

ОПШТИ ПОЈАМ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Општи појам кривичног дела је у нашој досадашњој теорији кривичног права одређиван у духу тзв. класичног приступа том појму. Настао у ранијој немачкој кривичноправној науци, тај је појам, иако једноставан и прецизан, у међувремену превазиђен садржајнијом оријентацијом која наглашава сложену природу општег појма кривичног дела и потребу другачијег поимања његових конститутивних елемената (тзв. неокласични појам) од које полази и нови Кривични законик, чинећи тако значајан напредак у смислу легислативног обликовања овог института.

Кључне речи: *кривично дело, друшћивена ојасносћ, ирошћивјравносћ, кривица, Кривични законик.*

ОПШТИ ПОЈАМ КРИВИЧНОГ ДЕЛА У НАШОЈ ДОСАДАШЊОЈ ТЕОРИЈИ КРИВИЧНОГ ПРАВА

Учење о општем појму кривичног дела представља темељ догматског дела науке кривичног права. Начин његовог одређивања непосредно утиче и на обликовање читавог система општег дела.¹ Овај сложени појам је у току свог целокупног историјско-догматског развоја структурално обухватао две основне категорије: неправо и кривицу.² Док неправо, као јединство три елемента: људске радње, њене предвиђености у закону и противправности, чини објективну страну кривичног дела, кривица означава субјективно обележје у том појму које се манифестује и кроз прекор који друштво упућује учиниоцу због тога што се одлучио за неправо.

Историјски осврт на појаву и генезу учења о општем појму кривичног дела показује да је поимање овог института као реалне и правне датости прешло пут од класичног ка неокласичном систему. Класичан појам кривичног дела, настао почетком двадесетог века,³ карактерише *дескриптивно-објективно*, тј.

1 Види: З. Стојановић, *Кривично право, општи део*, Београд, 2007, стр. 95.

2 И. Вуковић, *Важне новине у одређењу општијег појма кривичног дела у Предлоју Кривичног законика Србије*, у: Казнено законодавство: прогресивна или регресивна решења, Будва, 2005, стр. 97.

3 Општи појам кривичног дела добио је у својој класичној форми заокружену целину у радовима Белинга (Beling) и Листа (Liszt). Иако је још Биндинг (Binding) заговарао разликовање и одвајање противправности од кривице, тек ће Белинг почетком двадесетог века тврдити да кривично дело поред противправности и кривице има још један општи елемент – предвиђеност у закону. По њему је оствареност бића кривичног дела индиција за противправност. Каснијим учењем Листа о објективним и субјективним обележјима појединих елемената кривичног дела био је створен модеран концепт општег појма

натуралистичко-реалистичко одређивање његових елемената.⁴ Правна сигурност као императив либералне правне мисли захтевала је једноставан систем појмова утемељен на позитивизму природних наука, што се нужно морало одразити на садржину елемената кривичног дела.⁵ Радња као носећи елемент општег појма кривичног дела схватана је у каузалном (натуралистичком) смислу као проузроковање промене у спољном свету. За предвиђеност дела у закону била је карактеристична вредносно неутрална понашања, које би било вредновано на нивоу противправности и кривице.⁶ Противправност је сведена на објективан суд о делу, и одређивана је потпуно формално, као одсуство основа искључења противправности, док је кривица у складу са психолошким схватањем посматрана као субјективни (психички) однос учиниоца према делу који се испољава кроз умишљај или нехат. Доцнија, телеолошки усмерена аргументација (тзв. неокласични појам кривичног дела) извршиће промене у оквиру таквог концепта. Поједностављено објективно – субјективно схватање радње кривичног дела бива превладано садржајнијим приступом.⁷ У оквиру бића кривичног дела уочена су нормативна као и субјективна обележја. Афирмисан је и материјални појам противправности, *неправо је у свом материјалном виду повређивање заштићеног добра*.⁸ Тиме је с једне стране омогућено да се на плану противправности степенује остварено неправо, као и да се узму у обзир и други разлози евентуалног искључења противправности, изван оних законом предвиђених.⁹ На плану кривице најзначајније је отклањање чистог психологизма и уношење нормативног садржаја, чиме се боље оцртава суштина овог елемента.

Савремена кривичноправна мисао земаља евроконтиненталног правног круга општи појам кривичног дела углавном схвата као тростепено постављену структуру логички повезаних елемената. Тај, неокласични, општи појам кривичног дела обухвата: предвиђеност у закону, противправност и кривицу. С обзиром на то да људска радња, осим у врло ретким случајевима, испуњава услове да (потенцијално) буде радња кривичног дела, као и због тога што појам радње није правни појам, у иностраној теорији је присутно схватање да појам радње не треба уносити у појам кривичног дела.¹⁰ Такво схватање општег појма кривичног дела је владајуће у Немачкој, Аустрији, Швајцарској, Шпанији, Грчкој, скандинавским земљама а поље његовог важења простире

кривичног дела. Види: D. Korošec, M. Ambrož, Lj. Bavcon, K. Filipčič, *Majhen pomen dejanja kot institut materialnoga kazenskoga prava*, Ljubljana, 2004, str. 37–38; F. Bačić, *Krivično pravo, opći dio*, Zagreb, 1986, str. 141..

4 Види: Д. Атанацковић, *Појам заблуде у кривичном праву*, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, Београд, 1/1977, стр. 44–51.

5 И. Вуковић, *нав. дело*, стр. 98.

6 Види: F. Bačić, *нав. дело*, стр. 141.

7 Види више о модерним теоријама радње (финална, социјална, персонална, социјално-персонална теорија) код З. Стојановића, *нав. дело*, стр. 104–109.

8 F. Bačić, *нав. дело*, стр. 141.

9 И. Вуковић, *нав. дело*, стр. 99.

10 З. Стојановић, *Појам кривичног дела у новом Кривичном законнику*, Бранич, Београд, 3–4/2005, стр. 18.

се и ван европског континента (на пример, готово читава Латинска Америка, Јапан, Јужна Кореја, Јужна Африка).¹¹ Ипак, поједини аутори, пре свега у Италији и Француској, чине уступке поставци о дуалистичкој структури општег појма кривичног дела. Тако у Француској дводеобу општег појма кривичног дела карактерише укључивање објективних обележја бића у *élément matériel*, док субјективна обележја граде *élément moral*. Изван општег појма кривичног дела појмови кривице и противправности разматрају се у оквиру тзв. кривичне одговорности (*responsabilité pénale*).¹² У земљама англосаксонске правне традиције општи појам кривичног дела чини функционално јединство објективног (*actus reus*) и субјективног (*mens rea*) елемента. Да је кривично дело скривљено неправом, потврђује дуговечно пословично правило: *actus non facit reum, nisi mens sit rea*.¹³

У нашој досадашњој теорији доминирао је класичан приступ у одређивању општег појма кривичног дела. Преузет из раније немачке литературе, тај појам је донекле модификован уношењем у њега друштвене опасности као материјалног елемента, што је било карактеристично за све бивше социјалистичке земље.¹⁴

Иако је на самом почетку развоја учења о општем појму кривичног дела у нашој доктрини велики утицај имало Живановићево објективно схватање, даљи ток изградње мисли о овом појму обележиће објективно – субјективна концепција, структурално повезивање неправом и кривице (виности).¹⁵

11 Види: И. Вуковић, *нав. дело*, стр. 99; D. Korošec, M. Ambrož, Lj. Bavcon, K. Filipčić, *нав. дело*, стр. 36.

12 И. Вуковић, *нав. дело*, стр. 100.

13 Види: М. Аћимовић, *Субјективни елементи кривичног дела у америчком праву*, Београд, 1966, стр. 24; М. Цетинић, *Два система кривичног права, евро-континентално и англо-саксонско право*, Правни живот, Београд, 9/2006, стр. 332; „Generally speaking, crimes have two components: the *actus reus*, the physical or external portion of the crime; and the *mens rea*, the mental or internal feature.“ J. Dressler, *Understanding Criminal law*, New York (etc), 2001, стр. 81; „A person cannot usually be found guilty of a criminal offence unless two elements are present: an *actus reus*, Latin for guilty act; and *mens rea*, Latin for guilty mind.“ С. Elliot, F. Quinn, *Criminal law*, Harlow (etc), 2004, стр. 8. Међутим, англосаксонско кривично право познаје институт тзв. *strict (absolute) liability*, одговорност за само проузроковање (објективна одговорност), пошто је за поједина кривична дела довољно утврдити постојање само објективног елемента. Стриктна одговорност по правилу се примењује у случајевима такозваних прекршаја против општег добра (*public welfare offences*). М. Аћимовић, *нав. дело*, стр. 81. Вид. А. P. Simester, G. R. Sullivan, *Criminal law, theory and doctrine*, Oxford, 2003, стр. 167–191; М. Jefferson, *Criminal law*, Harlow (etc), 2001, стр. 165–189.

14 Први КЗ који је друштвену опасност унео у општи појам кривичног дела био је КЗ РСФСР из 1922. године, што су потом следиле сви законодавци бивших социјалистичких земаља (КЗ Румуније из 1949. године, КЗ Чехословачке из 1950. године, КЗ Мађарске из 1950. године, КЗ Бугарске из 1951. године, итд). Види: А. Михајловски, *О појму кривичног дела*, Београд, 1985, стр. 74.

15 Живановић је својим особеним схватањем догматски део кривичног права засновао на тзв. трипартицији. Поред кривичног дела, које схвата потпуно објективно, и казне (кривичне санкције) у систематику кривичног права као засебан елемент уноси појам кривца. Види: Т. Живановић, *Основи кривичног права, општи део*, Београд, 1922, стр. 3 и Т. Живановић, *Основи проблема кривичног права, I кривично дело, II кривац, III кривична санкција*, Београд,

С обзиром на то да се разматрања о општем појму кривичног дела у нашој ранијој литератури нису значајно разилазила, било је уобичајено да се кривично дело одређује у формално-материјалном смислу као оно *дело човека које је друштвено опасно, непроправно, у закону одређено као кривично дело и које је учињено са виошћу*.¹⁶ Од владајуће дефиниције постојали су и изузеци, у том смислу што су поједини аутори у општи појам кривичног дела уносили и друге елементе или су пак већ постојеће обухватили другачијим формулацијама.¹⁷

1930, стр. 10–32. Један од ретких наших аутора који, попут Живановића, сматра да кривица не представља конститутивни елемент општег појма кривичног дела је Атанацковић. Но, и поред оваквог полазног опредељења, он не усваја објективни појам кривичног дела. Кривично дело је по њему објективно – субјективна категорија, само што кривица не представља његову значајну правну детерминанту. Субјективни елементи кривичног дела обухваћени су бићем кривичног дела а то су, поред свести и воље, намера, побуде, знање и слично док је кривица један потпуно објективни појам. Види: Д. Атанацковић, *Неки проблеми у вези са објективно – субјективним схватањем кривичног дела*, *Анали Правног факултета у Београду*, Београд, 1–3/1991, стр. 30. До оваквог закључивања Атанацковић долази због почетне теоријске оријентације. Наиме, он усваја поједине аспекте финалистичког учења, за које је карактеристично субјективизирање неправда (уношењем умишљаја и нехата у радњу кривичног дела) па је разумљиво његово прихватање потпуно нормативних теорија о појму и природи кривице (које очишћене од свег субјективног означавају осуду због учињеног дела). „Прекор се, дакле, не заснива ни на каквом психичком односу учиниоца према своме делу, већ га треба тражити у манљиво спроведеној финалној радњи у оквиру које је дошло до остварења кривичног дела, тј. он се мора тражити у личном ставу учиниоца према кршењу својих дужности. Виошћ (кривица, прекор) уопште није субјективна категорија, већ један објективни (негативни) вредносни суд о субјекту који је могуће посматрати одвојено од кривичног дела, а при том ипак остати при објективно – субјективном схватању кривичног дела.“ *Исто*, стр. 31–34. Међутим, оваквом промишљању, према којем је кривица измештена из појма кривичног дела, може се ставити иста замерка која се упућује и Живановићевом схватању, због чега не може бити прихватљиво, јер између осталог доводи до тога да може постојати кривично дело иако се његов учинилац не може прекорити за своју радњу.

16 Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић, *Кривично право, општи део*, Београд, 2000, стр. 109; Види: Љ. Јовановић, *Одређивање појма кривичног дела*, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, Београд, 3/1987, стр. 64; М. Радовановић, *Кривично право СФРЈ, општи део*, Београд, 1972, стр. 60; Ј. Таховић, *Кривично право, општи део*, Београд, 1961, стр. 95–99.

17 Поједини писци у општи појам кривичног дела уносе кажњивост као значајан атрибут. „Кривично дјело је понашање човјека које је протуправно, скривљено и кажњиво.“ *Ф. Вашић, нав. дело*, стр. 130. „Кажњивост као основни елемент кривичног дјела значи предвиђеност казне, пријетњу казном, а не и да казна мора бити стварно изречена; кажњивост се не односи на конкретну судску казну.“ *Исто*, стр. 134. Слично констатује и Бркић говорећи о појму кривичног дела у материјалном смислу: „Неко друштвено опасно дјело само онда представља кривично дјело ако је кажњиво; без тога не би било кривично дјело. На тај начин, кажњивост је обиљежје кривичног дјела, она је један од елемената појма кривичног дјела.“ М. Бркић, *О појму кривичног дјела*, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, 3/1953, стр. 217. У ранијој литератури тако и Марковић, који полазећи у потпуности од Листовог схватања, кривично дело одређује као „виошћ противправно делање, угрожено казном од стране државе.“ Б. Марковић, *Кривично право*, по предавањима изradio Живко Топаловић, друга књига, Београд, 1909, стр. 293. Ипак, истицање кажњивости као засебног елемента у општем појму кривичног дела је непотребно, јер је претња казном већ садржана у оквиру елемента предвиђености у закону. Живановић кривично дело одређује као „противправно, у казном закону предвиђено и условима инкриминације одговарајуће дело.“ Т. Живановић, *Основи кривичног права, општи*

Разлика је постојала и у погледу редоследа навођења појединих елемената (с тим што многи нису придавали важност значају редоследа).¹⁸

У погледу садржине појединих елемената у општем појму кривичног дела доминирало је застарело гледиште у духу класичног концепта (натуралистички појам радње, психолошко одређивање кривице итд) али најважнију одлику теоријског одређивања општег појма кривичног дела представљало је указивање на његову садржинску, материјалну страну, тј. постављање друштвене опасности као неопходне претпоставке постојања кривичног дела.¹⁹

Друштвена опасност је постала део појмовне апаратуре кривичног права на самом почетку развоја модерне кривичноправне мисли. За разлику од присталица класичне школе, који су опасност везивали искључиво за понашање и схватили га објективно, представници италијанске позитивне школе видели су у опасности учиниоца једини основ за примену кривичних санкција.²⁰ Иако

део, нав. дело, стр. 55 и Т. Живановић, *Основни проблеми кривичног права, I кривично дело, II кривац, III кривична санкција*, нав. дело, стр. 79–80. Као посебан елемент у овој дефиницији фигурирају услови инкриминације (кажњивости). Осим што услове инкриминације немају сва, већ само поједина кривична дела, овој концепцији се начелно може упутити исти приговор као и претходној која у општи појам кривичног дела уноси кажњивост, тј. услови инкриминације обухваћени су законским описом па су део елемента предвиђености у закону. Полазећи од претпоставке да за свако кривично дело постоји ваљан разлог због којег га је законодавац инкриминисао Атанацковић у општи појам кривичног дела уноси законодавни мотив инкриминације. „Под кривичним делом подразумева се друштвено опасно дело које је законом одређено као кривично дело и које одговара законодавном мотиву инкриминације.“ Д. Атанацковић, *Прилој дефинисању ошћшеј појма кривичног дела*, *Анали Правног факултета у Београду*, Београд, 5/1990, стр. 565. Иако увиђа да између друштвене опасности и законодавног мотива инкриминације постоји делимично поклапање Атанацковић сматра да су то ипак две различите категорије, јер „док друштвена опасност објашњава зашто је једно дело кривично, законодавни мотив инкриминације даје објашњење зашто је једно дело друштвено опасно (у кривичноправном смислу).“ *Истио*, стр. 563. Законодавни мотив инкриминације може се сазнати из законског описа кривичног дела (најчешће је то последица) и није га потребно утврђивати приликом оцене постојања кривичног дела (то је више криминално политичка него правнодогматска категорија) те не може имати својство засебног елемента у том појму. Потреба за јасном, прецизном и логички исправном дефиницијом кривичног дела није само теоријске природе, већ је неопходно да има вредност и за примену кривичног права. Због свега тога правни појам кривичног дела мора садржати искључиво формалне елементе, „који би омогућили егзактну супсумцију конкретног догађаја под кривичним законом предвиђен опис кажњивих људских радњи.“ И. Вуковић, *нав. дело*, стр. 98.

18 Види: З. Стојановић, *Кривично право, ошћши део*, нав. дело, стр. 96–97.

19 „У средишту општег појма кривичног дела налазио се материјални елемент друштвене опасности који је и у највећем делу европске науке кривичног права током већег дела XX века означаван као законодавни мотив инкриминисања – разлог зашто једно дело квалификујемо као кажњиво у кривичноправном смислу.“ И. Вуковић, *нав. дело*, стр. 100.

20 „Опасност је дакле, по схваћању позитивиста, основни критериј и разлог за примјену мјера друштвене реакције према учиниоцима кривичних дјела. Извршено дјело само је један од елемената на темељу којег се одређује опасност учиниоца, а ова опасност једини је критериј за одређивање мјере друштвене одбране коју према конкретном учиниоцу треба примјенити.“ Г. Томашевић, *Razmatranja o nastanku i značaji pojma društvene opasnosti*, Split, 1974, стр. 129. Вид. Н. Срзентић, *Прилој ишћшању појма кривичног дела*, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, 1/1951, стр. 65.

опасност схвата у субјективном смислу, тј. као опасност самог учиниоца, позитивна школа познаје и појам друштвене опасности.²¹ Друштвена опасност, или друштвена штетност била је још тада признавана као начин одређивања суштине, односно садржине кривичног дела, али није уношена у појам кривичног дела као засебан елемент. Она се схватала или као материјална страна противправности, или како се то обично каже, законодавни мотив инкриминисања.²² Супротно таквом гледишту, наша наука је под утицајем совјетске теорије кривичног права друштвену опасност сматрала самосталним и чак најважнијим елементом у општем појму кривичног дела.²³ Такође, по узору на совјетско кривично право, друштвена опасност је и у нашем кривичноправном систему постала законска категорија. То је први пут учињено кодификацијом општег дела кривичног права након Другог светског рата,²⁴ и све до

21 „Код Ферија ови различити термини имају и различит садржај – друштвена опасност основ је за примјену пределиктних превентивних мјера, док је тзв. криминална опасност основ за примјену репресивних мјера. Термин друштвена опасност употребљавала је и социолошка школа, при том мислећи на категорије делинквената које су посебно друштвено опасне.“ G. Tomašević, *nav. delo*, стр. 131.

22 З. Стојановић, *Кривично право, ойшии гео*, нав. дело, стр. 97.

23 „Друштвена опасност дјела је једини разумни разлог његове недопуштености и разлог кажњавања његовог учиниоца; без ње нема кривичног дјела.“ М. Бркић, *нав. дело*, стр. 215. У делу наше литературе било је присутно и пренаглашавање значаја појма друштвене опасности. „У ширем смислу посматрано, друштвена опасност се јавља не само као материјални супстрат кривичног дела, већ и као материјални супстрат целокупног кривичног права – његова основа, извор, темељ, подлога. Она, дакле, по свом значају превазилази само својство материјалног елемента кривичног дела – и представља врховни принцип кривичног права.“ Д. Атанацковић, *Кривични одмерици казне*, Београд, 1975, стр. 15. Поједини аутори друштвену опасност не сматрају посебним и самосталним обележјем појма кривичног дела, већ је одређују као материјалну страну противправности. „Друштвена опасност и противправност чине две стране једне исте ствари тј. то су две карактеристике једног истог општег и основног елемента кривичног дела. Друштвена опасност се може означити као материјална садржина противправности, противправност пак као правно и нормативно формулисање друштвене опасности.“ Ј. Таховић, *нав. дело*, стр. 119–120. Тако и S. Frank, *Teorija kaznenog prava po Krivičnom zakoniku od godine 1951*, opći dio, Zagreb, 1955, стр. 118; М. Радовановић, *нав. дело*, стр. 86 и Б. Чејовић, *Друштвена опасност и противправност кривичног дела у југословенском кривичном праву*, Гласник Правног факултета у Крагујевцу, Крагујевац, 1980, стр. 46; „Друштвена опасност је језгро кривичног дјела, његовог неправга. Она одређује материјални садржај кривичноправне протуправности.“ F. Vačić, *нав. дело*, стр. 197.

24 Иако Кривични законик – општи део из 1947. године није садржао одредбу о општем појму кривичног дела, из уводних одредаба (чл. 1, 2, 3) се може сагледајти појам кривичног дела – као друштвено опасно и скривљено кажњиво њонашање. „Тада се, први пут, у наше кривично законодавство (под утицајем совјетског права) уноси и појам кривичне одговорности и чврсто везује за појам друштвене опасности.“ З. Стојановић, *Појам кривичног дела у новом Кривичном законнику*, нав. дело, стр. 11. „Друштвена опасност је од одлучујуће важности за појам и постојање кривичне одговорности. Без постојања друштвене опасности не може се поставити питање о кривичној одговорности... Одређујући да је друштвена опасност дела неопходан услов да би неко чињење или нечињење било сматрано као кривично дело за које се кривично одговара, законик је тиме поставио материјално схватање кривичног дела. То значи схватање које у друштвеној опасности налази основну садржину сваког кривичног

ступања на снагу новог Кривичног законика законски појам кривичног дела је у одређиван у формално-материјалном смислу. Сходно ранијем кривичном законодавству, кривично дело је било дефинисано као *друштвено ојасно дело које је законом одређено као кривично дело и чија су обележја одређена законом* (чл. 8, ст. 1 Основног кривичног закона – у даљем тексту ОКЗ).²⁵ Осим тога што је у први план истицала материјални елеменат, недостатак ове одредбе била је и лоша језичка стилизација (елеменат предвиђености у закону је поновљен двапут), као и изостављање кривице (виности) и противправности, у науци неспорних услова за постојање кривичног дела, због чега је било основа за тврдњу да ОКЗ усваја објективни појам кривичног дела.²⁶ Такво је схватање

дела.“ М. Пијаде (редактор): *Коментар Ојшшеі дела Кривичноі законика*, Београд, 1948, стр. 21. Утицај совјетског права у овом законнику видљив је и по томе што и поред прокламовања начела законитости (чл. 4) законик изричито дозвољава употребу тзв. креативне аналогије (чл. 5, ст. 3). Разлог томе треба тражити и у чињеници да посебни део кривичног права није био кодификован „и да су постојале бројне празнине које су омогућавале нападе на значајна друштвена добра која су, стога, морала бити и на овакав начин заштићена.“ Љ. Јовановић, *нав. дело*, стр. 63.

- 25 Нужна последица таквог једног решења било је формулисање института незнатне друштвене опасности који је представљао материјалноправни инструмент за решавање проблема багателног криминалитета. Због своје везаности за појам друштвене опасности овај институт није био регулисан у оквиру засебног члана већ је посебном нормом био подведен под исти члан којим је одређен општи појам кривичног дела. Одредбом чл. 8, ст. 2 ОКЗ било је предвиђено да *није кривично дело оно дело које, иако садржи обележја кривичноі дела одређена законом, љредсљавља незнајну друштвену ојасносћ збоі малоі значаја и збоі незнајносћи или одсујносћи шћейних љоследица*. Законско нормирање овог института значило је афирмацију идеје да у сфери ситног, багателног криминалитета није нужна примена кривичног права. Дела која с обзиром на свој занемарљив значај суштински не конституишу кривично неправо оправдано се сматрају кривичноправно ирелевантним. Међутим, законски услови који су кумулативно морали бити испуњени да би водили искључењу кривичног дела нису били довољно одређени услед чега су стварали потешкоће како теорији тако и судској пракси која је, и поред тога што је овом институту прилазила са већим опрезом и колебљиво, остала у приличној мери неуједначена.
- 26 Прихватање објективног појма кривичног дела у ОКЗ видљиво је и по томе што је читава друга глава била насловљена – Кривично дело и кривична одговорност, као и из одредаба о неурачунљивости (*Није урачуњљив учинилац који у време извршења кривичноі дела није моіао...*, чл. 12 ОКЗ), условима за изрицање мера безбедности обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи и обавезно психијатријско лечење на слободи (*Учиниоцу који је кривично дело учинио у сћању неурачунљивосћи...*, чл. 63 и 64 ОКЗ) и одредбе о старосној граници неопходној за примену кривичног права (*Према малолетнику који у време извршења кривичноі дела није навршио четрнаесті година (детје) не моју се љрименићи кривичне санкције*, чл. 72 ОКЗ). Но, и поред тога, постојало је схватање да је одредба чл. 8 само декларативне природе и да је било речи о номотехничкој неспретности те да је ОКЗ (КЗ СФРЈ) ипак полазио од објективно – субјективног појма кривичног дела. „Из законских одредби о нужној одбрани и крајњој нужди, које су разлози искључења протуправности, произлази да је протуправност обиљежје кривичног дјела. Из одредби закона о кривичној одговорности, о умишљају и нехату, види се да без кривње нема кривичног дјела. Из склопа закона види се да закон разликује неправо и кривњу унутар кривичног дјела.“ Ф. Ваџић, *нав. дело*, стр. 130; „Кривични закон израз *кривично дело* употребљава и у смислу техничког термина који означава скуп обележја једног кривичног дела, по којима је оно предвиђено (описано) у

било присутно и у нашој судској пракси а и наше кривично процесно право полази од тог појма. Наиме, посебни поступак за примену мера безбедности према неурачунљивом учиниоцу није могуће водити од самог почетка као што је то случај у већини страних законодавстава (на пример, СР Немачка). Не само да то одредбама о овом поступку није предвиђено (већ само прелазак редовног субјективног поступка у посебни, објективни поступак), него је општеусвојено схватање да се неурачунљивост учиниоца може утврђивати само у редовном кривичном поступку, тј. да се он може покренути и онда када је учинилац неурачунљив, тј. када нема виности. Тако је и у кривичном процесном праву посредно прихваћена објективна концепција кривичног дела јер надлежни тужилац може одбацити пријаву, односно може одлучити да не покрене кривични поступак, увек онда када сматра да није испуњен неки објективни елемент кривичног дела, али не и онда када недостаје виност услед непостојања урачунљивости.²⁷

кривичном закону, али тиме законодавац није искључио могућност да се кривично дело схвати као правно-друштвена појава која се може правилно дефинисати само укључивањем и виности као конститутивног елемента оне правне и друштвене појаве коју означавамо и схватамо као кривично дело.“ Н. Срзентић (редактор) и други, *Коментар Кривичног закона Социјалистичке Федеративне Републике Југославије*, Београд, 1978, стр. 41.

- 27 З. Стојановић, *Појам и основи искључења кривичног дела*, у: Могући правци развоја југословенског казненог законодавства и њихове основне карактеристике, Београд, 1999, стр. 35; Види: С. Циглер, *Начело легалитета и опортунитета кривичног појма*, Нови Сад, 1992, стр. 34. Такво схватање нашло је законску потврду и у Законику о кривичном поступку из 2006. године (чија је будућност због одложене примене неизвесна) који у чл. 20 дефинише појам кривичног дела објективно (Израз „кривично дело“ у одредбама овог законика, једнак је појму дела које по својим објективним обележјима одговара кривичном делу и не обухвата кривицу лица против кога се поступак води, све док се она не утврди правноснажном одлуком суда). И поред тога што је оствареност објективних елемената у појму кривичног дела од значаја за кривично право (основ за изрицање мера безбедности неурачунљивом учиниоцу; на плану саучесништва усвојена је тзв. лимитирана (ограничена) акцесорна теорија која у квалитативном смислу за постојање саучесништва захтева да извршилац оствари само објективне елементе кривичног дела) појам кривично дело треба користити искључиво у објективно – субјективном смислу. Због тога нови КЗ објективне елементе у појму кривичног дела обухвата описном формулацијом – противправно дело предвиђено у закону као кривично дело (види чл. 81 и 82 КЗ; у чл. 82 КЗ уместо израза *предвиђено* користи се термин *одређено*). Исто и Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица у чл. 2 (Лицу које у време извршења противправног дела, у закону предвиђеног као кривично дело, није навршило четрнаест година не могу се изрећи кривичне санкције ни применити друге мере које предвиђа овај закон). Тешко би се могло прихватити мишљење да су на тај начин „конституисана два општа појма кривичног дела; један који обухвата противправност, одређеност дела у закону и кривицу, и други који има само две компоненте – противправност и одређеност дела у закону.“ Види: Љ. Лазаревић, *Кривички осврт на нека решења у Кривичном законнику Србије*, Правни живот, Београд, 9/2006, стр. 7–8. Законик за тај други појам, као што је већ речено, уопште и не користи израз кривично дело, пошто оно као тоталитет у свом садржински изворном смислу не постоји, јер недостаје кривица као четврти конститутивни елемент, већ постоји само „дело“ као објективно неправно.“ Н. Делић, *Кривица у Кривичном законнику РС и њен значај за кривични појам*, у: Кривично законодавство, организација правосуђа и ефикасност поступања у кривичним стварима, Златибор, 2008, стр. 91.

Што се друштвене опасности тиче, може се рећи да не би требало негирати њен значај у кривичном праву. Иако има своје место у појму кривичног дела (као материјална страна предвиђености у закону о којој се мора водити рачуна приликом обликовања кривичноправне заштите)²⁸ не треба јој дати статус посебног елемента, *јер је релативне садржине и више њолиитичко-идеолошке него њравне њприроде.*²⁹ Она представља услов које би свако понашање требало да испуњава да би било кривично дело, а не елемент које свако кривично дело заиста поседује.³⁰ У интересу је правне сигурности да појам кривичног дела поседује само правне, формалне елементе. Уношење материјалног елемента у појам кривичног дела (ако се не би свео на пуку декларацију, што опет нема сврхе) омогућава продор арбитрарности у примени кривичног права, тј. омогућава да се у начелу да предност материјалном над формалним елементима.³¹

У модерној науци кривичног права такво схватање је владајуће,³² међутим, у нашој кривичноправној литератури и даље постоје мишљења према којима је одређивање општег појма кривичног дела само у формалном смислу недовољно.³³

С обзиром на то да је досадашње схватање кривичног дела у нашој теорији кривичног права углавном засновано на превазиђеним поставкама, било је неопходно извршити одређене корекције и усвојити нека модерна решења у том погледу чему велики допринос пружа и складна формална дефиниција кривичног дела у новом Кривичном законнику.³⁴

28 „Одређеност дела у закону јавља се само као правно испољавање друштвене опасности дела.“ А. Михајловски, *О њринцију друштвене ојасности у нашем кривичном њраву*, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, Београд, 4/1966, стр. 509.

29 Љ. Лазаревић, *Персиективне јујословенској кривичној законодавствива*, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1–3/1996, стр. 349. „Друштвена опасност је предправна категорија и не би је требало укључивати у дефинисање кривичног дела као јуристички појам. Као мотив инкриминације она треба само да легитимира, а не и да легализује инкриминацију.“ С. Пихлер, *О њроштивѡравности и ѡзв. искључењу ѡроштивѡравности у кривичном ѡраву*, Гласник Адвокатске коморе Војводине, часопис за правну теорију и праксу, Нови Сад, 5/1994, стр. 10.

30 З. Стојановић, *Кривично ѡраво, ојшти део, нав. дело*, 98.

31 *Истио*, стр. 100.

32 Ипак, поједине земље су и даље задржале друштвену опасност у законском појму кривичног дела. Види: КЗ Руске федерације (чл. 14), КЗ Украјине (чл. 11), КЗ Туркменистана (чл. 10), КЗ Казахстана (чл. 9), КЗ Бугарске (чл. 9), КЗ Мађарске (чл. 10). У КЗ Републике Српске (чл. 7) напуштен је уобичајен израз друштвена опасност и уместо њега говори се само о опасности дела.

33 Види: Б. Чејовић, *Одруштвеној ојасности као обележју ојштиеј ѡјма кривичној дела*, у: Сузбијање криминалитета – деценија после смрти професора Водинелића, Крагујевац, 2004, стр. 407–409. Изостављање материјалног елемента из општег појма кривичног дела критикује и Лазаревић, „јер није кривично дело опасно за друштво зато што је противправно, већ је противправно и прописано у закону зато што је друштвено опасно. Друштвена опасност није никаква политичка категорија, већ један социолошки појам који изражава суштинску супстанцу сваког кривичног дела.“ Љ. Лазаревић, *Кријички осврћ на нека решења у Кривичном законнику Србије*, нав. дело, стр. 6–7.

34 Појам кривичног дела садржала је и радна верзија Предлога Кривичног законика СРЈ: *Кривично дело је дело којим се ѡвређују или ѡрожавају вредности заштићене кривичним*

ОПШТИ ПОЈАМ КРИВИЧНОГ ДЕЛА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ

Усвајањем формалног, објективно – субјективног појма кривичног дела нови Кривични законик је учинио значајан помак у законском обликовању овог института. Према одредби члана 14, која није само декларативног карактера, већ је због логички исправног редоследа навођења елемената и практично применљива, *кривично дело је оно дело које је законом њедвнђено као кривично дело, које је њрођвнђравно и које је скрвљено*. Овако одређен општи појам кривичног дела подразумева јединство четири конститутивна елемента: људског дела, његове предвнђености у закону као кривичног дела, противправности и кривице као субјективне претпоставке за примену казне у кривичном праву.³⁵ Изостављање материјалног елемента друштвене опасности из општег појма кривичног дела свакако представља најважнију одлику коју доноси ново решење,³⁶ с тим што је значај ове одредбе и у смисленом навођењу појединих елемената који се природно надовезују један на други.³⁷ Редослед појединих елемената КЗ не даје произвољно и он се не може мењати а да не

законодавством, које је њрођвнђравно и законом одређено као кривично дело (чл. 7 Предлога). Иако не спомиње друштвену опасност и за ову дефиницију би се могло рећи да је формално-материјална, само што материјални елемент одређује на другачији начин, везујући га за заштитни објект (што се у суштини своди на одређивање садржине друштвене опасности). Вид. З. Стојановић, Појам и основи искључења кривичног дела, нав. дело, стр. 34–37. Због повлачења сагласности скупштине Црне Горе да се материја кривичног права јединствено регулише (коришћењем могућности коју је пружао чл. 79 Устава СРЈ) овај Предлог није постао закоником, али је послужио као основа за израду КЗ Црне Горе и КЗ Србије.

- 35 Подела на објективне и субјективне елементе у општем појму кривичног дела је релативног карактера. Елементи неправда се само условно могу назвати објективним, и то према супстрату који претеже, јер у оквиру сваког од тих елемената постоји макар минимум субјективног (радња као друштвено релевантно остваривање воље; субјективна обележја у бићу кривичног дела; субјективни елементи противправности). С друге стране, ни кривица није потпуно субјективно обојена, јер увек претпоставља одређено вредновање, изражено кроз суд о учиниоцу и његовом понашању.
- 36 То је за исход имало и законско преобликовање незнатне друштвене опасности и њену замену институтом дела малог значаја који на прецизнији начин регулише ову материју. Према одредби чл. 18, ст. 1 КЗ *није кривично дело оно дело које, иако садржи обележја кривичног дела, њредставља дело малој значаја. Дело је малој значаја ако је ствђен кривице учиниоца низак, ако су ствђейне њоследице одсујне или незнајне и ако ођшћта сврха кривичних санкција не захћева изрицање кривичне санкције* (чл. 18, ст. 2). Највећи недостатак ранијег решења отклоњен је одредбом ст. 3 наведеног члана према којој се овај институт може применити само код кривичних дела за која је прописана казна затвора до три године или новчана казна. Међутим, питање правне природе ове установе донекле је спорно. Иако је владајући став у нашој теорији да дело малог значаја представља основ искључења материјалне кривичноправне противправности, самим тим и кривичног дела, такво схватање је проблематично из аспекта односа структуре општег појма кривичног дела и правних претпоставки неопходних за примену овог института.
- 37 Само поједини наши аутори указују на значај редоследа елемената у општем појму. Види: З. Стојановић, *Кривично њраво, ођшћти гео*, нав. дело, стр. 102. У ранијој југословенској литератури један од ретких који запажа овај значај је Бачић. Вид. Ф. Ваћић, *нав. дело*, стр. 139.

дође до неприхватљивих теоријских и практичних последица. Наиме, постепеност у утврђивању остварености наведена четири елемента је веома важна. Приликом решавања конкретних случајева и примене кривичног права увек се почиње радњом (делом), а завршава кривицом.³⁸ Утврђивањем да какав претходни елемент није испуњен – престаје потреба испитивања постојања осталих елемената кривичног дела, уз закључак да ни кривично дело као тоталитет због непостојања једног свог законом утврђеног елемента не постоји.³⁹ КЗ користи израз „није кривично дело...“ када за дејство појединог института везује искључење неког конститутивног елемента кривичног дела.⁴⁰

Разматрање међусобног односа елемената кривичног дела указује на њихову тесну повезаност и узајамно преплитање, јер се супстрат карактеристичан за један елемент појављује у апстрактном облику и у оквиру неког другог елемента.⁴¹

Иако су сви елементи начелно подједнаког значаја, јер недостатак ма и једног делу одузима карактер кривичног дела, носећи стуб у том појму представља радња, јер је само она субстантивна, док су сви остали елементи атрибутивни, иј. одређују каква радња мора бити да би представљала кривично дело.⁴² Не би се стога могло оценити исправним мишљење изражено у добром делу стране догматике према којем се општи појам кривичног дела може одредити без појма радње, јер би такво одређивање представљало испразну конструкцију, лишену свог природног супстрата без којег кривично дело не може постојати. И поред тога што је одредба члана 14 КЗ оцењена као напредак у смислу легислативног одређивања општег појма кривичног дела, ипак јој се може ставити замерка што, чинећи уступак схватању које је доминантно у нашој теорији кривичног права, уместо појма радње за прву претпоставку постојања кривичног дела користи израз „дело.“ Наиме, у претежном делу наше литературе полази се од става да свако кривично дело има последицу, као произведену промену или стање у спољном свету, те да људско дело као први елемент кривичног дела представља генусни појам под који се подводи радња, последица и узрочна веза између њих.⁴³ Дру-

38 З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Београд, 2006, стр. 53.

39 И. Вуковић, *нав. дело*, стр. 102.

40 Према КЗ није кривично дело: дело малог значаја (чл. 18), дело учињено у нужној одбрани (чл. 19, ст. 1 и 2), дело учињено у крајњој нужди (чл. 20, ст. 1 и 2), дело учињено под дејством неодрживе силе (чл. 21, ст. 1), дело учињено у стању неурачунљивости (чл. 23, ст. 1 и 2), дело учињено у неотклоњивој стварној заблуди (чл. 28, ст. 1 и 2), као и дело учињено у неотклоњивој правној заблуди (чл. 29, ст. 1 и 2).

41 Конкретизовање радње као основног елемента врши се на нивоу предвиђености дела у закону прописивањем радње извршења; радња, такође, мора садржати субјективну компоненту па на тај начин позајмљује садржај резервисан за кривицу; предвиђеност у закону заснива противправност (без ње нема кривичноправне противправности); умишљај и нехат су, иако пре свега елементи кривице, укључени и у само неправо као облици понашања који се суштински међусобно разликују. Види: З. Стојановић, *Кривично право, општи део*, нав. дело, стр. 102.

42 *Исто*.

43 Какав став потиче од Листа који критикује поделу на „материјална“ и „формална“ кривична дела називајући је наопаком. Види: Ф. Лист, *Немачко кривично право*, превод – Миленко

гим речима, највећи део српске кривичноправне доктрине, полазећи од Живановићевог става, негира чињеницу да поједини законски описи не обухватају последицу као обележје свог бића (тзв. делатносна кривична дела), већ истиче да су сва кривична дела по свом карактеру последична.⁴⁴ Такво схватање је у страниј кривичноправној литератури потпуно напуштено.⁴⁵ И заиста није тешко уочити да немају сва кривична дела последицу као обележје бића и да су таква дела довршена самим предузимањем радње извршења. Осим тога, утврђивање последице и узрочне везе (код последичних кривичних дела) не врши се на нивоу елемента „дело“, већ у оквиру елемента предвиђености у закону, евентуалним констатовањем да и последица као обележје бића кривичног дела постоји и да се учиниоцу може објективно ставити на терет. Ова (у правом смислу речи) обележја нису некакве самосталне категорије у оквиру појма „дело“ једнаке радњи. Једино радња обавезно постоји код сваког кривичног дела.⁴⁶

С обзиром на то да је за кривичноправни појам радње неопходна и субјективна компонента, независно од тога који се појам радње заступа, овај елемент кривичног дела неће постојати уколико људско чињење или нечињење није

Р. Веснић, Београд, 1902, стр. 135. Ово мишљење у нас усваја и Живановић. „Кривично дело није радња, већ проузроковање људском радњом, а тај основни елемент кривичног дела садржи у себи три елемента: људску радњу, последицу и узрочну везу између њих.“ Т. Живановић, *Основи кривичној права, ойшійи гео*, нав. дело, стр. 79. Негирајући поделу на формална и материјална кривична дела тврди да се „и код тзв. формалних кривичних дела кажњава не за саму радњу, већ за дело, тј. за проузроковање последице.“ *Истио*, стр. 82.

44 И. Вуковић, нав. дело, стр. 103; Види: Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић, нав. дело, стр. 111; Ј. Таховић, *Коментар Кривичној законика*, Београд, 1956, стр. 23; Н. Срзентић (редактор) и други, *Коментар Кривичној закона Социјалистичке Федеративне Републике Југославије*, нав. дело, стр. 46–47; М. Радовановић, нав. дело, стр. 76–77; Љ. Јовановић, *Кривично право I, ойшійи гео*, Београд, 1995, стр. 94–95; Б. Чејовић, *Кривично право*, Београд, 2007, стр. 75; М. Бркић, нав. дело, стр. 215. Поделу на формална и материјална кривична дела прихвата Атанацковић. „Човек се кажњава због свог понашања, а не због проузроковане последице. Последица може бити саставни део бића кривичног дела, али она није истовремено и његов неопходни саставни део.“ Он исправно примећује да сва кривична дела имају „последицу“ на заштитном објекту али да сва кривична дела не морају имати последицу на објекту радње. Види: Д. Атанацковић, *Прилој дефинисању ойшійеј йојма кривичној дела*, нав. дело, стр. 555–557. Ипак, исти аутор, у једном ранијем делу заступа став да сва кривична дела морају имати последицу, и да је деоба на последична и делатносна кривична дела напуштена. Види: Д. Атанацковић, *Кријеријуми одмеравања казне*, нав. дело, стр. 27. У прилог овом разликовању види: Ф. Ваџић, нав. дело, стр. 152–153 и З. Стојановић, *Кривично право, ойшійи гео*, нав. дело, стр. 112–113.

45 Разликовање између последичних (Erfolgsdelikte) и делатносних (Tätigkeitsdelikte) кривичних дела је неспорно у немачкој теорији. Види: Д. Атанацковић, *Прилој дефинисању ойшійеј йојма кривичној дела*, нав. дело, стр. 556; И. Вуковић, нав. дело, стр. 104. И англосаксонска теорија познаје ову поделу у форми *conduct crimes* и *result crimes*. „Crimes which do require the production of a prescribed consequence are known as *result crimes*. Where a crime does not require the production of any particular consequence but is satisfied by proof of mere conduct, it is known as a *conduct crime*.“ R. Heaton, *Criminal law, textbook*, Oxford, 2004, стр. 15–16. Вид. М. Jefferson, *op. cit.*, стр. 131–132; J. Dressler, *op. cit.*, стр. 111; М. Allen, *Textbook on Criminal law*, Oxford, 2005, стр. 19–20.

46 И. Вуковић, нав. дело, стр. 103.

праћено вољом.⁴⁷ КЗ предвиђа такав један случај непостојања радње кривичног дела, због недостатка *вољној одношења њрема друшћивеној сћварносћи*,⁴⁸ у одредби члана 21, према којој није кривично дело оно дело које је учињено под дејством неодољиве силе.⁴⁹ Како је радња основни елемент у појму кривичног дела који обухвата различите облике испољавања кажњивог понашања, између осталог и чињење и нечињење, важно је споменути да је у члану 15 КЗ на прецизнији начин у односу на раније законодавство (чл. 30 ОКЗ) предвиђена могућност извршења кривичног дела нечињењем.

Због тога што свако кривично дело мора имати радњу, док су последица и узрочна веза само могући елементи бића кривичног дела, израз „дело“ у законској дефиницији треба схватити у смислу радње као људског понашања (чињења или нечињења).⁵⁰

Да би нека радња била кривично дело мора у закону бити одређена таквом. Предвиђеност радње (дела) у закону представља други елемент у општем појму кривичног дела. На овом нивоу се од стране законодавца као носиоца политике сузбијања криминалитета одређују границе криминалне зоне.⁵¹ На тај начин се реализује принцип законитости у кривичном праву, који представља једно од фундаменталних начела, јер поштовање свих сегмената принципа *nullum crimen, nulla poena sine lege* омогућава правну сигурност и остваривање тзв. гарантивне функције кривичног права.⁵² Оствареност законског описа кривичног дела омогућава да се пређе у фазу утврђивања противправности, а на крају и постојања кривице.⁵³ Понашање које се пак не може под-

47 Из појма радње искључени су покрети у случају потпуног губитка свести, рефлексни покрети који представљају органску реакцију на спољни надражај итд. Ову тзв. разграничавајућу функцију радње једино не може да изврши чисто објективни појам радње, који је данас потпуно напуштен, а који је доследно својој троеоби заступао Живановић.

48 И. Вуковић, *нав. дело*, стр. 98.

49 Иако у чл. 21, ст. 1 КЗ није изричито речено да у том случају нема радње (дела), то је сасвим јасно, јер је и пре законског нормирања силе и претње дејство неодољиве (апсолутне) силе било потпуно неспорно у нашој литератури у том смислу што примена силе таквог интензитета којој се принуђени није могао одупрети искључује вољну радњу. То је уједно и једини законски случај тзв. посредног извршилаштва, јер ће се тада извршиоцем кривичног дела сматрати лице које је применило неодољиву силу (чл. 21, ст. 3 КЗ). Практично је већи значај одредбе чл. 21, ст. 2 КЗ којом је регулисано дејство компулзивне силе и претње.

50 „Термин људско дело није сасвим адекватан за изражавање реалне суштине кривичног дела због тога што асоцира на дело као природну појаву.“ Д. Атанацковић, *Прилој дефинисању ойшћей појма кривичној дела*, *нав. дело*, стр. 555..

51 У том смислу законодавац, поред осталог, мора поштовати захтев легитимности кривичноправне заштите. С обзиром на карактер кривичноправне принуде заштитна функција кривичног права може бити оправдана и прихватљива једино ако је усмерена, пре свега, на основна добра човека а тек потом на најважнија друштвена добра, и то само у мери која је неопходна (кривично право као *ultima ratio*, види чл. 3 КЗ)..

52 Осим тога, без доследног поштовања начела законитости не би било могуће остварити и нека друга начела кривичног права (пре свега, начело кривице). На значај који законодавац приписује начелу законитости указује и чињеница да је регулисано чланом 1 КЗ. Иначе, ово начело је гарантовано и чл. 34 Устава Републике Србије.

53 З. Стојановић, *Кривично љраво, ойшћий гео*, *нав. дело*, стр. 120.

вести под неки законом предвиђени опис је кривичноправно ирелевантно, тј. не може се сматрати кривичним делом. Утрђивање да какав *corpus delicti* не може да се подведе под неки законски опис и не доводи до покретања кривичног поступка, већ до одбацивања кривичне пријаве од стране тужиоца.⁵⁴

На трећем нивоу оцене постојања кривичног дела испитује се противправност понашања. Противправност се у кривичном праву одређује на основу бића кривичног дела. Без предвиђености у закону не може постојати кривичноправна противправност. Радња која је у закону одређена као кривично дело по правилу је и противправна. У том смислу се може рећи да предвиђеност у закону заснива противправност.⁵⁵ Међутим, правни поредак, под одређеним условима, понашања која су иначе инкриминисана чини допуштеним и друштвено прихватљивим. Реч је о тзв. основима искључења противправности. Разлог за уношење противправности, као конститутивног елемента у општи појам кривичног дела јесу управо основи искључења противправности, па би се елемент противправности у том појму могао одредити у негативном смислу као одсуство основа који искључује противправност.⁵⁶

Противправност као противност праву, тј. кршење прописа људском радњом значи само дефинитивну оцјену да дјело из законског бића дјела није ничим ојравдано.⁵⁷ Противправност је негативан суд о делу, тј. атрибут о делу као прекорљивом понашању човека.⁵⁸ Она је искључиво објективан вредносни суд о односу понашања појединца према норми.⁵⁹

54 И. Вуковић, *нав. дело*, стр. 105.

55 „Протуправно може бити само оно понашање које одговара понашању описаном у законском бићу неког кривичног дјела; изван тога нема за кривично право недопуштеног понашања.“ Ф. Ваџић, *нав. дело*, стр. 133. Противправност представља општи конститутивни елемент сваког кривичног дела али је код појединих кривичних дела изричито унесена у законски опис и тада представља (нормативно) обележје бића кривичног дела. То се чини у случајевима када је по оцени законодавца код неких кривичних дела чешће него код других могуће постојање каквог основа искључења противправности. Међутим, код таквих кривичних дела се, уколико код учиниоца не постоји свест о противправности предузете радње, компликује питање разграничења стварне и правне заблуде (КЗ у области правне заблуде усваја тзв. теорију кривице по којој свест о противправности представља део у структури кривице а не саставни елемент умишљаја).

56 З. Стојановић, *Кривично право, општи гео*, *нав. дело*, стр. 137. Противправност се претпоставља те се не утврђује на позитиван начин, већ се, ако на то указују околности конкретног случаја, утврђује постојање неког основа искључења противправности. У погледу класичних основа искључења противправности као што су нужна одбрана и крајња нужда нови КЗ је прецизније одредио круг добара која могу бити легитимни објект заштите, с обзиром на то да је наша судска пракса рестриктивно тумачила законске услове код ових института и тиме неоправдано дозвољавала њихову примену само када је реч о заштити живота, тела, части, тј. неких строго личних добара, иако је у нашој теорији било неспорно да је нужна одбрана као и крајња нужда дозвољена у односу на било које правом заштићено добро (уместо услова *од себе или другој* код ова два института сада стоји *од свој добра или добра другој*, види чл. 19 и 20 КЗ).

57 Ф. Ваџић, *нав. дело*, стр. 195.

58 Вид. С. Пихлер, *нав. дело*, стр. 9.

59 Д. Атанацковић, *Кривичеријуми одмеравања казне*, *нав. дело*, стр. 138. Схватање по коме се противправност своди на противност норми која није изричито предвиђена у кривичном

И поред тога што понашање којим се остварују сва обележја бића неког кривичног дела не мора нужно значити негацију права (на пример, лишење живота у нужној одбрани) тесна међусобна повезаност елемената предвиђености дела у закону и противправности у структури кривичног дела дала је основа појединим ауторима за тврдњу о непотребности уношења оба та обележја у општи појам кривичног дела. Тако присталице теорије о негативним обележјима бића кривичног дела сматрају да предвиђеност у закону обухвата и противправност. Основи искључења противправности се по том схватању сматрају негативним обележјима бића кривичног дела. За постојање кривичног дела тражи се испуњеност позитивних обележја која произлазе из законског описа и одсуство негативних, тј. основа искључења противправности. Недостатак овог приступа, осим тога што у исту раван ставља обележја која утврђују *протуправност* и она која је искључују,⁶⁰ огледа се и у томе што би учинилац својим умишљајем морао обухватити и свест о непостојању неког основа искључења противправности.⁶¹ Супротно гледиште, које полази од става да противправност обухвата предвиђеност у закону,⁶² такође не задовољава, јер један елемент не може обухватити други који представља услов његовог постојања. Други проблем са којим се сусреће такво решење јесте немогућност разграничења понашања која остварују обележја бића неког кривичног дела од оних која су, иако противправна, без значаја за кривично право јер се не могу подвести под законски опис неког кривичног дела.

Противправност и предвиђеност у закону ипак представљају два одвојена елемента у општем појму кривичног дела. И поред тога што се делимично подударују, нити предвиђеност кривичног дела у закону значи увек и противправност, а још мање противправност подразумева и предвиђеност неког понашања у закону као кривичног дела.⁶³

закону већ се из њега имплиците изводи, које потиче од Биндинга, усвајају и поједини наши аутори. Види: Ј. Таховић, *Коментар Кривичног законика*, нав. дело, стр. 33–34; Д. Атанацковић, *Однос друштвене одговорности и протуправности као елемената одговорности појма кривичног дела*, *Анали Правног факултета у Београду*, Београд, 2/1969, стр. 195–196. По том концепту учинилац инкриминисане радње не поступа противно кривичном закону, већ напротив, у складу с њим али супротно норми која се налази ван закона а која изражава социјалну невредност понашања. Супротно види: Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић, нав. дело, стр. 126 и Љ. Јовановић, *Кривично право I, одговорност*, нав. дело, стр. 131–132.

60 P. Novoselec, *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb, 2007, стр. 180.

61 Види: З. Стојановић, *Кривично право, одговорност*, нав. дело, стр. 138.

62 Такво схватање у ранијој југословенској литератури прихватио је Бачић. „Законско биће има вишеструку функцију, али не и својство самосталног основног обележја кривичног дела. Оно је темељ за заснивање протуправности, оно је везано за протуправност, обухваћено и укључено у протуправност. Зато је неосновано да се оно посебно истиче, уз протуправност, као самостално обележје кривичног дела.“ F. Vačić, *nav. delo*, стр. 195. Но, такво разумевање противправности и њеног односа са предвиђеношћу у закону није прихватљиво. Оствареност бића кривичног дела представља услов за постојање противправности тако да је овај елемент не може обухватити, јер се без предвиђености у закону и не може говорити о кривичноправној противправности.

63 З. Стојановић, *Кривично право, одговорност*, нав. дело, стр. 139.

Најзад, на последњем нивоу, пошто за наступање кривичноправне кажњивости није довољно само проузроковање, треба утврдити да ли се неправом може учиниоцу субјективно урачунати. Кривица представља елемент који изражава субјективну везу између учиниоца и његове радње, релацију претежно психолошког садржаја, као и однос друштва према учиниоцу због учињеног дела, који се испољава кроз социјално-етички прекор, тј. суд о невредности учиниоцевог понашања.⁶⁴ За разлику од садашњег решења раније законодавство је уместо појма кривице користило термин кривична одговорност, чије је постојање само беспотребно компликовало систем општег дела. Сведена на урачунљивост, умишљај или нехат, кривична одговорност се поклапала са психолошким одређивањем кривице (виности). Настале под снажним утицајем позитивистичког начина мишљења психолошке теорије су афирмисале идеју да кривицу у основи треба посматрати као емпиријски проверљиву чињеницу која се једноставно дефинише као психички однос учиниоца према делу.⁶⁵ Кривично дело је нужно субјективно одређена појава. Од субјективне усмерености радње зависи да ли ће се једно понашање сматрати кривичним делом или не. Али кривица се не може свести на пукe психичке процесе, за њено утврђивање неопходно је одређено вредновање, тако да она поред реалне има и нормативну (аксиолошку) компоненту. Другачијим решењем у погледу дејства правне заблуде,⁶⁶ као и уношењем свести о противправности у структуру кривице, нови КЗ је отклонио чисто психолошки приступ, усвајајући мешовито психолошко-нормативно схватање.⁶⁷ Не само што

64 У новијој судској пракси могу се наћи примери за правилно разумевање смисла одредбе о општем појму кривичног дела управо из аспекта његовог субјективног елемента. Према одлуци Окружног суда у Суботици Кж. 129/06 од 20. 03. 2006. године, у изреци пресуде мора се навести кривица као конститутивни елемент кривичног дела. У образложењу ове одлуке између осталог стоји: „Како у изреци побијане пресуде у потпуности изостаје кривица као један од конститутивних елемената општег појма кривичног дела, то се изрека побијане пресуде показује нејасном и неразумљивом, независно од тога што су у образложењу пресуде делимично изложени разлози како у погледу објективне тако и у погледу субјективне стране кривичног дела.“ Наведено према: З. Стојановић, *Неки проблеми у примени нових решења у Кривичном законнику*, Билтен Окружног суда у Београду, Београд, 73/2006, стр. 16–17.

65 Н. Делић, *нав. дело*, стр. 78. И поред тога што су поједини аутори у нашој ранијој литератури указивали на значај нормативног приступа, таква мишљења су остала усамљена. Види: Ж. Топаловић, *Граничне међе умишљаја и нехата*, Београд, 1911, стр. 100; А. Маклецов, *Нормативна теорија виности у кривичном праву*, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1–2/1933, стр. 2–14; „Психички однос није кривња, сам по себи он није ни добар ни рђав, ни похвалан ни пријекоран. То је просто један психички факт, један природно-друштвени феномен, док је кривња етичка (или правна), дакле социјално-нормативна категорија, јер она представља друштвену оцјену човјека и његова поступка.“ М. Бркић, *нав. дело*, стр. 215.

66 Раније решење у области правне заблуде полазило је од правила *ignorantia iuris poset*, према којем чак ни нескривљена заблуда о противправности није могла утицати на постојање кривичног дела (види чл. 17 ОКЗ); Неотклоњива правна заблуда сада представља основ искључења кривичног дела (види чл. 29 КЗ).

67 Вид. чл. 22 КЗ; Осим тога што чини субјективну страну кривичног дела, тј. његов конститутивни део, кривица има шири значај у систему кривичног права. Наиме, уз принцип законитости, начело индивидуалне субјективне одговорности је једно од најважнијих у кривичном праву. Ово начело је формулисано у чл. 2 КЗ иако је језичка стилизација те одредбе могла бити другачије изражена, с обзиром на објективно – субјективну концепцију кривичног дела од које се пошло у КЗ.

је за постојање кривичног дела потребно утврдити да је учинилац крив него је важно одредити и колико је крив, тј. битан је степен кривице. Пре свега због тога што је та околност релевантна за одмеравање казне, избор кривичне санкције (условне осуде и судске опомене), као и примене неких института (дело малог значаја).⁶⁸

ЗАКЉУЧАК

Прихватање резултата модерне кривичноправне мисли о општем појму кривичног дела у новом Кривичном закону представља важан корак у смеру исправног приступа овом институту. Изостављање материјалног елемента друштвене опасности из тог појма може се оценити као позитиван помак ка јачању начела законитости и правне сигурности. Последица тога је и значајно преобликовање института незнатне друштвене опасности, који је због недовољно одређене формулације у ранијем законодавству стварао озбиљне проблеме како теорији кривичног права тако и судској пракси, и његове замене институтом дела малог значаја, који на прецизнији начин одређује услове под којима се понашање које испуњава биће неке инкриминације сматра кривичноправно ирелевантним. Изричито уношење субјективног елемента у општи појам кривичног дела, као и усвајање нормативног учења у области кривице, одражава тежњу законодавца да се и на нормативном плану приступи процесу хуманизације кривичног права.

GENERAL NOTION OF THE CRIMINAL OFFENCE

SUMMARY

The general notion of criminal offence in earlier Serbian doctrine was defined according to the classical approach to that notion which was created in former German criminal law theory. That notion, although precise and simple, in the meantime is overcome by more sophisticated orientation which emphasizes its complex nature (neoclassical notion). New Serbian Criminal Code adopts this modern understanding of criminal offence and its constitutive elements and describes it as an act which is defined by statute as such, which is unlawful and committed with culpability (in the previous Serbian legislation general notion of the criminal offence was defined as socially dangerous conduct defined as criminal offence by statute, and the characteristics of which were determined by statute). Excluding social danger from that notion can be marked as a positive step in the way of respecting the principle of legality and as a result of that legal solution Criminal Code instead of institute of minor social danger prescribes minor importance of the criminal offence. Also, explicitly quoting a subjective element (culpability) means a significant improvement of legislative shaping institute of criminal offence.

Key words: *criminal offence, social danger, culpability, Criminal Code.*

⁶⁸ Види: З. Стојановић, *Коментар Кривичног закона*, нав. дело, стр. 78.