

Проф. др МИЛОРАД Б. ПЕРОВИЋ

ОПШТИ ЗАКОНИК ЦРНОГОРСКИ И БРДСКИ (1796/98, 1803)

- Кривичној правни аспект -

Непуну деценију након Француске револуције (1789), држава Црна Гора је добила свој "Законик општи црногорски и брдски", који је угледао свјетло дана 1796, објављен на Цетињу 1798. и признат од главара црногорских 1803. г. Од тада, у одбеницима кривичног права, уз овај наш легислативни првијенац стоје три датума, што је, у оно вријеме, била редовна појава.

*Историјски историјални аспекти
"Општи законик"*

Средина XVIII стољећа карактерисала се бурним превирањима у свим областима живота на европском континенту. Угрожени су били сви друштвени слојеви сем властеле. Своје "мјесто под сунцем" тражи нова моћна класа буржоазије, која је располагала новцем, но која је, по тадашњим правним назорима, била обесправљена. Ради се ту о изразито класним, суровим, партикуларним, неправедним и ауторитарним законима феудалне ере, од којих су неки били у примјени чак више вјекова. Мисли се ту, у првом реду, на "Constitutio Criminalis Carolina" (1532), донијет у Регенсбургу од стране њемачког цара Карла V, који се тврдокорно, са својом клаузулом "Salvatoria", одржао пуна три стољећа, вршећи огроман утицај на кривично право оба европска цивилизацијска круга. У том току историјских збивања, као антецедент нашем "Општем законик" намеће се "Codex iuris criminalis Bavarici" (1751), који се

под називом "*Praxis criminalis*" примјењује на западним балканским просторима (Хрватска, Словенија). Царица М. Терезија је за аустријско царство донијела "*Constitutio Criminalis Theresiana*" (31. XII 1768), кратко назван "Терезијана", убрзо измијењен тзв. "Јозефином" (по аустријском цару Јосифу II, знаменитом по томе што је 1786, дакле још у феудалној ери, укинуо смртну казну). У Угарској (Војводина, Међумурје, Срем) у практичној је примјени "*Codex iuris Hungarici*" (1787), а на сјеверу Европе у примјени је "*Sverige codex*" (1734) који је у исходишту нордијских легислативних, веома прогресивних, рјешења на кривичноправном плану.

Сви су споменути текстови кривичних закона, у својим главним одредницама, били битно слични, па чак и идентични. Огроман број људи био је обесправљен, па чак и нова класа буржоазије, која је тако бурно ступила на историјску и политичку сцену Европе и којој су апсолутни владари почели чинити знатне уступке, отупљујући према њима округну законску оштрицу (укидање тортуре). Као њихов заједнички предак (Каролина), сви поменути средњовјековни закони садрже мноштво грађанскоправних одредби о банкротству, различитим облицима власништва, сакралне норме и административно неправо. Назиру се, макар у рудиментарном облику, неки савремени институти кривичног права, садрже диобу кривичних дјела против општег добра или појединца, крши их непрецизност и несистематичност, омогућавају судску самовољу допуштајући техничку аналогију у практичној примјени. У процесним одредбама, тада инкорпорираним у материјално право, драстично се сужавају права окривљеника, чинећи га објектом а не субјектом поступања. Тортура (*torturum*) и "казне због непослушности", као начини истискивања признања од окривљеника, још егзистирају у неким од њих.

Изложеним су стањем у кривичном праву XVIII стољећа незадовољни интелектуални кругови Европе, политичари, поједини теисти унутар саме католичке цркве, публицисти, филозофи и уопште истакнути људи са јавне друштвене сцене (*Beccaria, Voltaire, Diderot, Rousseau...*), који траже свеукупне друштвене реформе. Они су били подстрекачи и спиритуални вјесници великог догађаја у свјетској цивилизацији - Француске револуције (1789), која ће живот учинити битно другачијим, правичнијим и демократскијим за све слојеве друштва.

Као и у сваком великом револуционарномгибању, када долази и до физичког обрачуна међу класама, када је крв лила потоцима, они исти заговорници реформи и ватрени поборници укидања смртне казне (сем *Voltaire*), сада су је препоручивали на широком плану, јер према непријатељима Револуције нема милости. Одушевљени стањем у кривичном праву Енглеске, која је због своје

острвске изолације била у знатном степену имуна од застрањења и заблуда континенталне Европе, француски су револуционари са одушевљењем и страшћу настојали реципирати бројне институте и принципе англо-саског права на француско тле. Плод су њихових напора Кривични законик (1791), у науци познат као "револуционарни" и Закон о кривичном поступку (1793), који уводи модел класичне пороте у суђење. Била је то само увертира, да Француска (сада под императором Наполеоном) донесе два закона: Кривични закон (1810) и Закон о кривичној истрази (1808), који су својим идејама имали огроман утицај на законодавство Европе, па и ван европског континента (Латинска Америка). У овом се контексту мора споменути још пет кривичних закона донијетих на почетку XIX вијека и, на неки начин, савременика нашег "Општег законика". То су, на самом почетку XIX вијека, аустријски К.з. (1803), пруски К.з. (1805), баварски К.з. (1813) чији је творац *L. Feuerbach*, аустријски К.з. (1851) који је дуго примјењиван на балканским просторима западно од Дрине и, најзад, њемачки К.з. (1871) донијет у вријеме Бизмарка.

Овај кратки историјски увод чини нам се неопходним ради тога да бисмо многе идеје и рјешења "Општег законика" боље разумјели и схватили као дио европског културног наслеђа, изван кога се Црна Гора није налазила ни у времену којим се бавимо. И у тадашњим, већ давно минулим временима, када се радило о огромним просторним удаљеностима, запањујући је продор идеја и схватања на правном плану са једног краја европског континента на други. Непостојање саобраћајних и уопште комуникацијских веза међу људима оног времена, није било никаква препрека прогресивном кретању друштва ка бољем и сигурнијем животу.¹

Током анализе нашег Законика компарираћемо те идеје, указивати на битне сличности али и разлике, које су резултат наших историјских специфичности. То треба чинити аргументовано и *sine irra et studio*.

У "Општем законнику црногорском и брдском", том концизном легислативном акту, који захвата проблематику различите садржине, несистематичном али јасном и прегнантном у законодавним одређењима, и који садржи укупно 33 члана, суочићемо се са идејама које надилазе и најпрогресивније ставове закона уочи, у току и након Француске револуције (стална брига о жртви кривичних дјела, неодговорности млађаних особа због неразборитости и лакомислености), али и оним ретроградним ставовима законо-

¹ У прилогу наведених тврдњи илустративан је феномен да су у току истраге *inquirenti* (истражне судије) *inquisitima* (окривљеницима) постављали потпуно иста или битно слична питања (*articuli inquisitionalis*). Записници, вођени на процесима у нордијским земљама и они са крајњег југа Европе, били су запањујуће слични.

давца којима толерише самозаштиту (освету) или шири лепезу кривичне одговорности на недужне особе (издаја), или када инсистира на акцесоријумима главној казни којима се жели појачати штетно дејство главне казне на учиниоца.

Компарирајући идеје које у домену кривичног права афирмишу познате кодификације Европе у XVIII стољећу, којима временски припада и наш легислативни првијенац, карактерисали бисмо то законодавство сљедећим консидарацијама:

- то право је хетерогено, засновано на различитим изворима (писано право, обичаји, етички стандарди);

- оно је арбитрерно, јер омогућава судијску самовољу у практичној примјени закона кроз ретроградни принцип техничке аналогije;

- окрутност и суровост главне су карактеристике тих правних система, толерантних према појави профузије смртне казне и тјелесних казни, којима је у исходишту јуридикчки општеприхваћен став, да казна има социјалне атрибуте казне једино онда када се наносе физичке патње осуђеном субјекту;

- то право је мрачњачко, засновано на предрасудама, заблудама и мноштву сакралних елемената и конструкција (хереза, *apostasias a fidei*, шизма);

- оно је изразито неправедно, јер штити само интересе феудалне властеле;

- сврха казне је једино одмазда, застрашење и испаштање (индимитативни и експијаторни ефекат);

- то право је анахроно, јер не одговара новом распореду снага у друштву;

- казна, са својом ретрибутивном функцијом, у тим је законима једини облик друштвене реакције на криминалитет. Мјере безбједности и васпитне мјере не егзистирају ни као идеја у главама ондашњих правника;

- право грађанства тешко стиче и затворска казна, па је, стога, комбинована са казном батина;

- принцип легалитета, који штити грађанина од незаконитих захвата државне, особито судске власти, још не постоји у законским текстовима; у кривичној процедури која се још не издваја из корпуса материјалног права, апсолутно доминира инквизициони (истражни) тип кривичног поступка, са свим недостацима који га чине најреакционарнијим у историји (тортура, кумулација процесних функција у личности *inquirenta*, формална истина, те драстична суженост окривљеникових права у поступку, што га чини објектом, а не субјектом, тог поступка, без гаранција што их окривљеницима пружа "претпоставка невиности").

А/ Мајеријално кривично право "Ойшијеџ законика"

У кривичним законима XVIII стољећа нема систематике на "општи дио" (који би се односио на опште институте) и "посебни дио" (који обухвата посебна бића кривичних дјела). У рудиментарном облику та се диоба назире кроз подјелу инкриминација на кривична дјела против појединаца, која у "Општем законнику" не постоји. Ипак се анализом његовог текста уочавају три "општа мјеста". Ријеч је о заштитним објектима, ка којима су управљена сва кривична дјела из законског текста, формулације које асоцирају на субјективну везу између учиниоца и његовог дјела (одговорност), те сврси кажњавања. На уобличавању и дефиницији тих фундаменталних института ради се интензивно кроз читаво XIX стољеће од стране припадника тзв. Класичне школе кривичног права, којој смо захвални на доприносу у "брушењу" општих института, који у неизмијењеном облику и данас егзистирају у законским текстовима. Видљив је тај напор класичне науке кривичног права још у *Code pénalu* (1810), он је још израженији у баварском К.з. (1813), знатно је тај напор крунисан у аустријском К.з. (1851) и, најзад, достигао врхунац и скоро доведен до перфекције у њемачком К.з. (1871). Легислативне творевине са самог краја XIX вијека (италијански К.з. од 1889. г. и швајцарски пројекат *C. Stoossa* из 1896. г.) одраз су једног заокруженог система Класичне школе и као такве извршиле су огроман утицај на кривично законодавство Европе XX вијека.

У чл. 2 "Општег законика" редактор енумерацијом одређује опште заштитне објекте који се угрожавају или повријеђују свим описаним кривичним дјелима, а то су: "јединство, мир, тишина и сваки добри поредак". Историјски тренутак угрожености државног бића од опасности споља и племенска неслога и разједињеност изнутра силили су законодавца да, баш у уводним одредбама законског текста, јасно каже шта је мотив инкриминација запријеђених строгим казнама. У фокусу пажње је кривично дјело издаје, дугом традицијом сматрано најтежим злочином код словенских народа,² јер се тим дјелом директно угрожава биће једног народа, па и свака јединка тог етноса. Извршиоцу кривичног дјела издаје пријети се апсолутно прописаном смртном казном, уништењем његове породице (... "да од њега трага не оставимо") и мноштвом бешчастећих посљедица осуде које су се надовезивале на статус осуђеног субјекта. Неповољнији статус за учиниоца дјела издаје није могуће замислити, нарочито због оних недужних чланова издајникове породице који у њој нијесу узели учешћа или чак за њу нијесу знали.

² О томе постоје свједочанства старих грчких и римских историчара који су још у IV в. н. е. дошли у контакт са словенским народима.

Овај екстремни облик објективне одговорности по "систему узимања талаца" нема пандана у текстовима ни предреволюционарног ни постреволюционарног доба. Религијски акцесоријум главне смртне казне за учиниоца оличен у "вјечном проклетству и анатеми" изазивао је општи презир према погођеном субјекту, онемогућавајући сваки контакт са њим. Морална смрт, по страховним посљедицама, у свему је превазилазила физички нестанак издајника над којим је извршена јустификација. Само је онај етнитет, дубоко угрожен у својој егзистентности, могао реаговати на овакав начин према извршиоцу дјела издаје, у савременим текстовима такође одиозној инкриминацији. По степену друштвене опасности, речено на савремен начин, издаја је најтежи деликт у тексту "Општег законика". Правно-технички је то изражено самим тим што су дјело издаје и санкција, која погађа учиниоца, дати у чл. 1 "Општег законика".³

Живот човјека је други заштитни објекат који се штити строгим казнама и којим је заокупљен наш древни законодавац. "Убојицу", "убивалца", "рукоставника" (све су то синоними Законика за извршиоца кривичног дјела лишења живота), поред капиталне смртне казне, чека прогонство (*bannitio*) у случају недоступности, конфискација његове имовине и увијек тешко подношљиве бешчастеће казне. Чуди то, да је објекат законодавчеве заштите сужен на живот Црногорца, Брђанина или Примораца, и да Законик ништа не каже како се поступа када је жртва припадник неког другог етничког корпуса, каквих је житеља у Црној Гори извјесно било у то вријеме наше давне прошлости. Једним екстензивнијим тумачењем "Општег законика" склони смо тврђи да је извршиоце кривичног дјела убиства погађала иста прописана главна казна и њени пратећи акцесоријуми, без обзира на етничку припадност жртве. Тај је закључак наметљив и због неспорне чињенице изразитог хуманитарног става законодавца у односу на жртву, штитећи је материјално (дијелом конфисковане имовине осуђеника) али и морално ако је била жртва осиноности, лажног јунаштва или пак из "опачине".⁴ Законодавац настоји ефикасно заштитити живот човјека и онда када са извршиоцем убиства поистовјећује и саучеснике, не само оне који су дјеловали *ante delictum*, већ и оне који су учиниоцу овог кривичног дјела пружили неку допунску накнадну помоћ која није плод претходног договора (*auxilium post delictum*).

³ У маниру је и савременог законодавца да деликте ове врсте описује у првој глави текста посебног дијела.

⁴ Израз "опачина", као *therminus technicus*, припада појмовном инструментарију канонског права и код описа инкриминација и код означавања институција ("инквизитори јеретичке опачине").

Значајан заштитни објекат, коме законодавац поклања посебну пажњу, јесте и м о в и н а ("имуће"), нарочито и консеквентно код кривичног дјела крађе ("лупештине"). Разлози оваквог става редактора Законика су комплексни и плијене пажњу. У малој и аутаркичној друштвеној заједници, каква је била Црна Гора на крају XVIII стољећа, са претежно кршевитим и неплодним тлом које врло шкрто награђује људски труд, материјална добра су представљала значајне вриједности за опстанак цјелокупне друштвене заједнице, и то је "Општи законик" знао да изрази и одрази. Култ имовине је атавистичке природе и код нашег живља постоји миленијумима. Имовином се надокнађивао сваки губитак оштећеној породици, роду или племену, па и за најтежа кривична дјела (убиство). У опису кривичног дјела крађе из чл. 17 Законика, када је објекат радње грло крупне стоке (коњ или во), одузето власнику, тај се губитак сматра највећим злом које је задесило оштећеникову породицу, чак тежим и од губитка неког члана породичне заједнице. Имовина је важна за опстанак и самог државног бића, јер се његове основне виталне функције не могу остваривати без материјалних давања житеља те државне заједнице. Уосталом, оно друштво које у систему својих санкционаторних мјера има казну прогонства (*bannitio*), које је у ондашњим условима драстично сужавало социјални простор погођеног субјекта, учвршћује нас у увјерењу о посебном вредновању феномена имовине од таквог друштва видећи у њој заштитно добро од највећег значаја. Феномен имовине, у садашњим и знатно измијењеним социјалним условима, оптерећује законодавца и савремене модерне државе. Она је под сталним будним оком њених надлежних државних органа, и на сваку злоупотребу у вези са њом реагује се оштрим санкцијама, особито неугодним високим новчаним казнама, прописаним за широки дијапазон кривичних дјела имовински мотивисаних. У истој функцији кумулациони систем одмјеравања затворске и новчане казне осуђенику који је кривично дјело извршио из лукративних мотива.

С л у ж б е н а д у ж н о с т, за чијим исправним вршењем постоји интерес свих, представља заштитни објекат који наш древни законодавац жели да заштити различитим санкцијама протективне природе. То он редовно чини код инкриминација чија је бит злоупотреба дужности (особито судијске), различитим облицима преварикација у служби, мултилатералним инкриминацијама давања и примања мита или забраном бављења пословима недостојним функционера јавне власти. Извршиоцима тих специфичних деликата (*delicta propria*), код којих се тражи присуство одређеног својства, стављају се у изглед бројне и оштре санкционаторне мјере, и то како главне (лишење слободе) тако и споредне (деституција са

положаја), уз присуство бројних инфамантних акцесоријума који имају за циљ да појачају штетно дејство главне казне.

Б р а к и п о р о д и ц а штите се са неколико изразито про-
 тективних одредби "Општег законика". На више мјеста, редактор
 указује на социјални и социолошки значај црногорске породице, у
 којој се подмлатку усађују патриотски осјећаји, етичке вриједности,
 радиност и дисциплинованост, чинећи родитеље одговорним за
 ексцесе млађаних али и других чланова породице. У истом је кон-
 тексту заштите породичног морала специфична свештеничка
 инкриминација из чл. 12 Законика, којом се под удар закона доводи
 онај духовник који закључи ништав брак са удатом женом или оте-
 том дјевојком, коме се штетном дјеловању духовника парира
 оштрим санкцијама: прогонством из земље, искључењем из
 духовничког реда, уз пратеће дифамантне казне, етикетајући га
 као "проклетог хулитеља закона" и "губитеља душа кристијан-
 ских", што је за једног клерика друштвена деградиција највећег сте-
 пена. У контексту ексцесног феномена инкорпорације духовничких
 норми у свјетовне (лаичке) законске текстове, осјећамо неопход-
 ност саопштавања неких размишљања о том феномену. Постојање
 чисто свјетовних деликата у текстовима канонског кривичног
 права не изазива чуђење и недоумице. Посљедица је то експанзивне
 моћи цркве (као моћног феудалца) ка чисто свјетовним простори-
 ма, који јој по природи ствари не припадају. Историјски, то је карак-
 теристично нарочито за средњи вијек. Криминализовани су у
 канонима, тако, различити облици преварикација (варање на ваги,
 лихва, фалсификати, давање лажног исказа са или без заклетве).
*Antonio Beristain Ippina*⁵, старозавјетник и канониста, износи тврдњу
 да канонско право, ни у исходишту, начину настанка и циљевима
 које жели постићи, нема ништа заједничко са свјетовним правима
 грчке римске или исламске цивилизације. Канонско право, као
 заокружен систем, није подлегло ауторитету римског права или
 свјетовних обичајних правила, већ је настало као плод интелекту-
 алног рада црквених мислилаца и ауторитета (*Augustin, Akvinski*)
 кроз хиљадугодишњу историју цркве. То право, дотјеривано и уса-
 вршавано на црквеним саборима постало је заокружен самостални
 правни систем на III латеранском сабору (1215) и од тада фигурира
 као аутономни правни поредак у правној арени. Битно су им разли-
 чите санкционаторне мјере, њихова основна сврха и циљ. Казне
 духовника⁶, епитимија, анатема, покора, па и временска екскому-
 никација (*excommunicatio*) немају ретрибутивних елемената сво-

⁵ А. Beristain Ippina, катехета и проф. унив. Саламанка, "*Les interdictions professionnelles, Bilbao*", 1966, pp. 17-19.

⁶ А. Beristain Ippina израз "казна" у канонском праву супституише изразом "установа".

јствених свјетовним казнама, већ им је једини циљ да измире грешника са увријеђеним Божанством. Изузетак представља трајна екскомуникација, која је грешника трајно искључивала из религије и стољећима била тако тешко подношљива да је сваки контакт са екскомуницираним био строго забрањен.⁷

То, да један свјетовни закон, ето, третира и свештенички ред, у случају злоупотребе духовничког позива, јесте наша традиција поштовања мисионарског рада духовника са народом, али и њиховог поистовјеђивања са широким слојевима у домену одговорности за ексцесно понашање. Овим околностима психо-социолошке природе треба свакако додати феномен, да се на челу црногорске државе налазио духовник високог црквеног ранга, неоспорног ауторитета за етнос на чијем се челу налази, са сталном тежњом да се строги надзори реда у заједници морају поштовати на истовјетан начин у свим друштвеним слојевима. То је био *conditio sine qua non* опстанка црногорске државе, на чијем је челу био митрополит Петар I Петровић. Ради се, у ствари, о практичном остварењу принципа "*castigando se defendere*", са хиљадугодишњом традицијом, чије су непоштовање скупо платиле многе моћне државе неставши са историјске сцене.

Инкриминацијом злоупотребе судијске функције дјелима тзв. активног и пасивног подмићивања судије (чл. 24 и 25 Законика), наметањем врло високих етичких назора за обављање ове важне јавне функције, законодавац штити институцију суда и судија, као важну еманацију државне власти, на начин како то чини и савремени законодавац кривичним дјелима управљеним против правосуђа. Он то постиже и екстрапеналним средствима налажући *pater familias*-у да чланове своје породице едукује тако што ће поштовати суд и његова пресуђења, казне које он изриче, све у циљу смањења криминалитета и подизања нивоа морала у друштву (чл. 32 Законика).

Архаичном инкриминацијом двобоја Законик штити ауторитет јавне власти која је позвана да разрјешава спорове међу људима, али и живот и тјелесни интегритет и општу сигурност људи, угрожених оружаним обрачунима учесника у двобоју, са веома тешким посљедицама по учеснике у обрачуну, које су се протезале и на њихове потомке, жељне освете (чл. 6 и 21 Законика). Кроз интересантну генезу је прошла, током стољећа, инкриминација двобоја: од опште прихваћеног доказног средства паганских проце-

7. Папа Иноћент IV је 1343. г. својом булом "*Ad extirpanda*" ублажио убојито дејство трајне екскомуникације, на начин што се њено штетно дејство, под одређеним условима, више није протезало и на трећа лица која би дошла у контакт са екскомуницираним.

дура, преко толерантног начина задовољштине у случају повријеђене части, до *објект*а инкриминације.

Антецеденти "Општег законика", настали током XVIII стољећа, "Theresiana", "Josephina", "Leopoldina", "Варбецијев трипартит", "Sverige codex"... , дакле још у феудалној ери, са познатом диобом на кривична дјела против општег добра и против појединца, имају уочљиву заједничку тенденцију - заштита интереса привилегованог слоја феудалне властеле. Та тенденција није значајка "Општег законика" и то је његова несумњива предност.

И / О њ ш њ и и н с њ и њ у њ и Законика

У тексту "Општег Законика" назиру се неки општи институти кривичног права, без оштрих обриса и прецизне дефиниције, чије ће се изграђивање и дотјеривање вршити кроз читаво XIX стољеће, да би тај напор Класичне школе кривичног права био дефинитивно и довршен на самом крају прошлог стољећа, и то тако темељито и минуциозно да су се ти институти, скоро неизмијењени, задржали у законским текстовима наших дана. Дужни смо овом приликом указати на те институте у повоју, у рудиментарном облику, не смеђући са ума да су неки од њих, ту нема двојбе, урађени на начин како се и данас третирају у кривичном закону.

Н у ж н а о д б р а н а (чл. 10 Законика)

Веома стари институт кривичног права, везан стољећима за крвну деликвенцију (*delicta carnis*), са коријенима у обичајном праву свих цивилизација, у традиционалном јуридиком жаргону познат је као "тријумф права над неправом". Подигнут у савременим текстовима на ниво општег основа искључења постојања кривичног дјела, јер је негација друштвене опасности и противправности, карактерише се данас "експанзијом" на многа кривична дјела ван корпуса "крвне деликвенције". Упркос тог експанзивног тренда, данас је, као и раније, примјена нужне одбране у пракси углавном везана за кривична дјела против живота и тијела. Перманентно усавршаван и дотјериван елементима објективне природе (природно право на одбрану) и врло изнијансираним елементима субјективне природе (сужена свјесност, па и неурачунљивост оног који се брани), добио је овај институт крајем XIX стољећа дефинитиван облик и крајњи ефекат екскулпацију учиниоца за кривично дјело учињено у стању допуштене одбране.

Још у повоју и рудиментарном облику јасно уочавамо постојање нужне одбране у чл. 10 "Општег законика". Уочљиви су и његови констутутивни елементи *н а п а д и о д б и ј а њ е* напада

("...убије чоєка напасника врху себе бранећи се") у кумулативном односу и временског елемента истовремености напада и одбране од њега. На скоро истовјетан начин институт нужне одбране уређен је у законима до Револуције (1789), с тим што се у елеменат напада инкорпорирају његова неизазваност и противправност. Особеност рјешења нашег Законика огледа се кроз постојање двију околности. Елементу одбијања напада додаје се моменат сакрално обојен, да је нападнути нападача заклињао Богом "да се од њега прође".⁸ Друга, интересантна околност, наше солуције нужне одбране тиче се ефекта који се надовезује на понашање нападнутог субјекта. Положај нападнутог субјекта, према чл. 10 Законика, еквивариран је у погледу друштвене реакције са извршиоцем кривичног дјела нехатног убиства. Јуридикчки речено, нужна одбрана из чл. 10 Законика, учиниоца који је дјеловао у границама дозвољене одбране не екскулпира за учињено дијело, већ га једино привилегира могућношћу изрицања блаже казне. Мјера допуштене одбране у виду пропорционалитета између напада и одбијања напада (*moderamen incul pate tutele*), као *essentialia* института, тековина је текстова са почетка нашег стољећа.⁹ Формулација чл. 10 Законика има своју криминално-политичку поруку. Она представља озбиљно упозорење нападачу ("напаснику") на посљедице његовог ничим изазваног напада и на неки начин је штит од силеџијског и хировитог понашања људи плахе нарави ових простора. Исти се ефекат, у савременим законима, надовезује на учиниоца који је дјело извршио у прекорачењу нужне одбране (факултативно и ограничено ублажавање казне).

Неурачунљивост (Чл. 14 и 17 Законика)

Екскулпирајући одговорности за кривично дјело крађе оног учиниоца "који нема чисте свијести и памети", наш је законодавац, попут свих законодаваца до почетка XIX стољећа, стање неурачунљивости одредио по биолошком (ециолошком) методу, који једино душевну болест види у исходишту института неурачунљивости ("...у стању лудости" и "непостојања свијести и памети"). Знатно касније, захваљујући дисциплинама које се баве духовном страном живота човјека, институт неурачунљивости добија свој психолошки супстрат који се испољава кроз могућност схватања значаја дјела (интелектуална моћ) и могућност упра-

⁸ Сличан религиозни елеменат клетве жртве кривичног дјела, само са супротним (отежавајућим) ефектом по учиниоца, сријећемо у Винодолском законнику. Дјело ће, према изричитом законском наређењу, бити теже ако је жртва *tempore criminis* завапила: "Боже помагај!"

⁹ Норвешки К. з (1902).

вљања поступцима (волунтаристичка моћ). То је психолошко-биолошки концепт *неурачунљивости* који данас превалира у текстовима кривичних закона.

Чинећи одговорним родитеље за недјела њихове дјеце (чл. 17 Законика), чак и онда када за њихов ексцес нијесу знали, због пропуста у васпитању малољетника, инклинира законодавац стољећима примјењиваној варијанти објективне одговорности по принципу *dolus facto inest*, који под удар закона доводи учиниоца због самог његовог чина (дјела у његовој објективној, вањској манифестацији), без обзира на психичку (субјективну) везу између учиниоца и његовог дјела. Ту важну страну субјективног односа учиниоца према дјелу (кривична одговорност) ријешао је редактор на до тада општеприхваћен начин. Сам *Code pénal* (1810), донесен скоро двије деценије након "Општег законика" институт неурачунљивости такође одређује по ециолошком методу. Он, заправо, у знаменитом параграфу 64 каже да нема ни дјела ни казне ако га је човјек извршио у стању лудила, прихватајући једино душевну болест (*psihosis*) као основ за постојање неурачунљивости.

Рецентна истраживања наших дана критички су интонирана према институту кривичне одговорности, нарочито у сегменту неурачунљивости. Његова биолошка основа (душевна поремећеност) жели се проширити на област осјећајности, нагона и воље, ка психонеуротичним стањима широког спектра (психопате). Кривично право, у свом универзалном изразу и хуманог надахнућа, жели протрахирати зону неодговорности на што шири круг учинилаца кривичних дјела који инклинирају у различитим степенима од тзв. стања нормалности, свјесно прихватајући ризик да се ради о учиниоцима оптерећеним бројним криминогеним факторима и опасним по друштво. У свој тој деликатној проблематици, доста спорној и још недовољно истраженој, која се уз то и веома различито поставља, треба имати слуша за аргументе јуриспруденције (праксе) која се константно опире тим реформским трендовима у теорији да битно измијени "кантовско-хегелијански" корпус кривичне одговорности.

Саучесништво (чл. 4, 6 и 21 Законика)

Саучесништво (*concurcus*), институт који третира сложену, ако не и најсложенију, проблематику кривичног права учешћа више особа у извршењу кривичног дјела, плод је теорије и јуриспруденције са самог краја XIX стољећа. Тада су се, заправо, искристалисала два оштро супротстављена приступа о правној природи института саучесништва: теорија о акцесорности (зависности и теорија о принципалној природи овог института, или теорија о неза-

висности саучесника у кривичном дјелу. Наша правна наука и пракса већ низ деценија инклинира теорији акцесорности саучесника, постављајући у начелу проблем тако што саучеснике чини зависним од криминалног резултата оствареног на страни главног извршиоца. Речено је већ да су два фундаментално различита приступа саучесништву производ напора теорије и праксе са краја прошлог стољећа, сто година након појаве "Општег законика" чијим се кривично-правним дOMETИМА у овом раду бавимо. Извјесно је, међутим, да формулације код више посебних инкриминација тангирају материју саучесништва указивањем на теже и опасније посљедице учешћа више особа у неком криминалном подухвату. Карактеристична су таква размишљања код древне инкриминације двобоја при којој дуеланти, у правилу оружјем, рјешавају неки искрсли спор међу њима. Познају ту инкриминацију архаични закони минулих времена, па и антецеденти "Општег законика", али је сријећемо и у неким текстовима недавне прошлости. Теорија такве инкриминације, са учешћем више особа, третира као нужно саучесништво (*concursum necessarium*), унилатералне или мултилатералне варијанте, у зависности од тога да ли законодавац кажњава само једног учесника (лихва) или међу њима ставља знак једнакости кажњавајући их све (двобој, мито, инцест). Инкриминације нужног саучесништва имају своје специфичности које их знатно разликују од добровољног саучесништва. Оно што чуди у приступу нашег редактора јесте то, што допушта могућност да неко од учесника у двобоју не буде санкционисан ("...разбирајући од једног или обојице учињене сагријехе"). На изложени начин, према чл. 6 "Општег законика", типична мултилатерална инкриминација, код које су интереси учесника у сукобу, постала је унилатерална.

У вези са институтом саучесништва и инкриминацијом двобоја, интересантна је одредба чл. 21 Законика, која такође третира проблематику двобоја, али сада у једном друштвено опаснијем виду, када у оружаном дуелу учествује велики број особа и када су наступјеле посљедица веома тешке. Положај сваког од учесника двобоја расправља се у духу чл. 6 Законика по принципу личне одговорности за допринос посљедици. Нашу пажњу овдје плијени феномен организатора масовног оружаног обрачуна, оне фигуре која стоји изнад криминалног подухвата и која је све то покренула и организовала. Према опису инкриминације чл. 21, тај главни учесник, и поред свог присуства на мјесту обрачуна, остаје некако по страни координирајући акцијом оних које је он организовао али без посљедица по свој живот ("...а мегданције на страну здрави и весели, нити који чини ни приступа ће се може погинути"). Таквом организатору, два стољећа раније, због посебне опасности његовог дјеловања, редактор поклања посебну пажњу пријетећи му веома

неповољним положајем код одмјеравања казне, третирајући га као "злочинца и возмутитеља народа" који је као такав прогоњен од свих. Идеје Законика везане за организатора имају доста подударног са рјешењима садржаним у савременим законодавствима, која тај облик саучесништва у ужем смислу познају. *De lege lata*, статус организатора у погледу прописане и конкретно одмјерене казне, најнеповољнији је од свих саучесника, па и самог непосредног извршиоца, будући да увијек одговара за стицај који обухвата организовање злочиначког удружења као таквог, али и за свако извршено или покушано кривично дијело у оквиру организације и злочиначког плана које је створила. Овај несумњиво најтежи облик саучесништва конзумира у себи све остале форме учешћа неке особе у кривичном дијелу (стицај саучесништва), те су и у тој идеји подударни модерни и древни законодавац, залажући се за строже кажњавање организатора.

Иста идеја је и у исходишту англо-саске јуриспруденције, да организатора злочина, који физички не учествује у радњи извршења дјела, али својим присуством или на други начин координира активностима својих чланова, диже на ранг извршиоца првог степена, са свим даљим консеквенцама на плану кажњавања таквих особа.

Интересовање заслужује став Законика према психичкој и физичкој помоћи која би убици била пружена након извршеног кривичног дијела (дотицај са кривичним дијелом). Та лична помоћ или лично помагање, ако није резултат претходног договора, не сматра се саучесништвом у виду помагања у савременом кривичном праву.¹⁰ Савремени законодавац то сматра инкриминацијом *sui generis*, прописујући за учиниоца знатно блаже кажњавање од саучесника. Наш древни законодавац, реагујући оштро према онима који су пружили неку допунску помоћ убици, изједначава такав вид допунске помоћи са самим извршилаштвом, прописујући за њих исту казнену дозиметрију (чл. 4 Законика). Мотиви тог поистовјећивања накнадне помоћи са самим извршилаштвом у дијелу убиства образлажу се околношћу да ће се тешко одлучити на злочин онај човјек који је свјестан изостанка посделикатне помоћи у било ком виду. С друге стране, сваки ће се постделиктуални учесник уздржати од накнадне допунске помоћи учиниоцу, свјестан да ће га погодити иста казна прописана за учиниоца. То редактор саопштава без увијања, у настојању да дјелује превенирајуће на криминалитет ове врсте.

¹⁰ У англо-саској пракси се и накнадна помоћ сматра саучесништвом

М а л о љ е њ и ц и (чл. 14 Законика)

Истом одредбом којом екскулпира одговорности код кривичног дјела крађе неурачунљиве учиниоце, одређене по биолошком критеријуму (душевна болест), "Општи законик" екскулпира у ст. 3 чл. 14 и малољетне учиниоце ("...дијете лудо, које би што од дјетињске *лугосџи* учинило"), чинећи тако хуманитарни помак у корист малољетних извршилаца (*infantes*), којима закони тог времена нијесу били наклоњени. Сматрајући их "злочинцима у малом" (*mallitia suplet aetatem*), чинили су им извјесне уступке на плану кажњавања редуцирајући њихову казну за трећину казне прописане за пунољетне учиниоце. Тек са развојем посебних дисциплина науке о човјеку (јувенална психологија) дошло се до закључка да малољетни учинилац, са специфичном структуром личности у развоју, садржи елементе који га битно разликују од пунољетног деликвента и да законодавство и јуриспруденција те околности морају да изразе и одразе. У САД се од друге половине XIX стољећа интензивно стварају малољетнички судови, док се у Европи то постиже посебним јувеналним законодавством. На тај је начин малољетницима признато посебно мјесто у кривичном законодавству, њихове санкције немају ретрибутиван значај и даје им се васпитно-педагошки садржај (васпитне мјере) док се дјеца до 14 година изузимају од удара кривичних санкција. Редактор "Општег законика" располагао је завидним нивоом знања о малољетним учиниоцима прије пуна два стољећа, екскриминирајући њихове деликте због незрелости и неразборитости, поставши претечом рјешења која у тој важној кривичноправној области стичу право грађанства тек крајем XIX вијека.¹¹

К а з н е н и с и с њ е м "О њ ш њ е њ з а к о н и к а"

"Општи законик" садржи развијен систем казни, и то како главних тако и инфамантних акцесоријума (допунске казне). Од главних казни познаје: смртну казну апсолутно прописану за најтежа кривична дјела, која је извршавана на више начина; прогонство (*bannitio*), која је веома сужавала социјални простор погођеног субјекта; затворску казну, која је издржавана у тамници; конфискацију имовине и новчану казну, која се, у одређеним случајевима, претварала у казну лишења слободе (суплеторни затвор).

¹¹ Куриозум је истаћи да је средином XIII стољећа један вјерски поглавар (папа Бенедикт IX) имао такође високо познавање психе малољетника, препоручујући их као свједоке и пред вјерским и пред лаичким судовима, уз образложење да "млађане због незрелости нијесу покварене и да не знају да лажу", како је дословно изјавио овај учени човјек. Савремена психијатријска наука, након 700 година, стоји на апсолутно истим позицијама. *Nihil novi sub sole*, закључили бисмо ми.

Од споредних казни ту су: искључење свештеника из реда духовника (*excommunicatio*), деституција са положаја и увијек тешко подношљиве бешчастеће казне које својим деградантним ефектом појачавају репресивни ефекат главних казни.

С м р т н а к а з н а

Смртна казна, којом је законодавац запријетио неколико *тешких* кривичних дијела, није карактеристична за словенске народе прије досељења на ове балканске просторе. Имали су они систем кажњавања који је почивао на сасвим другим основама, чија је суштина била у томе да се оштећеникова породица (род, племе) обештети од стране учиниоца у материјалним добрима, а касније и у новцу (крвнина). Тек под утицајем моћних сусједа (италијанских средњовјековних држава), чији закони врве од капиталне смртне казне, та одиозна санкција све чешће се изриче и на нашим просторима, и то за веома широк дијапазон кривичних дијела. Апсолутно прописана (без могућности супституицања другом казном), смртна казна је погађала учиниоце дијела издаје, убиства, крађе у поврату, а нарочито разбојнике због учесталости и распрострањености те појаве на важним трговачким путевима, који су преко Балкана ишли ка југу Европе. Упркос великог застрашујећег ефекта капиталне казне, наведена тешка кривична дијела била су у порасту, и то како код јужнословенских народа тако и у Европи уопште. Видљиво је да су ти деликти тешко угрожавали друштвено биће Црне Горе, мукотрпно стварано у свакодневnoj борби за опстанак, и редактор је посегао за капиталном смртном казном. Неопходно је истаћи да "Општи законик" не познаје поштрења смртне казне у смислу повећавања патњи осуђеника, на начин како је то детаљно прописивала "*Carolina*" (смрт на колу), па и неколико стољећа касније *Code pénal* (за парицидијум или инфантицидијум). Законик у чл. 2 нормира да се смртна казна извршава вјешањем, стријељањем или каменовањем ("...да буде објешен, или камењем побијен, али огњем из пушаках разнесен"). Имала је апсолути карактер за кривична дјела за која је била прописана ("...не може никаквим благом откупити"). За издају, због изузетне тежине дјела, капитална казна, лишена персоналитета, захвата и чланове породице издајника, без обзира на допринос извршеном дјелу, па чак и ако за њега нијесу знали или се са њим солидарисали (апологија злочина). Само је велика друштвена опасност дјела издаје могла изазвати овакву реакцију законодавца и према недужним члановима породице издајника. Велику строгост главне казне појачавали су њени акцесоријуми оличени у "вјечном проклетству и анатеми" за "општенародног крвника".

З а њ в о р с к а к а з н а

Казна лишења слободе *per se*, лишена физичких патњи осуђеника (батине), дуго је наилазила на отпор правника до револуционарне ере. По ондашњем увријеженом схватању, казнене атрибуте имале су ексклузивно оне казне које осуђеном лицу наносе физички бол. Ради тога је, у многим европским законима, казна затварања била појачавана батинањем, штапом, бичем или шибом, већ према броју удараца назначених у пресуди (*integrus numerus bacculorum*). Лишење слободе без батинања била је привилегија властеле.¹²

Нашу пажњу привлачи пријетња затворском казном оној страни у спору која врши кривично дјело активног подмићивања судије (чл. 25 Законика). Редактор изричито каже да се казна затвора издржава у т а м н и ц и. Такав израз, као технички термин, у Европи још не постоји. Затвори на европском континенту кроз XVI, XVII и XVIII стољеће су специфичне социјалне установе у којима се збрињавају људи са посљедњег степеника социјалне љествице (скитнице, проститутке, ислужени војници, васпитно занемарена дјеца и ситни криминалци). Те установе, настале прво на тлу Холандије и Енглеске (*Bridwelle*), крајем XVI стољећа, имају називе по природи посла који је у њима обављан, јер се сматрало (исправно) да их је недостатак радних навика довео у такав тежак положај. Наполеонова војска, када је на својим освајачким походима нападала затворе инквизиције, али и градске и жупанијске свјетовне затворе, у њима је редовно затицала социјално угрожене и умоболне особе и само по неког ситног криминалца. Тек у другој половини XVIII вијека у затворе се шаљу тешки криминалци (*S. Miccelle, Szemptz*) са називима "*maison de force*" или "*domus correctorea*", што већ асоцира на савремене установе затворског типа. Редактор "Општег законика" те установе назива управо "тамницама", изразом уобичајеним за оснивање модерних затвора у САД, у трећој деценији XIX стољећа (Филаделфија, Пенсилванија). Та околност упућује на закључак да је редактор Законика посједовао и завидна знања у области казне. Интригирају пенолога бројна питања у вези са феноменом затвора који је издржаван у тамници. Колико је таквих тамница у Црној Гори било, да ли је поред криминалаца било и друге популације, какав је режим био у тим тамницама, на којим су пословима утамничени људи радили, као и читав низ других питања која се оправдано намећу. Оправданим нам се чини

¹² Католичка црква (и њој сродне цркве: калвинистичка, англиканска) оснивач је многих затвора дијелом Европе, почев од XVI стољећа па даље. Формално спријечена да изриче капиталну смртну казну, црква се обилато служила затворском казном, па и казном батина. Најтежа од њих била је "доживотни затвор уз крух и воду".

једно истраживање ове интересантне проблематике под пенолошким углом, али и мултидисциплинарно.

Новчана казна

Новчана казна (глоба) дуго је наилазила на оштро противљење правника минулих епоха. Како не наноси физичке патње осуђенику, те да као таква није у стању никога да застраши, дуго и упорно је отклањана из законских текстова. Стекла је право грађанства тек у другој половини XIX стољећа, показавши се практичном за примарне учиниоце лакших кривичних дјела, као и према онима који су на извршење дјела покретани лукративним мотивима (*animus lucri faciendi*). Погодним за изрицање новчане казне показали су се и рецидивисти, иначе резистентни на затворску казну. Наш редактор, претеча савремених стремљења ка новчаној казни, ову казну, чији су казнени атрибути негирани, примјењује код различитих видова крађа, кумулирајући је са затворском казном, на начин како то ради и савремени законодавац. Анализа запријеђених новчаних казни из чл. 7, 8, 14 и 17 Законика намеће утисак да се ради о високим износима, у несразмјери са имовинским могућностима житеља тог времена. Законодавни мотив, који стоји иза тих високих новчаних казни, јесте застрашење потенцијалног учиниоца и његово уздржавање од извршења дјела лукративно мотивисаних (општа превенција). При прописивању новчане казне Законик је оптирао традиционаланом "систему фиксних износа", према коме је осуђено лице дужно платити одређени износ новца држави. Том систему приписује се неосјетљивост према имовинским могућностима грађана, да погодје имућним осуђеницима који га лако подносе, те да је лишен персоналитета и тешко подношљив за сиромашне слојеве. Упркос тих недостатака, наш савремени законодавац и даље оптира "систему фиксних износа", као и онај древни редактор прије два стољећа.¹³

Конфискација имовине

Болна и тешко подношљива казна за сваког осуђеника без разлике је традиционална, изразито имовински обојена, конфискација имовине, изрицана уз главну казну за најтежа кривична дјела. Њоме се, од осуђеног субјекта, одузима у корист државе дио или цјелокупна имовина, без икакве накнаде. Интересантно је истаћи да је ова одиозна споредна казна првобитно изрицана учиниоцима политичких кривичних дјела (издаја, велеиздаја), да би се средином прошлог стољећа примјењивала за широки круг кривичних дјела,

¹³ Други, паралелни практиковани систем у домену новчане казне, јесте нордијски "систем дневница глоба", који максимално уважава имовинске могућности грађана.

па и она вршена без лукративних мотива. "Општи законик" мјером конфискације пријети не само издајнику већ и "убивалцу" и крадљивцу у повратку, кумулирајући је са смртном казном и прогонством, из чега закључујемо да је ова казна дјеловала *pro futuro*, онемогућавајући осуђеника да стиче имовину до краја живота. На другој страни, законодавац, упркос строгости, испољава темељитост и бригу за оштећеника инсистирајући на прецизној процјени имовине конфиската, од које половина припада државном фиску а половина оштећенику. Држави, израслој из племенске заједнице, новац је био пријекно потребан за формирање, учвршћење и функционисање њених служби, органа и институција. То се постиже и системом казни, особито оним имовинске природе какве су новчана казна и конфискације, али и трошковима поступка и другим давањима над којим стално бди законодавац. Тиме се објашњава перманентно ширење лепезе кривичних дјела за која је могуће изрећи конфискацију, осим оних политичке природе за која је првобитно била везана. Интересантно је додати и то да је у традицији овог института, који се ипак лагано али сигурно сели у музеј старина, да лукративни мотиви учиниоца никада нијесу били од конститутивног значаја за његову примјену. Релативно касно појављивање конфискације у законским текстовима објашњава се околношћу да је крхка средњовјековна држава сву своју енергију усмјеравала ка примордијалном задатку - очувању од спољњег непријатеља. Ка другим функцијама усмјеравала је интерес кроз процес свог сталног јачања, сужавајући круг типично државних активности које је раније повјеравала цркви.

Бешчасћење и параналне санкције

Институт споредних казни, код којих доминира њихов бешчасћећи и инфамантни карактер, чији је циљ да појача штетно дејство главне казне, представља веома стару институцију као што је и сама казна. Права римске, грчке или исламске цивилизације обиловала су овим допунским казнама имајући заједничку карактеристику код свих појачање штетног дејства главне казне на осуђеника. Тешко је грађанима Рима падало одсуство рада у комицијама, забрана сакралног обреда при сахрани својих мртвих, да прима разне почасте и декорације или да учествује у освајачким походима своје моћне државе, који су му омогућавали стицање богатства.¹⁴ Средњовјековно кривично право такође се обилато служило овим афликтивним и дифамантним нус-казнама.¹⁵ Као и савремени законодавац, интердикцијама редактор "Општег законика" штити

¹⁴ Т.Мömmssen, *Beschimpfende Strafen*, Berlin, 1934, pp.86-90

¹⁵ R.Hiss, *Das strafrecht, Mittelalters*, Aalen, 1964, pp.172

ауторитет јавних служби (нарочито судијску функцију) деституцијом са положаја на бешчастећи начин, на чему посебно инсистира Законик.¹⁶ Слична судбина прати учиниоце кривичног дјела крађе, отмице жена или дјевојака, издаје или убиства, на које се инкриминације надовезује тешко подношљиви ефекат "анатеме" и "проклетства", које се у литератури поистовјећују са средњовјековним "губитком мира" или "губитком права", "цивилном смрћу" или донедавним "губитком часних и грађанских права", које су често биле теже подношљиве за осуђеног субјекта него и сама главна казна (*mors civilis equiparatur naturali*).

П о в р а т

Поврат (рецидив), као прастара установа кривичног права (*perseverare in crimine*), која је увијек погоршавала статус осуђеника у погледу казне, познаје и "Општи законик" у чл. 17. У том члану, иначе посвећеном кривичном дјелу крађе, законодавац за поновни упад у дјело исте врсте (специјални поврат) пријети истом казном као и учиниоцу кривичног дјела убиства, а то значи смртном казном, прогонством и конфискацијом. Наставак је то једне веома дуге традиције у нас, према којој се разбојници и крадљивци веома оштро кажњавају.¹⁷ Стољењима се ситуација поврата (нарочито специјалног), у погледу строге реакције према учиниоцу, није битније мијењала. Изостаје у савременим текстовима капитална смртна казна за повратника, али му се статус погоршава могућношћу изрицања прописане казне у двоструком износу. Сматра се, наиме, да се успјех у борби са криминалитетом у једној земљи цијени према броју повратника у њој. За пораст дјела извршених у повратку на удару су судске и пенитенсијерне власти због недосљедности у казненој политици, но рецентна истраживања у тој области указују да су за пораст поврата одговорни многи други фактори, па и општи тренд хуманизације казне. Наш је древни законодавац, еквивипарирајући повратника са убицом, прије два стољећа уочавао опасност коју представља професионални криминалитет у друштву. Установа поврата, третирана у литератури на широком плану, рамифицира се у бројним појавним облицима данас, а они, опет, захтијевају кумулативно присуство бројних елемената који морају по суду бити утврђени и у јудикату образложени. Члан 17 "Општег законика" упућује да је наш законодавац описао тзв. "природни поврат" за

¹⁶ R.Paillard, *Les interdictions professionnelles*, Paris, 1992, pp.113-114

¹⁷ Душанов законик (1346) предвиђа апсолутну казну за разбојнике и крадљивце који се дјело извршили у поврату (природни поврат) и таква осуђена лица не могу рачунати на помиловање путем милости. Подударан став са овим рјешењима има и "Царолина" (1532), као и сви закони дореволюционарне ере.

чије је постојање довољно механичко понављање кривичног дјела.¹⁸

Није захвално закључити излагање из домена динамичне проблематике казне и кажњавања, којој је "Општи законик" посветио велику пажњу, а не рећи ништа о општим начелима казне, те сврси и циљевима који се њоме желе постићи. Децидирано је наш древни законодавац у чл. 6 одредио да је сразмјерност казне и кривње учиниоца руководни принцип приликом њеног изрицања учиниоцу ("...колико се који у кривици находио"). Из тог пропорционалитета мора проистећи, према истој законској одредби, основна сврха сваког добро постављеног казненог система, а то је праведност. Једино праведну казну прихвата јавност, она вуче у прогрес и води смањењу криминалитета. Стога, праведности стреми сваки мудри законодавац. Насупрот праведној казни, неправедна се казна осјећа као велики терет и као таква вуче у регрес и не смањује, већ подстиче криминалитет. Погрешно би било када би ове констатације ослонили на чл. 6 Законика. Сразмјерност казне тежини учињеног дјела и одговорности учиниоца, те праведност која се жели постићи кажњавањем кривца, произлазе и из низа других одредби односећи се на ову материју. Једноставно речено, сразмјерност и праведност казне произлазе из духа "Општег законика".

Најзад, сумирајући утиске о овом важном проблему, не можемо остати равнодушни у односу на чињеницу, да су ове идеје написане у вријеме када је овом материјом доминирала, и то без остатка, тзв. апсолутна теорија о сврси кажњавања, која је овај проблем поједноставила тако што је у одмазди учиниоцу друштво видјело једину сврху казне.

*Облици њосебних бића кривичних дјела
"О њи ње ѓ законика"*

а) Кривична дјела њројив безбједности земље

Издаја (чл. 1 Законика)

"Општи законик" не даје опис дјела издаје и не прави диобу овог кривичног дјела на издају (у корист стране државе) и велеиздају (против монарха, круне). То најтеже дјело "Општег законика" запреијењено је главним и споредним санкцијама, уз објективну одговорност и према члановима породице "општенародног крвни-

¹⁸ J. Pinatel, у *гјелу* "La criminologie", описује чак пет врста поврата.

ка" како законодавац назива учиниоца овог дјела. Када се има у виду историјски и социјални контекст у времену појаве Законика, сталне борбе за опстанак и потенцијалност опасности коју је представљао учинилац дјела издаје, схватљив је законодавни мотив инкриминације из чл. 1 и веома оштра друштвена реакција у виду санкције.

б) Кривична дјела против живоїа и иїїјела

У б и с иї в о (чл. 2, 3, 4, 5, 9 и 10 Законика)

Основним обликом кривичног дјела убиства можемо сматрати лишење живота човјека из чл. 2 Законика. Законски текстови из тог времена, када појам виности није био познат, не праве диобу на обична и квалификована убиства, убиства са умишљајем (*d o l u s*) или из нехата (*s u l p a*). Разлика код ове инкриминације прављена је према особеностима, поријеклу или класном припадништву жртве. Средњовјековни закони су прописивали смртну казну са пооштрењима за убиство асцедента (претка) или десцедента (потомка), убиство свештеника и лишење живота властелина или властелинчића.¹⁹ То што Законик у опису дјела говори о неизазваном убиству ("...без кривице или нужде него од силе и опачине") одговара савременом опису обичног убиства. За учиниоца овог дјела прописана је апсолутно смртна казна извршавана вјешањем, каменовањем или стријељањем ("огњем из пушака разнесен"). Нема пооштрења капиталне казне у смислу претходног инвалидирања осуђеника или пак постморталног скрнављења јустифицираног, тако често сријетана у Европи, па и у постреволуционарној ери. Извршиоца ("убивалца") који је у бјекству и недоступан властима, према чл. 3 Законика, погађала је потпуна и трајна конфискација, избјегли извршилац убиства никада се у домовину није могао вратити (чл. 4), а са њим је поистовјеђен сваки онај саучесник прије или након извршења дјела, који је пружио неку допунску помоћ солидаришући се са убицом или је постао апологетом његовог злочина. Претпоставка је за тако неповољан статус саучесника његово претходно сазнање о учињеном дјелу ("... пошто чује и разумије злочинство што је учинио").

У чл. 5 Законика, који се такође бави лишењем живота човјека, суочавамо се са беневољентним ставом редактора према приватној реакцији на злочин, према коме свако има право лишити живота извршиоца убиства и нарочито концилијатан став Законика према освети над извршиоцем коју врши близак сродник жртве овог

¹⁹ Душанов законик: "Ко убије светитеља да се тази убије и објеси".

деликта. Сложићемо се да се овдје ради о једном ретроградном моменту кога ријетко сријећемо у законским текстовима у предреволуционарној ери и који се тумаче социјалним и историјским специфичностима наших простора.

Зону нехатног убиства Законик омеђава у чл. 9 врло прецизним описом "... да нехтећи чоека рани или убије". Као и савремени закони, наш је законодавац нехатно лишење живота довео под удар закона, и сматрајући га привилегованим обликом убиства за његовог учиниоца предвиђа могућност блажег кажњавања ("... колико се боље учињети може").

На крају, у чл.10 Законика имамо лишење живота човјека у ситуацији допуштене одбране, но без привилегирања учиниоцу које савремени текстови дају ономе који је дјеловао у нужној одбрани екскриминацијом његове радње. У погодовању таквом учиниоцу наш древни законодавац не прелази одређену границу која се састоји само у могућности блажег кажњавања. Еквипарирани су нужна одбрана и нехатно убиство као институти који могу ублажити казну учиниоцу.

Веома репресиван и рестриктиван став "Општег законика" према једном од деликата, који се у свим епохама и цивилизацијама сматрао међу најтежим, узрокован је комплексним и бројним разлозима. Антиципирајући мотиве законодавца за тако ригорозан став према чину лишења живота човјека, налазимо га у сталној тежњи да се овом опасном деликту, чија је главна карактеристика учесталост, стане на крај, да се заштити живот грађанина толико неопходном колективном колективитету у перманентној борби за опстанак. Ништа тако не ремети кохезију међу људима као убиство са неотклоњивим и дефинитивним посљедицама које га прате. Одијум према учиниоцима убиства законодавац испољава неувијено, дајући им етикету "непријатеља земаљског" и "крвника".

Тјелесна повреда (чл. 7 и 9 Законика)

Законик под удар доводи двије врсте тјелесних повреда, правећи знатне разлике међу њима и у опису инкриминације и у погледу санкција које се надовезују на учиниоца. Први, најтежи облик тог дјела, састоји се у "рањавању" другога "оружјем, каменом" и опште опасним средством како га савремени текстови описују. Начин извршења дјела састоји се "од силе и опачине да се јунак назове, ће прилике и потребе од јунаштва није", што одговара умишљајној тјелесној повреди савремених закона. Таквом се учиниоцу кумулативно изричу главна казна (затвор) и глоба, и то у мјери двоструко већој од оне прописане за дјело повреде које није

учињено под опасним околностима које га чине квалификаторним, према чл. 7 Законика.

Нехатни облик тјелесне повреде одговара опису из чл. 9 Законика. Радња дјела се састоји у нехатном рањавању другог ватреним оружјем или на други начин "не хтећи да чоека рани или убије". Мада се указује на учесталост дјела ове врсте, Законик привилегира учиниоцу прописујући могућност блажег кажњавања на начин и маниром савременог законодавца.

Богата проблематика тјелесне повреде, која се рамифицира чак у десет појавних облика у модерним законима, од обичне лаке до тешке тјелесне повреде квалификоване смрћу, плод је развитка медицинске науке током XIX стољећа и минуциозног и педантног рада академских правника са краја тог истог стољећа. Напор нашег древног законодавца, управљен ка нијансирању овог дјела, представља реалан допринос каснијем педантном диференцирању кривичног дјела тјелесне повреде.

Д в о б о ј (чл. 6 и 21 Законика)

Речено је довољно о архаичној инкриминацији двобоја и њеној интересантној еволуцији, у оквиру института нужног саучесништва. Због посљедице која је погађала учеснике у двобоју, која се огледала у губитку живота или инвалидирању, сврстали смо је међу кривична дјела чији је групни заштитни објекат живот и тијело. Извјесно је законодавац оцијенио, да појава двобоја за Црну Гору представља велику опасност, па јој је стога и посветио два члана. Ова констатација има ослонац и на врло неповољан положај коловође двобоја, што је коментарисано у оквиру општих института Законика.

б) Кривична дјела против части и угледа

У в р е д а (реална инјурија - чл. 8 Законика)

У савременим законима вербалне деликвенције, уперена против части и угледа, представљена увредом и клеветом, није забрањена строгим санкцијама. Ипак, она и данас привлачи пажњу законодавца, академског правника и правника практичара, због учесталости њеног вршења и бројности у структури укупног криминалитета. Под ударом "Општег законика" је њена данас рјеђа варијанта, нанесена оштећенику ударцем "ногом или камишем" (чл. 8), и то на начин да се њоме нарушава достојанство оштећеног субјекта, као значајна нематеријална вриједност црногорског човјека, поноситог духовног склопа и менталног хабитуса уопште. Те ври-

једности, које су угрожене или нападнуте овим обликом инјурије, штите се високим новчаним казнама, али се главна заштита повријеђеном субјекту пружа путем ексклузије инсолвентног човјека ако у афекту лиши живота нападача, ситуација која је идентична оној када је лишен живота крадљивац затечен у дјелу *in flagranti*.

ѧ) Кривична дјела постоје имовине

К р а ђ а (чл. 13, 14, и 17 Законика)

Послије кривичног дјела издаје и убиства, крађа ("лупештина") представља кривично дјело коме законодавац придаје велики значај. Индикативно је да овом дјелу редактор посвећује три члана, али је, на индиректан начин, ово дјело тангирао и у низу других одредби. Законик не даје дефиницију дјела крађе (она ће бити уобличена тек концем XIX стољећа), али је очито да је класифицира у неколико појавних облика, рангирајући их према степену опасности. Као и антеценденти ("*Carolina*", "*Theresiana*", "*Josephina*"), "Општи законик", крађу и поврату (који схвата као просто повлањање дјела без раније осуде) сматра најтежим обликом, еквивалирајући је чак са убиством, пријетећи повратнику смртном казном, прогонством, конфискацијом имовине и бешчастећим посљедицама осуде.

По тежини и опасности на другом је мјесту крађа грла крупне стоке (коња или вола), коју оштро санкционише. Такав свој став редактор објашњава тешким посљедицама по оштећену породицу, које су тако тешке да превазилазе и губитак члана породице ("...уцвијели више него једно чељаде да закоље").

Ранг трећег мјеста по опасности има она крађа која је извршена у кући или другим затвореним просторима власника уз насиље (рундиметарни облик тешке крађе обијањем), за које се дјело изричу кумулиране главна и споредна казна, трошкови поступка и надокнаде штете, која, опет, иде до двоструког износа одузете ствари.

Најзад, радња четвртог појавног облика крађе управљена је на ситну стоку, која због учесталости и специфичног начина живота житеља Црне Горе, окренутих сточарству, такође представља озбиљан криминалитет коме се парира оштром друштвеном реакцијом у виду санкције. Редактор је и за примарне деликвенте, који дјела врше из користољубља (*animus lucri faciendi*), прописивао новчане казне у високим износима, у настојању да сузбије ову штетну и распрострањену појаву. Иначе, кривични закони из времена настанка "Општег законика" усвајају тзв. ужу концепцију кривичног дјела крађе, према којој учинилац има намјеру да једино себи при-

бави корист вршећи ово дјело. У материји радње, у правно-техничком смислу, уочљив је један важан детаљ. Наиме, у чл. 14 ст. 3 Законика, крађа се сматра свршеном у моменту прекида туђег притежања на ствари и успостављања тог притежања од извршиоца (теорија апрехензије), на начин како се тај проблем и данас поставља од стране већине законодавстава у важној околности када крађу сматра свршеном.

Што се субјективне везе учиниоца са дјелом тиче, редактор је оптирао за принцип личне одговорности, увлачећи, међутим, и родитеље учиниоца у криминалну зону дјела крађе, ако су за дјелатност учиниоца знали или им је била позната криминална провенијенција одузетих предмета. Родитељима се даје низ дидактичких порука и поука у ком правцу треба одгајати потомке, упозоравати их на поштовање закона, као и на посљедице у случају родитељског пропуста да својим ближњим на то указују (чл. 32 Законика).

Екскулпација за кривично дјело крађе гарантована је учиниоцима душевним болесницима (биолошки метод), као и малолетним извршиоцима који су поступали "без разбора" (о чему је експлицирано у одјељку о одговорности).

Интригира чињеница да је кривичном дјелу крађе дат у Законнику значајан простор, да је извршилац овог дјела у поврату екипариран са убицом и да му се пријети оштрим, могли бисмо рећи и суровим казнама. Истраживања вршена у наше вријеме указују да су крађе спецификум друштва која обилују материјалним добрима и да су рјеђа појава у друштву која у тим добрима оскудијевају. Сложене социјалне и социолошке околности, у којим се налазила Црна Гора прије два вијека, имале су за посљедицу да је овај *crimen* у фокусу пажње древног законодавца, коме парира оштрим ретрибутивним мјерама.

Вријеме које окупира нашу пажњу карактерише се вршењем тешких разбојништава, и то по читавој Европи, нарочито дуж њених главних саобраћајница, којима су јездили трговачки каравани који су били на мети разбојника. Тај је проблем окупирао и средњовјековну Србију, која је сусједима плаћала значајне контрибуције у новцу на име накнаде штете породицама оробљених трговаца. Црна Гора, географски удаљена од главних саобраћајница европског континента, није имала проблем са овом распрострањеном и опасном појавом и стога у Законнику о томе нема ни ријечи.

*г) Кривична дјела њрошив брака и њородице**О њ мица жена и дјевојака (чл. 11 Законика)*

Архаична инкриминација отмице жена и дјевојака карактеристична је за скоро све европске законе тог времена, па и у постреволуционарној ери. Лагано се сели из законских текстова у првим деценијама нашег вијека попримајући један друштвено опаснији вид изражен у кривичном дјелу отмице (киднаперства) са користољубивим мотивом код учиниоца (Линдбергов закон). Законодавни мотив инкриминације из чл. 11 Законика је очување сигурности и кохезије црногорске породице, па се тиме објашњава оштра реакција законодавца према учиниоцу овог дјела, поистовјећујући га са "убивалцем" и пријетећи му прогонством и конфискацијом цјелокупне имовине, битно му сужавајући на тај начин социјални простор. Тој оштрој реакцији Законика доприносила је и учесталост дјела ове врсте код нас, али и на ширим просторима, па је и кривично законодавство Европе униформно реаговало оштрином прописаних санкција према овој раширеној и опасној појави. "Општи законик" не скрива одијум према овим извршиоцима, називајући их "беззакоником" и "грабителџем туђе дјеце".

Инкриминација прељубе као плурилатералног вида нужног саучесништва, тако често сријетана у законодавству Европе, којом се атакује на породицу, институцију брака и друштвени морал уопште, није ни поменута у тексту "Општег законика" и нема никаквог трага од покушаја криминализирања ове такође раширене појаве. Објашњава се то околношћу да је ова инкриминација инспирисана канонским правом, које је својим схватањем гвозденог сексуалног морала вршило јак утицај на свјетовно право земаља чији претежан дио становништва припада католичкој конфесији.²⁰

*ђ) Кривична дјела њрошив њравосуђа**Ак њивно и њасивно њог миђивање судије (чл. 24 и 25 Законика)*

Као и савремени законодавац, наш древни Законик даје описе радњи кривичних дјела активног и пасивног подмиђивања судије, као појавни облик савременог института нужног саучесништва

²⁰ Апостол Павле је у схватању "гвозденог" сексуалног морала ишао тако далеко да је сматрао кажњивим и полни однос међу супружницима који нема за циљ стварање потомства (прокреација). Излаз је видио у целибату.

(његове прулилатералне варијанте), са интересима који су комплетирани, ради чега законодавац доводи под удар оба учесника.

У чл. 24 Законика ради се о судији који тражи или прими мито, да би погодовао некој од странака у спору, или "невиног окривио", чиме се доводи у питање исправност рада судова као заштитног објекта овог дјела. Санкција за учињено је деституција са положаја на инфамантан начин.

Давање или обећање мита судији од стране учесника спора је дјело активног подмићивања описано у чл. 25 Законика, такође уперено против правосуђа. Ономогућава се њиме доношење праведне и законите одлуке и омета "судска правда", која је интегрални дио социјалне правде, тако неопходне за нормално функционисање државе. На учиниоца овог дјела надовезује се шири спектар друштвене реакције у виду санкције из богатог регистра главних и споредних казни "Општег законика". Као главна казна прописана је затворска казна (која се издржава у тамници), док су од акцесорних казни заступљене: губитак спора и одузимање датог износа мита.

У савременим законодавствима тежим се сматра кривично дјело примања мита од стране службене особе. Код тзв. кривичних дјела *delicta propria* (са посебним својствима учиниоца) службено лице се строже кажњава од учиниоца који тог својства нема. Он, заправо, бријеђа закон по два основа: врши само кривично дјело и злоупотребљава однос повјерења који је исказан кроз дужност коју обавља. Рјешење које нуди "Општи законик" у овој ситуацији одуара од изложеног принципа савремених кривичних закона у материји службених кривичних дјела. Полазећи од супротне идеје, он се залаже за строже кажњавање учиниоца кривичног дјела активног подмићивања који не посједује својство службеног лица.

е) Сакрална кривична дјела

С в е ш њ е н и ч к и д е л и к њ и (чл. 12 Законика)

Као и сложена кривична дјела у савременим текстовима, ово, по многим елементима раритетно дјело, има два заштитна објекта: брак и породица и вршење свештеничке службе по религиозним начелима (учинилац свештено лице је "хулитељ Закона Божјег и губитељ душа кристијанских"), са повредама црквених канона, инкорпорирана у текст свјетовног закона, а друго се изненађење тиче санкционисања духовника на начин који је примјерен за лаике, који својства духовника немају. То што је редактор Законика био свјетовни владар али и црквени великодостојник представља окол-

ност која је у исходишту овог феномена, као уосталом и чињенице да Законик обилује елементима сакралне природе. Мисли које смо изложили у општим мјестима овог рада и које се односе на овај феномен само продубљују осјећање чуђења савременог правника суоченог са овом појавом доста ријетком и за та давно минула времена. Схватљива је оштра реакција у виду санкције за свештеника који је закључио ништаван брак. На његов чин се надовезује екскомуникација из реда свештенства, изложен је прогонству из земље, све то уз бешчастеће ефекте којима треба појачати афлиktivно дејство тешко подношљивих главних казни, особито екскомуникације. Прописивањем врло оштрих санкција, редактор је желио да свештенику искључи сваку помисао на злоупотребу свог узвишеног позива.

Б/ Процесној правне одредбе "Општинског законика"

Иза одредби 22-32 "Општег законика" крије се процесна проблематика, у духу тадашње легислативне технике да се процесна материја налази инкорпорирана међу нормама материјалног права. Рамифицирање процесног права на кривичнопроцесне и грађанскопроцесне одредбе, које на прецизан начин регулишу услове и претпоставке за кривично гоњење или покретање парнице, са омеђеним надлежностима процесних субјеката и странака током главног претреса расправе, судским одлукама и правним љековима против тих одлука, претреса и расправе, судским одлукама и правним љековима против тих одлука, представљају околности које ће се у процесном праву догађати деценијама касније.

У Европи до револуционарне ере доминирала су два типа кривичне процедуре, међусобно удаљена попут Птолемејевог и Коперниковог учења о настанку свијета. Да бисмо могли свеобухватно оцијенити процесне одредбе "Општег законика", морамо рећи коју ријеч о особинама двају тако удаљених типова кривичне процедуре: акузаторског (оптужног) и инквизиционог (истражног) типа кривичног поступка.

Чист, рационални, акузаторски поступак, настао у матици Енглеској осам стољећа уназад, наметнут бившим колонијама Енглеске, Америци, и Индији, у пуној примјени данас још у Израелу, прихвата око милијарду људи. Основна филозофска поставка на којој почива овај тип процедуре јесте спор двију потпуно равноправних странака пред судом, које у фази доказивања (која је централна фаза ове процедуре) настоје да увјере суд (професионалног или поротног састава) у истинитост и правну ваљаност својих теза. Улога суда у овом типу поступка врло је пасивна, прикупља процесну грађу од странака, да би на крају својим јудикатом пресудио

која је од странака у спору исти добила. Та пасивност суда, која га растеређује терета доказивања, доприноси његовој пуној објективности и врло повољној позицији окривљеника у том поступку кога штити древни акузаторски принцип *nemo proderet se ipsum*. Француски револуционари и уопште правници тзв. либералне ере вршили су константан притисак на законодавца да и Европа прихвати ове опште и фундаменталне одреднице оптужног поступка. Захтијевало се то у име концепта права човјека изложеног неугодности гоњења. Револуционарима у Француској је то пошло за руком у Законик о кривичном поступку (1793), којим је у цјелости реципирано процесно право Енглеске, са њеном пресудном поротом која је спасила ову процедуру кроз стољеће.

Насупрот оптужном поступку и паралелно са њим кроз вијекове, у континенталној Европи (нарочито у Француској), укоријењен дубоко, егзистирао је инквизициони (истражни) тип процедуре, коме је тон давала католичка црква и који почива на сасвим другачијој филозофској основи у правној логици. Карактерише се доминацијом суда у свим фазама процедуре, нарочито у фази истраге (централној фази ове процедуре), у којој се практично одлучивало о судбини окривљеника. У рукама суда биле су сконцентрисане све три кривичнопроцесне функције (оптужба, одбрана и суђење), што представља највећи недостатак овог типа поступка, контаминирајући га и компромитујући у цјелости, чинећи га најреакционарнијим у историји. Револуционарни Законик о кривичном поступку (1793) био је одговор либералних правника Француске на такво стање у земљи, иначе репрезентативној за инквизициони поступак у Европи.

Рецепција туђег права на тле са другачијом правном традицијом обично не даје резултате који се од ње очекују, па је у Француској Закоником о кривичној истрази (1808) и у Аустрији Законом о поступку казнено-процесуалног реда (1873) у правну арену уведен и трећи тип кривичне процедуре: мјешовити (оптужно-истражни) кривични поступак, који представља синтезу елемената двају претходних система-акузаторског и инквизиционог кривичног поступка. Основа ове процедуре, која се брзо проширила на читаву континенталну Европу и у њој остала до данас, јесте строга раздвојеност кривичнопроцесних функција и њихова додјела одвојеним кривичнопроцесним субјектима: суду, тужиоцу и одбрани. Мјешовити поступак је и наша правна традиција и на његовим основним поставкама почива и наш савремени кривични поступак коме је у исходишту Законик о кривичном поступку (1953), са многим измјенама и допунама до данас. Положај окривљеника у мјешовитом поступку је повољан, изједначен је са тужилачком странком, гаранто-

вана му је у пуном обиму лична и стручна одбрана и на његовој је страни претпоставка невиности (*quidquid praesumitur bonus*).

У изложеном процесном амбијенту конфундирања двају старих типова кривичног поступка (инквизиционог и акузаторског) и трећег мјешовитог, који само што није ступио на историјскоправну сцену. "Општи законик" је, иза оних малобројних одредби, настојао да ријешу једну сложену проблематику, помажући се идејама антецедентног писаног законодавства, рјешењима обичајног права, али и антиципирајући нека рјешења која су се у кривичној процедури наметала Европи кроз читаво XIX стољеће.

Т о к њ о с њ и у њ к а (чл. 22 Законика)

Инквизициони тип поступка, чија је централна фаза истрага (*inquisitio*), у којој је *dominus litis* био истражни судија (*inquirent*), са кумулацијом све три процесне функције, поступајући у строгој тајности (*in camera*) и строго писмено, одлучујући у претходном поступку о судбини окривљеника, није извршио неки значајнији утицај на редактора "Општег законика".

Организацијом главне расправе без припремног дијела (типичног за инквизициони и мјешовити поступак), определијелио се древни законодавац за прогресивнију и демократскију процедуру, проткану мноштвом акузаторских елемената ирационалне природе (стара словенска традиција), али и са елементима чистог рационалног акузаторског поступка, који ће представљати идеал правника, од француских револуционара до наших дана.²¹ То потврђују начела расправности и контрадикторности који са начелом усмености дају читавом поступку карактер спора супростављених странака пред судом. То је фундаментални елеменат сваке акузаторске процедуре, који је гарант врхунског начела истине. Изложене констатације имају ослоња на четвртом правилу чл. 22 Законика које, у ужем смислу, уређује ток главне расправе. Сљедствено том правилу, учесници спора излажу чињеничну грађу редом (један за другим) док је суд у начелу пасиван и стара се да *thema probandi* буде темељито испитана постављањем питања странкама, у атмосфери лишеној притисака, повишеног тона и пријетњи који могу да угрозе расправу и јудикат који слиједи на њеном крају. То је једна од главних одредница акузаторске процедуре, будући се пасивизацијом суда постиже његова објективност при пресуђењу. Темљењем истог четвртог правила чл. 22 Законика, на-

²¹ Све измјене и допуне нашег ЗКП-у, од 1953. г. до данас, имале су за циљ да се наша процедура битно побољша, на начин што су у њу перманентно укључени акузаторски (оптужени) елементи (V.Bayer, *Jugoslovenien's kриминално-процесно право*, Informator, Zagreb, 1989, pp. 47-50.

кон завршене расправе, судско вијеће се повлачи ради доношења одлуке, која се након објављивања, путем писменог отправка, доставља странкама. Изложена рјешења нашег древног законодавца, прије пуна два стољећа, антиципирају, у главним цртама, ток главне расправе у савременим процесима.

Свестрано образовани редактор сигурно је знао да су још у римском праву, прије више хиљада година, доношене од стране судије (pretora) три врсте одлука: осуђујућа (condemno), ослобађајућа (absolvo) и пресуда *non liquet* (није јасно), која би одговарала садашњој пресуди којом се оптужба одбија (формална пресуда). Упркос томе, о врстама судских одлука (као и о правним љековима), древно законодавац ништа не каже, па ни у оним одредбама посвећеним сентенцијама (чл. 22, 23, 27 и 32 Законика). Но судећи по неким општим институтима (нужна одбрана лишење живота крадљивца затеченог *in flagranti*) еруирамо становиште по коме је Законик познавао бар двије врсте судских одлука: којом се оптужени оглашава кривим, и ослобађајућу пресуду. О осталим врстама судских одлука, којима се главна ствар не рјешава у меритуму (рјешења), или онима којима се управља поступком (наредбе), у Законнику нема ни ријечи. Очигледно је да је разубјена хијерархија судских одлука по домашају и значају за учеснике спора настала у каснијим временима.

Према чл. 27 Законика одлука суда је могла бити једногласна али и донијета већином гласова чланова судског вијећа, уз нужно образложење својих правних становишта, које треба да покаже да су се определијелили по савјести, свом најбољем знању и умијећу, без пристрасности изазване митом или односом пријатељске наклоности према неком од учесника спора ("...без сваког мита и хајтера"). Доношењем и објављивањем пресуде окончава се поступак пред судом првог степена у већини земаља данас у свијету, европскоконтиненталног али и англо-саског процесноправног круга.

Сама расправа је, сљедствено правилу један чл. 22 Законика, почињала представљањем јавности чланова судског вијећа, уз обавезно саопштавање чињенице да су као "суци" и "управитељи" постали вољом народа али и по "вољи Божјој", да нијесу у најамном односу према некој од странака, већ "да поступају као оци и прави љубитељи отечества". Била је очита жеља законодавца, да носиоцима судске власти, прије уласка у суштину спора *sub iudice*, обезбиједи легитимитет и ауторитет, својства неопходна функционерима јавне власти какви су судије.

Правила два и три чл. 22 Законика, сакрално инспирисана, гарантовала су правичност пресуђења, уз молбу Божанству да судија подари "просвешченије разума и снагу мугросги", са ослонцем на заклетву (чији текст није познат) и обећања да ће праведно судити,

поштовати једнакост људи пред законом, уз искључење сваке пријатељске наклоности (хајтерије"), "јербо суд Божји јест".

Наметљив је закључак да је расправни ток обиловао акузаторским елементима који су му обезбјеђивали суштину спора двију равноправних странака, док се улога суда састојала у пресуђењу спорне правне ствари искључиво на темељу доказа изнијетих на контрадикторној и јавној расправи. Главна расправа је била лишена "инквизиционе максиме", која и данас оптерећује суд чињеницама утврђеним у претходном поступку (истрази), удаљавајући га од истине неопходне сваком друштву и данас и будућим временима (*de lege considerata*).

О правним љековима на судске одлуке (редовним и ванредним) у Законику нема ни ријечи, из чега се намеће закључак да принцип вишестепености у суђењу није постојао и да је одлука суда постојала правоснажна и извршна чином њеног објављивања, што представља регресну појаву за сваку процедуру.

У перманентном сукобу двију идеја које су у исходишту сваке процедуре, ефикасност у поступању (иманентна инквизиционом поступку) и темељитост у раду, неопходна за правду и правичност и права човјека уопште, редактор се, два стољећа раније, определијелио за акузаторски карактер главне расправе. Стилизација чл. 22 "Општег законика" и четири правила која он садржи на овај закључак неумитно упућују.

С у г и с њ р а н к е

Редактор је суд поставио на зборној (колегијалној) основи. Правна ствар *s u b i u d i s e* расправљана је у вијећима, а не пред судијом појединцем (инокосним судијом). Види се то нарочито из одредбе чл. 22 Законика, који о судећим судијама говори у плуралу. У правној књижевности предност се даје зборном суђењу, особито у значајнијим споровима, увијек праћеним будним оком јавности.²² Ефикасност и економичност су једине предности инокосног судије, и то је разлог што га савремени законодавац у поступању толерише само инцидентно и у споровима мањег значаја.

О образовању судије законодавац ништа не каже, али, из разумљивих околности, које су владале Црном Гором прије два вијека, није се могло очекивати правничко образовање тадашњег судије. Из законског текста видљиво је да је то био јавни

²² Колегијално суђење на рачун инокосног подстичу аутори:

Б.Марковић, *Уџбеник сууског кривичног посџујка*, Београд, 1930, pp. 90-99.

Т.Васиљевић, *Сисџем кривично-џроцесног џрава*, Београд, 1970, pp. 83-85.

М.Доленц, *Теорија сууског кривичног посџујка*, Београд, 1933, pp. 66-68.

V.Vauer, *Посџујно џраво*, Загреб, 1940, pp. 122-125.

М.Чубински, *Кривично џроцесно-џраво*, Београд, 1933, pp. 42-45.

функционер ("народни правитељ" и "главар"), те да се бројним свјетовним и сакралним елементима и високим етичким захтјевима настојало обезбијетити његов интегритет и ауторитет, као и настојање државе да обезбиједи материјалну сигурност тих важних функционера власти. Свештеници, кнежеви и породичне старјешине дужни су указивати народу на моралне и етичке вриједности у друштву, као и на дужност поштовања угледа суда и његових јудиката. У истом су духу *pater familias* дужни едуковати чланове својих породица, да их не би погодило зло у виду казне ("кастиге"), која се не може "откупити". На још директнији начин то редактор постиже у чл. 26 Законика, налажући сваком Црногорцу и Брђанину ("великом и малом"), беспоговорног поштовања часних судија, стављајући им у изглед низ онерозних пољедица за владање супротног од захтијеваног.

У чл. 23 Законик поставља врло високе стандарде професионалне судијске етике. Он изричито забрањује (под пријетњом санкције) пристрасно стављање судије на страну једног од учесника спора, или пак кад судија при одлучивању заступа становиште које нема ослонаца на доказима, које је у сукобу са правдом и правичношћу. Побуде за поступање таквог судије могу бити врло различите, од пријатељске наклоности ("хајтерија") до подмићивања. Заједничко је овим мотивима то да ниско котирају на љествици морала и да колидирају са часним судијским позивом. Такав порочни судија је за редактора "хајтер", "митник" и "возмутитељ суда".

Прописане санкције за нечасно суђење веома су болне и тешко подношљиве. За злоупотребу судијског позива предвиђена је главна казна ("жестока кастига"), али и дифамантне споредне казне уз обавезну деституцију. Исте афликативне посљедице погађају судију који ода службену тајну, за чије је очување присутан интерес свих и чије објелодањивање шкоди интересима јавне власти.

У контексту високих етичких принципа, именуантних суду и судијама, је принцип инкомпатибилитета који је и раније и данас имао исти садржај неспојивост судијске функције са занимањем којим би била доведена у питање судијска објективност и непристрасност (чл. 29 Законика).

Из одредби "Општег законика" које говоре о положају и саставу суда, јасно је видљиво да су изабране судије били професионалци који су за свој посао били плаћени ("... на обшченародни трошак стављени") и да пороте није било.

Класична порота англо-саског типа, коју карактерише раздвојеност одлучивања о кривици и казни окривљеника, која у Енглеској и њеним бившим колонијама (САД и Индија) функционисао је већ столјећима, мада позната нашем древном законодавцу, није

наша правна традиција, па је Законик и не познаје као облик судовања.²³ Мјешовита порота (скабинског или присједничког типа), настала у Њемачкој средином XIX стољећа, карактеристична по томе што судије поротници (повремене судије) и судије професионалци заједнички одлучују и о кривици и о казни окривљеника, модел који је данас распрострањен на свим меридијанима, нашем редактору није могао бити познат и зато у Законику о њему нема ни ријечи.²⁴

Поступак "Општег Законика" био је страначки уређен. То се јасно види из четвртог правила чл. 22 посвећеног главној расправи, који је одредио редослијед излагања учесника спора, њихов међусобни однос, као и однос странака према главном кривично-процесном субјекту суду. Из тог реда ствари ми назиремо принципе контрадикторности (*contra dicere*) и расправности, те нарочито принцип раздвојености кривичнопроцесних функција и њихову додјелу различитим субјектима. Поменути принципи су у исходишту акузаторског поступка и они су давали тон цјелокупној процедури регламентираној "Општим закоником". Држимо да је то важно истаћи, јер је континентална Европа из тог времена своју процедуру уређивала на инквизиционим принципима, чија је фундаментална одредница била кумулација процесних функција у личности *inquirenta*, а та је околност, у негативном смислу, оптерећивала цјелокупни поступак.²⁵

Учесници у спору, са различитим и оштро конфундираним интересима (тужилачка странка и одбрана), подвргнути су оштрој дисциплини на расправи. Свака повреда моралних каутела током трајања процеса (покушај подмићивања) излагала их је опасности примјене широког дијапазона прописаних главних и споредних казни уз обавезни губитак спора, што је, гледано из страначког угла, био најнеподношљивији губитак.

Завршне консидерације

I/ Маџеријално љраво

1. "Општи законик црногорски и брдски" (1798) има све карактеристике антецедената (*Theresiana, Joshepina*) дореволуционарне ере. Јасан је, концизан и прегнантан, без проведене класификације деликата и дефиниције општих института.

²³ Фунгирала је порота као доказно средство у паганским процедурама (*iudicium persacramentales*), а познају је и стари Словени прије досељења на Балкан.

²⁴ H. Brunner, *Schöfengerichte*, Aalen, 1932, pp. 102.

²⁵ V. Bayer, *Skabinska porota*, Zagreb, 1955, pp. 21.

2. Пола вијека прије појаве Класичне школе, као заокруженог система прихватљивог за све, "Општи законик" антиципира на изненађујући начин нека рјешења тог научног приступа проблемима кривичног права која и данас имају валидност. Мисли се ту на нужну одбрану, нехат, покушај и, нарочито, рјешења у оквиру добровољног и нужног саучесништва (статус организатора).

3. Систем казни Закона за крај XVIII вијека је разуђен. Од главних казни, познаје смртну казну апсолутно предвиђену за најтеже деликте (без поштрења), затворску казну (која се издржава у тамници) и новчану казну. Од споредних казни, које се изричу за широки дијапазон деликата, ту је потпуна конфискација имовине осуђеника. Као и сви закони тог времена, и "Општи законик" обилује бешчаштећим казнама којим се акцесоријумима жели појачати дејство главне казне.

4. Назиру се у Законику идеје опште (генералне) и индивидуалне (специјале) превенције, као сврхе кажњавања, ка којима стреме и модерни закони.

5. Законик познаје архаичне инкриминације двобоја, отмице жена и дјевојака, а доводи под удар закона и нека понашања која се данас сматрају административним неправом (прекршаји).

6. Законик обилује мноштвом сакралних елемената (*iudicium Dei*) и то је хиљадугодишња словенска традиција.

7. Законодавац испољава интересовање за оштећену странку стално водећи рачуна о њеном обештећењу, будући тако претечом материје са великим хуманитарним надахнућем коју ми у нашем стољећу зовемо виктимологијом.

8. Прогресиван и са далекосежним посљедицама за државу Црну Гору, "Општи законик" садржи и неке моменте који вуку у регрес. Мисли се ту у првом реду на толерантан и подстицајан став према самозаштити (освети), као ретроградној појави, нарочито када су у питању учиниоци тешких и бешчаштећих деликата. Ипак, уз неке разлоге историјски условљене, који су нашег древног законодавца силили на сурову и нервозну реакцију, заслужује да у том контексту, буде апострофирана његова реакција за дјело издаје. Репресивна и ретрибутивна реакција у виду апсолутне казне није намијењена само учиниоцу овог дијела, већ пријети и осталим члановима издајникове породице, који у тој издаји нијесу учествовали или чак за њу нијесу знали. Тај облик друштвене реакције, одиозан и неприхватљив, назван "системом одговорности по основу узимања талаца", екстреман је облик објективне одговорности Средњег вијека (*dolus facto inest*).

9. Најзад, као куриозитет *per se*, мора се посебно апострофирати хуман став Законика према јувеналној деликвенцији, којој приступа са савременим менталитетом.

II Процесно право

1. "Општи законик" у свим својим рјешењима енергично одбацује темељне поставке инквизиционе процедуре, тако распрос-трањене и доминантне у дореволуционарној ери и у источном и у западном европскоконтиненталном цивилизацијском кругу. Био је редактор Законика у општем тренду, тада врло модерних стремљења правника, ка рецепцији чистог и рационалног акузаторског поступка.

2. У Законику нема ни ријечи о претходном поступку (истрага), основне процесне функције су раздвојене и повјерене различитим субјектима. У односима са учесницима спора (странкама) суд је у начелу пасиван, расправа има карактер спора, а судбина окривљеника се рјешава на главној, контрадикторној и усменој расправи.

3. Низ одредби посвећених статусу суда и судија указују на напоре законодавца да овај важан сегмент државне власти подигне на високи пиједестал. У том се циљу носиоци судске власти (судије) обавезују на поштовање врло високих моралних начела, обрушавајући се свом жестиним на оне који повриједе та узвишена правила понашања. Инсистира се баш у тим одредбама, примарно и апсолутно на поштовању древног постулата сваке друштвене заједнице окренуте прогресу - *castigando se defendere*.

4. Законик на расправи, која је централна фаза поступања и у којој се рјешава судбина окривљеника, на врло транспарентан начин афирмише начела контрадикторности, расправности, усмености и јавности, који, у својој укупности, представљају нужну претпоставку за реализацију фундаменталног начела процедуре оличеног у принципу истине.

5. Недостаци Законика на процедуралном плану су једноступеност у одлучивању и немогућност контроле јудиката пред вишим инстанцама путем редовних и ванредних правних љекова. Приговор редактор трпи и због недоречености и концизности када су судске одлуке у питању, ово тим прије што је уложена велика енергија да се ти исти јудикати, њихов легитимитет и ауторитет, афирмишу међу свим житељима Црне Горе.

Л и њ е р а њ у р а

- Авакумовић, Ј., *Теорија казненог права*, Београд, 1897
- Bayer, V., *Jugoslovensko krivično-procesno pravo*, Zagreb, 1977.
- Beristain., A.I. *Les interdictions professionnelles*, Salamanka, Bilbao, 1996.
- Brunner., *H.Schöfengercht*, Aalen, 1932.
- Bullia, F., *Dušanov zakonik*, Zagreb, 1903.
- Чубински., М. *Коментар Законика о судском кривичном процесу*, Београд, 1933.
- Дамашка., М. *Окривљеников исказ као доказ у кривичном процесу*, Загреб, 1962.
- Доланц, М., *Теорија судског кривичног процесу*, Љубљана, 1933.
- Гетз, Б., *Норвешки кривични законик (1902)*, Осло, 1904.
- Hiss, R., *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters*, Aalen, 1964.
- Марковић, Б., *Уџбеник судског кривичног процесу*, Београд, 1930.
- Mommsen, T., *Beschimpfende Strafen*, Graz, 1966.
- Недельковић, Б., *Душанов законик*, Београд, 1979.
- Paillard, R., *Les interdictions professionnelles*, Paris, 1967.
- Pinatel, J., *Criminologie*, Paris, 1960.
- Скалар, Н., *Криминологија*, Љубљана, 1965.
- Тарановски. Ф., *Историја кривичног права*, Београд, 1928.
- Васиљевић, Т., *Систем кривично процесног права*, Београд, 1964.