

Ивана З. Марковић
Универзитет у Београду
Правни факултет у Београду
ivana.markovic@ius.bg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-2419-7808

ТЕОРИЈСКЕ ОСНОВЕ КАЖЊИВОСТИ САУЧЕСНИШТВА У УЖЕМ СМISЛУ, СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ПОМАГАЊЕ*

Сажетак: У раду је најпре представљено, а пошто и критиковано седам најважнијих схваћања у погледу основа на којима се заснива кажњивост облика саучесништва у ужем смислу, пре свега поимања. Конкретно се ради о следећим учењима: теорија о учешћу у кривизи, теорија о учешћу у неправу, солидарисање као основ кажњивости, чиста теорија проузроковања, акцесорно оријентисана теорија проузроковања, теорија акцесорног најда на правно добро, као и принцип индизивирања као основ кажњивости. Најослећку је указано на додате критике поменутих схваћања, уз закључно одређење да је најмање сигурна и понајвише у духу важеће законодавства теорија акцесорног најда на правно добро.

Кључне речи: Теорије кажњивости. – Саучесништво у ужем смислу. – Теорије о корумпиранију. – Солидарисање. – Теорије проузроковања. – Акцесорност. – Индизивирање.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

У Кривичном законик у Србије (КЗ)¹ не постоји општа одредба која говори о (непосредном) извршилаштву. Одредбе из чл. 33. до 36. КЗ, које се одnose на облике саучесништва, међутим обликоване су махом према моделу

* Рад представља измењено и допуњено истраживање које је обухваћено необјављеном докторском дисертацијом, која носи назив „Помагање као облик саучесништва у кривичном праву“.

¹ Кривични законик – КЗ, Службени гласник РС, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

непосредног извршиоца, чији се појам апстрахује и прилагођава одређеном опису кривичног дела. Сажето речено: одредбе Општег дела о саучесништву индиректно се односе на одредбе Посебног дела, док одредбе Посебног дела „пред очима“ имају само непосредног извршиоца.

Стога се може рећи да одредбе о саучесништву из Општег дела заснивају кажњивост, јер да њих нема, подстрекавање и помагање би остали некажњиви.² Чл. 33 до 36. КЗ проширују кажњивост на учествовање у кривичном делу, у складу са начелом законитости (*nullum crimen sine lege*).³ Поставља се питање како се оправдава санкционисање саучествовања у кривичном делу, укључујући питање зашто се саучесник – помагач привилегује (кроз ублажавање казне) у односу на извршиоца.⁴

У основи кажњивости саучесништва нужно је инкорпорисан и основ кажњивости помагања, као његовог облика у ужем смислу. Закон не именује експлицитно један такав општи основ, већ је остављено да се, полазећи од одредби о облицима саучесништва, нађе њихов заједнички именуатељ који ће теоријски засновати кажњавање. Свакако, и због те заједничке основице, помагање треба посматрати у интерконекцији са осталим облицима саучесништва.

2. ТЕОРИЈЕ О „КОРУМПИРАЊУ“

2.1. Теорија о учешћу у кривици

Најпознатији заговорник⁵ теорије о учешћу у кривици (*Schuldteilnahmetheorie*), Mayer, основ за кажњавање види у томе што помагач „гура“ главног учиниоца у кривицу: „Саучесник по правилу постаје крив тако што учиниоца уплете у кривицу и казну и још саделује у делу.“⁶ Из оваквих формулација може се прочитати црквеноправно порекло овог основа.⁷

² Упор. R. D. Herzberg, „Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände“, *GA* 1/1971, 2.

³ *Renzikowski* указује да то чини рестриктивни појам извршиоца, јер да је примењен екстензивни појам, неправо саучесништва (*Teilnehmerunrecht*) не би се квалитативно разликовало од неправог извршиоца (*Täterunrecht*). J. Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tübingen 1997, 34.

⁴ B. Heinrich, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Kohlhammer, Stuttgart 2016, 551.

⁵ Поред Mayer-а, ово схватање заступали су E. Beling, „Rechtsprechung des Reichsgerichts“, *ZStW* 1898, 272 и F. Schaffstein, „Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Schuldrechtssystems“, *ZStW* 1938, 323.

⁶ H. Mayer, „Täterschaft, Teilnahme, Urheberschaft“, -in: *Festschrift für Rittler*, Scientia, Aalen 1957, 255.

⁷ Занимљиво је образложење одлуке швајцарског Врховног суда: „Art. 24 I StGB, који за подстрекавање предвиђа исту казну као за извршиоца, не заснива се на фикцији да је

Roxin, иначе опречних схватања, теорију сажима следећим речима: „Старија теорија о учешћу у кривници основ за кажњавање саучесништва није видела у саучесничковој повреди правног добра, већ у његовом корумпирању⁸ (кварењу) извршиоца кроз његово уплитање у забрањену радњу.“⁹

Теорија о учешћу у кривници не може се ускладити са важећим словом закона, а није више актуелна ни у догматици.¹⁰ Главни аргумент против је начело индивидуалне субјективне одговорности у садејству са начелом лимитиране акцесорности, односно одредба члана 36. КЗ (§ 29 StGB),¹¹ према којој сваки саучесник одговара у границама своје кривнице. „Уплитање у кривницу и казну“ *de lege lata* није, дакле, услов за кажњавање саучесника.¹²

2.2. Теорија о учешћу у неправу

Из теорије о учешћу у кривници развила се тзв. модификована теорија о учешћу у кривници (*modifizierte Schuldteilnahmetheorie*), познатија као теорија о учешћу у неправу (*Unrechtsteilnahmetheorie*).¹³ Кројена је превасходно према саучесничкој форми подстрекавања и полази од тога да саучесник није желео учиниоца да „уведе“ у кривницу, већ да га води путем неправу;¹⁴ да га социјално дезинтегрише (стога њен синоним гласи још теорија дезинтеграције – *Desintegrationstheorie*). Не само да се друштвена интегрисаност извршиоца сматра заштићеним правним добром,¹⁵ већ се њоме, насупрот претходној теорији, одржала и теорија лимитиране акцесорности. Умишљај

подстрекач сâм извршио дело, већ на идеји да он начелно заслужује исту казну као онај кога је он навео на вршење злочина, чиме га је послао у пропаст“ (BGE 73, IV, 240). M. Welz, *Zum Verhältnis von Anstiftung und Beihilfe*, Lang, Frankfurt 2010, 23.

⁸ Још раније појам корумпирања помиње P. Perten, *Die Beihilfe zum Verbrechen. Eine Untersuchung de lege ferenda*, Schletter, Breslau 1918, 146.

⁹ C. Roxin, *LK I*, 107.

¹⁰ B. G. Jakobs (2011), 222; C. Roxin, *LK I, ibid.*; W. Gropp, *Deliktstypen mit Sonderbeteiligung, Untersuchungen zur Lehre von der notwendigen Teilnahme*, Mohr, Tübingen 1992, 75-77.

¹¹ Strafgesetzbuch – StGB. Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 4. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2146) geändert worden ist. § 29 StGB: „Сваки учесник казниће се према сопственој кривници, без обзирања на кривницу другога.“ (*Selbständige Strafbarkeit des Beteiligten* – Самостална кажњивост учесника). *Beteiligter* се преводи као учесник, док *Teilnehmer* значи саучесник.

¹² M. Welz, 24.

¹³ St. Trechsel, *Der Strafgrund der Teilnahme*, Stämpfli, Berlin 1967, 54; G. Less, „Der Unrechtscharakter der Anstiftung“, *ZStW* 1/1957, 43; M. Wolff-Reske, *Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung: ein Beitrag zu den Grenzen der Beihilfestrafbarkeit*, Nomos, Baden-Baden 1995, 97.

¹⁴ O. Schoepke, *Die Geringfügigkeit des Gehilfenbeitrags*, Lang, Frankfurt 2013, 11.

¹⁵ U. Stein, *Die strafrechtliche Beteiligungformenlehre*, Duncker & Humblot, Berlin 1988, 100–103.

подстрекача био би усмерен (и) на чињење неправу извршиоцу,¹⁶ поред усмерења према правном добру главног дела.

Модификована теорија о учешћу у кривизи превиђа да је извршилац онај који дела; да он одлучује да ли ће се наћи на страни неправу. Иако је ово схватање тежило да заобиђе слабости свог претходника, критичких тачака има неколико. На првом месту је аргумент да важеће кривично право не штити социјалну интегрисаност. *Roxin* правилно примећује да је кривичноправна заштита од лоших (друштвених) утицаја непозната (његовом, али и нашем) правном поретку.¹⁷ Да теоријски узмемо да оно то ипак чини, да је ипак штити, и даље није објашњено зашто би апстрактно угрожавање правног добра „друштвене интегрисаности“ у оквиру подстрекавања било запрећено истом казном као повреда потпуно другачијег, главним делом нападнутог, често вреднијег правног добра.¹⁸ Треба додати и да је свако одговоран за степен своје друштвене интеграције,¹⁹ што је, иначе, помало „неухватљив“ појам и може се тумачити на разне начине.²⁰

Теорија о учешћу у неправу коси се и са релативизованом теоријом лимитиране акцесорности из чл. 36. ст. 4. КЗ,²¹ према коме немање наведених личних својстава код подстрекача и помагача може довести до ублажавања казне, упркос дезинтеграцији извршиоца.²²

Оријентисање запрећене казне саучесника према распону казне за главно дело, а не према спремности главног учиниоца да чини неправу, такође говори против ове теорије.²³ Још једна слабост огледа се у томе што не може да уклопи помагање као облик саучесништва,²⁴ с обзиром на то да је извршилац, иако му се помаже у делу, већ пре тога одлучио да ће се дезинтегрисати, тј. одвојити од друштва.²⁵

¹⁶ M. Welz, 25.

¹⁷ C. Roxin, *LKI*, 107, 108.

¹⁸ W. Joecks, *MiKo*, 1218.

¹⁹ У том смислу и: R. Ingelfinger, *Anstiftersvorsatz und Tatbestimmtheit*, Duncker & Humblot, Berlin 1992, 114; R. Keller, *Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten*, Duncker & Humblot, Berlin 1989, 164.

²⁰ *Schoepke* сматра да овај појам нема јасне обресе. O. Schoepke, 11.

²¹ Чл. 36, ст. 4. КЗ гласи: „(4) Лични односи, својства и околности који представљају битно обележје кривичног дела не морају постојати код подстрекача или помагача. Подстрекачу или помагачу који нема такво лично својство, казна се може ублажити.“

²² M. Wolff-Reske, 97.

²³ St. Osnabrügge, *Die Beihilfe und ihr Erfolg: zur objektiven Beziehung zwischen Hilfeleistung und Haupttat in § 27 StGB*, Duncker & Humblot, Berlin 2002, 36.

²⁴ То признаје и сâм *Trechsel*. St. Trechsel, 107.

²⁵ M. Welz, 25. Другачије на то гледа *Keller*, који у помагању види подржавање криминалне каријере, чиме главни учинилац опет бива изложен социјалној дезинтеграцији. R. Keller, 163. Међутим, овај аргумент делује конструисано. Поред већ поменутих начелних приговора, тешко се може установити да ли је извршилац био подржан у својој злочиначкој

3. СОЛИДАРИСАЊЕ КАО ОСНОВ КАЖЊИВОСТИ

Догматску основицу општих кривичноправних схватања чини принцип самоодговорности, према коме је област одговорности сваког човека начелно ограничена на сопствено понашање на начин да је довољно да га усмери да он сам не повреди заштићено правно добро.²⁶ (Са)Одговорност саучесника за последицу туђег дела одступа од овог принципа и захтева образложење.²⁷ Кажњивост саучесништва не би могла да се објасни само узроковањем последице, већ би требало да проистиче из невредности радње. Слично резону кривичних дела прикривања (чл. 221. КЗ) и помагања учиниоцу после извршеног кривичног дела (чл. 333. КЗ), *Schumann* основ кажњивости види у солидарисању са туђим неправом.²⁸ Радња саучесништва као таква већ садржи посебну невредност радње, због чега је „неиздржив пример“ за правну заједницу.²⁹ Друштвена штетност се даље огледа и у друштвено-психолошкој опасности по важење права и подобности да умањи осећај правног мира.³⁰

Међутим, ни ова теорија није лишена слабости. Приговара јој се да појам солидарисања није у довољној мери одређен да би могао да се разграничи у односу на неутралне радње.³¹ Шуманов одговор је да код свакодневних радњи као помагачких доприноса нема нужно солидарисања, а то се види, између осталог, и по „близини делу“.³²

То, међутим, не може да објасни нејасноће које појам солидарисања носи са собом, те зато имамо тумачења која се више воде осећајем за право, него што представљају резултат субсумације.³³ Тако се потврђује солидарисање у примеру када будући провалник пријатељу продавцу алата исприча за свој план, а овај му (ипак) прода шрафцигер, а негира се у примеру када

каријери кроз нечији помагачки допринос; пре ће бити да га је последица (успех) његовог дела понукала да настави са тиме. О. Schoepke, 12. Аутор чак иде даље у тумачењу, илуструјући то супротним примером, када извршилац одустаје од даље криминалне каријере управо због помагачког доприноса, јер он у њему изазива осећај срамоте. *Ibid.*, 12. Оваква теза делује, додуше, идеалистички и несаобразна реалности; прецењујући (моралне) обзире непосредног извршиоца, којих очито и пре укључивања помагача, није било у мери довољној да га још тада одврати од вршења дела.

²⁶ H. Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Mohr Siebeck, Tübingen 1986, 42.

²⁷ *Ibid.*, 43.

²⁸ *Ibid.*, 50.

²⁹ *Ibid.*, 49.

³⁰ *Ibid.*

³¹ R. Ingelfinger, 119.

³² H. Schumann, 57.

³³ O. Schoepke, 13.

гостионичар каснијег провалника, који га је претходно упутио у свој наум, напоји окрепљујућим пићем; служећи се аргументом веће близине делу (неправу).³⁴ Овај резултат може деловати исправно, али се не заснива на чврстим правним правилима, већ на осећају, па га тако други могу тумачити другачије, сходно своме личном осећају за право;³⁵ отвара се простор арбитрности.

Због непрецизности појма солидарисања релативизује се један други приговор: да ова теорија не може да објасни различиту казнену политику код подстрекавања и помагања, јер, тако се тумачи, оба облика у истој мери представљају солидарисање са туђим неправом.³⁶ Међутим, подстрекавање као навођење на извршење кривичног дела и помагање као обичан допринос његовом остварењу не могу представљати исти степен солидарисања, јер њихове радње нису истог интензитета, а да се кривично право не би свело на кривично право које кажњава због уверења (*Gesinnungsstrafrecht*), кључно мерило солидарисања била би објективно предузета (или пропуштена) радња. Притом, код подстрекавања не само да се као саучесник солидарише, он чини више од тога; он покреће узрочни ланац.³⁷

Могуће је учествовање у делу без солидарисања као таквог. Пример за то би било када саучесник дубоко у себи не жели остварење дела или му је чак одбојно, па се срами због тога што ради, али због неких својих даљих мотива (нпр. беспарице), ипак предузима саучесничку радњу.³⁸ Због тога се *Nikolidakis* пита да ли се помагач заиста солидарише са туђим неправом, јер ако останемо при начелу самоодговорности, онда се неко ко је сâм одговоран за своје поступке не може правдати тиме да је био вођен туђим примером.³⁹

Напослетку, теорија не може да објасни зашто упркос солидарисању са извршиоцем, у недостатку главног дела (тј. уласка у кажњиву зону) ипак нема успостављања одговорности помагача (на супрот кажњивом неуспелом подстрекавању, где одговорности подстрекача има).⁴⁰ И ова тачка се коси са горепоменутиим аргументом о једнакости солидарности подстрекача и помагача.

³⁴ H. Schumann, 68.

³⁵ O. Schoepke, 14.

³⁶ R. Ingelfinger, 119.

³⁷ *Welz* сматра да се солидарисање може извршити само након извршеног главног дела, што по њему представља разлог више за одбацивање ове тезе. M. Welz, 23.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ M. Nikolidakis, *Grundfragen der Anstiftung: Strafgrund-agent provocateur-Objektsverwechslung*, Duncker & Humboldt, Berlin 2004, 36.

⁴⁰ M. Wolff-Reske, 99.

4. ТЕОРИЈЕ ПРОУЗРОКОВАЊА

4.1. Чиста теорија проузроковања

Чиста теорија проузроковања (*Reine Verursachungstheorie*), позната још као учење о деликту саучесника (*Lehre vom Teilnehmerdelikt*), полази од самосталности саучесничког неправга. Садржина неправга види се искључиво у узрочном доприносу повреди правног добра, из чега произлази да је саучесништво самостални деликт.⁴¹ Како истиче *Lüderssen*,⁴² најпознатији представник овог учења, битно је да ли је правно добро заштићено и у односу на саучесника, па ако је одговор потврдан, потврђује се и кажњивост саучесника, макар не постојало главно дело,⁴³ јер саучесник није одговоран због свог доприноса туђем делу, већ због сопственог неправга које испуњава законски опис. Акцесорност је чисто фактичке природе;⁴⁴ остварењем деликта од стране извршиоца и саучесника постоје два самостална дела у односу на исту повреду правног добра.⁴⁵ Како сматра, не постоји нужно међусобни однос између „деликта извршиоца“ и „деликта саучесника“, због чега је мишљења да треба казнити и саучесника у самоубиству,⁴⁶ јер је живот самоубице заштићен у односу на лица са стране/друга лица.⁴⁷

У међувремену, ова теорија је постала неприхватљива, чак и за њеног зачетника *Lüderssen*-а, а приговора је неколико.⁴⁸ Најпре се критикује то што би покушај подстрекавања представљао само припремну радњу наме-

⁴¹ К. *Lüderssen*, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, Nomos, Baden-Baden 1967, 119.

⁴² Поред *Lüderssen*-а, заступао ју је и *Schmidhäuser*; додуше, са делимично другачијим облажењем и одступајућим резултатима, попут некажњивости саучесника за прави посебни деликт, јер њиме заштићено добро екстранеус не би ни могао да повреди. Е. *Schmidhäuser*, *Strafrecht / Allgemeiner Teil*, 1. Aufl., Mohr, Tübingen 1970. У међувремену, *Schmidhäuser* је признао да закон у § 28 Abs. 1 StGB полази од његове кажњивости. Овиме је посредно признао и несагласје оваквог схватања са законском реалношћу, што ово поимање чини више правнополитичким програмом, неголи чврстом теоријом. М. *Wolff-Reske*, 99; С. *Roxin*, *LK I*, 109.

⁴³ М. *Wolff-Reske*, 99.

⁴⁴ К. *Lüderssen*, 137.

⁴⁵ М. *Welz*, 26.

⁴⁶ У немачком кривичном праву, насупротив решењу у српском праву (члан 119. КЗ – навођење на самоубиство и помагање у самоубиству), саучесништво у самолишењу живота није кажњиво. Више о томе: И. Марковић, „Границе помагања у самоубиству према немачком кривичном праву”, *Сйрани йравни живойй* 2/2016, 157–168.

⁴⁷ Критично о овоме: М. *Welz*, 26. Он указује да се ово схватање не поклапа са немачким законским решењем, а да ако *Lüderssen* жели да задржи резултат кажњивости за учествовање у суициду, мора да се преусмери на институт посредног извршиоца, чиме онда излази из сфере саучесништва (јер је посредни извршилац врста извршиоца).

⁴⁸ М. *Welz*, 26.

раване повреде правног добра, те тиме релативизовао одредбу § 30 I StGB;⁴⁹ те да би се потпуно одвајање од начела акцесорности *de lege lata* морало одбацити, тј. да се акцесорност може само *contra legem* заобићи пошто је акцесорност правна, а не фактичка веза,⁵⁰ као и игнорисање функције акцесорности да се ограничи кажњивост (*strafbarkeitsbegrenzende Funktion der Akzessorität*).⁵¹ Једина конкретна заслуга која јој се ипак мора признати јесте да је подвукла самосталност елемената саучесничког неправна.⁵²

4.2. Акцесорно оријентисана теорија проузроковања

Акцесорно оријентисана теорија проузроковања (*Akzessoritätsorientierte Verursachungstheorie*), као владајуће схватање са великим бројем заговорника⁵³ и судском праксом која ју је потврдила, основ кажњивости помагања види у подржавању, подстицању или изазивању повреде правног добра; слично као чиста теорија проузроковања. За разлику од ове своје догматске претходнице, ова теорија акцесорност ставља у први план тако што неправо саучесништва изводи из неправна извршиоцевог дела и занемарује самосталне елементе неправна саучесништва.⁵⁴ То, другим речима, значи да саучесничко неправо у основи и по мери зависи од главног дела.⁵⁵

Саучесник узрокује главно дело било кроз изазивање одлуке да се оно изврши, било кроз физичку или психичку подршку извршиоцу, због чега је јасно да саучесник не повређује норму из законског описа дела, већ се његово неправо састоји у суделовању у повреди норме, како је то појаснио *Heine*.⁵⁶ Другим речима, не крши сâм саучесник норму из посебног дела кривичног закон(ик)а, већ крши одатле проистичућу, у чл. 34. и 35. (односно §§ 26, 27 StGB) садржану забрану да другог наводи, односно да му помаже у том кршењу норми.⁵⁷

⁴⁹ § 30 I StGB говори о кажњивости и ублажавању казне за одређене облике учествовања у делу.

⁵⁰ R. Ingelfinger, 116.

⁵¹ C. Roxin, *Zum Strafgrund der Teilnahme, Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg 1993, 365.

⁵² M. Wolff-Reske, 100.

⁵³ H. H. Jescheck, Th. Weigend, 685; G. Stratenwerth, L. Kuhlen, *Strafrecht Allgemeiner Teil: die Straftat*, 5. Aufl., Vahlen, München 2004, 298.

⁵⁴ M. Wolff-Reske, 100.

⁵⁵ H. H. Jescheck, Th. Weigend, 685. У том смислу и *Stratenwerth/Kuhlen*: „Садржина саучесничког неправна одређује се примарно према неправу дела у коме се учествује.“ G. Stratenwerth, L. Kuhlen, 298.

⁵⁶ Он је назива још и теоријом подстицања (*Förderungstheorie*). G. Heine, *Schönke/Schröder*, 489.

⁵⁷ M. Welz, 28.

Но, ни ова теорија није имуна на критике. Приговара се због пренаглашене акцесорности, без њеног ближег догматског објашњења, чиме се, како сматра *Nikolidakis*, приближава екстензивном појму извршиоца.⁵⁸ *Renzikowski* се надовезује на ову критику, спочитавајући да се тиме занемарује одређујућа функција нормe понашања за саучесника, јер се противправност чини зависним од околности које наступају тек након завршетка саучесничковог доприноса.⁵⁹ Управљање понашањем *ex post*, међутим, нема много смисла.⁶⁰

У њеном контексту је проблематична некажњивост агента провокатора,⁶¹ где би се могло радити о саучесништву у покушају;⁶² тј. где би се конституисала кажњивост сходно овој теорији.

Како *Roxin* илуструје, преживела жртва покушаног лишења живота на захтев би морала да буде кажњена због подстрекавања, јер је другог (учиниоца) навела на противправно дело предвиђено законом. Неспорно је, међутим, да подстрекач не може да нападне своја сопствена добра. Овиме није постало јасно да противправност саучесништва подразумева да од стране извршиоца повређено добро мора да буде заштићено и према саучеснику.⁶³ Најзад, акцесорно оријентисана теорија проузроковања не може да пружи објашњење ни у погледу нужног саучесништва.⁶⁴

4.3. Теорија акцесорног напада на правно добро

Све признатија теорија акцесорног напада на правно добро (*Theorie vom akzessorischen Rechtsgutangriff*)⁶⁵ представља спој чисте и акцесорно оријентисане теорије проузроковања. *Roxin*, њен творац, описује је као „акцесорни напад на законским описом заштићено правно добро“.⁶⁶

Она представља комбинацију учења, јер полази од акцесорно оријентисане теорије проузроковања, али неправно саучесништва не изводи искључиво из неправa главног дела, већ укључује и да ли је саучесник повредио

⁵⁸ M. Nikolidakis, 45.

⁵⁹ Мисли се на довршење радње извршења главног учиниоца.

⁶⁰ J. Renzikowski, 42. *Wolff-Reske* критици пренаглашености акцесорности додаје да се тиме акценат ставља на невредност последице, док се данас срж кривичног неправa види преваасходно у невредности радње. M. Wolff-Reske, 100.

⁶¹ Више о томе: D. Fischer, *Die strafrechtliche Problematik des polizeilichen Lockspitzels*, Bonn 1982; W. Mitsch, *Straflose Provokation strafbarer Taten*, Schmidt-Römhild, Lübeck 1986; O. Schoepke, 18; Н. Јованчевић, 362.

⁶² В. Е. Samson, *SK*, 9.

⁶³ J. Renzikowski. 42.

⁶⁴ M. Welz, 29.

⁶⁵ Назива је још и мешовита теорија проузроковања. С. Roxin, *LK I*, 112.

⁶⁶ *Ibid.* Заступа је и Geppert. В. К. Geppert, „Die Akzessorietät der Teilnahme (§ 28 StGB) und die Mordmerkmale“, *Jura* 1/2008, 35.

правно добро које је и у односу на њега било заштићено,⁶⁷ тј. она полази делом од урачунавања извршиоцевог неправа, делом од самосталних елемената. Тиме избегава једностраности обе теорије. Везивањем за неправо главног дела, поштује законом установљен принцип акцесорности; везивањем за услов да је повређено правно добро било заштићено и у односу на саучесника избегава мањкавости акцесорно оријентисане теорије проузроковања.⁶⁸ Учествовање у главном делу није довољан, али јесте увек неопходан услов за саучесникову кажњивост.⁶⁹ Захтевом за акцесорношћу се омогућује контурисање те кажњивости; њено неограничено ширење избегава се везивањем за главно дело.⁷⁰

Међутим, не мисле сви да је овакав спој компатибилан. *Bloy* овом учењу пребацује да неправо саучесништва практично склапа из два хетерогена дела и да зато не долази до „јединства вишег реда“.⁷¹ *Keller* замера да агент провокатор угрожава правно добро; уколико је важење норме уздрмано њеним започетим прекорачењем, онда је друштвено признање правног добра угрожено, па утолико умишљајно подстицање покушаја од стране провокатора представља угрожавање правног добра.⁷² *Roxin* на ову изнету критику одговара да је провокатор у очима људи са стране бранилац важења норме; он правно добро не угрожава, већ га жели заштитити.⁷³

Најзад, и *Hoyer* приговара овом учењу, али нуди одмах и решење. Упркос *Roxin*-овој тврдњи да је једна од предности ове поставке да не ремети јединство основа кажњивости, оно на други поглед није нетакнуто. Помагање и подстрекавање, наиме, немају исти казни распон (помагање је у немачком праву, обавезни, а у српском праву факултативни основ за ублажавања казне), што захтева додатно објашњење ако се жели остати при јединству основа кажњавања. *Hoyer* га у наставку пружа: подстрекавање, због више запређене казне, мора јаче да „погоди“ заједнички основ кажњивости него помагање, што ће се постићи тако што се неправо главног дела дели на неправо радње и неправо последице.⁷⁴ Пошто подстрекач одлучујуће утиче

⁶⁷ С. Roxin, *LKI*, 105; G. Jakobs, 219.

⁶⁸ O. Schoerke, 24. Некажњивост нужног саизвршилаштва није више проблематична, јер се овде не повређују добра која су заштићена у односу на саучесника. Отпада и проблематичност некажњивости агента провокатора, јер он не жели повреду правног добра; он жели само да приведе учиниоца лицу правде и да у последњем моменту избегне повреду правног добра.

⁶⁹ Упор. С. Roxin (1993), 381.

⁷⁰ С. Roxin, *LKI*, 106.

⁷¹ R. Bloy (1985), 253.

⁷² R. Keller, 172.

⁷³ С. Roxin, *LKI*, 107.

⁷⁴ A. Hoyer, *SK*, 10. *Cramer* ову поделу приказује као владајуће схватање. P. Cramer (2001), *Schönke/Schröder*, 489.

на одлуку извршиоца да учини кривично дело, урачунава му се, поред неправна последице, и неправо радње. Насупрот њему, помагач није укључен у доношење одлуке, па му се не приписује неправо радње, већ „само“ неправо последице јер он својим деловањем подстиче њено наступање.⁷⁵ Због тога се помагачу на крају крајева „приписује мање неправа“, чиме се објашњава могућност/обавеза ублажавања његове казне.⁷⁶

5. ПРИНЦИП ИНТЕНЗИВИРАЊА КАО ОСНОВ КАЖЊИВОСТИ

Кажњиво помагање ће постојати када је повреду правног добра, која је проузрокована главним делом, омогућило, појачало или олакшало извршење главног дела (принцип интензивирања), сматра *Samson*. Он полази од функције норми, које обухватају само оне случајеве у којима, барем према представи учиниоца, прети погоршање објекта дела.⁷⁷ Пошто ће свако правно добро, попут живота, пре или касније нестати, право не може то пропадање у целости да спречи, већ може само да спречи да се тај моменат деси раније, да се помери унапред.⁷⁸ Он последицу види као погоршање шанси

⁷⁵ Према се *Hoyer* на овом месту не бави психичким помагањем, оно се ипак уклапа у његово размишљање, јер психичким помагањем саучесник само ојачава одлуку да се изврши дело или отклања последње дилеме главног учиниоца, али не ствара одлуку да се оно изврши. Ни код психичког помагања се, дакле, неправо радње не узима у обзир. Тако *O. Schoepke*, 25,26.

⁷⁶ *A. Hoyer, SK*, 9-11. Овим главним теоријама можемо да додамо и диференцирајуће гледиште *Heghmans*-а. Он је, наиме, схватања да подстрекавање и помагање у основи имају потпуно различите структуре. Помагање је суделовање у делу, док је подстрекавање иницирање дела без даљег учествовања у њему. Сходно томе се разликује неправо подстрекавање од неправна помагања. Према њему, помагање повећава опасност дела и узрокује додатно угрожавање правног добра, док подстрекавање ствара конкретну опасност по правно добро, јер извршиоца доводи до тога да спроведе свој напад. Помагач се кажњава, јер је пробио друштвену изолацију извршиоца (неправо радње) и што се то показало као повећање опасности код конкретног главног дела (неправо последице). *M. Heghmans, "Überlegungen zum Unrecht von Beihilfe und Anstiftung"*, *GA* 2000, 477, 478, 482. Против оваквог схватања могу се изнети (најмање) три аргумента. Најпре, важе они приговори који су били изречени на рачун теорије дезинтеграције, на коју се ово схватање једним делом ослања. Даље, *Heghmans* се концентрише на опасност која је наступила или која би могла да наступи, што изазива привид кажњивости за покушај и привид да је неправо саучесништва у потпуности самостално, игноришући начело акцесорности и одатле проистичућу везу са главним делом. Напослетку, различит распон казни не оправдава диференцирано решење, пошто полазна тачка теорије треба да буде садржина кривичног дела из посебног дела у коме саучесник суделује. Подстрекач се кажњава као извршилац из разлога генералне превенције, јер онај који покреће каузални ток треба да буде другачије санкциониран од оног који се том току касније прикључује. *M. Welz*, 32, 33.

⁷⁷ *E. Samson (1972)* 134, 102.

⁷⁸ *Ibid.*, 98.

за опстанак правног добра (на пример, код убиства би последица била скраћење живота; код кривичних дела где се не ради о уништењу, већ о оштећењу, последица би била повећање штете), чиме индиректно узима у обзир хипотетичке резервне узроке, јер забрана радње не би могла више да обезбеди делотворну заштиту објекта радње ако би последица настала у исто време у истој мери због резервних узрока и без помагачке радње,⁷⁹ што би значило некажњивост помагача.⁸⁰

Ово се исправља принципом преузимања.⁸¹ Уколико резервни узрок чини део плана резервног учиниоца, а не природног каузалитета, онда забрана важи за помагача и онда када је судбина правног добра планом узрочног учиниоца ионако запечаћена,⁸² јер право не треба да одустане ако може још да покуша својим средствима (нормама) да спасе објекат дела.⁸³ Упростијено речено, иако делује да ће се повреда „ионако десити“, то не спречава право да покуша да пружи заштиту том добру. Стога је помагач стање правног добра погоршао не када би то стање без његове радње било неко боље, него већ онда када би то добро било спасено да су он и сви други се придржавали заштитних норми.⁸⁴ Оправдање за забрану његовог понашања изводи се, дакле, из тога да су и радње резервног учиниоца забрањене.⁸⁵

6. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА: ДОДАТНА КРИТИКА ИЗНЕТИХ СТАВОВА

Пратећи редослед којим су теорије о основу кажњивости излагане, можемо да додамо следеће.

Теорија о учествовању у кривници превиђа слободну вољу извршиоца, чиме негира индивидуалну, субјективну одговорност извршиоца, постављајући га као некога ко се одвећ лако може уплети у кривично дело, заправо обрћући тиме начело акцесорности, тако да сада делује да његова одговорност зависи од онога што је учинио саучесник. Она већ залази извесни патернализам, који одриче главном учиниоцу кривичног дела самосталност у

⁷⁹ *Ibid.*, 115. Ова теорија се односи и на извршилачке радње.

⁸⁰ В. *Schaffstein*-ов пример са мердевинама на страници 114.

⁸¹ Принцип преузимања се назива тако, јер помагач преузима радњу (допринос) која је забрањена за извршиоца, што је кажњиво чак и када би последица настала на исти начин да је хипотетичку резервну радњу предузео учинилац.

⁸² Е. Samson (1972), 137.

⁸³ М. Baunack, *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfe: unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, Duncker & Humblot, Berlin 1999, 78.

⁸⁴ Е. Samson (1972), 139.

⁸⁵ *Ibid.*, 142.

расуђивању, приписујући му одлике наивности, чиме саучесниковим радњама даје на већем кривичноправном значају него што оне то заиста јесу.

Друга теорија са корупционим елементом, теорија учествовања у неправу, користи неуобличен појам социјалне дезинтеграције који, држећи се одвајања од друштва и даље развијајући се, може да „зађе“ у поље непријатељског кривичног права.⁸⁶ Поред тога, ово учење није у стању да догматски објасни помагање као облик саучесништва.⁸⁷ Оно што свакако може да се учини, то је да се степен кварења, корупције узме у обзир приликом одмеравања казне.⁸⁸

Код теорије која за основ има солидарисање, поставља се питање његовог појма, посебно његове границе у односу на неутралне радње које не заслужују кривичноправну реакцију. Нејасне контуре воде ка његовом тумачењу мање по предвидивим правилима, а више по осећају. Не показују ни сви (потенцијални) саучесници исти степен солидарисања, тако да је ту нужно степеновање (у том смислу треба онда објаснити разлику у кажњавању неуспелог помагача и неуспелог подстрекача). Исто тако, навели смо пример где је могуће учествовање у извршењу дела, али где солидарисања нема, већ се оно врши на неки начин „против воље саучесника“ (иако се, чињеница је, врши и то је оно што ће се рачунати). У том смислу, теорија даје предност унутрашњим околностима које иначе није лако доказати, а то постаје још теже уколико његов централни појам „солидарисање“ није одређен.

Проблем са Самсоновом теоријом интензивирања огледа се у томе што негира могућност кажњивог преузимања доприноса када је резервни учинилац већ предузео све што је неопходно да дође до последице, јер су ту, сматра он, дејства учиниоаче радње већ природнокаузално „преодређена“, слично утицању на природан ток догађаја⁸⁹ (када је утицај без ефекта, отуда некажњивост). Овакво изједначавање неће бити оправдано када главни учинилац даљи ток догађаја препусти доброверним трећим лицима, односно у ширем контексту гледано, то се не може изједначити са природним током догађаја.⁹⁰

Начелно је проблематично и узимање у обзир хипотетичког каузалитета, јер се последица кривичног дела повреде састоји у уништењу или оштећењу

⁸⁶ B. L. Greco, *Feindstrafrecht*, Nomos, Baden-Baden 2010 и I. Marković, *The New Concept of Criminal Offenses of Terrorism in Serbian Law in the Context of Enemy Criminal Law*, Archibald Reiss Days, Beograd 2015, 301 – 306.

⁸⁷ Појам социјалног интегритета као правно добро угрожава одређеност облика саучесништва. M. Wolff-Reske, 98.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ E. Samson (1972), 144. Овај приговор се односи на пример са темпираном бомбом, где *Samson* негира кажњивост обавештеног помагача који је преузео од неупућеног поштар пакет у ком се налазила темпирана бомба и однео је преосталих пар метара од капије дворишта до улазних врата куће. *Ibid.*, 171.

⁹⁰ У том смислу и M. Baunack, 78.

објекта радње, а не у погоршању његових шанси опстанка.⁹¹ Објект радње, макар био пред уништењем природним путем, и даље ужива правну заштиту, тако да је сваки захват, укључујући онај који не погоршава његову ситуацију (иако делује да је „свеједно“), и даље забрањен.⁹² Хипотетички каузалитет не може да учини спорним кривичноправни значај заиста оствареног ризика (опасности).⁹³

Код треће групе теорија, теорија проузроковања, кључни је појам акцесорности. Теорија о акцесорном нападу на правно добро најбоље објашњава механизам и природу основа одговорности саучесника. Она се труди да пронађе компромис, а истовремено има и „додату вредност“ утолико што објективно урачунавање чини прихватљивим за саучесништво кроз признање самосталних елемената саучесничког неправда.⁹⁴

Оно што свакако треба да се има у виду када се говори о основама кажњивости саучесника, у нашем случају пре свега помагача, јесте значај начела акцесорности, тј. зависности саучесничког неправда од извршиоцевог, што укључује у себи негирање његовог самосталног карактера. Може се рећи да саучеснички основ кажњивости, што преликовано важи и за његову одговорност, у првом кораку бива активиран везивањем за неправдо главног учиниоца. Други корак огледа се у њиховом доприносу кроз суделовање у делу. Како је већ поменуто, дело извршиоца је нужан, али не и довољан услов.

Напослетку, приговор који је упућен овој теорији да спаја хетерогене елементе није од одлучујућег значаја све док теорија пружа најмање спорна решења у погледу основа кажњивости саучесништва. Њихов однос не мора бити потпуно хармоничан; битно је да се долази до кохерентног и примењивог решења.⁹⁵

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Baunack Martina, *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfe: unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, Duncker & Humblot, Berlin 1999.
- Beling Ernst, „Rechtsprechung des Reichsgerichts“, *ZStW** 1898.

⁹¹ G. Jakobs (2011), 223.

⁹² M. Baunack, 79.

⁹³ G. Jakobs, 223.

⁹⁴ Tako M. Wolff-Reske, 101.

⁹⁵ Уосталом, ако ћемо тражити садејство елемената стриктно истог карактера, онда би се приговор могао упутити и општем појму кривичног дела са његова три објективна и једним субјективним елементом.

* До 1952. године се *ZStW* издаје само једном годишње; стога нема ознаке броја часописа, већ само године.

- Bloy Renè, „Anstiftung durch Unterlassen?“, *JA* 7/1987.
- Fischer Dietmar, *Die strafrechtliche Problematik des polizeilichen Lockspitzels*, Dissertation, Bonn 1982.
- Geppert Klaus, „Die Akzessorietät der Teilnahme (§ 28 StGB) und die Mordmerkmale“, *Jura* 1/2008.
- Greco Luis, *Feindstrafrecht*, Nomos, Baden-Baden 2010.
- Gropp Walter, *Deliktstypen mit Sonderbeteiligung, Untersuchungen zur Lehre von der notwendigen Teilnahme*, Mohr, Tübingen 1992.
- Heghmanns Michael, „Überlegungen zum Unrecht von Beihilfe und Anstiftung“, *GA* 10/2000.
- Heine Günter- in: A. Schönke, H. Schröder et al, *Strafgesetzbuch Kommentar Schönke/Schröder*, 29. Aufl., Beck, München 2014.
- Heinrich Bernd, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Kohlhammer, Stuttgart 2016.
- Herzberg Rolf Dietrich, „Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände“, *GA* 1/1971.
- Hoyer Andreas, -in: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* (J. Wolter et al. Hrsg), 9. Aufl., Carl Heymanns, Köln 2016.
- Ingelfinger Ralph, *Anstiftersvorsatz und Tatbestimmtheit*, Duncker & Humblot, Berlin 1992.
- Jakobs Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, de Gruyter, Berlin 2011.
- Jescheck Hans-Heinrich, Weigend Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin 1996.
- Joecks Wolfgang, -in: *Strafgesetzbuch Münchener Kommentar* (B. von Heintschel-Heinegg Hrsg.), 2. Aufl., Beck, München 2011.
- Keller Rainer, *Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten*, Duncker & Humblot, Berlin 1989.
- Less Günther, „Der Unrechtscharakter der Anstiftung“, *ZStW* 1/1957.
- Lüderssen Klaus, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, Nomos, Baden-Baden 1967.
- Јованчевић Недељко, *Подстирекавање – облик саучесништва и самостјално кривично дело*, Службени гласник, Београд 2008.
- Marković Ivana, *The New Concept of Criminal Offenses of Terrorism in Serbian Law in the Context of Enemy Criminal Law*, Archibald Reiss Days, Beograd 2015.
- Марковић Ивана, „Границе помагања у самоубиству према немачком кривичном праву“, *Сврани љравни живој* 2/2016.
- Mayer Hellmuth, „Täterschaft, Teilnahme, Urheberchaft“, -in: *Festschrift für Rittler*, Scientia, Aalen 1957.
- Mitsch Wolfgang, *Straflose Provokation strafbarer Taten*, Schmidt-Römhild, Lübeck 1986.
- Nikolidakis Marios, *Grundfragen der Anstiftung: Strafgrund-agent provocateur-Objektsverwechslung*, Duncker & Humboldt, Berlin 2004.
- Osnabrügge Stephan, *Die Beihilfe und ihr Erfolg: zur objektiven Beziehung zwischen Hilfeleistung und Haupttat in § 27 StGB*, Duncker & Humblot, Berlin 2002.
- Perten Paul, *Die Beihilfe zum Verbrechen. Eine Untersuchung de lege ferenda*, Schletter, Breslau 1918.
- Renzikowski Joachim, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tübingen 1997.

- Roxin Claus, -in: *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar* (B. Jähne, H. Laufhütte-Wilhelm, W. Odersky Hrsg.), 11. Aufl., Bd. I, de Gruyter, Berlin 2003.
- Roxin Claus, *Zum Strafgrund der Teilnahme, Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg 1993.
- Samson Erich, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* (J. Wolter et al. Hrsg), 9. Aufl., Heymanns, Köln 2016.
- Schaffstein Friedrich, „Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Schuldrechtssystems“, *ZStW* 1938.
- Schmidhäuser Eberhard, *Strafrecht / Allgemeiner Teil*, 1. Aufl., Mohr, Tübingen 1970.
- Schoepke Oliver, *Die Geringfügigkeit des Gehilfenbeitrags*, Lang, Frankfurt 2013.
- Schumann Heribert, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Mohr Siebeck, Tübingen 1986.
- Stein Ulrich, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Duncker & Humblot, Berlin 1988.
- Stratenwerth Günter, Kuhlen Lothar, *Strafrecht Allgemeiner Teil: die Straftat*, 5. Aufl., Vahlen, München 2004.
- Trechsel Stefan, *Der Strafgrund der Teilnahme*, Stämpfli, Berlin 1967.
- Welz Markus, *Zum Verhältnis von Anstiftung und Beihilfe*, Lang, Frankfurt 2010.
- Wolff-Reske Monika, *Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung: ein Beitrag zu den Grenzen der Beihilfestrafbarkeit*, Nomos, Baden-Baden 1995.

ПРАВНИ ИЗВОРИ:

- Кривични законик – КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.
- Strafgesetzbuch – StGB. Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 4. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2146) geändert worden ist.

Ivana Z. Marković
University of Belgrade
Faculty of Law Belgrade
ivana.markovic@ius.bg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-2419-7808

The Punishment Ground of Complicity in the Stricter Sense, with Special Regard to Aiding and Abetting

Abstract: *In this paper, the seven most important opinions about the punishment ground of complicity in the stricter sense, with special regard to aiding and abetting, have been presented and critically assessed. This involved the following doctrines: The Theory of Participation in the Guilt, the Theory of Participation in the Wrong, Solidarity as Punishment Ground, the Pure Theory of Causation, the Accessoriness-Oriented Theory of Causation, the Theory of the Accessory Attack on the Legal Good, and the Intensification-Principle. Lastly, additional criticism, beyond the officially acknowledged critical voices, has been expressed. It was concluded that the least controversial and at the same time the theory closest to the legal text, therefore the most acceptable one is that of the Accessory Attack on the Legal Good.*

Keywords: *Theories on Punishment Grounds. – Complicity in the Stricter Sense. – Corruption Theories. – Solidarity. – Theories of Causation. – Accessoriness. – Intensification.*

Ivana Z. Marković
Universität Belgrad
Juristische Fakultät Belgrad
ivana.markovic@ius.bg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-2419-7808

Der Strafgrund der Teilnahme im engeren Sinne, unter besonderer Berücksichtigung der Beihilfe

Zusammenfassung: In der Arbeit wurden die sieben wichtigsten Meinungen zum Strafgrund der Teilnahmeformen im engeren Sinne, insbesondere der Beihilfe, zunächst vorgestellt, um danach kritisch hinterfragt zu werden. Hierbei geht es konkret um folgende Lehren: Schuldteilnahmetheorie, Unrechtsteilnahmetheorie, Solidarität als Strafgrund, Reine Verursachungstheorie, Akzessoritätsorientierte Verursachungstheorie, Theorie vom akzessorischen Rechtsgutangriff und das Intensivierungsprinzip. Zum Schluß wurde zusätzliche Kritik an den genannten Lehren geäußert. Als Fazit wurde festgehalten, dass die am wenigsten umstrittene und dem Gesetzeswortlaut naheliegendste, demnach die akzeptabelste die Theorie vom akzessorischen Rechtsgutangriff sei.

Schlüsselwörter: Strafgrundtheorien. – Teilnahme im engeren Sinne. – Korruptionstheorien. – Solidarisierung. – Verursachungstheorien. – Akzessorität. – Intensivierung.

Датум пријема рада: 16.03.2023.

Датум прихватања рада: 23.06.2023.