

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

АПФ, година XXXVIII, Београд, бр. 5, септембар–октобар 1990, стр. 549-684

UDK 34/35

YU-ISSN 0003-2565

ЧЛАНЦИ

UDK — 343.2

Изворни научни рад

*др Драгољуб Атанацковић,
редовни професор Правног факултета у Београду*

ПРИЛОГ ДЕФИНИСАЊУ ОПШТЕГ ПОЈМА КРИВИЧНОГ ДЕЛА

У раду се заступа схватање да се кривично дело састоји у људском понашању, при чему је без значаја да ли је из тог понашања произашла нека последица или не.

Уколико кривично дело има последицу, онда се та последица по правилу јавља као законодавни мотив његове инкриминације тј. као објашњење зашто га је законодавац предвидео као кривично дело. Но, и код оних кривичних дела која немају последицу, мора постојати законодавни мотив њихове инкриминације, који се може открити у законском опису његовог бића. Из тога следи закључак да свако кривично дело не мора имати последицу, али да свако кривично дело мора да одговара законодавном мотиву инкриминације. Зато је захтев да кривично дело одговара законодавном мотиву инкриминације – потребно унети у сам појам кривичног дела.

Кључне речи: *Кривично дело. – Друштвена опасност. – Противправност.*

І. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

1. Иако је питање одређивања појма кривичног дела старо готово исто онолико колико је стара и теорија кривичног права – оно ни до данас није у потпуности решено. Додуше, у погледу неких елемената данас у теорији постоји мање–више општа сагласност да треба да се уврсте у дефиницију појма кривичног дела, али зато има доста елемената чије је место у овој дефиницији спорно, што је и разумљиво када се има у виду чињеница да од става које елементе треба уврстити у дефиницију појма кривичног дела зависи и став о читавом низу других фундаменталних питања кривичног

права. Но, спор не постоји само због тога да ли неке елементе треба уврстити у ову дефиницију. У теорији се можда још више дискутује о самом садржају и природи елемената у погледу којих, иначе, постоји сагласност да треба да уђу у дефиницију појма кривичног дела. На пример, данас готово нико не оспорава да је противправност елемент појма кривичног дела, али постоје различита схватања о томе како сам појам противправности треба дефинисати⁽¹⁾. У том смислу се може рећи да се често многи концепцијски различити приступи решавању општих кривичноправних проблема преламају не само на плану дефинисања појма кривичног дела, него и на плану дефинисања његових елемената.

2. Имајући у виду овакав значај проучавања појединих елемената појма кривичног дела, сматрали смо целисходним да се у оквирима овог рада упустимо у разматрање само неких од њих. У том смислу ћемо најпре говорити о самом појму људског дела у кривичноправном смислу, да бисмо затим указали на потребу уношења још једног елемента у дефиницију општег појма кривичног дела.

II. ПОЈАМ ЉУДСКОГ ДЕЛА У КРИВИЧНОПРАВНОМ СМИСЛУ

а) О појму људског дела уопште

3. Кривично дело је дело човека. То је супстанцијални елемент кривичног дела, његов „носећи” садржај, а сви остали елементи кривичног дела атрибутивног су карактера. Тај супстанцијални елемент кривичног дела у литератури се још назива и *неправом*. Неправо постоји не само у кривичном праву, већ и у другим гранама права (нпр. у административном, грађанском и сл.). Да би се открила суштина кривичног дела, потребно је најпре открити суштину самог неправа, као његовог генусног елемента⁽²⁾.

4. У кривичноправној теорији позната су различита схватања овог елемента кривичног дела. Нека од њих (нпр. симптоматски, конституционални) у ствари не иду за тим да одреде суштину кривичног дела као појаве, већ његов појам везују за неке друге појаве – одређујући га искључиво са гледишта смисла које оно има за те друге појаве (нпр. за виност, криминално психичко стање и сл.).

Мањи број схватања тежи да одреди природу кривичног дела као особене појаве. Два се од њих у литератури најчешће помињу. То су *реалистичко* и *нормативно* схватање.

Према реалистичком схватању, кривично дело је једна реална појава, један догађај у објективном свету. То је један чин човека којим он делује на свет око себе (тј. на објективну стварност). То дејство јесте суштина људског дела, тј. супстрат којим је оно испуњено.

(1) В. о томе наш рад *Однос друштвене опасности и противправности као елемента општег појма кривичног дела*, *Анали Правног факултета у Београду* 2/69, стр. 195–206.

(2) Назив „елемент” можда није најприкладнији, јер су само атрибутивни елементи – елементи појма кривичног дела, у правом смислу речи. Али другачије терминолошке могућности за означавање овог елемента тешко је наћи. Због тога Живановић овај „носећи елемент” назива *основним* елементом. По њему, наиме, основни елемент јесте општи појам једне појаве који означава њен рад (*genus*). Када се том општем појму додају особине којим се он одликује (разликује) од других појава истог рода – добија се специјалан појам у питању. В.о томе ближе: Т. Живановић, *Основни проблеми кривичног права*, Београд, 1930, стр. 67.

По нормативном схватању које заступа Биндинг, суштина кривичног дела се састоји у кршењу норме⁽³⁾. Према овом схватању кривично дело је појава која се дешава у свету правних норми. Кривично дело је искључиво правни феномен. Нпр. када неко изврши убиство, суштина дела не лежи у томе што је неком лицу одузет живот, што је неко лице усмрћено – већ је суштина дела у повреди норме која забрањује убиство.

Ако се сада вратимо на поменути израз „неправо“, који означава генусни елемент кривичног дела, онда се може закључити да тај израз највише одговара управо нормативном схватању кривичног дела. Ово је разумљиво када се има у виду да израз „неправо“, посматран с етимолошке тачке гледишта, означава појаву која је супротна правној норми. Сходно томе и кривично дело као „неправо“ представља у својој суштини појаву која је супротна правној норми.

Реалистичко схватање, међутим, у неправу види нешто друго. По овом схватању „неправо“ – иако се тако зове – још увек није само по себи кршење права. То је физички феномен, објективни догађај који је правно неутралан. Тек с остварењем неправа, оно улази у свет правних норми⁽⁴⁾. То значи да је потребно да прво буде извршено неправо па да онда настане релација између њега и правног поретка. Тек с остварењем бића неправа – каже Велцел⁽⁵⁾ – поставља се питање његовог односа према захтевима правног поретка.

5. Поставља се питање да ли појам „неправо“ може опстати при реалистичком схватању кривичног дела. Да ли се неправом може назвати правно неутрална појава у спољњем свету. Иако смо раније⁽⁶⁾ прихватили овакво схватање неправа, ипак сматрамо неопходним да на овом месту поставимо питање да ли је овај појам адекватан ономе што треба да означи.

Ако се пође од тога да је неправо догађај који улази у свет правних норми тек пошто се одиграо у спољњем свету, онда је очигледно да оно само по себи не може бити названо неправом. Не може се нешто ретроградно сматрати неправом зато што је накнадно оцењено да је у супротности са правним поретком. Мора, дакле, постојати дело као правно неутрални феномен, па тек потом се оно може прогласити неправом (пошто се стави у однос са правним поретком).

Према томе, израз „неправо“ није у стању да означи дело само по себи, већ једино његову релацију са правним поретком. Као такав, овај израз, као што је речено, једино може бити адекватан за дефинисање кривичног дела у нормативном смислу (по коме се његова суштина састоји у кршењу норме).

Стога, ако се хоће остати при реалистичком схватању кривичног дела, онда његов реални супстрат, његову фактичку подлогу, његово чињенично ткиво не би требало називати неправом, већ једноставно људским делом, или боље речено, људским понашањем, о чему ће бити касније, (под 15), више речи.

6. Из онога што је напред речено (под 5) може се видети да се у принципу опредељујемо за реалистичко схватање људског дела (па самим тим и кривичног дела). Но, прихватање реалистичког схватања људског дела још увек

(3) В. о. томе ближе: Срзентић–Стајић, Лазаревић, *Кривично право СФРЈ – општи део*, Београд, 1978, стр. 126.

(4) В. о. томе детаљније: Т. Живановић, *Систем синтетичке правне филозофије*, Београд, 1959, стр. 326–329.

(5) Н. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., Berlin, 1979, стр. 52.

(6) В. наш рад *Објективни услови инкриминације у југословенском кривичном законодавству*, Зборник Правног факултета у Мостару II – III, Мостар, 1980–1981, стр. 35.

не мора значити да се под људским делом мора подразумевати и онај реални садржај који му је првобитно одређен на бази натуралистичко-каузалног приступа проблемима кривичног права⁽⁷⁾. Наше је мишљење да се *реалитет* људског дела не мора увек и само испољити у виду природног, већ да се такође може испољити и у виду правног или социјалног феномена.

7. Тврдњом да људско дело може бити правни и социјални феномен не жели се порећи чињеница да се оно истовремено одиграва и у материјалном свету, тј. у свету физичких факата. Но, пошто човек није само део природе, већ је као такав истовремено и друштвени и правни субјект, његови поступци неће увек имати само карактер физичке, односно натуралне појаве. Живећи у друштву и држави (која има свој правни поредак) човек у извесним случајевима чини такве акте који имају свој смисао само ако се посматрају као друштвене или правне појаве. Такви акти не само да немају никакав смисао ако се посматрају искључиво као природна појава, него се чак понекад не могу ни догодити као природна појава ван правног, односно социјалног медијума. У даљим излагањима ћемо кроз примере то покушати да докажемо.

б) Кривично дело као правна појава

8. У животу се може наћи много људских дела код којих се већ на први поглед види да се њихов пуни смисао може открити само ако се посматрају као правни феномени. Један од врло јасних примера таквог људског дела јесте акт закључења брака. Може се слободно рећи да закључење брака представља догађај који се одиграва искључиво у свету правних норми. Брак је закон уређења заједнице живота између два лица супротног пола. Закључење брака, дакле, значи улазак у свет одређених правних односа (права и дужности). Ако неко лице које је већ у браку (у свету правних норми) закључи нови брак – онда тиме настаје поремећај у свету правних норми који се не огледа ни у чему физичком. Па, иако ту нема догађаја физичке природе, јер се он одиграва само у свету правних норми – закон овакво понашање сматра кривичним делом двобрачности.

Све ово указује на закључак да је могуће као кривично дело замислити и догађај у свету правних норми. Слична је ситуација и код знатног броја других кривичних дела. На пример, таква је ситуација код кривичних дела кршења закона од стране судије, злоупотреба поверења, повреде равноправности грађана и др. Код оваквих кривичних дела догађај се одиграва у свету правних норми, односно у свету права и обавеза одређених субјектата и представља кривично дело управо због тога што доводи до одређених неприхватљивих ситуација у том свету.

9. Овим се не жели порећи чињеница да се сва кривична дела (па и напред поменута) одигравају и у материјалном, физичком свету. На пример, кривично дело двобрачности има своју материјалну манифестацију у изјави воље да се ступи у (други) брак. Кривично дело кршења закона од стране судије се материјално манифестује у доношењу (незаконите) одлуке. Код кривичног дела злоупотребе поверења дело се нпр. може састојати у изјави о одрицању од потраживања (на штету заступане странке). Коначно, и код кривичног дела повреде равноправности грађана, дело се такође, између

(7) За главног протагонисту објективно-каузалног и натуралистичког приступа проблемима кривичног права сматра се Franz von Liszt (в. о томе ближе: М. Сингер, *Идеолошки основи науке о финалној радњи*, „Југословенска ревија за криминологију и кривично право“, 1/64, стр. 4-6.

осталог, може манифестовати у делатностима којима се неком ускраћују или ограничавају права која му по правним прописима припадају. Но, упркос томе што се сва ова кривична дела манифестују у некој физичкој делатности, мора се признати да би њихов пуни смисао – само на основу те манифестације – остао потпуно неразумљив. Њихово разумевање као људског дела може уследити само ако се има у виду њихов правни значај у склопу постојећег правног система.

Све ово показује да физичка манифестација дела није увек довољна да то дело у целини означи као људско дело. Без свог правног супстрата то дело, додуше, представља некакав физички феномен, тј. оно има неки физички супстрат – али оно ипак не представља људско дело у пуном смислу те речи. Људско дело мора имати људски смисао. Понекад се тај смисао јасно огледа и у његовој физичкој манифестацији, али – као што се из наведених примера види – има случајева када се тај смисао може сагледати само ако се има у виду његова правна манифестација.

10. Када се каже да једно кривично дело, као људско дело, има свој правни смисао, онда се тиме још увек не говори ништа о његовој противправности. Да ли ће једна манифестација људског понашања у правном свету бити противправна или не има се ценити према другим критеријумима, тј. према односу тог понашања у вези с правним наређењима и забранама. На пример, изјава воље да се ступи у брак јесте манифестација људског понашања у правном свету (под условом да су остварени и други правно релевантни услови за закључење брака), али тај чин још увек није противправан. Он ће бити противправан једино ако је наведену изјаву воље учинило лице које се већ налази у браку, или лице које зна да ступа у брак са лицем које се већ налази у браку.

Дакле, бит кривичног дела не лежи (као што је то сматрао Биндинг) у кршењу правне норме. Из чињенице да се нека дела могу манифестовати као правна појава, погрешно би било извући закључак да су та дела истовремено и противправна дела. Њихова је бит само у томе што се она остварују унутар правних норми, или, боље рећи, у склопу правних норми, тако да она у том склопу нису само догађаји у природном, већ исто тако и у правном свету, чиме поред природног, попримају и правни смисао.

11. Из досадашњих излагања може се видети да има случајева када се супстанција од које се састоји људско дело не исцрпљује увек у физичком – натуралном виду, већ да та супстанција, да би добила изглед људског дела, мора бити правно обојена. У тим случајевима правна обојеност јесте такав квалитет људског дела без којег оно не би ни било људско дело. Ту се, дакле, не ради о правном елементу као атрибутивном елементу, већ се ту ради о суштственој компоненти људског дела која гради његову супстанцију. Ако бисмо том делу одузели правну осветљеност, онда би оно изгубило квалитет људског дела. Као што бисмо, на пример, осветљавањем филма светлошћу која није прошла кроз објектив фотографског апарата, довели до тога да се после развијања тог филма на њему ништа не види (негатив би био сасвим црн) – тако би и људско понашање без „правног објекта“ представљало једно објективно „ништа“ (премда оно може оставити неке физичке трагове у природи). У таквом случају дело би, додуше, било неки природни догађај, али не и људско дело. На пример, брисање неког из списка гласача – иако то представља природну појаву, која има и неке своје материјалне трагове – у суштини не значи ништа, ако се не посматра у правном светлу, и ако се у томе не види повреда п р а в а гласања.

в) Кривично дело као социјална појава

12. Све што је речено о људском делу као правном феномену могло би се рећи и о људском делу као социјалном феномену. Постоје, наиме, људска дела која свој пуни смисао могу добити само ако се хвате као догађај у социјалном свету и која без те социјалне компоненте немају никакав смисао. Пример са кривичним делом повреде правног гласања показује да ово дело не би имало никаквог смисла ако се не би посматрало као догађај у друштву. Гласања као појаве очигледно нема ван друштва, па се према томе ни повреда права гласања, као појава – не може догодити ван друштва.

Постоје и многа друга кривична дела која не би могла имати никакав смисао ако се не би гледала у друштвеном контексту. На пример, кривична дела против части и угледа „благодаре” за своје постојање само чињеници да су част и углед друштвене категорије, да су то вредности које се једино могу оваплотити у друштвеном миљеу. На пример, кривично дело клевете се састоји у изношењу и проношењу за другог нечег неистинитог што може шкодити његовој части и угледу. Ако се узме да част и углед представљају одређене нематеријалне вредности човека, које му се признају у друштву – онда се „шкођење” части и угледу не може замислити без друштва које те вредности признаје⁽⁸⁾. Осим тога, ни чисто натурална компонента овог дела (која се састоји у изношењу или проношењу), не би могла да се реализује без постојања друштвеног миљеа, јер је то једино ткиво кроз које се трансмисија изношења и преношења може остварити⁽⁹⁾.

13. И овде треба истаћи да схватање кривичног дела као друштвене појаве још увек не значи и његово схватање као друштвено опасног дела. Када се каже да једно дело може да се догоди само у социјалном миљеу, тј. да је социјални миље ткиво у коме то дело једино може да егзистира – онда се тиме уопште не додирује питање оцено његовог значаја и штетности његових последица, или краће: његове друштвене опасности⁽¹⁰⁾. Ако се, нпр. каже да је коцкање дело које може егзистирати у односу међу људима и да се ван тог односа коцкање као феномен не може догодити – онда тиме није речено ништа о томе да ли је то дело друштвено опасно или није. Тиме је само речено шта је потребно да то дело буде људско дело, али није ништа речено о томе шта је потребно да то дело буде кривично дело. Заправо, коцкање као људско дело и није кривично дело, а то постаје тек онда ако се врши „у виду заната”, јер тек онда, по оцени законодавца, постаје друштвено опасно дело.

(8) О зависности тзв. унутрашње части (која се састоји у личном осећању поседовања одређених вредности) од тзв. спољне части (која се састоји у друштвеном признању тих вредности), в. ближе нашу књигу *Кривично право – посебни део*, Београд, 1985, стр. 230–231.

(9) Ако би се кривично дело вербалне увреде (или клевете) посматрало искључиво као физичка (натурална) појава, онда се – како то примећује Liermann – оно не би састојало ни у чему другом до у звучним таласима (в.о томе: Т. Живановић, *Основи Кривичног права Краљевине Југославије*, Београд, 1935, стр. 140).

(10) Схватање да појам друштвене опасности треба одредити у светлу законских елемената незнатне друштвене опасности изнели смо у нашој књизи *Критеријуми одмеравања казне*, Београд, 1975, стр. 24–34). По том схватању у законској дефиницији незнатне друштвене опасности налази се дефиниција и саме друштвене опасности у негативном облику, па се преобраћањем ове дефиниције у позитивни облик долази до закључка да појам друштвене опасности граде два елемента: значај дела и његове штетне последице.

14. Ако се све напред истакнуто жели резимирати, може се закључити да ми нисмо противници реалистичког схватања кривичног дела, као дела, које се догађа у физичком свету. Међутим, сматрамо да такво схватање није довољно да изрази суштину сваког људског дела. Нека дела, самим тим што су се догодила у физичком свету, не могу добити карактер људског дела ако се у њима истовремено не види и догађај у правном или догађај у социјалном свету.

Но, тврдњом да се нека кривична дела могу догодити и у правном односно социјалном свету, не може се негирати чињеница да су то, ипак, појаве реалног света. Ово је разумљиво када се има у виду да ни право ни друштво не могу егзистирати ван реалности. Према томе, истицањем да су нека кривична дела правна односно социјална појава, не само да се не негира њихов *реалитет*, него се он тиме још и потврђује.

Као што се види, реалистичко схватање кривичног дела уопште није потребно напустити. Њега је само потребно допунити тако што ће се у кривичном делу видети не само његова физичка него и његова правна, односно његова социјална реалност.

15. С обзиром на све напред речено произлази да термин „људско дело” није сасвим адекватан за изражавање његове реалне суштине због тога што он асоцира на дело као натуралну појаву (радњу, последицу и каузални однос међу њима). Из тих разлога сматрамо да би израз „људско дело” требало заменити изразом *љ у д с к о п о н а ш а њ е*, који би означио да се оно не појављује само у натуралном облику, већ да се може појавити и у облику правног или у облику социјалног догађаја. Другим речима, реалистички елемент (реалистичку основу) кривичног дела схватамо као *људско понашање*, подразумевајући под њим феномен који не мора бити само физичке, већ може бити и правне, односно социјалне природе.

III. СТРУКТУРА КРИВИЧНОГ ДЕЛА КАО ЉУДСКОГ ПОНАШАЊА

16. Напред изложено схватање потребе превазилажења искључиво натуралистичко-каузалног третирања кривичног дела, нужно се мора реперкутовати и на само поимање структуре кривичног дела. Као што је речено, кривично дело се више не може схватити у чисто натуралном смислу као проузроковање последица људском радњом, већ се мора схватити као понашање човека. А понашање човека је много сложенији феномен од физичког изазивања последица у спољном свету. Човек се кажњава због свог понашања а не због проузроковање последице. Он се кажњава зато што је његово понашање штетно, а не зато што је проузроковао штетну последицу. Штетна последица може бити само доказ штетности његовог понашања, али оно за шта се човек кажњава, јесте његово штетно понашање.

Из овога се намеће логичан закључак да штетност последица није исто што и штетност понашања. Штетна последица је само натурални израз штетног понашања, али штетно понашање је шири појам од саме штетне последице. Даљи закључак који из овога произлази јесте закључак да штетна последица не мора бити једини показатељ штетног понашања, те да једно понашање може бити оцењено као штетно иако нема у натуралном смислу схваћених штетних последица.

17. Као што се види, могуће је да постоји кривично дело и без последице. У литератури се таква кривична дела називају формалним кривичним делима, за разлику од кривичних дела која имају последицу и која се називају

материјалним кривичним делима⁽¹¹⁾. Но, и ако се прихвати постојање кривичних дела без последице, сматрамо да је неадекватно назвати их формалним кривичним делима, стога што такав назив асоцира на то да је ту реч о неким делима која немају свој реални садржај. Међутим, то што нека дела немају неки видљиви натурални садржај у облику последице – никако не значи да она немају правни или друштвени садржај. Пошто правни и друштвени садржај, као што је напред речено, такође представљају реални садржај – и кривично дело које у себи носи такав садржај јесте реално, а не формално дело.

18. Из свега изложеног произлази да последица може бити саставни део бића кривичног дела, али да она није истовремено и његов неопходни саставни део⁽¹²⁾. У немачкој литератури се сва кривична дела која немају последицу називају „делатносним деликтима“ (*Tätigkeitsdelikte*) за разлику од оних кривичних дела која имају последицу⁽¹³⁾, а која се називају „последичним деликтима“ (*Erfolgsdelikte*). Треба, међутим, имати у виду да се овде мисли на последицу бића кривичног дела (која наступа на објекту радње), а не на последицу која наступа на заштитном објекту. У том смислу Јешак⁽¹⁴⁾ истиче да се бићу–сходна последица (*tatbestandmäßige Erfolg*) мора разликовати од нарушавања заштитног објекта (*Beeinträchtigung des geschützten Rechtsguts*). Последица – наставља Јешек – значи од радње просторно–временски одвојену повреду или угрожавање објекта радње, док се нарушавање правног добра (заштитног објекта) односи на везу између бићу–сходне радње и захтева поштовања вредности, која је казним прописом заштићена.

Прихватајући ово Јешеково резонување долазимо до закључка да свако кривично дело има своју „последицу“ на заштитном објекту јер нарушава захтев поштовања неке вредности која се кривичним прописом штити. Али

(11) Б. о томе ближе: Срзентић–Стајић–Лазаревић, *op. cit.* стр. 140–141; С. Франк, *Теорија казненог права – општи део*, Загреб, 1955, стр. 99; М. Радовановић *Кривично право СФРЈ – општи део*, Београд, 1966, стр. 94; Љ. Јовановић, *Кривично право – општи део*, Београд, 1980, стр. 102; Б. Чејовић, *Кривично право – општи део*, Београд, 1979, стр. 113 и др. Сви наведени аутори говоре о овој деоби, али негирају њену потребу, јер сматрају да свако кривично дело мора имати своју последицу. Но, има аутора који ову поделу ипак прихватају, иако сматрају да свако кривично дело мора имати последицу. Тако, нпр. Таховић (Ј. Таховић, *Кривично право – општи део*, Београд, 1961, стр. 105–106) под материјалним кривичним делима подразумева она дела, код којих се материјална последица може лако уочити, а под формалним, она дела код којих последицу више „треба схватити него непосредно чулима опазити“. Слично схватање има и Марјановић (Г. Марјановић, *Кривично право – општ дел*, Скопје, 1988, стр. 152–153) који називајући формална кривична дела „нематеријалним“, истиче да код ових дела наступа последица само у једном „вредносном смислу“, чиме у ствари напушта каузално–натуралистичку концепцију кривичног дела.

(12) Јакобс у том смислу каже да се последица може сматрати саставним делом бића, али да она није и неопходни саставни део бића, илуструјући то примером да суво грожђе може бити саставни део колача, али да има колача и без сувог грожђа (Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin–New York, 1983, стр. 141).

(13) И у нашој литератури је позната оваква деоба али са другачијим значењем. Тако, нпр. Срзентић–Стајић–Лазаревић (*op. cit.* стр. 137–138), који иначе заступају каузално–натуралистичку концепцију кривичног дела, под „делатносним радњама“ подразумевају радње које су у опису кривичног дела јасно одвојене од последице, док под „последичним радњама“ подразумевају радње које су у опису кривичног дела дефинисане последицом, „тако да у тим случајевима радњу извршења представља свака радња којом је могуће остварити (проузроковати) наведену последицу“.

(14) Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3, Aufl, Berlin, 1978, стр. 210–211.

то ни у ком случају не значи да свако дело мора имати и последицу на објекту радње. Она дела која немају последицу на објекту радње, у ствари уопште и немају последицу јер се последица на заштитном објекту (која се јавља у виду повреда захтева за поштовањем кривичноправно заштићене вредности), не налази у саставу бића кривичног дела. Према томе, да ли неко кривично дело има последицу или не – јасно се може видети из законског описа његовог бића, јер код кривичних дела са последицом закон изричито тражи њено наступање на објекту радње.

19. У посебном делу кривичног закона може се наћи знатан број кривичних дела у чијем се опису не наводи последица.

Једно од кривичних дела које се у литератури често наводи као пример кривичног дела без последице, јесте кривично дело давања лажног исказа⁽¹⁵⁾. Ово кривично дело је свршено самим чином давања лажног исказа и није потребно (осим код неких посебних облика) да дође нити до заснивања одлуке надлежног органа на том исказу нити до било којих других последица. Слична је ситуација код готово свих тзв. вербалних деликата код којих се дело завршава писменим или усменим саопштавањем изјаве.

Исто тако практично последице нема ни код кривичних дела апстрактне опасности (таква су, нпр. кривична дела непоступања по здравственим прописима за време епидемије, оштећења брана, непрописне предаје саобраћаја експлозивног или запаљивог материјала).

Код неких од кривичних дела апстрактне опасности, додуше, постоји физичка последица. На пример, код кривичног дела оштећења брана, физичка последица је сама оштећеност уређаја и природних брана које служе као заштита од природних непогода. Но ова последица наступа на тзв. граматичком објекту кривичног дела, а не на нападном објекту⁽¹⁶⁾. Код других кривичних дела апстрактне опасности последице нема чак ни на граматичком објекту (нпр. код кривичног дела непрописне предаје у саобраћају експлозивног или запаљивог материјала).

(15) Кривично дело давања лажног исказа наводи као пример тзв. делатносних деликата и Бауман (J. Baumann, Strafrecht, *Allgemeiner Teil*, 7. Aufl, Biellfeld, 1975, стр. 107). По њему, међутим, нема суштинске разлике између делатносних и последичних деликата и само на први поглед изгледа да код делатносних деликата претежнулогу игра невредност самог акта а да код последичних деликата везивна тачка и основ казне леже у последици спољњег света. Он, наиме, сматра да се свако дело предузима у правцу спољне последице и да је само ствар законодавне технике да ли ће оно бити предвиђено као делатносно или последично кривично дело. Тако је, нпр. законодавац, убиство, као типично последично кривично дело (са последицом која се састоји у смрти жртве) – могао предвидети као делатносно кривично дело, као што је и давање лажног исказа могао предвидети као последично кривично дело.

Теза коју ми у овом раду заступамо је обрнута. По нама, код свих кривичних дела везивна тачка и основ казне не леже у последици која настаје у спољњем свету, већ превасходно леже у невредности самог акта. Код последичних кривичних дела, акт додуше добија карактер невредног кроз последицу – али зато код делатносних деликата акт добија карактер невредног – не кроз последицу – него кроз неко друго обележје бића кривичног дела (в. о томе ближе наша излагања под 23 и 25).

(16) Према Белингу (в. о томе: Живановић, дело цитирано у примедби 9, стр. 110) објект радње се дели на две врсте: нападни објект (тј. објект против кога је радња уперена) и граматички објект (тј. објект на коме се радња врши). За постојање свршеног кривичног дела потребно је да је последица наступила на нападном објекту. Утврђивање последице на граматичком објекту значајно је пре свега за квалификацију дела.

Настојећи да докаже да нема кривичних дела где не би било проузроковања последице, Живановић⁽¹⁷⁾ тврди да се код кривичних дела апстрактне опасности ради о последици, коју законодавац не описује, али која је законодавцу ипак послужила као мотив инкриминације. Реч је ту о таквим радњама које су по природи ствари опасне (као, нпр. код кривичног дела непоступања по прописима за време епидемије), тако да се мора узети да је њихово предузимање изазвало одређену апстрактну опасност за објект који се законом штити. Према томе, по Живановићу, и код ових кривичних дела има последице и она се јавља у виду претпостављене опасности, која је истовремено и законодавни мотив инкриминације.

20. Ово Живановићево објашњење заслужује пажњу. Но, оно ипак није објашњење које важи за сва кривична дела која немају последицу, а пре свега за она која нису кривична дела апстрактне опасности. Има, наиме, таквих кривичних дела код којих се последица може само мисаоном операцијом конструисати, али која стварно последицу немају. Поставља се питање, нпр. у чему се састоји последица код кривичног дела силовања или код кривичног дела родоскрвњења. Живановић налази да је код силовања последица „стање повређености полне слободе”, а код родоскрвњења – „стање оскврњености сродничке везе”.

Нама се чини да су у овим случајевима последице „извучене” језичком операцијом тј. игром речи која служи као „параван” за једну вешту логичку спекулацију, помоћу које се, када је то потребно, без тешкоће може „доказати” постојање последице код сваког кривичног дела. Наравно, тамо где то није потребно и где је последица јасна – ова се логичка спекулација не користи. Тако је, нпр. код кривичног дела убиства непотребно рећи да је ту последица „стање лишености живота”, јер је ту последица једноставно наступање смрти убијеног.

Очигледно је, по нашем мишљењу, да законодавац код инкриминисања ових и сличних кривичних дела није имао у виду њихову последицу и да га је нешто сасвим друго мотивисало да та дела инкриминише. У оваквим случајевима (а и у другим) законодавац је хтео да сузбије понашање, а не последицу тог понашања. Инкриминацијом кривичног дела силовања законодавац хоће да спречи насртај на полну слободу женског лица са којим се не живи у брачној заједници. Инкриминацијом кривичног дела родоскрвњења законодавац је хтео да спречи напад на породицу и њено потомство.

21. Констатација да кривична дела не морају имати последицу, резултат је напуштања чисто натуралистичко-каузалног схватања кривичног дела и усвајања концепције да кривична дела не морају бити само физичке појаве, него да могу бити и правне, односно социјалне појаве. Прихватање ове проширене реалистичке концепције несумњиво се мора одразити и на решавање читавог низа других кривичноправних проблема⁽¹⁸⁾. Обим овога

(17) Живановић, дело цитирано у примедби 2, стр. 72.

(18) Ево, примера ради, само неких важнијих питања на чије решавање утиче напуштања чисто натуралистичко-каузалне концепције кривичног дела. Прво, то је питање *покушаја*. Сходно реченом, свршени покушај (као и несвршени) може постојати само код кривичних дела која имају последицу. Код кривичних дела која немају последицу, могућ је само несвршени покушај. Друго, то је питање *узрочности*. Сасвим је разумљиво да се питање узрочности не може поставити код кривичних дела која немају последицу (в.о. томе ближе: Јакобс, *op. cit.*, стр. 142). Овим се цео проблем узрочности, бар што се тиче броја кривичних дела код којих се расправља, знатно редуцира, јер у тај број улазе само она дела која имају последицу на нападном објекту. Но, понекад се ипак може поставити питање узрочности и код кривичних дела која немају последицу на нападном објекту,

рада нам, међутим, не допушта да се упустимо у расправљање свих могућих питања кривичног права на чије би решавање утицала наведена концепција. Али, оно што је неопходно рећи у оквирима овога рада, дноси се на саму дефиницију појма кривичног дела. По нашем мишљењу, одстрањивање последице као обавезног обележја кривичног дела нужно мора довести до промена у самој дефиницији појма кривичног дела, и том питању ће бити посвећена даља излагања у овом раду.

IV. КРИВИЧНО ДЕЛО КАО ЗАКОНОДАВНОМ МОТИВУ ИНКРИМИНАЦИЈЕ ОДГОВАРАЈУЋЕ ЉУДСКО ПОНАШАЊЕ

22. Напред је речено (под 20) да Живановићево учење о законодавном мотиву инкриминације заслужује пажњу. Ово стоји упркос томе што његово схватање законодавног мотива инкриминације није успело да пружи задовољавајуће објашњење тезе коју је заступао. Међутим, у једном другачијем обрту ствари учење о законодавном мотиву инкриминације може имати далекосежан значај, како за само дефинисање општег појма кривичног дела, тако и за решавање читавог низа до сада спорних питања кривичног права.

23. За потпуно сагледавање суштине једног кривичног дела неопходно је испитати шта је био законодавни мотив његове инкриминације. Нема кривичног дела ако није постојао неки мотив законодавца да га инкриминише. Према томе, законодавни мотив инкриминације м о р а постојати код сваког кривичног дела, а не само код оног код кога закон у опису није назначио последицу. Због тога је, по нашем мишљењу, законодавни мотив инкриминације нужно унети у сам појам кривичног дела као елемент његове дефиниције.

У складу с тим и она кривична дела која у свом законском опису садрже последицу (на нападном објекту), такође имају свој законодавни мотив инкриминације. На питање шта је њихов законодавни мотив инкриминације, одговор би могао да гласи: сама та последица. Ово је разумљиво, јер нема сумње да је законодавца управо спречавање наступања те последице мотивисало да дело које ту последицу производи одреди као кривично дело, тј. да га инкриминише.

Према томе, за разлику од Живановићевог учења о законодавном мотиву инкриминације, ми долазимо до закључка да управо код оних кривичних дела која у свом опису и м а ј у назначену последицу – та последица представља законодавни мотив њихове инкриминације. Идући даље овим начином резонувања, долазимо до новог закључка који је дијаметрално супротан Живановићевом учењу. Тај закључак би био да код оних кривичних

уколико је у њиховом опису предвиђена последица на граматичком објекту. И коначно, треће, то је питање *стицаја*. Овде је најзанимљивији привидни идеални стицај. Сматрамо да се проблем утврђивања овог стицаја не јавља код кривичних дела која немају последицу на исти начин као код дела која имају последицу. Код кривичних дела која немају последицу не постоји проузроковање више последица једном радњом, па се стога код ових кривичних дела питање постојања привидног идеалног стицаја мора решавати на бази других обележја извршених кривичних дела, која се – како је то у даљим излагањима (под 23 и 25) речено – јављају као законодавни мотив инкриминације. У том смислу се може рећи да у свим случајевима када је једном радњом остварено више бића кривичних дела – неће постојати привидни идеални стицај, ако је код сваког од тих кривичних дела, законодавни мотив инкриминације другачији. Тако, нпр. код поменутих кривичних дела силовања и родоскрвњења учињених једном обљубом, неће постојати привидни идеални стицај, јер су законодавни мотиви инкриминације оба ова дела различити.

дела која у свом законском опису немају последицу – последица и не може бити законодавни мотив инкриминације. У таквим случајевима законодавни мотив инкриминације се не може наћи у самој последици јер је у опису дела нема. Но, ако се законодавни мотив инкриминације не може наћи у последици – то не значи да се он не може наћи у неком другом обележју које се налази у законском опису дела.

24. Законодавац кроз опис кривичног дела, кроз обележја којима одређује људско понашање које се има сматрати кривичним делом – одређује и зашто сматра да то дело треба да буде кривично дело. Према томе, из сваког законског описа кривичног дела могуће је открити шта је законодавца мотивисало да га инкриминише. У том смислу, нпр. Бачић⁽¹⁹⁾ каже да је појам кривичног дела најадекватније одредити „ако се пође од криминалнополитичких циљева прокламираних у самом кривичном закону, као и од основних принципа и ставова који су посредно или непосредно изражени у закону, јер сам закон даје комплетну дефиницију кривичног дјела. На тој платформи – наставља Бачић – треба тражити одговор на питање које понашање и под којим увјетима треба бити кривично дјело”.

Слажући се у целини с овом Бачићевом констатацијом, можемо закључити да је кривично дело оно понашање које одговара криминално–политичком смислу његове инкриминације. Према томе, код сваке законске инкриминације треба путем анализе открити шта је њен криминално–политички смисао, шта је оно што му даје криминални набој.

25. Као што се из напред изложеног (под 23) може видети, иако преузимамо идеју Т. Живановића о законодавном мотиву инкриминације⁽²⁰⁾, ипак долазимо до сасвим другачијег закључка од његовог. По њему, законодавни мотив инкриминације је последица која није (и зато што није) унета у опис кривичног дела док је по нама ситуација обратна: законодавни мотив инкриминације је управо последица која је унета у опис кривичног дела и зато што је унета, јер уколико последица није унета у опис кривичног дела онда она и не може бити законодавни мотив инкриминације – већ тај мотив, као што је речено, мора бити видљив у неком другом обележју кривичног дела (нпр. у самом опасном карактеру предузете радње). Кривична дела која у свом законском опису немају последицу не могу добити криминални карактер кроз замишљену последицу, већ само кроз неко друго обележје које је видљиво из његовог законског описа.

26. Из свега наведеног произлазе следећи закључци:

1) Из законског описа сваког кривичног дела могуће је открити законодавни мотив његове инкриминације (који стога треба уврстити у елементе појма кривичног дела).

(19) Ф. Бачић, Кривично право – опћи дио, Загреб, 1980, стр. 133.

(20) Треба строго разликовати Живановићево схватање законодавног мотива инкриминације од *објективних услова инкриминације*, које Живановић иначе уграђује у сам појам кривичног дела. По нашем мишљењу, објективни услови инкриминације су чињенице које стоје ван бића кривичног дела, док су законодавни мотиви инкриминације чињенице које су саставни део бића (в. наш рад поменут у примедби 6, стр. 13–67). Осим тога, за постојање многих кривичних дела није потребно да се оствари објективни услов инкриминације, па је стога неосновано уносити га у појам кривичног дела. За разлику од тога, законодавни мотив инкриминације, као саставни део сваког бића – нужно представља елемент појма кривичног дела. Додуше Живановић говори и о тзв. општим објективним условима инкриминације, али за то наводи примере који се не могу наћи у нашем данашњем кривичном законодавству (в. Живановић, дело поменуто у примедби 2, стр. 82).

2) Код кривичних дела чији законски опис садржи последицу на нападном објекту – та последица је редовно и законодавни мотив њихове инкриминације, док код кривичних дела која у своме законском опису немају последицу, законодавни мотив инкриминације треба тражити у неком другом њиховом обележју.

3) Не мора код сваког кривичног дела да постоји последица, али код сваког кривичног дела мора да постоји законодавни мотив инкриминације.

4) Законодавни мотив инкриминације и последица кривичног дела нису појмови истог ранга. Последица је ужи појам од појма законодавног мотива инкриминације и она може бити само једна његова врста⁽²¹⁾.

27. Поставља се сада питање која све обележја могу бити законодавни мотив инкриминације. Одговор на то питање зависи од саме природе кривичног дела. То могу бити обележја као што су, нпр: својство учиниоца, својство пасивног субјекта, лични однос, начин или средство извршења кривичног дела, место или време извршења кривичног дела, итд. Ево неколико примера:

Код кривичног дела неовлашћеног откривања тајне, криминално тежиште дела се не састоји у самом откривању тајне, већ у својству учиниоца (адвокат, бранилац, лекар или други здравствени радник који је у вршењу свог позива сазнао за тајну). Код обљубе немоћног лица криминално тежиште не лежи у самој обљуби већ у чињеници да пасивни субјект није способан за отпор. Код кривичног дела родоскврњења криминално тежиште такође не лежи у самој обљуби већ у сродничкој вези лица која врше обљубу. Код кривичног дела бекства лица лишеног слободе, криминално тежиште не лежи у самом бекству затвореника, већ у начину бекства (употребом силе или претње да ће се непосредно напасти на живот или тело). Код кривичног дела незаконитог лова криминално тежиште дела не лежи у самом делу већ или у времену када се врши (за време ловостаја) или у месту на коме се врши (на подручју где је лов забрањен) итд.

28. Из досадашњих излагања, чини нам се, могу се сагледати довољно јаки аргументи у прилог тези да се под појмом дело не подразумева проузроковање последице људском радњом, већ да се уместо тога под делом подразумева људско понашање у физичкој, правној или социјалној средини.

Као резултат овог гледања на појам кривичног дела нужно се намеће потреба да се уместо последице, у појам кривичног дела унесе захтев да кривично дело мора бити одговарајуће објективном услову инкриминације, чиме би била „покривена” и последица као један од могућих видова законодавног мотива инкриминације.

Међутим, уношење у појам кривичног дела захтева да оно мора одговарати законодавном мотиву инкриминације – отвара се питање односа овога елемента према другим елементима појма кривичног дела, а пре свега питање односа овог елемента према друштвеној опасности.

Из претходних излагања (под 24) произлази да законодавни мотив инкриминације представља објашњење законодавца зашто једно кривично дело инкриминише. Ту исту улогу игра и елемент друштвене опасности. У

(21) Штавише, последица не мора да се појави у бићу кривичног дела као једини мотив инкриминације. На пример, код кривичног дела незаконитог риболова (чл. 163. КЗС) у првом делу законског описа као мотив инкриминације се јавља средство извршења (електрична струја, отров или омамљујуће средство) и последица (угинуће рибе у већем обиму), док се у другом делу као мотив инкриминације јавља само начин извршења (који је штетан за расплођавање рибе).

том смислу, нпр. Срзентић–Стајић–Лазаревић⁽²²⁾ говоре о друштвеној опасности као о елементу који објашњава „зашто се неко дело сматра кривичним“, констатујући да је оно „одређено у закону као кривично дело зато што је друштвено опасно“.

Ако је друштвена опасност „објашњење“ зашто се једно дело сматра кривичним, онда заиста изгледа да је непотребно (то би била таутологија) у појам кривичног дела уносити и законодавни мотив инкриминације, јер и он заправо „објашњава“ зашто је неко дело кривично.

Но, иако стоји чињеница да друштвена опасност и законодавни мотив инкриминације на извесан начин „објашњавају“ зашто се неко дело сматра кривичним⁽²³⁾, мишљења смо да између ова два елемента поред велике сличности⁽²⁴⁾, постоје и разлике које оправдавају да се они заједно нађу у дефиницији појма кривичног дела.

Те разлике би биле следеће:

1) Друштвена опасност говори на један уопштен, могло би се рећи безличан начин зашто се једно дело сматра кривичним, док законодавни мотив инкриминације представља конкретно и одређено објашњење зашто је законодавац дело одредио као кривично дело. Из законског описа кривичног дела се не види зашто је законодавац то дело сматрао друштвено опасним (већ се само претпоставља да је дело друштвено опасно чим га је законодавац инкриминисао). Насупрот томе, из обележја бића кривичног дела се јасно види шта је законодавца мотивисало да га инкриминише.

2) Друштвена опасност је чисто социјални појам. Тек кроз законодавни мотив инкриминација (као законско обележје бића) она добија своју правну артикулацију. На тај начин се законодавни мотив инкриминације заправо јавља као нека врста формалног израза друштвене опасности. Дакле, није противправност формална страна друштвене опасности, као што то велики

(22) Срзентић–Стајић–Лазаревић, *op. cit.*, стр. 131.

(23) И ми смо у претходним злагањима, под 16) тврдили да је штетност последице разлог због којег је једно дело инкриминисано, чиме смо у основи прихватили да тај разлог лежи у његовој друштвеној опасности – будући да смо у нашим ранијим радовима заступали схватање да суштина друштвене опасности кривичног дела лежи у његовој штетности, односно шкољивости (в. о томе наш рад наведен у примедби 1, стр. 206 и наш рад наведен у примедби 10, стр. 22–27).

(24) Када је реч о сличности између друштвене опасности и законодавног мотива инкриминације, треба поменути да има аутора који чак директно доводе у везу друштвену опасност и законодавни мотив инкриминације. Тако, на пример, Таховић (*op. cit.*, стр. 121), говорећи о незнатној друштвеној опасности директно упућује на то да се незнатност или одсуственост штетних последица у смислу чл. 4, ст. 2 (сада чл. 8, ст. 2) има ценити у односу на „последницу која је законодавни мотив инкриминације“, мислећи при том на последицу која наступа на „објекту кривичноправне заштите“, дакле, на заштитном објекту а не, објекту радње (која је обележје кривичног дела). На тај начин је Таховић открио везу између друштвене опасности и законодавног мотива инкриминације мада је при том пошао од (у овом раду оповргнутог) Живановићевог схватања да законодавни мотив инкриминације представља „замишљену“ последицу на заштитном објекту, а не последицу која је елемент бића кривичног дела. И по нама ова веза између друштвене опасности и законодавног мотива инкриминације постоји, али ми ту везу видимо на један другачији начин. И по нама се друштвена опасност састоји у опасности за заштитни објект, али се она рефлектује у конкретном виду кроз повреду објекта радње (в. наш рад поменут у примедби 10, стр. 23). Према томе, по нама, баш код кривичних дела која имају последицу на објекту радње – та последица је законодавни мотив њихове инкриминације, јер се кроз њу рефлектује тј. „представља“ њихова друштвена опасност.

број аутора сматра⁽²⁵⁾ – већ је формална страна друштвене опасности управо законодавни мотив инкриминације који се јавља у виду неког законског обележја бића кривичног дела.

3) Док је друштвена опасност један друштвено–политички феномен, дотле је законодавни мотив инкриминације криминално–политички феномен. Кроз друштвену опасност се кривично дело оцртава као друштвено штетно дело, кроз законодавни мотив инкриминације дело се оцртава као дело чије инкриминисање одговара одређеној криминалној политици законодавца. Сва су кривична дела друштвено опасна, али нису и сва друштвено опасна дела – кривична. Међутим, сва дела која одговарају законодавном мотиву инкриминације су нужно и кривична дела. То значи да су само она друштвено опасна дела која закон из криминално–политичких разлога жели да инкриминише, предвиђена у закону као кривична дела. Другим речима, законодавни мотив инкриминације јесте криминално– политичка компонента у дефиницији појма кривичног дела, без које се не би знало зашто законодавац сматра да једно друштвено опасно дело „заслужује” да буде предвиђено у закону као кривично дело. Ако је друштвена опасност објашњење зашто је једно дело кривично, законодавни мотив инкриминације је објашњење зашто је једно дело друштвено опасно (у кривичноправном смислу).

Наведене разлике између друштвене опасности и законодавног мотива инкриминације у довољној мери оправдавају њихову заједничку (паралелну) егзистенцију у склопу појма кривичног дела. Стоји, међутим, чињеница да те разлике и нису тако велике да би одстрањивање неког од ових елемената учинило дефиницију појма кривичног дела недореченом. Стога, ако би се, концизности ради, ишло на одстрањење неког од ових елемената из појма кривичног дела, онда сматрамо оправданим да то буде елемент друштвене опасности, јер друштвена опасност као апстрактан појам мање доприноси прецизирању суштине кривичног дела од елемента који се састоји у захтеву да кривично дело буде одговарајуће законодавном мотиву инкриминације.

29. Мада за теоријско дефинисање појмова то није од пресудног значаја – ипак се поставља питање да ли увођење захтева да дело одговара законодавном мотиву инкриминације у појам кривичног дела, има свог ослоња у законској дефиницији кривичног дела из члана 8. КЗ СФРЈ.

Да би се на то питање одговорило, потребно је поћи од самог текста чл. 8. ст. 1. КЗ СФРЈ. Према овој одредби кривично дело је друштвено опасно дело које је законом одређено као кривично дело и чија су обележја одређена законом.

Посматрајући ову дефиницију, одмах се може поставити питање зашто је у њој на два различита начина поменут законски елемент кривичног дела (прво речима „које је законом одређено као кривично дело”, а затим речима „чија су обележја одређена законом”).

Када се, у тражењу одговора на ово питање, дубље анализира наведена законска одредба – може се доћи до закључка да је законодавац највероватније желео да поред истицања законског елемента у традиционалном значењу (тј. у значењу: *Nullum crimen — sine lege*) – подвуче овај елемент и са још једног аспекта, наиме, с аспекта неопходности да дело одговара његовом законском опису, на чему неки немачки аутори посебно инсистирају⁽²⁶⁾. Но, захтев да

(25) Френк, *op. cit.*, стр. 117–118; Таховић, *op. cit.*, стр. 116; Радовановић, *op. cit.*, стр. 106 и др.

(26) Неопходност да кривично дело одговара законском опису бића (*Tatbestandsmassigkeit, Typizität*) први је истакао Белинг 1906. г у свом делу *Lehre vom Verbrechen*.

дело одговара свом законском опису није ништа друго до удовољавање принципу законитости. Увођењем елемента „бићу– сходности” – како каже Велцел – у ствари се испуњава принцип легалитета⁽²⁷⁾. Стога ипак остаје отворено питање да ли је потребно овај принцип у дефиницији кривичног дела наглашавати два пута. Није ли довољно истаћи да кривично дело мора бити описано у кривичном закону као кривично дело.

У нашој литератури се (колико нам је познато) уопште није дискутовано о разлозима и о теоријским импликацијама проширења законске дефиниције кривичног дела у односу на дефиницију која је била дата у чл. 4, ст. 1. КЗ из 1951. године (где је кривично дело било дефинисано само као друштвено опасно дело чија су обележја одређена законом). Једино се у Коментару КЗ СФРЈ⁽²⁸⁾ истиче да је ово проширење учињено зато да би се поред обавезе законодавца да одреди обележја кривичног дела – успоставила његова обавеза да тако одређена обележја утврди као кривично дело.

Иако ово на први поглед веома много подсећа на таутологију, мишљења смо да се процес утврђивања да одређено биће представља кривично дело, разликује од процеса самог утврђивања обележја тог бића. Према томе, да би једно дело представљало кривично дело – потребно је поред тога што је утврђено да испуњава обележја кривичног дела (тј. да је бићу сходно) да се још утврди да је тим испуњењем обележја стекло услове да се, у складу са законском интенцијом, сматра кривичним делом.

30. До оваквог закључка смо дошли имајући у виду једну веома занимљиву поделу бића кривичних дела која се нарочито сусреће у немачкој литератури.

Код неких кривичних дела законодавац описује сва обележја и та обележја представљају тзв. „затворено биће кривичног дела”. Код таквих кривичних дела – дело се исцрпљује у самом опису. Остварењем датих обележја испуњава се целокупан криминални садржај дела, јер се из тих обележја види зашто је то дело по закону кривично дело.

Насупрот томе, постоје и таква кривична дела код којих закон нека обележја описује само делимично, препуштајући судији да их допуни. Овде је реч о тзв. „отвореним бићима кривичног дела” или о бићима која траже допуњавање (*offenen oder ergänzungsbedürftigen Tatbestände*)⁽²⁹⁾. Таква су, нпр. по Велцелу, сва неправда кривична дела пропуштања, код којих судија мора да утврди ко је обавезан на чињење да би утврдио да ли понашање одређеног лица (његово нечињење) представља кривично дело. Као што се види, овде су у питању елементи који су такође саставни део бића кривичног дела, али нису у потпуности описани. Њих закон имплиците или експлиците назначује али тако што не даје њихову пуну садржину већ кроз њих поставља само „тачку гледања” (*Gesichtspunkt*) са које судија треба да пође да би оценио да ли су они у конкретном случају остварени⁽³⁰⁾.

(27) Welzel, *op. cit.*, стр. 49.

(28) Колектив аутора под редакцијом Н. Срзентића, *Коментар Кривичног закона СФРЈ*, Београд, 1978, стр. 51.

(29) В.о томе: Welzel, *op. cit.*, стр. 49–50.

(30) Неки немачки аутори оспоравају деобу бића кривичних дела на отворена и затворена. Тако Ваутманн (*op. cit.*, 275) тврди да свако биће кривичног дела треба посматрати као део целокупног правног поретка и да се оно може допуњавати зависно од тога како се кривичним правом заштићене вредности схватају у другим областима живота и права (нпр. заштита телесног интегритета је ужа у области спорта, заштита живота је ужа у области астронаутике и сл.), тако да се разлика између отворених и затворених бића једва може пронаћи. Слично мишљење износи и Jescheck (*op. cit.*, стр. 197) који каже да допуња-

31. Ако се ово учење о отвореним и затвореним бићима кривичног дела пребаци на наше учење о законодавном мотиву инкриминације као елементу појма кривичног дела, онда се лако може доћи до закључка да су код тзв. отворених бића, управо њихова отворена обележја носиоци објашњења зашто се та дела сматрају кривичним тј. да у њима лежи законодавни мотив њихове инкриминације. Другим речима, овде (код отворених бића) није довољно да се утврди да је дело остварило обележја одређена законом, него је потребно да се утврди да ли та обележја, с обзиром на околности конкретног случаја, представљају дело које је у закону одређено као кривично дело (тј. делом које одговара законодавном мотиву инкриминације).

Из тога произилази објашњење наше горње констатације да процес утврђивања да једно дело остварује законска обележја, још увек није довољан, и да је за установљење постојања кривичног дела потребно још утврдити и да та обележја представљају кривично дело које је у закону предвиђено као кривично дело (тј. које одговара законодавном мотиву инкриминације).

32. Када се целокупно ово резонување пребаци на терминологију употребљену у чл. 8, ст. 1. КЗ СФРЈ, може се закључити да би сви изрази употребљени у овој одредби имали своје пуно оправдање, ако би се синтагма „... које је законом одређено као кривично дело...”, схватила у смислу: које је одговарајуће законодавном мотиву инкриминације. Према томе, одредбу чл. 8, ст. 1. Кривичног закона, би по нашем мишљењу, требало разумети тако да се под кривичним делом подразумева друштвено опасно дело које је законом одређено као кривично дело и које одговара законодавном мотиву инкриминације.

При том треба нагласити да се адекватност законодавном мотиву инкриминације не тражи само код кривичних дела са тзв. отвореним бићем, као што би то на први поглед из горњих излагања произишло. И кривична дела са затвореним бићем морају одговарати законодавном мотиву инкриминације. Но, код ових кривичних дела одмах је видљиво шта је законодавни мотив инкриминације, јер то произлази из њихових обележја, која је законодавац потпуно описао. У том случају може се рећи да је сам законодавац дефинисао свој мотив инкриминације. За разлику од тога, код тзв. отворених бића – да ли дело одговара законодавном мотиву инкриминације – мора да утврди суд на основу критеријума („тачке гледишта“) који му законодавац у опису дела даје.

вање бића које врши судија није ништа друго до оцена противправности дела, тј. оцена да ли постоје неки основи оправдања дела. Чињеница је да се питање отворених и затворених бића може помешати са питањем противправности. Тако се у примеру који наводи Welzel, а који се тиче неправих кривичних дела нечињења, више ради о оцени противправности понашања (тј. о оцени да ли је пропуштање учиниоца противно императивној норми), него о допуњавању отвореног бића. Но, тиме по нашем мишљењу, ипак није негирано постојање бића која имају и таква обележја чију садржину судија мора допуњавати на основу околности конкретног случаја, независно од оцене саме противправности дела. У нашем законодавству се може наћи доста таквих бића. На пример, код кривичног дела одавања државне тајне (чл. 129. КЗ СФРЈ) суд мора у неким случајевима да утврђује да ли је одавање података „могло да има штетне последице за политичке, економске или војне интересе земље“; код кривичног дела неовлашћеног фотографисања (чл. 71. КЗС), суд мора да утврђује да ли се при томе осетно задире у лични живот пасивног субјекта, итд. У свим оваквим случајевима кривично дело није у целини садржајно одређено законским описом, већ тај садржај суд мора допунити, посматрајући конкретан случај у складу с интенцијом законодавца тј. у складу са „тачком гледања“ коју му законодавац у свом тексту назначавача.

С обзиром на изнето и у једном и у другом случају, дело мора бити „законом одређено као кривично дело” (тј. мора одговарати законодавном мотиву инкриминације), с том разликом што у првом случају (код затворених бића) то утврђивање врши сам законодавац својим потпуним описом свих обележја кривичног дела, док у другом случају он препушта суду да утврди да ли конкретно реализовани опис представља оно што је он хтео да предвиди као кривично дело.

33. У излагањима која су непосредно претходила, (под 29–32) покушали смо да осмислимо иначе тешко разумљиву синтагму „...које је законом одређено као кривично дело...” из чл. 8, ст. 1. КЗ СФРЈ. Истовремено смо настојали да нађемо законску потврду нашег става да адекватност законодавном мотиву инкриминације треба да буде унета у појам кривичног дела. У којој мери смо то успели, тешко је проценити због нејасности самог текста чл. 8, ст. 1. КЗ СФРЈ. Но, то и није био наш најважнији циљ. Важнији циљ од тога био нам је да кроз целокупан рад покушамо да пружимо убедљиву теоријску аргументацију за прихватање нашег става да у појам кривичног дела треба унети захтев да оно буде одговарајуће законодавном мотиву инкриминације.

(Примљено 3. 10. 1990)

Dr Dragoljub Atanacković

Professor of the Faculty of Law in Belgrade

A CONTRIBUTION TO DEFINING THE GENERAL CRIMINAL OFFENCE

Summary

According to the realistic conception applied in this study, the essence of a criminal offence consists in causing a consequence by a human action. However, purely objective—causal and naturalistic conception of the criminal offence is too narrow to explain the nature of the criminal offence as a real phenomenon. In addition to being a natural phenomenon, the criminal offence may appear also as a legal or social phenomenon, whose existence does not depend significantly from taking place of a consequence. Accordingly, the criminal offence should be conceived as a human behaviour, regardless of whether it has caused a consequence or not.

If a criminal offence has a consequence, than this consequence appears, as a rule, as a legislative motive for its incrimination, namely as an explanation of reason for being treated by the law—maker as a criminal offence. However, even in the presence of those criminal offences which have no consequence, there should be a legislative motivation for the incrimination, namely the one which can be discovered in the legislative description of the being (substance) of the criminal offence. Therefore, not every offence must correspond to the legislative motive for incrimination. Consequently, the reive motive for incrimination should be introduced in the very notion of the criminal offence.

Key words: *Criminal offence. — Social danger. — Illegality.*

Dragoljub Atanacković

professeur à la Faculté de droit de Belgrade

UNE CONTRIBUTION À LA DÉFINITION GÉNÉRALE DU CONCEPT D'ACTE CRIMINEL

Résumé

Selon le concept réaliste, qui est le point de départ du présent travail, l'essence de l'acte criminel réside dans la production des conséquences par un acte humain. Cependant, le concept purement objectif, causal et naturaliste de l'acte criminel est trop étroit pour expliquer la nature de l'acte criminel comme phénomène réel. L'acte criminel représente non seulement un phénomène naturel, mais il peut apparaître aussi comme phénomène juridique ou social, phénomène pour lequel l'apparition des conséquences n'est pas pertinente. Par conséquent, l'acte criminel doit être compris comme comportement humain, sans égard au fait qu'il provoque ou non une conséquence.

Si un acte criminel a une conséquence, cette conséquence apparaît en règle générale comme motif législatif pour son incrimination, d'est-à-dire comme explication des motifs pour lesquelles cet acte a été prévu par le législateur comme un acte criminel. Cependant, même chez les actes criminels qui n'ont pas de conséquences, le motif législatif de leur incrimination doit exister et il peut être trouvé dans la description législative de leur essence. S'en suit la conclusion que chaque acte criminel ne doit pas avoir une conséquence, mais que chaque acte criminel doit correspondre au motif législatif d'incrimination. C'est pourquoi l'exigence que l'acte criminel corresponde au motif législatif d'incrimination doit être incorporée dans le concept même de l'acte criminel.

Mots clé: *Acte criminel. - Danger social. - Contraire à la loi.*