

ОДНОС ДРУШТВЕНЕ ОПАСНОСТИ И ПРОТИВПРАВНОСТИ КАО ЕЛЕМЕНАТА ОПШТЕГ ПОЈМА КРИВИЧНОГ ДЕЛА ⁽¹⁾

1. У теорији кривичног права постоје многобројне дефиниције општег појма кривичног дела. У нашој новијој литератури скоро редовно се кривично дело дефинише као друштвено опасно, противправно, у закону одређено, вино проузроковање последице људском радњом. Ову дефиницију ћемо и ми прихватити као полазну тачку даљих излагања. Наш задатак је, наиме, да објаснимо појам и однос првих елемената наведене дефиниције: друштвене опасности и противправности. Ако се хронолошки посматра развој учења о друштвеној опасности и противправности, онда се може запазити да је теорија кривичног права прво посветила пажњу изучавању појма противправности. И не само то. Теорија кривичног права је појму противправности посветила и много више пажње. У почетку предмет научних дискусија била је искључиво противправност посматрана са формалне тачке гледишта, тзв. формална противправност. Нарочито наилазимо на разрађен појам формалне противправности и старијој немачкој литератури код припадника тзв. класичне нормативне школе, чији је главни протагониста немачки теоретичар К. Биндинг. Појам противправности је проучаван и са материјалне тачке гледишта у старијој немачкој литератури, нарочито у време владавине Листовог објективно-каузалног и натуралистичког приступа обради кривичноправних института, да би у новије време, у периоду када је значајан утицај на науку кривичног права почело да врши Велцелово учење о финалној радњи, добио нове и потпуније димензије.

Тек у литератури социјалистичких земаља, а првенствено у совјетској литератури, сусрећемо и учење о друштвеној опасности као елементу општег појма кривичног дела.

Сада ћемо размотрити основне проблеме који су се у науци јавили у вези са појмом противправности у материјалном и формалном смислу, као и у вези са појмом друштвене опасности, да бисмо затим прешли на детаљнију обраду односа друштвене опасности и противправности.

2. Када се говори о противправности као елементу општег појма кривичног дела, потребно је прво поћи од тога да је кривично дело по своме генусу неправо. У вези с тим намећу се следећа питања која је потребно разјаснити.

(1) Садржина овога рада изнета је на приступном предавању одржаном 29. октобра 1968. године на Правном факултету у Београду.

Пре свега, да ли је неправо својство само кривичног дела, или је, пак, оно својство свих деликата, а затим, какав је однос између појма неправа и појма противправности?

Што се тиче првог питања, може се рећи да се у теорији скоро сви аутори слажу са тим да неправо нису једино кривична дела, већ да неправо представљају и други деликти (нпр. грађанскоправни, административноправни, итд.). Али има мишљења (нарочито у старијој литератури) да се кривичноправно неправо по своме квалитету разликује од других врста неправа ⁽²⁾. У новијој литератури (Живановић, Лист, Меркел и др.), међутим, претежно је заступљено гледиште да је неправо родни појам за све врсте деликата, одн. да је неправо исто, па било о којој врсти деликата да је реч.

Кривично дело је противправно дело. Зато се поставља питање каква је разлика између појма противправности и појма неправа. Има мишљења (нпр. Meyer ⁽³⁾) да између противправности и неправа нема разлике, одн. да су противправност и неправо једно те исто. Овакво мишљење произилази, у ствари, из усвајања тзв. јуристичког схватања појма неправа. Према овом схватању, неправо је чисто правни феномен и састоји се у нападу на правне норме. Доследно томе, противправност није елеменат неправа, већ његова суштина ⁽⁴⁾.

Насупрот томе, по реалистичком схватању направи, оно се дефинише као један реалан феномен, као једна појава спољашњег, природног света. То је пре свега људско дело, које у себи садржи проузроковање последице људском радњом. По својој суштини, дакле, неправо је реална чињеница, која још увек није сама по себи правно обојена. Она постаје правна чињеница само уколико уђе као елеменат у свет правних норми ⁽⁵⁾. Тек тада неправо може добити карактер противправног дела. Значи, противправност се појављује као атрибутивно обележје неправа. До у основи истог закључка долази и Велзел ⁽⁶⁾. По њему је противправност једна релација — несклад између остварења бића кривичног дела и захтева који поставља правни поредак. Неправо је, међутим, нешто супстанцијално: то је само противправно понашање. Противправност је, дакле, предикат, док је неправо супстанца.

(2) О ранијим покушајима да се под утицајем Хегеловог учења између кривичноправног неправа и приватноправног неправа пронађе квалитативна разлика вид. v. Liszt: *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin und Leipzig 1922, стр. 118, прим. 3. О том схватању, као и о аргументима против њега вид. такође др. Т. Живановић: *Основни проблеми кривичног права*, Београд, 1930, стр. 51—55.

(3) Вид. др. Т. Живановић: *Основни кривичног права Краљевине Југославије*, Општи део, I књ. Бгд. 1935, стр. 205, прим. 3.

(4) У теорији кривичног права постоји спор о томе да ли је противправност обележје одн. карактеристика кривичног дела — или је, пак, то суштина кривичног дела одн. *in se* кривичног дела. Известан број аутора под вођством Белинга, олућно одбија схватање да је супротправност (*Widerrechtlichkeit*) обележје кривичног дела (нпр. Kohlrausch, H. A. Fischer, Berolzheimer, Höpfner, Kitzinger). Други, пак, сматрају да је противправност објективан елеменат појма кривичног дела (вид. о томе: dr. J. Nagler: *Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit*, Leipzig, 1911, стр. 15, и 16).

(5) Вид. о томе детаљно: др Т. Живановић: *Систем синтетичке правне филозофије*, Бгд, 1959, стр. 326—329.

(6) H. Welzel: *Das Deutsche Strafrecht*, 9. Aufl. Berlin, 1956, стр. 46—47).

Из свега реченог следи закључак да противправност није исто што и неправо и да је она само једно обележје неправа, а самим тим и кривичног дела као једног вида неправа.

3. Пошто је на овај начин дефинисан појам неправа и указано на његов и однос према појму противправности, потребно је прећи на излагање о самом појму противправности.

Као што је већ напоменуто, хронолошки посматрано, прво су се јавила схватања о формалном појму противправности. Присталице формалног појма противправности, дефинишу је као повреду закона. Тако Карара истиче да је суштина кривичног дела у односу супротности између људског дела и закона ⁽⁷⁾. Поставља се, међутим, питање коме закону се противи кривично дело. Има мишљења, нарочито у старијој литератури (на пример, аустријски професор Штос ⁽⁸⁾) да се овде ради о противности самом кривичном закону. Другим речима, сматра се да се противправност једног дела заправо састоји у томе што је оно противно кривичном закону у коме је предвиђено. Овакво мишљење је заступљено и у новијој литератури. Од наших аутора, на пример, заступник овог мишљења је С. Франк. Он каже: „Појам кажњивости, односно описаности дјела у закону и појам формалне противправности подударају се. Дјело, којег обиљежја нису у закону описана, није кажњиво, јер није формално противправно ⁽⁹⁾.”

Насупрот оваквом схватању формалне противправности, постоји схватање читавог низа аутора који у објашњењу појма формалне противправности заступају такозвану теорију норми, чији је аутор Биндинг. Биндингово схватање формалне противправности се, наиме, састоји у следећем ⁽¹⁰⁾.

Закон је неповредив. Закон је воља, а не снага или принуда, а воља је као таква неповредива. Енергија законске воље је пре противправне радње иста као и за време и после ње. Ако би се узело да је повређен закон извршењем противправне радње — онда значи да би појединачним вршењем противправних радњи био окрњиван или коначно дефинитивно анулиран закон, а то је немогуће замислити. И стога, када неко учини кривично дело, он не поступа противно кривичном закону. Напротив, он поступа у сагласности са кривичним законом. Када закон каже: ко другога лиши живота — па то неко и учини, онда је тај управо поступао онако како кривични закон каже, и тиме је испунио потребне услове које закон тражи, да би на њега била примењена кривична санкција. Учиниоца, дакле, вршећи кривично дело не крши кривични закон, већ крши једну норму која се налази ван кривичног закона. Садржај те норме се може сазнати ако се диспозиција кривичних прописа преобрати у императиван облик. Нпр., из диспозиције: „ко другог увреди“, произилази норма „не вређај другог“. Међутим, иако се садржај норме може сазнати из кривич-

(7) Др Ј. Таховић: Кривично право, општи део, Београд, 1961, стр. 114—115.

(8) Stos: Lehrbuch des Oesterreichischen Strafrechts, Wien und Leipzig 1910, стр. 73.

(9) Др С. Франк: Теорија казненог права по Кривичном законнику од 1951. Општи део, Загреб 1955, стр. 117.

(10) Binding: Die Normen und ihre Übertretung, 4. Aufl., I Band, Leipzig, 1922, стр. 293. и даље.

них прописа његовим преобраћањем у императиван облик, сама норма се не налази у њему. Она само служи као законодавни мотив инкриминације кривичног дела тј. потреба њене заштите инспирише законодавца да њено кршење пропише као кривично дело и угрози кривичном санкцијом. Према томе, противправност није противност кривичном закону — већ противност норми која се налази ван кривичног закона. Неосновано се сматра да није тачно ово Биндингово тврђење. Тако на пример Срзентић — Стајић⁽¹¹⁾ сматрају да учинилац кривичног дела вршећи кривично дело поступа противно кривичном закону, јер из сваког кривичноправног прописа, кад се повеже његов диспозитивни део са санкцијом, добијамо одре-не заповести и забране.

Ако би те забране или заповести вукле свој корен искључиво из кривичног закона, ако би се сматрало да оне настају са настанком одредаба кривичног закона (као што то погрешно сматра Штос) — онда би елеменат одређености кривичног дела у закону у суштини био истоветан са противправношћу у формалном смислу, тако да би паралелно постојање оба ова елемента у дефиницији општег појма кривичног дела, представљало непотребно понављање. Наиме, ево о чему је реч. Ако би се сматрало да је једно кривично дело противправно зато што је противно пропису кривичног закона који га инкриминише као кривично дело — онда би то практично значило да је оно противправно дело зато што је одређено у кривичном закону. То што је једно дело одређено у кривичном закону, чини од њега противправно дело. Овакво решење је логички неодрживо са гледишта усвојене дефиниције општег појма кривичног дела. У том случају или се из дефиниције мора елиминисати елеменат противправности у формалном смислу, или се, пак, из дефиниције мора уклонити елеменат одређености кривичног дела у закону.

Нама се, међутим, чини да оба ова елемента имају своје место у дефиницији кривичног дела — да сваки са своје стране карактерише појам кривичног дела — и да би појам кривичног дела без једног од њих био непотпун. Биндингово схватање противправности, које једино обезбеђује посебно и самостално место овом елементу у појму кривичног дела — дакле, употпуњује и заокружава општи појам кривичног дела. Противправност у формалном смислу, баш онако како је схвата Биндинг, осветљава суштину кривичног дела са једног аспекта, са кога је не може осветлити елеменат одређености кривичног дела у закону. Коначно, одсуство елемента противправности у формалном смислу, односно његово уклапање у законски елеменат дефиниције, онемогућило би објашњење појаве непоклапања противправности и одређености кривичног дела у закону. У случају нужне одбране, кривично дело је испунило све законске елементе бића — али се сматра да није противправно. Ако се противправност не би схватила онако како је Биндинг схвата, онда се не би могло овако резоновати, већ би се морао прихватити апсурдан закључак да у случају нужне одбране није искључена противправност дела, што се противи скоро општем усвојеном схватању у теорији кривичног права. Из свега изложеног прои-

(11) Срзентић—Стајић: Кривично право Федеративне Народне Републике Југославије, Општи део, Београд, 1961, стр. 124.

злази да се једино може прихватити схватање да противправност није противност кривичном закону — већ да је противправност противност неким другим нормама које су ван кривичног закона.

Поставља се сада питање, о каквим нормама је овде реч и одакле оне потичу. Према Биндингу, овде се не ради о нормама приватног, административног итд. права, већ о нормама јавног права, укључујући норме неписаног права. Насупрот њему, Белинг сматра да се овде не ради о прописима јавног права, већ о прописима разних грана права, а посебно приватног права ⁽¹²⁾. Кад би се прихватило да све норме морају бити норме јавног права, онда би норме које су по својој суштини, нпр., приватноправне — биле нужно дуплиране, јер би, поред тога што се налазе у приватном праву, морале да поново буду потврђене у јавном праву. Но ипак — каже Белинг — не постоји приватноправна, административноправна итд. противправност. Противправност је увек једноставна одн. увек иста, без обзира о којој се грани права ради. Белинг посматра норму са њене формалне стране, без обзира на њену конкретну садржину. Тако гледано, противправност је противност норми, уколико уопште узев она представља једну забрану или заповест, а не уколико се њоме ово или оно заповеда или забрањује. Зато је противправност противност општој нормативној вољи или норми уопште, а не противност овој или оној норми.

У вези са изнетим различитим схватањем норми, занимљиво је изнети и схватање норми које заступа Мајер (Mayer) у свом делу *Rechtsnormen und Kulturnormen* (Breslau 1903). Мада Мајер даје материјалну дефиницију противправности, ипак се у његовој дефиницији налазе извесни елементи који могу бити од значаја и за схватање и дефинисање противправности у формалном смислу. Ми ћемо се касније вратити на Мајерову материјалну дефиницију и објаснити њену суштину. На оном месту ћемо се само оганитичити на његово објашњење питања порекла норми ⁽¹³⁾. По Мајеру, противправност јесте противност културним нормама једног друштва. Те културне норме су заповести или забране које одговарају постојећој култури. То су, дакле, норме које су опште усвојне од стране једног народа. То могу бити и моралне норме, религиозне норме, захтеви економског живота итд. Но, да би њихово кршење представљало противправност, оне морају бити признате од државе. То ће рећи да њихове повреде морају бити од стране законодавца оглашене за кривично дело, приватноправни или који други деликт. Према томе, норме није законодавац створио, већ их је нашао готове у култури народа и само их је преузео и правно признао. У нашој савременој кривичноправној литератури преовлађује мишљење да норме чије кршење представља противправност, морају бити норме писаног права. Тако, нпр., Срзентић—Стајић истичу да појам противправности „не треба везивати за заповести изван оних које су правно регулисане”. По њиховом мишљењу противправност је „противност свакој заповести садржаној у било коме правном пропису, како кривичноправном пропису (што је погрешно), тако и сваком другом ванкривичноправном

(12) Вид. о томе: Т. Живановић: Основи кривичног права Краљевине Југославије, Општи део, I. књига, Београд, 1935, стр. 297. и даље.

(13) Вид. о томе: Т. Живановић, Основи Кривичног права, стр. 202.

пропису ⁽¹⁴⁾. Поставља се питање које од наведених мишљења о пореклу норме треба усвојити. Да ли су норме саставни део неписаног јавног права, као што каже Биндинг; да ли се ту ради о апстрактној норми, која представља општу нормативну вољу, као што каже Белинг; да ли су у питању културне норме које право не прописује већ их признаје, као што каже Мајер; или је, пак, овде реч само о писаним нормама које су донете у виду правних прописа, као што кажу Срзентић—Стајић.

По нашем мишљењу, сва ова решења имају у себи по нешто тачно, мада ниједно није потпуно прихватљиво. Велики број норми, нема сумње, предвиђен је писменим актима државе. Тако, нпр., код кривичног дела неплаћања алиментације из чл. 197. КЗ, ради се о кршењу норми, које су прописане у породичном праву. Код кривичног дела повреде бирачког права из чл. 159. КЗ ради се о кршењу норми предвиђених у Уставу итд. ⁽¹⁵⁾. Међутим, постоје и такве норме које нису предвиђене писаним правним прописима. Тако, на пример, норма „не убиј“, која се крши извршењем кривичног дела убиства из чл. 135. КЗ, није предвиђена ниједним писаним правним прописом државе. Према томе, не може се прихватити да су норме искључиво предвиђене правним прописима. Има, дакле, и таквих норми — као што каже Биндинг — које су саставни део неписаног права, при чему то не морају бити само норме јавног права, како он то погрешно сматра. Ради се, дакле, о нормама које законодавац није прописао, већ их је нашао као правила, опште усвојена у цивилизованом друштву. Другим речима, ради се о културним нормама, које је — како каже Мајер — држава признала. Нама се чини да је основни извор норми у општем систему и духу правног поретка једног друштва—државе, па било да се ради о писаним или неписаним нормама. Наиме, и прописане норме у првом реду јесу норме које произилазе из опште констелације и система правног устројства државе, и њихово прописивање, по нашем мишљењу, не значи њихово конституисање, већ значи само њихово декларисање. У вези с тим, треба навести мисао коју је немачки професор Цу Дона изразио у свом раду о противправности: „Није противправно — каже он — оно што је забрањено (и зато што је забрањено), него се мора узети обрнуто, да правни поредак забрањује оно што је противправно (и зато што је противправно)” ⁽¹⁶⁾.

Шта је дозвољено а шта забрањено у једном друштву — произилази из општег духа правног поретка. Према томе, и оно што је прописано као дозвољено или забрањено, није дозвољено или забрањено зато што је прописано. Из овог произилази закључак да су забране и овлашћења, која поставља правни поредак, у суштини и по пореклу истородне, па без обзира да ли су изричито прописане или нису. Разлика је између прописаних и непрописаних норма у томе што прописане норме постављају обавезна правила понашања у одређеним ванкривичним грамама права, и њихово кршење представља противправно дело, мада не мора истовремено представљати и кривично дело, уколико као такво није предвиђено и за њега није од-

(14) Срзентић—Стајић, *оп. cit.*, стр. 125.

(15) Др М. Радовановић: *Кривично право*, Општи део, Београд, 1965, стр. 111.

(16) Alexander Graf zu Dohna: *Die Rechtswidrigkeit als allgemein gültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen*, Halle a. S., 1905, стр. 27.

ређена кривична санкција — док непрописане норме своју правну санкцију прво и једино добијају кроз кривични закон. При том треба нагласити да не постоје различите противправности, грађанскоправна, административноправна, итд. — већ постоји једна једнородна противправност. Но, непотребно је овај закључак градити на бази неке апстрактне норме, која је лишена свог конкретног садржаја, као што то чини Белинг, јер противправност је противност праву, противност нормама правног поретка — при чему је за њено постојање без значаја о којој грани права је реч. Ако кажемо, нпр., да је једна појава противна физичким законима, онда ништа не мења у суштини ствари чињеница да ли је посреди противност закону слободног падања, закону акције и реакције, или неком другом закону физике. Једноставно, појава је противна закону физике. Иста је ситуација и у праву.

4. Следећа излагања ћемо посветити појму противправности у материјалном смислу. Одредити појам противправности у материјалном смислу, значи одговорити на питање зашто се једно дело сматра противправним, одредити шта је то у суштини што једно дело чини противправним.

Раније је наглашено да је Мајер дао материјалну дефиницију противправности. Материјалност његове дефиниције је у томе, што су културне норме, по њему, такве норме којима се нешто заповеда или забрањује ради заштите друштвених интереса ⁽¹⁷⁾. На тај начин, по нашем мишљењу, Мајер покушава да, одређујући социјални садржај и сврху ових норми, одреди реалан значај њиховог кршења — дакле материјалну суштину противправности. Међутим, Мајеру се оспорава да је дао чисту материјалну дефиницију противправности. Хајниц ⁽¹⁸⁾, наводи следеће приговоре Мајеровој реалној (материјалној) дефиницији противправности. По Мајеру каже он — противправност је оно понашање, које противречи од државе признатим културним нормама. Међутим, које културне норме су признате од стране државе, или како такво понашање измењено мора бити (у чему је његова извитопереност, девијантност — прим. Д. А.) — о томе Мајерова дефиниција не говори ништа. Чисто позивање на културну условљеност права не може ослободити дефиницију њеног формалног карактера. Јер треба имати у виду да Мајер не означава као материјално противправно напосто једно „култури противно“ понашање, него једно такво понашање које је противно од државе признатим културним нормама. Другим речима, Хајниц замера Мајеру да није објаснио зашто је држава признала одређене културне норме, и због чега се једно понашање, као кршење одређене културне норме, сматра противправним. Реална одн. материјална дефиниција противправности, по Хајницу, мора се тражити кроз сагледавање државне воље. Мора бити, наиме, откривен онај карактер радње, због кога законодавац њу забрањује, а тај карактер се састоји у њеној штетности за државу. Хајниц, међутим, сматра да овде ипак не може бити реч о *правној* реалној дефиницији противправности, већ да је посреди појам противправности у социолошком смислу. У погледу могућности давања правне реалне дефиниције противправности он је скептик, а за социо-

(17) Т. Живановић, *op. cit.*, стр. 201.

(18) Heinitz: Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit, Breslau, 1926, стр. 109.

лошки појам противправности сматра да он не може послужити решавању проблема основа искључења противправности, па стога критикује оне ауторе који, покушавајући да дају материјални појам противправности, у ствари одређују њен социолошки појам.

Немачки научник Лист је први дао материјално-формални појам противправности. У формалном смислу Лист дефинише противправност као противност дела државној норми. У материјалном смислу, по њему, противправно је оно дело које је друштвено штетно (антисоцијално или само асоцијално) ⁽¹⁹⁾. У нашој литератури материјално-формални појам противправности даје академик др Живановић ⁽²⁰⁾. По њему, противправност у формалном смислу јесте противност извесном правном пропису (норми) у облику напада на извесно кривичноправно добро. У материјалном, или — како Живановић каже — тачније, у материјално-формалном смислу, противправност је противност извесном правном пропису (норми) у облику напада на извесну кривичноправну индивидуалну или колективну потребу постојања друштва-државе. Живановић сматра да чисто материјална дефиниција противправности није довољна по Зауеру, материјално противправно је оно понашање, које по својој врсти држави више штети него што јој користи (вид. Heinitz, *op. cit.*, стр. 110). Према чешком аутору Олшару ⁽²¹⁾ материјална противправност се састоји у социјалној шкољивости дела. У совјетској кривичноправној литератури ⁽²²⁾ противправност се у материјалном смислу изједначава са друштвеном опасношћу, која се појављује као посебан елеменат дефиниције кривичног дела.

Под утицајем совјетске литературе и у нашој послератној литератури влада мишљење да се противправност у материјалном смислу и друштвена опасност поклапају. Тако, нпр., Срзентић—Стајић истичу да противправно дело у суштини није ништа друго него одређено понашање човека којим се напада једна друштвена вредност — а то је друштвено опасно дело. Према томе, друштвена опасност дела и противправност у материјалном смислу не могу бити посебни елементи кривичног дела. Наведени аутори, доследно изнетом резонувању, заступају мишљење да противправност као елеменат општег појма кривичног дела, може бити схваћена само као формална противност. Материјална противправност, пошто представља друштвену опасност, означава се као засебан елеменат под именом друштвене опасности.

Међутим, док Срзентић—Стајић сматрају да је друштвена опасност самосталан елеменат појма кривичног дела, одвојен од противправности у формалном смислу — већи број аутора, под утицајем совјетске литературе, стоји на становишту да су противправност у формалном смислу и друштвена опасност две стране једног истог елемента, две стране једне медаље. Противправност се појављује као формални израз друштвене опасности, а друштвена опасност се појављује као материјални израз противправности. Према томе, противправност и друштвена опасност појављују

(19) Liszt, *op. cit.*, стр. 139.

(20) Живановић: Основни кривичног права, стр. 205.

(21) Erich Olšar: Studie о protipravnosti, Праг, 1940 (резиме) под 3, стр. 103.

(22) Советское уголовное право, Общая часть, коллектив авторов под општом редакцијом др В. М. Чхиквадзе, Москва, 1959, стр. 125.

се као један елеменат општег појма кривичног дела, који само има своја два израза: материјални и формални. Овакво мишљење заступају Таховић (стр. 116), Радовановић (стр. 106), С. Франк (стр. 117—118) и др.

Ми се не бисмо могли сложити са схватањем да су формална противправност и друштвена опасност два израза једног истог елемента општег појма кривичног дела. Ми се не бисмо могли сложити ни са тим да су противправност у материјалном смислу и друштвена опасност један те исти елеменат. Друштвена опасност јесте материјални елеменат општег појма кривичног дела, али не и материјална страна противправности. Материјална противправност значи друштвени садржај формалне противправности, а друштвена опасност значи друштвени садржај целокупног кривичног дела. Материјална противправност и друштвена опасност са различитих аспеката осветљавају општи појам кривичног дела. Материјална противправност оцртава социјално-правну материјалност кривичног дела, а друштвена опасност оцртава социјално-рационалну материјалност кривичног дела. >

У даљим излагањима ћемо настојати да ближим објашњењем појма материјалне противправности и појма друштвене опасности потврдимо и докажемо горе изнете констатације.

Противправност у материјалном смислу је, по нашем мишљењу, противност ономе што чини садржину норме. Док је противправност у формалном смислу противност самој норми као таквој — дотле је у материјалном смислу противправно оно дело које је супротно садржају норме. Док противправност дела у формалном смислу значи једноставно противност дела правном поретку — противправност дела у материјалном смислу значи противност дела онаквом понашању какво правни поредак захтева. Противправност у формалном смислу значи кршење правних правила понашања, а противправност у материјалном смислу значи неслагање учињеног понашања са понашањем које као друштвено корисно и целисходно правни поредак хоће да успостави и обезбеди. Значи, за оцену материјалне противправности једног дела меродавно је утврђивање значаја тог дела са гледишта друштвених потреба и интереса, његовог положаја и места у склопу друштвених вредности. <Материјална противправност се са те тачке гледишта појављује као један суд о друштвеној невредности дела, као негативна друштвена оцена дела.> У литератури се често о материјалној противправности говори као о „негативном вредносном суду“ или као о „суду о невредности“. Овакво мишљење сусрећемо код Велцела (Welzel, *op. cit.*, стр. 46), који каже: „Пошто правни поредак са својим нормама и овлашћењима хоће да успостави један пуновредни (wertvoll) социјални животни поредак, свако понашање које ово пуновредно стање осујећује, представља противправно остварење бића.“ Наглер ⁽²³⁾ у том смислу каже: „Када ми једну радњу или неки феномен означимо као противправан, онда ту долази до изражаја наш вредносни суд“. Са гледишта ове вредносне оцене, по њему, постоје три категорије дела: „правусходна“ дела, правно индиферентна дела и противправна дела. Код првих, резул-

(23) Dr. J. Nagler, *op. cit.* стр. 13.

тат њиховог вредновања са гледишта правног поретка је позитиван, код других, њихова вредност је мањива одн. вредности нема, а код трећих ради се о правној негацији, тј. о позитивном утврђивању њихове правне невредности. Суд о противправности је осуђујући суд, он је прекор противстајању правном поретку.

Поставља се питање, ко одређује шта се у једном друштву сматра невредним, другим речима, ко доноси суд о невредности дела, ко оцењује једно дело као противправно. Лист ⁽²⁴⁾ сматра да је материјални садржај противправности независан од оцене законодавца — да је, дакле, метајуристички. Законодавац не проглашава дела противправним, она као таква већ постоје и он их само налази. Већина аутора, пак, сматра да противправност једног дела није унапред дата, већ да зависи од његовог вредновања са гледишта друштвених интереса и потреба.

По Наглеру (стр. 14), мада је вредновање, природно, у сазнајно-теоријском смислу субјективно те отуд и релативно, ипак оно у условима социјалног живота и са гледишта практичних потреба има општи карактер. Велцел истиче да је противправност један објективан суд. Субјект негативног суда вредности није поједини човек, него правни поредак као такав. Судија не може доносити овај вредносни суд, он само може да већ донети вредносни суд од стране правног поретка само накнадно потврди (Велцел, стр. 46).

По нашем мишљењу нема сумње да је оцена противправности један објективан вредносни суд. И даље, пошто је правни поредак израз воље владајуће класе — то онда основно мерило за оцену противправности и друштвене невредности једног дела јесте воља и интерес владајуће класе у одређеном друштву. При томе, међутим, треба имати следеће у виду. Законодавац је тај који ову вољу изражава и правно оформљује. Он је, дакле, тај, који оцењује друштвену и правну вредност односно невредност понашања људи. Са те тачке гледишта посматрано, Лист није у праву када каже да законодавац дела не проглашава противправним већ их налази. Међутим, у једном другом обрту посматрано, ствар изгледа друкчије. Ни воља владајуће класе ни, према томе, воља законодавца, нису апсолутно дати и независни друштвени феномени. Воља владајуће класе и интереси владајуће класе условљени су историјским развитком одређеног друштва, у првом реду развитком његових производних снага. Према томе, шта ће бити интерес владајуће класе, па стога и шта ће бити воља владајуће класе, зависи од економске структуре друштва и од политичког система тога друштва који из ње проистиче. Са те тачке гледишта посматрано, друштвено политичка и економска структура друштва заправо одређује шта ће бити интерес класе која је на владајућем положају у том друштву и које ће друштвене односе она имати да одржава и брани. Према томе, воља и интерес владајуће класе се појављују као историјски дати и условљени друштвени феномени на одређеном степену развитка производних снага и продукционих односа. Зато није неправилно рећи да законодавац у суштини не проглашава одређена дела противправним, већ се дела као противправна налазе, јер нужно произилазе из одређене друштвено-политичке

(24) F. v. Liszt. op. cit. стр. 140.

и економске констелације друштва у одређеном историјском тренутку. Дакле, воља и интерес владајуће класе само примарно-опажајно представља извор оцене противправности једног дела, а суштински оцена противправности једног дела одређена је самом економском и политичком структуром одређеног друштва, исто тако као што је овом структуром одређена воља и интерес владајуће класе. >

У досадашњим излагањима видели смо где лежи извор критеријума за оцену противправности односно друштвене вредности и невређености дела. Сада је потребно видети како се ствара овај вредносни суд, како се долази до негативне вредносне оцене одређеног људског понашања.

Правни поредак, као што је већ речено, хоће да обезбеди такве друштвене односе, који ће омогућити опстанак, функционисање и даљи развој друштва. Да би се обезбедило остварење оваквих друштвених односа, пред појединце се постављају дужности да усагласе своје понашање у социјалном животу са потребама опстанка, функционисања и даљег развика друштва. Правни поредак, као одраз одређених друштвених односа на бази одређеног степена развика производних снага, успоставља одговарајуће дужности које се намећу свим члановима друштва. Сваки појединац мора да се понаша у складу са овим дужностима — значи, социјално целисходно. Дакле, норме увек у себи садрже одређену дужност, која се поставља пред човека у његовом понашању у друштву. *Кршење те дужности је материјална противправност.*

Овде долазимо у ситуацију да се изложимо критици коју је Џу Дона учинио Фернеку⁽²⁵⁾, тврдећи да се овај са својим констатацијама врти у кругу. Наиме, према Фернеку — како каже Џу Дона — противправна радња је истовремено противдужносна и противнормна: дужност постоји само где је издата норма, норма се објављује само онда када треба да буде заснована једна дужност. Но, наставља Џу Дона питање — *када је једна радња противнормна, и стога противдужносна, и стога противправна — представља узалудно питање.*

Сматрамо да је приговор Џу Доне неоснован. Питања се разрешавају редом: једно дело је противправно јер је противно норми, а противно је норми јер одступа од дужности коју ова норма одређује. Остаје, стварно, можда питање кад једно дело одступа од дужности. Фернек сматра да ће се такво прецизно одређивање садржаја противправне радње узалудно тражити у литератури. Овome треба додати да је такво прецизно одређивање и непотребно. Ми ћемо мало касније то и показати.

Па ипак, у погледу могућности садржајног одређивања противдужног понашања као садржаја материјалне противправне радње, треба рећи следеће:

Шта се сматра социјално-целисходним, па према томе дужним понашањем — најчешће је предвиђено у правним прописима ванкривичноправног карактера. Међутим, то није увек случај. Већ раније смо рекли, кад смо говорили о формалној противправности, да норме не морају бити увек писане, већ могу произићи из духа и смисла целокупног правног поретка. Са гледишта материјалне противправности то значи да социјална пра-

(25) Ferneck: Die Rechtswidrigkeit, Jena, Gustav Fischer, 1905, стр. 2.

вила понашања не морају увек бити одређена кроз писани садржај правне норме, већ садржај норме може произилазити из опште тенденције кретања и развита одређеног друштва, те на тај начин одредити које је понашање правно и социјално адекватно, а које то није.

Има мишљења да у случајевима када дужно понашање није изричито предвиђено — оно треба да се утврђује по критеријуму тзв. „објективне брижљивости“. Објективна брижљивост би, по Велцелу ⁽²⁶⁾, била брижљивост у понашању која се може очекивати од савесног и увиђавног човека. Према томе, дужност тј. праву сходно понашање би било оно понашање које би у датој ситуацији остварио савестан и увиђаван човек. Одступање од тог понашања било би противдужносно одн. противправно понашање.

Ово Велцелово схватање противправности у извесном смислу задира у проблем виности или, боље рећи, извесне елементе виности преноси у домен противправности ⁽²⁷⁾. Оцена дужине брижљивости у понашању човека редовно се узима као основ за оцену виности тј. нехата. По Велцелу се овде, међутим, ради о тзв. објективној брижљивости која је независна од тзв. субјективне брижљивости, која улази у појам виности. Ко вређа објективну брижљивост, понаша се социјално неадекватно, те поступа противправно. Дакле, учинилац поступа противправно онда када његово понашање није у сагласности са објективном брижљивошћу, без обзира на то да ли је он био у стању да зна за ово или није. Ту је реч о једној објективној категорији која уопште не утиче на субјективну страну дела — на кривицу учиниоца. Питање да ли се учинилац могао понашати и да ли је требало да се понаша по захтеву објективне брижљивости, јесте питање да ли је он крив или не — а питање да ли се он понаша по захтеву објективне брижљивости, јесте питање објективне социјалне оцене дела — и не спада у домен виности, већ у домен противправности. Са оваквим схватањем Велцела у погледу прецизирања противправности дела, можемо се сложити. Да ли се једно понашање поклапа са дужним понашањем одн. са понашањем савесног и увиђавног човека — то је питање објективног употребљавања тог понашања са *моделом* понашања који се у социјалном саобраћају међу људима захтева. То је, несумњиво, једна објективна процена. Друго је питање да ли је неко према својим личним својствима био у стању да се понаша онако како то дужност захтева, и то је питање које треба

(26) Dr H. Welzel; Das Deutsche Strafrecht, 6. Aufl., Берлин, 1954, стр. 138.

(27) У Научи кривичног права прилично је спорно питање разграничења противправности од виности. У том погледу, нпр. Бауман (J. Baumann: Strafrecht, Allg. Teil, 3. Aufl., Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1964, стр. 228); каже: Све до почетка XIX века у науци није чињена оштра разлика између противправности и виности. Данашња кривично-правна догматика је, напротив, потпуно сагласна да ово разликовање треба чинити. Спорно је, међутим, како ово разликовање треба спровести. Белинг је противправност и виност разграничавао на тај начин што је узео да све објективно треба да спада у област противправности, а све субјективно у област виности. У радовима Мецгера, Хегелера, Наглера и др. долази се, међутим, до сазнања да ова гранична линија није тачна и да има таквих субјективних елемената неправда који ипак спадају у област противправности.

У погледу уношења субјективних елемената у противправност најдаље је отишло финално учење о радњи, при чему оно ипак — по мишљењу Баумана — стаје на пола пута. По нашем мишљењу, учење о финалној радњи ни у ком случају не треба одбацити, јер оно и поред тешкоћа на које наилази, ипак отвара врата решењу многих до сада нерешених проблема у кривичном праву. Сам Бауман, полазећи са гледишта нормативног схватања виности, истиче да се суд о противправности као објективан суд може означити као један објективно-унперсонални суд, уколико је то један објективно-унперсонални суд о објективном и субјективном догађају; док је суд о виности, додаше, исто тако објективан унперсонални суд, али суд о односу између правног субјекта и овог догађаја.

решавати у оквиру виности. Питање дужности треба издвојити из области виности и пренети га у област противправности ⁽²⁸⁾.

Међутим, оволико конкретизовање противправности од значаја је само онда када је потребно оценити да ли је понашање конкретног садржаја противправно или није. Другим речима, овде се више не одређује појам суштине противправности, већ се даје критеријум за појединачно издавање радњи које су противправне од радњи које нису противправне. Овакав критеријум би нам био потребан када бисмо ми на основу утврђивања противправности једног дела, били овлашћени да прогласимо то дело за кривично дело. А то је немогуће из два разлога. Прво, само утврђивање да је одређено дело противправно, не значи да је оно кривично дело, јер противправност не чини од једног дела кривично дело, већ само представља његову карактеристику, један елемент његовог појма. И друго, што произилази из првог, држава одн. законодавац је тај (а не ми) ⁽²⁹⁾ који одређује које ће противправно дело бити проглашено за кривично. Значи, законодавац је тај који из читавог спектра противправних понашања издаваја поједине конкретне садржаје и проглашава их кривичним делима, дајући њихов опис у бићу кривичног дела. Према томе, физички садржај понашања које се сматра кривичним делом, није одређен његовом материјалном противправношћу, јер је и читав низ других физичких садржаја материјално противправан па ипак не представља кривично дело. Физички садржај понашања које се сматра кривичним делом одређен је кроз елементе бића кривичног дела. Међутим, мада биће одређује физички садржај дела оно је вредносно неутрално односно индиферентно. Правно вредновање оствареног бића кривичног дела добија се кроз оцену материјалне противправности. Овако мишљење заступа Белинг, који каже: „утврђивање чињенице да је остварено биће, само по себи још никога не осуђује, у бићу нема оцене” ⁽³⁰⁾. Против оваког мишљења су Велзел, Трајнин и други ⁽³¹⁾. Међутим, на овај начин се једино може објаснити зашто једно дело које има сва обележја кривичног дела није кривично дело ако

(28) Има схватања да дужност као елемент противправности није исто што и дужност као елемент кривичне одн. виности. Бауман (Baumann, *op. cit.*, стр. 228) нпр. говори о тзв. учењу о двострукој функцији кривичноправне норме. По том учењу разликују се две функције норме. Једанпут се норма појављује као вреднујућа норма. Као таква она наређује једно социјално пожељно стање: „то тако мора бити” (нпр. код крабе: „не сме се учинити захтев у туђу имовину”). Ако се понашање не поклада са овим вреднујућим нормама, онда је оно противправно. Други пут је норма одређујућа одн. дужносна норма. Као таква она се управља на субјекта који јој је подвргнут и наређује му одређено понашање: „ти треба” (нпр. код крабе: „не треба да крадеш”). Ако је субјекат који је норми подвргнут полобан адресат (ако норму може разумети и следити је), онда је његова повреда норме скривљена. Сама полазна тачка учења о двострукој функцији кривичноправне норме је неприхватљива. Већ је напред јасно утврђено да кривични закон не садржи нити ствара норме, већ оне постоје ван њега и служе кривичном законодавцу само као инспирација за одређивање бића кривичног дела и санкције. Према томе, не може се прихватити постојање „кривичноправне норме”, која би као таква садржала у себи неке функције. С друге стране, пак, посматрано, учење о двострукој функцији норме засновано је на привидном изгледу ствари. Заправо, дужност као таква увек је иста. Ради се само о две врсте оцене на бази те дужности. Први пут се оцењује сама дужност тј. објективно се оцењује да ли се неко понаша сходно дужности, а други пут се оцењује субјективни однос учиниоца према дужности, тј. да ли је неко могао да се понаша сходно тој дужности. Практично то значи да дужност и њена оцена, као објективна оцена, остаје у домену противправности — док је питање виности у ствари питање субјективног односа према дужности, а не питање саме дужности.

(29) Овако појединачно одређивање да ли је једно понашање противправно или не, може доћи у обзир једино када се ради о тумачењу бића кривичног дела, приликом конкретне квалификације одн. супсумције дела под одређени пропис КЗ.

(30) Вид. о томе: Трајнин: Учење о бићу кривичног дела. Научна књига, Београд, 1949, стр. 12.

(31) Welzel, (вид. прим. бр. 6), стр. 47, и 48; Трајнин, *op. cit.*, стр. 12. и даље.

постоји неки основ искључења противправности, дакле, неки основ поништења његове невредности. Ако би само биће носило у себи неку вредносну оцену дела, онда би његово остварење онемогућило анулирање невредног карактера дела. Са овим се, чини нам се, највидније оцртава улога материјалне противправности као елемента општег појма кривичног дела, и значај овог елемента за потпуност дефиниције општег појма кривичног дела.

5. Најзад, потребно је објаснити појам друштвене опасности као елемента који, такође, са своје стране, доприноси потпуности дефиниције општег појма кривичног дела.

Заслуга за увођење овог елемента у дефиницију општег појма кривичног дела, као што је већ речено, припада совјетској науци кривичног права. Грешка је, међутим, совјетских аутора што су овај елемент изједначили са противправношћу у материјалном смислу. Томе су донекле допринеле и сувише широке дефиниције материјалне противправности које често срећемо у буржоаској кривичноправној литератури која је, не познајући појам друштвене опасности, извесне његове елементе уносила у појам материјалне противправности. Међутим, елементе друштвене опасности треба издвојити од елемената противправности у материјалном смислу, јер они, логички посматрано, не могу чинити јединство, пошто представљају састојке два сасвим различита појма.

Шта, дакле, треба подразумевати под друштвеном опасношћу? Друштвена опасност се, по нашем мишљењу, има схватити као друштвена штетност одн. друштвена шкодљивост дела. Друштвена опасност је феноменолошки израз кривичног дела као квантитативне друштвене категорије. У друштвеној опасности, такође нема никаквог суда, нема никаквог оцењивања. Док противправност у материјалном смислу оцртава друштвени квалитет дела, дотле друштвена опасност оцртава само друштвени квантитет дела. Материјална противправност је вредносни суд о делу. Друштвена опасност је резултатски исказ волумена неповољности дела по друштво. Друштвена опасност је количинска мера материјалног губитка друштва од извршеног дела. То је негативни салдо који извршено дело уноси у биланс друштвених материјалних добара, али не и негативна друштвена оцена тог салда. Правна и етичка оцена једног дела се не морају поклапати са штетношћу одн. друштвеном опасношћу тог дела. На пример, кад се неко, ради зидања куће, послужи новцем који му је пријатељ дао на чување, с тим да му тај новац врати кад му га буде тражио — онда у овом делу нема штетности одн. друштвене опасности, али је дело противправно, јер право не може одобрити неовлашћену послугу туђим новцем. Послуга новцем који је поверен у служби представља, међутим, друштвено опасно, па стога и кривично дело, јер се њиме нарушава функционисање службе — дакле настаје штета за друштво. Ово би био пример за случај када је једно дело противправно а није друштвено опасно. Обрнут случај би био, на пример, овај. Вршење абортуса над женом код које је плод зачет силовањем, правно и етички није невредно — али је несумњиво друштвено штетно, јер спречава наталитет.

Из ове разлике између противправности и друштвене опасности произилази да ови елементи у различитим правцима делују на питање искључења

чења постојања кривичног дела. У нашој литератури се, наиме, редовно говори о заједничким основима искључења друштвене опасности и противправности кривичног дела. Ово, међутим, није тачно. На пример, код нужне одбране је искључена друштвена опасност и противправност, али то не значи да је искључење друштвене опасности аутоматски за собом повукло и искључење противправности. Дело извршено у нужној одбрани представља један друштвено штетан резултат. Међутим, ова његова штетност је компензирана једним другим позитивним резултатом, који се састоји у спречавању друштвеног губитка на другој страни. Ово, међутим, није довољно за искључење противправности дела, јер у себи не садржи никакву оцену, никакво вредновање. Тек када се има у виду да је овде реч о понашању које сузбија једно невредно понашање, може се доћи до закључка да је његова сопствена невредност искључена — те да није противправно. Насупрот томе, код крајње нужде реч је само о искључењу друштвене опасности, а не и о искључењу противправности, јер невредан акт који је у крајњој нужди предузет нема никаквог правног и етичког оправдања.

6. Пошто је на овај начин јасно указано на разлику између друштвене опасности и противправности, остаје да се на крају расправе још нека спорна питања у вези са појмом друштвене опасности.

Друштвена опасност је једини мерљиви елеменат општег појма кривичног дела. То је једини елеменат који се може степеновати. Друштвена опасност може бити мања или већа, па према томе, и кривична дела могу бити мање или више друштвено опасна. Тежина једног кривичног дела зависи од степена његове друштвене опасности. Према томе, друштвена опасност се појављује као основни критеријум за одређивање врсте и распона казне за одређено кривично дело. Приликом одређивања врсте и распона казне, законодавац узима у обзир просечан волумен друштвене опасности који то дело у редовним случајевима манифестује. За свако кривично дело типичан је одређени волумен друштвене опасности. На основу тих волумена ми можемо да упоређујемо поједина кривична дела по тежини. Тако ћемо, на пример, рећи да је убиство теже од крађе, да је крађа тежа од увреде итд. У овом случају ради се о тзв. *општој друштвеној опасности*. Међутим, да би суд могао да утврди тачну меру казне за одређено кривично дело, он мора да утврди тачан степен његове друштвене опасности. Судија пред собом има одређени распон казне, на пример од 5 до 15 година строгог затвора. Тај распон одговара просечној скали друштвене опасности коју у појединим конкретним случајевима то дело може уопште испољити. Сада је, међутим, потребно одредити тачно коју казну заслужује баш одређено кривично дело извршено од стране одређеног учиниоца. Да би то утврдио, суд мора да утврди *посебну друштвену опасност* дела. Та посебна друштвена опасност нам омогућава да упоређујемо поједине случајеве истог кривичног дела по тежини. Тако ћемо рећи да је крађа ствари која вреди 2000 динара, а коју је учинио X, лакша од крађе ствари која вреди 4000 динара, а коју је учинио Y.

Суд не може унапред ниједном кривичном делу одрећи његов друштвено опасни карактер. Општу друштвену опасност одређује само зако-

нодавац. Међутим, утврђујући степен друштвене опасности конкретног кривичног дела — дакле, утврђујући посебну друштвену опасност дела — суд може констатовати да одређено кривично дело показује толико низак степен друштвене опасности да то дело губи карактер кривичног дела. Наиме, према чл. 4, ст. 2. КЗ, није кривично дело оно дело које, иако садржи обележја кривичног дела одређена законом, представља незнатну друштвену опасност због малог значаја или због незнатности или одсутности штетних последица.

Институт незнатне друштвене опасности створио је у теорији и пракси доста проблема, нарочито у вези са тумачењем употребљених израза „мали значај дела” и „незнатност” или „одсутност” штетних последица дела ⁽³²⁾.

Најпре се поставља питање шта треба подразумевати под делом малог значаја. Има мишљења да свако дело чије су штете последице незнатне или одсутне, самим тим представља дело малог значаја, па стога није јасно шта треба да значи израз „дело малог значаја” ⁽³³⁾.

По другом мишљењу, да ли је дело малог значаја треба процењивати не само на основу штетности последице, већ на основу свих околности које указују на конкретан карактер учињеног дела ⁽³⁴⁾. По неким мишљењима, ту долазе у обзир не само објективне околности под којима је дело извршено већ и субјективне околности, као нпр. облик виности, намера, побуде из којих је дело учињено, личне прилике учиниоца итд. ⁽³⁵⁾.

Са оваквим схватањем се не бисмо могли сложити. У нашој теорији постоји сагласност о томе да је друштвена опасност објективна категорија. Чак се сматра, додуше погрешно, да је друштвена опасност у ствари материјална противправност — што још једном доказује да је овде реч о једном чисто објективном елементу. Међутим, као што правилно констатује др Фрања Бачић ⁽³⁶⁾, то не спречава домаће ауторе да у незнатну друштвену опасност, која је дериват друштвене опасности, и која би требало зато да остане објективна категорија, уносе субјективне моменте и елементе. Осим тога — каже Бачић — са гледишта систематске обраде једног кривичноправног института — недопуштено је да се незнатна друштвена опасност распростире на кривично дело у његовом тоталитету. „Ако закон каже да у случају незнатне друштвене опасности не постоји кривично дело, онда то може бити само зато, јер недостаје један од основних елемената кривичног дела, а не зато што би се радило о некој околности која искључује кривично дело у свим његовим обележјима.”

Ми не искључујемо могућност да се узимају у обзир субјективни моменти да би се утврдио степен друштвене опасности учиниоца кривич-

⁽³²⁾ О предлозима за измену формулације чл. 4, ст. 2. КЗ, види Н. Срзентић: *Образложење измена и допуна Кривичног законика*, *Архив за правне и друштвене науке*, 1-2/60, стр. 85.

⁽³³⁾ А. Перић: Основни проблеми у примени кривично-правних института условне осуде, судске опомене, ослобођења од казне и одредбе чл. 4, ст. 2. КЗ — кореферат на Саветовању о неким проблемима кривичног права, одржаном 10. и 11. јануара 1962. године у Аранђеловцу, изд. Југ. удруж. за кривично право и криминологију, Београд, 1962, стр. 29.

⁽³⁴⁾ Вид. Миличевић, нав. материјал са Саветовања у Аранђеловцу, стр. 49.

⁽³⁵⁾ Овакво мишљење, нпр., заступају: В. Јевремовић, реферат на пом. Саветовању у Аранђеловцу, стр. 49; вид. о томе А. Перић, стр. 29, Миличевић, стр. 49, Срзентић, стр. 53.

⁽³⁶⁾ Ф. Бачић: кореферат на поменутом Саветовању у Аранђеловцу, стр. 22.

ног дела. Али, под друштвеном опасношћу учиниоца кривичног дела ми подразумевамо нешто друго. То је количина криминалног потенцијала учиниоца, а не елеменат општег појма кривичног дела. Степен друштвене опасности учиниоца може утицати на примену других института кривичног права, нпр. на примену института условне осуде, судске опомене, ублажавања казне, ослобођење од казне итд., али не може имати утицаја на постојање самог кривичног дела.

Наше је мишљење да сва она схватања која појам „мали значај дела” покушавају да тумаче са гледишта оцене разних околности које су ван саме штетности дела — не могу бити исправна. Са те тачке гледишта најприближније је тачности оно прво схватање, по коме је значај дела зависан од величине и постојања штетних последица. Међутим, ми се ипак не слажемо са констатацијом која одатле произилази — да је појам „мали значај дела” непотребан, јер је, наводно, свако дело малог значаја чим су му штетне последице незнатне или одсутне.

Да би се правилано схватило значење појма „мали значај дела”, потребно је претходно размотрити шта значе појмови „незнатност” и „одсутност” штетних последица.

Но, да би се све то разумело, потребно је пре свега поћи од објашњења самог појма штетности дела. Утврђивањем овог појма утврђује се и суштина друштвене опасности, а самим тим и незнатне друштвене опасности.

Под штетом се подразумева материјални губитак друштва. Под овим се, међутим, не подразумева само губитак физичких (предметних) добара друштва, већ и губитак у области оних функција друштва кроз које се испољава његова реална егзистенција. Материјална штета постоји, дакле, и онда када се угрожава, ремети, уништава или оштећује нека друштвена институција или друштвени однос кроз који се изражава или који условљава живот друштвеног организма. Према томе штету бисмо могли дефинисати као губитак на плану материјалне структуре друштвеног организма, подразумевајући под елементима материјалне структуре како суму физичких добара друштва, тако и суму оних друштвених механизма кроз које или преко којих друштво као такво функционише.

Одржавање и развијање ових функционалних претпоставки егзистенције друштва, по правилу представља друштвени интерес. Али све оно што је корисно са гледишта органских потреба друштвене егзистенције не мора утицати на оцену друштвеног интереса. Интерес друштва могу одређивати разлози начелног, политичког, моралног итд. карактера. На пример, са гледишта органских потреба функционисања друштва неопходно је да сва друштвена потраживања буду измирена. Иако је то штетно са гледишта органских потреба функционисања друштва, држава може, због начелних моралних, политичких и др. разлога одустати од захтева за намирење дуга. Иако је друштвено штетно не гонити учиниоца кривичног дела — из политичких, начелних и др. разлога, држава може одустати од гоњења давањем амниције.

Из овога се види да је друштвени интерес нешто различито од друштвене корисности. Додуше, и задовољење овако схваћеног друштвеног

интереса представља у извесном смислу корист за друштво, политичку, моралну итд. — али оваква корист је ипак појамно различита од користи која значи задовољење органских потреба egzистенције друштвеног функционисања. Ово је нематеријална, неорганска корист друштва, и зато је ми називамо дружчијим именом: друштвени интерес.

У овим констатацијама налазимо нову потврду нашег раније изнетог схватања да друштвена опасност и материјална противправност нису једно те исто. Материјална противправност је противност друштвеном интересу, а друштвена опасност је друштвена штетност — а то су, као што се из изложеног види, две различите ствари ⁽³⁷⁾.

После свих ових разматрања потребно је објаснити шта то значи незнатност или одсутност штетних последица. Сам појам „незнатност“ штетних последица не захтева неко посебно објашњење. Међутим, појам „одсутност“ штетних последица није сасвим јасан и захтева објашњење.

Пре свега, треба нагласити да је овде реч о штетним последицама дела као целине, а не о штетној последици као елементу бића кривичног дела. Последица као елеменат бића кривичног дела мора наступити, јер у супротном и не би било дела, већ би се радило само о покушају. Дакле, када је реч о штетним последицама дела, онда се овде мисли на неке даље штете које произилазе из дела и настају после извршеног дела. Једино на тај начин је могуће замислити одсуство штетних последица, а да је ипак остварена последица биће кривичног дела. Није, дакле, реч о штети која није саставни део бића кривичног дела, већ о даљој штети. На пример, погоршавање здравственог стања радника због повреде прописа о забрани прекривањеног или ноћног рада (чл. 165. КЗ). Овде се дакле, ради о штетним ефектима дела, о штетним последицама које произилазе из дела, а не о самој штетности дела. Иначе, свако дело је само по себи штетно чим га је законодавац прописао као кривично дело. Разлика је, међутим, у томе што нису сва кривична дела подједнако штетна. Нека су више а нека мање штетна, па према томе постоје и таква дела која су веома мало штетна, али ипак испуњавају минимални квантум штетности, који законодавац сматра довољним да би једно дело уопште прогласио кривичним делом. То су дела за која је законодавац по правилу предвидео најминималније казне. Таква дела треба сматрати делима малог значаја у смислу чл. 4, ст. 2. КЗ. Но самим тим што је једно дело минималне штетности, што је, дакле, малог значаја — оно не престаје да буде кривично дело. Оно може изгубити карактер кривичног дела само ако поред тога што је малог зна-

(37) На могућност непоклапања друштвеног интереса са друштвеном корисношћу указао је још Анст. Мада у својим теоријским разматрањима није имао у виду друштвену опасност као елеменат општег појма кривичног дела, он је ипак осетио да циљеви правног поретка нису увек у супротности са радњом којом се врши повреда или угрожавање правног добра, тј. да радња којом се врши повреда или угрожавање правног добра, може бити некад у складу са циљевима правног поретка. Он у том смислу долази до сличних закључака до којих смо и ми дошли, мада их изражава дружчијом терминологијом, и каже: „... повреда или угрожавање правног добра је само онда материјално противправна, када противречи циљевима заједничког живота, регулисаног правним поретком; она је, упркос њеној управљености против правно заштићеног интереса, материјално сходна праву, ако и уколико она сама одговара циљевима правног поретка, а са тиме и људског заједничког живота“ (Liszt: *op. cit.*, стр. 140).

Наравно, због неразлучивања појмова противправности и друштвене опасности, он није дошао у ситуацију да зрпши разликовање између појмова друштвени интерес и друштвена корисност одн. штетност, те због тога у последњој реченици говори о „правно заштићеном интересу“, мада тај израз свакако не би одговарао његовој интенцији, када би се она изражавала овде усвојеном терминологијом.

чаја, нема неких даљих штетних ефеката, или су ти штетни ефекти незнатни. С друге стране, иако дело нема никаквих даљих штетних ефеката, оно не може бити незнатно друштвено опасно, ако је само по себи у тој мери штетно, да та штета превазилази минимални квантум штетности и пење се изнад њега. У том случају не може бити речи о делу малог значаја. На овај начин, чини нам се, објаснили смо како треба схватити појам „мали значај дела“.

7. Као последње питање које се у вези са незнатном друштвеном опасношћу намеће, јесте питање да ли је дело које је, услед незнатне друштвене опасности изгубило карактер кривичног дела, престало да буде друштвено опасно.

Има мишљења да су само кривична дела друштвено опасна дела а да остали деликти, као нпр. прекршаји дисциплински преступј итд. немају карактер друштвено опасног дела. Нама се чини да овакво схватање није сасвим основано. У чл. 4, ст. 2. КЗ се говори о делу *незнатне* друштвене опасности. Из тога произилази закључак да дела не губе карактер кривичног дела зато што *нису* друштвено опасна, већ зато што су незнатно друштвено опасна. Према томе, извешан интензитет друштвене опасности може постојати и код дела која су изгубила карактер кривичног дела, само што је он ирелевантан за кривично право.

С обзиром на то да и други деликти могу бити друштвено опасни, а не само кривична дела, у теорији се сматра да је друштвена опасност иманентна свим противправним делима⁽³⁸⁾. Међутим, ово није тачно. Није искључено да и друге врсте деликата садрже у себи елеменат друштвене опасности. Али то не значи да свако друштвено опасно дело мора бити и противправно. За неке деликте се може рећи да су истовремено и друштвено опасни и противправни (мада нису кривична дела, уколико нису предвиђени у Кривичном законикү), али то није доказ да су сва противправна дела истовремено и друштвено опасна. Ово је, чини нам се, јасно када се имају у виду целокупна излагања која су претходила, а чији је главни циљ и био да покажу и потврде чињеницу да материјална противправност и друштвена опасност нису један те исти појам.

Др Драгољуб Атанацковић

РЕЗЮМЕ

Отношение общественной опасности и противозаконности как элемента общего понятия преступного деяния

Если будем исходить из хронологического порядка, то первым в науке уголовного права появилось учение о противозаконности в формальном смысле. Данному учению отведено больше всего места в уголовной лите-

(38) Има аутора који сматрају да се друштвена опасност јавља као објективно својство свих видова „неправа“. Тако, нпр., Михајловски узима да и „некривична неправа, представљају друштвено опасна дела. „Законодавац утврђује некривична неправа, елеменат друштвене опасности изостаје само зато да би могао да га употреби у најпунијем смислу, тамо где је најпотребнији.“ (Михајловски: О принципу друштвене опасности у нашем кривичном праву, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, 4/66, стр. 515). Узрок оваквог схватања лежи у сувише широком, и стога непрецизном схватању друштвене опасности као елемента који дело тотално прожима и представља његову срж и бит, а услед тога и у мешању елемената материјалне противправности са елементима друштвене опасности, онако како су они овде схваћени и одређени.

ратуре, в особенности в классической. Позднее появляется и учение о материальной противозаконности. И лишь в литературе социалистических стран, в первую очередь в советской, мы встречаемся с учением об общественной опасности как об элементе общего понятия преступного деяния.

Когда идет речь об определении формального понятия противозаконности, не лишним будет сказать, что это понятие в науке почти всегда принято определять как деяние, идущее вразрез с существующими правовыми нормами. Согласно мнению большинства, правовая норма, нарушение которой составляет сущность формальной противозаконности, не является нормой уголовного кодекса, а является нормой, вытекающей из всего духа и смысла правопорядка (писаная и неписаная) и служит законодателю только в качестве мотива для инкриминирования преступного деяния и для наказания за него.

Материальную противозаконность следует определить как поведение, несоответствующее поведению, к которому стремится и которое желает обеспечить правопорядок. Оно является поведением, неадекватным в социальном смысле, т.е. поведением, расходящимся с поведением, требуемым интересами и потребностями общества. Потому оно и рассматривается юридически несостоятельным. С этой точки зрения противозаконность в материальном смысле появляется как „суждение о юридической несостоятельности действия”.

Подобное понимание материальной противозаконности не позволяет приравнивать ее к общественной опасности, как это принято в югославской уголовной литературе. Общественная опасность представляет собой количественную сторону деяния. Она не является качественным выражением деяния, каким бывает при материальной противозаконности, а является лишь количественным выражением неприемлемости деяния для общества. По существу, она является показателем вреда деяния, но в самом себе не содержит правового определения. В силу этих причин возможны ситуации, при которых появляется отсутствие тождественности между противозаконностью в материальном смысле и общественной опасностью. Например, преступление, вызванное крайней необходимостью, не может иметь своего правового оправдания (как это и находят многие авторы) и потому рассматривается материально противозаконным. Объяснение вопроса почему преступление, совершенное при крайней необходимости, все же не расценивается как уголовное деяние (в этом отношении в существующей уголовной литературе было много блужданий) кроется в факте, что оно не является общественно-опасным действием, так как причинение в жертву одного блага ради сохранения другого, одинаковой или большей ценности, не приносит вреда обществу.

SUMMARY

Relation of Social Danger and Unlawfulness as the Elements of the General Notion of Criminal Deed

If viewed chronologically, the teaching of unlawfulness in the formal sense comes first in the science of criminal law. This teaching takes up the most of the space in the literature on criminal law, especially in the classic one. Later we have teaching of the material unlawfulness. In the literature of the socialist countries only, the Soviet in the first place, we come across the teaching of the social danger as an element of the general notion of criminal deed.

When speaking of the determination of the formal notion of unlawfulness one can say that it nearly always is determined in science as the contrariness of the deed to the legal norm. According to the most of the opinions the legal norm, the breach of which is the essence of the formal unlawfulness,

is not the norm of criminal law, but the norm resulting from the entire spirit and sense of the legal order (either written or not), and serves to the legislator of criminal law only as a motive for incriminating the criminal deed and punishment accompanying it.

The material unlawfulness should be determined as a behaviour contrary to the behaviour that the legal order tends to establish and secure. This is the behaviour which is socially inadequate, i.e. behaviour that does not tally with the behaviour exacted by the social interests and need. That is why it is legally valueless. From this point of view, unlawfulness in the material sense is not a judgement of the valuelessness of the deed".

Such an understanding of the material unlawfulness does not give the possibility to equalize it with the social danger as it is usually done in the Yugoslav criminal literature. The social danger is the quantitative side of the deed. It is not the qualitative (assessing) definition of the deed, as is the case with material unlawfulness, but only a quantitative definition of unfitness of the deed with respect to the society. It is, in fact, an indicator of the harmfulness of the deed, but does not mean any legal judgement. For these reasons situations are possible where unlawfulness in the material sense and the social danger do not tally. For instance, a criminal deed perpetrated in the utmost necessity cannot find its legal justification (as many authors appropriately find) and therefore it is legally worthless, i.e. materially unlawful. Clarification of the question why a criminal deed perpetrated in the utmost necessity is not considered as criminal (and as to this the theory of criminal law is quite hesitating) is to be found in the fact that it is not socially dangerous, for to sacrifice a good in order to save another good of equal or greater value is not harmful to the society.

RÉSUMÉ

Rapport du danger social et de l'illicéité en tant qu'éléments de la notion générale de l'infraction

Considérée chronologiquement, dans la science du droit pénal apparaît d'abord la doctrine de l'illicéité dans le sens formel. Cette doctrine occupe la plus grande place dans la littérature de droit pénal, surtout dans la littérature classique. Plus tard apparaît aussi la doctrine de l'illicéité matérielle. Ce n'est que dans la littérature des pays socialistes, en premier lieu dans la littérature soviétique, que nous rencontrons aussi la doctrine du danger social en tant qu'élément de la notion générale de l'infraction.

Quand il est question de la détermination de la notion formelle de l'illicéité on peut dire que dans la science elle est presque toujours définie comme opposition de l'acte à la norme juridique. Selon l'opinion dominante la norme juridique, dont la violation est l'essence de l'illicéité formelle, n'est pas une norme de la loi pénale, mais c'est une norme qui résulte de l'esprit tout entier et du sens de l'ordre juridique (écrite ou non écrite), et elle sert à la législation pénale seulement de motif pour l'incrimination de l'infraction et de la peine pour celle-ci.

Il faut définir l'illicéité matérielle comme comportement qui est contraire au comportement que l'ordre juridique veut établir et assurer. C'est un comportement qui est socialement inadéquat, donc un comportement qui ne coïncide pas avec le comportement que les intérêts et les besoins sociaux requièrent. C'est pourquoi juridiquement il n'est pas valable. De ce point de vue l'illicéité dans le sens matériel apparaît en tant que „jugement de la non validité de l'acte".

Une telle conception de l'illicéité matérielle ne donne pas la possibilité de l'assimiler au danger social, comme on le fait généralement dans la littérature de droit pénal yougoslave. Il n'est pas l'expression qualitative de

l'acte, comme c'est le cas de l'illicéité matérielle, mais seulement l'expression qualitative du caractère malencontreux de l'acte à l'égard de la société. Il est en réalité l'indicateur de la nuisibilité de l'acte, mais il ne renferme aucune estimation juridique. Ce sont les raisons qui expliquent que de telles situations peuvent se produire quand il y a discordance entre l'illicéité dans le sens matériel et le danger social. Par exemple, l'infraction perpétrée dans l'extrême nécessité ne peut pas être justifiée au point de vue juridique (comme le considèrent de nombreux auteurs) et c'est pourquoi elle reste sans valeur juridique, c'est à dire matériellement en violation des lois. L'explication de la question pourquoi l'infraction commise dans l'extrême nécessité n'est quand même pas une infraction (à ce sujet il y a eu dans la théorie juridique beaucoup d'aberrations) repose sur le fait qu'elle n'est pas socialement dangereuse, car le sacrifice d'un bien pour sauver un autre bien de la même valeur ou d'une plus grande valeur ne peut pas porter préjudice à la société.