

НАЧЕЛО ЛЕГАЛИТЕТА И ЧЛ. 4, СТ. 2, КРИВИЧНОГ ЗАКОНИКА

Текст — теорија — пракса (1)

I. — Постављајући начела и утврђујући основне циљеве казнене политике државе, законодавац је у чл. 1 Кривичног законика поставио примарни и основни материјални садржај кривичноправно релевантних проузроковања против којих се даје кривичноправна заштита правним интересима и добрима у Социјалистичкој Федеративној Републици Југославији. Ова заштита се остварује одређивањем самим законом која друштвено опасна дела представљају *кривична дела* и која је казна за њих прописана, што чини целокупан садржај посебног дела КЗ.

Према томе систем кривичних дела у нашем КЗ заснива се искључиво на предвиђености кривичног дела и казне у закону, дакле, на начелу *легалитета*. Логичке и систематске конзеквенције овог начела су:

прво да нико не може бити узет на кривичну одговорност ни бити кажњен за радњу коју је учинио ако та радња није пре него што је учињена предвиђена у закону као кривично дело и прописано како ће се казнити онај који је учини (чл. 2 КЗ);

друго, тежња да се кривичноправно заштите сва правна добра живота путем универзалног и тоталног систематског одређивања и одређивања свих кривичних дела до краја, дакле, свих проузроковања која могу да доведу до таквих повреда правних добара против којих је за успешну одбрану друштва због њихове „тежине“ у ствари кривичноправне опасности нужна заштита по кривичном закону.

Међутим, општи став према коме нема правила без изузетака, ни начела која не захтевају допуне и одступања као да је продро и у систем КЗ а тиме и самог кривичног права и у његова основна начела. Постављајући овако начело легалитета кривичног дела и казне, законодавац је допустио извесна одступања и то у два правца.

Прво, то су случајеви који спадају у област одређивања и изрицања казни, код којих постоје како извршено кривично дело у питању тако и кривац али је закон овластио суд да може учиниоца кривичног дела, пошто га прогласи кривим, ослободити од казне (2). Ова су овлашћења делом општег а делом посебног карактера. Прва су предвиђена у општем делу КЗ и она важе за сва кривична дела и кривце када предвиђени случај наступи

(1) Чл. 4 КЗ гласи: „(1) Кривично дело је друштвено опасно дело чија су обележја одређена законом. — (2) Није кривично дело оно дело које, иако садржи обележја кривичног дела одређена законом, представља незнатну друштвену опасност због малог значаја и због незнатности или одсутности штетних последица.“

(2) Било би много целесходније са гледишта и правне логике и система да је место и решење из чл. 4, ст. 2, нађено у односу на ову одредбу, дакле, непосредно у односу на сам институт ослобођења од казне, чиме би се избегле тешкоће како у оцени њеног значаја тако и у њеној примени. На то указују у првом реду практичне конзеквенције ове установе јер по њој долазе у обзир најблажи могући случајеви дотичних кривичних дела. Ако ништа друго, овакво решење, биће сваког кривичног дела како је оно одређено у закону оставило би потпуно недирнуто па би се отклонила могућност појављених тешкоћа у вези са овим и са њеном применом.

без разлике, а друга у посебном делу, дакле, само код појединих кривичних дела, и важе само за њих и за њихове учиниоце као кривце (3).

Други случај задира у сама основна начела КЗ и кривичног права, и он је углавном предмет овог чланка, а састоји се у начелу, које је Законик формулисао у чл. 4 став 2, дајући дефиницију што *није кривично дело* по КЗ.

Иако се ова два случаја суштаствено разликују између себе, у пракси и искуству своде се на исто, на *оцену суда*, а у другом случају и других органа власти, који су надлежни да о истом одлучују (4). И док у првом случају оцена суда остаје без утицаја на елементе кривичног дела и само његово биће како су утврђени законом, у другом она, оцена суда *непосредно одлучује* о једном од битних, основних елемената кривичног дела а то је *друштвена опасност*. Отуда, иако садржи обиљежја кривичног дела одређена законом, извршено проузроковање, ако суд нађе да представља *незнатну* друштвену опасност због малог значаја и због незнатности или одсутности штетних последица, онда оно по овој одредби није кривично дело.

Према томе, одредба чл. 4 став 2, КЗ у ствари је поред оног законског, још један посредан, иако мало скривен начин за утврђивање бића кривичног дела и то искључиво на основу и помоћу судске оцене.

На први поглед решење дато у чл. 4, ст. 2, КЗ као да изгледа „боље“. Међутим, оно крије у себи низ слабости до те мере да и оне саме доводе у питање оправданост целе установе, посебно у њеној садањој редакцији.

Пошло се је, како изгледа, од становишта да с обзиром на прописана кривична дела и КЗ, постоји бојазан од могућности да се и помоћу најмањих „ситница“, да тако кажемо, може да оствари у животу биће појединог кривичног дела и да се самим тим наметне обавеза кривичноправног прогона с једне и кривичноправне заштите с друге стране. У таквим случајевима је очигледно да се такав прогон и заштита, у првом реду са

(3) Овлашћења суду да може кривца ослободити од казне прописана у општем делу КЗ јесу код: правне заблуде чл. 10, прекорачења нужде — чл. 11, ст. 3, прекорачења граница крајње нужде — чл. 12, ст. 3, неподобног покушаја — чл. 17, добровољног одустајка од извршења кривичног дела — чл. 18, добровољног спречавања извршења кривичног дела од стране подстрекача и помагача — чл. 22, ст. 2. У посебном делу код кривичних дела за које важи чл. 44: удруживања против народа и државе — чл. 117, ст. 4, у случају откривања удружења односно групе пре него је у њеном саставу или за њу учињено кривично дело, припремање дела из чл. 102, 103 и 114, у случају добровољног одустајка од извршења припремљеног дела — чл. 121, ст. 2, крађе — чл. 249, ст. 2, ако је украдена ствар враћена оштећеном пре него је сазнао учинилац за покретање кривичног поступка, давања лажног исказа — чл. 233, ст. 5, у случају када учинилац опозове свој лажни исказ пре него се донесе коначна одлука и неких кривичних дела против чисто војне службе — чл. 332, у случају ако би учинилац био изазван незаконитим или грубим поступком војног лица. Код кривичног дела увреде ако је повраћена — чл. 170, ст. 4, спречавање службеног лица у извршењу службене радње — чл. 289, ст. 4, давања мита — чл. 326, ст. 3, у случају када је мито захтевано а учинилац то одмах после давања мита добровољно пријави. Законом о изменама и допунама Кривичног законика — Новела — од 2. јула 1959. („Сл. лист ФНРЈ“, бр. 31/62), овај је институт укинут с тим што је, како ће се касније видети, код увреде предвиђена могућност изрицања судске опомене уместо казне. — Посебан је случај код кривичног дела злочиначког удруживања — чл. 299 (које и иначе заслужује пажњу и са систематског гледишта), где је прописано једино облигаторно ослобођење од казне члана који открије групу пре него што је у њеном саставу или за њу учинио неко кривично дело.

(4) И други органи који учествују у кривичном поступку (чл. 9 и чл. 10 КЗ) сем суда, на пример, јавни тужилац као орган гоњења има права да у датом случају примени чл. 4, ст. 2 КЗ и ова примена није ни мања ни незнатна. Види чланак Драгића Мирковића: „Правни живот“, бр. 9—10 за 1958.

становишта строгости кривичних прописа а затим ни захтева и потреба практичног, стварног живота не би могли сматрати оправданим. Заштита и кажњавање у таквим случајевима не само да не би задовољавали захтеве и потребе живота него би противречили и основним начелима казнене политике државе како их је поставио законодавац у КЗ. Да би се све ово избегло, по једном гледишту у теорији, разлог је за доношење одредбе чл. 4, ст. 2, КЗ (5).

(5) Никола Срзентић и др. Александар Стајић (Кривично право ФНРЈ, општи део, треће допуњено и измењено издање, „Савремена администрација“, 1961, Београд, с. 139—140) истичу да сличну одредбу од страних законодавстава садржи само совјетско право (управо Кривични законик Руске федерације из 1934, наша прим.), а да се у већини страних законодавстава, „у другим земљама“, питање незнатне друштвене опасности решава „путем процедуре применом начела опортунитета [...] на тај начин што државни орган који је овлашћен на покретање кривичног поступка не подноси оптужбу.“ Овај начин решавања по њима није правилан јер води произвољности и могућности злоупотреба од стране органа овлашћених за гоњење. „[...] Осим тога питање постојања кривичног дела јесте питање материјалног права, а не питање процесног права“, каже се у оправдању критике изнетог решавања. Мора се, међутим, приметити да и примена чл. 4, ст. 2, у својим границама зависи искључиво од оцене органа гоњења а тек касније и од суда, те је из истих разлога изложена истом или можда још и већем ризику да буде злоупотребљена тим пре што уводи више чињеница чији кривичноправни квалитет зависи од ове оцене. При позивању на сличну одредбу у Руском законнику аутори нису запазили могућност ове установе у Руском законнику зато што он не усваја начело легалитета а уз то важи начело аналогije, док је у нашем КЗ цео систем кривичних дела израђен строго на начелу легалитета, што искључује сваку „сличност“ између ових одредаба као таквих а посебно у односу на основна начела у одговарајућим законикима. Можда би се сличним превидима и „угледањима“ могло приписати да је и одредба чл. 4, ст. 2, у овако неопрезној и систематски немогућој формулацији ушла и до данас остала у систему нашег кривичног права. — Спорно је и мишљење изражено на истом месту, према коме је значај ове одредбе „[...] и у томе, што [...] она јасно указује на материјални појам кривичног дела. Таква одредба је важна дакле и за одређивање појма кривичног дела. Јер, ако свако дело мора бити одређено у закону то не значи да постојање законских обележја једног кривичног дела у свим случајевима значи постојање кривичног дела.“ — На предње закључке могло би се применити да је материјална концепција кривичног дела недвосмислено прихваћена већ у чл. 1 и чл. 4, ст. 1, што је мање важно због њиховог више декларативног карактера а далеко је важније да је она у опису сваког појединог бића кривичног дела позитивно одређена и дата у самом закону, тј. самом материјом заштитеног добра, те му ова одредба није ни мало потребна, да би се изразила па чак и подвукла ова концепција а још мање је важна за одређивање појма кривичног дела. Тврђење, међутим, да постојање законских обележја одређеног кривичног дела не значи и постојање кривичног дела, садржи све слабости и противречности као и одредба чл. 4, ст. 2. — Нешто даље на наведеном месту аутори правдају установу чл. 4, ст. 2, и тиме што „сам законодавац претпоставља и то сасвим оправдано да уопштем формулом“ — описом кривичног дела у закону — „могу бити обухваћени и такви случајеви, који не треба да буду обухваћени“, што је тешко прихватити већ и стога што законодавац баш обрнуто претпоставља да ће се кривично дело десити и зато га на позитиван начин одређује у закону са свим садржајем његовим, што по себи искључује овако алтернативно претпостављање у његовом стварању. При том, као што смо рекли, ни законодавцу није страни, да се у пракси ствари могу десити и узети друкчије, и то је нешто против чега се не може ништа учинити а што ће се десити и при постојању и примени чл. 4, ст. 2. Као што смо већ приметили а што истичу и аутори (с. 138), суд је у свим конкретним случајевима дужан да испитује да ли одређено проузроковање садржи све битне елементе дотичног кривичног дела, која околност такође указује и на то да би суд и без ове одредбе могао да оцени да ли конкретно проузроковање представља кривично дело или не. То је и на линији општега решавања законодавства које оставља знању, савести и искуству органа који примењује закон са нужном али оправданом претпоставком да ће они увек тежити да ствар реше тако, како ће бити најадекватније остварена воља законодавчева. — У вези са својом материјалном концепцијом кривичног дела аутори су изнели и тезу о могућем „нескладу“ између два основна елемента кривичног дела по њима: предвиђености у закону и друштвене опасности, свдећи ствар на то да када такав „несклад“ наступи, закон даје предност друштвеној опасности као тобоже материјалном елементу кривичног дела. Мислимо да је ово тешко примити јер је реч не само о основним него и о саставним елементима бића кривичног дела, а посебно у корист друштвене опасности већ и зато што одређено проузроковање може бити друштвено опасно, ако није предвиђено као кривично дело, оно је кривичноправно без значаја. У прилог овога може донекле да буде и мишљење аутора изражено на другом месту — с. 164, издања од 1953, односно, 109 издања од 1961. њихове књиге — према коме су ова два елемента „једнаке вредности.“

Мислимо да се ово не може сматрати оправданим. Пре свега, у погледу отклањања опасности од могућности кривичне одговорности и за „ситнице“, што се наводи као један од мотива и разлога за ову одредбу, мора се одговорити да се законодавац не бави ситницама а посебно не када су у питању тако основне установе кривичног права: кривично дело и казна (кривац) и да ће пракса, свесна тога, на основу стручности и искуства знати увек или скоро увек да разликује „ситнице“ и да их одвоји од кривичних дела за која зна да их законодавац као један од централних проблема кривичног права решава уопште и *in abstracto*. Битно је у методи законодавчевој при решавању проблема, нарочито кривичноправних, да он на њих гледа колико год му то дати услови развоја допуштају, како би се то рекло, *sub specie aeternitatis*. Зато његова решења имају у неку руку, бар телеолошки узето призив „вечности“, што уосталом одговара и континуираном трајању самих феномена нарочито у кривичном праву чија решења даје јер су и они трајна атрибуција искуства и људских односа уопште. Па и поред овакве природе његових решења, посебно у кривичном праву, досадање искуство са применом тих решења у пракси никако не оправдава бојазан од опасности да ће доћи до одговорности и за „ситнице“. Сва законодавчева решења баш у КЗ садрже у себи иманентну тежњу за што већом целовитиошћу, потпуношћу, постојаношћу и посебно *прецизношћу* у првом реду и зато да би се у примени избегле двосмислености или се у сваком случају свеле на најмању могућу меру.

Законодавац је, као што смо видели, поставио као основно начело казнене политике у КЗ да заштити правна добра од друштвено опасних дела и то тако што је сâм непосредно одредио одређена кривичноправно друштвено опасна дела као кривична дела и прописао казне које се могу изрећи против оних који та дела учине. Сама *појамна* ознака дела као кривичноправно друштвено опасног и зато предвиђеног у закону као кривично дело по себи говори да „ситнице“ то не могу бити нити законодавац оваквим својим решењима оставља могућност за такво схватање а још мање за примену кривичних закона на њих. Све што се овде може рећи о евентуалним „ситницама“ јесте то да оне могу изгледати „сличне“ односно кривичном делу али нису то јер нису друштвено опасне у кривичноправном смислу, услед чега је за њих довољна заштита нижа по рангу и строгости од оне која се даје по КЗ.

Исправно је примећено да је друштвена опасност својство дела оно што чини његову материјалну садржину, које је законом предвиђено као кривично дело и то у том смислу што без друштвене опасности не би ни ушло у Законик као кривично дело а што нужно излази и из чл. 1 као и из чл. 4, ст. 1, КЗ (6). Штавише — то може да изгледа чудно али тако је — прописом чл. 4, ст. 2, законодавац је код сваког кривичног дела друштвену опасност поставио тако да се и сама предвиђеност дела у закону појављује као *субординантна* друштвеној опасности и ово је нешто најнеподношљивије у овој одредби. То излази из самог текста ове одредбе и њоме дате дефиниције шта *није кривично дело*, а који текст допушта могу-

(6) Др. Јанко Таховић: Коментар Кривичног законика, „Савремена администрација“, Београд, 1957, с. 31—37.

ћност да у закону предвиђено кривично дело буде учињено са свим својим законским обележјима а да при том испољи „незнатну друштвену опасност“, те да не буде кривично дело *по самом закону*, што је с друге стране неприхватљиво и са систематског гледишта.

И овде је између наведених случајева она разлика по суштини коју смо горе истакли. У случајевима прве групе — ослобођења од казне — постоје и кривично дело и кривац али је суд, ценећи све околности датог случаја, *највише овлашћен да кривца ослободи од казне*. У другом случају из чл. 4, ст. 2, КЗ иако постоји проузроковање које садржи обележја кривичног дела одређена законом, не постоји ни кривично дело ни кривац *ex lege* под условом да суд оцени тако ствар, па је дужан да у свим оваквим случајевима учиниоца ослободи од оптужбе. При том, и једно и друго решење су на линији начела „легалности“ кривичног дела и казне, само што у првом случају интерес тога начела *допушта* да се кривац из извесних разлога, које суд нађе оправданим, ослободи од казне, али се мора утврдити постојање извршеног кривичног дела и његов учинилац се прогласити за кривца да се као такав на одређени начин ипак жигоше док у другом случају суд једноставно не сме да казни јер је у овом случају некажњавање нужан постулат права *ex lege*. Зато је у овом случају законодазац рекао да нема кривичног дела а самим тим ни *неправа*, у чему се углавном и огледају правне конзеквенције решења датог у чл. 4, ст. 2, КЗ. (7).

II. — Решење у чл. 4, ст. 2, КЗ садржи у себи низ антиномија начелног и изнад свега правнологичног и систематског значаја. Пре свега, тачно одређеном и у закону дефинисаном кривичном делу, дефиницијом о томе шта *није кривично дело* одузима то својство, и то помоћу околности и обилежја који не улазе у његово биће што се већ на први поглед не може ни правнологички примити а ни са становишта стварне и правне, кривичноправне целине сваког појединог кривичног дела која се овим прописом непотребно доводи у питање.

Наиме, једно од основних, примарних обележја кривичног дела, које непосредно улази у његово унутрашње биће по закону, јесте *друштвена опасност његова*. Зато, дело које садржи ово обележје, а садржи га већ по свом појму свако у закону предвиђено дело, *не може не бити кривично дело по самом закону*, као што, с друге стране, „дело“ — проузроковање које не садржи ово обележје *не може бити кривично дело*. Ако извршено дело — проузроковање није остварило сву у закону предвиђену друштвену опасност, онда оно не садржи ово *нужно* обележје за остварење самог бића дотичног кривичног дела одређеног законом, па му је сувишно било оваквом стилизацијом ове одредбе одузимати то својство. Ово и зато што проузроковање које такву опасност не садржи нема интереса за кривично правне прописе, за кривично право уопште и ови се њиме и не баве већ и стога што је кривично право, једино међу свим осталим гранама права, *искључиво право о неправу* које се концентрише око његових основних

(7) Др. Станко Франк: Теорија Казненог права по Кривичном законик у од 1951, издала „Школска књига“, Загреб, 1955, с. 242.

установа и њихових елемената, кривичног дела и казне (кривца) (8). Стога овакво проузроковање није и не може бити предмет кривичног права, а посебно његовог позитивног дела израженог у законским прописима који одређују и прописују сама, и само кривична дела. У овоме лежи основна недоследност и правнолојичка па и систематска немогућност прописа чл. 4, ст. 2, КЗ.

Даља недоследност и немогућност његова огледа се у елементима и обележјима која је КЗ дао са искључење постојања кривичног дела. То је, углавном, *незнатна* друштвена опасност која треба да се изведе (или огледа) како смо видели, из малог значаја и незнатности или одсутности штетних последица. Пада у очи да је „делу“ које као извршено садржи обележја кривичног дела одређена законом одузето то својство помоћу обележја која нису предвиђена као битни елемент његова бића по закону јер *мали значај* и *незнатна друштвена опасност* нису елементи кривичног дела (исто тако као што то није ни *знатна друштвена опасност*) већ само друштвена опасност као таква у кривичноправном смислу свом. Одузимајући на овај начин извршеном делу које садржи обележја кривичног дела одређена законом, овај карактер, и то помоћу околности које не улазе у биће ниједног кривичног дела по закону, овај се пропис не може довести у склад са системом нашег кривичног права, а посебно системом кривичних дела (и њиховом садржином) како су дата у КЗ.

Овакве одредбе и њихов значај утолико су озбиљније што се питање решава увек на *појединачном* случају, а таква решења, без обзира који их органи власти доносе, крију у себи увек латентну опасност неадекватне оцене ствари, због чега ова одредба у пракси може још више да промаши. Једна даља и много озбиљнија конзеквенција ове установе у пракси састоји се и у томе што државни органи надлежни за примену исте, као што смо већ напоменули, одлучују у крајњој линији о томе које је проузроковање кривично дело а које не у зависности од тога да ли *они налазе* да је исто остварило само „незнатну“ друштвену опасност или не иако су проузроковањем иначе остварена обележја дотичног кривичног дела прописана законом!

Несумњиво је антиномија и у томе што чл. 4 КЗ као целина садржи две дефиниције. Једну, која прописује *шта је* кривично дело, и другу, сасвим обрнуту, која каже *шта није* кривично дело. Треба одмах приметити да је једва потребно постојање да се поред чл. 1 и 2 КЗ даје једна оваква чисто дескриптивна дефиниција кривичног дела, како је то учињено у чл. 4, ст. 1. Пре би се могло рећи да је ова и оваква дефиниција, *de lege lata* сигурно а и *de lege ferenda* готово сувишна. Ово и зато што су дефиниције ствар теорије а прописи КЗ имају за задатак да одреде основне кривичноправне установе и њихове битне, законске елементе.

Логичкоправна целина коју би требало да има чл. 4, као и чисто систематски положај и значај његов упућују на то да је требало другом дефиницијом да се дефинише само друштвена опасност као један од битних елемената кривичног дела. Да је у чл. 4 ст. 2, дефинисана друштвена опа-

(8) Др. Тома Живановић: Систем синтетичке правне филозофије, Наука о синтетичкој филозофији права, издање Српске академије наука, Београд, 1951, с. 76 и сл.

сност као битни елемент кривичног дела, на што логички упућује прва дефиниција а исто тако и смисао и значај друге, избегле би се наведене антиномије и недоследности између првог и другог става, а тиме би и дато решење више одговарало систему КЗ. Ово зато што би се у дефиницији кривичног дела, датој у ставу првом, једино друштвена опасност могла узети као недовољно прецизно одређена насупрот другом елементу предвиђености у закону, па је у ставу другом ову недовољну одређеност друштвене опасности требало само *кривичноправно прецизирати* или бар нешто ближе одредити не дирајући у кривично дело као целовиту кривичноправну установу која је одређена и дефиницијом у ставу првом.

Као што се види, немогуће је измирити ову одредбу прво са системом КЗ јер је неспојива са прописима посебних закона у којима су одређена кривична дела са свим њиховим битним елементима. Посебна је тешкоћа како овој одредби наћи не само место у систему него и у примени, нарочито поред одредбе у чл. 44 КЗ која својом највећом могућом конкретносту, па стога и извесношћу упућује на сам *квалитет* друштвене опасности која се налази у основи сваког појединог кривичног дела описаног у закону и то *непосредно* по самој замисли законодавчевој. Посебно је то тешко ако имамо у виду низ других прописа ван КЗ који представљају читаве „системе“ права на кажњавање као што су многобројни прекршајни прописи, казни прописи о привредним преступима и нарочито огромно подручје дисциплинског права.

Нема никакве сумње да је друштвена опасност узета на основу чл. 1 КЗ унета у свако кривично дело као његов појамни елемент таквог интензитета да је одбрана од такве опасности по наведеним прописима ван КЗ недовољна и неефикасна, као што смо већ истакли. Стога она и добија други, „виши“, у ствари тежи, *кривичноправни квалитет* и самим тим улази у домен кривичног права чинећи један од битних елемената у појму одговарајућег кривичног дела а са циљем да се постигне адекватна заштита угроженом и нападнутом добру. Према томе, прекршаји правног реда нису окарактерисани друштвеном опасношћу, ма и најмањег интензитета, већ само *штетношћу* истих за правни ред и интерес да он буде очуван и одржаван, и зато они и не „допиру“ до друштвене опасности у кривичноправном смислу, због чега су и стварно и правно ван области кривичног права, мада чине саставни део општег казненог права.

Због овако датог решења бића сваког појединог кривичног дела у закону и јесте више него сујтилан и сложен проблем домаћаја и примене чл. 4, ст. 2, КЗ, посебно у вези са ставом КЗ према установи могућности ослобођења од казне за учињена кривична дела у случајевима: правне заблуде — чл. 10, прекорачења нужне одбране — чл. 11, ст. 3, прекорачења крајње нужде — чл. 12, ст. 3, неподобног покушаја — чл. 17, добровољног одустајка — чл. 18, добровољног спречења извршења дела од стране подстрекача и помагача — чл. 22, ст. 2, а посебно чл. 44, ст. 1, КЗ који важи за пет случајева одређених у посебном делу КЗ.

Очигледно је да би друштвена опасност кривичних дела која уживају привилегиум ове одредбе, морала бити много *незнатнија* од горе наведених

а то је једва да је могуће и замислити. Јер, ако је законодавац, као што јесте, у овим случајевима, посебно оним из чл. 44, ст. 1, који су непосредно предвиђени код одређеног кривичног дела, и који стога пружају највише могућности да се правилно оцени њихова нова конкретна „незнатност“ или „знатност“, допустио само ослобођење од казне, правнолoгички се ипак не може примити да је у чл. 4, ст. 2, случајеве *уопште* могао *теже* третирати. Зато, с обзиром на дато решење у чл. 4, ст. 2, могу бити у питању „блажи“ случајеви од оних о којима је реч код установе ослобођења од казне. Противно решење било би пре свега чисто систематски немогуће, док би с друге стране реметило сâм систем казнене политике како је она постављена у КЗ.

Друга је ствар, наравно, и ту настају просто неотклоњиве тешкоће како утврдити да конкретно проузроковање које иначе садржи сва обележја дотичног кривичног дела одређена законом, ипак није кривично дело у смислу чл. 4, ст. 2. Ове тешкоће долазе у првом реду и *de lege lata*. Наиме, како и на основу којих мерила одредити која су то кривична дела по закону која као учињена могу да остваре мању друштвену опасност од, рецимо, неподобног покушаја или добровољног одустанка или спречавања извршења кривичног дела, чл. 17, чл. 18 и чл. 22, ст. 2, КЗ која имају општи значај тј. важе код свих кривичних дела па и оних „најтежих“. То се види већ и из тога што у погледу одговорности за покушај важи опште начело према коме се увек одговара за покушај код оних кривичних дела за која је у закону прописана казна строгог затвора у трајању од пет година или тежа казна. Ако при том имамо у виду и случајеве правне заблуде, прекорачења нужне одбране и крајње нужде, као и оне из чл. 44, ст. 1, из посебног дела КЗ, скоро је извесно да је законодавно решење обухватило најбројнији део, ако не и све, случајеве „најблажих“ кривичних дела. Међутим, и поред овакве њихове „незнатности“, није могућа примена чл. 4, ст. 2, већ искључиво институт за ослобођење од казне по коме је суд дужан да пресудом утврди постојање дела и кривца а само је овлашћен да кривца ослободи од казне што, наравно, не мора увек и да буде.

Одредба чл. 4, ст. 2, има општи значај и важи за сва кривична дела па и за она за која важи институт ослобођења од казне. У случајевима где важи овај институт, бар у погледу горње „теже“ границе опасности датог кривичног дела, решење по чл. 4, ст. 2, мора се тражити испод нивоа „тежине“ коју захтева законодавно решење за ослобођење од казне. Ово излази из природе ствари јер по чл. 4, ст. 2, судско решење треба да гласи да нема ни кривичног дела ни кривца, што је несразмерно блаже. Ако имамо на уму да законодавно решење претпоставља, како смо видели, или *изосталост* наступања последице или, ако је наступила, њену *незнатност* која се незнатност по своме појму и одсуству опасности овде изједначује и упоређује по кривичноправном значају са изосталом последицом, а све ово *mutatis mutandis* предвиђа и одредба чл. 4, ст. 2, онда ће се „примери“ за њену примену врло тешко налазити у конкретним проузроковањима, и зато њена примена у овим случајевима једва да може доћи у обзир.

Проф Франк је њу у случајевима из чл. 44, ст. 1, чак и правно искључио, мада *de lege lata* без основа. (9)

Међутим, не стоји боље ствар ни у свим осталим случајевима који су или могу бити бројни. Стога што се решења и за њих морају одређивати и кретати у границама које даје ово решење јер оно овде, ма и посебно, даје најбољу гаранцију прецизности, баш зато што се непосредно наслања на одређено решење конкретног (донекле, чак конкретнијег) случаја од стране законодавчеве. Наравно, код ових случајева не може се искључити могућност да судско решење утврди да не стоји ни дело ни кризац, иако је реч о делу које је по оствареним последицама и „теже“ од оних за која важи институт овлашћења за ослобођење од казне, мада то не би „смело“ бити већ и због тога што се при редакцији ове одредбе тако нешто није ни претпостављало. Ово је и навело проф. Франка да одредбу чл. 44 означи као *privilegium odiosum* у односу на одредбу чл. 4, ст. 2 КЗ (10).

И заиста, ове две установе тешко је помирити не само систематски, него и правнолoгички како би обе биле исправне у функцији употпуњавања казнене политике, чија је начела и оквире поставио законодавац уопште и код сваког кривичног дела. У ствари, тешкоће долазе у првом реду због систематске немогућности овакве одредбе чл. 4, ст. 2, а друго, због неправилног и захтевима кривичног права неадекватног дефинисања исте, на што смо напред указали. Овакво њено дефинисање и одређивање је само доказ непремостиве противречности до које доводи цела ова одредба само зато што је неправилно одредила и дефинисала *шта није кривично дело*, уместо да одреди и дефинише само *кривичноправни појам друштвене опасности* или неког другог битног елемента у појму кривичног дела. Са оваквом одређеношћу и дефиницијом, ова одредба своди поједине законе, у којима су прописана бића одређених кривичних дела, у извесној мери на пуке формалности јер допушта оваквом својом редакцијом да проузроковање — „дело“ буде извршено са свим *битним* обележјима *дотичног кривичног дела по закону* а да ипак не представља кривично дело, што је немогуће примити.

Немогуће зато што свако у закону предвиђено кривично дело има свој претпостављени материјални садржај, и ако је такво дело извршено, онда је оно кривично дело по своме бићу, по својој позитивно одређеној садржини у самом закону, у коме је као такво предвиђено, па му се то својство не може одузети на начин како то чини одредба чл. 4, ст. 2. То је немогуће већ и *de lege lata*, а *de lege ferenda* таква могућност би значила

(9) Проф. Франк на већ наведеном месту долази до овог закључка јер налази да су у случајевима о којима је реч у чл. 44 КЗ углавном дела незнатне друштвене опасности као и случајеви о којима се говори у чл. 4, ст. 2, и несумњиво је у праву. Разлика је само што у првом случају де леге лата дело треба да буде такве „тежине“ да се његово постојање као и постојање кривца морају утврдити пресудом, док би у другом случају требало да буде испод ове „тежине“ и онда нема ни дела ни кривца! Према томе, де леге лата пропис чл. 4, ст. 2, важи како у случајевима из чл. 44, тако и у свим случајевима из општег дела где се предвиђа могућност ослобођења од казне ако они испуњавају услове из ове одредбе, па се у том случају по њој и решавају а не по односним прописима. Међутим, овај и овакав закључак проф. Франка правда у првом реду то што ће у пракси бити веома тешко или инепоуће сигурно наћи мерило када се на конкретан начин примени било једна или друга одредба а у таквој ситуацији увек ће се прибећи оној одредби која је мање изузетак а више правило.

(10) Др. Станко Франк: н.д., с. 242 и 120.

да је законодавац при одређивању и прописивању кривичних дела до те мере промашио да и у оним случајевима када су та кривична дела извршена са свим обележјима која им је он дао у закону, нису кривична дела, што је и стварно и правно неприхватљиво.

III. — Новација КЗ из 1959, уместо да отклони недостатке у овим решењима, још више их је компликовала увођењем даљег, још једног начина ублажавања казне новом одредбом у чл. 44, ст. 2, а посебно установом *судске опомене* уместо казне чл. 50а и чл. 50б КЗ.

По себи, нова одредба у чл. 44 ст. 2, у ствари проширује овлашћења суда за ублажавање казне прописана у чл. 43 за у њој наведене случајеве. Логично и систематски узето, овој одредби је било место у овом пропису, редакцијски као став 2, чл. 43 а никако у чл. 44 који садржи институт овлашћења за ослобођење од казне. Ово и зато што она доводи до својих крајњих конзеквенција институт овлашћења суда за ублажавање казне како је дат у чл. 43, тач. 1 и 2. Посебно њој није било места у чл. 44 већ и зато што закон предвиђа ослобођење од казне и у другим случајевима а не само у оном пропису, па како је несумњиво да она важи и за ове случајеве, и то говори против њене редакције на овом месту.

Истина, у чл. 43 реч је о начинима ублажавања казне по нахођењу суда али и поред тога ова одредба овако дефинисана и везана само за случајеве који су посебно предвиђени законом могла би доћи као чл. 43 став 2, а да при том ни она ни остале одредбе чл. 43, ст. 1, ништа не изгубе. Ово и зато што је суд по њој овлашћен да врши ублажавање казне без обзира на ограничења којима је везан у чл. 43, ст. 1. У противном, срећније би решење било да је самостално редигована, рецимо као чл. 43а.

У суштини, за случајеве за које важи и који су многобројни, њен је значај у погледу даљег ублажавања казне несумњиво велики. То се види и по томе што њена примена може довести до тога да се уместо казне строгог затвора или затвора у најмањем могућем трајању, може изрећи новчана казна па и она у најмањем могућем износу по закону (3.000 дин по чл. 37) која је казна несумњиво блага, па ипак постоји могућност њеног даљег ублажења јер се и место ове казне под законским условима може изрећи *судска опомена*. Другим речима ублажавање по овој одредби може довести скоро до истих последица као и само ослобођавање од казне, пошто и код изрицања судске опомене стоји дело и кривац али се у погледу санкције задовољава решењем о судској опомену која није казна нити се учинилац коме је изречена сматра да је кажњен, сем што се према њему могу изрећи мере безбедности.

Из оваквих њених конзеквенција с правом се може извести закључак да она, ма и прикривено и посредно, доводи до *сужавања* могућности а и разлога како за примену одредаба о ослобођавању од казне тако и одредбе чл. 4, ст. 2. То показује и „распон“ који је био пре новеле КЗ између најнижих граница ублажавања и ослобођења од казне; у једном случају од затвора од три дана односно строгог затвора у трајању од године дана, а у другом од три месеца затвора односно новчане казне која се изриче место затвора и која већ стога не може никад бити у најмањем

износу, сада је он од новчане казне, чак и у најмањем износу, односно од судске опомене, која, како смо видели и није казна.

Изрицање судске опомене уместо казне прописано је у чл. 50б КЗ у два случаја:

а) ако је извршено кривично дело учињено под тако олакшавајућим околностима које га чине особито *лаким* а за које је у закону прописана казна затвора до једне године или новчана казна, — чл. 50б, тач. 1;

б) у случајевима извршења кривичног дела за које закон посебно прописује изрицање судске опомене.

Ad а) У погледу редакције, овде треба приметити да нигде у посебном делу КЗ немамо прописану казну о којој је реч већ обрнуто: новчану казну или затвор до [...] једне године, и то у око 60 случајева, али је очигледно да се на ову и мислило само је то у овом пропису свакако омашком обрнуто написано. Према томе, примена ове одредбе могућа је за кривична дела у КЗ за која је у односу на остала кривична дела прописана *најблажа* казна. Изузетак чине само нека кривична дела против части али су она зато сва обухваћена решењем под б.

Недостатак је који се не може избећи код овако изузетних одредаба поготово када теже дефиницијама а то потврђује и одредба о потпуно супротном, особито тешком случају (чл. 41 КЗ) што њена примена зависи од два недовољно одређена услова, услед чега је и при њеној примени улога судске оцене преобладајућа.

Али, у тежњи да се и овде што више сузе границе утицаја суда на решење у чл. 50б, ст. 3, прописане су одређене околности које се углавном односе на учиниоца дела које ће суд *нарочито* узети у обзир при оцени да ли има или не места за примену судске опомене. Но, како све ове околности углавном суд мора да цени и при одмеравању казне уопште (чл. 38) њихово поновно понављање овде довело је само до непотребног понављања, док је конкретном решењу мало помогнуто јер би се исто могло постићи и на основу онога што садржи чл. 38.

Из овакве стварне и правне ситуације да је изрицање судске опомене уместо казне прописане код свих кривичних дела код којих је у односу на остала прописана „најблажа“ казна, практичне конзеквенције из овога и из само овог разлога несумњиво доводе у питање не само могућност примене одредбе чл. 4, ст. 2, него и њену целисходност и оправданост уопште. Ово нарочито долази до израза код становишта да се она може применити и да важи само онда када је *de lege lata* реч о кривичном делу „малог значаја“.

Институтом ублажавања казне, као и оним о ослобођењу од казне у зато прописаним случајевима а посебно увођењем судске опомене уместо казне, начело индивидуализације при одмеравању и изрицању казне доведено је до својих крајњих конзеквенција. Ваља при том ипак приметити да еволуција института ублажавања казне како је био решен по КЗ (и ослобођење од казне је у ствари облажавање, само доведено до краја), Новелом иде у корист ублажавања које озбиљно проширује на штету ослобађања од казне које самим тим сужава. До Новеле, како смо видели, суд је могао да одлучује у далеко ширим границама које чини однос: нај-

блажа могућа казна и ослобођење од казне. Суштина је, међутим, у томе што је законодавно решење дато сада код оба института даље *ограничило судско решење*, у чему се огледа несумњива и потпуно исправна тежња да се и овде суду остави што мање власти, при чему може само да чуди, што је законодавац одредбу чл. 4, ст. 2, оставио недирнуту иако знамо да суд по њој одлучује о далеко битнијим стварима у којима законодавац има потпуно одређена и дефинитивна решења док су решења у области казне углавном релативна.

Све је ово само продубило тешкоће које смо навели у односу између одредбе чл. 4, ст. 2, и одредаба у чл. 44 у погледу могућности њихове примене у пракси. У односу на одредбе о судској опомену још је теже утврдити шта је „мање“ или „блаже“, проузроковање *малог значаја* које није кривично дело по чл. 4, ст. 2, или проузроковање по чл. 50б које је кривично дело иако је учињено под таквим олакшавајућим околностима које га чине *особито лаким*. Исправно је рећи да је право решење сасвим неизвесно ако не и немогуће.

Ако имамо у виду, како смо већ изнели, да одредба чл. 4, ст. 2, има општи значај и да се могућност њене примене не може искључити и код кривичних дела која су уперена против добара чија је вредност далеко изнад вредности оних о којима је реч при примени судске опомене (или се чак и ослобађа од казне!), онда долазимо у парадоксалну ситуацију да „тежа“ проузроковања не само прођу без санкције него и са констатацијом да нису кривична дела уопште.

Да се нађе „право место“ у примени и за случајеве из чл. 4, ст. 2, и за оне за које се може изрећи судска опомена и теорија сматра да постоје тешкоће. „То је тим теже“, кажу аутори, „што се и судска опомена и одредба чл. 4, ст. 2, примењују за дела која можемо сматрати *лаким* с обзиром да су за та дела у закону одређене релативно благе казне“, што се може донекле примити за судску опомену али само ако је реч о *особито лаким* случајевима а никако само лаким, како узимају аутори, али не и у погледу одредбе чл. 4, ст. 2, јер за њено ограничење само на дела „која можемо сматрати лаким“ у закону ослонаца нема. Доводећи ову своју мисао до краја аутори закључују: „Строго формално разграничење није могуће[...]" Ово намеће и неизбежно и оправдано питање чему онда треба да служи одредба чл. 4, ст. 2, а нарочито у вези са њиховим становиштем да се она примењује на иста дела за која важи и судска опомена? Ако при томе имамо у виду да се и у случајевима у којима може да се примени судска опомена, не може искључити могућност примене института ослобођења од казне пошто и у њима под одређеним условима може да дође до примене чл. 10, 11, 12, делимично чл. 17, 18 и 22, ст. 2, КЗ, који овај институт предвиђају, онда се тек види колико се и у овим случајевима сужава „оквир“ за могућност примене чл. 4, ст. 2, и колико је заиста у примени немогуће разграничење како између ове одредбе и судске опомене тако и још више између одредаба о ослобођењу од казне, чија примена захтева, не само по томе, што је ослобођење од казне блаже од судске опомене, него и чисто системно, да случај кривичног дела на који се оно примењује, мора по својој „тежини“ бити испод оног *особито лаког*, које је услов за

примену судске опомене. Очигледно је да се налазимо у присуству толико „олакшавајућих“ одредаба које у првом реду својим бројем доводе у немогућност своју примену а нарочито правилну примену.

IV. — *Став теорије.* — Одредба у чл. 4 ст. 2, о томе шта није кривично дело изазвала је и у теорији разна и вишеструка размимоилажења. Наиме, један део теоретичара, у погледу оцене природе и значаја дела из ове одредбе, стоји на становишту да је реч о оном делу које је конкретно учињено, дакле о оствареном проузроковању, а други са извесним колебањима да је реч о делу које је и како је описано у закону.

Прво гледиште, и то без икакве резерве заступа др. Станко Франк. „... И дјело за које закон прописује тешку казну, може у конкретном случају бити незнатне друштвене опасности...“ (11), — дакле, и „најтеже“ у закону предвиђено кривично дело може према овоме и не бити то у смислу одредбе чл. 4, ст. 2, ако се при његовом остварењу испуне услови из ове одредбе.

Друго гледиште полази од мисли да је за оцену каквог је значаја једно кривично дело у смислу ове одредбе основна оријентација став законодавца који се одражава у прописаној казни. Стога се по овом становишту „[...] кривична дела против народа и државе, затим кривична дела убиства разбојништва и сл. не могу никад сматрати као дела малог значаја [...]“. Према томе, за кривична дела ове врсте односно њихова проузроковања не може по овом становишту никако доћи до примене чл. 4, ст. 2, и доследно томе, ова се одредба резервише само за кривична дела „малог“ значаја а ова дела „[...] треба да тражимо међу кривичним делима за која закон прописује релативно благе казне [...]“ (12).

Као што се види теоретичари нису сложни у питању које је овде од основног значаја. Наиме, да ли се значај „дела“ из чл. 4, ст. 2 има узети према његовој *појамној* одређености у закону или према *in concreto* оствареном проузроковању о коме има да се поступа и „суди“. Ова и оваква алтернатива има за последицу неслагање у даљем схватању значаја ове одредбе које се огледа у томе што она према једној има општи значај и важи за сва кривична дела односно њихова проузроковања и то без изузетка, док се по другој односи само на поједина кривична дела и према томе нема општи карактер.

Што се тиче првог спорног питања у односу на израз „малог значаја“, сматрамо да се одредба чл. 4, ст. 2, има тако да разуме да она има на уму само *извршено* проузроковање, пошто је исто учињено и стоји пред нама као готов резултат одређене делатности појединца, значај тог проузроковања и значај од њега проузрокованих или изосталих штетних последица и то све у кривичноправном смислу. Овако се има закључити и зато што је, како смо већ рекли, свако у закону описано кривично дело већ по самој замисли законодавчевој кривично дело и зато га је законодавац због таквог његовог *кривичноправног значаја* и прописао у закону као кривично дело, а друго што је питање остварења кривичног дела у животу у вези са

(11) Др. Станко Франк: н.д., с. 242.

(12) Срзентић — Стајић: н.д., с. 140; др Јанко Таховић: н.д., с. 31—37.

чл. 4, ст. 2, искључиво ствар судске оцене (13). При том, судска оцена има да се креће у два правца: да ли *дато* проузроковање иначе садржи битна обележја дотичног кривичног дела по закону, и ако их садржи онда да ли је при том остварило друштвену опасност као елемент кривичног дела, и онда дотично дело постоји као извршено или је није остварило већ је остварило *незнатну* друштвену опасност која није елемент описаног дела у закону, због чега се учињено проузроковање *на основу судске основе* не може сматрати кривичним делом ни његов учинилац кривцем.

Опис и предвиђеност кривичног дела у закону није ствар никакве произвољности или случајности него је нужна последица унапред претпостављене и сталне опасности наметнуте искуством да ће се оно и то баш као такво догодити. Међутим, док то не буде, док кривично дело не буде извршено и тиме од њега нарушено добро, оно нема интереса за стварни живот и његове односе уопште. Стога и ова околност иде у прилог става да се при оцени овога има поћи од датог проузроковања, од онога што је конкретно и стварно учињено, и што се је поводом тога догодило а нарочито да ли је тиме и у којој мери заштићено добро повређено а не од бића кривичног дела како је оно одређено у закону.

Коначно, и сама чињеница да нигде у КЗ нема одредбе о малом или великом или „већем“ значају овог или оног кривичног дела нити поделе кривичних дела у том смислу говори по себи да се овај израз — малог значења — употребљен једино у чл. 4, ст. 2, може односити само на остварено проузроковање као готове већ учињене радње извршења дотичног „кривичног дела“.

V. — Што се тиче судске праксе и она при примени ове одредбе показује исту колебљивост и разноликост у погледу оцене њеног садржаја и значаја као и теорија. Ово излази, у првом реду из њене природе као праксе која већ по себи условљава и нејединственост и несталност ставова, чему још више доприноси чињеница што при кривичном суђењу, сем изузетно, нема треће и према томе јединствене инстанције за целу земљу већ се мора рачунати са ставовима појединих врховних судова (а њих је 6 док их је до скоро било 7) као „дефинитивним“. Али, оно што је битно код овакве праксе јесте да је одредба чл. 4, ст. 2, и у практичној примени код судова изазвала исте тешкоће и различита схватања што је, разуме се, од посебне важности

Међутим, ставови праксе, колебљиви и неуједначени у свом досадашњем „развоју“, све су се више приближавали и сводили на схватање да је примена чл. 4, ст. 2, могућа само онда када су у питању кривична дела „малог значаја“ које се за сада може узети као скоро доминирајуће а које је изражено у једној пресуди Врховног суда Југославије поводом решавања о кривичном делу из чл. 283, ст. 3, за које је забрањена казна строгог затвора у трајању до пет година на следећи начин:

[...] Одредба чл. 4, ст. 2, може се применити само на недопуштена дела *малог значаја* која услед незнатности или одсутности штећних последица представљају незнатну друштвену опасност. Из тога

(13) Наводимо овако краткоће ради, иако увек треба имати у виду и овлашћења тужиоца као органа гоњења да на основу чл. 9 и 10 КЗ примени ову одредбу по својој оцени.

исто тако следује закључак да примена одредбе чл. 4, ст. 2, не долази у обзир када су у питању кривична дела која сама по себи представљају већу, знатнију друштвену опасност [...]“ Кад је реч о кривичном делу „малог“ или „већег“ значаја, суд на истом месту решава овако: „[...] питање, пак, да ли је једно кривично дело малог или већег значаја и да ли представљају незнатну, малу или већу друштвену опасност, процењује се с обзиром на врсту и природу сваког појединог кривичног дела. За кривична дела најтеже врсте, као што су убиство, разбојништво, тешка телесна повреда учињена са умишљајем, итд. јасно је већ само по себи да представљају велику друштвену опасност. Услед тога је у односу на таква дела искључена примена одредбе чл. 4, ст. 2, КЗ“ (14).

При оваквим ставовима и теорије и праксе изгледа као да се нема у виду прави и једини смисао ове одредбе а наиме да у чл. 4, ст. 2, никад није реч о кривичном делу као таквом без обзира које врсте и значаја оно било већ о конкретном проузроковању које само може да „лич“ на односно кривично дело али то није услед незнатне друштвене опасности до које је такво проузроковање довело.

Оваквим ставовима у оцени ове одредбе и посебно њене важности за одређена кривична дела могли би се супротставити још и ови аргументи:

1. — Чл. 4, ст. 2 налази се у општем делу КЗ који садржи основна и општа начела казнене политике државе која безусловно и безизузетно важе за све случајеве посебно прописаних кривичних дела, уколико у самом општем делу није ограничена њихова важност на тачно одређене појединачне случајеве или групу случајева одређене врсте кривичних дела односно њихових учинилаца-криваца (чл. 64—79 који важе за малолетнике).

2. — Сама одредба чл. 4, ст. 2, а ни који други пропис у КЗ не садржи ништа што би ма и имплиците упућивало на закључак да се иста има применити само за проузроковања код неких кривичних дела а код неких не.

3. — Чл. 4 има два става. Нема никакве сумње да први став важи за сва кривична дела и сва проузроковања код истих која садрже њихово биће, и то без икаквог изузетка. Исто се мора узети и за став други јер ни у њему нити у ма ком другом пропису није ништа предвиђено што би ово искључивало. Штавише, с обзиром да одредба другог става благодарећи ни мало срећној дефиницији шта није кривично дело, на изванредан иако прикривен начин сужава домаћај одредбе првог става и на први поглед могло би се рећи, као да одредба ст. 1 не важи за сва кривична дела. Ово је, разуме се, апсурдно али је баш у овој суштини недостатка одредбе у ст. 2 јер када наступи случај њом предвиђен, онда се не може ни говорити да је извршеним проузроковањем учињено кривично дело противно гласу дефиниције која погрешно и недоследно узима да је и у тим случајевима тобоже извршено кривично дело али да оно није то јер представља незнатну друштвену опасност. О осталим недостацима ове одредбе ми смо напред говорили.

(14) Збирка судских одлука: књ. I, св. 2 за 1956 — пресуда Кж—1805/56; књ. II, св. 1 за 1957 — пресуда Кж—347/57; књ. VI, св. 3 за 1961 — одлука под бр. 222; др Богдан Златарић: Кривични законик у практичној примјени, издање „Народних новина“, Загреб, 1956 и 1958, где су наведени бројни примери у којима се види различитост ставова у примени ове одредбе код судова којој није избегао ни став самога писца: „Југословенска адвокатура“, бр. 1 за 1961 — пресуда Савезног врховног суда Кж—91/61.

4. — Одредбе општег и посебног дела КЗ чине једну целину утврђених начела и посебних прописа (одређивање и описа свих кривичних дела), нужних за правилно и адекватно остваривање државне казнене политике. Ова целина и повезаност не смеју бити нарушене ни у теорији ни у пракси тј. у свом остваривању јер би то довело до неједнаке и непотпуне примене права, услед чега би промашила и његова заштитна функција а тиме и сами циљеви казнене политике.

5. — Напред смо изнели да се за покушај извршења кривичног дела сем случајева у којима је закон то посебно одредио, увек одговара за кривична дела за која се по закону може изрећи пет година строгог затвора или тежа казна. Међутим, у случају ако би се покушај предузео на неподобан начин или би се добровољно одустало од извршења кривичног дела, закон у оба случаја овлашћује суд да учиниоце може ослободити од казне. Ово говори да и „најтежа“ дела у своме остваривању могу под датим условима, бити толико „лака“ да закон у тим случајевима не захтева безусловно казну. Дакле, даје суду оно право које нема ни код којег другог кривичног дела па ни оних „најлакших“, сем у тачно одређених неколико случајева о којима је реч у чл. 44, ст. 1.

Исти је случај и са решењем датим у чл. 22, ст. 2, где је суд такође овлашћен да подстрекача и помагача ослободи од казне ако су добровољно спречили извршење дела. Није потребно ни рећи да је подстрекавање и помагање могуће код свих кривичних дела па и оних „најтежих“. Не би било по закону, а нарочито би промашила одредба чл. 4, ст. 2, ако се она не би *правно* смела и могла применити и у овим случајевима а под условима у њој прописаним, како то мисле теорија и пракса у наведеним ставовима.

6. — Ограничавањем важности одредбе чл. 4, ст. 2, на дела тзв. малог значаја у ствари на она за која је у закону прописана „најблажа“ казна, њена се примена а тиме и вредност сужава до те мере да се и због овога једва може говорити о њеној оправданости и умесности, а утолико више у присуству новоуведеног даљег ублажавања казне и судске опомене уместо казне. С друге стране, ако се њоме хоће, као што јој је и циљ, да се спречи да се појединци излажу кривичној одговорности и у оним случајевима, када је њихова радња тако незнатна а степен кривичне одговорности тако мали да не представља кривично дело, и да се стога не стиче ни правни разлог за кажњавање, онда је то нужно постићи у првом реду код кривичних дела за која су прописане теже па и најтеже казне јер се баш у овим случајевима могу најтеже повредити како правне установе о бићу и елементима кривичног дела из закона, тако и права грађана, од чега ова одредба исто тако хоће и њих да заштити увек онда када то допушта конкретна незнатност или одсутност повреде заштићеног добра. И зато се њена основна вредност и састоји у томе да се она примени баш у овим случајевима, како је то умесно приметио и проф. Франк, а далеко је њена вредност мања код оних кривичних дела за која је запређена блажа па и најблажа казна. Зато је једино исправно узети да ова одредба има општу вредност и важи, дакле, за сва проузроковања код односних кривичних дела.

7. — У ствари, свако кривично дело већ по себи је једно *неправо*. Према томе, систем кривичних дела у КЗ није ништа друго до систем одређених појединачних *неправа*, и једина „разлика“ која међу њима постоји детерминисана је не њиховим значајем и тежином већ *природом и вредношћу заштићеног добра*. И као што не може бити градације у праву, не може је бити ни у неправу па су стога сва кривична дела предвиђена у закону као одређено *неправо* истог „ранга“ и „значаја“ јер то извире из њихове природе као *неправа*, на основу чега су и ушла у КЗ. Доследно овоме у КЗ нема нигде одредаба о томе да би се кривична дела „делила“ на она малог или она великог значаја. Исто тако нема ослоња у закону ни тврђење према коме су сва дела угрожена „тешким“ и „најтежим“ казнама дела „тешке природе“, насупротив онима са благим казнама „лаке природе“. Разлика ове врсте могла би да се чини само у границама једног одређеног кривичног дела, рецимо убиства, од убиства на мах, на подмукао или свиреп начин, и једино је у оваквим случајевима ово разликовање кривичноправно од интереса. Међутим, свако разликовање и „подела“ између кривичних дела уопште у потпуној је супротности са њиховим положајем у систему који је карактерисан њиховом одређеношћу и тиме потпуном *самосталношћу* у систему свих кривичних дела. У оваквим и сличним „разликовањима“ наш систем је отишао толико далеко да је одбацио, с правом или не то је друго питање, чак и стару, добро уведену поделу на злочине и преступе чије практичне и „техничке“ вредности су несумњиве, која је била усвојена и у КЗ од 1929. Све што је изнето несумњиво говори да се с правом може узети да су сва кривична дела потпуно „равноправна“, чиме се само подвлаче њихова битна, да тако кажемо, „природна“ разликовања тј. разликовања по *материји и вредности заштићеног добра*, која се по тексту самог КЗ једино може одржати.

На крају може се с правом закључити да и судска пракса, поред теорије, отвара исте па и још веће и теже проблеме како у погледу схватања и примене ове одредбе тако и њеног значаја уопште. Једно се са сигурношћу може рећи да изнета различитост ставова говори по себи да се мора бити веома скептичан у погледу правилне и адекватне примене њене у оном смислу како је она узета у законодавчевој замисли, чиме она добија утолико већи значај не само за судску праксу него у првом реду за сам кривичноправни систем као целину. Ово тим више што је она многоструко спорна: да ли важи за сва, или само за проузроковања код појединих кривичних дела, да ли се могућност њене примене има ценити према бићу описаног кривичног дела у закону, или према конкретном проузроковању, да ли се израз „малог значаја“ (који због свог положаја у тексту чл. 4, ст. 2, и недовољно одређености изазива највише неспоразуме) односи на описано кривично дело у закону или учињено проузроковање и сл.

Ако при свему овоме имамо у виду да се сви наведени случајеви из праксе судова односе на време пре увођења ублажавања казне по чл. 44, ст. 2, и института судске опомене, о којима је напред било речи, може се са основом очекивати да ће ови институти унети даље и још веће неспоразуме око значаја и примене одредбе чл. 4, ст. 2, и њеног положаја како

у односу на ово тако и на целину самог система кривичних дела, што је теорија једним делом, како смо навели, већ и приметила.

VI. — Могу да изгледају чудно сви наведени ставови како теорије тако и праксе, нарочито својом бројношћу па тиме и различитошћу, које ми ни из далека нисмо у могућности овде да цитирамо. Међутим, сви они имају свој основ и корен у првом реду у нејасности и неодређености у оним антиномијама и противречностима којима обилује одредба чл. 4, ст. 2, како сама за себе, тако и нарочито у односу на систем кривичних дела постављених и одређених строго на начелу легалитета, о чему смо напред говорили. Треба овде ипак напоменути да је проф. Франк уочио већ и *de lege lata* наведене њене недостатке ма и делимично, које су у међувремену и касније откриле и запазиле и теорија и пракса, чиме су постали још озбиљнији. Да би се ови недостаци отклонили или бар ублажили, проф. Франк је мишљења на наведеном месту да би било довољно ако би дефиниција у чл. 4, ст. 1, гласила: „Кривично дјело у знатној је мјери друштвено опасно дјело.“ Ми мислимо да се на овај начин проблем не може решити нити се недостаци датог решења отклонити. Напротив, овакво решење повећало би још више истакнуте и постојеће тешкоће и неспоразуме. Прво, оно би се супротстављало пропису чл. 1 као и свим прописима посебног дела у којима су дефинисана кривична дела а донекле и чл. 3 на који се проф. Франк такође позива (15). Друго, оно би на већ неодређене појмове и недовољно одређене и недовољно прецизиране дефиниције додало још једну такву дефиницију са још једним исто тако неодређеним појмом а то је „знатна мјера“ друштвене опасности.

Но, значај свега овога и није у томе да ли је нађен и препоручен најбољи метод за правилно решење проблема. Далеко је значајнија овде чињеница да је одредба чл. 4, ст. 2, већ самом својом појавом наметнула овакве проблеме којима је касније искуство и у теорији и у пракси давало и даје све већи значај а што с друге стране све више намеће потребу или њене измене којом би се она правнолoгички уклопила у сам систем, како смо напред изнели, или се једноставно брисала (16).

Др. Саво Стругар

(15) Проф. Франк (н.д., с. 120 и 205) позива се и на чл. 3 КЗ, да би поткрепио материјалну концепцију кривичног дела, и то на целину овога члана. Мислимо да је ово непотребно а неоправдано у првом реду стога што је овде дат садржај појма казне. Можда је до оваквог закључка проф. Франка дошло и због различите терминологије јер је у ст. 2 употребљен израз друштвено опасна делатност а у ст. 3 и 4 једноставно се говори о кривичном делу. Како друштвено опасна делатност из ст. 2 не може бити ништа друго него друштвено опасно дело из чл. 1, 2, 4, ст. 1 и сваког посебног закона у коме је прописано као кривично дело, то је и овде требало ставити једноставно израз кривично дело како је учињено трећем и четвртном ставу. А уколико би се овај израз схватио и узео и самостално у том смислу да би се могао односити једино на оне друштвено опасне делатности које кривичноправно нису опасне већ само уопште, мада за тако нешто нема законског основа, то ни у том случају он не може бити од утицаја на природу и суштину појединих кривичних дела.

(16) Ако је суд овлашћен да на основу конкретних околности датог случаја утврди чињеницу постојања особито отежавајућих околности као кривичноправног услова за примену закона у свим особито тешким случајевима — чл 41 КЗ, дакле и код најтежих кривичних дела или тако олакшавајуће околности које дело чине особито лаким, не видимо разлога за страховање да суд не би могао да изврши правилну примену закона и у случајевима о којима се „мисли“ у одредби чл. 4, ст. 2, када ове одредбе не би било. То потврђује и искуство како код нас тако и на страни.

R É S U M É

Le principe de la légalité et le deuxième alinéa de l'article 4 du Code pénal

Le principe de la légalité du délit et de la peine (du coupable) est le principe primaire et fondamental du droit criminel yougoslave sur lequel est basé tout le système des délits et des peines d'après le Code pénal. Par ce qui précède la disposition du deuxième alinéa de l'article 4 a une importance spéciale et particulière, tout aussi bien à cause de son incompatibilité avec le principe fondamental du Code, que par suite de son impossibilité au point de vue juridico-logique et systématique, à savoir pour plusieurs raisons.

D'après cette disposition il s'ensuivrait que le législateur a déterminé dans l'essence de chaque délit le danger social de telle sorte que la prévision du délit par la loi est pour ainsi dire subordonnée au danger social, ce qui est inadmissible. Car il n'y a pas de délit, en tout premier lieu dans son sens conceptible, comme la loi l'a déterminé, et il n'existe non plus dans la réalité, si du fait de son exécution le danger n'a pas été réalisé qui est de conséquence dans le sens du droit criminel.

Si l'acte exécuté — la cause — n'a pas été réalisé ce danger social prévu par la loi, alors il ne contient pas ce caractère nécessaire pour la réalisation de l'essence même du délit en question déterminé par la loi, d'où il résulte qu'il était superflu de lui retirer cette qualité par cette disposition. Il en est ainsi, de même, parce que la cause du délit qui ne contient pas un tel danger n'est pas contraire au droit et pour cette raison elle ne présente aucun intérêt pour la droit criminel qui est exclusivement le droit du contraire au droit. Or, si elle le contient, alors il est le contraire du droit qui se manifeste en tant que délit exécuté concret et d'après la loi même. Pour toutes ces raisons il est impossible de concilier cette disposition avec le système du Code pénal, ainsi qu'avec les prescriptions des lois spéciales par lesquelles les délits sont déterminés.

Les difficultés surgissent de même quant à la question de savoir comment trouver la voie et rendre possible l'application normale de cette disposition dans les cas où le tribunal est autorisé déjà ex lege de prononcer non seulement les peines les plus légères, mais aussi l'admonition judiciaire au lieu de la peine, et même de libérer de toute peine justement en considération de l'insignifiance, ou bien de l'inexistence du danger social. En réalité la disposition du deuxième alinéa de l'article 4 du Code pénal est encore un procédé de constatation de l'existence du délit, en dehors du procédé légal, à savoir exclusivement en vertu et à l'aide de l'estimation judiciaire, et même à ce point de vue elle mérite une attention particulière.

En égard à cette nature de la disposition du deuxième alinéa de l'article 4 du Code pénal, à sa condition et à son importance, elle a donné lieu à des conceptions différentes tout aussi bien dans son sens conceptif de lege lata, que dans l'application pratique. Tout ceci met en évidence que cette disposition est bien loin d'être acceptée tant au point de vue théorique qu'au point de vue pratique et de gagner tous les suffrages qui sont indispensables et nécessaires lorsqu'il s'agit de prescription d'un tel genre et tout spécialement en droit criminel, par ailleurs c'est justement ce fait qui, par soi-même, attire l'attention sur ses défauts en général, et en particulier de la rédaction dans laquelle elle a été formulée.

En analysant les défauts et les attitudes opposées que cette disposition a engendré dans la théorie et dans la pratique et en soulignant tout particulièrement l'impossibilité de son intégration juridico-logique et systématique dans le droit criminel, tant de lege lata qu'en théorie, l'auteur a exposé les arguments qui font ressortir en détail les difficultés mentionnées et il est arrivé à la conclusion que tout ceci impose la nécessité soit de la modification de la rédaction actuelle dans le sens pour qu'elle puisse s'inclure d'une manière juridico-logique dans le système même du droit criminel et d'éviter de ce fait les diffi-

cultés qui se sont manifestées jusqu'à présent ou bien, si cela n'est pas possible, de la supprimer purement et simplement.

Quand le tribunal est autorisé en vertu de la conjuncture concrète du cas donné de constater le fait de l'existence des circonstances particulièrement aggravantes, et tant que condition de droit criminel pour l'application de la loi dans tous les cas exceptionnellement graves — article 41 du Code pénal, donc même pour les délits les plus graves, ou bien des circonstances atténuantes qui rendent l'acte particulièrement insignifiant, il n'y a pas de raison de craindre que le tribunal ne serait pas en mesure de réaliser l'application équitable de la loi, même dans les cas auxquels on n'y a pas »songé« dans la disposition du deuxième alinéa de l'article 4 quand elle n'existait même pas. Une telle attitude est confirmée de même par l'expérience acquise tout aussi bien en Yougoslavie que dans les autres pays.

О СУДСКОЈ ЗАШТИТИ САМОУПРАВНИХ ПРАВА РАДНИХ КОЛЕКТИВА

Питање заштите самоуправних права грађана и организација постало је често и раније али је оно тек са доношењем нашега новог Устава добило свој сигуран правни основ и путоказ. Као што је то већ у дискусији о Преднацрту Устава констатовано, до сада се веома ретко дешавало да је предузета судска интервенција за заштиту самоуправних права. У пракси се пак дешава да се самоуправна права не поштују, да се крше. Међутим, правни односно судски систем заштите тих права и одговорности за њихово кршење још није довољно одређен и регулисан. То је једно ново подручје за правну науку и законодавну праксу, али сам живот већ тражи конкретна решења. Због тога би заиста требало уложити нове напоре за даљу разраду правне заштите самоуправних права и изградити нову судску праксу на том подручју. Реч је овде управо о једној таквој пракси, која ће бити одраз стварно нових односа у нашем друштву, односа створених радничким самоуправљањем (1).

Уопште се појављује потреба једне свестраније и боље правне обраде самоуправљања и самоуправних права која уистини — више или мање — дају сасвим нов квалитет и свим другим правима. И то како у материјално-правном тако и у процесноправном или судско-организационом смислу и погледу. А познато је да код нас још није поклоњена довољна пажња ни правним питањима и проблемима који се тичу одговорности настале у вези са вршењем права самоуправљања и располагања друштвеним средствима. Мислимо посебно на имовинску или материјалну одговорност. Више се пак расправља само о извесним питањима друштвено-политичке или економске

(1) На ове и сличне чињенице указао је друг Вељко Влаховић, у дискусији на заједничкој седници Савезне народне скупштине и Савезног одбора ССРН Југославије, објављеној у књизи: Преднацрт Устава Федеративне Социјалистичке Републике Југославије, „Комунист“, 1962, Београд, с. 240 и сл. — У вези са овим интересантно је такође и запажање да су самоуправна права производних колектива била чешће нарушавана од стране комуна него од стране републичких и савезних органа (В. о томе ближе у књизи Института друштвених наука: Радничко самоуправљање — Тенденције и развој, с. 35 и сл.).