđana mogućna posledica iz te radnje neće se. To je slučaj kod svesnog nehata. Vinovnik hoće radnju. Predviđa posledicu kao mogućni rezultat te radnje i nju *neće*. Predviđanje i hotenje ne poklapaju se.

Teorija prestave izvrće naopako svojim tvrđenjem o hotenju radnje prirodni psihološki red u procesu postanka volje. Šta se primarno hoće: radnja ili posledica? Mi se nikad ne odlučujemo na besciljnu radnju. Mi pre svega moramo znati

7 Pokušaji, koje su činili Majer, Lefler, Miriška i Kolrauš da dadu samostalna gledišta o dolusu, nisu uspeli. Ukoliko pozitivno vrede, oni se u glavnom naslanjaju na ova dva gledišta.

šta hoćemo. Hotenje posledice jeste primarno psihično raspoloženje. Tek posle toga dolazi izbor radnje koja će biti podesna da željenu posledicu ostvari. Hotenje radnje je sekundarno psihološko raspoloženje. Ja nisam, da uzmemo Frankov primer, najpre hteo da bacim jednu kartu u poštansko sanduče, pa mi po tom palo na pamet da tom kartom mogu javiti kakvu novost mome prijatelju, već sam ja najpre hteo da to prijatelju javim. Kad sam se na to odlučio, ja sam, možda posle razmišljanja od nekoliko sati, odlučio da to učinim pišući jednu poštansku kartu i bacajući je u poštansko sanduče.

Ono što hoću moram najpre predviđati. I posledicu koju hoću moram najpre predviđati. Otuda je ovo red psihičkih momenata u procesu postanka volje: 1. predviđanje posledice; 2. hotenje posledice; 3. predviđanje radnje i kauzalne veze između te radnje i posledice; 4. hotenje te radnje.

Može li ovo sekundarno hotenje da potisne primarno hotenje? Radnja se javlja kao srestvo za postignuće cilja – posledice. Ko hoće cilj bezuslovno mora hteti srestvo. Otuda svako hotenje posledice u sebi sadrži i hotenje radnje kojom je ta posledica ostvarena. Ali, pošto nastupanje posledice ne zavisi samo od nas već i od kompleksa kauzalnih sila van naše ličnosti, to hotenje srestva ne znači uvek hotenje posledice. Teorija prestave koja na toj postavci počiva i logički i psihološki je pogrešna.

Frank nema prava kad tvrdi, da se umišljaj karakteriše time, što izvesne prestave vinovnik nije podigao na stupanj otpornih motiva delanju. On ni kod svesnog nehata isto tako ne podiže predviđanje posledice na stupanj otpornog motiva delanju. Frank pogrešno tvrdi: kako teorija prestave ustvari ne govori o prestavama kao o prestavama, već kao o motivima za postanak volje. Motivi za postanak volje nisu samo prestave posledice. To je samo jedan od motiva.

Volja je jedna psihološka akcija, koja se javlja kao rezultat borbe prostih i asocijativnih prestava u našoj svesti. Mi suštinu volje upravo ovako shvatamo: spoljašnji svet, i konstitucija našega organizma kao celine, vrši nadražaje preko perifernih na centralne organe našega nervnog sistema. Ti nadražaji stvaraju u našoj svesti proste prestave, koje ostaju u svesti i mogu se pojavljivati docnije u osustvu novih nadražaja. Proste prestave mogu se opet povodom kakvoga spoljašnjega ili unutrašnjega nadražaja spajati, grupirati i davati nove, asocijativne prestave. Jedna prosta ili jedna asocijativna prestava, u borbi koja se među prestavama neprestano vodi, može da preovlada, te se tako stvori pobuda ili potreba jedne psihološke akcije, t. j. dejstvovanje centralnih nerava na periferne, a ovih opet na kretanje naših mišića, naše fizičke snage. Volja je upravo reakcija našega nervnog sistema na spoljašnje i unutrašnje nadražaje njegove. Ona kao neki unutrašnji, apriorni spontanitet ne postoji.

Motivi za opstanak volje jesu prestave, ali ne samo prestave koje bi dolazile usled spoljnih, ili samo usled unutrašnjih nadražaja, nego apsolutno sve. Otuda su prestave posledice radnje samo jedan deo od motiva za kreiranje volje, a otuda su opet one same sobom nedovoljne da zamene pojam volje.

Pristalice teorije prestave greše kad tvrde: kako se ne može hteti ono što se ne želi. Pitanje je postavljeno ovako: volja se kreira dejstvom prestava. Prestava neželjenoga ne može nikad izazvati akciju volje, t. j. ne može proizvesti psihološ-

ko žuđenje da bude ostvarena. To je tvrđenje tačno, ali samo u jednome slučaju: kad bi nekad u svesti bila mogućna egzistencija jedne jedine prestave. Tako što pak nemoguće je. Sa prestavom one neželjene posledice konkuriše veliki broj prostih i asocijativnih prestava koje se žele, i u kompleksu željenih može se hteti i jedna neželjena posledica.

Ako je cilj kaznene primene i celokupnoga krivičnoga pravosuđa da zločinca vrati popraavljenoga u ljudsko društvo, ili da ga kao nepopravimog u interesu društvene bezbednosti ukloni, onda se primeni svega toga može naći opravdanost samo tada, ako su *psihološke osobine* zločinčeve takve, da dopuštaju formiranje volje za povredama pravnoga poretka. Kazna njih treba da popravlja.

Te psihičke osobine daju sebi izraza, pokazuju se virtuelne i za pravni poredak važne s toga, što vrše unutrašnje nadražaje nerava i prema tome delaju kao motivi za formiranje volje.

Umišljeno je delanje normalno zločinačko, krivičnopravno delanje. Zločinačko delanje, da bi primeni kazne bilo mesta, mora takođe biti izraz psiholoških osobina vinovnikovih. Da pak zločinačko delanje može to biti, ono mora da je proizvod volje, jer su samo preko volje, preko određene nervne akcije, mogle psihološke osobine imati uticaja na mišićne pokrete i prema tome biti kauzalne za posledicu. Nemoguće je ma kakvo neposredno dejstvo karakternih psiholoških osobina na pokrete našega tela i preko njih na proizvođenje posledice. To dejstvo može biti samo putem nadražaja nerava, koje stvara u svesti prestave, iz borbe prestava formira se akcija volje, koja opet preko nerava daje impuls za fizičke pokrete tela i za proizvođenje posledice.

Sa ovih razloga krivično pravo mora tretirati svako umišljeno delanje samo kao voljno delanje. Bega li ono od toga da jednu posledicu oglasi kao proizvod volje vinovnikove, onda ono nema mogućnosti da dokaže da su psihičke osobine vinovnikove takve, da ih je nužno izvesnim merama preobražavati ili vinovnika iz društva eliminisati, u interesu društvene bezbednosti.

Kad se to pak ne može utvrditi, onda na što primena kazne, van ako ona neće da bude prosta osveta zato što je krivično delo učinjeno?<sup>8</sup>

8 Vrlo je interesantno izlaganje o slobodi volje u najnovijoj knjizi, udžbeniku austriskog krivičnog prava od K. Štosa (*Allgemeiner Teil. Erste Heft, S. 27–29.*). „Po monističkome svatanju postoji prirodno *jedinstvo između duha i tela*. Po ovome svatanju naše duhovne funkcije jesu funkcije mozga. Otuda i duhovno biće čovečije potpada pod zakon kauzaliteta, koji je opšti, nepromenljivi prirodni zakon; čovek dela samo onda kad postoje *uslovi*, razlozi za to delanje. Kad bi uslovi (pogodbe) delanja čovečijega bile poznate količine, onda bi se svako čovečije delanje moglo unapred matematički proračunati.

Ovakvo svatanje odgovara našem iskustvu i mi ćemo do njega doći ako posmatramo kako čovek dela pod datim okolnostima, bilo dobrim, bilo rdavim. Svako će reći: „Ja ovako radim i drugojačije ne mogu“. A što ne reče: „Ja ovako radim i drugojačije neću?“ Ne može, jer delanje čovekovo zavisi od njegovih motiva. Njegovo delanje proishodi iz motiva, ono je rezultat motiva, ono je prema tome *nužno*, isto tako kao što je u svetu stvarnom svaka posledica nužni proizvod jednoga uzroka. Time još nije rečeno da su motivi čovekova delanja podložni zakonu koji je potpuno identičan sa kauzalnim zakonom. Mogu li se ja savladati, mogu li primorati samoga sebe da delam ili da nedelam, tako da motivi stvore jedan upečatak, ali im ja ne dam da van mene, preko mene, delaju na spoljašnji svet?

Mi smatramo da mi do izvesnoga stepena imamo motive u svojoj vlasti. Ja dopuštam sebi da radim, dopuštam sebi da idem, ja sam, ako mi je samo duh i telo zdravo, *gospodar* nad motivima. To mi nazivamo *moralnom snagom*. Ali svaka snaga, da bi mogla delovati, mora najpre postojati. Motivi proishode dakle iz jednoga izvora, koga je Kant nazvao kategoričkim imperativom, iz *karaktera*, čiji je puls savest. Karakter je komplikovana pojava, on je delom *nasleđen*, a delom stečen najraznovrsnijim dejstvima u životu.

Poslednje je pitanje: možemo li mi sami uticati na naš karakter? To je ujedno i poslednja, jedino mogućna naša sloboda. Ja sam pristalica takve slobodne volje, ma da je i ona možda iluzija.

Normalan će čovek imati snage da se odupre želji za zločinom, ako mu tu snagu da njegov karakter. Otuda je od osobite važnosti vaspitanje dece kao prepreka zločinu.

Kad ko učini delo koje je zakon oglasio za zločin, on time otkriva jednu pogrešnu stranu, jednu slabu crtu svoga karaktera. Pa je li sad zadatak države da preobražava lažni karakter vinovnikova i da tako uklanja uzrok zločinu? To će se sa uspehom moći činiti jedino tamo gde po prirodi čovekov karakter još nije definitivno razvijen i učvršćen, dakle u mladosti. Kad je pak vinovnik sasvim odrastao, onda nije jedini zadatak države da preobražava njegov karakter, jer je taj zadatak neizvodljiv.

Sudija tada veli odraslome vinovniku: Ti si kriv za ovaj zločin i za to ćeš biti kažnjen. Vinovnik pita: Pa u čemu je moja krivica? Šta ja sad mogu što sam takav? Ovo je delo bilo nužna posledica karaktera. Sudija odgovara: Kao građanin i član društva znao si da je takvo delo zabranjeno. Ti si svoju dužnost prenebregao i opšti interes zahteva da na nju budeš opomenut i da iskušiš kako takva dela država neće da trpi. Pravo ti pokazuje da tvoje delo ne odobrava, time što ti stvara zlo koje je ravno delu. Na to vinovnik prigovara: Ja se dakle kažnjavam za delo koje sam morao činiti; ja onda u stvari služim državi kao sredstvo samo za njezine ciljeve. A sudija mu onda odgovara: Kad ti sad ne bi bio kažnjen, ti bi rekao: šta me se tiče država? Činim ja što hoću. Pa bi onda činio nove zločine, pa bi tako radili i drugi ljudi. Evo, s toga ti moraš da otrpiš muke koje ti je pravo dodelilo.

Štosova koncepcija slobode volje zaista je iluzija. Kako mi možemo uticati na naš karakter? Možemo jedino tako, što smo zaključkom svoga razuma uvideli pogrešne karakterne crte i poznali sredstva kojima ćemo ih preobražavati. A šta je to zaključak razuma? U stvari ništa drugo nego jedna asocijativna prestava, kompleks mnogobrojnih drugih prestava, i ta asocijativna prestava dela sad kao zaseban motiv na formaciju volje. Ni u tome razumnom uticaju na karakter nema dakle ničega spontanoga, nekauzalnoga.

Pogrešno mi se čini i ono izdvajanje ljudskoga delanja ispod opšteg zakona kauzaliteta. To Štos čini s toga što pod motivima za postanak volje razume samo one prestave koje su postale spoljašnjim nadražajem nerava. To, međutim, nije tačno. Mi u svesti imamo prestave i isto tako od unutrašnjih nadražaja nerava, koje nam se pojavljuju kao potrebe ove ili one vrste. I te su prestave takođe motivi. I karakterne osobine, bilo nasleđene, bilo stečene, nisu ništa drugo nego motivi. Opšti zakon kauzaliteta vredi dakle potpuno i za ljudsko delanje.

O slobodi volje može se govoriti samo ako se pretpostavi podela čoveka na dušu i na telo. Mi imamo prava tu podelu danas nazvati smešnom. Čovek je jedno jedinstvo materije. Ali on je jedno komplikovano jedinstvo, koje sam danas još ne razume kao što uopšte ne razume proces života. Ono što on u njemu zapaža, to je većito kruženje materije. A da je materija podloga svake životne funkcije, dokaz je to, što sa poremećajem materijalne organizacije propada ceo život. Pristalice slobodne volje mogu tvrditi da tada duša ide na nebo. Mi nemamo razloga ni mogućnosti da je tamo tražimo i ispitujemo. Na zemlji postoji većito kruženje materije, koje podleži zakonu kauzaliteta. Ničega nekauzalnoga, pa ni nekauzalne ljudske volje.