

Živko TOPALović

GRANIČNE MEĐE UMIŠLJAJA I NEHATA (nastavak)

Glava druga SADRŽINA VOLJE

Praktične potrebe iziskuju da se povuče jedna demarkaciona linija do koje ide umišljaj a od koje nastaje nehat. Umišljaj i nehat moraju se neposredno naslanjati jedno na drugo. Na onoj međi gde prestaje umišljaj, odmah nastaje nehat. Između njih ne može biti nikakvoga razmaka, prostora, u kome bi delanje bilo nekažnjivo. Ali obe ove forme lične krivice samo se graniče, a ne prelaze jedna u drugu. Jer, kad bi to prelaženje bilo moguće, tada bi u izvesnom slučaju jedna radnja istovremeno bila i dolozna i kulpozna. Takva je situacija nemogućna, jer egzistencija dolusa bezuslovno isključuje kulpu, kao što i egzistencija kulpe bezuslovno isključuje dolus. Kad bi bilo drugojačije, onda bi se jedna posledica jednovremeno mogla i hteti i nehteti.

Da bismo mogli naći granicu kojom se svršava umišljaj a nastaje nehat, moramo ispitati u kakvim se raznovrsnim formama može pojaviti hotenje, uprav koje se sve posledice mogu hteti, šta ulazi u sadržinu volje.

Umišljaj je volja upravljena na ostvarenje posledice. Otuda je logičan zaključak da će umišljaja biti sve dotle dokle ima i voljnoga ostvarivanja posledica ljudskih radnji. Od toga momenta pak, od koga se više posledice ljudske radnje ne mogu svesti na ljudsko hotenje kao na svoju kauzu, prestaje umišljaj i nastaje nehat, a u izvesnim slučajevima i nekažnjivo delanje.

Hotena je, htela se samo ona posledica čija je prestava fungirala u kompleksu prestava koje su izazvale, opredelile akciju volje.

Ima prestava koje pozitivno delaju na naša osećanja te prema tome izazivaju odluku, hotenje da se dela na njihovome ostvarenju. Ostvarenje njihovo postaje cilj naše radnje, i ako mi taj cilj zaista postignemo, onda smo ostvarili ono što smo hteli.

U kompleksu prestava koje opredeljuju akciju volje, koje su motivi za njezin postanak, mogu se, po intenzivnosti svoga uticaja na odluku, razlikovati tri vrste: prestave koje direktno izazivaju odluku, prestave koje potpomažu odluku i prestave koje ne sprečavaju odluku.

Ima posledica koje su bitne za odluku volje. Kad ne bismo bili uvereni da će baš te posledice biti rezultat naše radnje, mi ne bismo ni delali. One su naš neposredni

cilj, prestava njihova je bila *glavni motiv* za postanak volje. Da nije nje bilo volja se ne bi formirala.

Ima, pak, posledica čije očekivanje pripomaže da se mi odlučimo na delanje, odobrovoljava nas na radnju. Ali neposredno njih radi mi ne bismo delali. Otuda prestave takvih posledica potpomažu kreaciju volje, ali bi se ona mogla stvoriti i tada kad takvih prestava u svesti ne bi bilo. Pošto takve prestave ipak doprinose postanku volje, nazivaju se one *pozitivni motori*. Na primer: polazak na put radi pronalaska severnoga pola, pri čemu se još može upoznati život necivilizovanoga sveta, ili uživati u večitoj polarnoj svetlosti. Ono što je izazvalo odluku volje, jeste pronalazak pola, ali upoznavanje života Eskima, ili uživanje u polarnoj svetlosti pomagalo je samo odluku volje. Radi Eskima i radi polarne svetlosti samo, mi se ne bi smo odlučivali na opasnu ekspediciju. Otuda je pronalazak pola glavni motiv, a ovi drugi sporedni ciljevi su pozitivni motori za postanak volje.

Među autorima je opšta saglasnost, da ove dve grupe prestava ulaze u sadržinu volje. Razlika u mišljenju nastupa kod treće grupe: prestava, koje ne sprečavaju odluku volje.

Ima posledica koje su nam ravnodušne ili koje su nam nemile, t. j. njihovo ostvarenje nema ni pozitivnoga ni negativnoga dejstva na naše osećanje, ili ono ima samo negativnoga dejstva. Prestave takvih posledica same za sebe nikad ne bi bile u stanju da izazovu jednu našu voljnu akciju, pošto mi za njihovo ostvarenje nismo nimalo zainteresovani. Ne osećamo nikakve potrebe za njima, te otuda nema sile koja bi poremetila inerciju kao prirodno stanje i celokupnoga ljudskoga života. Ali, ako su takve ravnodušne ili neželjene posledice vezane za željene, hotene, ako se bez jednih po našem svatanju ne može doći do drugih; ili, ako su prestave neželjenih posledica u svesti u nerazdvojnemu kompleksu sa prestavama koje same sobom izazivaju odluku volje, onda na postanak volje dela taj kompleks *kao celina*, a ne odelito pojedini njegovi sastavci. Kako su u motornom kompleksu i prestave ravnodušnih ili neželjenih posledica, to onda i one *mogu* činiti sadržinu volje.

Za posledice čije su prestave izazvale odluku volje, te one čine sadržinu volje, velimo da su hotene, da se *hoće*. Ova se terminologija sa svim slaže sa pojmanjem u praktičkome životu. List pak ima donekle prava kad tvrdi, da je to nasilje prema običnome smislu reči kad se kaže da se „hoće“ i one posledice koje mi ne bismo želeli proizvesti. One se same za sebe *neće*, ali se *uzgred*, uz druge *hoće*. Logika je primorala da se za dva različita pojma stvore i dve reči: za glavne motive i pozitivne motore volje: hotenje (Wollen), za nespječavajuće prestave: sahotenje (Mitwollen).¹ Ovu je terminologiju usvojio i Hipel, koji je misao Listovu vrlo oštro napao (Grenze 95.).

Radi praktičnih konzekvenaca moraju se bliže upoznati sve ove forme hotenja. Ali volja kao pojam jeste jedna filozofska apstrakcija. Mi smo voljom nazvali rezultat mnogobrojnih stvarnih činjenica u njihovu međusobnom delovanju. Stvarno je to, da mi imamo složenu konstituciju, čija se harmonija (nazvana zadovoljstvom) održava postojanim našim dodirom sa spoljašnjim svetom, iz koga mi dobijamo

1 Ja ne mogu u našem jeziku da nađem zgodan izraz za ovu misao. Ono što se direktno *hoće*, Nemci izražavaju sa *wollen*, a ono što se tek posredno, u kompleksu drugih posledica, *uzgred*, sa njima, ali samostalno ne, *hoće*, izražavaju sa *mitwollen*.

ono što nam je za harmoničan život nužno. Izvesni fakti u spoljašnjem svetu javljaju se kao naše potrebe. Ti su fakti željeni. Drugi fakti ne tangiraju harmoniju našega života i oni su nam ravnodušni, a treći tu harmoniju remete i oni su nam neželjeni. Fakti spoljnoga sveta su takođe realne činjenice. Do tačnih zaključaka možemo doći rasmatranjem međusobnoga dejstva te dve realne činjenice: harmoničnoga života i fakata u spoljnjem svetu. Iz njih će se uvek rezultirati naša volja. Volja upravo i nije ništa drugo nego momenat konkurencije ove dve realne činjenice.

I. ŽELJENE POSLEDICE RADNJE.

Prestave onih posledica čije se ostvarenje želi, čijem ostvarenju mi težimo, koje su cilj našega delanja, za celo su najaktivnije uticale na formiranje naše volje. Pozitivno se *hoće* sve one posledice kojima smo *težili* pri radu i čije smo ostvarenje *želeli* u momentu preduzimanja radnje. Kad smo god ostvarili jednu takvu posledicu, mi smo je bezuslovno ostvarili *umišljeno*.

Kao karakteristična crta za umišljaj, ovde je od važnosti onaj intimni kauzalni odnos između volje i posledice. Bez važnosti je sa koliko smo mi izvesnosti očekivali nastupanje posledice². Mi smo mogli smatrati za sigurno da će posledica nastupiti. Bilo to naše držanje tačno ili netačno, ipak je ono karakteristično za t. zv. *dolus directus*. Ali mi smo mogli držati nastupanje posledice i samo za moguće ili verovatno, pa čak i više neverovatno. U takome slučaju ne može se odreći mogućnost postojanja volje. Ljudi mogu hteti, želiti i starati se da postignu i ono što im izgleda neverovatno. I baš u koliko je neverovatnije nastupanje željene posledice, u toliko je veća energija volje da se ona postigne. Za ostvarenje posledice za koju smo sigurni da će nastupiti, nikad ne vršimo toliki napon intelektualne i fizičke snage, koliko za ostvarenje posledice u čije nastupanje nismo sigurni. Može se, dakle, hteti ona željena posledica *čije se nastupanje drži samo za moguće*.

Hagen (Vorsatz 168.) veli da se ugodna posledica, koja nije neposredni cilj delanja već samo pozitivni motor, *želi*, a ne *hoće*. Isto je tako i sa udaljenim mogućnim posledicama. One se baš zbog te udaljenosti samo *žele*. Ova primedba nije tačna. Pojamna razlika između hotenja i želenja, kao što je Bar tačno primetio, jeste u tome, što mi *hoćemo* ono za čije nastupanje smatramo kao kauzalno dejstvovanje svoga Ja, a *želimo* i ono što nam je ugodno, ali na čiji postanak kauzalno ne delamo. Prestava sporedne posledice prouzrokuje našu volju i naše delanje, mi se staramo za njeno ostvarenje, a tako je isto i sa udaljenim mogućnim posledicama. Otuda su sve one predmet našega hotenja.

Kad je vinovnik jednovremeno težio da ostvari od više mogućih posledica samo jednu, onda, ako mu je svejedno koja će to biti, *dolus* se zove *alternativus* (na pr. idu nekoliko ljudi u redu jedan pored drugog. Pucam da ubijem ma koga – vojnika na pr. u streljačkom nizu); ako je pak vinovnik u prvom redu želeo jednu, pa tek ako nju ne ostvari, drugu posledicu, onda je u starijem zakonodavstvu i literaturi govoreno da postoji *dolus eventualis*. Ovaj je pojam međutim sasvim napušten i danas se pod *eventualnim dolusom*, kao što ćemo docnije videti, razume nešto drugo.

2 Da se ovo ne bi rđavo razumelo, nužno je da odmah primetimo, da se o krivičnom delu može govoriti samo tada, ako je ostvarenje volje bilo u jednoj radnji, koja je stvorila bar opasnost za povredu pravnoga dobra. Nema li toga, vinovnikova je volja krivičnopravno indiferentna.

II. NUŽNE POSLEDICE RADNJE.

Sa posledicama kojima težimo i čije ostvarenje želimo, te ih prema tome nesumnjivo *hoćemo*, mogu biti tesno i nužno vezane druge posledice, koje mi ne bi želeli, pa ih same za sebe ne bi ni hteli. Prestave tih posledica prema kojima smo ravnodušni i koje su nam čak i neprijatne, nisu stvorile akciju naše volje. Otuda mi njih same za sebe nećemo. Ali one čine jedan nerazdvojan kompleks sa posledicama koje želimo i koje hoćemo, i koje su bile rešavajući motor naše volje. Iz toga kompleksa mi neprijatne posledice ne možemo da izdvojimo. Mi moramo hteti ili sve ili ništa. Kad mi uz željene ostvarimo i sa njima nerazdvojno skopčane neželjene posledice, onda smo mi nesumnjivo hteli i jedne i druge. Da bismo hteli indiferentne i neželjene posledice, koje su tesno vezane sa željenim posledicama, nužno je da smo ih znali, da su u našoj svesti konfigurisale njihove prestave u momentu formiranja akcije volje.

Van svake je diskusije ovo tvrđenje kad je reč o nužnim sredstvima za postignuće cilja. Ma kako da su sredstva sama za sebe neprijatna, ipak ko hoće cilj mora hteti i sredstvo. Gazda od kuće može dobijati kiriju stana samo tako, ako besposlenog radnika izbací iz stana. Ma koliko da mu je neprijatno ostaviti siromašnu porodicu na ulici, ipak on to mora *hteti*, ako hoće da postigne cilj: da mu kuća donosi prihoda.

Sredstva za cilj hoće se ne zbog svoga pozitivnog delanja na formiranje volje, jer bi ona češće sama za sebe baš negativno delala, već usled njihove *nerazdvojne sprege sa ciljem*. Otuda u svima slučajevima, i kad nije reč o sredstvima, gde se god jedna posledica pozitivno hoće a sa njom je nužno vezana druga posledica, hoće se i ta druga posledica, pa ma ona sama za sebe bila neprijatna. Naravno, u svakom slučaju željene posledice po intenzivnosti svoga dejstva uvek preteku neželjene, jer kad bi bilo obratno, ne bi ni došlo do odluke volje.

Protivnik tvrđenja da se nužne neželjene posledice radnje hoće jeste Huter (Hippel, Grenze 90.). On priznaje da je obeležje umišljaja hotenje posledice. Ali to hotenje može biti dvojako. Čovek može hteti da *proizvede* (Herbeiführen-Wollen) jednu posledicu, ili da je primi, podnosi, *otрпи* (Hinnehen, Ertragen, Dulden-Wollen). Ovo razlikovanje nije tačno. Proizvođenje jedne posledice može da se postavi na suprot njenom *primanju*, podnošenju, ali tada to znači ovo: proizvedena je posledica koju smo mi ostvarili, na njen postanak kauzalno delali; primljena je posledica koju je proizveo neko drugi ili je ona iz prirode postala, ostvarila se dakle jednim od naše ličnosti odvojenim kauzalnim tokom. Ali čim smo mi stvorili ma samo jednu neposrednu pogodbu za nastupanje posledice mi smo je tada prouzrokovali, proizveli, pa prema tome i hteli, a ne samo primili, otpeli.

III. DOLUS EVENTUALIS.

I. Kad mi direktno delamo na ostvarenju jedne posledice ali predviđamo da može nastupiti i neka druga nama *indiferentna* ili *neprijatna* posledica, koja *nije nužno vezana* za posledicu što je želimo, onda može li se ta eventualna posledica *hteti*? To pitanje je suština eventualnom dolusu a u isto vreme krajnja međa prostranja ljudskoga hotenja.

Odlika je eventualnog dolusa ovo:

- a.) da mi težimo ostvarenju jedne posledice, ali da predviđamo da pored te ili mesto te mogu nastati još i druge posledice.
- b.) da mi ne predviđamo izvesnost nastupanja tih drugih posledica, već samo mogućnost, verovatnost; i
- v.) da mi te druge posledice, koje mogu nastupiti ne želimo, već su nam one indiferentne, ili su nam čak i nemile. Otuda nam je pravo ako one ne nastupe, ili bi čak želeli da ne nastupe.

Ako te moguće, eventualne posledice, koje predviđamo, ipak nastupe, onda, jesmo li ih ostvarili doložno? Dolusa će biti ako su te posledice ostvarene voljno. Otuda se ovo pitanje preobraća u drugo: je li moguće hteti i one posledice koje nisu nužno vezane sa željenima, a koje same po sebi ne želimo?

Opšta je saglasnost, gotovo, u literaturi krivičnoga prava da se u ovakvome slučaju posledica *može hteti*, ali ne *mora*. Otuda, kad se posledica *hoće* postoji eventualni dolus, a kad se posledica *neće* onda postoji svestan nehat. Zato na ovome polju leži granica između umišljaja i nehata.

U literaturi se češće veli kako vinovnik *hoće* posledicu samo „eventualno“, „uslovno“, „tek ako ona nastupi“. Po tome bi onda eventualni dolus bio jedna osobita forma lične krivice. Razlikovao bi se od običnoga umišljaja po tome što se kod ovoga posledica *hoće pre* njenoga ostvarenja a kod eventualnoga dolusa tek na slučaj ostvarenja, dakle posle njega.

To je pogrešno. I kod eventualnoga dolusa hotenje posledice mora postojati pre njenog ostvarenja. To hotenje, volja, nije ništa drugo već jedna impulsivna psihološka akcija koja izaziva pokret mišića i preko njega stvara posledicu. Volja je uzrok posledici i otuda ona kao uzrok bezuslovno i u svakome slučaju mora egzistirati pre posledice. Kad se, međutim, reče da vinovnik posledicu *hoće* tek ako ona nastupi, onda se tim tvrdi jedna logična nemogućnost: da posledica postoji pre uzroka. Ili još gore: da se eventualna posledica pre njenog ostvarenja istovremeno i *hoće* i *neće*. I to je logična nemogućnost. Hotenje znači egzistenciju volje, nehotenje znači neegzistenciju volje. Nešto ne može jednovremeno i egzistirati i neegzistirati u stanju mira svaćeno.

Volja kao psihičko raspoloženje ne može zavisiti nimalo od nastupanja ili nenastupanja jedne materijalne činjenice kao što je posledica. Nastupi li posledica, onda se ona htela još ranije. Ne nastupi li pak, onda je akcija volje ostala u pokušaju, čija će kažnjivost zavisiti od toga da li egzistiraju potrebni elementi kažnjivoga pokušaja. Volja pak u oba slučaja ostaje ista.

Prema tome, eventualni dolus nije nikakva naročita forma lične krivice, već je i on, u nebitnim elementima, varijabilan, običan dolus, jer mu je suštastveno obeležje hotenje posledice.

Za pojam ovoga dolusa upotrebljuju se u literaturi najrazličitije reči: „Pristanak“, „dobrovoljan prijem“, „opravdanje“, „saglašavanje“, „usvajanje“, „računanje sa mogućnošću nastupanja posledice“ itd.. ili kako Frank kaže: vinovnik razmišlja pa se odlučuje: „najzad pravo mi je baš ako i ta posledica nastupi“. Vinovnika ne može

da zadrži od delanja predviđanje protivpravne posledice. Ona ne može da bude rešavajući otporni motor kreaciji volje, te on, vinovnik, ceneći više svoje zadovoljenje, svoj interes nego pravni poredak, preduzima radnju i proizvodi posledicu.

Sve su ovo opisi koji su vrlo korisni, jer sudiji daju mogućnosti da u konkretnome slučaju uvek donese pravilnu odluku. Kad se jedan pojam, jedna pravna ustanova, pravilno razume, pa ma mi ne našli dovoljno tačnih reči za njegovo definisanje, to za praktičan rad u pravosuđu neće biti od štete. Težina je definicije u njezinoj generalnosti. Sa konkretnim slučajem je vrlo lako operisati.

Ali ako pojam eventualnog dolusa treba da se utvrdi kao naučni pojam, onda se mora pokazati njegova psihološka osobenost, koja ga odvaja od ostalih oblika dolusa. Još više, mora se pokazati psihološka mogućnost da se može hteti jedna posledica koja je sama za se otporni motor kreacije volje, a nije nužno vezana za pozitivne motore kreacije volje. Tu nam mogućnost pruža Frankova formula, o kojoj će se niže govoriti.

Protivnici pojma eventualnog dolusa jesu *Bar* i *Štos*. Obadva oni postavljaju definiciju volje iz koje posle deduciraju sadržinu njenu. Suština je volje *težnja* da se ostvari stanje koje se predviđa. Volja je takvo duhovno stanje u kome čovek teži da ostvari posledicu, koju predviđa i za koju misli da je svojom akcijom može proizvesti. Nešto hteti znači na ovaj način nečemu težiti. Umišljena je samo ona posledica koja je tako ostvarena. Gde nema težnje za posledicu, tu nema ni njenog hotenja. Prema tome voljne su, hoće se samo one posledice, kojima smo težili i samo one. Ipak *Bar* priznaje još jednu grupu posledica koje čine sadržinu volje. Te su posledice *nužno vezane* za željene posledice. Takve se posledice uzgredno hoće (*mitwollen*). U eventualni dolus pak dolaze ravnodušne i neželjene posledice za kojima se težiti ne može niti se one mogu hteti. Otuda je ovaj oblik dolusa nemogućan.

Pristalice eventualnog dolusa mešaju dve stvari: umišljaj povrede (*Verletzungsvorsatz*) i umišljaj zagrožavanja (*Gefährdungsvorsatz*). Neistinita je veštačka postavka da se kod eventualnoga dolusa vinovnik saglasio sa posledicom. U stvari tu nikad nema hotenja posledice, povrede (*Verletzung*) već hotenja ugrožavanja toga pravnog dobra, stvaranja opasnosti za njegovu povredu (*Gefährdung*). Kad ja znam da će iz moje radnje, kojom hoću da povredim jedno pravno dobro, vrlo lako proizaći povreda i drugoga pravnoga dobra, onda ja u istini hoću dvoje: prvo, da povredim jedno pravno dobro, drugo, da stvorim opasnost povrede, da ugrozim drugo pravno dobro.

Pojam „primiti“, „saglasiti se sa posledicom“ psihološki je netačan, veli *Bar*. Nema nikakvih međustupnjeva između ugodnoga, neugodnoga i ravnodušnoga. Kakav je to naročito oblik hotenja „saglasiti se“?

Ma kako ove primedbe imale u sebi unutrašnje logike, ipak one nisu u stanju da pokažu netačnost pojma eventualnog dolusa. Hipel sa svim pravilno primećuje, (*Vorsatz* 513.) da je pre svega netačna metoda Barovoga ispitivanja. On je najpre postavio jednu konstantnu definiciju volje, pa je iz nje dedukovao sadržinu volje, t. j. utvrđivao koje se posledice mogu hteti. Valjalo je, međutim, poći drugim, induktivnim putem: ispitati od kojih su posledica prestave fungirale u svesti u kompleksu prestava koji je izazvao akciju volje. Od pojedinačnoga valja ići opštem;

definicija se postavlja tek kad se najpre utvrdi koji sve elementi treba njome da budu obuhvaćeni. Bara je izdala njegova proizvoljna definicija. Jer ako se samo željene posledice mogu hteti, onda se u njegovu definiciju ne daju uvesti i posledice nužno vezane sa željenim, pošto one same nisu željene, nisu one za kojima se žudi. To je Bar uvideo, pa je i sam usvojio pojam uzgredne hotičnosti (Mitwollen), t. j. tvrdio je da se u kompleksu željenih hoće i sa njima nužno vezane neželjene posledice. Ali tim je uništen jedan princip: ne govori se više o posledicama per se hotenim, nego o kompleksu koji je izazvao akciju volje. A u tom kompleksu mogu biti ne samo nužno, već i eventualno, moguće, skopčane posledice sa željenima, ravnodušne i neželjene. Tada se i one mogu hteti. To je „saglašavanje“, uzgredno hotenje.

Razlikovanje na umišljaj povrede i umišljaj zagrožavanja jeste samo igra reči u koliko je govor o umišljaju. Umišljaj je jedno psihičko stanje, *psihički odnos vinovnika prema ma kakvoj posledici njegove radnje*. Taj karakteristični psihički momenat je uvek isti, gde ima umišljaja. Posledice radnje, za koje pitamo da li su umišljeno proizvedene, mogu biti različite, ali to razlikovanje nema nikakvoga značaja. *Umišljaj* povrede upravljen je na povredu, *umišljaj* zagrožavanja na zagrožavanje. Psihički je momenat oba puta isti, a razlikovanje je samo u spoljnom, materijalnom svetu. Duhovni odnos vinovnika prema povredi koju je hteo, apsolutno je isti sa duhovnim odnosom prema zagrožavanju koje je hteo. Ako bi se po posledicama radnje činila razlika među umišljajima, onda to ne bi mogao biti jedan genetički pojam, već bismo imali onoliko umišljaja koliko ima i krivičnih dela.

II. Ranije je pokazato da kad se jedna posledica, ravnodušna ili neželjena, predviđa kao mogućni rezultat radnje može se ona hteti, a može se i nehteti. Ona se hoće ako je aktivno uticala na akciju volje, a neće se ako nije aktivno uticala na akciju volje. U prvom će slučaju postojati eventualni umišljaj, a u drugome nehat. Kad ćemo reći da je prestava takve posledice aktivno delovala na postanak volje?

Frank je (Z. X. S. 169.) dao za određivanje eventualnog dolusa jednu empiričku formulu. Ta formula treba da pokaže kad se predviđane kao moguće indiferentne ili neželjene posledice mogu pravno tretirati onako isto kao i željene. Formula glasi: „Die Voraussicht des Erfolges als eines möglichen, erfüllt den Begriff des Vorsatzes nur dann, wenn die Voraussicht desselben als eines gewissen den Handelnden nicht abgehalten, nicht die Bedeutung eines ausschlaggebenden kontrastirenden Motivs gehabt hätte“. (Predviđanje posledice kao moguće, dovoljno je za pojam umišljaja tada, kad ni predviđanje posledice kao izvesne ne bi vinovnika uzdržalo, ne bi bilo jedan rešavajući otporni motiv).

Hipel (Gränze 56–59.) je najsajnije analizirao ovu formulu i u literaturi je odbranio i od svojih protivnika i od svojih pristalica. Kao što će se videti, ona je neobično podesna za objašnjenje eventualnog dolusa po teoriji volje. Psihološki temelj Frankovoj formuli jeste utvrđena pretpostavka: da su umišljeno ostvarene sve one predviđene posledice čije je nastupanje vinovnik držao za neizbežno. Kad je pak posledica predviđena samo kao mogućna, onda je sumnjivo da li je odnos svesti prema posledici bio takav, da je za pojam umišljaja dovoljan. Ako bi se dokazalo da je u konkretnome slučaju ovo predviđanje mogućnosti posledice na

psihu vinovnikovu ostavilo isti utisak kao god i predviđanje izvesnosti onda je samo predviđanje mogućnosti dovoljno za pojam umišljaja. Da li je postojao takav utisak na psihu, po Frankovoj formuli vidi se iz odgovora na ovo pitanje: da li bi vinovnik isto tako radio kad bi posledicu predviđao kao izvesnu, nužnu? Ako bi on isto tako radio, onda se zaključuje: prestava mogućnosti imala je in concreto isto dejstvo kao i prestava nužnosti. Frankova formula, dakle, veli: 1. *materijalnopravno*: prestava mogućnosti posledice dovoljna je za umišljaj tada kad je ona u konkretnom slučaju za psihičko držanje vinovnikovo imala isti značaj kakav bi imala i prestava nužnosti posledice. 2. *procesualno*: da li je taj značaj postojao zaključuje se odgovorom na pitanje: bi li vinovnik tako radio i onda da je posledicu predviđao kao izvesnu?

Formula počiva na pretpostavci da se umišljeno ostvaruju sve posledice koje su predviđene kao neophodne posledice radnje. A zašto se te posledice ostvaruju umišljeno? Tek odgovor na to pitanje daje pojam umišljaja. Hipel veli: Zato što se te posledice *hoće*.

Frank, tvorac imena teorije prestave, (Zeitschr. X. S. 129.) postavio je jednu formulu koja neposredno počiva na teoriji volje. Ta formula suprotna je Frankovoj definiciji umišljaja. Po formuli: vinovnik predviđajući posledicu kao mogućnu može delati i umišljeno i neumišljeno. Umišljeno dela tada ako bi isto tako radio i kad bi izvesno znao da će posledica nastupiti, a neumišljeno ako bi na slučaj saznanja izvesnosti drugačije delao. Međutim, ako je, po Frankovoj definiciji, umišljaj saznanje (predviđanje) obeležja krivičnoga dela, onda toga predviđanja *uvek ima* kad se posledica predviđa kao mogućna, te se ne može da učini razlikovanje koje po formuli treba učiniti. Ako se pak za umišljeno predviđanje ima jedan stupanj izvesnosti očekivanja, onda pri predviđanju posledice kao moguće toga u opšte nema, ili je stupanj izvesnosti isti i za umišljeno i za nehatno delanje. Tako se opet ne dà izvršiti podela po formuli. Primena Frankove formule može se izvršiti samo tada, ako se usvoji teorija volje, pa se reče: ako prilikom predviđanja mogućnosti posledice nju vinovnik *hoće*, on tada dela jednako kao kad bi predviđao da ona mora nastupiti. Ako pak on nju *neće*, onda to znači da kad bi bio uveren da će posledica sigurno nastupiti, kad se ne bi zavaravao nadom da će je izbeći, drukčije bi delao, t. j. odustao bi od radnje. Od početka do kraja, dakle, Frankova formula leži na teoriji volje.

Frankova formula našla je gotovo opšti prijem. Njome se služi i List (Lehrbuch 172.) i nemački carevinski sud (Hippel, Vorsatz 499.), a protivljenja su samo epizodična.

Ova formula, zacemento, daje nam mogućnosti da odgovorimo kad postoji dolus eventualis. Kad mi pri ostvarivanju jedne posledice predviđamo da je vrlo moguće da iz naše radnje nastupi i druga posledica, koja nam je ravnodušna ili nemila, onda smo mi krivi i za tu drugu posledicu, s toga što prestava njena nije bila otporni rešavajući motiv našoj volji, t. j. što nas ona nije uzdržala od delanja. Posledicu na čijem ostvarenju delamo mi nesumnjivo hoćemo. Mi dalje vidimo da se uz tu željenu posledicu može vrlo lako prilepiti i neka druga koju ne želimo. Naša je dužnost, i to pravni poredak očekuje od nas, da u tom slučaju, ako onu mogućnu posledicu nikako nećemo, odustanemo u opšte od delanja, dakle, i od ostvarenja željene posledice. Kad mi to nećemo, kad po svaku cenu hoćemo da delamo, da bi ostvarili

prvu, onda mi u stvari hoćemo obe posledice i onu koju želimo, nju direktno, i onu koju ne želimo, nju indirektno. (Mitwollen).

U ovome se smislu izjasnio i 24. skup nemačkih pravnika govoreći o eventualnom dolusu. Odluka glasi: „Kad vinovnikova volja nije bila direktno upravljena na jednu posledicu, ali je on nju ipak predviđao kao mogućnu, onda će mu se ona uračunati kao umišljeno ostvarena tada, ako je on taj učin (Tat) hteo baš i sa ovom posledicom. – Isto tako će vinovnik, koji nije znao za jedan bitni elemenat krivičnog dela, ali ga je smatrao za mogućan, biti osuđen za umišljenu radnju, ako je on nju hteo baš i da postoji ono bitno obeležje.“

U ovom slučaju obe posledice, i željena i mogućna neželjena, čine u našoj svesti jedan nerazdvojan kompleks. One postojano idu jedna uz drugu i kao celina delaju na postanak volje. Prestave posledica, ravnodušnih ili neželjenih, koje su nužno vezane za željene, takođe su u kompleksu sa željenima. Ali ove to *uvek moraju biti*, pa se takve posledice *uvek moraju hteti*. Međutim, prestave samo mogućih posledica *mogu*, ali *ne moraju biti* u kompleksu sa prestavama željenih posledica, te se otuda ove posledice *mogu*, ali *ne moraju hteti*. Evo zašto.

Kad se jedna posledica smatra samo za mogućnu, onda vinovnik koliko god da drži da će ona nastupiti, toliko isto drži i da neće nastupiti. U oba pravca postoji samo očekivanje: nada na nastupanje i nada na nenastupanje. U izvesnim slučajevima može ova *nada* da posledica *neće* nastupiti biti *odlučujući motiv za akciju volje*. Ja predviđam da posledica može nastupiti i ja nju neću. Kad bih izvesno znao da će ona nastupiti, ja bih odustao od svake akcije. Ali ja se nadam da posledica neće nastupiti i ta nada odlučuje mene na delanje. Ako sad posledica ipak nastupi, ona ona nikako nije proizvod moje volje već moga lakomislenoga shvatanja. Kad nema volje onda nema dolusa, već u takvom slučaju postoji samo svestan nehat. Tada prestave željene i eventualne neželjene posledice ne delaju udruženo na postanak volje, već na protiv, delaju udruženo prestava željene posledice i prestava da neželjena posledica *neće* nastupiti.

Ali ako nada da posledica neće nastupiti nije rešavajući motiv akcije moje volje, već ja hoću da delam pa nastupila ta eventualna posledica ili ne, onda ja u stvari i nju hoću. Prestava njena je tada u kompleksu sa prestavom posledice koju hoću, i ja se odlučujem za ceo taj kompleks, za obe posledice ili protivu obe. Tad se i eventualna posledica ostvaruje voljno, pa prema tome i doložno. Ovakvo podvajanje nije moguće kod željenih posledica koje smatramo za nužne, neizostavne posledice naše radnje. Prestave su njihove uvek nužne u kompleksu prestava željenih posledica, te se prema tome uvek *hoće*. Posledica kojoj se teži i koja se želi, ne mora uvek biti protivpravna ili kažnjiva. To može biti i kakva nekažnjiva posledica, koja za učinioca predstavlja kakav interes. Ali uz ostvarenje toga interesa može se vezati eventualna mogućnost nastupanja jedne protivpravne posledice. Na pr., seljak sumnja da je njegova krava bolesna, ma da se to na prvi pogled ne može zaključiti. On tu kravu proda kasapinu, tvrdeći da je zdrava. Kad je ona zaklana, lekar posle brižljivoga ispitivanja odluči da se meso odbaci, jer je vrlo verovatno da je bolesno. Kasapin je na taj način oštećen i tu oštetu seljak je predviđao kao mogućnu. Ako je ona kažnjiva, onda postoji eventualni dolus kad je seljak hteo kravu bezuslovno da

proda, pa imao kasapin štete ili ne. Bila bi pak svesna kulpa, tada kad bi se seljak nadao da lekar neće zabraniti prodaju mesa, jer je više verovao da krava nije bolesna. Da je to znao sigurno je ne bi prodao.

Dolus eventualis postoji tada kad je vinovniku zajedničko nastupanje željene i protivpravne neželjene posledice bilo milije od nenastupanja zadovoljenja njegovih interesa. Na protiv, postoji nehat kad je nada da protivpravna posledica neće nastupiti bila rešavajući motiv za preduzimanje radnje (Hippel, Vorsatz, str. 506.).

Do ovoga smo zaključka došli primenom Frankove formule. Ona je psihološka osnova eventualnog dolusa. Ima autora koji spore psihološku tačnost formule. Na to se moramo obazreti, jer ako Frankova formula nije psihološki tačna, onda celo učenje o eventualnom dolusu počiva na lažnoj osnovi.

Tirsi (Hippel, Grenze 114.), Bar (Z. 18. S. 550.) i Vajnrih (Z. 15. S. 823.) tvrde da je Frankova formula netačna s toga što ona radi sa hipotetičnim psihičkim elementima. On pretpostavlja da je nekad jednako psihičko raspoloženje kad se posledica predviđa samo kao mogućna i kada se predviđa kao izvesna. Ta dva stanja, međutim, nikad ne mogu da stvore istovetno psihičko raspoloženje. Kad posledicu predviđa samo kao mogućnu vinovnik se nada da ona neće nastupiti, te je on tu *manje hoće*, nego kad je predviđa kao izvesnu. Nadalje, u slučaju izvesnosti vinovnik više razmišlja o posledici. On je upoznaje sa svake strane, uoči bolje njezine za njega prijatne strane, te je zbog toga opet *više hoće* nego kad je na slučaj mogućnog očekivanja predviđa samo u opštim konturama.

Netačno je razlikovanje na posledice koje se više ili manje hoće. Za pojam dolusa postoji jednostavno hotenje. Pita se samo: da li je prestava te posledice uticala na formiranje akcije volje. Jače ili slabije njezino dejstvovanje, pozitivno ili negativno (ne sprečavajući) sve jedno je. Nikakvu razliku ne može da čini očekivanje da posledica ipak neće nastupiti. Eventualni se dolus karakteriše time da ovo očekivanje, ova nada nije bila odlučujući motor za akciju volje. Ova je nada bez ikakvoga praktičnoga dejstva. Otuda kad nju, kao impotentni elemenat izostavimo, onda i prilikom predviđanja izvesnosti i prilikom predviđanja mogućnosti nastupanja posledice imamo iste psihičke elemente, koji daju i isti rezultat: volju da se posledica ostvari. Razlika je između njih samo u egzistenciji one nade na slučaj predviđanja mogućnosti posledice, ali je taj elemenat u odnosu na praktičan rezultat borbe prestava ravan nuli, pa prema tome nije u stanju da stvori stvarnu psihološku razliku između ona dva stanja. Zbog toga nije tačno da Frankova formula radi sa netačnim hipotetičnim psihološkim elementima.

Karakteristično je obeležje nehata da je nada da posledica neće nastupiti bila *glavni motiv* za odluku da se radnja preduzme. Ako ona to nije bila već je ostala bez praktičnoga dejstva, onda postoji umišljaj. U konkretnome slučaju sudiji je ostavljeno da presudi šta je vinovnik hteo da ostvari svojom radnjom, pa prema tome i da oceni postoji li u odnosu na određenu posledicu nehatno ili umišljeno delanje. Bez cilja niko ne dela. Po okolnostima pre radnje, u toku radnje i posle radnje sudija će imati da vidi njezin pravi cilj. Ako on ne bi bio u stanju da na faktima zasnuje svoje uverenje da nada, da posledica neće nastupiti nije bila glavni motiv radnje, onda valja primeniti pravilo in dubio pro reo. Od sudije se iska velika savesnost, umeš-

nost i duhovna dovrtljivost. Priroda je, međutim, stvarno takva, da se nikakvom zakonskom odredbom ne može dati jedno objektivno merilo koga bi se sudija imao bezuslovno držati.

III. Eventualni dolus je granična međa između umišljaja i nehata, s toga što je on krajnja međa prostiranja našega hotenja. Bitna razlika između umišljaja i nehata, jeste egzistencija ili neegzistencija volje kod vinovnika da posledicu ostvari. A pod posledicom, to stalno treba imati na umu, razume se skup sviju bitnih obeležja jednoga krivičnog dela.

Obe forme lične krivice, i dolus i culpa, kao izvesna psihička stanja, imaju sa moralnog gledišta raznovrsne motive za svoj postanak. Otuda ih i po moralnim motivima možemo razlikovati.

S pravom ili bez prava, tek pravni se poredak, ili njegove naredbe i zabrane, smatraju kao izraz opštih, zajedničkih interesa. Onaj ko vređa propise pravnoga poretka, vređa opšte zajedničke interese. On hoće da svoj sopstveni, lični interes uzdiigne iznad opštih interesa. Sa moralne strane njemu se može prebaciti *egoizam*. Ali egoistički dela samo onaj koji voljno i svesno ističe lični interes iznad opšteg. Otuda se egoizmom može prekoreti samo umišljeno delanje. Ono pak što nehat karakteriše, to je *lakomislenost* delanja. Tu vinovnik preduzima radnje nebrižljivo, neoprezno, te zbog toga vređa pravna dobra i sasvim zaslužuje da mu društvo kaznom stavi do znanja da to nije dopušteno.

Ove moralne elemente možemo naći i pri razlikovanju eventualnog dolusa i svesne kulpe. Njima je psihički zajedničko to što se u oba slučaja predviđa mogućnost nastupanja posledice. Razlikovanje pak nastaje u motivima sa kojih se preduzelo delanje. Kod eventualnog dolusa vinovnik je želeo da ostvari ono što mu nalaže njegov interes. Ako to ne bi učinio, pretrpeo bi jedno zlo. On vidi da će, ako svoj interes ostvari, povrediti pravni poredak. To on neće, jer smatra povredu pravnog poretka takođe za zlo. Ali on ima da bira između dva zla, i po svome svatanju izabere manje: on hoće da zadovolji svoje interese pa ma povredio pravni poredak. Radi ličnoga on gazi opšti interes. Osnovni motiv njegovoga delanja jeste egoizam. – Kod svesnog nehata je drugojačije. Vinovnik nikako neće povredu pravnog poretka. Kad bi znao da će ta povreda izvesno nastupiti, on bi odustao od svake akcije. On diže opšti interes iznad svoga ličnoga. Pa zašto ga onda predviđanje posledice ne odvraća od akcije? Ne može s toga što se on nada da će posledicu otkloniti, te tako ipak, ne vređajući opšti, zadovoljiti svoj lični interes. Ta nada je, međutim, lažna. Da je bio malo obazriviji on bi to uvideo. Koren je toj nadi u njegovoj lakomislenosti, u nedovoljnoj i neozbiljnoj proceni kauzalnog toka radnje.

Mi smo sad u stanju da damo jednu skalu lične vinosti: ona počinje najvišim stepenom volje, pa se završuje nesmotrenošću u postupanju. Umišljaj postoji: 1.) kad se protivpravna posledica želela i njoj se preko radnje direktno težilo; 2.) kad je protivpravna posledica koju i ne bismo želeli, nerazdvojno nužno vezana za posledicu koju želimo i ostvarujemo; 3.) kad ravnodušnu posledicu predviđamo samo kao mogućnu; i 4.) kad neželjenu posledicu predviđamo kao mogućnu, ali nam je ona

ipak milija od nezadovoljenja naših interesa. Dovde traje volja, pa dovde i umišljaj. Nadalje nastaje nehat.

Nehat obuhvata one posledice koje je vinovnik ostvario sa svoje lakomislenosti. 1.) kod *nesvesnog* nehata je lakomislenost u tome što on u opšte nije ni mislio na kakvu protivpravnu posledicu svoje radnje; i 2.) kod *svesnog* nehata, u tome što ga je jedna bezrazložna, neosnovana, nada da posledica neće nastupiti navela da radnju preduzme (Hippel, Vorsatz 511.).

Preko granica lakomislenosti i protivdužnosne nepažnje nastupa slučajno nekažnjivo delanje. Tamo se vinovnik ničim ne može prekoreti, jer je radio i savesno i pažljivo. Otuda on ne može biti kriv što je posledica ipak nastupila.

TREĆI DEO

NEHAT.

I. Čovek može biti kažnjen samo za onu krivičnopravnu posledicu svoga delanja za koju je kriv. A suština krivice jeste u kauzalnome odnosu čovečijeg hotenja prema posledici.

Nehat se od umišljaja razlikuje time što se kod nehata nastupela krivičnopravna posledica neće, dok se kod umišljaja ona hoće. Po opštem shvatanju nauke i pozitivnog zakonodavstva, redovno i po pravilu kazni se samo umišljeno delanje, jer se kod umišljaja posledica hoće i svesno se dela na njezinome ostvarenju. Mora se ovde istaći pitanje: pa zašto se u toj misli nije ostalo dosledno do kraja? Zašto u opšte da se čovek kažnjava za posledicu koja nije proizvod njegove volje, koju on čak neće. Kod nehata vinovnik posledicu neće. Da je znao da će krivičnopravna posledica nastupiti, on ne bi radnju u opšte preduzimao. Zašto ga onda za tu posledicu kazniti? Zašto u opšte nehat smatrati kao oblik vinosti, lične krivice?

Docnije će se videti da se i kod nehata može govoriti o ličnoj krivici vinovnikovo. Ali baš i kad toga ne bi bilo, postoji jedna *socijalna potreba* koja opravdava pojam nehata u krivičnome pravu. U toku kulturnoga razvića društveni život biva sve komplikovaniji. Sve se više utkiva pojedinac u pojedinca i narod u narod, tako da već danas apsolutno nije mogućan ni izolovan život jednoga čoveka, ni izolovani život jedne nacije.

Čovečanstvo postaje jedna velika komplikovana mašina za čiji je normalan rad sve više potrebno da svaki pojedinac deo njen bude ispravan i na svome mestu.

Kulturni su napredci prvenstveno tehnički napretci. Tehnički su napretci pak u tome što čovek savlađuje prirodne sile, kondezujе na jedno mesto njihove ogromne količine, stiče time ispolinske snage i osposobljava se za tekovinu i za jedan daleko viši i zadovoljniji život. Velika proizvodnja mašinama, železnički saobraćaj suvim, pomorski saobraćaj, tramvajski i automobilski saobraćaj, telegrafske i telefonske veze, i mnogobrojne druge naprave, u kojima se ogleda progres čovečanstva, mogle su se stvoriti jedino blagodareći tome što je čovek uspeo da veštim kombinacijama skupi na jedno mesto i stavi sebi na raspoloženje ogromne prirodne snage. Kad se sa njima dobro rukuje, te potajne sile mirne su i donose beskonačno blago čovečanstvu. Ali puste li se u pogrešan kolosek, u njima se razbukti prirodna divljina, postaju užasne i iza sebe ostavljaju samu pustoš.

Proizvodnja dobara i saobraćaj koji je nužan radi njihove razmene i radi ugodnosti čovečijeg života, dobija sve više i više kolektivno obeležje. Proizvodnja sve više dobija oblik fabričke proizvodnje, u kojoj je izrađeni espap proizvod rada jedne čitave grupe radnika, koji su različno u njegovome stvaranju delovali. Ali baš i da nije taj slučaj, fabrička se proizvodnja odlikuje skupljanjem masa ljudi, i upotrebom tehničkih naprava za rad mašina.

Jedan miran i bezopasan rad u fabrici mogućan je samo tada ako se fabrikant postara za pravilno postrojenje i ako svaki radnik brižljivo pazi na svoj posao. Desili se ma i najmanji poremećaj na jednome mestu, nastupa krah, koji za sobom povlači nedogledne posledice. Koliku nesreću, na pr., može da stvori kakva nehatna pogreška mašinstice, okretničara ili čuvara pruge na jednome ogromnome železničkom vozu? Tehnički su napretci mogućni stvarajući sve više i više opasnost za one koji se njima koriste ili su blizu njih. Ići peške bilo je sigurno i za sebe i za druge. Voziti se volovskim kolima nije bilo opasno, konjskim nije mnogo opasno, tramvajem je već opasno, automobilom vrlo opasno, železnicom je još opasnije, a aeroplanom neobično opasno i za sebe i za okolinu. Otuda danas pravna dobra mogu biti povređena i socijalni mir poremećen ne samo voljnim, hotimičnim akcijama ljudi, nego isto tako i nehotnim postupcima njihovim. Za harmoničan i što je više mogućan bezbedan život nužno je ne samo da svaki hoće da postupa onako kako zakoni propisuju, nego isto tako da u svoje poslove unese jedan *veliki stepen pažnje i opreznosti, koji se prema prirodi posla iska*. Zacelo to bi bilo apsurdno kazniti nekoga koji izazvan teškom uvredom ubija čoveka, a ne kazniti fabrikanta koji, da bi ga jeftinije stalo, rđavo montira ili ne postavi naprave za obezbeđenje u svojoj fabrici, te tako ubije desetine ljudi, i ako nije imao direktne namere da to učini; ili nekazniti čuvara pruge koga je mrzelo da se muči da sa pruge zbaci veliki kamen, recimo zaleđen, već se lakomisleno nadao da će sama mašina toplotom rastopiti led i kamen odbaciti, i tako je dopustio da hiljade života i milioni privrednog bogatstva budu uništeni. Ili, zar kazniti čoveka koji u svađi povredi svoga druga, a nekazniti automobilistu, koji je radi probe brzine, pustio svoj automobil toliko da nije u stanju da ga zaustavi ni onda kad naiđe na mesto gde je skupljena masa ljudi i gde može proizvesti velike nesreće.

Socijalna je nužnost da ljudi odgovaraju i za one posledice koje nisu direktno hteli, ali su ih proizveli samo zbog svoje nebrižljivosti i nepredostrožnosti, jer da je toga bilo oni bi, pošto već posledice neće, izvršili pravilno svoje dužnosti ili odustali od akcije koja može proizvesti krivičnopravnu posledicu.

II. Svaka ljudska akcija ili neakcija, ako nije besvesna ili prinudna, mora imati ipak jednu svoju kauzalnu psihološku osnovu. Tako je i kod nehata. Otuda valja ispitati kako se u psihološkim elementima predstavljaju nepažnja, nebrižljivost, nesmotrenost, o kojima je dosada govoreno. Tada će se videti da se i kod nehata ipak može govoriti o ličnoj krivici.

Ima pravnika koji nalaze da i kod nehata postoji jedna vrsta volje. Fajerbah, na pr., veli da je nehat neulaganje dužne (pažnje) brižljivosti u akciju. Svaki čovek ima obavezu da bude brižljiv – obligatio ad diligentiam. Ko radi nehatno on gazi tu svoju obavezu, gazi je svesno, voljno, te otuda i kod nehata ima pozitivne volje. Ovo je tvrđenje pogrešno. Ako se hoće da govori o jednoj pozitivnoj volji, onda mora da se utvrdi kauzalni odnos između volje i nastupele posledice, t. j. mora se dokazati da se ta posledica htela. Mi za to posmatranje imamo svega dva elementa: volju i posledicu. Fajerbah sad umeće jedan treći; to je obligatio ad diligentiam. On i sam utvrđuje da ono što se hoće nije povreda konkretnoga pravnog dobra, već povreda apstraktne obligatio. U odnosu prema krivičnopravnoj posledici nema, dakle, kod nehata nikakve direktne, pozitivne volje.

I Frank (Strafgesetzbuch § 137.) veli da čovek može nehatno delati ma da predviđa posledicu, nju „hoće“, i to je slučaj onda kad on usled neizvinjavne zablude (koju je mogao otkloniti) nije predviđao jedno bitno obeležje krivičnoga dela. Ko, na primer, zapali jednu usamljenu kolebu, verujući da je njegova, može odgovarati samo za nehatnu paljevinu. Ako Frank pretpostavlja da se nehatno može proizvesti jedna posledica tek pri preduzimanju jedne uopšte voljne radnje, onda je to tačno. I kod nehatnog se delanja svakako nešto hoće, ali to što se hoće nije krivičnopravna (ili ako jeste onda je umišljeno izvedena) posledica, već druga, obično pravno dopuštena, ili indiferentna posledica. Frank govori o egzistenciji neke volje kod nehata s toga što suprotno celome shvatanju svome, pri tumačenju § 59. nemačkog kaz. zakona, on pod posledicom razumeva samo promenu u spoljnome svetu. Posledica je, međutim, skup bitnih obeležja konkretnoga krivičnoga dela. I na primeru koju je dao jasno se vidi da se vinovničko hotenje ne odnosi na delo paljevine. On je *hteo* da zapali svoju kolebu, a on *nije hteo* da zapali tuđu kolebu. U njegovoj radnji postoji, dakle, jedno hotenje, ali to nije hotenje protivpravne, već pravno dopuštene posledice. U odnosu na krivično delo nema volje, i baš zato može postojati samo nehat, ako je pri dovoljnoj brižljivosti vinovnik mogao i trebao da zna da je koleba tuđa.

List (Lehrbuch § 148.) i sve njegove pristalice definišu nehat kao nepredviđanje predvidljive posledice pri ostvarivanju volje. Posledica je predvidljiva tada kad je vinovnik nju i mogao i trebao da predvidi. Ovo je definisanje svakako dosledno za sve zastupnike teorije prestave, ma da i oni, kao što je ranije utvrđeno, ipak smatraju da za nehat nije karakteristično nepredviđanje posledice, jer se kod svesnog nehata posledica predviđa, već njeno nehotenje.

Pristalicama teorije volje potrebno je brižljivije psihološko ispitivanje da bi utvrdili pojam nehata. Vršeci ovo ispitivanje mi ćemo utvrditi pojam nehata na osnovu našega svatanja volje i razloga kaznene akcije državnne.

Poznata je podela nehata na svestan i nesvestan – kad se predviđala mogućnost nastupanja posledice i kad se ona u opšte nije predviđala.

Da rasmotrimo pitanje najpre kod nesvesnog nehata. Tu vinovnik hoće da proizvede izvesnu posledicu. On predviđa da će kao rezultat njegove radnje nastupiti jedna promena u spoljnom svetu, dozvoljena ili nedozvoljena, sve jedno. U uverenju, dakle, da će ostvariti samo ono što hoće i što želi, on preduzme radnju. Kad, ali njegovo verovanje bilo je pogrešno. Kao što je vrlo lepo rečeno kod Helšnera: čim je izvršen pokret tela, stvorena jedna motorna snaga, delovanje njeno više se ne upravlja po našem subjektivnom raspoloženju, nego po neumitnim prirodnim zakonima. Tek ako te zakone dobro poznajemo mi ćemo, služeći se njima, postići ono što želimo. Ne poznajemo li ih, ne umemo li da ih pravilno upotrebimo, uzaludno je svako naše staranje oko posledice, jer je van naše moći da menjamo večite zakone univerzuma. Pokret, sila, koju smo mi krenuli otići će pravcem kuda je prirodni zakoni nose i proizvešće posledicu koju mi nismo hteli.

Kod nesvesnog nehata vinovnik se prevario o kauzalnome toku svoje radnje. On se na tu radnju odlučio s toga što je verovao da će ona proizvesti tu i tu posledicu, koju on hoće. U svojoj svesti on je pre svega imao prestavu posledice, koja je, u konkurenciji sa ostalim predstavama odlučila njegovu volju, t. j. on je zaželeo da tu

posledicu ostvari. Pretpostavimo da ta posledica pravno nije zabranjena. Da bi ovu željenu posledicu ostvario on je morao preduzeti izvesnu radnju. I otuda je on u svesti imao prestavu i radnje koju treba da preduzme. Prethodno je da bi se mogao odrediti koju i kakvu radnju treba da preduzme, morao imati uverenje da će radnja biti kauzalna za posledicu, t. j. on je takođe imao prestavu o kauzalnoj vezi njegove radnje i željene posledice. Najzad, on je imao prestavu i o tome da posledica koju on želi da proizvede nije nikakvim zakonom zabranjena, i da on prema tome ne čini nikakvo krivično delo. Njegova volja da posledicu ostvari formirala se u kompleksu sviju ovih prestava. Ona je upravo postala zato što je kompleks prestava bio baš ovakav. Da je on, pak, bio drugojačiji, drugojačija bi bila i akcija volje. A šta je oskudevalo u tome kompleksu? Oskudevala je prestava da će preduzeta radnja, može biti, pored one hotene ili mesto hotene posledice proizvesti i neku drugu posledicu, i prestava da je ta mogućna, eventualna posledica, zakonom zabranjena, te on njenim ostvarenjem čini krivično delo. Upravo, ova bi se druga prestava neminovno pojavila u svesti da je bilo prve, t. j. svatanja da će i druga posledica moći biti ostvarena. Vinovnik neće povredu prava, neće krivično delo. Pa ipak ono je nastupilo. On ga nije hteo s toga što ga nije predviđao, a volja se ne može rasprostirati i na onu posledicu čija prestava nije konkurirala prilikom formiranja akcija volje. Zbog toga što vinovnik neće krivično delo, on nikako ne bi preduzimao radnju da je znao da će po prirodnome toku iz nje proizaći krivično delo. Krivično je delo ostvareno zbog *neegzistencije u svesti prestave o stvarnome kauzalnome toku radnje*. Kod nesvesnoga nehata psihološka kauza krivičnoga dela jeste neegzistencija jedne prestave. To nije neka pozitivna volja za krivičnim delom, već ako bi se tako moralo reći, negativna volja, t. j. ostvarivanje krivičnoga dela usled naše duhovne, psihološke tromosti, lenosti da u svesti probudimo prestavu o kauzalnome toku radnje. A mi smo to mogli, jer nam je tok prirodnih zakona poznat. Otuda smo samo trebali da u svesti probudimo, oživimo prestavu o njima. Mi smo bili lenji, nismo se hteli mučiti oko toga, ostavili smo zaturenu, sakrivenu u svesti, prestavu o dejstvu radnje po prirodnim zakonima i zato što nju nismo izveli u borbu prestava oko formacije volje, i ispala je njena akcija tako da je preko radnje ostvareno krivično delo. Zajednica u kojoj živimo nalaže nam da naše duhovne sile i sposobnosti ne uspavljujemo, da ih držimo budne, i da one tako uvek budu u stanju buditi u svesti nužne prestave za formiranje volje. Šturm (Strafrechtliche Verschuldung S. 34, 35.) pravilno veli: „Ovdi postoji lenost voljne moći; nehatnome vinovniku ne može se prebaciti da je on nešto *hteo* što nije trebao, već na protiv da *nije hteo* ono što je trebao hteti. Kod nesvesnoga nehata dakle postoji *kauzalni odnos između duhovne lenosti čovekove i krivičnoga dela*.

Kod svesnog nehata vinovnik predviđa da njegova radnja može proizvesti krivičnopravnu posledicu. Nju on neće, i kad je neće prirodno je očekivati da ga njena prestava odvrati od svake akcije. Za celo, kad bi bio uveren, da će ta posledica izvesno nastupiti on ne bi delao. Ali, kako on predviđa samo verovatnost njezinoga nastupanja, to njega obuzima nada da krivičnopravna posledica neće nastupiti. Evo sad kako se tu formira volja. Mi imamo prestavu posledice koju želimo. Imamo prestavu radnje koju moramo preduzeti, da bi tu posledicu ostvarili i imamo prestavu kauzalne veze između radnje i željene posledice, Kad bi samo ove prestave u svesti

fungirale, onda bi se mi odmah i lako odlučili na delanje. Ali mi imamo još i predstavu da će eventualno kao posledica naše akcije nastupiti i protivpravna posledica. Nju nikako nećemo. Prestave protivpravne posledice čine u svesti jednu bornu grupu; prestave željene posledice čine u svesti drugu bornu grupu. Kad bi samo te dve grupe prestava u svesti postojale, onda bi uz pomoć naših unutrašnjih motiva, karakternih osobina, prva grupa savladala drugu i volja bi se formirala tako da delati ne treba. Ali u svest ulazi još jedna prestava koja remeti dotadanju ravnotežu. To je prestava nade da posledica ipak neće nastupiti. Ova prestava potpuno potire svaki uticaj prestave protivpravne posledice. Mi tu posledicu po svojim karakternim i psihološkim osobinama ne primamo. Njeno očekivanje uzdržava nas od akcije. Ali mi velimo sebi: pa ta posledica neće nastupiti. Ova nada utire potpurnu moć i u psihi ostavlja samo bojazni da ipak protivpravna posledica ne nastupi. Ali tu bojazan utire vrela želja da ostvarimo onu posledicu kojoj direktno težimo. I tako se kod nas ipak sformira volja da delamo. Kao što vidimo kod svesnoga nehata postoji *kauzalna veza između nade da posledica neće nastupiti i krivičnoga dela*. Da te nade nije bilo ne bi bilo ni krivičnoga dela.

Kod nesvesnoga nehata događa se krivično delo s toga, što u svesti ne postoji jedna nužna prestava, a kod svesnoga s toga što postoji jedna neosnovana prestava. Važno je da je u oba slučaja moglo i trebalo da bude drugojačije. Nama je bilo moguće i bili smo obavezni da u svesti probudimo nužnu prestavu koja bi obrnula pravac volje ili da ne dopustimo ili bar da ne damo nikakve vrednosti nadi da posledica neće nastupiti.

Evo u čemu se sad sastoji naša lična krivica, i zašto nehat treba da bude kažnjiv. Kod nesvesnoga nehata krivično je delo nastupilo usled naše duhovne tromosti, zaspalosti u konkretnome slučaju. U tome se pokazuje jedna naša socijalno vrlo opasna osobina. Jer budemo li mi u svima svojim radnjama takvi, mi će mo stalno remetiti društveni mir, bićemo društveno opasni. S toga je društvu vrlo nužno da nas opomene na pažljivost, da nas probudi. Kad budemo znali i osetili, da i zbog duhovne tromosti možemo biti kažnjeni ili već trpimo zbog nje, u našoj će svesti strah od kazne takođe stvarati nužnu prestavu, koja će proizvoditi jaču živčanu energiju, buditi nas duhovno, i omogućiti da delamo u jednome normalnome psihološkome stanju. Društvo od nas ne traži da mi u svoje postupke unosimo više pažnje nego što mi to možemo. Ono ne traži onoliko koliko mi u opšte najviše možemo. Ali mora, i ima prava da traži da unosimo jedan normalan, prosečan stepen te pažnje.

Kod svesnoga nehata pak mi se vrlo lako podajemo nadi da posledica neće nastupiti. Mi vrlo lako dopuštamo egzistenciju te nade i dajemo prava prestavi o njoj da konkuriše prilikom formiranja volje. U tome se pokazuje jedna naša psihološka osobina koja se naziva *lakomislenost*. I ona je društveno vrlo opasna. Strah od kazne valja da u nama probudi više ozbiljnosti i više razumnoga rasuđivanja pri svakome postupku.

III. Ranije je rečeno da se nehat sa svoje gornje strane graniči umišljajem i sa svoje donje strane slučajnim nekažnjivim delanjem. Prema umišljaju mi smo ga ograničili. Sad treba da ga ograničimo prema slučaju.

Na pitanje dokle se prostire nehat odgovoriće se tada, ako se utvrdi: koliki stepen pažnje, smišljenosti i razumnosti svaki čovek mora da unosi u svoje delanje. Kad to objektivno merilo utvrdimo, lako ćemo u pojedinim slučajevima određivati postoji li lična krivica ili ne. Imamo da pitamo: je li vinovnik ovu posledicu *hteo*? Ako utvrdimo da jeste, bilo kao direktnu bilo kao eventualnu, onda postoji dolozno delanje. Ako utvrdimo da nije, onda moramo postaviti i drugo pitanje: je li vinovnik pri preduzimanju radnje, iz koje je ovo krivično delo proizašlo, raspolagao onim stepenom *pažnje* koji se od njega zahtevao? Ako nije onda će mo ga kazniti za nehatno delanje; ako pak jeste, onda tu do njega više nikakve krivice nema, posledica je plod slučaja za koji niko ne odgovara.

Za utvrđivanje nužnoga stupnja pažnje mogu postojati dva merila: jedno objektivno a drugo subjektivno. Mi moramo pitati: koji se stepen pažnje *s obzirom na stanje stvari* mora tražiti od svakoga; i drugo: koji se stepen pažnje može tražiti *od toga čoveka*.

Što se objektivne pažnje čoveka tiče valja primetiti da nehat ne leži u prostome predviđanju opasnosti da može iz radnje nastupiti povreda pravnoga dobra. Nemački carevinski sud dao je za ovo vrlo dobru argumentaciju. On veli: „Svakoga dana i svakoga časa preduzimaju se radnje, koje, kao što je svakome mislenom čoveku jasno, mogu biti kauzalne za povredu telesnog integriteta pa i života drugih lica. Lice koje te radnje preduzima uvek zna da i pored upotrebe najveće pažnje ne može baš uvek onemogućiti nastupanje tih eventualnih protivpravnih posledica. Kad bi se kazna izricala u svima slučajevima predviđanja opasnosti, onda bi to odvelo konsekvencama, koje su potpuno suprotne današnjim životnim odnosima i potrebama saobraćaja. Da bi se dobio pojam nehata nužno je pored predviđanja opasnosti još i to, da se pri preduzimanju radnje ne unosi onoliko pažnje i onoliko obzira prema opštem dobru koliko se pravično sudeći, od vinovnika *u konkretnom slučaju* moglo očekivati. Sudija ne može doneti odluku o ovome pitanju dok prethodno tačno ne izvidi konkretni slučaj a pri tom treba da uzme u obzir i prinudni položaj u kome se nalazi vinovnik“. Po ovoj odluci oslobođen je odgovornosti kočijaš, koji je, da ne bi iz službe bio otpušten, po zapovesti svoga gospodara upregao u kola konja za koga je znao da može da prekine uzde, i kad se to zaista desilo neka su lica povređena. – (Hippel, Vorsatz 568, 569.).

Da bi mogao biti kažnjen, neopreznost vinovnikova mora u konkretnome slučaju biti *protivdužnosna*. Valja da je on *tu* trebao i mogao posledicu da spreči. Za izvršavanje mnogobrojnih radnji, koje su skupčane sa opasnošću za okolinu postoje odredbe, pravilnici policiske naredbe i t. d. na pr. pravilnici za vožnju železnicima i tramvajima, policiske naredbe o vožnji automobilima i kolima. Moglo bi se tvrditi da svaki onaj, koji bi radio protivno tim pravilnicima, pa bi iz njegove radnje bilo stvoreno jedno krivično delo, samim tim je delao nehatno, t. j. nije u svoju akciju uneo dužni stepen pažnje; i obrnuto, ako je postupao tačno po glasu pravilnika, pa je krivično delo ipak ostvareno, onda nema nehata, nego postoji slučaj. Tu je objektivni stepen pažnje u napred propisan za sve slučajeve.

Tako bi shvatanje bilo vrlo pogrešno i vrlo opasno. Jer, ko nam jamči, da je pravilnicima zaista predviđen baš onaj stepen pažnje, koji se u konkretnom slučaju

može objektivno, pravično sudeći od vinovnika tražiti. Pravilnici ne mogu nikad predvideti sve slučajeve, ali i kad bi mogli ti se slučajevi toliko individualno razlikuju, da gotovo nikad dva jednaka nema, i da nije nikako moguće jednom opštom normom odrediti stepen dužne pažnje. Otuda se sasvim može desiti da je neko po pravilniku delao, pa ipak da je nehatno delao, jer se u konkretnome slučaju od njega moglo očekivati više; i obrnuto, da neko nije delao po pravilniku, pa ipak da nije nehatno delao, jer je on upotrebio svu pažnju koja se normalno mogla od njega zahtevati.

Za utvrđenje nehata je jedina osnovica ispitivanje konkretnoga slučaja, a normalan je pri njemu onaj stepen objektivne pažnje, koji se pravično sudeći u praktičnome životu, u *saobraćaju*, od svakoga u takvoj situaciji može tražiti. Ovde u rasuđivanju treba biti što pravedniji, voditi računa o specijalnome položaju u kome se vinovnik nalazio, pa tek onda odlučiti. Ako je pri tom pravičnom rasuđivanju ipak sumnjivo da je nedostajala dužna pažnja, onda vinovnika uvek treba oslobađavati po pravilu in dubio pro reo, i po pravilu da je nehat izuzetno kažnjiv.

U ovome smislu postoji gotovo opšta saglasnost u literaturi. List veli da se za pojam nehata kod vinovnika objektivno može utvrditi oskudica u opreznosti (Mangel an Vorsicht), t. j. nerazvijanje onoliko pažnje koliko je po stanju stvari ili po naredbama pravnoga poretka nužno“ (Lehrbuch 183.). U istome se smislu izjašnjuje i Frank, Finger, Helser, Hipel i ostali.

Ali ovo objektivno merilo ne bi bilo nikako dovoljno. Ako se kazna hoće da opravda, onda se pri oceni kulpoznosti delanja mora voditi računa i o subjektivnim intelektualnim moćima vinovnikovim. Sa te se strane nikako generalno pravilo ne da postaviti, i nikakav stepen pažnje utvrditi, koji bi za svakoga vinovnika vredeo. Na protiv, i tu se mora poći od konkretnih slučajeva. Pravni poredak ni od koga ne može tražiti, da on u svoje postupke unosi onoliko pažnje, koliko njemu subjektivno nije moguće. Ako nehat treba da bude oblik lične krivice, onda nehatnog delanja može biti samo tada, ako je vinovniku *bilo moguće* da u konkretnome slučaju razvije više pažnje, i da prema tome dela drugojačije. Ako mu pak to nije bilo moguće, onda nema njegove lične krivice, pa bi primena kazne bila besciljna.

Rasmatrajući konkretan slučaj, sudija ima da utvrdi: da li je vinovnik mogao unoseći u svoju radnju onoliko pažnje, koliko on uneti može, predvideti da će protivpravna posledica nastupiti i sprečiti da ona ne nastupi. Leži li to van granice njegovih moći, onda nehatnog delanja nema. I o ovome subjektivnom elementu nehata nisu u literaturi mišljenja mnogo podeljena.

Dokle traje nehat i odakle počinje slučaj? Nehatno dela onaj koji u svoje postupanje ne unosi onoliko pažnje, koliko se radi urednosti u *saobraćaju među ljudima* od svakoga iska. Ta se mera za svaki konkretan slučaj zasebno određuje. Ako je taj stepen pažnje uložen, onda je čovek dao što je bio dužan dati. Desi li se ipak krivično delo, onda u tome do njega nema krivice, to je delo slučajno. Ali ako neko po svojim sposobnostima nije u stanju da unese u svoje postupanje ni taj normalni stepen pažnje, onda se od njega ne može tražiti više nego što u opšte on može da dà. Za njega je tada dužna pažnja ona, koja leži na krajnjoj granici njegovih individualnih sposobnosti. Preko te granice takođe je slučajno delanje. Ako takva lica vrše

od drugoga poverene im poslove, onda njihovi gospodari mogu biti odgovorni kad pri izboru svojih pomoćnika ili zamenika nisu obratili dužnu pažnju na to: imaju li izabrana lica podobnosti da poverene poslove rade sa društveno potrebnom merom opreznosti.

IV. Kao što smo u istoriskome izlaganju videli, svuda, sem Španije, nehatno delanje kazni se samo kad je ono zakonom izrično predviđeno, a redovni kažnjivi oblik lične krivice jeste umišljaj. Kod istupa se pak obično razlika ne pravi, nego se redovno kazne kako umišljeno tako i nehatno delanje. Najnoviji švajcarski projekat kategorički za *sve* delikte traži umišljaj, a nehat kažnjava samo onda gde je to zakon izrično naredio.

Mi držimo da je ova odredba švajcarskoga projekta pravilna. Karakterna crta nehatnih delikvenata jeste lakomislenost i nesmotrenost. Oni svojim delanjem ne pokazuju nikakav iskvaren, antisocijalni karakter. Mahom je njihova nesmotrenost izraz jednoga momentalnoga duhovnoga stanja. Otuda bi bilo besciljno kažnjavati svako nehatno izvršeno delo. Zakonodavac se tu mora prvenstveno rukovoditi obzirima javne sigurnosti, potrebama privrednoga života i saobraćaja, pa marljivo probrati gde, kad i kako treba kazniti i nehatno delanje. Tada će se pokazati kao besciljno načelno deljenje na teže i lakše delikte, pa kod jednih kažnjavanje nehata, a kod drugih nekažnjavanje.

DODATAK

De lege ferenda.

I. Da li u pozitivne zakone treba unositi definiciju o pojmovima umišljaja i nehata, ili je bolje ostaviti kao što je to u većini slučajeva danas, da ove pojmove utvrđuje nauka. *Omnis definitio periculosa est* – svaka je definicija opasna. Opasna je po tome što smo mi vrlo retko u stanju da pod nekoliko rečenica u definiciji subsumiramo sve najraznovrsnije slučajeve koji u životu nijansiraju. Napretkom nauke definicije se najpre krpale, pa se po tom iz osnova menjaju. Njih promeni i uništi praktičan život, i u njemu događaji idu svojim tokom, ne starajući se da se potčine definiciji, već, naprotiv, vukući definiciju ili da se njima prilagodi ili da se uništi. Legalne definicije pak, koje vrede kao pravna norma, nemaju mogućnosti da se povijaju lako i brzo za razvojem života i napretcima nauke. One mogu češće puta da dovedu do vrlo žalosnog stanja u pravosuđu. A najopasnije su zakonske definicije o pitanjima koja su jako kontroverzna, gde se i praktičari i naučnici iz osnova ne slažu. U tome slučaju valja ostaviti da se u velikome duhovnome ratu, koji se među protivnicima mora razviti, pa ma se i godinama vodio, pitanje bar u osnovnim obležjima izvede na čistinu. Zakonodavac ne mora čekati na uništenje jedne strane. Dovoljno je da pobjeda druge u skoroj budućnosti bude izvesna. Tada zakonodavac treba da se angažuje radi toga da bi stvorio stabilnost u pravosuđu, i da bi pomogao da nauka dobije jedan siguran, utvrđen temelj, sa koga bi mogla koračati dalje.

Kako u tome pogledu stoji sa pitanjem o umišljaju i nehata? Celokupno pozitivno zakonodavstvo i judikatura sviju zemalja, i tamo gde legalne definicije ima i tamo gde je nema, saglasni su u tome da je suština umišljaja hotenje posledice. Nekoliko najodličnijih kriminalista stvorili su teoriju prestave. Oni su pokušali da teoriju volje, vladajuću teoriju, oglašavaju za psihološki netačnu i pravno neupotrebljivu. Razvila se borba koja traje skoro dve decenije. Praktičan rezultat njen bio je da su List i Frank, dva najznamenitija zastupnika teorije prestave, ostali još samo njeni formalni zastupnici, dok su stvarno usvojili volju kao suštinu umišljaja. Zastupnici teorije volje pak, u polemici su za to vreme dokazali i njenu psihološku tačnost i njenu praktičnu upotrebljivost, a, naprotiv, kod teorije prestave pokazali psihološku netačnost i nemogućnost njenu da postavi granicu između nehata i umišljaja, nesposobnost, dakle, da reši najvažnije pitanje u ovoj materiji.

Kazneni zakoni iz prve polovine prošloga veka imali su definicije umišljaja. Tada je teorija volje nalazila opšte priznanje, pa je vladala i pozitivnim zakonodavstvom. Zakonici druge polovine prošloga veka mahom definicija nemaju. U poslednjim decenijama njegovim vodila se najljuća borba dve teorije o umišljaju. Legalne definicije javljaju se tek u zakonima dvadesetoga stoleća, delimično japanskom, bugarskom, ruskom švajcarskom. Svi novi zakoni najrevnosnije usvajaju teoriju volje, jer smatraju da je naučni boj urodio već jednim potpuno zrelim plodom, i da

je vreme da se radi jednoobraznosti i sigurnosti pravosuđa utvrđeni rezultati zakonski priznaju.

De lege ferenda potrebne su i moguće su definicije umišljaja i nehata. U njihovo se redaktiranje nećemo upuštati, ali je nužno pokazati elemente, koje definicijama valja obuhvatiti.

II. Suština je umišljaja volja upravljena na ostvarenje svih obeležja krivičnoga dela. Mi smo dovoljno jasno pojam umišljaja odvojili od pojma nehata, i nehat od slučaja. Ali radi jedne legalne definicije nužna je veća specifikacija, bliže određivanje pojma umišljaja. Valja dati odgovor na pitanje: da li se volja, hotenje, kod umišljaja prostire samo na bitna obeležja krivičnoga dela ili i na povredu prava; da li se hoće samo posledica ili sa njom još i pravna povreda: da li je, dakle, za pojam umišljaja nužna svest o tome da je posledica protivpravna? Po tom treba umišljaj razlikovati od jednoga sličnoga pojma, od namere (Absicht).

A.) U krivičnom pravu postoji prezumcija slobode, dopuštenosti svake ljudske akcije. Da bi se ljudskoj radnji taj karakter oduzeo, ona mora izvesnim zakonskim propisom biti izrično zabranjena. Na osnovu prezumcije slobode ljudima je dopušteno činiti sve što im izrično nije zabranjeno. Usled postojanja prezumcije slobode desi se da ljudi puni poštovanja prema zakonu, učine kaznimo delo, uvereni da je dopušteno ono što čine. Da li sad treba kazniti čoveka koji nije znao da je njegova radnja zabranjena? Da li je svest o protivpravnosti radnje obeležje pojma umišljaja?

Veći broj pozitivnih zakona sadrži stav: neznanje zakona nikoga ne izvinjava. Tako je i kod nas. Noviji zakonici pak, u kojima preovlađuje individualistički princip, vode računa o vinovnikovoj koncepciji pravne prirode radnje. Tako na pr. japanski, norveški zakonici i švajcarski projekti na slučaj neznanja da je radnja zabranjena, dopuštaju ublažavanje kazne, pa čak i punu nekažnjivost

Zakoni su, vele zastupnici starijeg svatanja, objavljeni i svaki ima mogućnosti da se o njima razbere. Ako on to ne učini, neka svome nemaru pripiše što pri preduzimanju jedne radnje nije znao da je zabranjena. Politička nužnost i interesi pravne bezbednosti zahtevaju da se pretpostavi znanje svakoga uredno objavljenoga zakona. Opasno bi bilo pitanje o kažnjivosti jedne radnje činiti zavisnim od vinovnikovoga svatanja o moralnom karakteru te radnje. Zakon bi tada izgubio svaku objektivnost; njegova bi primena zavisila od većega ili manjega razumevanja prestupnikovog, te bi nebrižljiv i slabo moralno razvijen bio neodgovorniji nego brižljivi visoko moralno razvijen, i sudija bi tada delio milost umesto pravde.

Individualistički krivičnopravni princip u ovome je pitanju našao najboljega izraza u motivima za norveški kazneni zakonik. Tamo se razlaže ovako: Redovno se tvrdi da od kazne ne može zaštititi neznanje kaznenog zakona ili kažnjivosti radnje. Svakako je uvek dovoljno da je vinovnik samo znao za *protivpravnost* svoje radnje, a ne za njenu *kažnjivost*. Onaj koji svesno protivpravno dela, čini nešto što i sam zna da ne bi trebao da čini. Otuda je on naročito imao razloga da se informira je li ta radnja kažnjiva ili ne. Sumnje može biti samo tada, kad vinovnik nije znao ni za *protivpravnost* radnje. Sistematski bi se najviše moglo reći, da u ovom slučaju ne

postoji umišljaj, već samo nehat. Suprotno mišljenje ni samo ne veli da mu je sve jedno znao vinovnik za protivpravnost ili ne, već postavlja pretpostavku da se pravni propisi znadu. To u stvari nije ništa drugo nego odbacivanje iz praktičnih obzira jednog principa, čija se tačnost načelno priznaje.

Otišlo bi i suviše daleko, ako bi svako neznanje protivpravnosti radnje za sobom uvek povlačilo nekažnjivost. Jer i ovde delimično vredi, ma da u mnogo užim granicama, ono što smo rekli s obzirom na kažnjivost, da je vinovnik morao imati ma i najmanjeg razloga da sumnja u pravnu dopuštenost svoje radnje, pa je otuda trebao da se pre radnje o tome obavesti. Ako bi i tada kazna zavisila od vinovnikovog saznanja prava, onda se on nikad ne bi osetio pobuđenim da se informira.

S druge strane, može biti slučajeva u kojima se vinovnik nimalo ne može okrivljavati za neznanje protivpravnosti svoje radnje i ono s toga mora isključivati kaznu. Bilo bi nepraktično postavljati u zakonu opšta pravila za razlikovanje konkretnih slučajeva. S toga će se praktične potrebe najbolje zadovoljiti ako se ostavi široko polje sudskom slobodnom procenjivanju.

Netačno je tvrditi kako svako ima mogućnosti da se upozna sa publikovanim zakonom, i kad on to ne čini kriv je. Hipel sa svim pravilno veli: „Koji bi to kriminalist mogao danas tvrditi da on zna sve odredbe naših kaznenih zakona, i da ih se svakoga momenta može setiti? Zacelo ni jedan. A kome nije poznato da baš sudovi u mnogobrojnim slučajevima i pored poznavanja zakona različito misle o tome: da li je jedna radnja kažnjiva ili nije? A laik treba uvek da je kriv kad zakon nije znao, ili ga je rđavo razumeo!“ (Vorsatz 588., pr. 1.)

Isto je tako pogrešno tvrđenje, kako bi zakon povlađivao nebrizljive i neobrazovane kad bi se pri kažnjenju na to obazirao, a ne bi im upisao u krivicu što se nisu postarali da se informišu o pravnom karakteru naumljene radnje. Na svaki način opravdano je tražiti da odgovornost različita bude prema stupnjevima obrazovanosti. Jer, društvo pre no što nekoga kazni zato što je neobrazovan, mora postaviti sebi pitanje: da li mu je ono dalo mogućnosti za obrazovanje. Pri tome masa naroda ne orijentiše se o pravnom karakteru svojih postupaka iz leksikona zakonskih i pravnih udžbenika. Ona se uči o tome šta je dobro, a šta zlo; šta je pošteno, šta nepošteno; šta dopušteno, a šta nedopušteno, u porodici, u školi i u životu u posvednevnom dodiru sa ljudima. Zakonodavac o tome faktu mora voditi računa. Tvrđenje kako svaki može da uzme pa da čita zakon, danas kad je pravo postalo tako kopmlikovano kompleks, bez malo može da bude šegačenje.

Nije ništa sretnije ni tvrđenje kako se zakon mora bezuslovno primenjivati, jer to zahteva društvena bezbednost i politička nužnost. Breša je već načinjena. Zašto oni koji to mišljenje zastupaju dosledno, ne traže da se kazne i umobolni i maloletnici? Zašto pitaju da li je ko delao umišljeno ili nehatno, kad se svakom povredom pravnih dobara, pa bila umišljena ili neumišljena, potresa socijalni mir?

Ako krivičnopravno zakonodavstvo i nauka žele da se organizuju na jednome tačnome i efektivnome principu, principu individualističkom, onda po kome razlogu treba da bude kažnjen jedan čovek koji je bez ikakve svoje krivice uveren da vrši nešto što mu je dozvoljeno? To naročito važi za sitnije istupe, a specijalno za policijske istupe. Zašto kazniti stranca koji bi u našu zemlju došao na jedan dan, pa učinio delo u njegovoj zemlji dopušteno, a kod nas nedopušteno?

Sušтина krivice leži u jednome naročitom psihološkom odnosu vinovnika prema posledici, zbog koga on može da bude prekoren od strane društva. Doložnik radi egoistički, jer lični interes stavlja iznad opšteg. Svega toga nema kod onoga koji u momentu delanja nije imao svesti o nedopuštenosti svoje radnje.

Pogrešno bi bilo tražiti da vinovnik zna je li njegova radnja *kažnjiva*, već samo je li *protivpravna* ili *protivdužnosna*, uopšte, nedozvoljena.

Svest o protivpravnosti jeste saznanje vinovnikovo da je njegova radnja zakonski zabranjena. Kad bi zakon utvrdio svest o protivpravnosti radnje kao obeležje umišljaja, onda bi takva odredba dovela u mnogo slučajeva do bezrazložnog oslobodavanja, ili, sudovi bi u interesu društvene bezbednosti vrlo lako uzimali za dokazano da ta svest postoji, te bi i nevini mogli stradati. Bilo bi ovo najzad neopravdano, jer se masa naroda ne uči o tome šta je dopušteno, a šta zabranjeno, iz zakonskih zbornika, već iz praktičnog života.

Merilo o karakteru preduzete radnje ne može biti ništa drugo do životno iskustvo vinovnikovo. Sredina u kojoj on živi i razvija se, posao kojim se bavi, saglasno celishodnosti i vladajućem opštem interesu, ima svoje moralne poglede i određuje šta nije pravo, dobro, pošteno. To što svaki živ i razuman čovek sluša, vidi i zna, naravno, zna i izvršilac jednoga krivičnoga dela. Otuda mi zaključujemo: da je za pojam umišljaja nužno da vinovnik zna da je njegovo delo *nedopušteno*, *protivdužnosno*. Ako on to ne zna, onda ne može biti kažnjen, jer ne postoji umišljaj.

Ima slučajeva u kojima je zakon svest o protivpravnosti radnje uneo u zakon kao bitno obeležje krivičnoga dela. To su izuzetni, specijalni slučajevi, koje treba strogo razlikovati od pitanja koje smo ovde raspravljali. U takvim je slučajevima svest o protivpravnosti to isto što i svi drugi stvarni momenti koji su elementi dela. I na nju se mora prostirati saznanje i hotenje. Pa dalje, mnogo puta zahteva zakon i kod izvesnih stvarnih elementa, koji su takođe bitni sastojci krivičnoga dela, da vinovnik zna njihovu pravnu prirodu, njihova pravna svojstva. Za pojam krađe nužno je, na primer, da neko ukrade *tudju* stvar. Taj kvalitet stvari jeste pravni, kvalitet koji ona dobija usled izvesnih naročitih socijalnih odnosa među ljudima. Za ovakve slučajeve veli List: „Za pojam umišljaja nužno je saznanje svij u obeležja krivičnoga dela. Otuda je nužna i *tačna supsumcija činjenica pod zakon*. Učinilac mora znati da je stvar koju je on ukrao *tudja*, da je falsifikovani rukopis isprava, da je radnja koju on čini bludničenje. Sve su to bitna obeležja zločina, koja nisu samo stvar svatanja, već određuju radnji pravni karakter“. (Lehrbuch 16/17 Aufl. S. 173. Ovo tvrđenje ne nalazi se u srpskom prevodu).

Hipel nalazi da je ovo tvrđenje pogrešno. Da li je saznanje pravne prirode jednoga fakta postojalo ili ne, vidi se opet po okolnostima iz kojih će sudija to zaključiti. Za pravni bi poredak opasno bilo tražiti da vinovnik supsumira fakta pod zakon. Danas ni najbolji pravници ne mogu da se slože u tome da li je jedno pismeno isprava ili ne, i šta je u zakonskom smislu isprava, a šta blud. Kud bi odvelo kad bi falsifikatori, zbog neznanja je li falsifikovano pismeno isprava, bili oslobođeni kazne? Za ove se slučajeve ne da postaviti nikakvo generalno pravilo. Nužno je otuda tačno analizirati zakonske propise za specijalne slučajeve. (Vorsatz 561, 562.).

Frank takođe ne usvaja Listovo tvrđenje. On veli da se pravni pojmovi koji su stvoreni u drugim oblastima prava u kaznenom zakonu potpuno izjednačuju stvar-

nim činjenicama. Na pr., reči: car, brak, svojina, potraživanje i t. d. Kao god što sve druge stvarne činjenice (stvari) krivično pravo ima gotove, izrađene, pa im samo daje svoju zaštitu, isto tako ono dobija gotove i izrađene pravne pojmove. No i među pravnim pojmovima ima razlike. Jedni su takvi da su svakima poznati (na pr., šta je tuđa stvar, šta je brak, svojina, car, to zna svaki normalan čovek), a drugi su oni koji se izvode putem pravne dedukcije. Oni prvi ravnaju se stvarnim činjenicama, ovi drugi ne. Otuda je saznanje onih prvih nužno za pojam umišljaja, a ovih drugih ne. Vinovnik, na pr., ne mora znati je pismeno, koje je falsifikovao, isprava, niti umeti da to supsumira pod pojam isprave. Ali ono što on tu mora znati jesu okolnosti po kojima će sudija kao pravnik moći da zaključi da u konkretnom slučaju postoji jedna isprava (Strafgesetz. S. 128.).

Ovo je mišljenje pravilno.

B.) Pozitivni zakonici češće puta smatraju za nužno da u bitna obeležja pojedinih krivičnih dela pored objektivnih unesu i jedno naročito subjektivno obeležje. To subjektivno obeležje ne spada u opšti, već u posebni corpus delicti i vredi samo za izvesne, zakonom tačno određene, delikte. Obično su, kao što smo videli, bitna obeležja krivičnih dela stvarni momenti, ili i pravni koji se približuju stvarnima. Ali biva da i jedan subjektivan momenat bude jedno od bitnih obeležja krivičnoga dela. To je slučaj svuda gde zakon ističe *nameru* kao jedan od posebnih corporum delicti.

Treba dobro razlikovati u takvome slučaju nameru od umišljaja. Umišljaj je saznanje i hotenje sviju obeležja krivičnoga dela; dok je namera, koja je i sama jedno bitno obeležje, jedan mnogo uži pojam: ona je cilj, neposredni uzrok zbog koga se dela.

Namera, kao obeležje pojedinih krivičnih dela, uneta je u sve strane kaznene zakonike. U nemačkom se u takvim slučajevima veli „Absicht“ (namera) – § 242, 263., ili „um zu“ (da bi) – § 7, 257., ili „zu dem Zweck“ (u cilju) – § 363.

U motivima za nemački građanski zakonik veli se: „U saglasnosti sa kaznenim zakonikom ovaj predlog naziva umišljajem raspoloženje volje upravljeno na proizvođenje jedne posledice; umišljeno znači, dakle, to isto što i svesno i voljno. Predlog, pak, govori o *nameri*, kad hoće da označi *cilj* koji se želi postići“. Nemački carevinski sud smatra nameru kao uži, tehnički pojam, koji se ne rasprostire na celo polje umišljaja, već samo na jedan deo. On nameru smatra kao cilj ili *krajnji cilj* delanja. Ona dolazi među posledice koje su se želele i kojima se pri radnji težilo. (Hippel, Vorsatz 533.). List, (Lehrbuch 134.) veli ovako: „Namera je prestava ostvarenja željene posledice koja je opredelila volju; ili, to je željena posledica koja se ostvarenjem trebala da postigne.“

No i u nemačkome zakoniku zakonodavac nije bio strogo konsekventan. Ima slučajeva, gde je on pod namerom razumevao prosto umišljaj. Francuski zakonik u tom pogledu stoji još gore. U njemu se tehnički za umišljeno delanje veli volontairement. Ali se pored toga upotrebljuju još i izrazi: à dessein (u cilju), avec connaissance (sa znanjem), sciement (znajući), machamment (zlobno), frauduleusement (varalački, obmanjujući). U tim izrazima češće se puta misli ne samo na umišljaj, već i na nameru u užem smislu.

Naš kazneni zakonik pokazuje mnogo više nesređenosti i nerazumevanja stvari nego strani zakonici, prosto s toga što redaktori našega zakonika nisu znali za podvajanje umišljaja i namere kad su strane zakone prepisivali. Razlikovanje namere i umišljaja nije učinila ni naša pravna literatura, pa i u pravosuđu kao da se dovoljna jasna podvojenost ne čini.

Naš kazneni zakonik je često uzeo nameru kao bitno obeležje pojedinih krivičnih dela. Način izražavanja zakonika u ovim slučajevima nije nikako podjednak. Čas se veli: „ko u nameri“, ili „ko namerno“, čas opet „ko u cilju“, čas „ko . . . da bi“ kao na pr. § 147., 149., 153., 225. a, 98., 289., 290., 292., 297., 302. a. itd. U svima ovim slučajevima potrebna je brižljiva ocena smisla koji je zakonodavac dao ovoj reči. Vrlo često zakonodavčeva „namera“ znači *pobudu* delanja, ali često ona ne znači ništa drugo do umišljaj. Svako opšte pravilo bilo bi, dakle, pogrešno. Samo se za pojedini slučaj može rešiti pitanje da li se traži *namera* ili *umišljaj*. Ako prema zakonskom tekstu namera znači pobudu delanja, onda je ona jedno bitno obeležje krivičnoga dela. Na nju se mora rasprostirati vinovnikova svest, ona mora biti istragom i na glavnom pretresu utvrđena i dokazana, pa tek onda da se može reći da je vinovnik to delo izvršio. Ako li pak u zakonskom smislu „namera“ znači samo umišljeno, namerno delanje, onda se ona naročito ne ispituje, već potpada pod opšta pravila o umišljaju.

III. Definisanje pojma nehata zavisi od toga kako definišemo pojam umišljaja. Ali na ovome je polju teorija prestave učinila koncesije teoriji volje. Ona je priznala da karakteristika nehata nije nepredviđanje već nehotenje posledice.

Otuda je o nehatu malo kontroverza i legalna se definicija bez ikakve opasnosti da postaviti. Ranije je rečeno koje elemente ona treba da obuhvati.

Živko Topalović

There are several reasons for choosing the work of Živko Topalović, which was released one century ago (1911), to be republished in our Journal. His book shows that Serbian criminal science at that time was at the same level of accomplishments as the European criminal theory was. It seems, moreover, that in that period the contemporary foreign literature was more in the scope of interest than it is nowadays, at least when criminal law dogmatics is concerned. Although some of his positions are outdated and although there are some other scarcities (i.e. inhomogeneity of criminal terminology), his work is nevertheless all in all surprisingly up to date. Besides, contemporary criminal science in Serbia in certain aspects just recently approximated to some positions Ž. Topalović, at least to some extent, already has held. For example, the normative aspect of guilt was rejected in Yugoslavian and Serbian theory and legislature until recently (they hold on to the outdated psychological theory), while he paid due attention to that question. It should be noticed that this was just some years after R. Frank in Germany was the first to stress out the significance of the normative aspect of guilt (which is today dominant in Germany and in many other European countries).

One of the reasons for republishing this work of Živko Topalović is the fact that it is less known even to those in Serbia who deal with criminal law. Not going deeper into the reasons for that (probably, ideology played a role after World War II, as Ž. Topalović was convicted for his activities within the četnik movement), we consider that this work deserves to be rereleased, because of the importance of the topics and the way he deals with them, regardless of the fact that since his first publishing one century has passed. The introducing article in the first issue of our Journal „Crimen“, written by Claus Roxin, also shows that this question is up to date even now, so we can draw a certain parallel between contemporary positions and the way of solving the problem of demarcation between eventual intent and conscious negligence, defined in the publication of Živko Topalović.

Editorial board of the Journal „Crimen“