

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Слађана Д. Јовановић

**ПРИВИДНИ ИДЕАЛНИ СТИЦАЈ КРИВИЧНИХ  
ДЕЛА**

докторска дисертација

Београд, 2022

UNIVERSITY OF BELGRADE

FACULTY OF LAW

Sladana D. Jovanović

**APPARENT IDEAL CONCURRENCE OF  
CRIMES**

Doctoral Dissertation

Belgrade, 2022

**Подаци о ментору, члановима Комисије за одбрану докторске дисертације и датуму одбране**

**Ментор:**

Проф. др Игор Вуковић,  
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

**Чланови комисије:**

Проф. др Наташа Делић,  
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Проф. др Драгана Коларић,  
редовни професор Криминалистичко – полицијског универзитета у Београду

Проф. др Драгиша Дракић,  
редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду

**Датум одбране:**

# ПРИВИДНИ ИДЕАЛНИ СТИЦАЈ КРИВИЧНИХ ДЕЛА

## Резиме

Питање примене правила (привидног) идеалног стицаја као специфичног института кривичног права, лимитрофног карактера, позиционираног између случајева јединства и плуралитета кривичних дела, фигурира као кључна претпоставка адекватног спровођења поступка квалификације, односно појављује се као нужни пратилац сваког појединачног случаја примене норми кривичног права на конкретну чињеничну ситуацију. У основи конципиран на идеји искључења аутентичног стицаја, тачније, њему својствених особених правила одмеравања казне, превасходно је управљен ка заштити кључних начела и принципа кривичног права, од којих предњачи принцип *ne bis in idem*, схваћен у материјалном смислу, односно забрана двоструког вредновања истих околности приликом квалификације забрањеног понашања.

Међутим, квалификација привидног идеалног стицаја, представља сложен методолошки поступак који захтева како јасно одређене критеријуме диференцијације, пре свега од идеалног стицаја, тако и специфичне критеријуме индивидуализације, оличене у принципима за решавање колизије између више примењивих законских норми, чије обједињено разматрање представља предуслов постизања главног циља – адекватне примене кривичног права на конкретну ситуацију. Ипак, не може се рећи да тако конципиран поступак почива на стриктним законитостима, нити се унапред могу пронаћи решења за све евентуалне искуствене манифестације релационих односа између правних концепата, што има за последицу превасходно ситуациони приступ у утврђивању предуслова констатације привидног идеалног стицаја и раздвајање његове феноменолошке димензије од самих правила избора преферентне норме (принципа за решавање конфликта).

Руководећи се специфичним правилима за решавање колизије између плуралитета формално реализованих норми, чији је паралелни опстанак искључен услед деловања повезујућих фактора који конфигуришу њихово јединство, институт привидног идеалног стицаја, кроз јединствени скуп законитости, поставља темеље правилне примене норми општег и посебног дела кривичног права, обезбеђујући њихово разграничење и правила међусобног деловања, односно искључења. Значај његовог доктринарног изучавања у условима изостанка стриктних законских смерница, огледа се управо у обезбеђењу поменутог циља. На тај начин, кроз поставке принципа специјалитета, супсидијаритета, консумпције и алтернативитета, препознају се и раздвајају концепти главног и привидног дела, односно утврђује норма која је носилац квалификације и она чији се ефекти остављају по страни, али ипак суделују у коначном утврђивању пенолошких последица, у складу са концепцијом о двострукој правној природи института, односно његовом стицајно–интерпретативном карактеру.

Сходно томе, разматрању привидног идеалног стицаја у овом раду смо приступили полазећи од претпоставке о његовој мултидимензионалној природи, базираној првенствено на стицајно–интерпретативном карактеру института, плуралистички детерминисаним принципима индивидуализације, који под одговарајућим условима укључују и алтернативитет, уз наглашавање значаја његове дистинкције од идеалног стицаја и поштовања правила квалификације, служећи се догматским, емпиријским, историјскоправним, позитивноправним и компаративним методом у доказивању постављених хипотеза.

**Кључне речи:** привидни идеални стицај; специјалитет; супсидијаритет; консумпција; инклузија; алтернативитет; *ne bis in idem*; теорија стицаја; јединство радње; накнадно некажњиво дело.

**Научна област:** Правне науке

**Ужа научна област:** Кривично право

## APPARENT IDEAL CONCURRENCE OF CRIMES

### Abstract

The application of apparent ideal concurrence of crimes as a specific Criminal law institute, situated on the border line between the regular qualification of unique crime and the concurrence of crimes, appears to be a substantial prerequisite of the correct qualification of crimes and figurates as a necessary precondition that must be considered in each relevant legal situation that requires implementation of criminal law rules. Based on the idea of excluding the rules of authentic concurrence and its legal effects in the area of sentencing, it is primarily oriented towards protection of the fundamental principles of justice, specifically the *ne bis in idem* principle, understood in its material aspect as the prohibition of double evaluating the same circumstances during crime qualification process.

However, the qualification and implementation of apparent ideal concurrence rules is based on a complex methodological procedure, that requires both, clearly determined criteria of differentiation in relation to ideal concurrence, as well as the specific individualisation criteria, manifested in the principles for resolving the conflicts between several applicable norms, considering their unified valuation as a precondition in achieving the main goal – the adequate application of criminal law. Still, it cannot be said that the described procedure relies on the strict rules or predetermined solutions for each and every phenomenological manifestation of that kind of relations between legal concepts. As a consequence, the main focus is on the situational approach in determining conditions for applying the rules of this institute, which leads to separate consideration of its phenomenological dimension and the directions for solving the conflict between applicable norms.

Guided by the specific conflict-solving rules, in terms of collision of legal norms, which parallel application is excluded due to influence of correlating factors that configure their unity, the institute of apparent ideal concurrence, through the unique set of rules, lays the foundation for the proper implementation of the norms in criminal legal system, ensuring their delimitation, interaction and exclusion. Considering the absence of legal guidelines in this area, the importance of dogmatic approach, manifests primarily in achieving the mentioned goals. Therefore, the rules of the four principles – specialty, subsidiarity, consumption and alternativity, enable the determination of the opponent legal concepts, marked as the main and apparent norm, or in other words, the norm that establishes the result of qualification process and the norm which is set aside, but yet participates in penological consequences, in the context of the dualistic legal nature of the institute, based on its interpretative-concursal criminal nature.

Considering the facts, our approach to the problem of apparent ideal concurrence relies on the presumption of its multidimensional nature, primarily based on interpretative-concursal character of the institute and pluralistically determined principles of individualisation, that under specific circumstances include the principle of alternativity, emphasizing the importance of its distinction from ideal concurrence, using dogmatic, empirical, historical, positive and comparative scientific methods in proving the main hypotheses.

**Key words:** apparent ideal concurrence; specialty; subsidiarity; consumption; inclusion; alternativity; *ne bis in idem*; theory of concurrence; unity of actions; subsequent unpunished act.

**Scientific field:** Legal sciences

**Narrow scientific field:** Criminal law

## САДРЖАЈ

УВОД .....	1
I ПОГЛАВЉЕ .....	8
ПОЈАМ И УЛОГА ПРИВИДНОГ ИДЕАЛНОГ СТИЦАЈА .....	8
1. ПОРЕКЛО И РАЗВОЈ ИНСТИТУТА .....	10
1.1. Корени настанка и развоја .....	12
1.2. Основне карактеристике историјског развоја .....	13
2. ТЕРМИНОЛОШКА ОДРЕЂЕЊА И МЕСТО У СИСТЕМУ КРИВИЧНОГ ПРАВА .....	15
2.1. Основи термилошких дилема .....	16
2.2. Фактор правне природе у термилошком одређењу института .....	17
2.2.1. „Стицај закона“ или „привидни стикај (закона)“ .....	18
2.3. Фактор броја радњи у термилошком одређењу института .....	22
2.3.1. „Привидни идеални стикај“ или „(привидни) стикај закона“ .....	22
2.3.1.1. Оправданост класификације .....	23
2.3.2. Термилошки домашај института .....	25
2.4. Место у систему кривичног права (правна природа) .....	26
2.4.1. Фактори детерминације .....	26
2.4.2. Правна природа института .....	28
3. ПРИВИДНИ (ИДЕАЛНИ) СТИЦАЈ ЗАКОНА КАО ПРАВНИ ФЕНОМЕН .....	30
3.1. Опште карактеристике института .....	30
3.2. Приступи изучавању института .....	31
3.3. Димензије института .....	32
3.3.1. Формална димензија .....	32
3.3.1.1. Концептуални елементи .....	32
3.3.1.2. Фактори детерминације института .....	35
3.3.2. Материјална димензија .....	36
3.3.2.1. Предмет теорије (привидног) стикаја закона .....	37
3.3.3. Процедурална димензија института .....	38
4. КОНЦЕПТУАЛНЕ ПОСТАВКЕ .....	38
4.1. Основи доктринарног одређења института привидног идеалног стикаја .....	40
4.1.1. Могућности теоријског конципирања .....	42
4.1.2. Предуслови дефинисања .....	42
4.2. Класификација дефиниција у доктрини .....	43
4.2.1. Дефиниције засноване на правној природи института .....	44
4.2.2. Функционалне и дескриптивне дефиниције .....	47
4.2.2.1. Дескриптивна (феноменолошка) одређења .....	47

4.2.2.2. Вредносне дефиниције.....	50
4.2. Законска одређења.....	54
4.3. <i>De lege ferenda</i> одређења.....	56
5. УЛОГА И ЗНАЧАЈ (ПРИВИДНОГ) СТИЦАЈА ЗАКОНА.....	57
II ПОГЛАВЉЕ.....	59
ФУНДАМЕНТАЛНЕ ПОСТАВКЕ.....	59
1. ПРАВНА ПРИРОДА.....	61
1.1. Значај дистинкције.....	63
1.2. Фактори утврђивања правне природе.....	65
1.3. Манифестација правне природе.....	68
1.3.1. Правне последице диференцирања.....	68
1.3.2. Принципи решења.....	69
1.3.3. Правна природа и теорије домашаја.....	71
1.4. Стицајни ефекти.....	72
1.4.1. Опште особине.....	72
1.4.2. Димензије стицајних ефеката.....	74
1.5. Интерпретативни карактер.....	77
1.5.1. Опште особине.....	77
1.5.2. Принцип искључења.....	80
1.6. Двострука правна природа института.....	83
2. ЗАКОНСКА ЗАСНОВАНОСТ.....	86
2.1. Модели третирања института.....	88
2.1.2. Системи нерегулације.....	88
2.1.2.1. Оправдања нерегулисања.....	90
2.1.3. Систем релативне регулације.....	91
2.1.3.1. Оправдања регулације.....	92
2.1.3.2. Принцип најтеже казне.....	93
2.1.3.3. Комбиновани принцип.....	94
2.1.3.4. Принцип логичке релације.....	95
2.1.4. Секундарне регулације – „Клаузуле резерви“.....	97
2.1.5. Секундарне регулације – општи део кривичног права.....	98
3. ТЕОРИЈСКА ЗАСНОВАНОСТ.....	100
3.1. Фактори оправдања института.....	100
3.2. Институционална начела.....	103
3.2.1. Опште карактеристике.....	104
3.3. Начело законитости.....	106
3.3.1. Тумачење као фундаментални основ.....	107



3.4. Принцип пропорционалности .....	108
3.4.1. Остваривање сврхе кажњавања .....	109
3.5. <i>Ne bis in idem</i> .....	111
3.5.1. Материјална димензија (забрана двоструког вредновања) .....	113
4. ЛОГИЧКА И ВРЕДНОСНА УТЕМЕЉЕНОСТ .....	114
4.1. Логичке релације .....	115
4.2. Вредносна утемељеност .....	117
4.2.1. Принцип „бездначности“ .....	118
III ПОГЛАВЉЕ .....	120
ПРЕТПОСТАВКЕ ТЕОРИЈСКОГ РАЗМАТРАЊА ИНСТИТУТА ПРИВИДНОГ ИДЕАЛНОГ СТИЦАЈА .....	120
1. СТИЦАЈ КАО ИНСТИТУТ КРИВИЧНОГ ПРАВА .....	121
1.1. Општи појам стицаја кривичних дела .....	121
1.2. Фактори утицаја на теорију (привидног) стицаја закона .....	123
2. СИСТЕМАТИКА СТИЦАЈНЕ ПРОБЛЕМАТИКЕ .....	124
2.1. Основи стицајног система .....	125
2.1.1. Домашај концепта стицаја кривичног дела .....	125
2.2. Јединство и плуралитет радње (дела) .....	126
2.2.1. Унитарне и плуралне квалификације .....	129
2.2.2. Појам и облици јединства радње .....	134
2.2.2.1. Фактори утврђивања јединства радње .....	137
2.2.3. „Јединство радње“ или „јединство дела“? .....	141
3. КАТЕГОРИЗАЦИЈА СТИЦАЈНИХ КОНЦЕПАТА .....	145
3.1. Унитарне квалификације .....	151
3.1.1. Јединство радње у природном смислу (просто јединство радње) .....	153
3.1.2. Јединство радње у функцији означавања плуралитета аката .....	154
3.1.2.1. Услови постојања привидног реалног стицаја .....	158
3.1.2.2. Случајеви природног јединства радње (итеративно и сукцесивно) .....	160
3.1.2.3. Случајеви правног јединства радње .....	162
3.1.2.4. Случајеви типичног јединства радње .....	168
3.1.2.5. Колективно кривично дело .....	172
3.1.3. Једно дело – привидни стицај закона .....	173
3.2. Плуралистичке квалификације (стицај кривичних дела) .....	173
3.2.1. Идеални стицај .....	173
3.2.1.1. Идеални стицај као „јединство дела“ .....	176
3.2.1.2. Идеални стицај као плуралитет дела .....	179
3.2.1.3. Форме идеалног стицаја .....	180

3.2.2. Реални стицај .....	182
4. КРИВИЧНОПРАВНИ ТРЕТМАН СТИЦАЈА .....	182
4.1. Модели кривичноправног третмана .....	184
4.1.1. Системи диференцијације .....	185
4.1.1.1. Немачки модел .....	187
4.1.1.2. Шпански модел .....	188
4.1.1.3. Италијански модел .....	189
4.1.2. Систем обједињујућег правила одмеравања казне .....	190
4.1.2.1. Србија .....	191
4.1.2.2. Француска .....	192
4.1.2.3. Аустрија и Швајцарска .....	193
IV ПОГЛАВЉЕ .....	194
ТЕОРИЈЕ ДОМАШАЈА ПРИВИДНОГ ИДЕАЛНОГ СТИЦАЈА .....	194
1. Основи теорија домашаја .....	196
2. Теорије феноменолошког домашаја (привидног) стицаја закона .....	197
2.1. Критеријуми феноменолошког домашаја .....	198
2.1.1. Привидни идеални и привидни реални стицај .....	198
2.1.2. Привидни стицај закона у ужем и ширем смислу .....	205
2.1.2.1. Фактори успостављања домашаја .....	207
2.1.2.2. Услов јединства радње (понашања) .....	210
2.1.2.3. Претходна и накнадна сукажњива дела као облик (привидног) стицаја закона .....	213
3. Теорије практичног домашаја .....	217
3.1. Основи класификације .....	219
3.2. Унитарне теорије (домашаја) .....	220
3.2.1. Привидни идеални стицај као сегмент јединственог института .....	221
3.2.2. Опште карактеристике унитарне теорије .....	221
3.3. Диференцирајуће теорије .....	223
3.3.1. Накнадно и претходно некажњиво дело као стриктни привидни реални стицај .....	223
3.4. Неутрално гледиште .....	226
4. Теорије домашаја принципа решења .....	227
4.1. Јединство радње (дела) као критеријум реорденације принципа решења .....	228
4.2. Монистички и плуралистички модели принципа индивидуализације .....	231
4.2.1. Монистички модели и домашај (привидног) стицаја закона .....	231
4.2.2. Плуралистички модели и домашај (привидног) стицаја закона .....	233
V ПОГЛАВЉЕ .....	235
ПРИВИДНИ ИДЕАЛНИ СТИЦАЈ У ПОСТУПКУ КВАЛИФИКАЦИЈЕ .....	235

1. Карактеристике поступка квалификације .....	236
1.1. Општа начела квалификације .....	239
1.2. Утицај правне природе .....	239
1.3. Циљ поступка квалификације .....	240
1.4. Могућности индивидуализације (диференцијације) .....	241
2. Методологија поступка квалификације .....	244
2.1. Опште карактеристике методолошког поступка .....	245
2.2. Сегменти поступка квалификације .....	247
2.3. Процес диференцијације .....	248
2.3.1. Основне поставке .....	250
2.3.2. Општи фактори дистинкције .....	251
2.3.3. Класификација критеријума диференцијације .....	253
2.3.4. Обухватање садржаја невредности дела .....	255
2.3.5. <i>Ne bis in idem</i> (забрана двоструке санкције) .....	260
2.3.6. Идентитет штићеног правног добра .....	264
2.3.7. Критеријум <i>безначајности</i> .....	270
2.3.8. Специфични критеријуми .....	271
2.4. Процес индивидуализације .....	276
2.4.1. Опште карактеристике принципа индивидуализације .....	277
2.5. Фазе поступка квалификације .....	279
3. Привидни идеални и реални стицај (прва фаза квалификације) .....	283
3.1. Плуралитет радње и плуралитет дела .....	283
3.2. Фактори дистинкције .....	286
4. Привидни идеални и идеални стицај (друга фаза квалификације) .....	288
4.1. Општи аспекти дистинкције између идеалног и привидног (идеалног) стицаја закона .....	288
4.2. Фактори дистинкције .....	292
4.3. Методолошки поступак .....	296
4.4. Практични домашај дистинкције .....	298
4.5. Конфликти у квалификацији .....	301
4.5.1. Теорија <i>разјашњавајуће функције</i> идеалног стицаја .....	302
4.5.2. Теорија „ <i>Cabo suelto</i> “ .....	308
5. Процес индивидуализације .....	310
6. Верификација .....	318
7. Корекције у индивидуализацији казне .....	319
VI ПОГЛАВЉЕ .....	320
СПЕЦИЈАЛИТЕТ .....	320

1. Фундаменталне поставке .....	321
1.1. Улога специјалитета у теорији (привидног) стицаја закона .....	322
1.1.1. Специјалитет као репрезентација (привидног) стицаја закона .....	323
1.1.1.1. Екстензивни специјалитет .....	324
1.1.1.2. Специјалитет у стриктном смислу .....	326
1.1.2. Специјалитет као један од класичних принципа решења .....	328
1.2. Начелна утемељеност (оправдање) .....	328
1.3. Правна природа .....	330
1.4. Логичка утемељеност .....	331
2. Концептуална одређења .....	333
2.1. Доктринарна одређења .....	334
2.1.1. Функционална дефиниција специјалитета .....	337
2.2. Елементи концептуалног одређења .....	338
2.2.1. Генерални и специјални закон .....	338
2.2.2. Домашај релације специјализације .....	339
2.3. Услови постојања релације специјализације .....	343
2.3.1. Фактори концептуалне обухватности („затварања“) .....	345
2.3.2. Облици испољавања специјализације .....	348
2.4. Садржај релације специјалитета .....	349
3. Феноменолошка димензија .....	350
3.1. Класификационе поделе .....	352
3.2. Екстензивни специјалитет .....	354
3.3. Стриктни специјалитет .....	358
3.3.1. Специјалитет по основу додатка (екстензије) .....	359
3.3.2. Специјалитет по основу спецификације .....	361
VII ПОГЛАВЉЕ .....	369
СУПСИДИЈАРИТЕТ .....	369
1. Фундаменталне поставке .....	370
1.1. Опште карактеристике и правна природа супсидијаритета .....	370
1.2. Начелна оправдања .....	373
1.3. Логичка утемељеност .....	375
2. Концептуална одређења супсидијаритета .....	376
2.1. Доктринарне дефиниције .....	377
2.2. Елементи концептуалног одређења .....	383
2.2.1. Примарна и супсидијарна норма .....	384
2.3. Релација супсидијарности (материјална димензија) .....	386
2.3.1. Домашај изричитог супсидијаритета ( <i>клазуле резерви</i> ) .....	387

2.3.2. Домашај прећутног супсидијаритета .....	391
2.3.3. Фактори супсидијарности .....	396
3. Феноменолошка димензија .....	401
3.1. Врсте супсидијаритета .....	402
3.1.1. Изричити супсидијаритет .....	403
3.1.2. Прећутни супсидијаритет .....	408
3.1.2.1. Општи аспекти категоризације .....	410
4. Супсидијаритет по основу прогресије .....	415
4.1. Супсидијарност код претходних некажњивих дела (интерференција по основу прогресије) .....	420
4.2. Покушај и довршено кривично дело .....	422
4.3. Прогресија код припремних радњи .....	424
4.4. Прогресија на релацији повреде – убиство .....	425
5. Супсидијаритет интензитета повреде .....	427
5.1. Кривична дела угрожавања и повреде .....	428
5.2. Конкретни супсидијаритет .....	431
5.2.1. Примена правила преферентности код конкретног супсидијаритета .....	435
6. Супсидијаритет у ширем смислу .....	436
6.1. Форме учешћа у делу .....	437
6.2. Врсте радње извршења .....	439
6.3. Степени кривице .....	440
VIII ПОГЛАВЉЕ .....	441
КОНСУМПЦИЈА .....	441
1. Фундаменталне поставке .....	442
1.1. Опште карактеристике и правна природа .....	442
1.2. Начелна оправдања .....	444
1.3. Емпиријска заснованост консумпције .....	450
2. Концептуална одређења .....	454
2.1. Доктринарна одређења .....	455
2.2. Елементи индивидуализације .....	459
2.3. Домашај консумпције .....	460
2.4. Материјална димензија .....	462
2.4.1. Методологија утврђивања консумптивности .....	470
2.5. Фактори детерминације .....	476
2.5.1. Криминолошко–вредносне релације .....	480
2.5.1.1. Критеријум регуларности .....	481
2.5.1.2. Критеријум „безначајности“ .....	487

2.5.2. Функционално–вредносне релације .....	490
3. Феноменолошка димензија .....	495
3.1. „Типична пратећа“ дела (симултана реализација) .....	500
3.2. Претходна некажњива дела .....	506
3.3. Накнадна некажњива дела .....	510
IX ПОГЛАВЉЕ .....	523
АЛТЕРНАТИВИТЕТ .....	523
1. Фундаменталне поставке .....	524
1.1. Опште карактеристике настанка и развоја .....	524
1.2. Правна природа алтернативитета .....	525
1.3. Начелна утемељеност .....	529
1.4. Домашај алтернативитета .....	531
1.4.1. Питање правне (не)аутономије .....	532
1.4.2. Место алтернативитета у теорији привидног стицаја .....	535
2. Концептуална одређења .....	536
2.1. Доктринарне дефиниције .....	538
2.2. Модели алтернативитета .....	540
2.2.1. Биндингов модел .....	541
2.2.2. Хонигов модел .....	543
2.3. Материјална димензија алтернативитета .....	544
3. Феноменолошка димензија алтернативитета .....	547
3.1. Теоријске класификације .....	547
3.1.1. Алтернативитет самосталних инкриминација .....	550
3.1.2. Алтернативна обележја истог кривичног дела .....	555
4. Алтернативитет у поступку квалификације .....	559
4.1. Решавање проблема алтернативитета .....	561
4.1.1. Криминално–политички критеријуми .....	563
4.1.1.1. <i>Lex gravis derogat legi levi</i> .....	564
4.1.1.2. <i>Lex levis derogat legi gravi</i> .....	565
4.1.2. Суштински (материјални) критеријуми .....	566
4.1.2.1. Правило релативне индиферентности .....	566
4.1.3. Критеријуми <i>de lege ferenda</i> .....	571
4.1.3.1. Правило преферентности .....	571
4.1.3.2. Корективни механизми .....	573
X ПОГЛАВЉЕ .....	575
ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ .....	575
1. Фундаменталне поставке .....	577

1.1. Опште карактеристике.....	577
1.2. Законска и доктринарна утемељеност .....	580
1.3. Фактори од утицаја на правне последице.....	581
2. Модели кривичноправног третмана.....	582
2.1. Опште карактеристике (стриктни и релативни ексклузивитет).....	583
2.2. Стриктни ексклузивитет привидног дела .....	584
2.3. Релативни ексклузивитет .....	587
2.4. Модалитети утицаја привидног дела .....	591
3. Утицај привидног дела на главну казну .....	594
3.1. Утицај на утврђивање казне (казнени распон).....	596
3.1.1. Ограничење посебног минимума.....	597
3.1.2. Акцесорне последице и мере безбедности .....	599
3.2. Утицај на конкретну казну .....	600
3.2.1. Утицај на одмеравање казне и забрана двоструког вредновања .....	601
4. Секундарна примена привидног дела .....	604
4.1. Материјални разлози.....	607
4.2. Процесни разлози.....	608
4.3. Условљеност принципима решења .....	609
5. Одговорност саучесника .....	610
6. Однос са идеалним стицајем.....	612
XI ПОГЛАВЉЕ .....	616
ФЕНОМЕНОЛОШКА ДИМЕНЗИЈА .....	616
1. Опште карактеристике феноменолошке димензије .....	617
2. Категоризација феноменолошких облика .....	618
2.1. Конфликт између норми општег дела кривичног права .....	621
2.2. Конфликт између норми општег и посебног дела кривичног права.....	623
2.3. Конфликт између норми посебног дела кривичног права .....	626
3. Спорна питања квалификације .....	627
3.1. Стицај квалификоване и привилеговане инкриминације.....	628
3.2. (Квалификовани) покушај и довршено основно кривично дело .....	630
3.2.1. Хомогене квалификације.....	632
3.2.2. Хетерогене квалификације .....	633
3.3. Деликти апстрактне опасности и деликти повреде .....	636
4. Сукоб норми посебног дела кривичног права.....	640
4.1. Кривична дела против живота и тела и привидни идеални стицај .....	641
4.2. Кривична дела фалсификовања и привидни идеални стицај.....	650
4.3. Кривична дела против службене дужности и привидни идеални стицај .....	661

4.4. Кривична дела против привреде и привидни идеални стицај .....	666
4.5. Кривична дела против правосуђа и привидни идеални стицај.....	669
4.6. Кривична дела против имовине и привидни идеални стицај .....	673
4.7. Кривична дела против полне слободe и привидни идеални стицај .....	675
4.8. Кривична дела против слобода и права човека и грађанина и привидни идеални стицај .....	678
4.9. Кривична дела против здравља људи и привидни идеални стицај .....	682
4.10. Кривична дела против брака и породице и привидни идеални стицај .....	684
ЗАКЉУЧАК.....	686
БИБЛИОГРАФИЈА.....	695



## УВОД

Поступак квалификације, оличен у подвођењу забрањеног понашања под норме позитивног кривичног законодавства, из којег произлазе одговарајуће правне последице, условљен је комплексним релационим односима између концепата јединства и плуралитета кривичних дела. Заправо, у самом средишту таквог поступка, налази се проблематика утврђивања услова примене правила о стицају, која се супротстављају унитарној квалификацији, као својеврсном нормативу и почетној хипотези у утврђивању примењивих законских норми. Практични аспекти описане диференцијације, огледају се у другачијим правилима одмеравања казне за дела у стицају, чиме се задира у низ суштинских начела кривичног права и потребе успостављања равнотеже између њих.

У таквом склопу утемељујућих фактора квалификације, институт привидног идеалног стицаја, односно (привидног) стицаја закона, појављује се као средишња категорија, која повезује манифестације јединства и плуралитета кривичних дела, конфигуришући јединствени мешовити концепт са особеним правилима детерминације. Основна карактеристика такве правне фигуре, схваћене у генералном смислу као интерпретативно–стицајни правни феномен, огледа се у њеној мултидимензионалности и специфичној правној природи, која обезбеђује прожимање различитих сегмената теорије кривичног права и настоји да помири захтеве опонентних начела у примени норми кривичног права.

Конструкција привидног идеалног стицаја је примарно правног карактера, тачније представља продукт доктрине, са наглашеним криминално–политичким утемељењем, и у већини савремених законодавстава нема упориште у виду изричитих регулаторних одредби. Њена фундаментална утемељеност у кривичном праву, заснована је на идеји о особеној врсти јединства, која под одговарајућим условима искључује примену правила стицаја и њему својствених правних последица. Срж проблематике изучавања поменутог института исцрпљује се управо у утврђивању специфичних релационих односа између више формално реализованих правних концепата, из којих се изводе правила о искључењу плуралитета кривичноправног вредновања.

Тако одређена материјална димензија института представља једно од најкомплекснијих, а уједно и најважнијих питања у поступку квалификације. Примена ових правила захтева познавање целокупне материје како општег, тако и посебног дела кривичног права, као и синтезу њихових особених законитости.

Међутим, на комплексност услова утврђивања привидног идеалног стицаја, надовезују се и проблеми формалистичке природе, оличени у претпоставкама конфигурације јединства радње (понашања), које се захтевају за његово постојање. Заправо, хипотеза о брисању стриктних граница између јединства и плуралитета радње и постављање особеног функционалног правног концепта јединства карактеристичног за материју привидног стицаја, од које смо и пошли у нашем раду, поништавајући дистинкцију између термина привидни идеални стицај и привидни стицај закона, представља једно од суштинских питања у овој материји. Наиме, тиме се разматрани институт конфигурише на основи особеног јединства, који је повезан и са суштинским условима његове примене, чиме се релативизује поступак утврђивања јединства радње, иначе карактеристичан за традиционалну диференцијацију између привидног идеалног и привидног реалног стицаја. На тај начин, у први план се ставља поступак разграничења између понашања које захтева плуралистичко вредновање засновано на примени правила стицаја, односно свих формално реализованих

инкриминација, наспрам оних утемељених на унитарној оцени. Најзначајнија практична последица оваквог резоновања, огледа се у могућности конфигурације „јединства понашања“, неопходног за квалификацију привидног идеалног стицаја чак и у случајевима плуралитета радње у стриктном смислу, што се односи на феноменолошке манифестације претходних и накнадних некажњивих дела. Наиме, њихово подвођење под правила института, утемељено је превасходно на испуњености услова тако схваћеног јединства, које је првенствено функционално–вредносног карактера.

Из овако одређених поставки разматраног института, произлази кључни и суштински проблем теорије (привидног) стицаја закона, оличен у критеријумима његовог разграничења од манифестација аутентичног стицаја, али и правила решавања колизије са другим особеним облицима јединства кривичног дела. На то се надовезују параметри његове индивидуализације у домену избора правног концепта који ће бити носилац квалификације у конкретном случају, што је уско повезано са учењем о логичко–вредносно–функционалним релационим односима између законских норми, релевантним за успостављање јединства кривичног дела, односно потискивање једне инкриминације на рачун друге. Иза примене ових правила, крије се потреба за заштитом фундаменталних начела кривичног права, од којих предњачи принцип забране двоструког вредновања (*ne bis in idem*), схваћен у материјалном смислу.

Принципи индивидуализације се иначе у доктрини постављају као централни правни концепти теорије привидног стицаја, због чега се често и поистовећују са самим институтом, односно истичу као феноменолошки облици испољавања истог, кроз које се исцрпљује његов целокупни материјални садржај. Стога, разматрање привидног идеалног стицаја, нарочито у домаћој доктрини, своди се управо на учење о њиховим законитостима. Ипак, иза конфигурације ових појмовних категорија, стоји комплексна проблематика њихове правне природе и домашаја. Наиме, за теорију привидног стицаја је релевантан како њихов број, тако и начин поимања улоге истих у поступку квалификације. Иако је тачно да могу донекле одредити феноменолошки домашај привидног идеалног стицаја, могло би се рећи да доминира њихова улога средстава за решавање конфликта између законских норми, уколико је претходно, применом критеријума диференцијације, установљено да нису испуњени услови стицаја, већ да је потребно применити правила привидног стицаја. Управо на тај начин би требало схватити њихову улогу у поступку квалификације, а самим тим и однос са феноменолошким манифестацијама института, које се издвајају као особена категорија, односно продукти примене поменутих средстава интерпретације.

Број прихваћених принципа решења, условљен је супротстављањем монистичких и плуралистичких концепција, што се своди на фактор евентуалне унификације основа примене правила преферентности. Међутим, иако се наизглед чини да су ова два приступа утемељена на потпуно другачијим поставкама, ретки су чисти монистички модели, чији би главни ефекти заправо требало да се огледају у ограничењу домашаја института привидног идеалног стицаја. С друге стране, оно што се постигло типичним монистичким концепцијама, јесте проста измена поставки правила плуралистичких система, у виду проширења предуслова констатације привидног стицаја. У практичном смислу, то се своди на одабир једног од принципа, најчешће специјалитета, чије се законитости проширују на традиционалне случајеве других параметара индивидуализације, који су раздвојени у класичним моделима.

Стога, сматрамо да је адекватнији приступ утемељен на плуралистичким моделима, који се традиционално свде на правила специјалитета, супсидијаритета, консумпције и алтернативитета. Ипак, постоје одређене особености у поставкама алтернативитета, из којих произлази да је његово конципирање као једног од принципа индивидуализације привидног стицаја, условљено постављањем посебних правила, детерминисаних управо прихватањем својеврсних стицајних ефеката института. У сваком случају, поћи ћемо од хипотезе

традиционалног модела, оличеног у дефинитивном прихватању специјалитета, супсидијаритета и консумпције као релевантних принципа индивидуализације, а у складу са одговарајућим корективним механизмима, чак и алтернативитета, који по својој правној природи не садржи суштински условљена правила преферентности, заснована на посебним релационим односима између конфликтних инкриминација.

Када је реч о феноменолошкој димензији института привидног идеалног стицаја, треба имати у виду и да се ради о комплексном скупу особених манифестација конфликта између законских норми, који се решавају управо применом правила прихваћених принципа решења, али у односу на њих представљају појмове вишег нивоа.

Стога, критеријуми диференцијације од облика аутентичног стицаја и параметри индивидуализације института, отелотворени у принципима решавања конфликта између законских норми, који су у функцији заштите, на првом месту, начела забране двоструког вредновања, фигурирају као кључни сегменти, односно предмет теорије привидног стицаја. Претпоставке адекватног спровођења наведена два поступка који чине компоненте учења о институту, подразумевају јасно утврђивање домашаја привидног идеалног стицаја у формалистичком смислу, као и познавање материје стицаја, укључујући и конкретна позитивноправна решења у овој области.

Ово је превасходно релевантно због ефеката примене института у пракси, који су директно условљени схватањима о правној природи идеалног стицаја, односно формулисања његових последица у конкретном позитивноправном систему, нарочито у компарацији са реалним стицајем. Наиме, иако привидни идеални стицај суштински не представља примарно концепт теорије казне, с обзиром на његову позиционираност у оквирима опште теорије кривичног права, специфичности примене ових правила се огледају управо у диференцирању његових и казних ефеката манифестација аутентичног стицаја. Стога, изостанак њему особених правних последица произлази, између осталог, и из конкретног приступа у квалификацији привидног идеалног стицаја, детерминисаног ситуационим околностима под којима се констатује такав облик јединства између два правна концепта. Ово нарочито важи за феноменолошке манифестације института које су засноване на функционално–вредносним релацијама између норми, где углавном постоји изостанак стриктно логичких спона, неопходних за апстрактно постављање предуслова констатације привидног идеалног стицаја. Тако, за разлику од специјалитета као принципа решења конфликта између законских норми, који унапред утврђује примат специјалног правног концепта и његову искључиву примену, то се не би могло рећи за неке од типичних примера консумпције, а још мање за случајеве алтернативитета, где ће чак и избор преферентне инкриминације бити условљен релативним факторима.

Имајући у виду наведене карактеристике института, јасно је због чега је теорија привидног стицаја област деловања комплексних правила и законитости, које захтевају вишедимензионални приступ у постављању теоријских оквира примене ове комплексне правне фигуре. Управо полазећи од такве претпоставке смо и конципирали садржај нашег рада, настојећи да обухватимо све релевантне сегменте института, неопходне за његово целовито сагледавање са теоријског аспекта, што је предуслов ефикасне примене истог у пракси и разрешења бројних недоумица са којима се судска пракса сусретала у образложењу одлука у овој материји.

Пре истицања структуралних сегмената које сматрамо релевантним за остваривање поменутог циља, неопходно је указати на још неколико прелиминарних хипотеза, у вези кључних питања у овој области, од чијег потврђивања ће и зависити доношење адекватних закључака.

Пре свега, важно је напоменути да правила привидног идеалног стицаја фигурирају у свакој одлуци у кривичноправној материји, што може бити мање или више очигледно.

Овакво глобалистичко поимање значаја института, иако се то изричито не наглашава, проистиче из околности да сваки поступак квалификације подразумева оцену (не)испуњености услова јединства вредновања, карактеристичног за привидни идеални стицај. То значи да свака примена кривичноправних норми на реализовано забрањено понашање, представља *потенцијални проблем теорије привидног стицаја*. Ипак, предмет интересовања теоретичара у изучавању института су превасходно спорни случајеви, који се махом односе на проблематику разграничења од аутентичног стицаја, а у нешто мањој мери и границе између принципа коришћених у избору преферентне инкриминације.

Овакво резонавање указује на неколико кључних закључака. Пре свега, из констатације о неопходности уважавања правила привидног идеалног стицаја у сваком поступку квалификације, произлази значај овог института у материји кривичног права, што би требало посматрати кроз призму томе својствених правних ефеката, односно практичних аспеката његове диференцијације од аутентичног стицаја. Осим тога, таква концепција говори у прилог једној од хипотеза од којих смо пошли, а то је да феноменолошка димензија привидног идеалног стицаја представља неограничени скуп могућих комбинација испољавања релационих односа између релевантних правних концепата, што захтева апстрактно–конкретни методолошки приступ у њиховом тумачењу. Од тога треба разликовати правила за решавање конфликта између њих, који се у савременој теорији исцрпљују кроз плуралистичке системе, оличене у класичним принципима специјалитета, супсидијаритета, консумпције и алтернативитета, на темељу чијих поставки се врши индивидуализација квалификације, односно избор преферентне инкриминације у случају различитих феноменолошких манифестација привидног идеалног стицаја.

Релативност правила квалификације, као и превласт конкретног приступа у оцени испуњености услова примене института, у први план ставља критеријуме његове диференцијације од аутентичног стицаја, пре свега идеалног.

Поред формалистичких аспеката поступка квалификације, утемељених на избору преферентне инкриминације као носиоца квалификације, где кључну улогу имају принципи решења, схваћени не као феноменолошки облици испољавања привидног идеалног стицаја, већ као правила за решавање конфликта између законских норми, односно принципи индивидуализације, следећа релевантна димензија института, односи се на правне последице његове примене у смислу казних ефеката. Ради се о једном од најкомплекснијих питања у овој материји, где највише долазе до изражаја опонентни приступи о стицајном или интерпретативном карактеру разматране правне фигуре. Стога, срж разматрања ове димензије привидног стицаја, односи се на супротстављена схватања о његовој правној природи, која су се у теорији искристалисала кроз стицајни или интерпретативни приступ. Заправо, овај аспект привидног стицаја утиче и на друге релевантне сегменте његовог изучавања, укључујући методолошке аспекте поступка квалификације, домашај принципа индивидуализације, па чак и саму појмовну и терминолошку конфигурацију. Међутим, најизраженије дејство остварује управо у домену правних последица, где се испољава и највећи значај такве дистинкције, имајући у виду да је реч о области у којој се у највећој мери успоставља разграничење у односу на манифестације аутентичног стицаја.

Наиме, прихватање одређених стицајних ефеката код привидног идеалног стицаја, подразумева да се у утврђивању коначних правних последица, уважавају пенолошки фактори карактеристични за форме аутентичног стицаја, што поред утицаја привидног дела на главну казну, односно њен распон, укључује и споредне санкције, односно могућности његове секундарне примене. Иначе, могуће је извесно степеновање у погледу сагледавања утицаја привидног правног концепта на коначан исход опредељења за примену конструкције привидног идеалног стицаја, које се креће између потпуног изједначавања са аутентичним стицајем, до негирања било каквих стицајних ефеката. У другом случају, реч је о свођењу

института на интерпретативни проблем постављања граница између правних концепата, који се решава применом метода тумачења.

Ипак, насупрот стриктном опредељењу за једно од описаних опонентних приступа, сматрамо да постоји могућност балансирања између супротстављених захтева једне и друге варијанте, што подразумева специфичан приступ, утемељен на двострукој правној природи института. Ово је и хипотеза од које смо пошли у нашем раду, а подразумева да се искључују једнострана опредељења о правном карактеру института, односно његовом искључивом поимању као стицајног или интерпретативног проблема. Наиме, постоји одређени домен у којем је могуће постићи равнотежу између супротстављених гледишта, што укључује и јединствени склоп томе одговарајућих правних последица, у зависности од конкретне феноменолошке манифестације ове правне фигуре. Тако, неки случајеви ће захтевати потпуно одбацивање ефеката привидног дела, будући да би то било у супротности са водећим принципима на којима се темељи примена института, попут забране двоструког вредновања истих околности, док ће, насупрот томе, у другим бити неопходно управо описано двоструко вредновање, како би се остало у границама водећих принципа.

Међутим, за доношење коначних закључака о аутентичним практичним ефектима примене института привидног идеалног стицаја, морају се узети у обзир позитивна законодавна решења у материји аутентичног стицаја, што укључује питање правног третмана идеалног, наспрам реалног стицаја, а уско је повезано и са начином поимања правне природе идеалног стицаја. То је разлог зашто су ова кључна питања материје стицаја и начин њиховог разрешења у конкретном законодавству, почетна и нужна претпоставка за разумевање нашег института. Наиме, у законодавним системима, попут немачког, који идеални стицај конфигуришу на основи својеврсног јединства дела, диференцирајући га од реалног, примена принципа комбинације у оба случаја, доводи до брисања граница са правном фигуром привидног идеалног стицаја, што се није догодило у системима попут нашег, који полазе од уједначеног третмана идеалног и реалног стицаја.

Према томе, једно од најзначајнијих питања у области изучавања института привидног идеалног стицаја, тиче се управо његове суштинске правне природе, која представља полазну претпоставку и услов за адекватно поимање свих осталих релевантних аспеката, укључујући и само терминологско одређење изучаване правне фигуре, место у систему кривичног права, али и начин спровођења диференцијације од сродних правних концепата. Све то заједно, на практичном плану треба да допринесе дефинитивном прецизирању категорија феноменолошке димензије института, начину примене принципа решавања евентуалних сукоба кривичноправних норми, као и дефинисању критеријума диференцијације, а самим тим и свеукупним правним последицама у области примене кривичних санкција. Стога, свако од поменутих питања, које смо препознали као сегменте, односно елементе концепта привидног идеалног стицаја у материји кривичног права, заправо се заснива на две различите хипотезе о његовој правној природи и условљено је начином приступања решавању проблема у једној и другој варијанти, на општем и индивидуалном плану. Међутим, иако на први поглед изгледа да су ове две опонентне теорије о стицајном и интерпретативном карактеру института међусобно искључујуће, ипак нам се чини да се до исправног пута у процесу квалификације неког понашања као одређеног кривичног дела, може доћи једино уз уважавање, како правила процеса тумачења, тако и незаобилазног питања међусобног односа две законске норме чија примена долази у обзир, са аспекта паралелног постојања на једном апстрактном нивоу.

На крају, важно је напоменути и да је хипотеза о двострукој правној природи разматране правне фигуре, остварила реперкусије и на терминологске одреднице у овој материји, односно условила одређене појмовне, али и методолошке конфликти у поступку квалификације.

Резимирајући поменута кључна питања и одговарајуће суштинске хипотезе, на којима се по нашем мишљењу темељи њихово решавање, може се закључити да су предмет, метод и циљ нашег рада подређени управо њиховом решавању, односно потврђивању. Пре свега, комплексност и мултидимензионалност института привидног идеалног стицаја, одређује широко дефинисан предмет изучавања, оличен у разматрању његове правне природе, улоге у систему кривичног права и фундаменталних начела на којима се темељи његова примена, док се као централна тачка могу издвојити критеријуми диференцијације од манифестација аутентичног стицаја, односно принципи решења коришћени у поступку индивидуализације и решавању конфликта између законских норми.

Ово је уско повезано са циљем који настојимо постићи путем тако одређеног предмета изучавања, што подразумева како утврђивање домашаја ове правне фигуре у односу на форме аутентичног стицаја и друге облике јединства кривичног дела, односно што је могуће јасније постављање критеријума њихове диференцијације, тако и прецизно детерминисање садржаја правила индивидуализације, схваћених као *принципи решавања конфликта* између законских норми. Од адекватности одговора на ове захтеве, зависиће и могућност прецизног дефинисања феноменолошке димензије привидног идеалног стицаја, а самим тим и допринос судској пракси у постизању већег степена ефикасности у поступку квалификације, нарочито када је реч о спорним, граничним случајевима.

У остваривању тог циља, користићемо мултидимензионални приступ, што укључује, између осталог, примену историјскоправног, компаративноправног, односно догматског и емпиријског метода, који се прожимају у свим сегментима разматрања института.

Поменути теоријском проблемима ћемо приступити кроз издвојене структуралне целине, подељене на једанаест поглавља, са особеним подцелинама које се односе на релевантна питања предмета изучавања.

У првом поглављу, које носи назив „Појам и улога привидног идеалног стицаја“, указаћемо на суштинске аспекта настанка и развоја института, начин његовог одређења и позиционирања у савременом кривичном праву, паралелно са факторима који су условили тенденције његовог успостављања као аутономне правне фигуре. То је детерминисано и разматрањем кључних функција, односно улога које му се приписују у поређењу са сродним правним концептима, а истовремено представља и прву област утицаја дистинкције стицајног и интерпретативног приступа изучавању института.

„Фундаменталне поставке“, као следећа структурална целина, односи се на концепције о правној природи привидног стицаја закона, базиране на разликовању стицајног и интерпретативног карактера института, сегментима њиховог утицаја на различите димензије института, као и основна начела на којим се темељи увођење и оправдање овог правног концепта у теорији кривичног права. То је, између осталог, од значаја и за постављање основа успостављања разграничења од манифестација аутентичног стицаја и других облика јединства.

Треће поглавље, под називом „Претпоставке теоријског разматрања института привидног идеалног стицаја“, у садржајном смислу представља првенствено осврт на конфигурацију правила теорије стицаја, чије је разумевање од кључног значаја за дефинисање опсега привидног идеалног стицаја, али и његових правних последица, у поређењу са манифестацијама аутентичног стицаја са једне, односно других облика јединства кривичног дела, са друге стране.

На ову структуралну целину се надовезује и проблематика „Теорије домашаја привидног (идеалног) стицаја“, што је назив следећег поглавља, које паралелно са претходна три, заокружује прелиминарно разматрање основних поставки института, а односи се на формалистичке аспекте његове констатације, оличене у начину поимања услова јединства радње захтеваног у његовој конфигурацији. Циљ овог сегмента рада, односи се на

сагледавање домашаја института са аспекта дистинкције на релацији јединство – плуралитет радње, што директно утиче на утврђивање броја његових феноменолошких облика, али и опсег појединих принципа решења који се користе за решавање конфликта између законских норми.

Срж изучавања института (привидног) стицаја закона, огледа се у правилима спровођења поступка квалификације, што поред критеријума диференцијације од манифестација аутентичног стицаја, пре свега идеалног, као и других граничних концепата, подразумева и поставке одговарајућих принципа индивидуализације, тачније принципа за решавање конфликта између законских норми. Стога, поглавље „Привидни идеални стицај у поступку квалификације“ и поглавља са називима појединачних принципа за које смо се определили у утврђивању преферентности једног правног концепта у односу на други – „Специјалитет“, „Супсидијаритет“, „Консумпција“ и „Алтернативитет“, морају се обједињено посматрати, а карактерише их управо међусобна условљеност. Њихово утемељење делује у складу са хипотезом о прихватању плуралистичких модела, карактеристичних за класичне системе, уз наглашавање особености принципа алтернативитета, који захтева корективне механизме стицајног карактера у циљу деловања у поменутој улози.

Поглавље „Правне последице“, односи се на синтезу специфичних феноменолошких ефеката, карактеристичних за манифестације привидног идеалног стицаја, у компарацији са облицима јединства кривичног дела и аутентичног стицаја.

На крају, у последњем поглављу, које носи назив „Феноменолошка димензија“, настојаћемо да сва претходно обрађена правила и законитости института прикажемо на конкретним облицима његовог испољавања, у складу са хипотезом да се не могу унапред утврдити све могуће феноменолошке манифестације истог, с обзиром на велики број комбинација релевантних релација између инкриминација у конкретном законодавству, на чијем темељу се врши квалификација привидног идеалног стицаја. Стога, ограничићемо се на најспорније случајеве издвојене у теорији и судској пракси, разматрајући начине на које су доктрина и јуриспруденција одговориле на постављене проблеме, уз изношење предлога за њихово решавање.

## I ПОГЛАВЉЕ

### ПОЈАМ И УЛОГА ПРИВИДНОГ ИДЕАЛНОГ СТИЦАЈА

Мултидимензионалност института привидног идеалног стицаја, односно привидног стицаја закона, одражава се пре свега на плану његовог појмовног одређења, где се доктрина суочава са тешким задатком да адекватно одговори на захтеве праксе за прецизним одређењем услова и опсега примене једне од најкомплекснијих правних фигура у кривичном праву.

Такав изазов, праћен је мноштвом различитих приступа његовом изучавању, који не полазе увек од истоветних полазних претпоставки, нарочито када је реч о односу са концептом аутентичног стицаја. На првом месту, питање правне природе директно усмерава начин утврђивања суштинских компонената једне оперативне дефиниције разматраног института и посредно упућује на исход кривичноправног третмана који му се приписује. Осим тога, проблеми оправданости и услова примене конкретног правила, са огромним утицајем на исход квалификације и кривичну одговорност учиница, несумњиво представљају питања која теоретичар мора имати на уму приликом приступања његовом концептуалном одређењу.

Сходно томе, начин теоријског одређења института, директно утиче на поимање његовог материјалног садржаја и кључних компоненти, односно може се рећи да су ова два питања реципрочно условљена и комплементарна. То нас доводи до закључка да је адекватно појмовно одређење привидног идеалног стицаја, први корак и полазна основа за решавање важних практичних проблема који се тичу аспеката његове примене. Исто важи и за термилошке дилеме, односно питање позиционирања у систему кривичног права, као и улоге која му се приписује у поступку квалификације.

Концептуално одређење института привидног стицаја у оперативном смислу, у савременој доктрини, утемељено је превасходно на негативној претпоставци постојања аутентичног стицаја, што практично подразумева да иако су на конкретну чињеничну ситуацију формално примењива законска обележја више кривичних дела, деловање његових правила у светлу међусобних релација између законских норми, искључује примену више од једног правног концепта.<sup>1</sup> То се, према владајућој концепцији у домаћој доктрини, односи како на случајеве када је до остваривања обележја више кривичних дела дошло предузимањем једне, тако и више радњи извршења.<sup>2</sup>

Осим тога, за доктринарно устоличење института, од значаја је и начин поимања његове правне природе, што између осталог, укључује и учење о стицају кривичноправних

---

<sup>1</sup> Н. Мрвић Петровић, *Кривично право – опити део*, Службени гласник, Београд 2017, 231. Исто тако, и у италијанској доктрини се указује да се феноменологија стицаја норми креће дуж суптилне линије која раздваја реалитет од привидности, односно аутентични стицај од привидног. Вид. Т. Guerrieri, *Studi monografici di diritto penale. Percorsi ragionati sulle problematiche di maggiore attualità*, Halley Editrice 2007, 309.

Овакав закључак се приписује фактичкој околности преплитања обележја законских описа кривичних дела у позитивном законодавству, које доводи до симултане реализације више различитих инкриминација. Вид. И. Вуковић, *Кривично право – опити део*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2022, 341.

<sup>2</sup> С. Вуковић, Г. Станојчић, *Коментар Кривичног законика: са судском праксом, регистром појмова и табеларним приказом свих кривичних дела*, Пословни биро, Београд 2015, 102.

У том светлу, диференцирају се манифестације привидног идеалног и привидног реалног стицаја. Вид. Љ. Лазаревић, Н. Срзентић, А. Стајић, *Кривично право Југославије – Опити део*, Савремена администрација, Београд 2000, 170.



норми као несавршенству кривичноправног регулисања<sup>3</sup>, у чему се може тражити и основ његовог фундаменталног утемељења. У сваком случају, као полазна тачка у одређењу појма института привидног стицаја, појављује се питање да ли у поступку квалификације судија треба да задржи све примењиве диспозиције, или је пак његов исход условљен уважавањем само једне од њих<sup>4</sup>, што одговара и концепцији о везивању теорије стицаја закона за област изучавања ограничења примене једне норме у односу на другу.<sup>5</sup>

Управо је ово кључно питање условило најдоминантније доктринарне дефиниције института, које полазе од његове детерминације на темељу искључења стицаја формално реализованих инкриминација. Такође, од ове полазне тачке ће зависити и други кључни аспекти примене института, превасходно начин избора преферентне инкриминације која се сматра носиоцем квалификације.

У том смислу, на самом почетку разматрања овог правног феномена, као репрезентативна се може навести дефиниција према којој у случају привидног идеалног стицаја, иако су остварена обележја више кривичних дела, неће доћи до примене правила стицаја, већ се узима да је реализовано само једно кривично дело.<sup>6</sup> Међутим, морамо бити опрезни у одређењу за посредно дефинисање института са аспекта ефеката које исти проузрокује на релацији са манифестацијама аутентичног стицаја, будући да овакве дескриптивне дефиниције не пружају допринос утврђивању суштинских карактеристика наведене правне фигуре. Осим тога, иза њих се крију бројне дилеме у погледу кључних детерминишућих одредница института, које су предмет полемике у доктрини и тек треба да буду решене, почев од његове правне природе, преко термилолошких одређења, домашаја и фактора детерминације. Стога, већ приликом самог појмовног одређења поменутог правног концепта, наилазимо на мноштво варијабилних параметара, који утичу на његове основне поставке и позиционирање у односу на друге сродне правне фигуре. Ако се томе дода и околност да привидни идеални стицај не представља примарно законодавну конструкцију, а опет директно утиче на квалификацију забрањеног понашања, и што је још важније и на повлачење устоличених правила одмеравања казне, јасно је због чега је проблематика његовог теоријског конципирања била камен спотицања у доктрини, која је изнедрила бројна контрадикторна решења овог важног питања.

У сваком случају, иако се са историјскоправног и позитивноправног аспекта, сусрећемо са релевантним законским одредбама које се односе на ово важно питање, имајући у виду њихова ограничења и недовољну прецизност, ипак се привидни идеални стицај може првенствено декларисати као доктринарна фигура, великог практичног значаја за систем кривичног права, што имплицира ослањање на закључке теорије и неопходност усаглашавања са савременим тенденцијама његовог развоја.

Водећи се закључком да је проблематика његовог појмовног одређења мултидимензионалног карактера, у најопштијем смислу, може се поћи од утврђивања привидног идеалног стицаја као *општег института кривичног права, чија је улога да у*

---

<sup>3</sup> А. М. Климанов, „К вопросам квалификации преступлений при конкуренции уголовно – правовых норм“, *Взаимодействие науки и общества: Проблемы и перспективы, Сборник статей Международной научно - практической конференции, Часть 3* (ed. С. А. Альбертович), Волгоград 2016, 125.

<sup>4</sup> С. Marie, *Droit pénal général*, Hachette Supérieur, Paris 2005, 55. Као пример се наводи случај извршиоца кривичног дела крађе који сакрије украдени предмет, где је искључена његова симултана одговорност за крађу и прикривање. Тако и З. Стојановић, „Привидни идеални стицај кривичних дела“, *Ревизија за криминологију и кривично право* 3/2009, 12.

<sup>5</sup> А. Pagliaro, *Il diritto penale fra norma e società*, Giuffrè Editore, Milano 2009, 235.

<sup>6</sup> З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд 2021, 304.

Тако, указује се и да је са аспекта примене кривичноправних одредби, релевантно само једно проузроковање. Вид. Ј. Ђ. Таховић, *Коментар Кривичног законика*, Савремена администрација, Београд 1956, 185.

поступку квалификације искључи плуралитет кривичних дела, по основу особених односа између две или више појединачних инкриминација чија примена долази у обзир.

Сваки од елемената наведене дефиниције захтева особено разматрање, односно тумачење домаћаја законитости на које се односи, а може се сагледати искључиво кроз призму релевантних доктринарних концепција о правној природи института и његовој материјалној димензији, односно факторима детерминације. То је, између осталог, условљено и фазама развоја института, као и његовом сврхом и улогом у поступку квалификације, на релацији јединство – плуралитет кривичних дела.

## 1. ПОРЕКЛО И РАЗВОЈ ИНСТИТУТА

Пре него што приступимо појмовном одређењу нашег института у позитивној и компаративној доктрини, као и у компаративном законодавству, неопходно је указати на корене његовог настанка и основне идејне поставке на којима се темељило његово увођење у систем кривичног права.

Иако је тачно да се развој института (привидног) стицаја закона, везује превасходно за настанак и развој теорије стицаја, као и за повећање броја кривичноправних забрана карактеристичних за период XIX века, који су отворили пут његовој афирмацији у кривичном праву<sup>7</sup>, те да не постоје прецизне детерминанте о његовом прелиминарном утврђивању у овој материји, ипак се могу препознати обриси његовог првобитног устоличења у доктрини, односно у радовима одређених теоретичара.

За првобитну идеју о концепту, чији је задатак био да ограничи квалификацију идеалног стицаја у ситуацијама када нису испуњени услови за симултану примену више реализованих инкриминација, која је настала у другој половини XIX века, заслужан је немачки аутор Меркел (*Merkel*), чији су концепт потом следили и други теоретичари, попут Листа (*Liszt*), Мецгера (*Mezger*) и Биндинга (*Binding*).<sup>8</sup>

У шпанској теорији, интересовање за овај институт, на начин на који се схватао у Немачкој, и поред сличности оба система, јавља се тек 1944. године, увођењем посебне регулаторне одредбе у тадашњем чл. 68 шпанског Кривичног законика, која је, поред тога што је заинтригирала доктринарну мисао са аспекта теорије стицаја закона, ипак сматрана сувишном.<sup>9</sup> То указује да су се првобитни покушаји законског регулисања овог концепта, показали као безуспешни и на крају ипак били потиснути на рачун богатих теоријских концепција о његовој правној природи и улози у систему кривичног права.

---

<sup>7</sup> Ђ. Лазин, *Привидни идеални стицај кривичних дела*, Привредна штампа, Београд 1982, 41 – 42.

<sup>8</sup> Вид. А. R. Alberto Chacon, S. G. Cisco Barraza, F. S. Hernandez Rosales, *La aplicación del concurso aparente de leyes por parte de los operadores del sistema penal Salvadoreño*, Ciudad universitaria, San Salvador 2009, 26. Аутор указује на Меркелову концепцију, изнету у раду из 1871. године, засновану на томе да се идеалном стицају опонирају случајеви простог стицаја више закона, од којих сваки обухвата и регулише конкретно кривично дело, али на један алтернативан начин, тако да се ти закони не могу симултано применити.

Исто тако, у литератури се напомиње да је систематски развој ове материје, започео радовима теоретичара попут Меркела, Лента (*Lent*) и Хонига (*Honig*), иако се одређене примесе могу уочити и у римском праву и у средњем веку. Вид. F. Pavón Vasconcelos, *Concurso aparente de normas*, Editorial Porrúa, Mexico 1998, 58.

<sup>9</sup> J. P. Matus Acuña, „La influencia del prof. Enrique Gimbernat Ordeig en el desarrollo de la teoría del concurso aparente de leyes en España hasta la entrada en vigor del Código penal de 1995“, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat Vol. 2* (ed. C. García Valdés et al.), Edisofer, Madrid 2008, 1283. Иначе, поменута одредба чл. 68 тада важећег кривичног закона, доводила се у везу са применом принципа најтеже казне у решавању проблема привидног стицаја.

Такође, италијанска доктрина се разматрању овог питања посветила у радовима након доношења Кривичног закона из 1930. године.<sup>10</sup> Поред тога, на развој института у италијанској доктрини, извесни утицај је имала и одредба чл. 78 Кривичног законика из 1889. године, која је, слично поменутом решењу из шпанског законодавства, предвиђала примену најтеже казне у случају када се истим понашањем прекрши више диспозиција.<sup>11</sup>

Ипак, немачка доктрина је поставила основне параметре изучавања института<sup>12</sup>, при чему је Меркелова концепција отворила пут другим теоретичарима, који су у наредном периоду, у својим радовима посвећивали пажњу овом правном феномену. Поред немачког, други систем европско–континенталног кривичног права, где имамо можда и најразвијенију теоријску мисао, јесте шпански, који је доста дуго након првобитне појаве концепта почео детаљније да се бави овим проблемом. То је ишло у правцу покушаја да се изричитом законском одредбом регулише поменути институт, и то преко специфичних казних ефеката.<sup>13</sup> Међутим, показало се да овакав утилитаристички приступ не одговара суштини и идејној утемељености новоконструисаног феномена тзв. „стицаја закона“, због чега се одбацује правила најтеже казне појавило као логична последица развоја теоријске мисли о његовом смислу и сврси у систему кривичног права, на начин на који је и био првобитно замишљен и конципиран. Између осталог, то се може приписати и промени схватања о правној природи конфликта између законских норми, који карактерише институт привидног стицаја, односно давању примата другим суштинским критеријумима детерминације јединства кривичног дела, по аналогiji са специјалитетом.

Тако, временом се формирао скуп правила која одражавају суштину теорије стицаја закона, имајући у виду да су се у свакој фази развоја, у складу са захтевима судске праксе, јављала нова питања и проблеми у примени, у односу на поједине његове сегменте. Та схватања су се разилазила, почев од самог терминолошког одређења кључних концепата разматране правне фигуре, преко њеног позиционирања у систему кривичног права, па до начина поимања правне природе.

Свакако, највећу заслугу за формирање и устоличење института су имали немачки теоретичари, а његов развој је прошао кроз неколико фаза, мада се, стриктно гледано, пре може говорити о различитим концепцијама аутора одређеног историјског периода, које су вариране у погледу начина поимања кључних категорија. Уколико као параметар узмемо немачку теоријску мисао, сходно једној од класификација у шпанској литератури која најисцрпније приказује све значајне историјске сегменте института<sup>14</sup>, те фазе се могу

---

<sup>10</sup> Вид. F. Pavón Vasconcelos, 59; A. Z. Schmidt, „Concurso Aparente de Normas Penais“, *RJ* 365/2008, 93. Указује се да је велики број радова у овој области био посвећен пре свега питању односа између кривичних дела преваре и фалсификовања, а као теоретичари који су пружили највећи допринос развоју теоријске мисли, истичу се Батаљини (*Battaglini*), Антолизеи (*Antolisei*), Раниери (*Ranieri*), као и Бетиол (*Bettiol*). Поменути закон из 1930. године, у члану 15 је садржао одредбу која даје примат специјалном закону наспрам општег, у случају када више диспозиција регулише исту материју.

<sup>11</sup> Codice Penale per il Regno D'Italia, *Stamperia Reale*, Roma 1889.

<sup>12</sup> S. R. Diaz, „El Concurso Aparente de Leyes“, *Revista de la Facultad de Derecho de Mexico* 30/1958, 155. Аутор чак указује и да је немачка доктрина дуго била једина која се бавила изучавањем овог проблема.

<sup>13</sup> Одредба чл. 68 шпанског Кривичног законика из 1944. године, прописивала је да ће се у случају дела која се могу квалификовати у складу са два или више концепата предвиђених у закону, применити оно са најтежом санкцијом. Вид. El Código Penal Español de 1944, *Boletín Oficial del Estado*, 13.01.1945, Ministerio de Justicia, 427 – 472.

<sup>14</sup> Вид. J. P. Matus Acuña, „La teoría del concurso (aparente) de leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes hasta el presente – primera parte“, *Ius et Praxis* Vol. 6 2/2000, 295 – 371. Као релевантне фазе развоја теорије стицаја закона у немачкој доктрини, издвајају се следеће: 1) настанак теорије (привидног) стицаја закона – Меркелова концепција и њен догматски пријем; 2) период класичних система; 3) период развоја и консолидације класичних система пре реформе немачког кривичног законодавства, у времену од 1885. до 1953. године; 4) период развоја класичних система током реформе кривичног законодавства, у времену од 1954. до 1970. године; 5) савремени период.

редуковати на три основне: 1) корени настанка и консолидације (предкласични системи); 2) класична фаза; 3) посткласични период и савремена фаза.

### 1.1. Корени настанка и развоја

Адекватно појмовно одређење привидног идеалног стицаја, условљено је претходним разматрањем корена развоја теорије (привидног) стицаја закона, као и њених оригинарних концептуалних поставки. Имајући у виду да је поменута конструкција настала у немачкој доктрини крајем XIX века, анализа основних законитости, као и процеса развоја и модификовања кључних аспеката, везана је за теоријску мисао у том кривичноправном систему, која се појављује као референтна за сва остала тумачења.<sup>15</sup>

Пре званичне појаве Меркелове концепције, на обресе овог института наилазимо чак и у римском праву и средњем веку. Као неке од релевантних максима римског права, које се могу довести у везу са привидним стицајем закона, у литератури се издвајају – *In toto iure generi per speciem derogatur*, као и *Lex consumens derogat legi consumptae*.<sup>16</sup> Међутим и поред ових назнака у правцу прихватања појединих ефеката института каквог данас познајемо, то је било далеко од његовог формалног устоличења, што је и разумљиво, имајући у виду апсолутну превагу принципа „*Quot delicta tot poenae*“ (кумуляцију казни) у римском праву, што је у већој мери почело да се преиспитује тек у средњовековној литератури, у складу са развојем схватања о ресоцијализирајућим ефектима казне.<sup>17</sup>

Седамдесетих година XIX века, Меркел је облицима идеалног стицаја, који подразумева плуралитет повреда законских норми, супротставио доктринарне случајеве тзв. „стицаја закона“, постављених на бази релација специјалитета, тачније односа између генералног (општег) и специјалног закона, формулишући услов да је чињенично стање у потпуности обухваћено само једним од њих (специјалним), чиме су уједно постављени темељи савременој теорији (привидног) стицаја закона.<sup>18</sup> Наиме, као што се може закључити, ради се о идеји стицаја закона заснованог на јединству радње, где се као критеријум дистинкције од идеалног стицаја, издваја покривање целокупне невредности дела само једном од могућих норми. При томе, као једини принцип решења, односно релевантних релација које омогућавају решавање конфликта норми, истиче се специјалитет, тачније однос између општег и специјалног закона. Ова кључна питања која проистичу из наведене концепције, уједно представљају материјалне сегменте института, као предуслова формирања скупа њему припадајућих законитости.

---

<sup>15</sup> *Ibid.*, 296 – 297. Аутор указује да су пре појаве Меркелове конструкције стицаја закона, постојале одређене теоријске идеје, настале средином XIX века, које су претходиле његовом издвајању као посебног института. У питању су концепције о искључењу примењивости једне законске норме наспрам друге, по основу условљености релацијама род – врста, првенствено везане за постојање више разлога за поштравање казне, представљене од стране немачког аутора Гирдса (*Geerds*), као и случајеви реализације више правних концепата истог деликта, односно постојање карактеристика које омогућавају подвођење истог понашања под више међусобно искључујућих законских норми, као схватање које истиче Вачтер (*Wachter*). Практично, може се рећи да су у питању фактори негације стицаја кривичних дела, који нису били обједињени путем јединственог скупа правила особеног института.

<sup>16</sup> F. Pavón Vasconcelos, 57 – 58.

<sup>17</sup> Ђ. Лазин, 40 – 41.

<sup>18</sup> Вид. J. P. Matus Aсућа (2000a), 298. Идеални стицај би, према овој концепцији, постојао онда када су све законске норме неопходне за потпуно обухватање чињеничног стања. Наиме, основна концептуална идеја, сходно Меркеловом схватању, састоји се у томе да стицај закона подразумева да једна или више конкурентних законских норми у потпуности обухватају (прожимају) конкретно дело, за разлику од идеалног стицаја, где је неопходна примена свих формално реализованих инкриминација, како би се обухватио неки чињенични догађај.

У том смислу, Меркелово првобитно одређење института, постављено је са аспекта његовог диференцирања од идеалног стицаја, односно као случај изузетка од ове правне фигуре, где се сматра да постоји обичан „стицај закона“, односно јединствено дело, које подразумева искључење симултане примене законских норми.<sup>19</sup> Већ на самом почетку, очигледно се распознаје централно питање предметне материје, оличено, с једне стране, у правилима диференцирања од облика аутентичног стицаја, а са друге, у неопходности дефинисања правне природе таквог института.

Осим тога, иако ћемо то питање детаљно размотрити у делу рада који се односи на терминолошке аспекте института привидног идеалног стицаја, важно је напоменути да се у Меркеловом одређењу ове правне фигуре, користи израз „стицај закона“, као случај изузетка од идеалног стицаја. Иако је очигледно да према овој првобитној концепцији исти садржајно одговара термину „привидни идеални стицај“, употреба једне или друге одреднице, временом је постало једно од спорних питања у разматрању њима одговарајуће правне фигуре, односно домашаја примене њених правила.

Даљом анализом почетне Меркелове дефиниције, уочава се још једна важна карактеристика института, а то је да су његови темељи били постављени на основама теорије стицаја, појављујући се као изузетак од правила исте, што ће у даљем развоју отворити једну од круцијалних дилема, која се тиче његове правне природе.

## 1.2. Основне карактеристике историјског развоја

Од првобитне концепције, до савремених доктринарних схватања, теорија стицаја закона, прешла је дуг пут и претрпела модификације у скоро свим релевантним сегментима. То је и био разлог појаве различитих варијанти, како њеног терминолошког одређења, тако и целокупне систематике, укључујући и проширење опсега примене института. Варијабилни фактори су се углавном тicali њене правне природе, као и односа са облицима аутентичног стицаја, што се директно одражавало на казнене ефекте али и на појмовно означавање и позиционирање ове правне фигуре у систему кривичног права. Такође, уско повезано са наведеним параметрима, било је и питање броја принципа на којима су засноване релације између законских норми, односни методи решавања конфликта између више примењивих инкриминација, на чему се и заснива подела на класичне (плуралне) и монистичке системе.<sup>20</sup> Од једног монистичког система, у који иначе спада Меркелова оријентација, постепено долази до проширења броја плуралистичких варијанти, као норматива и стандарда његовог одређења.

Овакве тенденције, које заправо указују на нестабилност теоријске мисли у области теорије привидног стицаја, довеле су чак и у новије време, како до редуковања броја принципа решења, тако и до оживљавања монистичких варијанти, утемељених пре свега на специјалитету. Међутим, суштински карактер оваквих промена треба условно схватити, имајући у виду да је сасвим друго питање да ли су таква настојања, везана превасходно за проблематику оправданости принципа алтернативитета, односно садржаја специјалитета схваћеног у ширег смислу, практично уопште довела до било каквих нових решења.

У сваком случају, промене у развоју института током времена, захватиле су све сегменте његовог садржаја. Пре свега, карактеристични су били покушаји да се законско регулисање института доведе у везу са казним ефектима, позивајући се на одређене

---

<sup>19</sup> Вид. М. А. Arce Aggeo, *Concurso de delitos en materia penal*, Editorial universidad, Buenos Aires 1996, 159.

<sup>20</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 296.

захтеве и принципе кривичног права, у складу са настојањима да се проблем реши позивањем на правило најтеже казне.<sup>21</sup>

Историјски приступ разматрању института привидног стицаја закона, односно привидног идеалног стицаја, представља комплексан задатак који захтева изучавање свих релевантних суштинских сегмената поменуте правне фигуре, у односу на појединачне компоненте њеног материјалног садржаја. То укључује питања терминологије и места у систему кривичног права, правне природе, теорија домашаја, броја и опсега примене принципа решења, као и критеријума дистинкције од аутентичног стицаја. Промене начина поимања ових кључних концепата, лишене су стриктних законитости и попут самог института, захтевају изучавање на појединачном плану. То је између осталог последица његовог практично чистог доктринарног карактера.

Стога, треба имати у виду да је тешко направити једну хронолошки релевантну слику настанка и развоја института, пре свега из разлога што би то захтевало разматрање сваког појединачног доктринарног гледишта у различитим временским периодима, а које иначе карактерише разноврсност и неуједначеност у решавању суштинских питања. Сходно томе, не може се говорити о детерминисаним фазама историјског развоја, што је и логично, имајући у виду доктринарни карактер института и чињеницу да је сваки теоретичар имао особени приступ његовом изучавању, мада се из одређених концепција, уочавају теоријски елементи који су временом препознати као релевантни.

Један од најисцрпнијих прегледа историјског развоја у шпанској доктрини, проблему приступа управо са наведеног аспекта, полазећи од најрепрезентативније, немачке доктрине. У раду шпанског аутора Матус Акуње (*Matus Acuña*)<sup>22</sup>, указује се на неколико фаза у развоју теорије привидног стицаја закона, почев од Меркеловог првобитног концепта, преко класичних система, па до савремених концепција. У том смислу, анализом изнетих доктринарних ставова, уочава се неколико ступњева у оквиру којих су се консолидовала правила стицаја закона. Пре свега, у периоду после почетне концептуализације института, нагласак се ставља на његово издвајање из стицајног режима, као и на истицање кључних феноменолошких облика. У класичним системима, чији је представник Биндинг, формирају се најзначајнији сегменти института, односно овај аутор поставља основ (базу) класичног система привидног стицаја закона, утемељујући га на тзв. *принципима решења*, као правилима избора закона чија примена долази у обзир у конкретном случају (специјалитет, супсидијаритет, консумпција, алтернативитет). Осим тога, као још једна релевантна околност класичног периода, може се издвојити и Биндингово смештање института у домен теорије закона, а не теорије стицаја, што указује на другачије поимање његове правне природе, и то у светлу ограничења домашаја законских описа, а не решавања стицајних проблема. Преостале две фазе развоја на које се указује у поменутом раду, одликује најпре проширење домашаја стицаја закона на случајеве плуралитета радње (претходна и накнадна некажњива дела), а потом и пад класичног система, ограничења домашаја предметне правне фигуре, одбацивање појединих принципа решења, као и консолидација разјашњавајуће функције идеалног стицаја, а самим тим, проширење идеалног на рачун привидног стицаја закона.

Иако подела фаза развоја од које је пошао цитирани шпански теоретичар није апсолутног карактера, свакако је од огромне користи за сагледавање кључних историјских аспеката у изучавању института стицаја закона. Највећи значај је имало Меркелово препознавање ове категорије као концепта особеног кривичноправног и теоријског значаја,

---

<sup>21</sup> То је случај са шпанским законодавством, које је садржало већ поменуту одредбу о решавању конфликта између више примењивих норми применом принципа најтеже казне. Овакву диспозицију, садржану у шпанском Кривичном законнику из 1944. године, савремено шпанско законодавство је задржало као резервни принцип у чл. 8 важећег Кривичног законика.

<sup>22</sup> J. P. Matus Acuña (2000a).

док је његово даље устоличење било предмет бројних дискусија и неусаглашених ставова, карактеристичних и за савремену доктрину.

С друге стране, полазећи од законске утемељености института, имајући у виду да су стриктне регулаторне одредбе, осим у ретким изузецима у компаративном праву (шпанско и италијанско законодавство), изостале, његов развој у овој области се може посматрати само са аспекта већ поменутих диспозиција о принципу најтеже казне, које су изазвале највише полемике, а што је био разлог њиховог изостављања у савременим законима.<sup>23</sup>

## 2. ТЕРМИНОЛОШКА ОДРЕЂЕЊА И МЕСТО У СИСТЕМУ КРИВИЧНОГ ПРАВА

За институт (привидног) стицаја закона, карактеристичне су не само дилеме у погледу правне природе, односно његове фундаменталне условљености, већ и дискрепанција у погледу тога које термилошке одреднице на најадекватнији начин одражавају све његове суштинске аспекте. Комплексност наведеног питања, условљена је околностима које чине материјални садржај ове правне фигуре, као и проблематиком његове правне природе. Стога, једна од карактеристика привидног стицаја јесте реципрочна условљеност и зависност између његових термилошких одређења и самог домашаја института, односно места у систему кривичног права, правне природе и последица (казнених ефеката) које проузрокује.

Пре свега, у погледу домашаја института, карактеристичан је управо однос између термина „(привидни) стицај закона“ са једне и „привидни идеални“, односно „привидни реални“ стицај са друге стране, будући да од усвојене теоријске концепције, зависи шта се подразумева под сваком од ових појмова, да ли се они могу обухватити једним генеричким концептом, те да ли је израз привидни идеални стицај у потпуности или само делимично комплементаран термину (привидног) стицаја закона. Практична релевантност одговора на ово питање, манифестује се чак и у домену правних последица, односно опредељењу за одговарајуће пенолошке ефекте института. С друге стране, питање правне природе има директан утицај не само на термилошке одреднице ове правне фигуре, већ такође и на његово позиционирање у систему кривичног права, нарочито у односу на облике аутентичног стицаја.

Постоји велика термилошка разноврсност у области појмовног означавања нашег института, која је у великом броју случајева условљена и суштинским питањима његове примене. Неки од термина који се наводе, укључују – *привидни стицај правних диспозиција, неправи идеални стицај, јединство закона, привидни стицај кривичних дела, привидни стицај типова, привидни стицај норми или казнених закона*<sup>24</sup>, као и *стицај правних диспозиција, стицај норми, неправи стицај, фиктивни стицај закона, колизија правних норми, апстрактни стицај закона, конфликт закона* и сл.<sup>25</sup> Полазећи од изворних термилошких одредница у конкретном правном систему, чије смо доктринарне поставке уважили у разматрању института привидног стицаја, као релевантни се појављују изрази „*gesetzeskonkurrenz*“ (немачки систем), „*concurso de leyes*“ (шпански систем), „*concurso de*

<sup>23</sup> Једино је шпански законодавац задржао овај принцип као резервни, у случајевима алтернативитета. Вид. Ley Orgánica 10/1995, *Boletín Oficial del Estado*, Num. 281, 24.11.1995, Jefatura del Estado, 33987 – 34058.

<sup>24</sup> А. R. Alberto Chacon, S. G. Cisco Barraza, F. S. Hernandez Rosales, 30. Сви ови изрази, користе се за означавање исте ситуације – случаја када је једна радња укључена у више казнених типова, односно обухваћена њима.

<sup>25</sup> F. Galván González, *Concurso de delitos. Análisis comparado entre España y México*, Universidad de Salamanca, Salamanca 2010, 134; M. A. Torrez López, *Las leyes penales*, Editorial Porrúa, S. A., Mexico 1996, 143. Као релевантни термини, наводе се – стицај закона, стицај норми, стицај деликата, стицај типова, конфликт закона, јединство закона. Тако и А. С. Вдовин, „Понятие конкуренции норм в уголовном праве России“, *Известия высших учебных заведений. Северо-кавказский регион. Общественные науки* S20/2006, 76; Е. Д. Бытченко, „Коллизии в Уголовном праве Российской Федерации“, *Colloquium-journal* 11 (35)/2019, 15.

*qualifications*“ (француски систем)<sup>26</sup>, односно „*lesser included offence*“ (англосаксонски систем).<sup>27</sup> Ипак, бројни проблеми у изучавању института са компаративног аспекта, произлазе између осталог и из лингвистичког одударања у означавању овог правног феномена, односно утицаја изабраног термина на утврђивање његове правне природе и других релевантних суштинских аспеката.<sup>28</sup>

## 2.1. Основи термилошких дилема

За означавање различитих сегмената који чине садржину института привидног стицаја, доктрина упућује на више термилошких одредница.<sup>29</sup> Пре свега, ове дилеме се везују за поимање његове правне природе, као и питање домашаја са аспекта поделе на јединство и плуралитет радње, што истовремено указује и да постоји висок степен међузависности између појмова који се користе за означавање ове правне фигуре и неких суштинских питања њене примене.

Са мањим или већим варијацијама у означавању, централно питање се тиче односа између термина „стицај закона“ са једне, и „привидни (неправи) стицај са друге стране“, заснованог на правном карактеру института, као и његовој разграничавајућој димензији у односу на сродне концепте. Поред наведеног, значајан је и утицај поклапања поменутих термина са изразом *привидни идеални стицај*, чиме се залази у димензију домашаја разматране правне фигуре.

Посматрано са аспекта компаративне теорије, као и са историјскоправног аспекта, често се говори о доминантности једног израза у односу на други, како у склопу позитивне доктринарне мисли<sup>30</sup>, тако и у одговарајућим периодима историјског развоја.<sup>31</sup> То је условљено како стањем законодавства у области стицаја, пре свега начином регулисања варијанте идеалног стицаја, тако и опредељењем за стицајни или интерпретативни карактер института.

Осим тога, у светлу наглашавања дистинкције између привидног и аутентичног стицаја, указује се и на опонирање термина „стицај квалификација“ са једне (привидни стицај), односно „стицај инкриминација“, са друге стране (аутентични стицај).<sup>32</sup> У том смислу, термилошки апарат који се везује за овај доктринарни концепт, посредно детерминише и начин решавања суштинских питања теорије привидног стицаја, што се у најопштијем смислу своди на учење о правној природи института и његовом домашају у односу на концепт јединства радње.

---

<sup>26</sup> M. Bortoluzzi, *Il concorso apparente di norme nel diritto penale internazionale*, Università degli studi di Trento, 2018, 128.

<sup>27</sup> L. Della Ragione, *Il concorso apparente di norme tra teoria e prassi*, Facoltà Di Giurisprudenza, anno accademico 2011/2012, 273. У том смислу, употребљавају се и термини „*Multiple punishment*“, као и „*Double jeopardy*“.

<sup>28</sup> *Ibid.*, 272.

<sup>29</sup> Вид. F. Pavón Vasconcelos, 43. Између осталог се као примери наводе: стицај закона, стицај типова, конфликт закона, стицај норми и др.

<sup>30</sup> Тако, истиче се да је израз „стицај закона“, владајући у савременој немачкој доктрини (Вид. J. P. Matus Acuña (2000a), 349–350), као и у шпанској, нарочито у периоду од 1944. до 1978. године (Вид. J. P. Matus Acuña, „Recepción y desarrollo histórico en España de la teoría del Concurso (aparente) de leyes, desde su introducción hasta la Reinstauración democrática. Un ejemplo de Calle en un solo sentido“, *Modernas tendencias de dogmatica penal y política criminal. Libro Homenaje Dr Juan Bustos Ramírez* (ed. J. Urquiza), Lima: Indemsa 2007, 24).

<sup>31</sup> У том смислу, указује се да је, на пример, у периоду класичних система, услед доминације стицајног карактера института, у немачкој доктрини, превагу однело термилошко одређење, оличено у употреби термина „стицај закона“ и „јединство закона“. Вид. J. P. Matus Acuña (2000a), 333.

Исто важи и за шпанску доктрину у другој половини XX века. Вид. J. P. Matus Acuña (2007), 24.

<sup>32</sup> C. Marie, 55.



## 2.2. Фактор правне природе у термилошком одређењу института

Првобитна концепција теорије (привидног) стицаја закона у немачкој доктрини, у варијанти коју је изнео Меркел, била је везана за настојања да се из стицајног режима искључе они облици испољавања јединства радње где долази у обзир примена више конкурентних норми, али је само једна од њих довољна да обухвати невредност свеукупног понашања, означени као „случајеви стицаја закона.“<sup>33</sup> Из таквог одређења, произлази да је овај израз традиционално коришћен искључиво за означавање његових појавних манифестација утемељених на јединству радње, који суштински одговарају концепту привидног идеалног стицаја.

Ипак, треба имати у виду да је кључни фактор у термилошком означавању овог института, било управо одређење о његовој правној природи, тачније два различита схватања о томе да ли се у описаним случајевима закључак о јединственој квалификацији изводи из претпоставке стицаја, која се потом негира у корист једне од законских норми, услед одређених повезујућих околности, или се пак узима да је *a priori* реч о особеном склопу јединства, где не постоји никакав условни стицај, будући да се самим тумачењем релација између норми, изводи такав закључак. Дакле, ради се о прихватању стицајног или интерпретативног карактера института, као једног од круцијалних питања целокупне материје привидног стицаја. Иако је то од већег практичног значаја првенствено за домен правних последица, односно ефеката примене института, свој одраз је пронашло и у његовом појмовном одређењу, као и у позиционирању у односу на стицајне фигуре. Ти различити аспекти се међусобно прожимају и реципрочно условљавају, тако да прихватање одређеног термина, може указати директно и на одређење за одговарајућу концепцију о правној природи, а самим тим и на казнене последице.

На условљеност термилошког апарата фактором правне природе, како идеалног, тако и привидног идеалног стицаја, указује се и у домаћој доктрини, која у томе види извор одређења за коришћење детерминанти попут „привидни“ или „неправи“ у означавању стицаја закона.<sup>34</sup>

Пре свега, важно је напоменути да, иако се у литератури говори о терминологији „стицајни“ или „интерпретативни“ карактер, могло би се рећи да ови термини нису најадекватнији. Ради се заправо о сегменту правних последица, односно питању које припада овом аспекту. Тако, по нашем мишљењу, пре би се могло говорити о стицајним ефектима и ефектима јединствене (унитарне) квалификације, који произлазе из његове примене.

Наиме, указивање на својеврсни интерпретативни карактер се заправо доводи у везу са околношћу да, како би се прогласила унитарна квалификација, не можемо применити стицајна правила и законитости, већ на основу тумачења – интерпретације долазимо до закључка о постојању само једне од инкриминација. На тај начин, последице примене института утичу на саму област његовог термилошког апарата, па могу чак и одударати у зависности од околности конкретног испољавања.

Као што ћемо видети, комплексност института се огледа управо у немогућности једностраног одређења за концепцију плуралних или унитарних ефеката, из чега произлази да се више термина може користити за његово означавање, у зависности од околности конкретног случаја, што је схватање које сматрамо исправним.

---

<sup>33</sup> J. P. Matus Асуња (2000а), 297.

<sup>34</sup> Ђ. Лазин, 43.

### 2.2.1. „Стицај закона“ или „привидни стицај (закона)“

У циљу разматрања утицаја начина поимања правне природе на термилошке одреднице института, поћи ћемо од два генеричка појма – „стицај закона“ и „привидни стицај (закона)“, уз напомену да се они могу јавити и у одређеним модификованим варијантама, без промене суштине на коју се односе. Као синоними за прву категорију, могу фигурирати изрази попут *стицаја квалификација* или *норми*, док се у оквиру друге варијанте употребљавају и термини – *привидни стицај коегзистирајућих правних диспозиција*<sup>35</sup>, *привидно обједињење више чињеничних дела*<sup>36</sup>, *јединство закона*<sup>37</sup>, *колизија правних норми*<sup>38</sup>, и други. Међутим, доктрина није доследна у искључивом опредељењу за један од поменутих концепата, нити се они безрезервно прихватају.

Роксин (*Roxin*) указује да израз „стицај закона“, који је владајући у немачкој доктрини, заправо није баш најадекватнији, и то из два разлога. Пре свега, овај аутор истиче да је тешко говорити о аутентичном стицају или стицају различитих закона, онда када се казна заснива само на повреди једне инкриминације. Поред наведеног, сматра да исти не испуњава захтеве управљене ка разграничењу у односу на сродне концепте.<sup>39</sup> Ову констатацију треба тумачити у светлу околности да се израз стицај закона често користи и као генерички појам за означавање свих стицајних категорија, укључујући и манифестације аутентичног стицаја (идеалног и реалног).<sup>40</sup> Дакле, ради се преваходно о немогућности таквог термина да успостави функцију дистинкције од облика аутентичног стицаја, који се такође заснивају на својеврсној оцени плуралитета кажњивог понашања и у практичном смислу подразумевају симултано постојање више примењивих закона. Осим тога, он се не може сматрати довољно репрезентативним ни због специфичних концепција о правној природи идеалног стицаја, утемељених на особеном јединству кажњивог понашања, за које се такође резервише поменути термин.

Слично гледиште, из другачијег угла, везује се и за немачког аутора Фоглера (*Vogler*), који истиче да би традиционални израз „стицај закона“ био погрешан, будући да у стварности закони не конкуришу, односно нема симултане примене казних ефеката, већ формирају својеврсно јединство, тако да опстаје само један, а други се искључују.<sup>41</sup> У ову групу можемо сврстати и схватање засновано на тврдњи да у конкретном случају не фигурира никакав стицај, већ напротив, његова негација, што с друге стране, оправдава израз „јединство закона“.<sup>42</sup> Као што се може уочити, акценат се ставља на два кључна плана деловања поставки института – област квалификације забрањеног понашања, где се

<sup>35</sup> Ради се о термину који се везује за италијанског аутора Гриспињија (*Grispigni*). Вид. М. А. Torrez López, 164.

<sup>36</sup> Тако Велзел (*Welzel*), вид. J. P. Matus Acuña (2000a), 333.

<sup>37</sup> *Ibid.*, 333 и 349. Овај термин се приписује немачким ауторима – Кауфману (*Kaufmann*), Јагошу (*Jagusch*) и Фоглеру.

<sup>38</sup> E. R. Zaffaroni, *Tratado de Derecho penal, Parte general, Tomo IV*, Ediar, Buenos Aires 1999, 558.

<sup>39</sup> C. Roxin, *Derecho penal, Parte General, Tomo II. Fundamentos. Especiales formas de aparición del delito* (Превод дела: „*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Besondere Erscheinungsformen der Straftat Verlag*“, Venlag C.H. Beck, München 2003. Thomson Reuters – Civitas, Madrid 2014, 998.

<sup>40</sup> Вид. М. А. Torrez López, 144.

<sup>41</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 349 и 316 фн. 65. Поред Фоглера, ово гледиште су заступали и Лист и Хајнеман (*Heinemann*).

<sup>42</sup> E. R. Zaffaroni, 558. У складу са схватањем цитираног аутора, то омогућава да се истакне његов опонентни карактер у односу на плуралитет који прати идеални стицај.

Такође, вид. и F. Ravón Vasconcelos, 43. Слично претходно изнетом гледишту, указује се да је овај израз неадекватан, јер је искључена симултана примена датих норми, због чега се даје предност изразу „привидни стицај“. За исто образложење, на темељу искључења једног закона на рачун другог, вид. и S. R. Diaz, 156.

Израз „јединство закона“, користе и немачки аутори. Вид. Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*, Duncker und Humboldt, Berlin 1996.

потискује привидни правни концепт, и домен пенолошких ефеката, у оквиру којег се по правилу такође долази до сличних закључака у погледу практичног дејства привидног дела.

Међутим, ако наведени израз посматрамо искључиво са аспекта правних ефеката, што смо већ напоменули, указујући на аутентично тумачење поделе на стицајни и интерпретативни приступ у означавању правне природе института, његова примена би била донекле исправна у контексту означавања утицаја привидног дела приликом одређивања казне. Са те тачке гледишта, иако оно изостаје у самој формалној квалификацији, будући да према неким доктринарним ставовима, карактеристичним пре свега за немачку, али и за шпанску теорију, постоји низ ефеката које може остварити у домену правних последица<sup>43</sup>, израз стицај закона би био најадекватнији за означавање чињеничног стања. Залазећи дубље у проблематику, јасно је да се иза тога крију и специфичности кривичноправног третмана идеалног стицаја у конкретном законодавству. Наиме, не може се очекивати да формални термин којим се означава овај институт обезбеди дистинкцију између две правне фигуре тамо где је она само декларативног карактера и практично не постоји, због изједначавања правних последица. Управо је то проузроковало да се поменуте термилошке забуне у немачкој доктрини реше опредељењем теоретичара за традиционални израз *стицај закона*, тим пре што се њему приписују ефекти принципа комбинације, односно типичне стицајне последице.

Мада са извесном резервом, до овог закључка бисмо могли доћи и уколико анализирамо кривичноправни третман института у домаћој доктрини, која иако не у мери карактеристичној за немачко решење, ипак не искључује у потпуности могућности утицаја привидног дела, дозвољавајући његово дејство пре свега у домену отежавајућих околности при одмеравању казне. То би донекле могло да оправда легитимност наведене терминологије, односно барем могућност паралелног коришћења и овог израза, поред оног који наглашава својство унитарности квалификације.

У прилог томе говори и Роксинова констатација у вези са употребом наведеног термина, по којој он није у потпуности погрешан, јер ипак имплицира прихватање одређених ефеката привидног дела, иако оно не суделује у декларацији кривице.<sup>44</sup> Поред тога, истиче се да не би било препрека да се израз стицај закона користи у контексту означавања једног деликтоног догађаја који се може сагледати са више различитих закона, иако је примењив само један, при чему се стицај ограничава на плуралитет формалних правних диспозиција, искључујући плуралитет деликата.<sup>45</sup>

Међутим, док би се то могло апсолутно прихватити у немачкој доктрини, која предвиђа специфична пенолошка решења, нарочито у погледу могућности утицаја привидног дела на распон казне за главно дело, таква терминологија не би била у потпуности адекватна са аспекта схватања у домаћој литератури и законодавству, где је последица примене овог института оличена у унитарној квалификацији и где за идеални стицај нису прописане другачије последице у односу на реални. Чак и типични случајеви привидног реалног стицаја – *накнадно* и *претходно некажњиво дело*, искључују утицај привидног дела који излази из оквира отежавајуће околности.

Другу струју чине мањинска гледишта, која се, настојећи да нагласе интерпретативни карактер, тачније негацију стицаја, залажу за употребу термина „привидни стицај закона“<sup>46</sup>, односно „привидни стицај норми“, „привид стицаја“ или „некомпатибилни

<sup>43</sup> Вид. поглавље Правне последице, *infra*, 591 – 594.

<sup>44</sup> С. Roxin, 998.

<sup>45</sup> Вид. М. А. Тогез Лópez, 144. Слично томе, схватања која бране термин стицаја закона, упућују и да је реч о особеној врсти стицаја, који није само привидан. Вид. и А. Ј. D'Alessio *et al.*, *Código Penal, Comentado y Anotado, Parte General*, La Ley, Buenos Aires, 2005, 592.

<sup>46</sup> Тако Лист и Шмит (*Schmidt*), вид. Ј. Р. Matus Асуња (2000а), 316 фн. 65.

стицај“.<sup>47</sup> То је случај и са нашом доктрином, која иако указује на могућност употребе термина *стицај закона*, даје приоритет наглашавању својства привидности предметног концепта.<sup>48</sup> Практичне последице оваквог приступа, огледају се у приближавању института правним категоријама јединства, односно унитарне квалификације, где се полази од негативне хипотезе стицаја, што подразумева и томе одговарајуће ефекте, оличене у искључењу привидног дела у релевантним сегментима у којима би оно у случају стицаја остварило извесна дејства. Ово несумњиво важи за крајњи исход квалификације, односно декларацију кривице, где се у потпуности искључује примена стицајних правила.

У том смислу, употребом поменутих термина, јасно се уочава тенденција успостављања дистанце у односу на аутентични стицај, тачније њихових супротних правних последица. Посебан значај свакако има дефинисање линије разграничења са идеалним стицајем, због чега је инсистирање на конструкцији „привидног идеалног стицаја“ у функцији стављања у први план овог спорног питања. Тиме би се уједно превазишла претходно изнета критика израза „стицај закона“, управљена ка немогућности постављања одговарајуће линије разграничења са идеалним стицајем због потенцијалног поклапања њиховог садржаја.

Међутим, термилошка проблематика у овој материји је далеко комплекснија од простих формалистичких аспеката у детерминацији односа са идеалним стицајем и мора се посматрати полазећи од критеријума утврђивања домаћаја привидног стицаја, у зависности од фактора јединства радње. Тако, треба имати у виду да се под одређеним условима може говорити и о искључивој употреби термина *привидни идеални стицај* за означавање свих случајева који подразумевају јединствену квалификацију, упркос плуралитету формално реализованих инкриминација.

Стога је јасна дискрепанција између нашег и немачког модела, јер док је први у одмеравању казне везан само за главно дело (привидно дело може у одређеним случајевима представљати само отежавајућу околност), у другом случају имамо прећутно прихваћени висок степен утицаја привидног дела приликом одмеравања казне, који излази из домена отежавајућих околности. Управо из тог разлога је под таквим околностима условно прихватљиво говорити о *стицају закона*.<sup>49</sup>

Поједина одређења, стављајући акценат на карактер „привидности“, иду и корак даље, прибегавајући изразу „јединство закона“, уз образложење да се привидно дело уопште не појављује у пресуди, чиме се истовремено имплицира да је такав разлог довољан да се термин „стицај закона“ прогласи суштински погрешним.<sup>50</sup> Као што се може закључити,

---

Термин „привидни“ се у том смислу користи као дистинктивни концепт у односу на идеални и реални стицај. Вид. R. G. López Camelo, *Curso de Derecho Penal, Parte general*, Universidad Nacional Del Sur, Argentina 2004, 362.

<sup>47</sup> Вид. F. Ravón Vasconcelos, 44. Указује се да је адекватније говорити о привиду стицаја, односно привидном стицају норми, и то због постојања колизије, која доводи до искључења више примењивих инкриминација, на рачун једне од њих.

<sup>48</sup> Ј. Таховић, *Кривично право – општи део*, Савремена администрација, Београд 1961, 262; М. Радовановић, *Кривично право – Општи део*, Савремена администрација, Београд 1969, 173.

<sup>49</sup> Међутим, треба имати у виду и изузетке, попут специјалитета, код законских норми којима се конфигурише привилеговани облик инкриминације, где се одбацује могућност било каквог утицаја привидног дела.

<sup>50</sup> М. А. Arce Aggeo, 158. Аутор указује да је оправдано употребљавати израз „привидни стицај типова“, између осталог и због тога што је реч „привидни“ адекватна да изрази непостојање ефективног стицаја.

Вид. и А. R. Alberto Chacon, S. G. Cisco Barraza, F. S. Hernandez Rosales, 29. У том смислу, наглашава се и да је терминологија која укључује изразе „стицај“ и „закон“ у потпуности погрешна, будући да је заправо реч о проблему интерпретације у конкретном случају, као последице околности да је невредност једног бића кривичног дела само привидно садржана у другом.

овакво резонување се доводи у везу управо са идејом чисте унитарне квалификације (интерпретативна струја), схваћене са аспекта формалноправне категоризације, сходно хипотези да је стицај *a priori* искључен. Осим тога, поједина доктринарна тумачења конструкције *јединства закона*, иду и корак даље, сматрајући га резултатом наглашавања крајњег исхода примене принципа решења.<sup>51</sup>

Супротстављање два анализирана приступа у означавању института, директно је повезано са настојањима теорије да се прихватањем једне или друге варијанте допринесе разјашњењу његове правне природе. Међутим, управо у овом домену долази до изражаја комплексност наведеног питања, због чега се аргументи у прилог опредељењу за један или други појам на темељу правне природе концепта који означавају, не могу једнострано посматрати, нити по том основу међусобно искључивати.

Такав комплексан задатак не може се постићи једнодимензионалним приступом, нити то одговара реалном чињеничном стању, будући да се приликом примене института истовремено испољавају како сегменти релевантни за процес тумачења релација између норми (интерпретативни карактер), тако и они са стицајним елементима, у зависности од угла посматрања конкретне проблематике. Стога се ни избор термина за његово адекватно означавање, не може условити овим диференцијалним питањем. У прилог томе, говоре и недоследности појединих теоретичара у употреби одговарајућих терминолошких одредница приликом означавања института, због чега се и доноси закључак о њиховом суделовању у својству синонима.<sup>52</sup>

Сматрамо да су сви наведени изрази подједнако погодни за одражавање основне идеје ове правне конструкције, а да ће примена једног или другог зависити од контекста у којем се употребљава, односно од тога ли желимо да ставимо нагласак на последицу или поступак. Све то упућује да не би требало безрезервно прихватити искључиво једну или другу терминологију, што је у складу и са нашом хипотезом о двострукој правној природи разматраног института. Наиме, чак и наглашавање „привидног“ и „неправог“ карактера истог, заправо представља одраз поређења његовог односа са категоријама ефективног стицаја, због чега се не може посматрати одвојено од истих.

У светлу разрешења терминолошке конфузије, могло би се поћи и од тога да је прихватљива тврдња постојања извесног стицаја „норми“ (уз постојање само једног кривичног дела), којем би се опонирала конструкција *привидни стицај „деликата“*. То потврђује да је употреба једног или другог термина релативног карактера, односно условљена је чињеницом да ли је нагласак на крајњем исходу, или пак на процесу квалификације. Оваквом резонувању говоре у прилог и схватања која у циљу дистинкције разматраног института од аутентичног стицаја, први означавају термином „стицај квалификација“, а други „стицај инфракција“.<sup>53</sup>

Остављајући за сада по страни релевантност поделе на привидни идеални и привидни реални стицај и околност да ли се ради о беспредметној категоризацији у оквиру једног јединственог института, јасно је да епитет „привидни“ више одговара стању ствари у нашој доктрини, због чега сматрамо да га не би требало изоставити из назива института, што потврђују и ставови домаћих теоретичара на које смо већ указали. Стога, сматрамо да би

---

Вид. и F. Galván González, 134 фн. 414. Говорећи о изразу „јединство закона“, истиче се да исти има предност, у смислу наглашавања непостојања аутентичног стицаја, будући да је један од примењивих концепата довољан да обухвати невредност понашања учиниоца.

<sup>51</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 349.

<sup>52</sup> Ђ. Лазин, 43. Лазин указује да је то случај са појединим немачким ауторима, попут Велцела и Баумана (*Baumann*), који користе и један и други израз.

<sup>53</sup> Вид. F. Maldonado Fuentes, „Unidad de acción, unidad de hecho y unidad de delito en el concurso de delitos“, *Revista Chilena de Derecho* Vol. 47, 3/2020, 736 – 737. Аутор подржава постојање извесног стицаја закона – формалног квалификовања у виду изреке, али не и стицаја деликата и норми.

полазећи од фактора правне природе института, најадекватније било одређење за израз *привидни стицај (закона)*.

### 2.3. Фактор броја радњи у термилошком одређењу института

У области термилошких дилема, уско повезано са проблематиком правне природе, јесте и питање домашаја института (привидног) стицаја закона са аспекта броја предузетих радњи, који код аутентичног стицаја условљава поделу на идеални и реални. Пре свега, спорна је сама концепција релевантности ових фактора у смислу (не)дељивости јединственог института, што се директно одражава и на његово означавање. Ово се манифестује на опсег коришћења термина привидни идеални стицај, тачније релације између следећих појмова: *(привидни) стицај закона, привидни идеални стицај, привидни реални стицај, стицај закона утемељен на јединству радње*. Свакако је најзначајнији однос између концепата „привидни идеални стицај“ и „(привидни) стицај закона“, који у зависности од прихваћене теоријске концепције, могу бити чак и синоними.

На специфичност (привидног) стицаја закона, указује пре свега велики број различитих модела и варијанти које се тичу његове категоризације под окриљем концепта привидног стицаја, као опонента аутентичном стицају. Појам привидног стицаја треба схватити у најопштијем смислу, имајући у виду да се исти, без обзира на одређење за интерпретативни или стицајни карактер института, манифестује као правна фигура варијабилног карактера, која у себи прожима концептуалне карактеристике редовне, унитарне квалификације, са једне и стицаја са друге стране. Кључно питање које се поставља јесте да ли она поседује аутономни карактер, у смислу само њој специфичних правних последица или се пак ради о манифестацији простог јединства кривичног дела, односно стицаја квалификација.

#### 2.3.1. „Привидни идеални стицај“ или „(привидни) стицај закона“

Фактор броја предузетих радњи, у области термилошког означавања института, у централни план ставља домашај термина „привидни идеални стицај“. Јасно је да он сугерише постојање јединства радње, аналогно са одговарајућим концептом теорије стицаја, који се супротставља његовој „реалној“ варијанти, односно плуралитету предузетих радњи. Полемика се испољава у питању да ли (привидни) стицај закона увек и нужно захтева такво јединство или се пак може говорити о подели овог концепта на категорије утемељене на јединству, са једне, и плуралитету, са друге стране.

У првом случају, не би било разлике у значењу једног и другог термина, јер би се оба односила на исто чињенично стање, док би се у супротном такав однос манифестовао у релацијама између ужег и ширег концепта. Тада би дошла у обзир класификација на (привидни) стицај закона утемељен на јединству и онај који почива на плуралитету радње. Овим комплексним питањем, које спада у теорије домашаја института ћемо се позабавити у одговарајућем поглављу<sup>54</sup>, док ћемо се на овом месту осврнути само на термилошке аспекте описане категоризације.

---

<sup>54</sup> Вид. поглавље Теорије домашаја привидног идеалног стицаја, *infra*, 194 и даље. Реч је о подели на унитарне и диференцирајуће теорије, засноване на критеријуму релевантности броја предузетих радњи за кривичноправни треман института. Наиме, диференцирајуће теорије су условљене поделом на привидни идеални и привидни реални стицај закона, односно стицај закона заснован на јединству и плуралитету радње. На ово указује немачки аутор Хиршберг (*Hirschberg*). Вид. J. P. Matus Асуња (2000а), 316.

Пре свега, важно је напоменути да је дистинкција између наведене две категорије јединственог института, по нашем мишљењу, последица прихватања стицајног карактера, јер ако се узме да је реч о врсти стицаја, појављује се као релевантна и класификација на његова два облика, у зависности од броја предузетих радњи.

У сваком случају, може се закључити да је уместо израза привидни идеални стицај, сасвим легитимна и употреба термина (привидни) стицај закона, у зависности од контекста у којем се примењује. Тако, у литератури налазимо на одређења института која изједначавају садржај концепата неправог идеалног стицаја и привидног стицаја<sup>55</sup>, третирајући их као појмове истог нивоа, односно као синониме.

Осим тога, карактеристично је да се чак и у домаћој доктрини, у којој се традиционално диференцирају случајеви привидног идеалног и привидног реалног стицаја, наглашава могућност да се израз „привидни идеални стицај“ замени термином „стицај закона“.<sup>56</sup>

### 2.3.1.1. *Оправданост класификације*

По аналогiji са поделом на идеални и реални стицај, указује се на могућности класификације (привидног) стицаја закона, полазећи од наведеног критеријума. Међутим, док је таква класификација, углавном најчешће и заступљена у литератури, поставља се питање њене практичне релевантности, што је сегмент института који је, поред чисто теоријских потреба диференцијације, уско повезан са питањем јединственог (унитарног) или диференцирајућег третмана ове две категорије, односно домашајем (привидног) стицаја закона.<sup>57</sup> Са термилошког аспекта, од значаја је сагледавање односа између концепата „привидни идеални“ – „привидни реални“ стицај, тачније њихове обухватности обједињеним термином *стицаја закона*, односно (не)испуњењем услова да се они подведу под исту категорију.

Иначе, за диференцирајуће теорије је неизоставно утемељење овакве класификације, која служи као основ за постављање другачијих правних последица. Међутим, чак ни прихватање унитарних теорија, не искључује могућност да се у чисто теоријском смислу укаже на два наведена облика привидног стицаја закона, иако производе исте ефекте. Тако и Јешек (*Jescheck*), указује да случајеви тзв. „јединства закона“, могу да се манифестују како у виду привидног (неправог) идеалног, тако и привидног (неправог) реалног стицаја, по аналогiji са диференцијацијом која се са аспекта броја предузетих радњи врши на нивоу односа између идеалног и реалног стицаја.<sup>58</sup> Ипак, као што смо већ напоменули, друго је питање практичног значаја ове поделе, што ће бити предмет посебног разматрања.<sup>59</sup>

На овом месту је важно утврдити да ли постоји апсолутно или делимично поклапање садржаја између концепата привидног идеалног стицаја и (привидног) стицаја закона, што је уско повезано са категоризацијом у оквиру неаутентичног стицаја. Наиме, неаутентични стицај се може посматрати са аспекта два модела: 1) модел поделе на стицај закона (привидни идеални стицај) и привидни реални стицај (диференцирајући третман); 2) модел

<sup>55</sup> A. J. D'Alessio *et al.*, 592.

<sup>56</sup> J. Таховић (1961), 262.

<sup>57</sup> Вид. *infra*, 217 – 227.

<sup>58</sup> M. A. Arce Agge, 157 – 158.

<sup>59</sup> У законодавствима попут немачког, која предвиђају диференциран третман идеалног и реалног стицаја, подела конструкције стицаја закона на наведена два облика, има оправдање, док је према заступљеним схватањима у домаћој теорији, она ирелевантна, с обзиром на идентичне последице стицаја заснованог на јединству и на плуралитету радње. Сходно томе, имајући у виду унитарни третман облика аутентичног стицаја, очигледно је да ће бити свеједно да ли привидни стицај негира његову идеалну или реалну варијанту.

стицаја закона који обухвата и привидни идеални и привидни реални стицај (унитарне теорије).

Оно што карактерише упоредноправну доктрину, јесте управо употреба поменутих концепата у различитим значењима, односно другачијем контексту, што је директно повезано и са законодавним решењима идеалног и реалног стицаја, односно начином њиховог кривичноправног третмана. Стога, изучавање института привидног идеалног стицаја и поређење компаративноправних решења, незамисливо је без јасног разграничења значења, односно одређивања контекста у којем се сваки од поменутих концепата примењује.

У зависности од поменутих фактора и приступа проблему од којег полази одређено теоријско гледиште, израз стицај закона може се односити искључиво на привидни идеални стицај, или пак обухватити и одређене облике плуралитета радње у природном смислу (*претходно и накнадно некажњиво дело*). Оно што је дефинитивно јасно и неспорно, јесте да стицај закона нужно подразумева привидни идеални стицај, тачније да његова правила неизоставно покривају случајеве привидног идеалног стицаја и служе за његово квалификовање. Спорно је једино да ли ће се та правила и у којој мери сматрати релевантним и за неке облике плуралитета радње, у ком случају се поред привидног идеалног, може говорити и о привидном реалном стицају (на пример *накнадно некажњиво дело*), као случајевима ширег концепта стицаја закона. Проблематику још више продубљује чињеница да привидни идеални стицај у ширем смислу, може под одговарајућим условима обухватити и поједине облике традиционално одређене као плуралитет радње.

Међутим, треба имати у виду и чињеницу да препознавање ове две категорије као случајева стицаја закона или не, отвара значајно питање (једино због којег има сврхе и правити наведену категоризацију), а то је да ли ће се третману стицаја закона подвргнути и облици плуралитета радње, тако да привидни идеални и привидни реални стицај (конкретно, облици накнадног некажњивог дела) имају идентичне правне последице, по основу својства припадности стицају закона. То на једном ширем нивоу, указује да ће се правити разлика између стриктно диференцирајућег и диференцирајућег модела. У првом случају, стицај закона (редукован само на облике привидног идеалног стицаја) и привидни реални стицај (облици засновани на плуралитету), представљају подврсте једног ширег појма, где се за њих предвиђа потпуно другачији кривичноправни третман. С друге стране, опредељење за диференцирани третман, може бити кориговано и релативизовано, у домену паралелног коришћења поставки и законитости карактеристичних за оба правна концепта, не мењајући околност другачијег третмана када је реч о начину одмеравања казне у једном и у другом случају.<sup>60</sup>

Међутим, за разлику од појединих позитивноправних система, где би дистинкција између привидног идеалног и привидног реалног стицаја, утемељена на критеријумима јединства, односно плуралитета радње, условила и другачије правне ефекте, са правом се може поставити питање релевантности такве категоризације под условима када је за ове правне фигуре предвиђен идентичан третман, под окриљем јединственог института – привидног стицаја. Стога, може се закључити да у суштинском смислу постоји поклапање између термина привидни идеални стицај и (привидни) стицај закона, који се симултано користе за означавање јединственог института. Тиме се свакако не задире у могућност његове формалне категоризације у зависности од броја предузетих радњи у природном смислу.

Све то говори у прилог недељивости јединственог института по основу критеријума јединство – плуралитет радње, који је сам по себи дискутабилан чак и у домену дистинкције између идеалног и реалног стицаја. Стога, у светлу хипотезе од које смо и пошли у овом

---

<sup>60</sup> Вид. поглавље Теорије домашаја привидног идеалног стицаја, *infra*, 225 – 226.



раду, сматрамо да критеријуми детерминације института превазилазе факторе утврђивања јединства или плуралитета радње, карактеристичне за поделу на идеални и реални стицај. Из тог разлога, изразе „привидни идеални стицај“ и „(привидни) стицај закона“ треба третирати као синонине у означавању јединствене правне фигуре, чији су услови постојања детерминисани особеним параметрима квалификације, без обзира на традиционалне поделе на привидни идеални и привидни реални стицај, које су формалистичког и чисто теоријског карактера.

### 2.3.2. Терминолошки домаћај института

Након што смо разјаснили специфичности релационих односа између појмова привидни идеални, привидни реални и (привидни) стицај закона, синтезу гледишта о терминолошком домаћају института, можемо представити кроз два основна модела: 1) *стриктни (ужи) концепт (привидног) стицаја закона* – односи се само на случајеве јединства дела у стриктном смислу (привидни идеални стицај); 2) *шири концепт стицаја закона* – обухвата како случајеве привидног идеалног стицаја, тако и облике плуралитета радње у природном смислу (накнадно и претходно некажњиво дело).

У складу са стриктним (ужим) гледиштем, полази се од хипотезе да концепти (привидног) стицаја закона и привидног идеалног стицаја, суделују као синоними, односно да у садржинском смислу постоји поклапање између ове две правне фигуре. Под таквим условима би постојала извесна практична сврха издвајања *накнадно некажњивог дела* (облика утемељеног на плуралитету радње у природном смислу), као аутономног правног концепта са особеним ефектима<sup>61</sup>, а самим тим и оправдање за независно изучавање привидног идеалног стицаја схваћеног у најужем смислу.

Према ширем схватању, стицај закона се односи како на случајеве привидног идеалног стицаја у ужем смислу, тако и на облике утемељене на плуралитету радње (*претходно и накнадно некажњиво дело*). Под тим условима, уколико говоримо о правилима, односно принципима решења својственим стицају закона, то подразумева и могућност њихове примене на поменуте манифестације, условно речено, плуралитета радње. Другим речима, на обе варијанте, примењује се институт стицаја закона, чија се суштина огледа у квалификацији само једног кривичног дела.

У домаћој литератури се традиционално указује на постојање привидног идеалног и привидног реалног стицаја, али се њихов третман не диференцира, односно предвиђају се идентичне последице и за конструкцију накнадног некажњивог дела и за класичне облике привидног идеалног стицаја у ужем смислу.<sup>62</sup> Тиме се конфигурише јединствени, синтетички модел института, где је искључен диференцирани третман манифестација утемељених на јединству и плуралитету радње, што подразумева брисање граница између привидног идеалног и привидног реалног стицаја, којима се негира својство аутономних правних категорија. У светлу оваквог резонавања, када говоримо о конструкцији привидног идеалног стицаја, мислимо на концепт (привидног) стицаја закона, који се подједнако односи и на случајеве претходног и накнадног некажњивог дела.

Својеврсна терминолошка конфузија и томе одговарајући проблеми утврђивања његовог домаћаја се могу приписати и коришћењу генеричког појма *привидног стицаја*, као

<sup>61</sup> У нашој литератури, која традиционално раздваја категорије привидног идеалног и привидног реалног стицаја, ипак за њих не предвиђа суштински другачији кривичноправни третман, осим у виду третирања привидног дела као отежавајуће околности. Вид. Ђ. Лазин, 48 – 49.

<sup>62</sup> Једина разлика се огледа у томе да се код облика тзв. „привидног реалног стицаја“, односно привидног стицаја заснованог на плуралитету радње у природном смислу, потиснуто дело третира као отежавајућа околност. *Ibid.*, 106 и 109.

и изједначавању оних концепата који заправо представљају негацију реалног стицаја, са облицима (привидног) стицаја закона, утемељеним на плуралитету радње (претходно и накнадно некажњиво дело). Само се у првом случају може говорити о неаутентичном реалном стицају, који је искључен из опсега нашег института.

Може се закључити да правила привидног идеалног стицаја нису ништа друго до правила (привидног) стицаја закона и у том контексту ћемо као синонине употребљавати оба термина, уз одређене корекције варијанти утемељених на плуралитету радњи. Те корекције се састоје у резервисању термина привидни реални стицај за облике јединства посебне природе (сложено или продужено кривично дело), издвојене из домена (привидног) стицаја закона, док ће се феноменолошке манифестације привидног идеалног стицаја, односно (привидног) стицаја закона, проширити и на случајеве означене као претходно и накнадно некажњиво дело.

Овом питању се може приступити и са аспекта особених критеријума постојања јединства радње, односно проширења услова констатације таквог јединства, што ћемо детаљно размотрити у поглављу који се односи на теорије домаћаја института. Остављајући за сада по страни питања која излазе из оквира термилошких дилема, сходно изнетим схватањима, као тема нашег рада фигурирају управо правила (привидног) стицаја закона, схваћена у екстензивном смислу.

## 2.4. Место у систему кривичног права (правна природа)

### 2.4.1. Фактори детерминације

Ако узмемо у обзир да се у склопу правне фигуре (привидног) стицаја, као релевантна појављују како питања релација између више законских норми, односно принципа за решавање њиховог конфликта, тако и евентуалних стицајних ефеката, који произлазе из таквог односа примарног и привидног дела, а самим тим и условно поклапање са облицима аутентичног стицаја и захтеви за прецизирањем критеријума њихове дистинкције, јасно је зашто је доктринарна мисао подељена у погледу одлуке о месту изучавања овог комплексног института у оквиру јединственог система кривичног права.

Пре свега, анализом његовог историјског развоја, уочава се нераскидива повезаност позиционирања у теорији кривичног права са питањем правне природе института<sup>63</sup>, односно поделом на стицајни или интерпретативни карактер, која је проузроковала и већ поменути термилошку конфузију. Осим тога, у овој области нарочито долази до изражаја однос са стицајним концептима, односно категоријама јединства и плуралитета кривичних дела.

У литератури постоји више различитих критеријума на основу којих се одређује припадност привидног стицаја закона једној или другој систематској теорији у оквиру општег дела кривичног права. Тако, на пример, проблем дистинкције између привидног идеалног и идеалног стицаја, условио је гледишта о позиционирању института у домену теорије кривичног дела<sup>64</sup>, док је класична дилема о правној природи, усмерила кретање доктринарне мисли између две главне струје, оличене у припадности теорији тумачења (интерпретације), са једне и теорији плуралитета (стицаја) кривичних дела, са друге стране. Поред наведеног, у литератури се као релевантне области изучавања, издвајају и теорија

---

<sup>63</sup> У различитим периодима његовог развоја, питања правне природе, терминологије и места теорије стицаја закона у оквиру система кривичног права, увек су посматрана паралелно једна са другим. Вид. Ј. Р. Матус Асуња (2000а), 295 – 371.

<sup>64</sup> S. R. Diaz, 156.

кривичноправне норме, примене казнених закона, последица кажњивог дела<sup>65</sup>, односно теорија дела, теорија типа, теорија закона и стицаја деликата.<sup>66</sup>

Једна од концепција која најбоље осликава стање ствари у овој области, раздваја карактеристике института својствене различитим општим теоријским концептима, повезаним и са његовим термилолошким одређењем, а темељи се на следећим правилима: 1) својство припадности општој теорији кривичног дела – обухвата правила утврђивања када постоји једно, а када више деликата; 2) својство припадности теорији интерпретације (тумачења) – обухвата правила утврђивања преферентности примене једне норме на рачун друге, као и дефинисање правне фигуре; 3) својство припадности теорији правних последица – огледа се у детерминацији санкције за предузето понашање, квалификовано као привидни стицај закона.<sup>67</sup>

У зависности од других релевантних критеријума категоризације, систематско позиционирање института, фигурира и у опсегу теорије типичне адекватности, теорије примене закона, као и форме испољавања недозвољеног понашања.<sup>68</sup>

Разлоге оваквог вишедимензионалног позиционирања, треба тражити у његовом комплексном карактеру, односно сложеним сегментима предмета изучавања (привидног) стицаја закона. Стога, како бисмо најадекватније одговорили на захтеве позиционирања института, потребно је пре свега јасно утврдити опсег његовог предмета изучавања. То укључује, између осталог, принципе за решавање конфликта између законских норми, теорије домањаја и критеријуме диференцијације од идеалног стицаја, али и саму његову феноменолошку димензију. Јасно је да ће од начина одговора на наведена питања, зависити ком сегменту општег дела кривичног права ће се поверити изучавање овог значајног питања. Међутим, мултидимензионалност са аспекта наведених кључних проблема, од чијег решавања зависи квалификација института привидног стицаја, условљава и тешкоће у централизацији правила његове примене као теоријски значајног задатка.

Заправо, може се закључити да једнозначна категоризација и није могућа, те да је одлука о позиционирању института у систему кривичног права, утемељена на утврђивању који елементи односе превагу, односно која димензија ове правне фигуре има централно месту у изналагању његових законитости. Стога је и наглашавање својства припадности привидног стицаја некој од поменутих теорија, питање давања примата једној од наведених суштинских компоненти института. На тај начин, фигура (привидног) стицаја закона сабира кључне елементе различитих делова кривичног права, који се на тај начин отелотворују у јединственом функционалном концепту.

Свака од наведених теорија пружа допринос у одређеном релевантном сегменту разматрања института. Ипак, као најзначајнији параметар одређивања места у систему кривичног права, можемо узети питање да ли је у конкретном случају реч о ограничењу домањаја примењивих законских норми, или пак о решењу стицајних проблема<sup>69</sup>, што га смешта у домен односа између теорије интерпретације (тумачења) и теорије стицаја, а самим тим отвара и кључну дилему његове правне природе. Међутим, чак ни овај критеријум није одлучујући у детерминацији места (привидног) стицаја закона у кривичноправном систему.

<sup>65</sup> A. R. Alberto Chacon, S. G. Cisco Barraza, F. S. Hernandez Rosales, 32.

<sup>66</sup> H. Muñoz Horment, „Contribucion al estudio de la teoria de los concursos de delitos“, *Revista Chilena de Derecho* 13/1986, 367.

<sup>67</sup> A. R. Alberto Chacon, S. G. Cisco Barraza, F. S. Hernandez Rosales, 32 – 33.

<sup>68</sup> F. Pavón Vasconcelos, 46 – 55. У том смислу, са аспекта блискости теорији интерпретације, посебно је интересантна теорија типичне адекватности, која у први план истиче проблем релација између конкретних правних фигура.

<sup>69</sup> Као показатељ релевантности наведене дихотомије, може се узети Биндингово схватање сврхе постојања института, базирано управо на давању одговора на наведено спорно питање. Вид. J. P. Matus Асуња (2000а), 305.

Тако, једно од гледишта утемељено на интерпретативној природи института, упркос таквом карактеру истог, полази од става да би га из педагошких разлога, ипак требало разматрати у склопу теорије стицаја.<sup>70</sup> Ово говори у прилог и нашој хипотези о двострукој правној природи института, која најбоље одговара захтевима и потребама судске праксе. Стога би се могло поћи од претпоставке о његовом позиционирању под окриљем својеврсне средишње категорије, која има улогу споне између две основне теорије, будући да се релевантност ове правне фигуре прожима у обе области.

Према томе, с једне стране, припадност теорији интерпретације, манифестује се у давању одговора на питање која је законска норма преферентна у односу на више примењивих<sup>71</sup>, што сугерише стављање у први план законитости примене принципа решења као средстава за решавање конфликта између законских норми. С друге стране, питање његовог односа са концептима теорије стицаја, односно њиховог међусобног разграничења, као и проблематика јединства и плуралитета радње као фактора домашаја института, оправдавају његово поимање у склопу теорије стицаја.<sup>72</sup>

Сматрамо да је исправно гледиште о двострукој позиционiranости института под окриљем поставки наведене две теорије, што је у складу са његовим мултидимензионалним карактером. Ипак, са теоријског аспекта је од значаја напоменути и схватање које полази од претпоставке да је предметном институту место у оквиру посебног дела кривичног права, јер се не ради о стицају „закон“, већ самих „казнених типова“ (инкриминација), утврђујући да је реч о сегменту посебног дела кривичног права.<sup>73</sup> Ово је донекле тачно, будући да се феноменолошка димензија привидног стицаја, исцрпљује управо у комбинацији симултаног остваривања различитих законских описа бића кривичних дела на конкретном плану, што указује да ће квалификација у овом правцу бити условљена тумачењем садржаја кривичноправних забрана, укључујући између осталог и штићена правна добра, али исто тако и тумачењем специфичних релационих односа између различитих концепата посебног дела кривичног права на основу њихове конфигурације.

#### 2.4.2. Правна природа института

Имајући у виду изнета општа схватања о факторима утврђивања места привидног стицаја у систему кривичног права, као и примат критеријума правне природе института у том домену, од значаја је указати и на начин његовог деловања у решавању овог значајног питања.

Наиме, одређивање места привидног стицаја у систему кривичног права, условљено је утврђивањем његовог односа са сродним правним категоријама, односно позиционирањем у оквирима стицајне проблематике, са једне, као и у домену редовног режима квалификације забрањеног понашања, са друге стране. Наспрам општих случајева када је једном радњом остварено биће једног кривичног дела, предвиђено у посебном делу кривичног права, и који спадају у категорију редовне квалификације, стоје манифестације стицаја у правом смислу,

<sup>70</sup> Н. Muñoz Horment, 367.

<sup>71</sup> А. R. Alberto Chacon, S. G. Cisco Barraza, F. S. Hernandez Rosales, 28. Такође, у погледу приступа заснованог на теорији интерпретације, вид. и J. Cuello Contreras, *El Derecho Penal Español, Parte General, Volumen II, Teoria del Delito*, Dykinson, Madrid 2009; C. Fontan Balestra, *Derecho penal – Introducción y Parte general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1998; E. Mezger, *Derecho penal – Parte general*, Editorial bibliografica Argentina, Buenos Aires 1958.

<sup>72</sup> Тако С. Roxin (2014); К. Н. Gössel, R. Maurach, H. Zipf, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat: ein lehrbuch*, C. F. Müller, Heidelberg 1978; S. Mir Puig, *Derecho penal – Parte general*, Editorial Reppertor, Barcelona 2016; З. Стојановић, *Кривично право – општи део*, Правна књига, Београд 2018.

<sup>73</sup> F. Galván González, 134.

односно плуралитета остварених инкриминација, проузрокованих путем једне или више радњи извршења (идеални и реални стицај). Као трећу варијанту релевантну за квалификовање недозвољеног понашања, можемо издвојити привидни стицај, који по својој природи садржи својеврсну комбинацију суштинских елемената претходне две категорије, али и јединствени правни идентитет, оличен у посебним доктринарним правилима.

У складу са тим, и у литератури се, поред општих случајева, када учинилац својим понашањем проузрокује једну последицу, односно оствари једно биће кривичног дела, указује на још два режима квалификације, оличена у диференцирању „аутентичног“ од „неаутентичног“ стицаја, који се назива и *стицај закона* и подразумева утврђивање међусобних релација између конкурентних норми, уз могућност да једна од њих искључи примену друге.<sup>74</sup>

У таквој категоризацији, одређивање места привидног стицаја закона у систему кривичног права, нарочито је отежано околношћу да се ради о институту који у већини законодавстава европско–континенталног кривичног права, није стриктно законски регулисан, односно не постоје имплицитне норме у општем делу, које би дефинисале његов положај у односу на сродне концепте. Ово питање се доводи у везу са истим факторима који су утицали на терминолошке дилеме, односно означавање института и не могу се одвојено посматрати.

Стога, главна дилема у теорији се доводи у везу са постављањем института у оквирима теорије интерпретације, односно примене закона, или пак теорије стицаја, при чему се аргументација у једном или у другом правцу, своди на утврђивање суштине разматране правне фигуре, односно онога што ћемо дефинисати као предмет теорије привидног стицаја. У том смислу, стављање акцента на питање релација између примењивих норми, које условљава њихово рангирање и давање предности једној на рачун друге, јасно указује на својство припадности теорији интерпретације.<sup>75</sup> По нашем мишљењу, имајући у виду и приступ од којег смо пошли, првенствено при поимању принципа решења као средстава за решавање конфликта између више примењивих норми, што претпоставља питања која претходе стицају, не могу се негирати обриси теорије интерпретације у разматрању овог важног питања. Осим тога, и коришћење термина „привидни“ у самом називу института упућује да је питање његовог односа са стицајем решено на релацији *aliud – aliud*, што се и постиже применом одговарајућих правила тумачења – интерпретације.

Проблематика теорије стицаја, тиче се управо услова подвођења неког понашања под плуралитет кривичноправних инкриминација, односно посебних правила одмеравања казне у тим случајевима. У литератури се указује да она спаја области кривичног права које се односе на проблематику теорије кривичног дела, као и теорије казне<sup>76</sup>, док се у погледу законске регулације, испољава у виду посебних правила одмеравања казне.

Ова позиција, која се назива и класичном, сврстава институт у општу теорију стицаја, конкретније, у облике испољавања деликата.<sup>77</sup> Међутим, ипак се напомиње да се привидни стицај изучава на том месту искључиво из традиционалних разлога, иако то није у

---

<sup>74</sup> Вид. J. Cuello Contreras, „La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos. La función de la normativa concursal (I)“, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1/1979, 47. У питању је схватање немачког аутора Штретенверта (*Stratenwerth*), засновано на концепцији да ће од начина тумачења конфликтних норми, зависити којем од могућих решења, односно система квалификације ће се прибећи у конкретном случају.

<sup>75</sup> F. Pavón Vasconcelos, 52 – 54. У том смислу, аутор истиче да није адекватна његова систематизација у склопу теорије стицаја, имајући у виду да таква концепција подразумева постојање ефективног кршења законских норми. Тако А. Etcheberry, *Derecho Penal, Parte General, Tomo II*, Editorial jurídica de Chile 1999, 122 – 128; Вид. и С. Fontan Balestra, 114 – 120.

<sup>76</sup> Стојановић (2018), 239.

<sup>77</sup> F. Pavón Vasconcelos, 46 – 47.

систематском смислу најпогодније, будући да и поред додирних тачака са облицима аутентичног стицаја, ипак поседује потпуно другачију правну природу. По нашем мишљењу, сврставање института у оквире теорије стицаја би обухватало пре свега ону његову димензију утемељену на давању одговора на питање да ли проблематика на коју се односи треба да се разматра као случај јединства, или пак плуралитета кривичних дела.

Као трећа релевантна област позиционирања привидног стицаја у кривичном праву, издваја се теорија казне, чија правила укључују одговарајуће пенолошке ефекте примене института. Међутим, за разлику од манифестација аутентичног стицаја које су изворно везане за особена правила одмеравања казне у позитивном законодавству и по том основу добијају карактеристичан ентитет, (привидни) стицај закона ипак није примарно правна фигура детерминисана аспектима наведене области, имајући у виду да примени релевантних казних ефеката, претходи решавање суштинских питања његове квалификације, односно избора примарне норме. Стога, можемо се сложити са ставом у доктрини да заговорници ове идеје занемарују чињеницу да примена одговарајуће санкције долази у обзир тек након претходног утврђивања контекста на који ће се применити.<sup>78</sup>

Стога, може се закључити да ниједна од наведених концепција које се тичу позиционирања (привидног) стицаја закона није погрешна, имајући у виду да свака осликава одређену димензију његовог карактера, тим пре уколико се узме у обзир његова двострука правна природа. Ипак, са практичног аспекта, као и из разлога систематичности у изучавању нераздвојивих концепата, сматрамо да је место разматране правне фигуре, управо у склопу теорије стицаја, због чега се можемо сложити са већинским гледиштима у домаћој и компаративној доктрини, која га изучавају заједно са облицима аутентичног стицаја.<sup>79</sup> Таквом систематизацијом се на најбољи начин постиже главни циљ института у поступку квалификације, оличен у разграничењу од облика аутентичног стицаја. Управо тој функцији су подређени сви остали сегменти његовог материјалног садржаја.

### **3. ПРИВИДНИ (ИДЕАЛНИ) СТИЦАЈ ЗАКОНА КАО ПРАВНИ ФЕНОМЕН**

#### **3.1. Опште карактеристике института**

Савремена кривичноправна законодавства не садрже посебне одредбе којима се регулише привидни идеални, односно привидни стицај уопште, као самостални институти, али они заузимају значајно место у склопу учења о стицају, где су у функцији својеврсног коректива постојећим правилима о плуралитету кривичних дела. Доктрина је, полазећи од неких основних принципа кривичног права, у случајевима њихове колизије, приликом доследне примене одредби о стицају, формулисала низ правила о условима постојања јединства кривичног дела, онда када су једном радњом остварена обележја више кривичних дела. Основ и упориште за такве изузетке, проналази се у општеважећим принципима и начелима кривичноправног система, који у условима криминалополитичких тенденција проширења криминалне зоне, односно повећања броја инкриминација, чији се елементи прожимају, добијају превагу приликом квалификације одређеног понашања. Сам поступак квалификације, као један од најсложенијих и најзначајних процеса, захтева уважавање свих кључних аспеката одређеног чињеничног стања, укључујући и тумачење смисла и сврхе прописивања инкриминација, претпостављене воље законодавца, као и успостављање равнотеже између неприкосновених општих начела и захтева за целовитим покривањем невредности одређеног понашања, кроз прописана кривична дела. Од исправности таквог

---

<sup>78</sup> *Ibid.*, 50 – 51.

<sup>79</sup> Вид. С. Roxin (2014); З. Стојановић (2018); Ј. Таховић (1961).

резоновања, зависи остваривање кривичноправне заштите и даљи одговор кривичноправног система, што указује на огроман значај формулисања правила примене теоријског института привидног стицаја, а самим тим и на велику одговорност науке да пружи адекватан допринос и смернице за поступање у условима описане колизије.

У чисто феноменолошком смислу, привидни стицај закона се одређује као случај када је формално (по слову закона), извршено више кривичних дела, али се ефективно примењује само једна инкриминација, која замењује (потискује) остале<sup>80</sup>, што се може сматрати најопштијим детерминишућим смерницама у примени института и његовом концептуалном одређењу. На ове поставке се потом надовезују сви други елементи и правила примене института у пракси.

### 3.2. Приступу изучавању института

Једно од суштински најзначајнијих питања у примени правила привидног стицаја закона, тиче се и два различита приступа његовој детерминацији у поступку квалификације, односно изучавању истог у науци кривичног права – апстрактног и конкретног (индивидуалног). Иако се примарно деловање ове дихотомне категоризације испољава превасходно у домену методологије поступка квалификације, остварујући утицај како на критеријуме диференцијације од аутентичног стицаја, тако и саме индивидуализације института применом релевантних правила за решавање конфликта између законских норми, односно на његов домаћај, на овом месту ћемо указати и на њен значај за утврђивање поставки привидног стицаја као правног феномена.

Оно по чему се (привидни) стицај закона издваја од осталих правних фигура кривичног права, јесте околност наглашеног утицаја ситуационих околности у примени правила института, што се супротставља апстрактном приступу његовог изучавања, који у најопштијем смислу подразумева формулисање општих законитости, односно правила примењивих на све његове феноменолошке манифестације. Ради се о индивидуалистичком приступу, заснованом на методологији конкретног случаја, тачније својеврсне модификације општих правила у зависности од феноменолошких облика испољавања.

Ипак, то не искључује ни могућност утврђивања привидног идеалног стицаја на основу релационих односа између апстрактно поређених формалистичких обележја појединачних инкриминација у конкретном законодавству, што се доводи у везу са поклапањем њихових елемената.<sup>81</sup> Наиме, у одређеним случајевима ће већ на нивоу законских описа бити јасно да одређени концепт обухвата други, односно да је испуњен неки од предуслова постојања привидног стицаја, чиме долази до изражаја специфични апстрактно–конкретни карактер сагледавања услова постојања института. На основу тога се врши и категоризација релевантних принципа решења и утврђује преферентна правна фигура. Међутим, осим ретких изузетака који не проузрокују веће тешкоће у квалификацији,

---

<sup>80</sup> J. Wessels, W. Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, C. F. Müller, Heidelberg 2009, 302;

У том смислу, у француској доктрини се напомиње да се привидни стицај квалификација може заснивати како на њиховој некомпатибилности у психолошком, тако и у правном смислу. Вид. С. Corpain, „Les Conflits de Qualifications“, Faculté de Droit Virtuelle de l'Université Lyon 3, fiche a jour 16 juin 2010, [https://fdvsrv.univlyon3.fr/moodle/file.php/1/FPV2/Droit\\_penal/Droit\\_penal\\_general/2010\\_sem3\\_penal\\_general\\_06\\_qualification\\_conflits.pdf](https://fdvsrv.univlyon3.fr/moodle/file.php/1/FPV2/Droit_penal/Droit_penal_general/2010_sem3_penal_general_06_qualification_conflits.pdf), 5. фебруар 2022, 3 – 5.

На сличан начин се овај институт одређује и у домаћој доктрини. Тако, према једној од методолошки најпрецизнијих дефиниција, привидни идеални стицај обухвата случајеве формалног остваривања више законских описа бића, предузимањем једне радње, уз суштинско задржавање само једног од њих, и то оног које поседује својство обухватања целокупног садржаја кривице и неправа, утемељено на специфичним релационим односима између разматраних инкриминација. Вид. И. Вуковић (2022), 342.

<sup>81</sup> Ђ. Лазин, 444.

комплексност утврђивања услова постојања института у суштинском смислу, превазилази стриктне ограничавајуће оквири апстрактне компарације правних фигура. Најзначајнија последица ове концепције, огледа се у околности да је у зависности од особености конкретног случаја, симултану реализацију два законска описа могуће квалификовати као аутентични или пак као привидни стицај.

Различита законодавстава на другачије начине регулишу материју посебног дела кривичног права. Иако код оних кривичних дела која штите најзначајније људске вредности углавном постоји сагласност у погледу основних елемената законских описа, исто тако фигурира бесконачан број могућих релација између прописаних инкриминација. То подразумева да се њихово проучавање врши на плану појединачних случајева, а све опште закључке до којих можемо доћи треба третирати само као усмеравајуће одреднице и више као дескриптивне карактеристике настале издвајањем особених примера.

Иако би општа теорија привидног идеалног стицаја, односно њене кључне поставке требало да буду независне од начина регулисања материје посебног дела кривичног права и да садрже правила вишег нивоа, која превазилазе прости метод егземплификације, ова два плана се не могу раздвојити, те се њихово прожимање појављује као нужно у изучавању института и утврђивању његових основних карактеристика. Наведена констатација директно одређује домашај привидног стицаја у односу на друге сродне правне концепте, односно број релевантних критеријума индивидуализације (принципа решења) којима се решава конфликт између законских норми.

### **3.3. Димензије института**

Пре него што приступимо самом концептуалном одређењу института привидног стицаја закона, неопходно је указати на основне формалне и материјалне елементе који се налазе у основи његовог утврђивања као самосталне правне фигуре. Ове две димензије остварују директан утицај на формалистичке и суштинске аспекте његовог постојања, који се узимају у обзир приликом концептуализације института.

#### **3.3.1. Формална димензија**

Формална димензија института, огледа се у утврђивању његових основних концептуалних елемената, тачније фактора детерминације истог, који се уједно могу сматрати својеврсном основом његових материјалних компонената.

##### *3.3.1.1. Концептуални елементи*

Под концептуалним елементима института треба сматрати пре свега појединачне структуралне, градивне компоненте, које чине јединствени склоп његове суштине, и по основу којих се исти формално диференцира од сродних концепата. Препознавање таквих елемената, заједно са факторима детерминације истих, представља први корак у изучавању неког правног концепта. Осим тога, они уједно представљају фазе у разматрању услова постојања привидног стицаја закона, односно његове дистинкције од других категорија, пре свега облика аутентичног стицаја, у формалном смислу.

На својеврсне формалистичке дефиниције, утемељене на основним концептуалним елементима института, наилазимо и у најранијим периодима његовог развоја. Наиме, у класичним системима, чији је најзначајнији представник Биндинг, полази се од тога да



стицај закона постоји када се одређено понашање, у свом тоталитету може подвести под плуралитет закона, при чему ти закони не доводе до плуралитета могућих казни.<sup>82</sup>

Из наведене констатације, произлазе следећи услови постојања, од којих су неки непроменљивог, а други варијабилног карактера: 1) јединство радње; 2) плуралитет хипотетичких инкриминација; 3) постојање материјалног основа за негацију стицаја или проглашење јединства кривичног дела.

Први формални елемент концепта, подразумева фактор броја радњи. Наиме, приликом разматрања самих термилошких дилема, већ смо назначили релевантност овог проблема при самом појмовном означавању института. Први корак у његовом концептуалном одређењу представља утврђивање квантитета броја предузетих радњи, као и да ли се у оквиру концепта могу сврстати и облици засновани на плуралитету, пре свега категорије претходног и накнадног некажњивог дела. Овај елемент представља уједно и један од најспорнијих, имајући у виду различита гледишта у домену теорија домашаја, у погледу релевантности наведеног фактора, чиме се остварује и директан утицај на феноменолошку димензију института. Једна група теоретичара као нужан и неопходан предуслов постојања (привидног) стицаја закона, поставља искључиво „јединство радње“<sup>83</sup>, док други упућују на употребу термина „јединство дела.“<sup>84</sup> Сматрамо да је други израз погоднији и прецизнији у формалистичком смислу, будући да омогућава флексибилније тумачење услова јединства, што је у духу особеног поимања домашаја овог концепта у теорији стицаја.

У погледу случајева чистог „плуралитета радње“<sup>85</sup>, исти се не изучавају у оквиру концепта (привидног) стицаја закона, већ се односе на особене облике негације реалног стицаја (*неаутентични реални стицај*), утемељене на потпуно другачијим основама јединства. Дакле, може се закључити да је први структурални формални елемент института оличен у концепту „јединства дела“, чији се материјални садржај исцрпљује у сегменту који припада проблематици теорија домашаја и феноменолошкој димензији института, а детаљније ће бити разматран и у поглављу претпоставки теоријског разматрања института.

Наспрам јединства дела, као друга страна структуралне димензије, појављује се констатација својеврсног привидног нормативног плуралитета који је условљен јединством примењивих инкриминација, тачније специфични „привидни плуралитет“ казних типова. Ово је уједно и елемент по којем се врши дистинкција разматраног института од идеалног стицаја, где се такав плуралитет подразумева. Даљом подкласификацијом, може се говорити о постојању две норме, на апстрактном плану, које се могу одредити као *главна* и *привидна*. Однос између те две норме је такав да се оне међусобно искључују, односно налазе се у конфликту<sup>86</sup>, у чему се и састоји срж дистинкције од идеалног стицаја, чија структура подразумева њихов симултани опстанак.

Са аспекта правних последица, посебно се поставља питање баланса ефеката између те две норме, на чему се и темеље различита схватања правне природе института, односно његов стицајни или интерпретативни карактер. У том контексту, истичу се дилеме у погледу

<sup>82</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 305.

<sup>83</sup> Тако А. Etcheberry, 122 – 128; Вид. и J. D. J. Restrepo, *Método para la solución del concurso aparente, Una nueva aproximación*, Universidad de los Andes 2008, 5 – 6.

<sup>84</sup> Н. Muñoz Horment, „Posibles Relaciones Entre las Figuras Delictivas Tipificadas en los Artículos 5° y 22° de la Ley n° 19.366”, *Revista de Derecho* 6/2002, 111. Закључак о прихватању термина „јединство дела“ као адекватнијег, може се извести и из концепција из немачке доктрине, које под окриље стицаја закона, односно појединих принципа решења, попут супсидијаритета и консумпције, сврставају и манифестације плуралитета радње у природном смислу. Вид. С. Roxin (2014), 997 – 1017.

<sup>85</sup> Изузетак су случајеви претходних и накнадних некажњивих дела које сматрамо особеним обликом јединства радње, под одговарајућим условима. Ови услови се, као што ћемо видети у одговарајућем поглављу, поклапају са општим претпоставкама констатације привидног стицаја закона.

<sup>86</sup> F. Pavón Vasconcelos, 31.

особених корективних утицаја привидне норме<sup>87</sup>, што иначе представља садржај материјалне компоненте разматране правне фигуре и спада у проблематику правних последица.

Наведена два елемента – *јединство дела* и *привидни плуралитет законских описа*, утемељен на дистинкцији односа главне и привидне норме, представљају основне структуралне елементе формалне димензије института, на чијем темељу се изграђују суштинска питања која су предмет теорије (привидног) стицаја закона.

Поред ових концепата, који се могу означити елементима првог нивоа, у литератури се указује и на својеврсне споредне категорије, међу којима се истичу јединство активног субјекта, као и јединство или плуралитетштићених правних добара.<sup>88</sup> Јасно је да услов истоветности учиниоца омогућава разграничење од проблематике саучесништва, док се идентитет повређених правних добара, појављује и као значајан фактор поступка квалификације приликом решавања проблематичних случајева успостављања граница у односу на сродне категорије.

Захтев јединства радње представља уједно и најспорнији концептуални елемент привидног стицаја, не само у смислу његовог опонирања супротстављеном концепту плуралитета радње, као основа утврђивања (привидног) стицаја закона, већ и у погледу његовог домањаја и са тиме повезаним терминолошким дилемама.

На првом месту, треба имати у виду, као што то истиче Стојановић, да није реч о радњи као обавезном елементу општег појма кривичног дела, односно као претправном појму), већ о вредновању радње са аспекта бића кривичног дела, што оцену јединства помера на терен законског описа, заштитног објекта, као и разумевања природе и смисла инкриминације.<sup>89</sup> Дакле, уместо постављања питања да ли је радња једна, акценат би према овом резонувању требало ставити на конкретније питање – *да ли постоји поклапање (идентитет) радње у односу на два различита законска описа бића кривичних дела*, што имплицира и анализу заштитног објекта и функционалних карактеристика одређене норме.

У контексту јединства на начин на који се поима у склопу теорије привидног стицаја закона, потребно је имати у виду неколико кључних карактеристика. Пре свега, оно се не детерминише под условима својственим теорији стицаја, што указује на излазак из стандардних оквира оцене једне радње као основа квалификације идеалног стицаја, већ представља вредносни појам, функционалног карактера, који се мора тумачити у екстензивном смислу. Осим тога, оцена таквог јединства се у зависности од околности конкретног случаја, препушта и додатним, ситуационим параметрима, попут временског размака у предузимању појединачних телесних покрета<sup>90</sup>, од чега ће зависити квалификација привидног идеалног стицаја, наспрам облика негације стицаја који почивају на констатацији плуралитета радње.

Још један концептуални елемент који сматрамо да би требало инкорпорисати у само одређење института привидног стицаја закона, јесте и *идентитет иштићеног правног добра*, повређеног плуралитетом формално примењивих инкриминација. То је нарочито значајно са аспекта односа са домањајем концепта јединства радње у екстензивном смислу и исти се морају обједињено посматрати. Наиме, обухватање случајева претходних и накнадних некажњивих дела у оквирима (привидног) стицаја закона, утемељено је на јединству радње схваћеном у описаном екстензивном – функционалном смислу, по нашем мишљењу, једино уз услов истоветности повређеног правног добра, који се на такве услове надовезује. У оним

---

<sup>87</sup> J. Cuello Contreras (2009), 677. То се односи, између осталог, на питања заблуде у погледу квалификованог елемента, која омогућава примену базичног типа, као и на одговорност саучесника и друга релевантна питања.

<sup>88</sup> J. D. J. Restrepo, 5 – 7.

<sup>89</sup> З. Стојановић (2009), 13.

<sup>90</sup> Вид. Ђ. Лазин, 27 – 31.

случајевима где такав идентитет не постоји, ови концепти излазе из опсега привидног идеалног стицаја. Из тог разлога, овај елемент фигурира као неизоставни у одређењу института.

Иако наглашавање идентитета штићеног правног добра у конструкцији института, није карактеристично у доктрини, на један сличан приступ наилазимо у регулисању принципа специјалитета у италијанском законодавству, где се у чл. 15 Кривичног законика, као услов његове примене помиње регулисање „*stessa materia*“, односно *истоветне материје – фактичке ситуације*. То се у италијанској доктрини, према неким гледиштима, доводи у везу управо са идентитетом штићеног правног добра, односно објектом радње.<sup>91</sup>

У том смислу, формулисање концептуалних елемената, креће се у правцу дихотомног истицања услова постојања идентичне чињеничне ситуације, са једне и конвергенције плуралитета правила која су подложна његовом регулисању, са друге стране.<sup>92</sup> Према томе, услов јединства радње и истоветности штићеног правног добра могу се сматрати садржаним у оквиру тако формулисане идентичне чињеничне ситуације.

По нашем мишљењу, узимајући у обзир претходно изнета схватања о опсегу јединства радње и начина на који га треба тумачити у склопу термилошког апарата теорије привидног стицаја закона, овај израз би могао адекватније да обухвати стварну феноменолошку ситуацију. Исту сврху, поред истоветности фактичке ситуације, мада у мањој мери, могао би да оствари и концепт *јединства дела*, односно јединства понашања – чињења. Ипак, не сматрамо погрешним ни традиционално означавање првог услова као јединства радње, уколико се имају у виду специфичности његовог домаћаја и начин тумачења фактора јединства у функционалном смислу, уз евентуалну корекцију употребом израза „дело“.

Значај разматрања појединачних концептуалних елемената, на које смо указали, огледа се у постављању својеврсног „костура“ за детаљно изучавање института, односно њима одговарајућих материјалних компонената, а самим тим и за успостављање линије разграничења у односу на манифестације аутентичног стицаја, чији су елементи одређени као јединство активног субјекта, плуралитет кажњивих дела, као и одсуство споне између таквих инкриминација.<sup>93</sup> За разлику од јединства активног субјекта, друга два елемента се на другачији начин одређују код (привидног) стицаја закона, и утврђују посредством концепата стицаја више казних закона у квалификацији, праћеним јединством оцене понашања.<sup>94</sup>

Дакле, базична структура института подразумева постојање својеврсне антиномије – конфликта између различитих норми које се могу применити. Питање које се поставља јесте на чему се такав конфликт темељи, односно како се он решава, а то је задатак на који треба да одговори теорија привидног стицаја закона.

### 3.3.1.2. Фактори детерминације института

Претходно изнети концептуални елементи, уско су повезани са једном другом категоријом, која се може сматрати његовом формалном димензијом у ширем смислу, а значећемо је као *фактор детерминације института*, чији се материјални садржај поклапа са правилима поступка квалификације, односно са појединачним принципима решења.

<sup>91</sup> De Liguori, L., *La legge penale: problemi e prassi applicative*, Giuffrè Editore, 2008, 367.

<sup>92</sup> G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, Parte generale, Settima edizione*, Zanichelli editore, 2014, 200.

<sup>93</sup> T. E. Solari Peralta, L. Rodríguez Collao, „Determinación de la pena en los casos de reiteración de delitos (ámbito de aplicación del art. 509 del código de procedimiento penal)“, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 3/1979, 255.

<sup>94</sup> C. A. Paredes Vargas, „Teoría del concurso de leyes y delitos“, *Revista Institucional Amag Perú* 9/2010,

Поменути фактори детерминације су отелотворени у одговарајућим релацијама између главне и привидне норме, које условљавају решавање конфликта између њих и критеријуме давања примата једној на рачун друге. Те релације, могу бити логичког, или пак вредносног карактера, и у литератури се дефинишу у склопу принципа специјалитета, супсидијаритета, односно консумпције, мада је њихова спецификација и индивидуализација дискутабилна.<sup>95</sup> У италијанској доктрини се ове категорије означавају и као *елементи индивидуализације* привидног стицаја закона<sup>96</sup>, док смо ми у нашем раду пошли од сличне терминологије, паралелно користећи изразе „*принципи индивидуализације*“ и „*принципи решења*“.

Детаљно разматрање поменутих детерминишућих критеријума констатације привидног идеалног стицаја биће предмет посебног поглавља, док је на овом месту од значаја указати на њихову комплексност и варијетет у остваривању ове значајне функције. Пре свега, основи њиховог успостављања, поред владајућих концепција логичких и аксиолошких законитости у индивидуализацији института, од којих смо пошли у овом раду, могу почивати и на потпуно другачијем приступу. Тако, у англосаксонском систему, наилазимо на ослањање на процесно управљене детерминаторе, што између осталог, поред репрезентативног правила „*Lesser included offence*“, који би у компаративном смислу одговарао релацијама консумптивности, подразумева и примену одређених „тестова“, чијим спровођењем се доноси закључак о искључењу двоструког вредновања предузетог понашања.<sup>97</sup> Осим тога, карактеристично је и да се у решавању проблема привидног идеалног стицаја, упућује на примену одговарајућих „аналитичких“ метода.<sup>98</sup>

Утврђивање ових фактора детерминације, који се надовезују на концептуалне елементе, омогућава нам формално одређење института. *У том смислу, привидни стицај закона се може одредити као јединство кривичног дела, извршено од стране једног учиниоца, засновано на фиктивном нормативном плуралитету законских инкриминација, које проистиче из логичких и аксиолошких релација између главне и привидне норме.*

### 3.3.2. Материјална димензија

Свеобухватно изучавање димензије (привидног) стицаја закона, поред препознавања његових формалних концептуалних елемената, захтева и уважавање материјалних садржаја који заправо представљају *предмет теорије (привидног) стицаја закона*.

Већ смо приликом навођења појединачних формалистичких сегмената, указали на њима одговарајуће материјалне компоненте, на основу којих је у нашем раду и конципирано разматрање института. Будући да је свака од њих обухваћена у оквиру одговарајућег поглавља, на овом месту ћемо се ограничити само на њихово прелиминарно одређење.

---

<sup>95</sup> E. Vacigalupo, *Derecho Penal, Parte General, 2ª Edición*, Editorial Hamurabi, Buenos Aires 1999, 570 – 571.

<sup>96</sup> G. Fiandaca, E. Musco, 200.

<sup>97</sup> L. Della Ragione, 28. Као репрезентативан пример се наводи тзв. „*Blocklugerger test*“. Вид. и O. Olusanya, *Double Jeopardy Without Parameters: Re-characterisation in International Criminal Law*, Intersentia, Oxford, 2004, 129. И у међународном кривичном праву, иако је том питању посвећена мала пажња са материјалног аспекта, паралелно са случајевима аутентичног стицаја, помињу се и манифестације привидног стицаја, углавном у контексту решавања проблематике релација између инкриминација геноцида и ратних злочина, при чему се прави паралела са решењима из англосаксонских система.

<sup>98</sup> O. Oshisanya, *An Almanac of Contemporary and Comparative Judicial Restatements*, Almanac Foundation, 2020, 121.

У доктрини се у изучавању привидног стицаја закона у први план увек стављају принципи решења, који произлазе из одговарајућих релација између законских норми, због чега се у већини случајева и теоријско разматрање своди искључиво на наведене категорије, отелотворене у концептима попут специјалитета, супсидијаритета, консумпције.

Једно од таквих гледишта упућује да је стицај закона проблем који се тиче утврђивања принципа којима се води потискивање једне норме на рачун друге, у условима њиховог привидног стицаја, што се везује за правило *ne bis in idem*.<sup>99</sup> Слично томе, према представнику класичног система, Биндингу, предмет теорије привидног стицаја састоји се у правилима избора закона који се може применити у конкретном случају.<sup>100</sup> На основу тога, предмет теорије привидног стицаја би се могао одредити позивајући се на принципе утемељене на релацијама између више законских норми, на основу којих се доноси закључак о квалификацији неког понашања заснованог на само једном од више примењивих концепата.

Међутим, овакво ограничење опсега теорије привидног стицаја закона, свођењем само на изучавање релација између законских норми, не омогућава адекватно и потпуно сагледавање суштине института, који захтева мултидимензионални приступ и уважавање других релевантних аспеката, попут општих начела на којима се темеље његове фундаменталне поставке<sup>101</sup>, критеријума диференцијације од сродних концепата, као и феноменолошке димензије. Стога, иако је тачно да се срж теоријске конфигурације привидног идеалног стицаја углавном своди на комплексну проблематику законитости принципа специјалитета, супсидијаритета, консумпције, односно алтернативитета, његов предмет се не исцрпљује само у наведеним категоријама, већ подразумева и разматрање других концептуалних проблема, који су у тесној вези са њима и условљавају њихову примену.

Сходно томе, може се закључити да кључне сегменте – појмове предмета теорије привидног стицаја закона, чине и следеће компоненте: терминолошке дилеме, место и позиционирање у систему кривичног права, приступи изучавању правног феномена, доктринарне дефиниције, однос са сродним категоријама, теорије домашаја, правне последице и феноменолошки облици испољавања. Посебну пажњу заслужује и детерминисање критеријума диференцијације, где заправо долази до преплитања са предметом опште теорије стицаја.

### 3.3.2.1. Предмет теорије (привидног) стицаја закона

Полазећи од формалног одређења разматраног института, као и наведених концептуалних поставки, може се издвојити неколико релевантних аспеката примене његових правила, које уједно треба сматрати и предметом теорије привидног стицаја закона, а самим тим и привидног идеалног стицаја.

На првом месту, као срж заокружене целине оличене у јединству кривичног дела, евидентно се истиче примена одређених принципа решења, заснованих на специфичним релацијама између колизионих норми, релевантних за утврђивање која од њих добија предност приликом квалификације. У том погледу, од значаја је да ли ће се ради постизања наведеног циља применити један или више принципа, као и да ли се сваки од њих

---

<sup>99</sup> С. А. Paredes Vargas, 55 – 56. Ови случајеви, засновани на међусобним релацијама између казних типова, супротстављају се аутентичном стицају деликата, који се, претпостављајући да је тај однос већ решен, баве питањем казних последица у зависности од фактора броја предузетих радњи. Вид. и И. Вуковић (2022), 342.

<sup>100</sup> Вид. Ј. Р. Matus Асуња (2000а), 305.

<sup>101</sup> У првом плану се истиче начело *ne bis in idem*. Вид. С. А. Paredes Vargas, 57.

појединачно везује само за случајеве јединства радње, или пак могу правдати и јединствену квалификацију која полази од њиховог плуралитета. Стога, на основу поменутог квантитативног фактора, могуће је диференцирати монистичке и плуралистичке системе, а један од задатака теорије привидног стицаја, јесте да дефинише све релевантне принципе, одреди њихов домашај и правила примене. Од исхода тог поступка, зависиће и одређење феноменолошких облика испољавања института.

Следеће релевантно питање, тиче се дефинисања основних критеријума који се користе за његово разграничење од других облика стицаја, пре свега идеалног, што је уједно и најкомплекснији задатак ове теорије, због преклапања два института у њиховим главним структуралним компонентама и високог степена општости примењивих параметара, условљених околностима конкретног случаја.

На крају, потребно је дефинисати крајњи исход примене правила привидног идеалног стицаја у домену теорије казне, тако да се јасно дефинишу конкретне правне последице, нарочито у поређењу са онима које проистичу из примене правила аутентичног стицаја. То се не односи само на начин утврђивања казне у конкретном случају, већ и на друге аспекте, који се тичу ефеката привидног дела и његове евентуалне супститутивне примене.

На основу наведеног, *може се закључити да овај институт регулише скуп законитости које се односе на примену принципа, односно правила решавања конфликта између законских норми, облике његовог феноменолошког испољавања, засноване на јединству или плуралитету радње, критеријуме диференцијације од стицаја, као и правне последице тих правила у домену теорије казне.*

### 3.3.3. Процедурална димензија института

Поред материјалне и формалне, на овом месту ћемо указаћемо на још једну димензију института, која заправо припада сегменту поступка квалификације. Наиме, срж проблематике института привидног стицаја закона, тиче се не само питања доношења одлуке о примени једне од више евентуално примењивих норми, већ такође и о проблематици избора носиоца квалификације. Стога се може говорити и о једној процедуралној димензији, оличеној, с једне стране у дистинкцији од аутентичног стицаја, а са друге, у примени процедуралних правила избора између две примењиве норме, што је подједнако важан суштински аспект института. То претпоставља својеврсну синтезу свих претходно наведених формалних и материјалних елемената и њихову примену у пракси, полазећи од конкретног правног проблема. Ова димензија разматране правне фигуре одговара методолошким аспектима примене института, који обухватају кључне фазе квалификације и у једном ширем смислу се односе како на критеријуме диференцијације од манифестација аутентичног стицаја, тако и на критеријуме индивидуализације привидног стицаја (примена релевантних принципа решења). У сваком случају, ради се о најкомплекснијем питању које прожима све друге релевантне сегменте привидног стицаја закона кроз детерминисање његове улоге у поступку квалификације, што ће бити предмет разматрања у посебном поглављу.

## 4. КОНЦЕПТУАЛНЕ ПОСТАВКЕ

Комплексност проблематике концептуалног одређења института привидног стицаја закона, наговестиле су већ бројне концепције о његовом терминолошком означавању и позиционирању у систему кривичног права. Томе доприносе и мултидимензионалност разматране правне фигуре, сложеност предмета изучавања, као и наглашени

интерпретативни карактер, утемељен на приступу проблемског карактера, који отежава формулисање јединственог скупа законитости примењивих на све случајеве категорисане као облик његовог испољавања. У таквим условима, тешко је формулисати оперативну дефиницију општег карактера и ускладити је са теоријским и практичним захтевима у овој области.

Пре свега, можемо се сложити са констатацијом да је предуслов адекватног дефинисања института, условљен прихваћеним теоријама његовог домаћаја, које конфигуришу и основне структуралне елементе института.<sup>102</sup>

Први и најлакши корак у том смеру би требало да буде препознавање формалних елемената које једна таква дефиниција мора да садржи. Међутим, као што смо већ напоменули, дилеме настају већ на овом плану, нарочито када је у питању први концептуални елемент, заснован на фактору релевантности броја предузетих радњи, што остварује директан утицај на суштинске аспекте његове детерминације. Следећи променљиви фактор утицаја, уједно и најзначајнији, тиче се саме правне природе института, а директно се везује, не само за формална питања теоријског значаја, већ и за кривичноправне ефекте у виду последица његове примене, као и за факторе разграничења од сродних правних концепата. Стога је задатак утврђивања законитости ове правне фигуре као једне од кључних компонената сваког поступка квалификације неког понашања, не само изазов за теоретичаре, већ и велика одговорност, имајући у виду директан утицај на кривичну одговорност учиниоца.

Из тог разлога, концептуално одређење (привидног) стицаја закона, у условима изостанка стриктних регулаторних одредби, представља комплексно питање, засновано на плуралитету доктринарних концепција, што му даје карактер једне од ретких, чисто теоријских правних фигура у кривичном праву. Док је с једне стране оправдано остављање простора теоретичарима да допринесу његовом прецизирању, и мада постоји сагласност око већине суштинских питања у његовој примени, учење о привидном стицају закона, представља један „зачарани круг“ правила, са мноштвом индивидуалних концепција и начина поимања његових законитости.

Имајући у виду такав карактер ове правне фигуре, правила њене примене би, по нашем мишљењу, могла бити формулисана једино у виду општих смерница у доктрини, а било какви покушаји изричитог законодавног уређења, не би могли да одговоре захтевима за покривањем свих могућих случајева у пракси. Уосталом, смисао и сврха таквих смерница, јесте да се, узимајући у обзир све околности конкретне ситуације, поставе оквири диференцијације између правог и привидног стицаја. Тај поступак карактерише висок степен зависности од начина испољавања забрањеног понашања, обележја кривичних дела чија примена долази у обзир, као и од њиховог међусобног односа, са аспекта захтева оличених у општим принципима кривичног права.

Ради се превасходно о институту својственом европско–континенталном кривичном праву, мада одређене обресе истог можемо пронаћи и у системима англосаксонске варијанте,

---

<sup>102</sup> F. F. Mansino, „Concorso di reati e concorso apparente di norme“, *G.U.* 118/2006, Università Telematica Pegaso, [http://video.unipegaso.it/LMG-01/Diritto%20Penale/Foglia%20Manzillo/Lezione%20IXX/Lezione\\_IXX.pdf](http://video.unipegaso.it/LMG-01/Diritto%20Penale/Foglia%20Manzillo/Lezione%20IXX/Lezione_IXX.pdf), 5. фебруар 2022, 3.

Ова констатација се превасходно односи на већ поменуте дилеме о идентитету радње извршења, тачније на проблематику утврђивања њеног јединства или плуралитета. Стога, примењивост само једне инкриминације, доводи се у везу са околношћу искључивог постојања једне радње, насупрот више хронолошки раздвојивих радњи или пропуштања.

У том контексту, у италијанској доктрини се указује да случај остваривања више инкриминација предузимањем једне радње или пропуштања, представља једно од најконтроверзнијих питања у теорији и пракси. Вид. G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè Editore, 2009, 449.

иако тек у виду поједностављеног питања мањег практичног значаја.<sup>103</sup> Тако, указује се на постојање привидног стицаја диспозиција онда када учинилац предузме радњу која наизглед крши више диспозиција, док заправо постоји само једна превалентна повреда.<sup>104</sup> Као што се може уочити, ради се о концепту који је конципиран управо на основама института привидног стицаја закона, карактеристичног за континентални систем.

Важно је напоменути да се концепт стицаја закона, за разлику од аутентичног стицаја, превасходно тиче детерминације које су правне норме примењиве у квалитативном смислу, а не утврђивања колико пута треба применити неку норму.<sup>105</sup> Из тога произлази закључак да је код привидног идеалног стицаја, нагласак на начину квалификације предузетог забрањеног понашања, а не на правилима утврђивања казне, чиме се истиче његов карактер материјалног института кривичног права, односно припадност општој теорији кривичног права.

Као што смо већ напоменули, уважавајући све особености и ограничења која произлазе из наведених карактеристика, у детерминисању правне фигуре привидног (идеалног) стицаја, кључну улогу има доктрина, мада се одређене смернице могу пронаћи и у појединим законодавствима која су се, са мањим или већим успехом, одлучила на његово регулисање.

#### 4.1. Основи доктринарног одређења института привидног идеалног стицаја

Предуслов адекватног одређења појма привидног идеалног стицаја, јесте мултидимензионални приступ изучавању овог правног појма, односно његово посматрање са аспекта кључних области, кроз које се прожимају различити сегменти феноменолошког испољавања и правне природе института. Ово питање је директно повезано са његовим местом у систему кривичног права, односно теоријским схватањима о суштинском карактеру истог, што се, по нашем мишљењу, не може једнострано и искључиво везати само за једну од могућих категоризација, заснованих на захтевима доктрине да се подведе под правила одређене опште теорије. То се, као што ћемо видети, не може очекивати од овог института, за који се са правом, метафорично тврди и да представља неку врсту „демонског круга“<sup>106</sup>, што указује на комплексног његових суштинских феноменолошких аспеката, поставки на којима почива, као и начина примене у пракси.

На самом почетку, важно је нагласити да институт привидног идеалног стицаја превасходно представља конструкцију теорије и праксе, што у условима изостанка законске регулације, може довести до неуједначене примене кривичног права.<sup>107</sup> То је разлог зашто се

---

<sup>103</sup> A. Bogdan, „Cumulative charges, convictions and Sentencing at the ad hoc International Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda“, *Melbourne Journal of International Law* 3/2002, 4. У међународном праву, указује се на постојање концепта привидног стицаја диспозиција, који се најчешће доводи у вези са односом између кривичног дела убиства са једне и геноцида или злочина против човечности, са друге стране. У конкретном случају, ради се о очигледном примеру индивидуалистичког приступа целокупном концепту привидног стицаја.

<sup>104</sup> M. F. Palombino, „Cumulation of offences and purposes of sentencing in international criminal law: A troublesome inheritance of the Second World War“, *International Comparative Jurisprudence* 2/2016, 88. Указује се да у том смислу привидни стицај диспозиција постоји онда када су предметне повреде у релацији унилатералног специјалитета, што подразумева да ће генерална (општа) диспозиција увек бити потиснута специјалном. Ово се опонира тзв. билатералном специјалитету, који према схватању аутора одговара фигури идеалног стицаја.

<sup>105</sup> A. Pagliaro, 236.

<sup>106</sup> Ова метафора се приписује немачком теоретичару Кохлману (*Kohlmann*). Вид. J. P. Matus Асуџа (2000а), 333 фн. 136.

<sup>107</sup> Љ. Лазаревић, *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Савремена администрација, Београд 2011, 283.



велики значај придаје доктринарним поставкама института, које служе као смернице за разраду његових других релевантних димензија.

Пре свега, утврђивање и препознавање елемената које треба да садржи једна оперативна дефиниција разматраног института, представља први корак ка његовом појмовном одређењу. Међутим, варијетет могућих начина њиховог испољавања у конкретном случају, ограничава доктринарна настојања да се на апстрактном плану, утврде правила примене, која се могу подићи на ранг законитости. Управо та чињеница је условила дискрепанцију и у историјском развоју схватања о овој правној фигури, у којем су се смењивала опречна поимања, како њене правне природе, тако и места у систему кривичног права и односа са сродним концептима стицајне проблематике. По свему судећи, то је кључни разлог зашто се највећи број дефиниција у теорији своди искључиво на означавања ефеката примене института, односно његових кривичноправних последица, уз изостављање генерализација у виду суштинских аспеката који се тичу постављања темеља општих правила, примењивих на све појединачне случајеве.

Изостанак одговарајућих законских одредби, додатно отежава процес постављања основних теоријских оквира у овој области и води ка екстензивном поимању кључних појмова и опсега њихове примене. Самим тим, на опречна мишљења наилазимо већ при самом терминолошком одређењу института и позиционирању у односу на сродне категорије, што се директно одражава и на правне последице примене наведеног концепта.

Треба имати у виду да се претходно изнета тврдња, не односи само на доктринарне дефиниције института, већ се са истим проблемом сусрећемо и код законске регулативе. Наиме, у оним законодавствима која садрже посебне регулаторне одредбе за случајеве привидног идеалног стицаја, таква одређења се такође свде на крајње ефекте његове примене, па се поставља питање да ли она доприносе разрешењу кључних проблема и дилема или пак само потврђују оно око чега већ постоји општа сагласност, без задирања у суштинске аспекте.<sup>108</sup>

Остављајући за сада по страни разлоге за очигледно оправдано изостављање одредби о привидном идеалном стицају у већини савремених законодавстава, а имајући у виду опсег његове примене и суштинске карактеристике, може се рећи да је релевантна дефиниција условљена повезивањем аспеката теорија интерпретације (тумачења), теорије стицаја и теорије правних последица (казне). То су уједно и три различита приступа поимању концепта привидног идеалног стицаја, уско повезана са питањем његове правне природе, места у систему кривичног права, као и терминолошког одређења.

Услови које мора да испуни једна адекватна догматска дефиниција, у материји стицаја, доводе се у везу како са инкорпорисањем елемената установљених од стране законодавца – норме „другог нивоа“, тако и уважавањем критеријума рационалности и праведности.<sup>109</sup> Стога, са тог аспекта би требало посматрати и одређења института привидног стицаја закона, нарочито у домену односа са облицима аутентичног стицаја.

На крају, важно је напоменути да је основна функција такве дефиниције да постави формалне оквири разграничења између аутентичног стицаја и привидног стицаја закона, чиме долази до спреге између два основна задатка, која се и иначе налазе у средишту нашег рада – да се *адекватно дефинише институт привидног стицаја закона*, са једне, односно да се *поставе критеријуми разграничења* између наведене две правне фигуре, са друге стране.

<sup>108</sup> Вид. поглавље Фундаменталне поставке, *infra*, 94. Управо то се десило у случају шпанског законодавног решења, сходно одредбама чл. 8 важећег Кривичног законика, које упркос несумњивом значају за законску утемељеност института, нема већу практичну релевантност у смислу решавања кључних проблема примене правила привидног стицаја.

<sup>109</sup> Вид. J. C. Moliné, „Notas acerca de las definiciones dogmáticas de consurso de delitos“, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1/1994, Madrid 1995, 38.

На тај начин, формалистичке дефиниције, између осталог, треба да осликавају синтезу материјалних аспеката дистинкције између два института.

#### 4.1.1. Могућности теоријског конципирања

Пре него што утврдимо основне предуслове теоријског одређења, њихову категоризацију и ограничења, важно је нагласити велики практичан значај ових концепција за поступак квалификације, као кључног сегмента примене кривичног права. У том контексту, у литератури се истиче да, иако је изучавање института привидног стицаја закона првенствено питање доктринарног и теоријског карактера, ипак има велики практични значај, који се креће чак и до те мере да је скоро немогуће решити неки случај из стварног живота, без познавања принципа који важе у овој материји.<sup>110</sup> У духу те констатације треба и посматрати релевантност варијетета доктринарних концепција и одређења за одређену варијанту.

Ипак, тешкоће у изналажењу општих дефиниција примењивих на све феноменолошке манифестације привидног стицаја, произлазе из правне природе института, оличене у утемељености на ситуационим факторима, односно конкретном приступу у детерминацији претпоставки примене његових правила. То је и разлог зашто се негира постојање јединственог концепта правне конкуренције, иако постоји општа сагласност о његовом везивању за случајеве привидне примењивости више од једног правног концепта.<sup>111</sup> Стога, веома је тешко одредити, односно поћи од једне опште дефиниције института, имајући у виду његове специфичности, ставове у доктрини, као и одударање у домену законске регулативе, специфичности принципа решења који се користе у решавању конфликта између законских норми, а нарочито проблематике теорија домашаја.

Развој теоријске мисли у овој области, као што смо видели кроз разматрање историјског развоја института, пролазио је кроз различите периоде, у којима се јављала потреба за модификацијом његових основних формалних и материјалних компонената. Управо је то условило и разноврсност његових одређења, имајући у виду још увек неразјашњене проблеме правне природе, места у систему кривичног права и односа са сродним концептима. Стога, иако се уочава постојање одређених заједничких елемената, може се рећи да има онолико дефиниција колико се теоретичара бави овим питањем.

Сходно томе, са правом можемо поставити питање могућности и потребе његовог дефинисања, имајући у виду да се истиче да је реч о једној од најконтроверзнијих тема, јер иако не постоје битне дискрепанције у његовом дефинисању, проблеми и дилеме настају приликом утврђивања механизма његове индивидуализације.<sup>112</sup>

#### 4.1.2. Предуслови дефинисања

Узимајући у обзир особености разматране правне фигуре, концептуалне елементе и предмет изучавања исте, адекватна догматска дефиниција института, по нашем мишљењу, мора се успоставити на темељу следећих константи: 1) начин поимања правне природе (стицајни или интерпретативни карактер); 2) екстензивно или рестриктивно поимање домашаја концепта (привидног) стицаја закона (унитарне или диференцирајуће теорије), 3)

<sup>110</sup> Н. Muñoz Horment (1986), 368.

<sup>111</sup> С. Fahl, *Zur Bedeutung des Regeltatbildes bei der Bemessung der Strafe*, Duncker & Humblot, Berlin 2021, 256.

<sup>112</sup> R. G. López Camelo, 361. На тај начин се у први план ставља практично питање његовог разграничења од сродних правних концепата.

критеријуми разграничења у односу на облике аутентичног стицаја; 4) правне последице института; 5) принципи који се користе у решавању конфликта норми – релевантне законске релације. Анализом постојећих доктринарних дефиниција, као што ћемо видети, уочава се да наведени фактори посредно или непосредно фигурирају у њиховом садржају, а комплементарни су терминолошким концепцијама и питању позиционирања института у систему кривичног права.

Сва наведена питања чији сегменти долазе до изражаја приликом дефинисања привидног идеалног стицаја, заправо представљају његов *материјални садржај – предмет теорије привидног стицаја закона*.

#### 4.2. Класификација дефиниција у доктрини

Дефинисању института привидног стицаја закона, можемо приступити из више различитих углова, у зависности од тога која његова функција у конкретном случају долази до изражаја.

Тако, уколико пођемо од функције разграничења од идеалног стицаја, акценат ће бити на елементима који такву дистинкцију омогућавају, попут наглашавања логичких и аксиолошких концепата. Као што смо већ напоменули, проблематика концептуалног одређења привидног стицаја закона, своди се управо на питање начина на који доктрина приступа решавању наведеног проблема, што укључује широк дијапазон различитих гледишта која су се мењала у различитим фазама развоја, без особених правила и континуитета. За неке од тих многобројних дефиниција, указује се да су настале на темељу разматрања односа са концептом аутентичног стицаја, односно у вези поступка њихове дистинкције<sup>113</sup>, што сугерише да се ове две правне фигуре међусобно допуњују. Стога и не чуди да се компаративне карактеристике појављују као сегменти у дефинисању института.

С друге стране, стављање у први план његове правне природе, манифестоваће се у истицању „привидног“ или пак аутентичног плуралитета законских инкриминација. Наиме, теоретичари углавном као полазну основу узимају одређење за стицајну или интерпретативну варијанту концепта, у зависности од чега варирају и други елементи дефиниције.

Осим тога, од значаја је указати и на диференцирање теоријских одређења утемељених на нормативним или пак на аксиолошким елементима, уз напомену да је увођење вредносних појмова у његовом одређењу свакако једна од карактеристичних особености института.

Тешко је објединити и класификовати бројне дефиниције привидног стицаја закона у литератури, имајући у виду разноврсност могућих материјалних компонената које чине њихов садржај и у великом броју случајева се преклапају. Ипак, након што смо претходно одредили основне концептуалне елементе и предмет изучавања института, сматрамо да сагледавање стања у овој области и утврђивање кључних карактеристика института, захтева пре свега три приступа у подели теоријских одређења. Свакако, најопштија класификација, тиче се поделе на дефиниције које полазе од интерпретативног или пак стицајног карактера предмета нашег изучавања – дефиниције засноване на правној природи института. У другој групи, на индивидуалном плану, издвојићемо: 1) дефиниције *дескриптивног карактера*, засноване на концептуалним елементима и факторима детерминације и 2) дефиниције *функционалног карактера*, које се темеље на истицању диференцирајућих критеријума, као и вредносних (валоративних) елемената.

---

<sup>113</sup> F. Pavón Vasconcelos, 61.

У сваком случају, наглашавање да је реч о врсти стицаја (привидни идеални стицај као врста стицаја), наспрам констатације да је у питању његова негација (прихватање недостатака ефективне стицајне ситуације), појављује се као главна смерница у целокупном процесу и директно утиче на све друге елементе концептуалног одређења, због чега се може рећи да су сви они у функцији њиховог детерминисања. У том светлу, као заједнички елементи свих дефиниција, наводе се нормативне претензије више правних диспозиција за регулисање конкретног случаја, као и феномен њиховог искључења услед превалентности једне над осталима.<sup>114</sup> Другим речима, истиче се постојање својеврсног конфликта, оличеног у „нормативној антиномији.“<sup>115</sup>

С обзиром на мултидимензионалност института и сложеност и комплексност предмета изучавања, јасно је због чега се у доктрини сусрећемо са великим бројем дефиниција које полазе од различитих сегмената предмета његовог изучавања. Сагледавање аспеката института кроз наведену категоризацију, отвориће пут најприхватљивијој дефиницији која омогућава адекватан баланс односа између поменутих елемената и најбоље одражава стање у нашој доктрини и законодавству.

#### 4.2.1. Дефиниције засноване на правној природи института

Расправе о терминолошким дилемама, директно се наслањају на концептуално одређење института, са којим се налазе у односу реципроцитета. Стога, у најопштијем смислу речено, појмовне одреднице манифестоване у изразу „привидни (идеални) стицај“ или пак „стицај закона“, упућују на правац кретања дефинисања у зависности од критеријума правне природе института.

Један од неизбежних приступа приликом одређења института полази од диференцирања поставки интерпретативног и стицајног карактера. Иако ћемо се том питању детаљно посветити приликом одређивања правне природе као једне од његових фундаменталних поставки, позивање на ову дихотомну класификацију дубоко задире у све сегменте правне фигуре, почев од терминолошког, па до концептуалног одређења.

Осим тога у подели на интерпретативни или стицајни карактер, треба видети централну тачку свих других одређења у доктрини. Тако на пример, код вредносних – валоративних дефиниција, наглашавање невредности дела и позивање на казнене ефекте, представља одраз управо стицајних елемената, по аналогији са третманом идеалног и реалног стицаја. Такође, истицање карактера привидности неке инкриминације, појављује се као главни параметар у даљем поимању правних последица.

У контексту концептуалног детерминисања утемељеног на поређењу са идеалним стицајем и истицањем његовог интерпретативног (нестичајног) карактера, привидни стицај закона се одређује као ситуација у којој се наизглед може применити више законских норми на једно исто понашање учиниоца, али се ти казнени типови у стварности међусобно искључују, из одређених логичких и вредносних разлога, тако да опстаје само један од њих, који потискује остале.<sup>116</sup> Све друге дефиниције које припадају овој оријентацији, свде се на истицање идентичних концептуалних елемената.

<sup>114</sup> *Ibid.*, 65.

<sup>115</sup> J. A. Tardío Pato, „El principio de especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales“, *Revista de Administración Pública* 162/2003, 190. Овај елемент је присутан како код интерпретативног, тако и код стицајног приступа.

<sup>116</sup> Н. Muñoz Horment (1986), 367; N. J. Conti, „Algunas consideraciones acerca de la teoría del concurso de delitos“, *Pensamiento penal* 2/2006, 8 – 9.

Као што се може уочити, акценат се ставља на разлоге искључења стицаја – постојање одређених релација између норми као њиховог предуслова. Изучавање института привидног стицаја закона, засновано је управо на изналажењу тих разлога искључења.

Констатација немачког аутора Мецгера да у конкретном случају није реч о релацији стицаја, већ ексклузивитета<sup>117</sup>, по нашем мишљењу најбоље одражава чињенично стање, будући да таква врста релације не дозвољава никакво паралелно постојање норми, што је суштина модела интерпретативног поимања, које се у практичном смислу првенствено манифестује у домену казних ефеката. Према овом аутору, привидни стицај се своди на истицање околности да привидно конкуришући закони нису обједињени у релацији стицаја, која је ништа друго до плуралитет казних претњи, већ се на самом почетку искључују оне норме одређене као нехармоничне.<sup>118</sup>

У том смислу, истиче се и да постоји привидни стицај закона у ситуацији када је на први поглед примењиво више правних диспозиција, али у стварности само једна од њих има примат, док остале бивају у потпуности одбачене.<sup>119</sup> Управо тај елемент потпуног одбацивања било каквих ефеката привидне норме, наглашава његов интерпретативни карактер. Другим речима, у описаним случајевима, нагласак је на негативној почетној хипотези стицаја, односно на својеврсним релацијама између одређених законских типова, које га *a priori* искључују. Тачније, само њихово постојање негира било какав почетни стицај, на шта упућује и томе својствена термилошка одредница – „привидни стицај закона.“

И друге дефиниције из ове групе утемељене су на истим елементима, односно на наглашавању искључења неког од примењивих казних типова, на рачун другог и негирање било какве врсте стицаја<sup>120</sup>, уз томе одговарајућа термилошка одређења, утемељена на изразу „привидни“, као и на позиционирању у систему кривичног права.<sup>121</sup>

Као репрезентативни пример друге групе дефиниција, утемељене на стицајном карактеру, може се навести одређење које се везује за заступника класичног система, Биндинга, а одређује стицај закона као случај када се неко испољено понашање може подвести у свом тоталитету под плуралитет законских норми, уз напомену да то ипак не доводи до плуралитета могућих казни, јер се пресуда заснива само на једном од релевантних закона.<sup>122</sup> Као што се може уочити, у овом случају се не негира плуралитет квалификација, оличен у потврђивању кршења више појединачних норми, већ само њихови казни ефекти. Овакво одређење се може сврстати и у групу последичних, дескриптивних дефиниција, управљених на истицање крајњег исхода примене квалификације привидног стицаја закона.<sup>123</sup>

---

<sup>117</sup> E. Mezger, 345.

<sup>118</sup> *Ibid.* Мецгер је истовремено и заступник диференцирајућих теорија домашаја, утемељених на рестриктивном поимању концепта привидног стицаја закона, односно његовом поистовећивању са категоријом привидног идеалног стицаја.

<sup>119</sup> A. Etcheberry, 122. У овом случају, долази до изражаја компаративни приступ, те се указује да код института привидног стицаја, за разлику од аутентичног, долази до међусобног искључења конкурентних норми. Тако и A. J. D'Alessio *et al.*, 591.

<sup>120</sup> E. Cury Urzúa, *Derecho Penal, Parte General, Tomo II*, Editorial Juridica de Chile 1997, 281; C. Fontan Balestra, 443; E. R. Zaffaroni, 558 – 559; O. Artaza, R. Mendoza, L. Rojas, „La consunción como regla de preferencia en el marco del concurso aparente de leyes“, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 53/2019, 149 – 150.

<sup>121</sup> У том смислу, поједини теоретичари разматрају институт у оквиру теорије интерпретације казног закона. Вид. C. Fontan Balestra, 114 – 121; E. Mezger, 345 – 347; A. Etcheberry, 122 – 128.

<sup>122</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 305. Као основни задатак овако одређеног института се намеће обавеза избора једне од норми која ће бити носилац квалификације, због чега се у практичном смислу, стицај закона своди на поступак избора преферентне норме, примењиве у конкретном случају.

<sup>123</sup> Дескриптивни карактер наведене дефиниције, огледа се у околности да иста не указује на два суштински најзначајнија питања – шта је основ искључења плуралитета казни и на основу чега се врши избор

Поред тога, оно што карактерише савремене дефиниције института из ове групе, јесте и наглашавање довољности само једне од примењивих законских норми да покрије потпуну невредност дела, чиме се нагласак ставља на казнене ефекте, односно циљеве који се њиме жели постићи, што је заправо и разлог зашто се говори о забрани двоструке санкције и двоструког вредновања, као руководећем аспекту оправданости његовог простирања на рачун аутентичног стицаја.<sup>124</sup> Чини нам се да је можда то и разлог зашто се у поступку диференцијације у први план стављају казнени ефекти, а самим тим и позивање на принципе који одговарају казненој политици.

Још један пример такве дефиниције у савременој доктрини, јесте и концепција немачког аутора Роксина. Наиме, према овом теоретичару, стицај закона постоји онда када, иако је формално дошло до реализације више законских типова (норми), путем казне предвиђене за један од њих, већ се у потпуности обухвата садржај невредности и кривице за целокупно предузето понашање.<sup>125</sup> У конкретном случају, ради се о моделу према којем се истиче, односно у први план ставља позивање на довољност једне од предвиђених казни да обухвати невредност дела. Тачније, наглашава се да одређена феноменолошка реализација омогућава остваривање свих релевантних функција казне, односно постављених пенолошких циљева, уз истовремено обезбеђење ретрибутивне покривености, што је фактор који се ставља испред формалних карактеристика, попут истовремене испуњености обележја више законских описа бића кривичних дела. Наиме, дозвољава се да та околност буде потиснута, уколико се установи да су сви превентивно–генерални и ретрибутивни циљеви испуњени. Ово је питање које је такође уско повезано и са карактером криминално–политичке условљености, будући да правац кретања усмерава ка казненој политици.

Посебно је интересантна концепција која се односи на коришћење концепта стицаја закона у ширем смислу, употребљеног да означи оне случајеве где је теоријски могуће применити плуралитет правних концепата на један фактички догађај. У оквиру ове широке категорије, прави се разлика између случајева где се обједињено примењују сви правни концепти (аутентични и правни стицај), наспрам оних где није могућа таква обједињена примена.<sup>126</sup> Могло би се рећи да се на тај начин јасно дефинише његова припадност теорији стицаја, што се манифестује у проблему екстензивности исте.

Ако анализирамо наведена два модела дефиниција, уочава се разлика у њиховој суштинској управљености. Наиме, код стицајне варијанте, прихвата се да је макар у формалистичком, чисто објективном смислу, дошло до својеврсног стицаја, што оправдава и терминологију, односно употребљени израз „стицај закона“. У даљем поступку, потискују се формалистички аспекти и стицај који је као такав апстрактно прихваћен, негира се, односно одбацује на рачун других фактора.<sup>127</sup> Дакле, полази се *a priori* од позитивне хипотезе стицаја, која се потом негира. С друге стране, иза термина „привидни стицај закона“, крије се идеја ограничења домашаја законских норми, односно тумачења међусобног односа који не дозвољава њихов паралелни опстанак.

---

између тих закона. У практичном смислу, то нас наводи на закључак да је изучавање института стицаја закона, везано с једне стране за критеријуме дистинкције од облика аутентичног стицаја, а са друге стране, централно место припада правилима по основу којих се утврђује примат једне законске норме у односу на другу.

<sup>124</sup> Тако Фоглер, вид. J. P. Matus Acuña (2000a), 305; J. J. Hernández Sánchez, „Concurso aparente de Leyes y Concurso de Delitos“, *La Revista de Derecho* Vol. 36 1/201, 47.

<sup>125</sup> C. Roxin (2014), 997.

<sup>126</sup> C. A. Paredes Vargas, 54.

<sup>127</sup> Углавном се у први план стављају вредносни фактори, попут довољности једне од примењивих инкриминација да у потпуности обухвати садржај невредности и кривице друге. Вид. L. Rojas Morán, „Aproximación a los criterios de inherencia y regularidad en el concurso aparente de leyes penales“, *Revista de Derecho Universidad de Concepción* 248/2020, 266 – 267.

Други елементи од значаја за поређење интерпретативног и стицајног карактера и утицај оваквих дефиниција на њихово конципирање, биће размотрени у поглављу које се односи на фундаменталне поставке института.

Полемику о две групе дефиниција, закључићемо кључним питањем које се налази у основи њихове дистинкције – да ли је у случају (привидног) стицаја закона реч о тумачењу, односно примени закона (интерпретативне дефиниције), или пак о проблематици везаној за релацију јединство – плуралитет кривичних дела (стицајне дефиниције)? Чини нам се да одговор није једнозначан и да захтева паралелно уважавање поставки и једне и друге концепције, што је у складу и са нашом хипотезом о двострукој правној природи института.

#### 4.2.2. Функционалне и дескриптивне дефиниције

Поред дистинкције одређења по основу правне природе – интерпретативног или стицајног карактера института, присутне и у свим другим категоризацијама, на индивидуалном плану ћемо поћи од још једне поделе, коју сматрамо значајном за конкретизацију основа диференцијације (привидног) стицаја закона од сродних концепата, пре свега аутентичног стицаја. Управо ове дефиниције, постављају темеље утврђивања суштинских аспеката индивидуализације института и пружају одговор на захтеве праксе.

Најбројнија су у том погледу дескриптивна одређења, у која се могу сврстати и малобројне законске регулаторне одредбе ове правне фигуре, као фундаментални градивни основ система привидног стицаја закона формулисаног у савременој доктрини. Задржавајући се на констатацији описа ефеката института, у општем смислу, односно позивајући се на одговарајуће релације између појединачних законских норми, дескриптивни приступ противречи мање бројним функционалним дефиницијама, утемељеним на истицању вредносних критеријума, односно појединих општих начела и принципа кривична права на којима се темеље основи оправдања института и критеријуми диференцијације од других облика јединства и плуралитета кривичних дела.

##### 4.2.2.1. Дескриптивна (феноменолошка) одређења

Већ смо указали на основне категорије које се сматрају концептуалним елементима привидног стицаја закона у формалном смислу, као и са њима уско повезане факторе детерминације. Дескриптивна одређења се заснивају управо на истицању поменутих структуралних концепата, попут јединства радње (дела) или пак логичких релација као суштинских детерминишућих одредница у квалификацији неког понашања. Сва концептуална одређења привидног стицаја, утемељена су превасходно на две кључне претпоставке – постојање исте фактичке ситуације и плуралитет норми чија примена долази у обзир у односу на такву ситуацију.<sup>128</sup>

Једна од дефиниција, утемељена на описивању феноменолошких облика испољавања, указује да јединство закона (привидни или неправи стицај) обухвата случајеве када је једна радња обухваћена путем две или више примењивих законских норми, које се посматрано обједињено, са аспекта међусобних релација, искључују, тако да једна од њих обухвата повреде других, односно појављује се као приоритетна.<sup>129</sup> У том смислу, оваква

<sup>128</sup> G. Fiandaca, E. Musco, 200.

<sup>129</sup> Употреба терминолошког израза „јединство закона“, оправдава се управо околношћу искључења других законских норми и давањем предности само једној од њих. Вид. Е. В. Круглова, „Множественность преступлений: некоторые проблемы и правовое значение“, *Академическая публицистика* 3/2019, 158; М. А. Чуринова, „Категории конкуренция и альтернатива в уголовном законе“, *Проблемы в российском*

одређења одговарају ономе што се у француској доктрини означава као концепт *некомпатибилних квалификација*, који произлази из околности да се одређено кривично дело појављује као логична и природна (аутоматска) последица другог.<sup>130</sup>

Слично томе, указује се и да у условима постојања више проузроковања у случају једне радње, само једно од њих се појављује као кривичноправно релевантно<sup>131</sup>, односно да је стицај искључен, иако се конкретно дело наизглед може подвести под више законских описа.<sup>132</sup> Оваква одређења карактеристична су и за немачку доктрину, где међу теоретичарима такође преовлађује наглашавање поменутих елемената, оличених у искључењу стицаја формално примењивих правних концепата и давању примата једном правном концепту који замењује (потискује) остале.<sup>133</sup> Са ове тачке гледишта у детерминацији института, не постоје никакве дилеме, односно постоји општа сагласност у доктрини у погледу дефинисања теоријског проблема са којим се суочавамо под окриљем концепта привидног стицаја.

Извесно прецизирање оваквих одређења, иде у правцу наглашавања логичког, систематског, телеолошког разматрања која резултирају потискивањем једне норме другом, уз давање апсолутног приоритета јачој норми у односу на слабију, у складу са тако постављеним критеријумима.<sup>134</sup> Тиме се донекле задире и у аспекте вредновања предузетог понашања, односно факторе индивидуализације института.

Оно што се уочава, то је да се оваквим одређењем детерминише и суштинска разлика између правних фигура привидног и идеалног стицаја, тако да се дефиниције из ове групе, појављују и као детерминатори успостављања опште линије разграничења на тој релацији у поступку квалификације.

Карактеристично за овакво одређење јесте и то да се истичу два различита плана посматрања чињеничног стања – апстрактни, који дозвољава паралелно постојање две инкриминације и полази од њихове претпоставке, са једне, и конкретни, који на основу констатације својеврсних релација између њих, са друге стране, даје примат само једној. На

---

законодављство 7/2016, 166; Р. Б. Осокин, „Квалификација жестоког обраћања с недовољнолетним при конкуренцији“, *Вестник ТГУ* 7 (99)/2011, 246 – 247; А. С. Вдовин, 75; D. Primo Triolo, *Il concorso di norme*, Key Editore, 2017, 39 фн. 2; Н. Н. Фарукшин, „Сушност и види конкуренцији уголовно–правних норм при квалификацији преступлений“, *Сборник статей Актуальные проблемы науки XXI века*, Cognition, Москва 2015, 159; Ф. Бачић, *Кривично право – Опћи део*, Информатор, Загреб 1995, 311.

<sup>130</sup> M. Bortoluzzi, 132.

<sup>131</sup> Т. Живановић, *Основи кривичног права Краљевине Југославије – Општи део, Књ. I*, Београд 1935, 346; Ј. Ђ. Таховић (1956), *Коментар Кривичног законика*, Савремена администрација, Београд 1956, 185. Слично томе, указује се на кривичноправни и криминолошки аспект конституисања јединства кривичног дела, што као резултат има обухватање једног проузроковања другим. Вид. Ј. Таховић (1961), 262; Ф. Бачић *et al.*, *Коментар Кривичног закона Социјалистичке Федеративне Републике Југославије*, Савремена администрација, Београд 1988, 217; М. Радовановић, 172.

<sup>132</sup> Ф. Бачић (1995), 312 – 313. У том смислу, истиче се да не постоји стицај кривичних дела, већ само стицај више законских концепата, од којих је примењив само један. Вид. и Љ. Лазаревић, Н. Срзентић, А. Стајић, 170. Ј. Таховић (1961), 257; Б. Чејовић, *Кривично право*, Досије, Београд 2006, 312, Б. Златарић, *Кривични законик у практичној примјени, I. свезак, Опћи део*, Народне новине, Загреб 1956, 168 – 169. Слично томе, указује се да привидни стицај норми обухвата ситуације само привидне могућности подвођења одређеног понашања под више инкриминација, будући да оне у стварности интегришу само један резултат – последицу. Вид. и J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau*, C.F. Müller, 2013, 329; G. Fiandaca, E. Musco, 193; M. Drago, *I concorsi per vigile urbano, Manuale*, Alpha Test, 2012, 179.

<sup>133</sup> J. Wessels, W. Beulke, 302; R. Hirschberg, *Der Vermögensbegriff im Strafrecht: Versuch eines Systems der Vermögensdelikte*, Springer – Verlag, 2013, 80. У том контексту се говори и о супротстављању, односно успостављању линије разграничења између кршења више кривичних закона са једне и постојања плуралитета повређених инкриминација, са друге стране. Вид. и F. Liszt, *Einleitung und Allgemeiner Teil*, Walter de Gruyter, Berlin 1932, 356; H. Otto, *Grundkurs Strafrecht - Allgemeine Strafrechtslehre*, Walter de Gruyter, 2012, 351.

<sup>134</sup> A. Z. Schmidt, 89.



тај начин, у централни план се ставља нови квалитет чињеничног стања, условљен њиховим обједињеним разматрањем и вредновањем релевантних повезујућих елемената.

У категорију дефиниција дескриптивног карактера, где се такође ставља нагласак на концептуални елемент јединства дела и исход квалификације, али уз употребу термина *стицај закона*, спада и Меркелово традиционално одређење овог института као случаја када постоји само један деликт, али се он може подвести под више различитих закона (инкриминација), међу којима се испољава привидно настојање за преузимањем превласти над делом.<sup>135</sup> Овде такође уочавамо наглашавање својеврсног конфликта између предметних норми, које се доводи у везу и са још неким теоретичарима.<sup>136</sup> Треба имати у виду да истицање конфликта између примењивих норми, посредно имплицира и истицање значаја метода за његово решавање.

И друге дескриптивне дефиниције наглашавају феноменолошке облике привидног стицаја, истичући да је реч о подвођењу исте чињеничне ситуације под више различитих казних типова<sup>137</sup>, односно о регулисању и санкционисању исте радње путем два закона<sup>138</sup>, чиме се посредно наговештавају и фактори детерминације, оличени у својеврсним релацијама између таквих казних типова, чије објашњење обично следи након оваквих одређења, а у одређеним ситуацијама појављује и као њихов конститутивни елемент.<sup>139</sup> Такве релације се најчешће дефинишу као својство једне правне норме да одбаци друге, подједнако одговарајуће казнене законе.<sup>140</sup>

Наиме, полазећи од јединства радње као основног градивног елемента правне фигуре, у литератури се указује да ће постојати привидни стицај онда када између норми првог нивоа постоји једна од четири релације – специјалитет, алтернативитет, супсидијаритет (изричити или прећутни) или консумпција.<sup>141</sup> Карактеристично је да се при самом одређењу института истиче његова материјална компонента, оличена у врстама односа између законских инкриминација на којима почива садржај правне фигуре. Осим тога, наведена дефиниција остварује још једну функцију, односно утврђује домаћај привидног стицаја закона са аспекта проблематике јединства и плуралитета радње, на којој

---

<sup>135</sup> F. Pavón Vasconcelos, 62. Аутор указује на непостојање правог стицаја, с обзиром на то да на крају, једна од норми које претендују да регулишу конкретни случај, искључује друге. Тако и М. Чубински, *Научни и практични коментар Кривичног законика Краљевине Југославије*, Геца Кон, Београд 1934, 181. Тако, могућност примене више законских описа на исто дело, везује се за несавршености у законској кодификацији, али и специфична правила, попут давања примата специјалном закону у односу на општи.

<sup>136</sup> F. Pavón Vasconcelos, 62. У том смислу, наводи се и одређење привидног стицаја као ситуације конфликта у примени закона, до којег долази онда када две или више норми регулишу исто чињенично стање, тако да ефективност једне од њих, нужно искључује другу.

<sup>137</sup> J. M. Anaya, „Concurso entre el delito de prevaricato por acción y homicidio culposo desde la perspectiva de la teoría de la imputación objetiva“, *Revista de Derecho, Universidad del norte* 24/2005, Barranquilla, 223. На тај начин се углавном наглашава привидни карактер стицаја норми.

<sup>138</sup> J. A. Jiménez Alemán, „Notas acerca del concurso de infracciones en el Derecho Administrativo Sancionador: caso peruano“, *Revista Derecho & Sociedad* 50/2018, 63.

<sup>139</sup> Наглашавање плуралитета релација, доводи се у везу са развојем класичних система. Вид. J. P. Matus Acuña (2000a), 313 – 320.

<sup>140</sup> F. Liszt, 356.

<sup>141</sup> J. C. Moliné, 40. То је дефиниција од које полази немачки аутор Клуг (*Klug*) и заснива се на хипотези постојања логичких релација између законских норми. Слично томе, институт се одређује и као скуп релација између одређених казних типова, који детерминише примену само једног од њих у конкретном случају и искључење другог или других. Вид. R. G. López Camelo, 362; G. Bigli, G. Javier, *Concurso de delitos, Diferencias y semejanzas entre el concurso ideal y el concurso de tipos penales*, Universidad empresarial siglo 21, 2014, <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/handle/ues21/13689>, 5. фебруар 2022, 37; F. Maldonado, „Sobre la naturaleza del concurso aparente de leyes penales“, *Política Criminal* Vol. 15 30/2020, 494.

И у домаћој доктрини наилазимо на одређења института, код којих је у првом плану позивање на релевантне принципе решења. Вид. Љ. Лазаревић, *Кривично право Југославије – Општи део*, Савремена администрација, Београд 2000, 171. Тако и М. Б. Ракић, „Диференцирање стицаја и привидног стицаја кривичних дела у судској пракси“, *Правни живот* 2/1961, 47 – 60, Љ. Лазаревић, Н. Срзентић, А. Стајић, 171.

почива дистинкција између идеалног и реалног стицаја. Друго је питање да ли се наведене релације даље могу прецизно одредити, односно да ли се јасно може утврдити њихов садржај.

Једна од синтетичких дефиниција у литератури, указује да привидни стицај закона постоји онда када се на исто дело могу применити различити правни концепти, који се међусобно искључују, услед чега долази до примене само једног од њих.<sup>142</sup> Дакле, овај институт се одређује на основу констатације чињеничног стања, оличеног у симултаном постојању више норми на апстрактном плану, конфликта између њих и искључења једне на рачун друге, односно јединства правне квалификације.

Оно што је карактеристично, то је да управо у нашој домаћој теорији наилазимо на овакве дефиниције привидног идеалног стицаја, чија је главна карактеристика истицање привидног остваривања више кривичних дела, путем једне радње и релевантност само једног од њих.<sup>143</sup> Ова одређења се допуњују и неким суштинским параметрима детерминације института, попут обухватности више последица једном заједничком, што имплицира примену критеријума обухватања невредности дела, али и истицањем појединих функционалних детерминатора, као што је наглашавање да се једно дело појављује као претходна фаза другог.<sup>144</sup>

#### 4.2.2.2. Вредносне дефиниције

Највећи практични значај свакако имају дефиниције које у први план стављају фундаменталне основе постојања и квалификације привидног стицаја закона, односно критеријуме његове правне индивидуализације у односу на друге концепте, пре свега облике аутентичног стицаја. Оне се тај начин појављују као допуна дескриптивним одређењима, утемељеним на истицању концептуалног јединства процеса вредновања. На тај начин, остварују функцију његовог конституисања као правне фигуре у систему кривичног права.

Карактеристично је да се оне појављују као апсолутно доминантне у компаративној доктрини, и поред недостатака оличених у непрецизности, односно позивању на ванправне концепте и критеријуме високог степена општости.

Анализом различитих концепција, може се закључити да се оне углавном свODE на наглашавање реципрочног искључења или некомпатибилности две диспозиције, по основу довољности једне од њих да обухвати целокупну невредност неког понашања<sup>145</sup>, или пак околности да би примена више њих довела до кршења принципа *ne bis in idem*.<sup>146</sup> Реч је о истицању елемента „довољности“ само једне од предвиђених, односно формално реализованих законских норми за квалификацију чињеничног понашања, чиме се посредно изводи закључак о искључењу стицајних ефеката, а уједно и наглашава спона института са

---

<sup>142</sup> F. Ravón Vasconcelos, 66.

<sup>143</sup> З. Стојановић (2018), 241; Љ. Лазаревић (2000), 170. У том смислу, конструкција привидног идеалног стицаја се везује за случајеве када су једном радњом остварена обележја бића два или више кривичних дела, али су она пак садржана, односно обухваћена бићем јединственог кривичног дела. Вид. Љ. Јовановић, *Кривично право – Општи део*, Полицијска академија, Београд 1995, 213.

<sup>144</sup> *Ibid.* Тако и Б. Чејовић (2006), 250.

<sup>145</sup> Тако Н. Welzel, *Derecho penal - Parte general* (trad. C. F. Balestra), Roque Depalma Editor, Buenos Aires 1956, 228. Аутор истиче да неће постојати стицај у случају када се више инкриминација може применити на једну радњу, али је деликтни садржај већ исцрпно обухваћен само једном од њих, која замењује остале.

Вид. и J. P. Matus Асуња (2007), 20 – 21. Као елементи тих дефиниција, издвајају се: 1) постојање најмање две потенцијално релевантне диспозиције; 2) некомпатибилност њиховог паралелног постојања, уз апстрактно постављене критеријуме диференцијације од идеалног стицаја; 3) наглашавање ефеката института, без истицања разлога некомпатибилности између више диспозиција.

<sup>146</sup> C. F. Grosso, M. Pelissero, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè Editore, 2013, 559.

облицима аутентичног стицаја, који се искључују по основу вредносних критеријума. Као најспорнији сегмент, у први план долази категорија „невредности“ неког понашања, односно критеријуми по основу којих се долази до закључка о њеној покривености само једним од могућих законских описа бића кривичних дела.

Једна од таквих дефиниција у шпанској доктрини, која се може узети као репрезентативан пример, полази од тога да постоји стицај закона онда када је неко понашање, на први поглед, садржано у више правних диспозиција, са том особеношћу да једна од њих у потпуности обухвата садржај невредности и кривице.<sup>147</sup> И у судској пракси се у образложењу квалификације привидног идеалног стицаја, наглашава да су бића привидно реализованих инкриминација садржана, односно обухваћена једним од њих, који се појављује као носилац квалификације.<sup>148</sup>

У немачкој доктрини, може се издвојити Роксинова дефиниција, према којој стицај закона постоји онда када, иако је формално дошло до реализације више законских типова (норми), путем казне предвиђене за један од њих, већ се у потпуности обухвата садржај невредности и кривице за целокупно понашање.<sup>149</sup> На тај начин би требало схватити и одређења која полазе од тога да је садржај учињеног дела исцрпно обухваћен једном од примењивих инкриминација, односно да је истом обухваћен целокупан недопуштени садржај.<sup>150</sup> Као што се може уочити, реч је наглашавању утемељености института на аспекту вредносне оцене предузетог понашања, чиме се утврђује правац формулисања даљих критеријума индивидуализације института. За аксиолошке дефиниције је карактеристичан висок степен општости у формулисању услова детерминације привидног идеалног стицаја и оне представљају оличење његове специфичне правне природе, утемељене на тумачењу и компарацији вредности којима се штите релевантна правна добра и утицају таквог поступка на коначан исход квалификације.

Осим тога, у теорији наилазимо и на генерализације одређења карактеристичних за поједине најдоминантније феноменолошке манифестације привидног идеалног стицаја, где долази до прожимања са критеријумима решавања конфликта између конкурентних правних фигура. Тако, једна од дефиниција привидног стицаја, наглашавајући као основ давања примата једном од примењивих правних концепата околност да један закон садржи концептуалну карактеристику са ужим ограничењем и посебним дејством, представља типичан одраз облика испољавања института, где се сукоб између правних норми решава применом принципа специјалитета.<sup>151</sup> У том смислу би се са вредносно – функционалног аспекта могло рећи да постоји онолико дефиниција института, колико има феноменолошких облика испољавања, односно правила решавања конфликта између законских норми. То произлази и из околности да се констатација релација која одговара примени привидног идеалног стицаја врши на конкретном плану и у зависности од ситуационих фактора, што указује на релативност у детерминацији услова његовог постојања.

---

<sup>147</sup> J. Cuello Contreras (2009), 676 – 677. Тако и Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, 732.

<sup>148</sup> Пресуда Апелационог суда у Београду, Посебног одељења Кж 1 По1 31/16 од 22.09.2017. године.

<sup>149</sup> С. Roxin (2014), 997. Тако би требало тумачити и хипотезе да је садржај учињеног дела исцрпно обухваћен једном од примењивих инкриминација. Вид. и Н. Welzel, 166; С. Jäger, *Examens – Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*, С. F. Müller, 2009, 330;

Такође, у немачкој доктрини се указује на обухватност садржаја невредности и кривице применом само једне инкриминације, док се остале искључују из пресуде о кривици. Тако Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, 732.

<sup>150</sup> Вид. Н. Welzel, 166; С. Jäger, 330. У немачкој доктрини се указује и на исцрпност у обухватању противправног садржаја путем само једног дела. Тако J. Wessels, W. Beulke, Н. Satzger, 329.

<sup>151</sup> С. Fahl, 256. У том смислу, иако апсолутни примат имају плуралистичке концепције, које поред специјалитета, прихватају и принципе супсидијаритета и консумпције, па чак и алтернативитета, ипак се у општим дефиницијама института наглашавају преваходно околности специјалности једног правног концепта у односу на други, или пак чињенице да је један од њих апсорбован другим.

Једна од последица таквог карактера института привидног стицаја, јесте и немогућност успостављања генерализованих функционалних и оперативних дефиниција, примењивих у свим случајевима у пракси. Стога, може се говорити само о ограниченом домаћају, односно релативној важности општих дефиниција аксиолошког карактера.

Осим тога, управо су вредносна одређења, заснована на последичној примени само једног правног концепта, условила и одређена термилошка настојања управљена ка употреби термина *правно јединство*, који би заменио конвенционални израз *стицај закона*.<sup>152</sup>

Може се закључити да је за сва одређења утемељена на вредносним оценама, заједничко истицање довољности једног од могућих казних типова да у потпуности обухвати садржај невредности целокупне ситуације<sup>153</sup>, или пак његове *безначајности* у односу на примарни.<sup>154</sup> Значајно је напоменути да се приликом наглашавања садржаја невредности као основа искључења привидне норме, посредно истиче концептуални елемент истовестности повређеног правног добра, који се, као што ћемо видети, појављује као један од дистинктивних критеријума у поступку квалификације.<sup>155</sup> Исто тако, фактор целовитости у оцени забрањеног понашања, долази до изражаја и код наглашавања својства примарне инкриминације да описује, односно конфигурише одређени типични акт са свим његовим објективним и субјективним елементима.<sup>156</sup>

Поред истицања вредносних аспеката, функционални карактер се може приписати и оним дефиницијама у којима су инкорпорисана одређена начела кривичног права, попут *ne bis in idem* или принципа пропорционалности, као оправдања искључења једне норме на рачун друге. Тако, указује се да постоји привидни стицај закона онда када се једно или више дела уклапају у више законских описа бића, од којих се може применити само једно, јер би у супротном постојао *bis in idem*, односно непропорционална санкција.<sup>157</sup> Такође, честе су и комбинације елемената обухватања невредности и истицања принципа *ne bis in idem*<sup>158</sup>, а у неким случајевима и наглашавање да једна од норми по својој казненој функцији замењује остале.<sup>159</sup> Једна од таквих концепција у домаћој доктрини, приликом одређења појма привидног идеалног стицаја, истиче и околност довољности казне утврђене за примарну инкриминацију да обухвати и пенолошке ефекте привидног кривичног дела, што се доводи у

---

<sup>152</sup> Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, 732.

<sup>153</sup> С. А. Paredes Vargas, 57; R. Carnevali Rodríguez, С. Salazar Zenteno, „El principio de alternatividad como cláusula de cierre dentro del concurso de leyes“, *Revista de la Facultad de Derecho (online)* 49/2020, 6; F. Szczaronski, „Aproximación a la reiteración delictiva y a la teoría de la pena“, *Politica Criminal*, Vol. 8 16/2013, 511; L. Rojas Morán, 267.

Такође, према једној од дефиниција из шпанске доктрине, указује се да постоји стицај закона онда када је, иако се неки деликтни акт може подвести под више од једног казних типова, само један од њих довољан да обухвати целокупну тежину и озбиљност учињеног, због чега је релевантност другог искључена. Вид. J. Cuello Contreras (2009), 676 – 677.

<sup>154</sup> F. Szczaronski, 512.

<sup>155</sup> Вид. поглавље Привидни идеални стицај у поступку квалификације, *infra*, 264 – 270.

<sup>156</sup> М. Bortoluzzi, 131. Сходно томе, указује се да се предност даје оној норми која најбоље описује типичну чињеницу у њеним објективним и субјективним елементима.

<sup>157</sup> F. М. Peña Castillo, „El concurso aparente de leyes en la legislación Nicaragüence“, *Revista de derecho* 12/2009, 72 – 73; R. Carnevali Rodríguez, С. Salazar Zenteno, 6.

<sup>158</sup> R. Carnevali Rodríguez, С. Salazar Zenteno, 6; J. А. Jiménez Alemán, 63 – 64; S. Mir Puig (2016), 652. Осим тога, позивање на принцип *ne bis in idem* у циљу избегавања вишеструког кажњавања, карактеристично је и за англосаксонско кривично право, где се управо на темељу тог принципа и изграђују концептуалне основе, сличне обрисима института привидног стицаја закона у европско–континенталном кривичном праву. Вид. О. Olusanya.

За италијанску доктрину, вид. P. Rivello, „Concorso di reati e conflitto aparente di norme“, *Giustizia Militare* 5/2017, 2.

<sup>159</sup> J. J. Hernández Sánchez, 47.

везу са разлозима и условима који се сматрају неопходним за констатацију привидног идеалног стицаја, односно постојања само једног кривичног дела.<sup>160</sup>

Позивањем на принципе *ne bis in idem*, као и пропорционалности, задире се у основе оправдања и фундаменталне поставке института, што знатно увећава значај оваквих теоријских одређења, у практичном смислу.

Још једна значајна функција која долази до изражаја у оваквом одређењу, тиче се постављања темеља дистинкције од облика аутентичног стицаја, пре свега идеалног, где наведени принципи добијају улогу разграничавајућих фактора у односу на ове правне фигуре, што спада у централну проблематику теорије привидног стицаја.

У том смислу, Мир Пуиг (*Mir Puig*) истиче да када једно или више дела заједнички конституишу више деликата, постојаће стицај (идеални или реални), док ће стицај закона постојати онда када је једно или више дела укључено у више правних концепата, од којих се само један може применити, будући да би обједињена примена подразумевала *bis in idem*.<sup>161</sup> Исто тако, тврди се да постоји привидни идеални стицај, а не реални или идеални, онда када један од привидно конкурентних закона, у потпуности обухвата садржај невредности другог дела.<sup>162</sup>

Поред тога, у функцији решавања овог сложеног питања дистинкције, допринос даје и наглашавање релација између норми, односно процеса анализе који води ка закључку о примени само једног казненог типа, чија би симултана примена са другим довела до кршења принципа *ne bis in idem* и принципа пропорционалности.<sup>163</sup>

На крају, важно је напоменути и једно од диференцијалних одређења према којем привидни стицај постоји у случајевима када тоталитет или фрагменти неког догађаја, потпадају под више деликтних фигура или типова, у односу на које је претходно утврђено да не постоје ни идеални ни реални стицај<sup>164</sup>, што представља негативну дефиницију, засновану на посредном наглашавању вредносних принципа супротстављених начелима теорије стицаја.

Уочава се да се насупрот дескриптивним дефиницијама, у први план стављају практична и процесна питања садржаја поступка квалификације и улоге фундаменталних поставки института у таквом процесу. Ипак, поставља се питање могућности догматских дефиниција да успоставе јасну дистинкцију између (привидног) стицаја закона и идеалног стицаја. Наиме, јасно је да се тврдњом да привидни стицај постоји онда када између конкурентних норми првог нивоа, постоји релација специјалитета, алтернативитета, супсидијаритета (изричитог или прећутног) или консумпције, док идеални стицај подразумева негирање таквих релација<sup>165</sup>, не постиже много у прецизирању линије разграничења између њих, баш као ни указивањем да ће први концепт постојати уколико се констатује да је једна норма довољна да покрије целокупну невредност дела.<sup>166</sup> Назначена

<sup>160</sup> Ђ. Лазин, 7. Аутор у том смислу указује на нецелисходност кажњавања учиниоца за привидно дело.

<sup>161</sup> S. Mir Puig (2016), 652. Сматра се да се иза тога крије управо околност да је само један од концепата довољан да обухвати невредност конкурентних дела. Аутор као пример наводи случај учиниоца који на перфидан начин лиши живота друго лице, остварујући елементе тешког убиства, где је евидентно да се неће разматрати симултана примена инкриминације обичног убиства.

<sup>162</sup> J. P. Matus Асуња (2000а), 331. На сличан начин и дефиниција из француске доктрине, под привидним стицајем квалификација, подразумева случајеве где упркос плуралитету могућих инкриминација, долази у обзир примена само једне од њих, док су код ефективног стицаја квалификација, све оне неопходне ради обухватања различитих аспеката неког понашања. Вид. A. Dekeuwer, „La classification des concours de qualifications“, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 3/1974, 513.

<sup>163</sup> J. D. J. Restrepo, 5.

<sup>164</sup> M. A. Torrez López, 150.

<sup>165</sup> J. C. Moliné, 39 – 40.

<sup>166</sup> J. P. Matus Асуња (2000а), 346.

обухватност невредности дела може почивати на различитим поставкама и тумачењима, што нас поново враћа на комплексност предмета изучавања.

Међутим, иако ове дефиниције не могу решити проблем који се крије иза института привидног стицаја закона, нити се то од њих може очекивати, с обзиром на то да је реч о питању индивидуално – проблемског карактера, оне наговештавају и усмеравају правац таквих настојања.

## 4.2. Законска одређења

Иако у знатно мањој мери него теоријска мисао у овој области, одређени допринос концептуалном одређењу института (привидног) стицаја, можемо пронаћи и у његовом регулисању од стране појединих законодавстава. При томе, на самом почетку је потребно направити разлику између законског прописивања наведене правне фигуре у виду норми тзв. „другог нивоа“, од његове законске заснованости – утемељености, која се може манифестовати у различитим појединачним инкриминацијама општег и посебног дела кривичног права.

У немачком законодавству, чија је доктрина најзаслужнија за развој привидног стицаја закона, не постоје изричите законске одредбе које регулишу овај институт, те се његово изучавање у доктрини, врши паралелно са концептом стицаја кривичних дела, при чему се одређује као његов изузетак<sup>167</sup>, а то је случај и са стањем у нашем законодавству и доктрини. У том смислу, његово концептуално одређење почива на ослањању на теоријска разматрања и начин регулисања облика аутентичног стицаја. Управо из тог разлога, у први план долазе аксиолошка одређења утемељена на општим начелима кривичног права, као и процесу тумачења, првенствено у односу на стицајне концепте. С друге стране, може се говорити о његовој законској утемељености, која почива пре свега на постојању *клаузула супсидијаритета* у одредбама посебног дела кривичног права.<sup>168</sup>

Француско законодавство такође не садржи одредбе другог нивоа, управљене ка регулацији института привидног стицаја, али се указује да је наведена проблематика доста поједностављена, нарочито у светлу правила регулације идеалног стицаја, који подразумева примену најстроже санкције, као и због великих дискреционих могућности за адекватно вредновање привидног стицаја приликом одмеравања казне.<sup>169</sup> На тај начин се поново истиче утемељеност и спона са формалним правилима резервисаним за идеални стицај.

Посматрано са историјског и компаративноправног аспекта, обресе самог концептуалног одређења института, можемо уочити пре свега у регулативи шпанског законодавства, која је традиционално посвећивала пажњу његовом регулисању путем тзв. „норми другог нивоа“. У ранијем шпанском кривичном законодавству, постојала је одредба овог института, која је давала предност кривичном делу са предвиђеном најтежом казном. Тако у чл. 68 Кривичног законика из 1944. године, било је прописано да се она понашања која се могу подвргнути под два или више законских описа, квалификују према кривичном делу са најтежом санкцијом.<sup>170</sup> Међутим, чак и ако се занемари очигледан недостатак овакве одредбе, оличен у непрецизности, односно недефинисању услова њене примене, јасна је и концептуална неодрживост решења о примени критеријума најтеже казне.

<sup>167</sup> L. Della Ragione, 274.

<sup>168</sup> Вид. нпр. чл. 167, чл. 346. КЗ.

<sup>169</sup> L. Della Ragione, 278 – 279. Из тог разлога се указује да се проблем привидног стицаја закона решава, како у склопу теорије кривичног дела, тако и теорије одмеравања казне.

<sup>170</sup> J. Cuello Contreras (1979a), 74; J. P. Matus Acuña (2008), 1283.

Позитивно шпанско законодавство садржи одредбе које регулишу институт привидног стицаја, и то на поставкама унитарне теорије домашаја, што подразумева како облике засноване на јединству, тако и оне који произлазе из плуралитета радњи. Наиме, чланом 8 Кривичног законика Шпаније<sup>171</sup>, предвиђено је да ће се она дела која се могу квалификовати у складу са две или више законских норми, а која нису обухваћена чланом 73 (реални стицај) и чланом 77 (идеални стицај), подвргнути следећим правилима: 1) специјална норма ће бити преферентна у односу на генералну; 2) супсидијарна норма ће се применити само ако није могућа примена главне, било да је тај супсидијаритет одређен изричито или прећутно; 3) законска норма ширег опсега апсорбује оне које санкционишу у њој конзумиране инкриминације; 4) у одсуству претходно наведених критеријума, тежа законска норма ће искључити ону која предвиђа мању казну.

На сличан начин, али ограничавајући се на релацију специјалитета, одредба чл. 15 италијанског Кривичног законика, предвиђа да ће у случају када два или више казних закона, односно диспозиција, регулишу исту материју, закон или диспозиција специјалног карактера, дерогирати општу, осим ако није предвиђено другачије.<sup>172</sup> И у италијанској литератури се указује да је оваква одредба управљена ка избегавању квалификације плуралитета кривичних дела, у односу на исти догађај, која би била у супротности са материјалним аспектом принципа *ne bis in idem*.<sup>173</sup>

У утврђивању значаја поменутих одредби за дефинисање концепта привидног стицаја закона, поред диференцирања од законске заснованости истог, која припада проблематици његовог фундаменталног утемељења, нужно се намеће и потреба дистинкције законске заснованости самог института, наспрам законске заснованости елемената његове индивидуализације. Према томе, легислативно одређење се у свим поменутих случајевима заснива искључиво на регулисању елемената индивидуализације института, при чему је заједно са дефиницијом, изостављено такође и терминолошко означавање истог.<sup>174</sup>

По свему судећи, приликом концептуалног одређења института привидног стицаја закона, не можемо се много ослонити на формалноправну регулацију, нарочито имајући у виду њен изостанак у већини законодавстава, као и дескриптивни карактер таквих правила, која се ограничавају на навођење фактора његове детерминације.

Адекватна законска норматива би подразумевала скуп прецизно дефинисаних општих, апстрактних правила, примењивих на све појединачне манифестације феноменолошке димензије концепта, као и прецизно одређивање његовог домашаја и услова постојања. Тај циљ је тешко постићи, нарочито имајући у виду већ указане дилеме формалне и суштинске природе.

С друге стране, сам изостанак такве законске регулације не мора бити негативна карактеристика, имајући у виду да указује на тенденцију давања предности индивидуалистичком приступу његовог изучавања (приступ проблемског карактера), повезаним са конкретним чињеничним манифестацијама. Сматрамо да тако треба тумачити и Роксинову констатацију да је немогуће у апстрактном смислу дефинисати услове када се садржај невредности једног типа поклапа са другим, већ да се то помера на ниво концепата посебног дела кривичног права.<sup>175</sup>

<sup>171</sup> Ley Orgánica 10/1995, *Boletín Oficial del Estado*, Num. 281, 24.11.1995, Jefatura del Estado, 33987 – 34058.

<sup>172</sup> L. Della Ragione, 275.

<sup>173</sup> P. Rivello, 2.

<sup>174</sup> Вид. J. P. Matus Acuña, „El concurso (aparente) de Leyes en la Reforma Penal Latinoamericana“, *Revista Chilena de Derecho* Vol. 24 3/1997, 76 – 77.

<sup>175</sup> C. Roxin (2014), 997.

Међутим, то не значи да је разматрани институт лишен законске утемељености, чак напротив, начело легалитета се појављује као један од основа његовог постојања, што ћемо, баш као и потребе изричите регулације, детаљно размотрити у поглављу које се односи на фундаменталне поставке.

Имајући у виду наведено, сматрамо да би изричита законска регулација, поред тешкоћа у изналажењу адекватне дефиниције, која би задовољила захтеве општости и примењивости на све случајеве привидног стицаја закона, додатно закомпликовала ионако сложено стање у овој области. Осим тога, то би у техничком смислу захтевало велики број одредби како би се обухватили сви значајни сегменти института, што би било у супротности са захтевима рационализације у прописивању норми кривичног права.

### 4.3. *De lege ferenda* одређења

Дефинисање концепта привидног идеалног стицаја, представља једно од најкомплекснијих питања у доктрини, нераздвојиво повезано са схватањима о његовој правној природи, проблематиком концептуалних елемената, домаћајем института, односом са облицима аутентичног стицаја, правним последицама, као и питањем логичке и вредносне утемељености. Стога, тешко је формулисати јединствену дефиницију која би представљала синтезу свих релевантних сегмената и представљала апстрактни одраз предмета изучавања теорије привидног стицаја закона, због чега се може рећи да мултидимензионалност института захтева и мултилатералне дефиниције, у зависности од функције која се жели нагласити.

Већ смо указали на однос између појмова *привидни стицај закона* и *привидни идеални стицај*, односно термиолошке дилеме у овој области, као прелиминарна питања на чијим темељима почива адекватно догматско одређење разматраног института. Закључак о поклапању садржине наведених теоријских концепата, као и поимању домаћаја основног концептуалног елемента – јединства радње схваћеног у екстензивном смислу, одређује и усмерава правац даљег дефинисања.

Задатак адекватне оперативне дефиниције јесте да омогући индивидуализацију института, у складу са захтевима примењивости на све њиме обухваћене случајеве. Имајући у виду специфичности феноменолошке димензије привидног идеалног стицаја, поћи ћемо од мултилатералног приступа у дефинисању, што подразумева функционалну дефиницију, која одражава све релевантне аспекте института.

Пре свега, први однос који треба разрешити, јесте онај између аутентичног стицаја, где постоји квалификација плуралитета кривичних дела, са једне стране, и (привидног) стицаја закона са друге. Тачка разилажења се огледа у унитарној правно–вредносној оцени присутној у другом случају, која искључује стицај кривичних дела, остављајући само могућност разматрања апстрактног паралелног постојања више законских норми.

Стога, када једно исто чињенично стање наизглед може да се подведе под више кривичноправних забрана, односно када формално одговара законским описима бића више кривичних дела, али нису испуњене материјалне претпоставке за квалификацију стицаја, такви случајеви се подводе под конструкцију стицаја закона, означену и као (привидни) стицај закона, уколико се жели назначити функција јединства кривичноправне оцене.

Следеће питање које се намеће, уједно и најспорније, односи се на варијанте стицаја закона, односно на релевантност диференцијације јединство – плуралитет радње и у домену овог института. Наиме, питање је да ли се по аналогiji са теоријом стицаја, која прави ову дистинкцију, може говорити и о евентуалном привидном идеалном и привидном реалном



стицају као манифестацијама концепта привидног стицаја, или је ипак таква дистинкција сувишна.

Сходно томе, привидни идеални стицај или (привидни) стицај закона би се могао одредити као *облик јединства кривичног дела, утемељен на нормативном плуралитету законских описа бића кривичних дела, заснованом на функционалном јединству радње (дела), односно идентитету штићеног правног добра, који искључује симултану примену колизионих кривичноправних норми, по основу обједињујућих околности, конфигурисаних на општим и њему својственим принципима кривичног права, и успоставља примат једне од њих по основу присуства одговарајућих логичких и међусобних релација аксиолошког карактера.*

Из овако дефинисаног концепта, произлази и предмет изучавања теорије привидног стицаја закона, који у први план ставља правила за решавање сукоба између плуралитета колизионих кривичноправних норми, односно утврђивање носиоца унитарне законске квалификације, као и критеријуме диференцијације од аутентичног стицаја, пре свега идеалног.

## 5. УЛОГА И ЗНАЧАЈ (ПРИВИДНОГ) СТИЦАЈА ЗАКОНА

Већ се из самог концептуалног одређења института (привидног) стицаја закона, наговештава значај његове улоге за поступак квалификације неког понашања, односно за кривичну одговорност учиниоца. Наиме, његов утицај у овој области може се поредити са оним који се приписује теорији стицаја, као једној од кључних правних фигура у систему кривичног права.

Пре свега, питање јединства и плуралитета инкриминација примењивих у конкретном случају, продубљује се увођењем концепта (привидног) стицаја закона, као категорије која је паралелна са формама аутентичног стицаја и у зависности од начина поимања његове правне природе, има задатак да искључи примену стицајних правила, односно да утврди домашај једне норме у односу на другу, полазећи од њихових међусобних релација. У том смислу, представља манифестацију захтева за успостављањем равнотеже између појединих принципа кривичног права до чијег сукоба може доћи у примени његових правила. При томе, овај институт се појављује као средство, односно нужан исход таквог конфликта. То се најбоље одражава на примеру материјалне компоненте принципа *ne bis in idem*, који забрањује двоструко вредновање истих чињеница, што отвара пут примени овог института у циљу поновног успостављања нарушеног баланса у кохерентном систему.

Поред улоге у разрешењу нормативних антиномија, које крше фундаменталне принципе кривичног права, свакако да се највећи значај (привидног) стицаја закона манифестује у домену правних последица, односно кривичне одговорности учиниоца. Ако се пође од констатације да није дозвољено захтевати од исте особе да одговара више пута за једно дело<sup>176</sup>, јасан је значај улоге овог института ради обезбеђења поштовања наведеног правила, као и његова практична вредност, оличена у формулисању дистинктивних карактеристика у односу на последице аутентичног стицаја. Остављајући по страни да ли се тај дистинктивни ефекат постиже у пракси, с обзиром на специфичности појединих законодавстава, постојање ове правне фигуре пружа гаранцију да ће се у сваком случају обезбедити пропорционална кривичноправна заштита штићеним вредностима.

Најзначајнија практична последица, огледа се по правилу у примењивости само казне за деликт који је у поступку решавања конфликта између више норми, проглашен

---

<sup>176</sup> *Ibid.*, 997 – 998.

примарним и као такав потиснуо остале<sup>177</sup>, чиме се одбацују стицајни ефекти оличени у плуралитету таквих вредносних оцена.

На крају, важно је напоменути и да примена овог института, обезбеђује не само поштовање неких општих начела кривичног права попут *ne bis in idem*, или забране двоструке санкције, већ и у томе што обезбеђује остваривање опште сврхе кажњавања, пре свега превентивно – генералних циљева.

Утицај института на остваривање циљева генералне и специјалне превенције, посебно се истиче у италијанској литератури. У том смислу, примена ригорозније диспозиције аутентичног стицаја, сматра се препреком за остваривање циљева једног рационалног криминално–политичког модела, јер се доводи у питање његов легитимитет. С друге стране, са аспекта специјалне превенције, указује се да уколико би учинилац био осуђен за плуралитет деликата у условима унитарне невредности дела, таква санкција би за њега била неправедна, односно довела до непријатељске настројености према законодавству и негативно утицала на поступак ресоцијализације.<sup>178</sup>

То нас наводи на закључак да је једна од функција (привидног) стицаја закона управо обезбеђење остваривања циљева генералне и специјалне превенције. Стога, сматрамо сасвим оправданом констатацију да је немогуће решити проблем квалификације неког понашања, односно подвођења под важеће норме кривичног права без познавања правила привидног стицаја закона.

---

<sup>177</sup> J. J. Hernández Sánchez, 49. На то указује и Лазин. Вид. Ђ. Лазин, 45.

<sup>178</sup> L. Della Ragione, 16.

## II ПОГЛАВЉЕ

### ФУНДАМЕНТАЛНЕ ПОСТАВКЕ

Привидни идеални стицај, односно привидни стицај закона, представља мултидимензионалну фигуру коју карактерише велика разноврсност теоријских дилема, како у погледу њеног практичног домаћаја и правних последица, тако и у области суштинских аспеката позиционирања института у систему кривичног права. Изостанак законске регулативе у овој области још више продубљује проблематику, тако да је препуштено доктрини и судској пракси да поставе границе у којима ће се примењивати његова опсежна правила.

Први корак у изучавању сваког кривичноправног института подразумева претходно утврђивање фундаменталних законитости, које произлазе из његове правне природе, што је претпоставка даљег формулисања, односно препознавања суштинских аспеката значајних за правилну примену конкретне фигуре на одређену правну ситуацију. У овом домену се преплићу правила аутентичног и привидног стицаја, чије се основне диференцијалне карактеристике манифестују у (не)могућности упоредне примене одговарајућих правних категорија<sup>1</sup>, што отвара питање начина успостављања равнотеже, односно балансирања поставки наведена два института.

Сврха доктринарног института привидног идеалног стицаја јесте управо да повеже супротстављене захтеве опште теорије кривичног права и теорије стицаја, како на плану исхода процеса квалификације, тако и у домену правних последица, због чега се и говори о његовом двоструком правном карактеру, што је, као што ћемо видети, једино исправно поимање правне природе и функција ове фигуре.

Може се рећи да је један од најбитнијих сегмената теорије (привидног) стицаја закона, управо околност да ли му се приписује стицајна или интерпретативна природа, што се директно одражава и на његове фундаменталне поставке.

Уска повезаност са теоријом стицаја и њеним елементарним компонентама, има за последицу немогућност потпуног раздвајања и изоловања аспеката привидног идеалног стицаја, у виду самосталних правила, који би важили за све њене појавне манифестације. Заправо, иако по својој правној природи подразумева негацију плуралитета кривичних дела, ради се о институту чија је примена условљена факторима који излазе из опсега простих релационих односа између правних норми и захтева узимање у обзир комплексног скупа законитости, чији су облици испољавања условљени околностима конкретног случаја.

Утемељеност теорије привидног идеалног стицаја, заснива се у највећој мери на разлозима доктринарног карактера, а који се свде првенствено на оправдања њеног издвајања из стицајне регулативе, по првобитно замишљеној концепцији Меркела. С друге стране, за адекватно разумевање његове правне природе, релевантна је и једна теоријска констатација, која се везује за немачког аутора Јешека, а своди се на закључак да је у конкретном случају реч о простом питању интерпретације, препуштеном доктрини и јуриспруденцији.<sup>2</sup> Треба имати у виду, на првом месту, да је у питању институт доктринарног карактера, који је лишен законског одређења, осим у ретким изузецима.

<sup>1</sup> J. Hruschka, *Strafrecht nach logisch – analytischer Methode: Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, Walter de Gruyter, 2011, 393.

<sup>2</sup> J. Cuello Contreras (1979a), 53.

Управо такав његов карактер, додатно отежава утврђивање правног положаја и основних поставки на којима почива.

Имајући у виду велики број инкриминација забрањеног понашања, случајеви њихове колизије у савременом кривичном праву нису ретка појава, а могућности њиховог решавања, крећу се између прописивања посебних изузетака (норме „другог нивоа“), или пак упућивања на опште релационе односе, који искључују њихов паралелни опстанак. Недостаци прве варијанте огледају се у концептуалној немогућности дефинисања законитости примењивих у сваком појединачном случају. Стога, утврђивање скупа усмеравајућих општих правила, који се могу прилагодити околностима конкретних феноменолошких манифестација, представља рационалније решење проблема.

У том смислу се као једно од оправдања института наводе и разлози криминално–политичког карактера, оличени у настојању да се тиме обезбеди решавање проблема повећаног броја инкриминација карактеристичног за савремена кривична законодавства, услед наглашених репресивних тенденција.<sup>3</sup> Наиме, може се рећи да институт привидног стицаја представља нужну последицу тенденције да се инкриминише што већи број забрањених понашања у различитим друштвеним сферама, односно са различитих аспеката, што доводи до преклапања између самих правних концепата који се у ту сврху користе. Таква преклапања захтевају одговарајућу интервенцију у функцији заштите кључних начела кривичног права, укључујући и забрану двоструког вредновања (*ne bis in idem*).

Оригинарна оправданост привидног идеалног стицаја, не заснива се на изричитим законским одредбама, из чега произлази да се сва његова релевантна правила, односно структурални сегменти изводе из теоријских закључака, и то довођењем у везу и компарацијом са општеприхваћеним законитостима теорија општег кривичног права и стицаја.

Иако постоји својеврсно преплитање са теоријом казне, фундаменталне поставке института привидног идеалног стицаја треба тражити на плану основних начела која га конфигуришу, са аспекта општих принципа кривичног права. Међутим, може се условно говорити и о фундаменталним поставкама овог института, у домену правних последица, мада оне не конституишу његову егзистенцијалну суштину, већ само помажу да се након доношења закључка о испуњености услова за примену правила привидног стицаја, даље усмери правац његове примене.

Привидни стицај закона се превасходно издваја као институт који постоји паралелно са варијантама идеалног и реалног стицаја и са чијим се ефектима упоређује. Међутим, за разлику од наведених облика аутентичног стицаја, није вођен стриктним правилима о казним ефектима као последицама његове примене, где би управо и требало да дође до дође до изражаја његова специфичност у односу на остале феноменолошке облике, ако бисмо пошли од хипотезе стицајног карактера.

Изостанак одговарајућих одредби у домену теорије казне отежава утврђивање поставки института. Могло би се рећи да се ради о правној фигури у расцепу између две супротстављене варијанте, од којих ниједна не поседује апсолутну превласт над другом. С једне стране, придавање стицајног карактера, подразумева решавање проблема одмеравања казне, у складу са особеним правилима. Међутим, приписивање принципа комбинације случајевима стицаја закона, не чини се као адекватно решење у свим позитивним законодавствима, нарочито онима где су последице идеалног стицаја изједначене са реалним.

Корени целокупне теорије (привидног) стицаја закона, проналазе се у немачкој теорији, која се стога и појављује као референтна за сва остала доктринарна тумачења,

---

<sup>3</sup> З. Стојановић (2009), 9.

нарочито због тога што поседује својство обухватања највећег дела његових есенцијалних аспеката.<sup>4</sup> То је од особеног значаја, нарочито ако се има у виду околност да њене поставке нису добиле адекватно отелотворење у виду посебних регулаторних правила.

У сваком случају, суштина утврђивања фундаменталних поставки (привидног) стицаја закона, испољава се управо на плану основних начела која га конфигуришу и од ове хипотезе ћемо поћи у разматрању његових кључних утемељујућих принципа.

## 1. ПРАВНА ПРИРОДА

Утврђивање правне природе института (привидног) стицаја представља први и примарни задатак у његовом теоријском разматрању, будући да наведени аспект прожима сва кључна питања која се тичу предмета његовог изучавања, почев од термилошког одређења и позиционирања у систему кривичног права, па до правних последица. На тај начин, то питање се појављује као прелиминарно у скоро свим сегментима његовог материјалног садржаја.

Пре свега, по аналогији са начином поимања правне природе идеалног стицаја, о институту привидног стицаја се говори у контексту супротстављања категорија стицаја закона и привидног идеалног стицаја<sup>5</sup>, што се заправо може тумачити у светлу концепција о интерпретативном и стицајном карактеру института, водећи се принципом да квалитативна детерминација примењивих норми произлази из квантитативне детерминације повреда.<sup>6</sup> Међутим, имајући у виду правне последице његове примене, јасно је да таква категоризација у суштинском смислу неће утицати на крајње пенолошке ефекте, односно исход квалификације.

Исто тако, за детерминацију правне природе института, релевантно је одређење привидног стицаја са аспекта потврђивања или негације постојања правне колизије. У том смислу, треба имати у виду да позивање на колизију захтева развијене механизме за превазилажење сукоба, што се супротставља гледишту да не постоје никакви унутрашњи конфликти између норми, већ се проблем решава директно приликом квалификације предузетог понашања.<sup>7</sup>

На крају, важно је поменути и средишња гледишта, која полазе од поимања привидног стицаја као института позиционираног између стицаја кривичних дела и интерпретације норми посебног дела кривичног права, уз прихватање велике дискреционе могућности варијације, како у области одмеравања казне, тако и у процесном домену.<sup>8</sup> По нашем мишљењу, управо у идејној концепцији тако конципираног средишњег решења и треба тражити излаз из многобројних теоријских противречности карактеристичних за претходно поменута једнострана опредељења.

Наиме, сврха постојања привидног идеалног стицаја, у најопштијем смислу, може се довести у везу са потребама успостављања равнотеже између правних ефеката теорије

<sup>4</sup> J. P. Matus Асућа (2000а), 296.

<sup>5</sup> З. Стојановић (2021), 304 – 305. У том смислу, указује се да стицај закона представља изузетак од стицаја кривичних дела. Вид. и A. Pagliaro, 236.

<sup>6</sup> A. Pagliaro, 236.

<sup>7</sup> А. М. Зацепин, „Конкуренција норм уголовног права и квалификација преступлений“, *Право. Журнал Высшей школы экономики* 2/2014, 84 – 100; Е. Д. Бытченко, 15 – 16. Таква колизија се приписује како објективним, тако и субјективним факторима. У првом случају, она произлази из особености законодавног процеса, док се субјективни аспект односи на несавршености законодавне технике.

Такође, вид. и А. И. Рясов, „Некоторые особенности квалификации преступлений при конкуренции уголовно – правовых норм“, *Юридические Исследования* 2/2013, 69. Указује се да за разлику од стицаја норми, код колизије истих, оне противрече једна другој, односно разликују се по садржини.

<sup>8</sup> L. Della Ragione, 279.

стицаја и захтева за обезбеђењем примене правних норми у складу са основним начелима кривичног права, пре свега законитости и принципа праведности, односно целовитости кривичноправне заштите, што му одређује и јединствену позицију између ове две граничне категорије, а самим тим и улогу повезујућег елемента.

Према томе, једно од најкомплекснијих, а уједно и најдискутабилнијих питања у теорији (привидног) стицаја закона, тиче се прелиминарног одређивања њеног правног карактера, а самим тим и правца у којем ће се кретати даље формулисање његових законитости. Међутим, свакако најзначајнији ефекат овакве категоризације, тиче се правних последица института. Ипак, важно је напоменути да област казне представља особену димензију испољавања правне природе, не само привидног, већ и идеалног и реалног стицаја, која може варирати у зависности од конкретног законодавства. За разлику од тога, утврђивање правне природе у оквирима опште теорије кривичног права, представља претходну фазу, засновану на универзалним правилима, односно појмовима вишег нивоа.

Иначе, теоријски развој привидног стицаја, био је праћен различитим гледиштима о овом релевантном питању, те је он, с једне стране, третиран као стицајна фигура, односно особен облик плуралитета кривичних дела<sup>9</sup>, док су се опонентна схватања кретала у наглашавању његовог интерпретативног карактера.<sup>10</sup>

На овом месту, указаћемо само на неке основне карактеристике прихватања његовог стицајног или интерпретативног карактера, односно теоријски значај прелиминарног одређења за један или други приступ изучавању института, будући да од тога зависи методолошки поступак његове даље обраде и утврђивања домашаја примене, што ће накнадно бити предмет детаљног разматрања.

Релевантни утицај наведене класификације се, поред правних последица у домену казне, испољава на више различитих планова, укључујући домашај примене института, критеријуме који утичу на диференцијацију од облика стицаја, позиционирање у систему кривичног права, улогу принципа решења, сам поступак квалификације, али и на терминолошко означавање. Осим тога, неизбежан фактор у одређивању његове правне природе, тиче се релевантности дистинкције између јединства и плуралитета радње као темељне поставке идеалног и реалног стицаја, за дефинисање опсега примене (привидног) стицаја закона.

Срж целокупне проблематике у одређивању правне природе привидног идеалног стицаја, у правцу интерпретативне, или пак стицајне функције, огледа се у питању да ли је овај институт скуп правила заснованих на тумачењу релација између казних норми, које искључују било какву могућност њиховог стицаја и захтевају самостално вредновање, или се заправо ради о правилима стицајног карактера, односно посебној варијанти стицаја, чије се последице, иако не долазе до изражаја приликом формалне вредносне оцене дела, манифестују у домену пенолошких ефеката.

Сходно томе, у првом плану се истичу резидуални ефекти, односно утицаји привидног дела на одмеравање казне, што је и условило супротстављена гледишта о његовој правној природи.<sup>11</sup> Међутим, могло би се рећи да је њихова међузависност управљена у супротном смеру, тачније да би прихватање једне или друге групе правних последица, требало да буде исход претходног одређења за интерпретативни или стицајни карактер.

---

<sup>9</sup> То је случај са свим концепцијама које прихватају стицајне ефекте у примени института, превасходно у виду различитих облика уважавања привидног дела приликом одмеравања казне. Тако С. Roxin (2014), 1017 – 1025. Вид. и F. Pavón Vasconcelos, 46 – 47.

<sup>10</sup> Тако А. Etcheberry, 122 – 128; Вид. и J. P. Matus Acuña (2000a), 315; J. P. Matus Acuña (2007), 22 – 25; А. R. Alberto Chacon, S. G. Cisco Barraza, F. S. Hernandez Rosales, 53; C. Fontan Balestra, 114 – 120.

<sup>11</sup> Вид. J. P. Matus Acuña, „La teoría del concurso aparente de leyes penales y el resurgimiento de la ley en principio desplazada“, *Revista de Derecho (Universidad de Coquimbo)* 9/2000, 60.

Бројни и разноврсни феноменолошки облици испољавања привидног идеалног стицаја, односно квалитет релација између кривичних дела, које се сматрају релевантним за његову квалификацију, додатно компликују једнодимензионално утврђивање његове правне природе. Наиме, неке од њих, које одговарају релацијама специјалитета, могу истицати чисто интерпретативни карактер, са томе одговарајућим правним последицама. С друге стране, питање потребе и опсега секундарног укључивања привидног дела приликом утврђивања крајњих ефеката, односно коначне казне, може бити условљено околностима конкретног случаја, али и зависити од врсте логичких и емпиријских односа који се сматрају релевантним. У сваком случају, оно се може оправдати једино прихватањем паралелног постојања више закона, на једном апстрактном плану, као врсте условног стицаја, чији се ефекти манифестују у правним последицама.

Ово потврђују и кључне области у којима долази до изражаја подела на интерпретативни и стицајни карактер: 1) примена привидног дела у случају када нису испуњени услови за примену главног; 2) решавање проблема одговорности саучесника, односно различитих облика учешћа у делу, у вези чега се поставља и питање објективног или персоналног карактера стицаја закона; 3) релевантни проблеми заблуде.<sup>12</sup> Чини се да решење сваког од ових кључних питања ипак подразумева прихватање стицајног карактера. Томе би се могао додати и фактор дефинисања правне природе, односно улоге самих принципа решења, баш као и питање прихватања унитарних или диференцирајућих теорија домашаја института.

Поред тога, могло би се говорити и о категоризацији фундаменталних начела по основу тога да ли наглашавају његов стицајни (*ne bis in idem*, принцип пропорционалности), или пак интерпретативни карактер (начело законитости).

У сваком случају, важно је напоменути да је утврђивање правне природе института привидног стицаја условљено управо законитостима поменутих начела, у функцији чије заштите фигурира предметни правни концепт и са тог аспекта се мора и посматрати.

### 1.1. Значај дистинкције

Постоји више различитих области у којима се испољава утицај дихотомне класификације карактеристика правне природе института. Могло би се рећи да се наведено питање прожима кроз све димензије ове правне фигуре, односно да је његово одређивање у једном или у другом правцу карактеристично за различите теоријске концепције, пре свега оне на којима се заснивају њен домашај и правила квалификације. Остављајући за сада по страни практичну релевантност таквих дистинкција у поменутих областима, значај истицања интерпретативне или пак стицајне правне природе, манифестује се у рестриктивнијем и екстензивнијем одређењу граница института у односу на сродне концепте, односно њиховом разграничењу, што наговештава и евентуално изједначавање правних последица спорних фигура.

У том смислу, један од сегмената теорија домашаја где се испољава уважавање наведених карактеристика, тиче се броја принципа решења помоћу којих се врши коначна индивидуализација примарне норме у поступку квалификације. Тако, питање оправданости алтернативитета као самосталног принципа решења, доводи се у везу са истицањем стицајног карактера института, што подразумева да је оперативност и примењивост наведеног концепта, омогућена једино прихватањем да се налазимо пред правим стицајем

---

<sup>12</sup> J. P. Matus Acuña, „Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el Código penal español de 1995“, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* Vol. 58 2/2005, 466. За све наведене случајеве, указује се на предности стицајног карактера.

закона.<sup>13</sup> То је по нашем мишљењу и разлог зашто што ови случајеви, за разлику од осталих, највише захтевају евентуално законско регулисање, у виду особеног правила, по аналогији са идеалним и реалним стицајем. Заправо, поједини покушаји таквог регулисања института у историјско – компаративном смислу, били су управо везани за настојања да се реше стицајни проблеми алтернативитета, и то углавном преко принципа најтеже казне.<sup>14</sup>

С друге стране, у домену *критеријума диференцијације*, утицај начина поимања правне природе, одражава се првенствено на разграничење од идеалног стицаја, али и на методолошки поступак самог процеса квалификације. Тако, хипотеза о (привидном) стицају закона као *ex ante* проблему који претходи детерминацији стицајних релација, указује на интерпретативни карактер истог и независност од стицајних поставки. Ипак, почетна хипотеза о стицају који се потом негира применом одговарајућих критеријума, указује да је реч о паралелном постојању више законских инкриминација, подвргнутих особеном кривичноправном третману.

Свакако највећи утицај у формалистичком смислу, манифестује се првенствено у области позиционирања института у систему кривичног права, али и у његовом терминолошком означавању. Наиме, јасан је утицај концепција о правној природи института на његово изучавање у оквиру опште теорије кривичног права, или пак теорије стицаја, мада се показало да је, без обзира на опредељење за једну или другу варијанту, ради лакшег диференцирања, адекватније његово разматрање заједно са стицајним фигурама. У области терминологије, иако би се то више могло везати за истицање стицајних или пак унитарних ефеката, односно елемената приликом утврђивања кривичноправног третмана, него за саму правну природу, коришћење термина „привидни“ за означавање института, указује да се ради о изузетку од стицаја и обрнуто.

Док је потенцирање да ли је реч о простом утврђивању домашаја законских норми, односно начину њиховог тумачења у одређеном контексту, или пак о решавању стицајног проблема у условима паралелног опстанка више од једне законске норме, такође условило и диференцирање апстрактног и конкретног приступа изучавању института, ипак се са правом може поставити питање практичног значаја свих наведених сегмената манифестације такве категоризације. Наиме, било да је реч о опредељењу за једну или другу почетну хипотезу приликом разматрања кључних питања материјалног садржаја института, и резултат је свакако идентичан – квалификација по основу само једне законске норме, уз искључење привидних, што указује да теоријски спор није праћен адекватним оправдањима на практичном плану.

Ипак, ако се проблематика посматра са аспекта правних последица, могло би се пронаћи утемељење дистинкције између интерпретативног и стицајног карактера у манифестацији одређених ефеката прихватања условног опстанка свих примењивих инкриминација на апстрактном плану, попут уважавања посебног минимума привидног дела, или пак његове секундарне примене у условима искључења главног дела из процесних и материјалних разлога, мада се својеврсни утицај испољава и на плану одговорности саучесника. Међутим, то питање остаје донекле занемарено у оним законодавствима, која попут нашег, стицај закона своде на привидни идеални стицај, имајући у виду ирелевантност поделе на категорије привидног идеалног и привидног реалног стицаја, за које су предвиђене идентичне правне последице – постојање само једног кривичног дела, у правом смислу те речи. То је уједно и последица јединственог кривичноправног третмана идеалног и реалног стицаја, који доводи до идентичних правних ефеката, без обзира да ли се искључује правило идеалног или пак реалног стицаја. Ипак, увек када је реч о правним последицама, баш као и код облика аутентичног стицаја – идеалног и реалног, постоји тенденција да се околност

<sup>13</sup> R. Carnevali Rodríguez, C. Salazar Zenteno, 19.

<sup>14</sup> Вид. чл. 68 шпанског Кривичног законика из 1944. године, El Código Penal Español de 1944, *Boletín Oficial del Estado*, 13.01.1945, Ministerio de Justicia, 427 – 472.



предузимања више радњи извршења цени као отежавајућа. Самим тим, у нашој доктринарној мисли, заузима се становиште о уважавању привидног дела као отежавајуће околности, у појединим случајевима када је реч о привидном реалном стицају.<sup>15</sup> Оваква конфигурација се може сматрати доста једноставном и прецизном, јер не проузрокује проблеме са којима се сусрећу нека друга законодавства, где постоји својеврсна конфузија о томе да ли треба диференцирати третман (привидног) стицаја закона, у зависности од критеријума јединства и плуралитета радње, што је праћено чак и терминолошком дилемама у погледу домашаја наведених термина, као и опсега примене неаутентичног реалног стицаја.<sup>16</sup> Проблем се заправо своди на регулисање идеалног стицаја у позитивним законодавствима утемељеним на диференцираном третману од реалног стицаја и примени принципа апсорпције. То је довело до примене ефеката принципа комбинације предвиђеног за ову стицајну фигуру, такође и на плану привидног стицаја закона, где су се они манифестовали као адекватно решење за успостављање равнотеже између супротстављених захтева. С друге стране, пресликавање кривичноправног третмана идеалног стицаја, довело је до брисања граница између те две правне фигуре, а самим тим нужно и до наглашавања стицајног карактера привидног стицаја закона, који се супротставља интерпретативном. Ово питање се не поставља у нашој доктрини, јер је јасно да квалификација привидног идеалног стицаја, одбацује било какве варијанте утицаја привидног дела на одмеравање казне вишег ранга од оних које остају у домену евентуалне отежавајуће околности.

Иако смо навели неке од најзначајних области испољавања утицаја наведених параметара, свеобухватно разумевање начина њихове конкретне манифестације, као и значаја, може се разумети једино целовитим сагледавањем свих релевантних аспеката које смо издвојили као посебне целине у нашем раду, односно синтезом закључака на индивидуалном плану. Разлог за то је, између осталог, и специфичност института (привидног) стицаја закона, који подразумева прожимање међуутицаја свих кључних сегмената његовог изучавања, а уједно и тешкоће њиховог самосталног разматрања. Тако, на пример, тешко је говорити о улози привидног идеалног стицаја у поступку квалификације без прејудуцирања конкретних принципа решења као *критеријума индивидуализације*, или пак одређења за одговарајућу теорију домашаја, што је случај и са утврђивањем правне природе, у односу на сва друга кључна питања.

## 1.2. Фактори утврђивања правне природе

Већ смо приликом разматрања доктринарних одређења и терминолошких концепата који се користе за означавање правне фигуре (привидног) стицаја, наишли на дискрепанције између различитих поставки у зависности од тога да ли се прихвата његов стицајни, или пак интерпретативни карактер, чиме смо делимично указали и на основне карактеристике једне и друге варијанте, односно манифестације правне природе института. Стога, као параметар класификације у овој области, јавља се околност испољавања карактеристика аутентичног стицаја, односно плуралитета правно–вредносних оцена, наспрам његове негације и ослањања на апстрактна и доста широко постављена правила тумачења, која се у компаративној доктрини често означавају и као интерпретација<sup>17</sup>, а свODE на јединство квалификације. Сходно томе, у теорији се говори о стицајном или интерпретативном карактеру института, што заправо подразумева ослањање на правила којима се води теорија стицаја, са једне, односно процес тумачења у кривичном праву, са друге стране. Најзначајнија последица и срж ове дихотомне класификације, огледа се првенствено у

<sup>15</sup> Тако Ђ. Лазин, 106 – 109.

<sup>16</sup> Вид. поглавље Теорије домашаја привидног идеалног стицаја, *infra*, 219 – 226.

<sup>17</sup> С. Fontan Balestra, 114 – 120.

ефектима који се приписују примени правила (привидног) стицаја закона, што је условило и потребу индивидуализације самог процеса квалификације у том контексту.

Иако се ради о питању наизглед круцијалног значаја, указује се и да је скоро увек изостајало директно и експлицитно опредељење аутора који су се бавили овом проблематиком, за један или други приступ.<sup>18</sup> Посматрано са историјског аспекта, иницијално су предњачила гледишта о томе да се не ради о случају стицаја закона, већ о проблему интерпретације, односно *a priori* делимитације домашаја законских норми чија примена долази у обзир. Тек касније се јављају концепције о постојању једне стицајне ситуације, која подразумева ефективно подвођење дела под више законских норми, при чему принципи решења представљају као *a posteriori* средства за решавање проблема и оправдање непримењивања стицајних правила, а не проста средства интерпретације.<sup>19</sup> Из ове констатације, јасно се уочава фактор утицаја оваквих гледишта на улогу принципа решења као једних од утемељујућих компонената детерминације института.

Ипак, донекле је спорно на основу чега, односно који фактори условљавају дистинкцију између наведене две концепције, будући да иста очигледно превазилази проблематику позиционирања у систему кривичног права, односно термилошког означавања, који се могу на први поглед учинити детерминишућим. Они заправо представљају исход – крајњи резултат или одраз таквог опредељења, мада све упућује на незнатан значај диференцијације термилошког карактера и њено свођење на формалистичко питање.

Путоказ могу представљати и различита догматска описивања једне и друге варијанте. Наиме, у доктрини се наглашавају различити елементи приликом такве концептуализације, али ћемо за потребе утврђивања фактора правне природе, поћи од оних које сматрамо најрепрезентативнијим.

С једне стране, типичан одраз интерпретативног карактера, представља гледиште из шпанске доктрине, које наглашава да се у случају (привидног) стицаја закона ради о међусобним односима између правних норми и одбацује стицајни карактер института, позивајући се на аргумент да правни систем на имплицитан или експлицитан начин нуди критеријуме за утврђивање примењивости једне или друге норме у сваком конкретном случају, истичући да би тај конфликт био прави ако правни систем не би прописивао правила за његово решавање.<sup>20</sup> Међутим, догматски проблеми код деловања поменутих правила, настају приликом покушаја да се објасне својеврсни утицаји привидног дела, попут њихове примене у условима када је из процесних и материјалних разлога искључено уважавање главног дела.<sup>21</sup> Управо је то питање на које заступници описаног схватања не могу да пруже адекватан одговор.

Ипак, у прилог оваквом приступу, наводи се и негативни аргумент у виду констатације да је погрешна његова категоризација у оквиру теорије стицаја, односно паралелно са формалним стицајем деликата, имајући у виду да је суштина наведеног института да се утврди на који начин се примењује закон онда када је привидно могуће неко дело подвести под више концепата, те да је акценат на селекцији једне од примењивих

---

<sup>18</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 315.

<sup>19</sup> *Ibid.*, 315 – 316. Једна од значајнијих теоријских дискусија огледала се у настојањима да се ограничи примена принципа решења на стицај аутономних деликата, резервишући другачији кривичноправни третман за случајеве када таква аутономија не постоји (на пример, у случају узрока поштровања или ублажавања истог деликта, односно ситуацијама квалификованих и привилегованих облика, који се не сматрају аутономним).

<sup>20</sup> J. P. Matus Acuña (2007), 8.

<sup>21</sup> J. P. Matus Acuña (2000b), 60. Стога, указује се да гледиште утемељено на интерпретацији казних закона, не даје објашњење за могућност примене привидне инкриминације у наведеним ситуацијама.

норми, за разлику од стицаја где постоји радња која ефективно крши више казних закона.<sup>22</sup> Ово је међутим само делимично тачно, будући да се занемарује околност постојања различитих планова манифестације наведених утицаја правне природе, тачније формалистичке квалификације са једне, и коначних правних последица, где постоји већа дискрециона могућност варирања ефеката привидног дела, без обзира на унитарну квалификацију, са друге стране.

Стицајни карактер, насупротив томе, подразумева хипотезу да правила (привидног) стицаја замењују опште стицајне норме (идеални и реални стицај), те да због тога не утичу на правно–вредносну оцену дела, већ само на њене последице у тренутку примене казне.<sup>23</sup> Међутим, изостанак изричитих регулаторних одредби о третману ове врсте условног плуралитета инкриминација, ствара проблеме у односу са категоријама аутентичног стицаја, где може доћи до преклапања произведених правних ефеката.

Уважавајући карактеристике описаних опонентних приступа, као и практичне последице њихових стриктних варијанти, мишљења смо да се у утврђивању правне природе (привидног) стицаја ипак морамо водити нешто флексибилнијим приступом, прилагођеним самим карактеристикама института и димензијама његовог испољавања. Стога, уместо о стицајном или интерпретативном карактеру наведене правне фигуре, исправније би било говорити о сегментима утицаја правила теорије стицаја и тумачења на њену детерминацију, који се не морају нужно и искључивати. Управо се у прожимању таквих ефеката и огледа суштина специфичне правне природе института. Тако, у случају наглашавања интерпретативног карактера, реч је претпоставци унитарне, сингуларне вредносне оцене понашања, тачније о констатацији једног јединог кривичног дела, која са собом носи идентичне последице као и регуларни случајеви, када не долази у обзир примена више законских норми на конкретно чињенично стање. Тачније, могло би се говорити о својству унитарног – обједињеног концепта, односно карактера јединства у квалификацији и јединства у последицама.

Један од аргумената против рестриктивног, једностраног опредељења за стицајни или интерпретативни карактер института, које је иначе превазиђено, имајући у виду савремену концепцију његовог домаћаја и уједно прихватање концепције о унитарним или стицајним правним последицама конкретних феноменолошких облика истог, јесте и чињеница да поједине манифестације захтевају својеврсне ефекте привидног дела, а друге га у потпуности искључују. Тако, на пример, привилеговани облици кривичних дела, који се решавају у складу са принципом специјалитета, захтевају искључење било каквих утицаја главног дела, будући да би се у супротном довела у питање сама сврха њиховог постојања. С друге стране, супсидијарност једне инкриминације у односу на другу, дозвољава њену примену само уколико нису испуњени услови за примену прве, што указује да се не могу у потпуности искључити поједини фактори утицаја стицајног карактера. Оваква генерализација би била могућа једино у случајевима изједначавања правних ефеката свих његових феноменолошких облика.

Ако пођемо од претпоставке међусобне компатибилности две правне фигуре (стицајни карактер) или пак њихове инкомпатибилности (интерпретативни карактер), може се издвојити неколико релевантних елемената компарације, који отварају пут доношењу закључака о факторима утврђивања правне природе. То су, по нашем мишљењу: 1) ефективност или привидност диспозиција чији су елементи бића остварени (формални); 2) основ примата само једне инкриминације – тумачење или особени фактори диференцијације и индивидуализације; 3) узимање у обзир казних ефеката привидног дела; 4) поступак квалификације – методологија.

---

<sup>22</sup> С. Fontan Balestra, 115.

<sup>23</sup> J. P. Matus Acuña (2000b), 60.

Одговор на наведена питања захтева појединачно разматрање сваког од наведених домена, што ће бити предмет посебних поглавља. Ипак, већ на овом месту, наговештавајући истовремено и нашу хипотезу о недељивости правне природе института по наведеном критеријуму, може се рећи да не постоје једнострана и искључива решења, те да се (привидни) стицај закона мора посматрати кроз призму ефеката и једне и друге концепције.

### 1.3. Манифестација правне природе

На основу претходно дефинисаних фактора условљености правне природе института (привидног) стицаја закона, могу се препознати кључне области испољавања одређења за једну од поменутих концепција.

Питање манифестације правне природе, у складу са критеријумима везаним за последице (ефекте), представља комплексну и сложену проблематику, будући да утиче на различите сегменте, односно кључне аспекте института. Поред јединственог склопа термилошког апарата који се користи у теорији (привидног) стицаја закона, као и имплицирања њене позиције у систему кривичног права као исхода таквог одређења, суштински утицаји концепција о правној природи, манифестују се у неколико кључних области. То су превасходно схватања о домаћају института, али и базични и методолошки аспекти примене принципа решења, односно њиховог поимања као *a priori* или пак *a posteriori* фактора у констатацији института привидног стицаја закона. Међутим, свакако најзначајнија област у којој се наведени утицај испољава, тиче се практичних последица одмеравања казне, на основу чега је и извршена категоризација на два опречна становишта.

#### 1.3.1. Правне последице диференцирања

Иако ће комплексна проблематика правне природе института (привидног) стицаја закона бити предмет посебног разматрања, на овом месту је важно указати на основ утемељења, односно фундаменталне поставке различитих приступа у овом домену. То се огледа управо у декларисању правне природе института на бази односа стицајни – интерпретативни карактер, у чијем се средишту налази хипотеза о (не)аутентичном стицају. Стога, може се говорити о две опонентне струје – *стриктном ексклузивитету*, или пак о паралелном опстанку више законских инкриминација (*стриктни плуралитет*) у случајевима квалификације (привидног) стицаја закона.

Принцип *стриктног ексклузивитета*, посматрано са аспекта правног вредновања, заснива се на тврдњи да је стицај фиктиван или привидан, односно да једна норма покрива целокупну невређност дела, што проузрокује да се сви остали концепти у потпуности одбацују.<sup>24</sup>

С друге стране, *стриктни стицај* би подразумевао уважавање аспеката свих примењивих инкриминација, које иду чак и у правцу узимања у обзир казног распона привидног дела приликом одмеравања казне. Управо то се догодило у немачкој теорији, која је прихватајући утицај привидног дела у свим релевантним аспектима, почев од резидуалних ефеката и алтернативних санкција, дошла чак и до креирања ситуације оклузивног ефекта привидног дела, односно уважавања његовог посебног минимума у утврђивању јединствене

---

<sup>24</sup> R. Carnevali Rodríguez, C. Salazar Zenteno, 19 – 20. То би значило да се у свим оним случајевима када није могуће доћи до овог логичког закључка, примењује идеални стицај. Ако се то узме у обзир са аспекта алтернативитета, који почива на претпоставци да две норме постоје истовремено, али тако да нису у потпуности обухваћене само једним концептом, јасно је зашто заступници овог приступа у потпуности одбацују наведени принцип решења.

казне.<sup>25</sup> Тиме је у потпуности дошло до брисања граница у односу на идеални стицај, осим у домену формалне декларације кривице. Ово нас поново враћа на већ истакнути проблем начина регулисања идеалног стицаја у конкретном законодавству. Наиме, његово конципирање на бази прости апсорпције и раздвајање ефеката реалног стицаја, уз истовремено уважавање овог екстремног гледишта о стриктно стицајном карактеру института, доводи до потпуне практичне ирелевантности концепта привидног стицаја закона, чија је квалификација праћена бројним дилемама и напорима за разумевање специфичности његових феноменолошких манифестација. Ипак, на својеврсну равнотежу са овако условљеном стицајном концепцијом, наилазимо у шпанској доктрини и законодавству, где је идеални стицај формулисан на бази пооштрене апсорпције, чиме се делимично избегавају овакви проблеми.

Међутим, јасно је да ниједна од две екстремне концепције не може одговорити на захтеве за адекватним вредновањем правних последица код привидног идеалног стицаја. Наиме, за разлику од рестриктивног поимања института на самом почетку његовог развоја, у складу са Меркеловом теоријом и условљеношћу релацијама специјалитета, савремена поимања његове феноменолошке димензије, која укључују и сложене конструкције попут накнадног сукажњивог дела, не дозвољавају таква екстремна решења, ни у једном, ни у другом правцу. То још јасније долази до изражаја ако се узму у обзир савремене тенденције кривичног права, оличене у хиперинкриминализацији, а самим тим и усложњавању међусобних односа између појединих инкриминација.

Наравно, потпуно другачији проблем представљају криминалополитичка опредељења која условљавају регулисање аутентичног стицаја, односно идеалног и реалног, будући да се утицај истих не може изоставити приликом опредељења за правне последице привидног стицаја закона. Из поменутих разлога, најадекватније би било пронаћи средишње решење које би успоставило равнотежу између супротстављених захтева. У том правцу и треба посматрати правне ефекте института.

### 1.3.2. Принципи решења

Област принципа решења као критеријума индивидуализације привидног стицаја закона путем утврђивање примарне норме, поред правних последица, представља најекстензивнији домен испољавања варијабилности интерпретативног или стицајног карактера института. Иако потпуно сагледавање свих могућих утицаја захтева детаљно изучавање сваког од принципа појединачно, као и проблематике њиховог домашаја, могуће је издвојити неколико општих правилности генералног карактера.

У складу са хипотезом о међусобној условљености правне природе и концепата попут специјалитета, супсидијаритета, односно консумпције, прихватање интерпретативног или стицајног карактера одражава се на њихов број, што важи и у обрнутом смеру. Тако, могуће је говорити о подели принципа решења на оне утемељене на логичким и оне које се заснивају на емпиријским релацијама, чиме се прејудицира утемељеност на првој или другој концепцији.

Однос правне природе и принципа решења од нарочитог је значаја за њихов домашај, конкретно за дефинисање положаја принципа алтернативитета у категоризацији класичних система. Наиме, сам идејни концепт алтернативитета као релације између две потпуно различите инкриминације, без логичке повезаности, које се међусобно искључују, указује да нема места чисто интерпретативним решењима односа између норми, имајући у

---

<sup>25</sup> Вид. С. Roxin (2014), 1023 – 1025.

виду да се она заснивају на ограничењу домашаја инкриминација по основу специфичности њихових релација и правилима тумачења.

Наиме, правила тумачења би заказала у одлучивању која норма се сматра примарном, због чега таква одлука не би била у складу са начелом законитости. Сам по себи, алтернативитет захтева прихватање паралелног постојања различитих алтернатива, од којих ниједна нема примат захваљујући неком законски преегзистирајућем основу. Преостаје једино могућност да се накнадно, применом одређених критеријума, реши постојећи спор, што претпоставља хипотезу стицаја.

Сходно томе, заступници интерпретативног модела, негирају алтернативитет, а у екстремној варијанти чак и консумпцију<sup>26</sup>, утемељену иначе на релацијама емпиријског карактера, за које је карактеристично да нису преегзистирајуће природе. То је управо засновано на идеји да у овим случајевима не постоји никакав конфликт, јер је он унапред решен на основу тих правила, што се у погледу правних последица одражава у одбацавању било каквог утицаја привидног кривичног дела, које је применом логичких правила потиснуто.

За предмет нашег разматрања, карактеристичан је и приступ немачког аутора Бернера (*Berner*), као пример средишњег решења, оличеног у правилу да се највећи број случајева привидног стицаја закона, третира као питање интерпретације, које резултира квалификацијом, односно вредновањем једног кривичног дела, са изузетком оних феноменолошких облика заснованих на релацијама алтернативитета.<sup>27</sup>

С друге стране, једна од најзначајнијих последица прихватања стицајног карактера института, огледа се у истовременом уважавању постојања конфликта између законских норми. Међутим, кључно је имати у виду да се приликом решавања тог конфликта, морају прихватити средства интерпретације, односно тумачења, које се неизбежно појављује као фаза целокупног процеса квалификације. Самим тим, када говоримо о специјалитету, супсидијаритету или пак консумпцији, не мислимо на посебне облике привидног идеалног стицаја, већ управо на скуп правила поступка тумачења и коначну оцену природе релација између норми, што је исход таквог поступка. Осим тога, од интерпретације могу зависити и правне последице квалификације (привидног) стицаја закона у конкретном случају.<sup>28</sup>

Стога, основно питање које се поставља јесте да ли је теоријски могуће обједињење интерпретативних и стицајних процедура у оквирима јединственог института (привидног) стицаја закона, као и да ли на том истом основу може почивати и класификација принципа решења на оне које припадају једној и другој категорији. Сматрамо да се двострука правна природа института, испољава пре свега са аспекта улоге његових основних принципа, која се креће у два правца, што је уско повезано и са методолошким поступком његове примене. Пре свега, они се *a priori* користе као средства интерпретације односа између норми, уз помоћ којих се, на основу присуства одређених критеријума, констатује јединствена оцена предузетог понашања, покривена једном кривичноправном забраном. С друге стране, они истовремено представљају и средство за решавање евентуалних сукоба између норми, чиме се наглашава њихов стицајни карактер, јер конфликт подразумева паралелно постојање више правних ентитета, односно „стицај“ закона.

Исто тако, средишња решења на плану правних последица, заступају и други немачки аутори, уз аргумент да треба прихватити стицај код накнадних некажњивих дела, али не и код облика стицаја закона заснованих на јединству дела (привидни идеални стицај у

---

<sup>26</sup> С. Fontan Balestra, 117.

<sup>27</sup> Вид. Ј. Р. Matus Асуња (2000а), 316.

<sup>28</sup> То се, на пример, односи на потпуно елиминисање утицаја привидног дела код појединих случајева специјалитета, нарочито привилегованих облика кривичних дела.

ужем смислу).<sup>29</sup> То указује да је схватање о правној природи уско повезано и са теоријама домашаја института, и представља једну од најзначајнијих последица одређења за унитарне или диференцирајуће поставке. Посматрано са историјског аспекта, могло би се закључити и да је првобитно рестриктивно ограничење његове правне природе на интерпретативни карактер, било условљено истовременим ограничењем домашаја института само на случајеве јединства радње (привидни идеални стицај у ужем смислу). Даље проширење примене и удаљавање од Меркеловог првобитног монистичког система, заснованог на специјалитету, захтевало је нужно и извесне модификације у поимању правне природе. Сврставање претходног и накнадног некажњивог дела у оквиру ове конструкције, дефинитивно је условило стицајни карактер, иако се не може негирати релевантност и првобитно истицане интерпретативне улоге.

У прилог двострукој правној природи института, говори и чињеница да неки аутори, иако у начелу прихватају стицајни карактер, оличен у примени принципа комбинације, односно ефектима одбаченог кривичног дела код одмеравања казне, ипак те последице ограничавају само на случај накнадног некажњивог дела.<sup>30</sup> На тај начин се посредно имплицира да ће примена законитости једног или другог модела варирати у зависности од практичних потреба квалификације конкретног феноменолошког облика, односно основа успостављања јединства, што потврђује и нашу хипотезу о начину приступа овом проблему.

Исто тако, у доктрини наилазимо и на гледишта која упркос тврдњи да је привидни идеални стицај само питање интерпретације, истичу да не постоји концептуална разлика између привидног идеалног стицаја и других стицајних концепата, будући да све стицајне фигуре деле исту природу, а то је да имају функцију подршке за решавање оних интерпретативних проблема, манифестованих у претендовању две или више законских норми да буду примењене у конкретном случају. У том смислу, тврди се и да стицајна норматива нема аутономију, будући да представља аспект шире теме, означене као интерпретација закона.<sup>31</sup>

Мишљења смо да је питање да ли ће у конкретном случају бити испољен његов интерпретативни или пак стицајни карактер, условљен конкретним феноменолошким обликом привидног идеалног стицаја, што је констатација са којом се доктрина мора помирити, упркос томе што је његова унификација захтев заснован на принципу правне сигурности. Баш као што је немогуће унапред дефинисати и таксативно набројати све могуће релације привидног идеалног стицаја, условљене комбинацијама различитих кривичних дела, исто тако је питање да ли ће у конкретном случају у процедури квалификације, нагласак бити на тумачењу или на истицању стицајног карактера, који се због специфичности конкретног феноменолошког облика мора уважити, релативне природе и не може бити предефинисано. Тако ће, на пример, приступ случајевима специјалитета, попут односа кривичних дела утаје и проневере, бити питање интерпретације, које се може решити на апстрактном нивоу, за разлику од ситуације накнадног некажњивог дела (нпр. уништења претходно украдене ствари), где се не може избећи уважавање правила стицајног карактера, па макар и у домену отежавајуће околности.

### 1.3.3. Правна природа и теорије домашаја

Још једна значајна област утицаја правне природе института на релацији стицајни – интерпретативни карактер, манифестује у најкомплекснијем питању теорије (привидног)

<sup>29</sup> Вид. J. P. Matus Асуња (2000а), 332. Ради се концепцији немачких теоретичара Маураха (*Maurach*) и Зауера (*Sauer*).

<sup>30</sup> *Ibid.*, 349. Од овог приступа полази немачки теоретичар Бринцват (*Bringewat*).

<sup>31</sup> J. P. Matus Асуња (2007), 24. Ради се о схватању шпанског аутора Контрераса (*Contreras*).

стицаја закона – домашају института. Наиме, концепт привидног идеалног стицаја у ширем смислу, утемељен пре свега на укључивању манифестација накнадног некажњивог дела у опсег његовог разматрања, који је поделио теоретичаре у домену утврђивања домашаја стицаја закона, повезан је и са поимањем правне природе у светлу наведене дихотомне категоризације.

Суштина поделе на *унитарне* и *диференцирајуће* теорије домашаја, огледа се у евентуално диференцираном третману оних манифестација (привидног) стицаја закона утемељених на плуралитету радње у природном смислу (претходна и накнадна некажњива дела).<sup>32</sup> Заправо, увођење фактора јединства и плуралитета радње као релевантних за доношење закључака о кривичноправном третману феноменолошких манифестација привидног стицаја закона, само по себи претпоставља уношење стицајних елемената у констатацији основних поставки института. Наиме, критеријум диференцирања правних последица у зависности од тога да ли је остварење бића два кривична дела продукт једне или више радњи схваћених у природном смислу, карактеристично је за аутентичне облике стицаја – идеални и реални.

Заступници унитарних теорија, ослањајући се на интерпретативни карактер института, полазе од ирелевантности таквог критеријума за констатацију привидног стицаја закона<sup>33</sup>, чиме се у јединственом току методолошког поступка, његове феноменолошке манифестације појављују пре било каквог разматрања стицаја. Тачније, тек када се констатује да у конкретном случају постоји аутентични стицај, приступа се утврђивању јединства или плуралитета радње, а самим тим и идеалног, односно реалног стицаја. Насупрот томе, прелиминарно ограничавање (привидног) стицаја закона само на случајеве јединства дела и раздвајање оних облика утемељених на плуралитету радње<sup>34</sup>, захтева увођење оваквих критеријума и у теорију (привидног) стицаја закона.

Иако је то питање донекле релативизовано особеним поимањем концепта јединства радње и његовим схватањем као јединства дела (понашања), јасно је да постављање привидног идеалног стицаја на бази таквог јединства, подразумева истовремено преплитање како интерпретативних, тако и стицајних сегмената. Међутим, реч је о питању вишедимензионалног карактера, где велики број фактора, укључујући и позитивноправну регулацију аутентичног стицаја, игра улогу у утврђивању релевантности оваквог критеријума за суштинске аспекте института, посебно у домену правних ефеката сукажњивих дела и услова под којима се она сматрају садржаним у концепту привидног идеалног стицаја.

Из тог разлога, проблематика теорија домашаја (привидног) стицаја закона представља једну од кључних области манифестације фактора утврђивања правне природе института.

## 1.4. Стицајни ефекти

### 1.4.1. Опште особине

Иако је тешко унапред говорити о прецизно детерминисаним ефектима стицајног, или пак интерпретативног карактера института (привидног) стицаја закона, имајући у виду да то захтева детаљно разматрање и разумевање законитости које важе у релевантним областима, односно индивидуалистички приступ, у циљу појашњења улоге овог фактора као

<sup>32</sup> Вид. поглавље Теорије домашаја привидног идеалног стицаја, *infra*, 219 – 220.

<sup>33</sup> Тако Е. Etcheberry, 122 – 128; С. Fontan Balestra, 114 – 120. Вид. и F. Maldonado Fuentes (2020), 736.

<sup>34</sup> Вид. М. А. Arce Aggeo, 161; А. Dekeuwer, 511.



једне од фундаменталних поставки института, може се у уопштеном смислу указати на основне карактеристике једних и других ефеката. При томе треба имати у виду да циљ овог дела рада није да се препознају сви могући сегменти утицаја стицајне димензије, већ да се прелиминарно укаже на значај овог фактора у решавању најкомплекснијих питања института.

Суштина института стицаја, огледа се у особеној комбинацији казних типова, која произлази из симултане примене више инкриминација на једном апстрактном нивоу, те се оваква правна фикција мора оправдати одговарајућим регулаторним правилима, у виду особених правила за одмеравање казне. Самим тим, то подразумева узимање у обзир релевантности сваке појединачне законске норме која улази у састав конструкције стицаја, приликом његове квалификације. То важи како за идеални, тако и за реални стицај, као његове две особене форме, чија диференцијација произлази из броја предузетих радњи извршења.

Специфичност идеалног (формалног) стицаја, произлази из чињенице да је плуралитет дела проузрокован само једном радњом, што се одразило како на теоријском плану, у виду појединих доктринарних гледишта, која му негирају карактер аутентичног стицаја, односно сврставају у стицај закона<sup>35</sup>, тако и са аспекта правних последица. Наиме, поједина законодавства, иако ову варијанту третирају као облик стицаја, предвиђају за њега другачији систем утврђивања казне, у односу на реални, што указује на значај поменутог диференцирања. Такође, унитарни или диференцирајући третман формалног и материјалног стицаја, има директан утицај и на правне последице привидног идеалног стицаја, као варијанте која искључује његову примену.

Ако се пође од примера идеалног стицаја, будући да му се према владајућем гледишту несумњиво придаје стицајни карактер, то подразумева да је за утврђивање јединствене казне, релевантно свако појединачно кривично дело, чије ће предвиђене индивидуалне санкције бити узете у обзир у том процесу, а у формалној квалификацији ће се навести свако од њих као исход обједињене оцене.

Дакле, у најопштијем смислу, својство стицаја означава првенствено комбинацију казних претњи, односно узимање у обзир свих санкција које су предвиђене за дела у његовом саставу, што је неопходно за обухватање целокупне невредности понашања, као и формално обједињену квалификацију. Такође, уколико је за неко од тих кривичних дела искључена могућност кажњавања, из формалноправних или процесних разлога, остаје у оптицају могућност процесуирања других дела у стицају, као и уважавања, поред главних, такође и акцесорних казни, односно других санкција, попут мера безбедности. Осим тога, долази у обзир и обједињена процена свих олакшавајућих и отежавајућих околности које могу бити узете у обзир приликом одмеравања казне.

Ово се може довести у везу и са концепцијом о искључењу кажњивости привидног дела у случају констатације (привидног) стицаја, на коју указује Лазин, сугеришући да се то не односи на само постојање привидног дела у генералном смислу за које је учинилац свакако одговоран, чиме се отвара могућност уважавања његових појединих пенолошких ефеката.<sup>36</sup>

Може се закључити да претходно наведени аспекти припадају проблематици теорије казне, а не општој теорији кривичног права, чији је задатак да утврди основне облике стицаја, као и критеријуме њихове поделе, будући да ће од оваквог прелиминарног

---

<sup>35</sup> Ово схватање се превасходно везује за немачког теоретичара Листа. Вид. В. Ж. Тадић, „Проблем идеалног и реалног стицаја код саобраћајних прекршаја“, *Правни живот* 6/1961, 42; Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, 719.

<sup>36</sup> Ђ. Лазин, 46. Указује се на могућност да привидно дело оствари утицај на одмеравање казне, или пак да се конфигурише његова супсидијарна примена у односу на главно дело.

дефинисања зависити кривичноправни третман, односно одговарајућа правила утврђивања правних последица.

Конструкција привидног идеалног стицаја би у тако постављеном систему имала улогу института теорије стицаја, који искључује плуралитет кривичних дела, односно њему одговарајуће правне последице. То подразумева да се у начелу, прихвата постојање стицаја норми (закона), на апстрактном плану, али се квалификација врши само у складу са једном од њих. Тиме се ствара својеврсни конфликт примењивих норми, за чије се решавање користе одређена правила, која се сматрају законитостима овог института. Међутим, иако једно од тих кривичних дела потисне друго, по основу неког од релевантних принципа, што се формално декларише у унитарној квалификацији, евидентни су и одређени ефекти одбаченог дела, управо због прихватања постојања својеврсног стицаја закона. То се огледа првенствено у уважавању правних последица привидног дела, односно његових санкција акцесорног карактера, као и факултативне примене уместо главног дела, под одређеним условима. Осим тога, приликом одмеравања казне, постоји могућност његовог уважавања као отежавајуће околности.<sup>37</sup>

Терминолошки, у стриктном смислу, оваквом резонувању одговара употреба израза „стицај закона“, који управо наглашава паралелно постојање више могућих инкриминација, на апстрактном нивоу, а самим тим и могућност њиховог адекватног вредновања на плану правних последица.

#### 1.4.2. Димензије стицајних ефеката

У савременој доктрини, гледиште о стицајном карактеру привидног идеалног стицаја, појављује се као доминирајуће, што се одражава како на терминолошко означавање института, оличено у употреби израза „стицај закона“, односно изостављању термина привидни, тако и на његово позиционирање у систему кривичног права.<sup>38</sup> Придавање стицајног карактера институту, подразумева његов кривичноправни третман у оквиру теорије стицаја, односно заједно са другим стицајним фигурама, а најзначајнији аргумент за такав приступ огледа се у констатацији да је то најбољи начин за решавање граничних случајева.<sup>39</sup>

Посматрано са историјског аспекта, након првобитне фазе у којој је доминирао интерпретативни приступ, уследила су и гледишта приклоњена његовом стицајном карактеру. При томе, такво резонување је подразумевало да се једно дело ефективно подводи под више законских норми, а принципи на којима се заснива, представљају средство за решавање проблема *a posteriori* карактера и служе као оправдање за непримењивање општих стицајних правила.<sup>40</sup>

Најзначајнија карактеристика различитих гледишта о правној природи стицаја закона, долази до изражаја управо у самом поступку утврђивања предуслова постојања овог института. Основни фактор који води у правцу констатације стицајног карактера, тиче се прихватања да постоји симултани опстанак више законских норми, иако се само једна од њих примењује. Сходно томе, може се издвојити неколико релевантних догматских концепција.

<sup>37</sup> Вид. J. P. Matus Acuña (2000b), 27 и даље.

<sup>38</sup> A. Obregón García, „Los llamados concursos de leyes relación de alternatividad: sentido y contenido de la regla 4ª del artículo 8º del Código Penal“, *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales* 74/2008, 66; S. Mir Puig, 652 – 656; C. Roxin (2014), 349.

<sup>39</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 333.

<sup>40</sup> *Ibid.*, 315 – 316. Тако, развој теорије стицаја закона у немачкој доктрини, који одговара временском периоду између 1954. и 1970. године, везује се за апсолутну доминацију гледишта о стицајном карактеру.

Заговорници стицајног карактера указују да описани случајеви морају бити схваћени као права стицајна ситуација, из чега произлази да интерпретативни приступ није довољан да реши проблем. Према овом концепту, не негира се да се на једно дело може применити више казних типова, али се напомиње да то ипак доводи до примене другачијег правила – *преференције*. У складу са тим, правила специјалитета или пак консумпције, нису интерпретативни аргументи, већ само манифестације таквог правила преференције, које спречавају дефинитивну примену оба казна типа.<sup>41</sup> Дакле, овде се на другачији начин поставља улога принципа решења, оличена у околности да они представљају манифестације конкретизације правила преферентности.

Слично томе, о стицајном карактеру се говори и у светлу претпоставке могућности да једно понашање симултано оствари предуслове типичне реализације више деликтних фигура, имплицирајући закључак ефективног стицаја, без обзира на то што се на крају прихвата само један правни концепт.<sup>42</sup>

Суштину стицајног карактера института на најбољи начин осликава гледиште немачког аутора Келера (*Köhler*), које је засновано на постојању више врста стицаја, условљених променом његових субјеката, односно разликовањем између стицаја законских описа инкриминација, са једне, и стицаја у примени казне, са друге стране.<sup>43</sup> Заправо, целокупна проблематика примене института стицаја закона, могла би се адекватно објаснити полазећи од наведене класификације, јер подразумева да можемо тврдити да постоји стицај законских описа бића кривичног дела, али да истовремено негирамо и стицај казни, и обрнуто. Тиме би се, на пример, могло објаснити зашто код накнадног некажњивог дела, иако прихватамо да је реч о стицају закона, узимамо накнадно (привидно) дело као релевантно за одговорност саучесника. Та идеја је управо оличена у констатацији да не постоји стицај деликата, али да постоји стицај (конкуренија) одговарајућих законских норми.<sup>44</sup> По нашем мишљењу, оправдање феноменолошких облика, оличених у категорији накнадних некажњивих дела, могуће је управо на основу поменутог гледишта. Вишеструко квалификовање у том случају, подразумева истовремено уважавање свих инкриминација, односно *a priori* прихватање стицајне ситуације. Принципи решења се затим појављују као фигура која *a posteriori* оправдава искључење стицајног режима, упркос прелиминарној хипотези плуралитета. На тај начин, долази се до закључка о постојању стицаја норми, уз истовремено искључење правила плуралитета кривичних дела.

Као један од примера деловања поменутих законитости, може се навести случај накнадног некажњивог дела, чији би ефекти, уколико се овај феноменолошки облик не схвати у светлу стицаја закона, односно као паралелно постојање два кажњива понашања на апстрактном нивоу, упркос унитарној квалификацији, довели, између осталог, и до немогућности кажњавања саучесника за такво накнадно (привидно) дело.

Ако се пође од тога да су правила разматраног института стицајног карактера, тиме се решава кључни проблем оличен у утицају привидног дела на одмеравање казне. Као основне предности оваквог приступа, наводе се једноставност и могућност уважавања аргумената у погледу вредности и домашаја критеријума, који као метанорме, односно норме другог нивоа, учествују у решавању конфликта изведених из стицајних диспозиција.<sup>45</sup>

У методолошком смислу, стицајни карактер института се доводи у везу са постојањем праве стицајне ситуације, која се заснива на претпоставци о реализацији свих материјалних и процесних предуслова предвиђених кривичноправних забрана, што се

<sup>41</sup> O. Artaza, R. Mendoza, L. Rojas, 150 – 151.

<sup>42</sup> C. A. Paredes Vargas, 57.

<sup>43</sup> J. P. Matus Acuña, „La teoría del concurso (aparente) de leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes hasta el presente – segunda parte“, *Ius et Praxis* Vol. 7 2/2001, 358.

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> J. P. Matus Acuña (2000b), 60.

касније решава применом *принципа решења* и има за исход уважавање само једне од њих.<sup>46</sup> Наведено указује на извесне фазе квалификације, у складу са хипотезом да код свих случајева стицаја закона постоје две важеће законске норме, чија је примена могућа како у материјалном, тако и у процесном смислу. Међутим, услед специфичних критеријума индивидуализације (*принципа решења*), једна од њих добија примат у односу на другу у конкретном случају. Ипак, неће се у потпуности занемарити ефекат друге законске норме, која може остварити одређене утицаје, под адекватним условима.

Тиме се указује на две врсте стицаја, што у методолошком поступку подразумева почетну претпоставку стицаја законских норми, релевантну за примену принципа индивидуализације (*принципа решења*), што је уједно и хипотеза од које смо пошли у дефинисању фаза поступка квалификације.

Основна диференцијална разлика у односу на интерпретативни карактер, огледа се управо у уважавању ефеката привидног дела, односно наглашавању постојања конкурентних закона. Стога, заступници ове теорије, као најзначајније ефекте стицајног карактера на плану теорије казне, наводе следеће: 1) примена принципа комбинације, 2) примена „одбаченог“ (привидног) кривичног дела.<sup>47</sup>

Као синтезу свих релевантних аспеката овог приступа, можемо навести следеће констатације: 1) сви концепти чија примена долази у обзир, ефективно конкуришу, тако да дело потпада под све и сваки од њих, с тим што се на крају само један од њих примењује<sup>48</sup>; 2) постоји ефективни стицај, али се примењује само један од закона, чиме се заправо штити принцип *ne bis in idem*<sup>49</sup>; 3) привидни концепт треба да буде примењен у процесу детерминације казне или пак других последица – принцип комбинације<sup>50</sup>; 4) обезбеђује се да привидне инкриминације могу бити узете у обзир, у погледу одређених ефеката, у комбинацији са преферентним концептом, што нарочито важи за могућност његовог деловања у ситуацији када се главни концепт не може применити.<sup>51</sup>

У сваком случају, целокупна проблематика спада у домен правних последица, које произлазе из такве диференцијације, тако да се стицајни карактер своди на позитивну констатацију о ефектима привидног дела на јединствену казну, о чему ће накнадно бити речи у посебном поглављу. На овом месту, важно је истаћи да је правна природа разматраног института дуалног карактера, те да се ова два његова аспекта не могу раздвојити. Последично, тиме се отвара пут и паралелној употреби термина *стицај закона* и *привидни стицај*, у циљу даљег типизирања конкретног понашања.

Сходно наведеном, приступ заснован на стицајном карактеру института, најбоље се може разумети аналитичком анализом његових основних карактеристика. Пре свега, ради се о фикцији постојања својеврсног условног стицаја на апстрактном нивоу, који се разликује од идеалног и реалног по другачијем формалном вредновању два или више правна ентитета, због постојања обједињујућих околности. Ово подразумева да је у моменту квалификације, неопходно нагласити, односно ставити у први план чињеницу да, имајући у виду последице одговарајућих релација између норми, односно других фактора, није оправдано ту квалификацију засновати на више кривичноправних забрана, јер би то довело до двоструког вредновања истих околности. Тиме се указује да нису испуњене почетне претпоставке идеалног и реалног стицаја, које захтевају да се самом квалификацијом изрази степен невредности дела, односно да сам начин изражавања друштвене осуде осликава целокупно чињенично стање. Напротив, код привидног идеалног стицаја, истиче се управо супротан

<sup>46</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 332.

<sup>47</sup> Ради се о гледишту немачког аутора Фоглера. Вид. J. P. Matus Acuña (2000a), 349.

<sup>48</sup> F. M. Peña Castillo, 73.

<sup>49</sup> R. Carnevali Rodríguez, C. Salazar Zenteno, 8.

<sup>50</sup> F. M. Peña Castillo, 74; R. Carnevali Rodríguez, C. Salazar Zenteno, 20.

<sup>51</sup> A. Obregón García, 66.

захтев, односно наглашавање чињенице да су два кривична дела обједињена у својој вредности и да не заслужују паралелну квалификацију.

Међутим, искљученост стицаја приликом формалноправног одређења конкретне испољене невредности дела, не значи формулисање квалитативно новог ентитета, који би излазио из оквира његових већ постојећих сегмената, већ само решавање конфликта у корист једног од њих. Некада може доћи до потпуног преклапања између конфликтних норми, што зависи и од природе њиховог међусобног односа, али исто тако може искрснути потреба да се равнотежа која је у фази квалификације нарушена у корист једне од њих, због преваге доминирајућих елемената, успостави на нивоу одмеравања казне. Последица тога је управо утицај привидног дела на јединствену казну, односно његових акцесорних последица које се нису могле обухватити главним делом.

На тај начин се обезбеђује обједињена правно–вредносна оцена понашања, а само одређење стицајног карактера, манифестује се искључиво на последице таквог вредновања, и то не увек на исти начин, већ у зависности од околности конкретног случаја. Управо у томе лежи разлика у односу на последице идеалног и реалног стицаја, које се увек испољавају по истој матрици, односно подразумевају унапред одређени исход, у складу са прописаним правилима. Због тога је значајна прелиминарна квалификација и она не треба да буде условљена никаквим могућим поређењем правних последица до којих би довеле једна и друга правна фигура. Тачније, сасвим је друго питање да ли ће и у којој мери евентуално доћи до изједначеног кривичноправног третмана у пракси, са облицима стицаја, што је питање криминално–политичког карактера, по правилу без утицаја на одређење правне природе неког института, односно условљеност једне или друге квалификације.

## 1.5. Интерпретативни карактер

### 1.5.1. Опште особине

Концепција која се начелно супротставља поимању правне природе (привидног) стицаја закона у светлу стицајног карактера његових ефеката, делује у оквиру конфигурације интерпретативног карактера института, ослањајући се на поступак тумачења, управљен ка лимитирању домаћаја појединачних правних концепата са аспекта њиховог међусобног односа.

Може се рећи да се интерпретативна димензија института најбоље осликава у хипотези да кривичноправни систем представља скуп норми које се међусобно налазе у одговарајућим релацијама, односно затворени хијерархијски склоп. То подразумева синтезу свих норми, како општег (укључујући и опште поставке – начела), тако и посебног дела, које су међусобно комплементарне, односно реципрочно се условљавају и допуњују. Самим тим, од значаја је идејна концепција о правном систему као скупу зависних норми, интегрисаних под окриљем таквог правног јединства, због чега било какво њихово самостално сагледавање, односно разматрање изван таквог контекста, нема никаквог смисла, чиме се поставља основ тзв. нормативне кохерентности.<sup>52</sup> Управо са тог аспекта се посматра и привидни стицај закона, тачније као један од начина испољавања тих међуодноса, који се констатује у поступку квалификације, након спроведеног поступка анализе и интерпретације – тумачења.

Приликом разматрања интерпретативног приступа у теорији, посебно се наглашава сувишност категорије правне конкуренције, односно привидног стицаја као посебног

<sup>52</sup> L. Miraut Martín, „Apuntes para una consideración del concurso de normas como modificación del sistema jurídico“, *Revista de ciencias jurídicas* 2/1997, 247.

института, имајући у виду да се сходно овој хипотези, теорија и судска пракса у потпуности ослањају на тумачење релација између релевантних правних концепата.<sup>53</sup> Из тога произлази најзначајнија карактеристика овог приступа, оличена у решавању описаног правног проблема у тренутку примене кривичног права на конкретно чињенично стање. Наиме, могуће је говорити о својеврсним општим правилима којима се такав поступак руководи, али не и о предетерминисаним процедурама поступка интерпретације, које су условљене ситуационим факторима.

Такође, у светлу интерпретативног приступа би требало тумачити и констатацију да се у конкретном случају не ради о стицају норми, већ о општем правилу квалификације<sup>54</sup>, које се може темељити на различитим основама, попут давања примата специјалном на рачун општег правног концепта.

У прилог таквом гледишту говори и констатација по којој ови случајеви не захтевају изричито законско регулисање, будући да проистичу, односно изводе своје принципе из опште природе законодавства и логике. Због тога, како истиче Меркел, код стицаја закона, привидно дело не треба да се узме у обзир ни приликом детерминације казне, ни у домену других последица, што није случај са идеалним стицајем.<sup>55</sup> То је разлог зашто се о правној природи привидног стицаја говори у контексту правног јединства, с обзиром на схватање да искључење привидних дела у овом случају није од значаја ни за оцену кривице, ни за казну.<sup>56</sup> Овакво поимање привидног стицаја закона, може се довести у везу и са околношћу изостанка изричитих регулаторних одредби у овој области, због чега се прибегава доктринарним правилима, утемељеним на логичким, односно правилима тумачења – интерпретације.

У литератури се у складу са предметном концепцијом истиче и да правни систем треба посматрати као отворени систем норми, имплицирајући да законодавац није предвидео комплексност евентуалног обједињења (синтезе) сопственог продукта, те да интерпретатор и судија не примењују норму на конкретни случај, него је конкретизују.<sup>57</sup> По нашем мишљењу, управо у овој констатацији се испољава суштина интерпретативног карактера института, на шта се надовезује и учење о логичким релацијама између норми.

Дакле, основна идејна заснованост поменуте концепције се састоји у томе да правни систем, на експлицитан или имплицитан начин нуди критеријуме за утврђивање примењивости једне или друге законске норме у конкретном случају, због чега се посебно наглашава да би њихов конфликт био прави, уколико правни систем не би нудио правила за његово решавање. Из тога је и произашло гледиште да се институт привидног стицаја закона третира у оквиру теорије казненог закона, и то у склопу целине „међусобне релације између казних закона“.<sup>58</sup>

Према томе, почетна хипотеза о заснивању привидног стицаја закона на основама интерпретативних поставки, подразумева његово поимање као проблема интерпретације

---

<sup>53</sup> C. Fahl, 266.

<sup>54</sup> А. М. Зацепин, 92.

<sup>55</sup> J. P. Matus Асуња (2000a), 300.

<sup>56</sup> К. Н. Gössel, R. Maurach, Н. Zipf (1978), 313; Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, 732. Указује се и да је из тог разлога адекватније користити термин „правно јединство“ за означавање описаних случајева.

<sup>57</sup> J. C. Contreras, „La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos. El delito *sui generis*“, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1/1978, 63. У вези тога, истиче се да је задатак судије да примени адекватну казну на конкретни случај, односно да између више законских описа посебног дела кривичног права, одабере оно које највише одговара индивидуалном случају.

<sup>58</sup> J. P. Matus Асуња (2007), 10. Ово схватање заступа шпански аутор Хименес де Асуа (*Jimenez de Asua*). Ипак, поменути теоретичар, анализирајући принцип алтернативитета, не поставља његове границе у правном простору између идеалног и привидног идеалног стицаја, на апстрактном нивоу примене закона, већ у конкретизацији јединства или плуралитета повређених добара, што подразумева прихватање хипотезе о истоветности предуслова оба института.

норми и њихових међусобног односа у зависности од контекста у којем су се испољиле у конкретном случају.

Интерпретација се дефинише као правна операција која је управљена ка изналажењу воље закона у функцији целокупног нормативног система, као и супериорних норми, са циљем њихове примене на конкретне случајеве у стварном животу.<sup>59</sup> Према томе, сврставање привидног стицаја закона у теорију интерпретације, своди се управо на наведени проблем – да се утврди која ће се норма применити у конкретном случају. Свакако, оно што карактерише привидни стицај закона, то је да две законске норме не могу ни у ком случају паралелно опстати, односно стајати једна уз другу.

У прилог оваквом приступу, са компаративног аспекта у односу на супротстављену стицајну хипотезу, говори и тврдња да је погрешна његова категоризација у оквиру теорије стицаја, односно паралелно са формалним стицајем деликата, имајући у виду да је суштина наведеног института утврђивање начина примене закона, онда када је привидно могуће подвођење дела под више концепата, односно утврђивање – селекција норме која ће бити примењена. С друге стране, код стицаја, постоји радња која ефективно крши више казних закона.<sup>60</sup> Управо у поређењу ове две различите последице које произлазе из наведених решења, долазе до изражаја кључни фактори њиховог диференцирања, односно међусобна компатибилност или пак инкомпатибилност правних фигура.

Још једна диференцирајућа карактеристика јесте да се полази од тога да привидни стицај закона преегзистира у закону и сам закон га решава, док је формални стицај проузрокован једном радњом, због чега први случај треба да реши законодавац а идеални стицај интерпретатор.<sup>61</sup>

Поменуте особине указују, између осталог, и да потреба законског регулисања губи на значају, чиме се посебно наглашава кључна улога доктрине и јуриспруденције у овој области.<sup>62</sup> Стога, уколико се пође од стриктно интерпретативног карактера института, његово законско одређење се показује као сувишно, будући да спона појединачних категорија произлази из саме природе њихових међусобних релација.

Осим тога, за примену правила института привидног стицаја, од значаја је и теоријска класификација која прави разлику између интерпретације у апстрактном и у конкретном смислу, у зависности од тога да ли је поступак квалификације утемељен на утврђивању лингвистичког значења употребљених израза у нормативном тексту, или пак на примени апстрактне норме на један специфичан случај.<sup>63</sup> Управо полазећи од поменуте концепције ћемо засновати и нашу хипотезу о привидном стицају као институту чија примена представља синтезу апстрактно формулисаних кривичноправних забрана и контекста, односно конкретних ситуационих фактора под којима се оне примењују. То истовремено условљава и два различита приступа (апстрактни и конкретни) у поступку квалификације, односно диференцијације од облика аутентичног стицаја.

Синтетички посматрано, може се указати на неколико карактеристика наведене концепције која се приписују интерпретативном приступу: 1) стицај различитих концепата је само привидан, тако да адекватна интерпретација омогућава утврђивање који ће се од њих применити<sup>64</sup>; 2) проблеми који се тичу привидног стицаја закона, приписују се

---

<sup>59</sup> A. R. Alberto Chacon, S. G. Cisco Barraza, F. S. Hernandez Rosales, 53. Наиме, указује се да у условима привидне примењивости више норми, интерпретатор треба да одабере ону која на најбољи начин покрива невредност дела у његовом тоталитету.

<sup>60</sup> C. Fontan Balestra, 115.

<sup>61</sup> *Ibid.*, 116.

<sup>62</sup> J. Cuello Contreras (1979a), 53.

<sup>63</sup> R. Guastini, „Interpretación y construcción jurídica“, *Isonomía* 43/2015, 14.

<sup>64</sup> F. M. Peña Castillo, 73.

херменеутичким питањима<sup>65</sup>; 3) конкретизација једног од казних типова укључује и остале, а његова суштина се огледа у томе да се може применити само један законски тип, и то онај који изабере интерпретатор, док се остали потискују, без било каквих ефеката на кривицу и на казну.<sup>66</sup>

Ипак, најзначајнији аспект прихватања стриктно интерпретативног приступа у примени института привидног идеалног стицаја, манифестује се у домену пенолошких ефеката, као и формално–правних аспеката квалификације. Наиме, сходно поменутој концепцији, подразумева се да ће изостати било какво позивање на привидно постојеће инкриминације, како у сегменту формалистичке квалификације, тако и у утврђивању разлога опредељења за примену института привидног стицаја.<sup>67</sup> Томе се могу приписати и термилошка настојања, оличена у коришћењу израза „правно јединство“ за означавање описаних феноменолошких манифестација.

### 1.5.2. Принцип искључења

Као једна од оригинарних фундаменталних поставки, својствених институту привидног стицаја закона, може се издвојити важење *принципа искључења*, чија се утемељеност изводи из схватања да стицај „закона“ не представља никакав стицај више бића кривичних дела, будући да се таква релација између њих искључује у једној претходној фази квалификације, и то из правних разлога.<sup>68</sup> Међутим, поставља се питање утицаја овог правила у домену теорије казне, будући да стриктно посматрано, последица таквог искључења подразумева и да приликом утврђивања казних ефеката неће бити узето у обзир искључено кривично дело, у вези чега, као што ћемо видети, не постоји једногласан став у доктрини.

Најзначајнији ефекти интерпретативног приступа, манифестују се управо на плану правних последица, будући да са ове тачке гледишта, не постоји никакав „стицај“, а самим тим ни конфликт закона, због чега је искључена и могућност комбинације различитих казних претњи. У стриктном смислу, узимају се у обзир ефекти само једног кривичног дела, односно хипотеза да не постоји никакав конфликт, будући да је он већ унапред решен самом природом односа између законских норми. Зато се може рећи да је стицај искључен путем примене средстава интерпретације, и то оних који преегзистирају у кривичном праву. Овакве карактеристике се самим тим одражавају и на његово термилошко одређење, те се као најадекватнији јављају изрази – „привидни стицај“, или пак „јединство закона“, који наглашавају искљученост било каквог плуралитета у вредновању конкретне ситуације.

Већ смо указали на својство института стицаја да истовремено задире како у област опште материје кривичног права, тако и теорије казне. Заправо, за однос идеалног и реалног стицаја са стицајем закона, релевантна је тврдња да прве две фигуре представљају форме детерминације казне, између којих се дистинкција врши на основу релације јединство – плуралитет радње, док се у другом случају, не ради о питању утврђивања санкције, већ о тоталном прожимању бића кривичних дела, због чега се такав однос може утврдити само на основу тумачења (интерпретације).<sup>69</sup>

<sup>65</sup> R. Carnevali Rodríguez, C. Salazar Zenteno, 7.

<sup>66</sup> C. Fontan Balestra, 115.

<sup>67</sup> J. Kaspar, *Strafrecht – Allgemeiner Teil: Eine Einführung*, UTB, 2015, 277. Овакво резонавање се приписује томе да поменути случајеви не представљају прави стицајни проблем.

<sup>68</sup> E. Mezger, 345. Тако и K. H. Gössel, R. Maurach, H. Zipf (1978), 313. Самим тим, истиче се да привидна дела нису од значаја ни за процену кривице, ни за казну.

<sup>69</sup> J. Cuello Contreras (1979a), 50.



Управо тиме се обезбеђује унитарна квалификација, за коју нема потребе примењивати стицајне критеријуме попут јединства и плуралитета радње, будући да они у овом случају нису релевантни за детерминисање казне. Ради се о обједињеној вредносној оцени, са потпуним међусобним преклапањем више законских типова.

Међутим, треба имати у виду да је основна идеја о интерпретативном карактеру привидног идеалног стицаја, потекла управо из првобитног Меркеловог монистичког система, заснованог искључиво на релацији специјалитета. Стога, оваква хипотеза, показала се тада као одржива, будући да је било очигледно да се конструкцијом идеалног стицаја, одређеном на сличан начин као и у позитивном немачком законодавству, нису могле објаснити релације између привилегованих и општих дела, односно околност да због примене правила идеалног стицаја, заснованог на најтежој предвиђеној санкцији, није било уопште могуће применити специјалну норму са блажом казном.

Иницијално, у првим фазама развоја теорије стицаја закона, доминирало је гледиште да је реч о проблему интерпретације, или пак *a priori* делимитације домашаја законских норми чија примена долази у обзир, из чега произлази и да су принципи решења само средства интерпретације, чија је улога да ограничи опсег примене једне од хипотетичких норми.<sup>70</sup>

Са проширењем домашаја привидног идеалног стицаја и на неке друге релације, осим специјалитета, са правом се поставља питање његове одрживости на темељу процеса тумачења, и то не само у квалификацији, већ и у домену правних последица. Упркос томе, неки аутори су ипак задржали класично становиште да интерпретативни карактер конфигурише есенцију стицаја закона.<sup>71</sup>

Међутим, не слажемо се са овако стриктним границама наглашавања суштинске природе института, који условљавају негирање било каквог утицаја дефинисаних правила интерпретације у конфигурацији института, већ сматрамо да је решење у синтетичком приступу, заснованом на двострукој правној природи.

Наиме, процес интерпретације, може се посматрати са две тачке гледишта. Пре свега, тумачење приликом квалификације неког понашања као одређеног кривичног дела је неизбежан сегмент таквог процеса у кривичном праву. Код привидног идеалног стицаја, нагласак је на интерпретацији међусобних релација између појединих законских норми, које условљавају њихово јединствено вредновање на бази само једне инкриминације, или пак више њих. Међутим својство интерпретативног карактера привидног идеалног стицаја, у правом смислу, манифестује се превасходно у домену правних последица и подразумева да је исход интерпретације засноване на закључку о постојању одговарајућих релација, условио јединствено (обједињено) вредновање, које искључује било какав стицај, односно било какве ефекте паралелне двоструке оцене. То је и разлог зашто се у овим случајевима не говори о стицају закона, већ евентуално о привидном стицају, односно јединству закона.

У вези постојања конфликта између норми, од значаја је још једно гледиште у шпанској доктрини, које полази од тога да се код привидног идеалног стицаја, налазимо пред случајем примене норми, али да је пожељно направити разлику између ефективне колизије норми и ситуације стицајног испољавања истих (стицајне колизије). При томе, у другој ситуацији се прибегава правилима привидног идеалног стицаја, односно примени принципа

---

<sup>70</sup> J. P. Matus Асуџа (2000а), 315. Сматра се да је управо то поставка на којој је Биндинг формулисао своје гледиште. Иначе, доминација концепција о интерпретативној природи института, карактеристична је за посткласични период (1885 – 1953), тачније за сам почетак овог раздобља, када су теоретичари заступали гледиште о стицају закона као проблему *a priori* ограничавања домашаја конкретних законских норми. Самим тим, принципи решења се поимају као средства за оправдање ограничења примене једне од законских норми, иако су поједини теоретичари ову тезу везивали само за накнадна некажњива дела.

<sup>71</sup> *Ibid.*, 332. За овакав приступ се, између осталих, залагао и немачки аутор Јешек.

решења, будући да не постоји стицај (прави). Међутим, цитирани аутор такође истиче да без обзира да ли се ради о привидном стицају или не, колизија законских норми захтева да се реши конфликтна ситуација.<sup>72</sup> Може се закључити да управо овакво резонување поставља основ за истицање двоструке правне природе, јер се сукобљавају, односно прожимају елементи конфликта са правилом о примени норми.

Стриктно интерпретативно поимање института привидног идеалног стицаја, подразумева да је по основу правног тумачења казних закона, искључено постојање стицаја кривичних дела.<sup>73</sup> То у практичном смислу значи да се као резултат процеса интерпретације, јавља квалификација једног кривичног дела, која би по правилу искључивала све његове стицајне ефекте, истовремено и на плану одмеравања казне. Међутим, за то морају бити испуњени одређени услови, који би у великој мери сузили опсег примене овог института, а што би довело и до нужног искључења одређених принципа решења као могућих критеријума индивидуализације конкретних феноменолошких облика.

Основни проблем који се у литератури наводи у вези са овим схватањем, тиче се могућности примене одбачене норме, односно привидног дела, у складу са одређеним условима.<sup>74</sup> Практично, тешко је замислити да би сви феноменолошки облици стицаја закона, нарочито случајеви накнадног некажњивог дела, могли да се подвргну стриктној интерпретативној варијанти овог института, на такав начин да главно дело у потпуности прожима привидно, без могућности да оно остави било какве ефекте.

У шпанској доктрини се истиче и да привидни идеални стицај није ништа друго до интерпретативни проблем, односно проблем примене закона, те да ни у ком случају не може постојати прави стицај или конфликт, јер управо његови принципи решења омогућавају да се такав конфликт избегне.<sup>75</sup> Ова констатација упућује и на разлике у процесу квалификације, тачније у конкретној фази употребе *принципа решења*. Међутим, треба имати у виду да поменуто гледиште полази од диференцирајућих теорија, односно оних које стицај закона заснивају искључиво на јединству радње, због чега се и тврди да је полазна основа код идеалног и привидног идеалног стицаја идентична (постојање једне радње), док се диференцијација огледа у некомпатибилном или комплементарном карактеру предметних норми у оба случаја.<sup>76</sup>

Може се закључити да се ефекти интерпретативног карактера манифестују у негирању било какве могућности стицаја, односно подвођења неког понашања под више диспозиција, имајући у виду да долази до *a priori* ограничавања домаћаја таквих норми. Принципи решења се стога појављују као средства која омогућавају оправдање ограничења домаћаја закона и унитарну квалификацију.

Након сагледавања свих значајних аспеката приписивања институту интерпретативног карактера, за предмет нашег рада је од значаја размотрити још једну нужну последицу прихватања ове концепције са аспекта теорије домаћаја, али и принципа решења. Наиме, основ сврставања накнадног некажњивог дела у оквиру привидног идеалног стицаја, има особено објашњење са аспекта интерпретативног приступа и делимично се поклапа са нашим приступом овом спорном питању, иако са другачије тачке гледишта. Тако, у случају типичног примера извршења кривичног дела крађе, а потом продаје или употребе

<sup>72</sup> J. P. Matus Acuña (2007), 24 фн. 45.

<sup>73</sup> J. P. Matus Acuña (2000b), 60.

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> J. P. Matus Acuña (2007), 23 – 25. Ради се о периоду између 1944. и 1978. године, према хронолошкој класификацији коју износи аутор, а интерпретативни приступ, одразио се како на појмове одреднице (користи се термин „привидни“, паралелно са стицајем закона), тако и на његово место у систему кривичног права (институт се третира у оквиру теорије интерпретације или примене закона, одвојено од стицајних проблема).

<sup>76</sup> *Ibid.*, 23.

украдене ствари, полази се од хипотезе да такви накнадни акти нису некажњиви, већ напротив, сматрају се садржаним у крађи. Такође, у наведеним ситуацијама, искључује се одговорност саучесника.<sup>77</sup> Из тог разлога је ове облике накнадног некажњивог дела адекватније означити термином „сукажњива“.<sup>78</sup>

## 1.6. Двострука правна природа института

Стицајни, односно интерпретативни карактер привидног идеалног стицаја, односе се на низ суштинских димензија у његовој структури, које се морају обједињено посматрати ради доношења закључака о правној природи института, а то су пре свега: 1) феноменолошки облици његовог испољавања; 2) принципи решења на којима се заснивају релације између норми; 3) теорије домашаја (унитарне и диференцирајуће).

С друге стране, практични ефекти опредељења за једно или друго решење, манифестују се првенствено у домену правних последица, тачније улози привидног дела у одмеравању казне, у складу са поимањем стицаја, или његовог одсуства, сходно интерпретативној природи института. Осим тога, својеврстан утицај се може испољити и на методологију квалификације, будући да условљава да ли се *a priori* констатује постојање само једне релевантне инкриминације, по основу конкретизације односа и релација између законских норми, или се полази од почетне премисе стицаја свих закона, на једном апстрактном нивоу, након чега се применом одговарајућих принципа решења, конфликт решава у корист само једног од њих.

Међутим, иако методолошки поступак долази у први план, суштина дистинкције између интерпретативног и стицајног карактера, почива на другим, мање видљивим, али значајним факторима. Пре свега, прва и најзначајнија последица прихватања интерпретативне варијанте, огледа се у нужном сужавању домашаја института на случајеве јединства радње а самим тим и смањењу броја принципа решења који се користе као критеријуми његове индивидуализације. Тиме би велики број феноменолошких облика остао изван оквира конструкције (привидног) стицаја закона, а као што смо видели на примеру поимања накнадног некажњивог дела са овог аспекта<sup>79</sup>, односно хипотезе о садржаности у главној радњи (сукажњивости), а не „некажњивости“, на практичном плану би дошло до искључења одговорности саучесника за то накнадно дело. Управо се на примеру оваквог поимања накнадног некажњивог дела, које би противречило приступу са стицајне тачке гледишта, почев од саме терминологије, уочава релативизација дистинкције између интерпретативног и стицајног приступа. Ипак, то указује истовремено и на губљење јасне границе између јединства и плуралитета радње, која би се евентуално захтевала за констатацију (привидног) стицаја закона. Међутим, као што ћемо видети приликом разматрања теорија домашаја, ако бисмо и успели да поставимо такву границу на формалистичким основама, то бисмо једино могли да учинимо прихватањем описаног интерпретативног приступа. С друге стране, суштина се не исцрпљује у томе што ћемо констатовати привидни идеални стицај у формалистичком смислу, тврдећи да постоји јединство радње код накнадног сукажњивог дела, јер је оно само наставак главне радње, што уистину и проистиче из процеса интерпретације, већ у практичним импликацијама таквог

<sup>77</sup> Ј. Р. Матус Асућа (2000а), 349 фн. 193. Ово указује на алтернативитет као принцип решења.

<sup>78</sup> Вид. поглавље Теорије домашаја привидног идеалног стицаја, 212.

<sup>79</sup> Вид. *infra*, 216. У том смислу, немачки аутор Кинапфел (*Kienapfel*) иако прихвата стицајни карактер института, такође узима да је детерминација релација ексклузивитета (алтернативитета) питање интерпретације, које на самом почетку искључује било какво стицајно решење, па чак и решење привидног стицаја закона. Стога, према мишљењу овог теоретичара, код алтернативитета се, на пример, не може говорити о накнадном некажњивом присвајању, јер је оно већ садржано у крађи, што је директна последица интерпретативног решења. Вид. Ј. Р. Матус Асућа (2000а), 349.

решења, односно ефектима привидног дела. Као што смо видели на примеру одговорности саучесника, могуће је заступати интерпретативни приступ проблему, а истовремено прихватити и одређене стицајне ефекте.<sup>80</sup> Из тог разлога, тешко је говорити о евентуалном раздвојеном посматрању феноменолошких манифестација (привидног) стицаја закона утемељеним на, условно речено, јединству и плуралитету радње, односно његовом ограничавању само на прве категорије, што би била директна последица интерпретативног приступа, не само због тога што ни сама та граница није јасно одређена, већ и због поклапања правних ефеката. То би отворило низ дилема у концептуалном смислу, без томе одговарајућег практичног значаја, са друге стране. Може се рећи да су управо настојања строгог интерпретативног приступа и услова ограничавање привидног идеалног стицаја само на ситуације стриктног јединства радње, али искључиво у циљу одбацивања било каквих ефеката привидног дела. Јасно је да се овакав приступ највише одражава на пољу кривичне одговорности, чиме дискрепанција у односу на стицајно решење, добија и криминално–политичку конотацију. Према томе, нагласак није само, као што се може чинити на први поглед, на оправдању основа или начина доласка до унитарне квалификације, већ на суштинским аспектима који произлазе из такве процедуре.

Процес квалификације на релацији јединство – плуралитет кривичног дела и уважавања фигуре привидног стицаја закона у том процесу, свакако се не може лишити интерпретативних сегмената, јер свака квалификација подразумева тумачење. У одређеним случајевима ће сам контекст односа између законских норми, односно њихово хијерархијско позиционирање и одговарајући релевантни односи, у спрези са општим начелима кривичног права, указати на привидни стицај закона. Ипак, уношење вредносних елемената, односно емпиријских и криминално–политичких фактора, доводи до својеврсног нарушавања тако замишљеног идеалног система, утемељеног на простој конкретизацији онога што проистиче из слова закона. На тај начин, јавља се потреба за успостављањем равнотеже на другом нивоу – балансирањем одговарајућих ефеката у домену казних последица. Ипак, овакав исход не искључује околност да је такав поступак утемељен на правилима интерпретације, односно да ће се у одређеним случајевима привидно дело заиста сматрати у потпуности обухваћеним главним.

Мешовита правна природа долази до изражаја и у примени логичких термина у означавању принципа решења. Тако, говорећи о специјалитету са аспекта интерпретативног приступа, мисли се на врсту логичке релације између норми, као такве, док специјалитет као принцип решења подразумева скуп законитости утемељених на поменутих релацијама логичког карактера.

Оно што је важно напоменути, а од кључног је значаја за утврђивање правне природе привидног стицаја, јесте констатација да ова правна фигура не представља трећу

---

<sup>80</sup> *Ibid.*, 340. У том смислу, као релевантна се помиње још једна теоријска концепција, означена као „персонални карактер“ привидног стицаја закона.

На ову хипотезу, указује се и у шпанској доктрини, кроз пример једне пресуде која се односи на хипотезу (привидног) стицаја кривичних дела тешког убиства и нелегалне ексхумације. Тако, полази се од претпоставке да се накнадна ексхумација може третирати као акт прикривања извршења кривичног дела против живота и тела. Стога, ако неко има учешће само у таквом накнадном деликту, требало би га казнити искључиво за прикривање тешког убиства. То подразумева да изостаје његова одговорност за инкриминацију нелегалне ексхумације, и поред тога што се непосредни извршилац кривичног дела тешког убиства, осуђује и за ово дело. У истом смислу, друга пресуда, иако не прихвата да се нелегална ексхумација, извршена након деликта против живота и тела третира као самоприкривање или исцрпљење некажњивости, ипак узима да би то важило једино за учиниоца осуђеног за оба деликта, али не и за оног окривљеног коме се приписује само нелегална ексхумација. На тај начин се успоставља могућност секундарне примене привидног дела само у погледу учесника који нису учествовали у главном и преферентном деликту. Вид. J. P. Matus Асуџа (2007), 44. Такође, вид. и J. P. Matus Асуџа (2000b), 53 – 54.

врсту стицаја (поред идеалног и реалног), већ напротив, специфичну конструкцију иза које стоји одступање и од једне и од друге варијанте.<sup>81</sup>

Према томе, сви наведени аспекти представљају релевантне сегменте утицаја на основу којих се може дефинисати правна природа привидног идеалног стицаја, што условљава и даље закључке, како у домену процедуралних последица, оличених у методологији поступка квалификације, тако и оних формалних – конкретне улоге принципа решења, као и самог термиолошког апарата. Ипак, као најзначајнија материјална и суштинска последица једног или другог приступа, јављају се манифестације њиховог утицаја у области одмеравања казне.

Модификације у сегменту обухватности института, за разлику од првобитног идејног концепта захтевале су и својеврсне модификације његових основних теоријских поставки. За разлику од првобитне идеје о овом институту, где се могло говорити о чисто интерпретативном карактеру, тенденције проширења његовог домаћаја, истовремено су условиле потребу да се ради задржавања основних концептуалних поставки истог, адекватна равнотежа пронађе у уношењу елемената стицајног карактера. Управо то је условило дискрепанцију и изричито или прећутно опонирање између ефеката процеса тумачења, којим се обезбеђује јединствена вредносна оцена и последица уважавања паралелног постојања више законских норми. Може се рећи да тај конфликт преегзистира у оквирима учења о привидном идеалном стицају, мада је очигледно да се круцијално питање не може решити у корист само једног од њих.

Наиме, ако бисмо пошли од чисто интерпретативног карактера, опстали би само поједини феноменолошки облици – и то искључиво они код којих је јасна релација логичке природе у хијерархији норми. Међутим, значај тих логичких правила не може се негирати у поступку утврђивања примата, али се она исто тако не могу подићи на највиши ранг законитости. Решење је у средишњој варијанти – да се она прихвате као помоћна средства квалификације, а да се исто тако имају у виду аксиолошки и разлози оправданости казне.

Стога, правна природа привидног идеалног стицаја, мора се поставити на дуалној основи. С једне стране, не може се негирати основна идеја о обједињеном вредновању више појединачних инкриминација, у којој се испољава интерпретативни фактор. Међутим, извесне модификације, морају се прихватити у домену теорије казне, у виду додатног условног утицаја који се приписује њиховом паралелном постојању. Та два аспекта нису међусобно искључујућа, већ се могу и паралелно ценити. Тиме се обезбеђује да овај институт задржи своју основну теоријску заснованост и концептуалну идеју о искључењу плуралне оцене, а да се истовремено обезбеди равнотежа са захтевима утемељеним на општим принципима кривичног права – да се код појединих феноменолошких облика, у складу са претходно дефинисаним условима, узме у обзир и привидно дело.

У савременој немачкој доктрини, већинско гледиште полази од стицајног карактера института, који се прихвата и у имплицитној и у експлицитној форми, у самој дефиницији владајуће доктрине, а што се одразило и на област његовог појмовног означавања и позиционирања у систему кривичног права, тако да се једногласно третира у оквиру теорије стицаја.<sup>82</sup> Оно што се може уочити, то је да употреба термина „привидни“ и „неправи“, представља одраз поређења његовог односа са категоријама ефективног стицаја, што указује да се суштина ове правне фигуре не може посматрати одвојено од облика стицаја, чак и уколико се прихвати стриктно интерпретативни карактер.

<sup>81</sup> С. Fahl, 259.

<sup>82</sup> Вид. С. Roxin (2014), 997 – 1025. Тако и Јешек, Кинапел и др. Вид. Ј. Р. Matus Асуња (2000а). Осим позиционирања института у систему кривичног права и његовог дефинитивног разматрања под окриљем теорије стицаја, односно паралелно са њеним правилима, ово се одразило и на само термиолошко одређење, тако да опстају изрази „јединство закона“, и „стицај закона“ као традиционална варијанта, док губе на значају они који истичу карактер „привидног“, односно „неправог“ стицаја.

Међутим, карактеристично је да чак и они аутори, који се залажу за интерпретативни карактер, односно карактер ограничења домашаја законских норми, попут Фоглера, ипак прихватају одређене ефекте стицајне институције, што се првенствено односи на примену принципа комбинације, односно секундарну примену привидног дела.<sup>83</sup> Управо из наведених разлога је немогуће говорити о искључиво интерпретативној или стицајној правној природи, због чега решење треба тражити у констатацији двоструке правне природе по том основу.

У том смислу, поједини феноменолошки облици привидног стицаја закона, могу имати стицајне ефекте, а други не, при чему структура испољавања таквих ефеката може бити различита. То свакако не би требало доводити у везу искључиво са аспектом поделе на јединство и плуралитет радње, где евентуални утицај може да се манифестује једино у рангу отежавајућих околности, већ у конкретном феноменолошком облику испољавања неког понашања, што подразумева индивидуалистички приступ.

Околност да ли ће се прихватити интерпретативни или стицајни карактер, може бити условљена и тиме да ли је реч о стицају закона утемељеном на јединству или пак на плуралитету радњи, где посебну пажњу заслужује тумачење феноменолошке манифестације накнадног некажњивог, односно сукажњивог дела, који је чак и код интерпретативних приступа отворио полемику приписивања стицајних ефеката.<sup>84</sup> Такође, доказ недељивости ова два приступа представља и већ поменута околност да се изучавање привидног стицаја закона, упркос гледишту о чисто интерпретативном карактеру, смешта под окриље теорије стицаја, како би се боље сагледала његова суштинска правна природа у односу са неким другим стицајним категоријама. Тиме се акценат ставља на њихово упоредно разматрање, тачније на онај сегмент института који се бави диференцијалним карактеристикама и успостављањем фактора разграничења између два института, чиме се на посредан начин истиче и његова интерпретативна природа.

Управо ове различите концепције указују на околност да не смемо унапред поћи од тога да ова правна фигура има један или други карактер. Насупрот томе, могло би се говорити о његовим стицајним и ограничавајућим (нестичајним) ефектима, у зависности од конкретног феноменолошког облика испољавања. Стога, може се рећи да је институт (привидног) стицаја закона, утемељен како на поставкама тумачења релација између норми, односно њихове хијерархије, тако и на својеврсним принципима који условљавају постојање стицајне ситуације и захтевају томе одговарајуће правне ефекте. Квалификација у одређеним случајевима може бити искључиво исход конкретизације односа норми као преегзистирајућих концепата у закону, у складу са правилима тумачења, док исто тако може бити заснована и на емпиријским, аксиолошким критеријумима. Ако се томе додају и специфичности правних ефеката, који се могу испољити на различите начине, јасно је да је његова правна природа дуалистичког, интерпретативно – стицајног карактера.

## 2. ЗАКОНСКА ЗАСНОВАНОСТ

Оправданост постојања, односно прихватања института (привидног) стицаја закона, суштински се црпи из хипотезе о његовој посредној или непосредној законској регулисаности у одређеном кривичноправном систему, иако постоје одређене дилеме о дозвољености примене ове правне фигуре, односно евентуалном кршењу начела законитости у системима који, попут нашег, не садрже било какве регулаторне одредбе у том смислу.<sup>85</sup>

---

<sup>83</sup> Ј. Р. Матус Асуња (2000а), 349. Ипак, овај аутор истиче да, како би се радило о стицају закона, морају постојати барем конкурентни закони, у смислу да су испуњени сви типични елементи дела.

<sup>84</sup> Вид. *infra*, 223 – 226.

<sup>85</sup> Вид. Ђ. Лазин, 7.

Регулисање института привидног стицаја у конкретном позитивном законодавству, изазвало је бројне полемике у погледу обима и домашаја таквих регулаторних одредби, нарочито у односу са онима које се односе на облике аутентичног стицаја. Сходно томе, могло би се говорити о својеврсном прожимању наведених концепата, односно о посредном регулисању привидног идеалног стицаја путем постојећих посебних правила одмеравања казне за кривична дела у стицају. На то указују и поједини теоретичари, истичући да се кривично законодавство није бавило овом проблематиком, чији се вредносни садржај црпео из негативне хипотезе стицаја, односно генералних поставки о условима (не)постојања поменутог института.<sup>86</sup>

Питање законске заснованости института (привидног) стицаја закона треба посматрати са два аспекта, односно проблематике непосредног и посредног регулисања. Наиме, ретка су савремена законодавства која садрже непосредне и изричите одредбе, у виду правила „другог нивоа“, резервисаних за наведену правну фигуру, на шта смо већ указали приликом разматрања утицаја таквих регулација на концептуално одређење.

С друге стране, проблематика законске утемељености као једна од фундаменталних поставки института, не исцрпљује се само у таквим одредбама, већ и онима из којих на посредан начин произлазе његове основне карактеристике и испољавања феноменолошке димензије. То се првенствено односи на поједине одредбе посебног дела кривичног права, односно тзв. „клаузуле супсидијаритета“, које се појављују у склопу законских описа кривичних дела<sup>87</sup>, мада нису искључене ни ситуације утемељености на регулисању других општих института у кривичном праву.<sup>88</sup> У том контексту, од посебног значаја је одредба чл. 61 Кривичног законика Р. Србије, која се односи на забрану двоструког вредновања истих околности, будући да се она може сматрати основом принципа *ne bis in idem*, тачније његове материјалне димензије.

Поменуте назнаке посредне законске утемељености института (привидног) стицаја закона, могу се одредити као регулације општег или посебног дела кривичног права. Поред *клаузула резерви*, у материји посебног дела кривичног права, као релевантни детерминатори законске заснованости института, наводе се и друге феноменолошке манифестације јединства кривичног дела, попут конструкције сложеног кривичног дела, односно особених законодавних техника у инкриминисању забрањеног понашања, које дозвољавају вишеструко понављање радњи извршења уз истовремено задржавање унитарне квалификације.<sup>89</sup> Свакако, треба имати у виду да иако поменуте правне фигуре, суштински не представљају концепте привидног стицаја закона, већ репрезентације особених облика јединства, исте посредно имплицирају и дозвољеност поменутог института.

Стога, можемо се сложити са констатацијом да изостанак изричите одредбе о привидном стицају, не доводи у сумњу његово постојање, односно искључење стицаја под дефинисаним условима<sup>90</sup>, у функцији заштите кључних начела кривичног права. Наиме, утемељење института привидног стицаја закона, не треба тражити искључиво у нормама другог нивоа које формално декларишу његово место у систему кривичног права, нити се искључиво на њима може заснивати оперативност правила наведене правне фигуре.

---

<sup>86</sup> Ф. Бачић *et al.*, 217.

<sup>87</sup> Вид. на пример чл. 227 КЗ.

<sup>88</sup> Вид. Ђ. Лазин, 8 – 13.

<sup>89</sup> *Ibid.*, 10 – 11.

<sup>90</sup> Ф. Бачић (1995); Ђ. Лазин, 8 – 15. Другим речима, истиче се да изостанак регулаторних одредби о привидном идеалном стицају у позитивном законодавству, не доводи у сумњу опстанак и примену института на темељу других аргумената, укључујући како показатеље посредне регулације, тако и оправдања криминално–политичког карактера, или пак она која произлазе из општих начела кривичног права.

Све то указује на наглашени теоријски карактер правне фигуре привидног стицаја и велики значај успостављања општих смерница којима се руководи судска пракса у констатацији испуњености услова његове примене.

## 2.1. Модели третирања института

Постојање законских одредби које регулишу материју (привидног) стицаја закона, у општем делу кривичног права, може се довести у везу са поделом на „норме првог и другог нивоа.“ У том смислу, указује се да норме другог нивоа регулишу случајеве када постоји стицај између више норми првог нивоа, које се односе на исто чињенично стање.<sup>91</sup> У зависности од тога да ли конкретно законодавство садржи такве регулације, које се непосредно везују за институт (привидног) стицаја закона као правну фигуру општег дела кривичног права, легислативне тенденције се крећу између два модела. Први подразумева постојање таквих одредби, док се у другом случају његово законско утемељење изводи из посредних облика регулације.

Проблематика оправданости постојања таквих решења је доста спорна, али се свакако на прво место може ставити потреба да одговоре захтевима рационалности<sup>92</sup>, што би требало посматрати са аспекта ефеката који се постижу њиховом применом. Као један од значајних разлога у доктрини, који се доводи у везу са потребом законског регулисања, наводи се и постојање својеврсне моралне обавезе законодавца.<sup>93</sup> Исто тако, у прилог томе говоре и разлози начелне природе и методологије поступка квалификације, оличени у чињеници да се у таквом поступку судија руководи преваходно законом<sup>94</sup>, тачније постојећим легислативним правилима.

У литератури се као репрезентативни наводе – немачки модел, који се означава и као систем *релативног ексклузивитета*, са једне, односно шпански модел, одређен и као систем *релативне регулације*, са друге стране.<sup>95</sup> У прву категорију, која је апсолутно доминантна, спада и наш систем, док се као још један пример варијанте релативног ексклузивитета, може навести италијански модел.

Управо кроз наведена четира модела, класификована у поменуте две категорије, анализираћемо утицај аспекта законске утемељености на фундаменталне поставке института.

### 2.1.2. Системи нерегулације

У системима који не регулишу институт (привидног) стицаја закона, нужно се поставља питање да ли се ради о пропусту, или пак о свесном изостављању таквих одредби од стране законодавца, као и да ли је уопште могуће конципирање одређења која би у довољној мери задовољила захтеве за прецизношћу и одговарајућим степеном општости. Други релевантни аспект се тиче улоге посредних одредби посебног и општег дела

---

<sup>91</sup> J. C. Moliné, 30.

<sup>92</sup> *Ibid.*, 61 – 62. Као пример остваривања захтева рационалности у конкретном случају, аутор наводи функције некадашње одредбе чл. 68 у шпанском Кривичном закону, која је, према једној од концепција, имала улогу да послужи исправљању недостатака у законодавству. Међутим, ово важи само у случају ако се она схвати у духу принципа алтернативитета, а не као носилац свих релевантних принципа привидног стицаја закона.

<sup>93</sup> J. P. Matus Асуња (1997), 437. Аутор указује да би у супротном постојао пропуст такве обавезе.

<sup>94</sup> Н. Н. Фарукшин, „Конкуренция (коллизия) уголовно – правовых норм“, *Сборник статей Актуальные проблемы науки XXI века*, Cognitio, Москва 2015, 158. У том смислу, указује се да су све теоријске концепције у овој области, утемељене управо на правилима важећег законодавства.

<sup>95</sup> J. P. Matus Асуња (1997), 423.



кривичног права у таквим системима. Наиме, и поред изостанка његове регулације на општем плану, појављују се одређени фрагменти института, на првом месту у виду тзв. „клаузула супсидијаритета“, које одражавају, односно потврђују његову релевантност, иако се по слову закона не доводе у везу са (привидним) стицајем закона.

У сваком случају, непостојање одговарајуће законске подлоге, упућује на поставке обичајног права у овој области<sup>96</sup>, или пак ослањање на јуриспруденцију у детерминацији критеријума решавања конфликта између законских норми.<sup>97</sup>

У немачкој литератури се као аргумент против законског регулисања института, наводи управо довољност постојања ових посредних облика регулисања, у вези чега се истиче и потреба за што мањим бројем таквих клаузула.<sup>98</sup> Оправдање за овакво резонување се доводи у везу са непогрешивом природом могућности које се јављају у тумачењу релевантних чињеница.<sup>99</sup> Наша доктрина се такође определила за варијанту према којој изостају регулаторне одредбе института, при чему се не уочавају било какви дискутабилни покушаји за супротна решења.

По нашем мишљењу, изостанак таквих одредби другог нивоа, указује на тенденцију везивања за индивидуалистички приступ, утемељен на интерпретацији конкретних чињеничних манифестација, које, иако се могу подвести под неке опште концепте, поседују безброј особености, чиме се негира могућност њиховог подвођења под било какве генералне категорије. Значај таквих одређења, високог степена општости, свео би се превасходно на улогу својеврсних смерница, док ће коначан исход квалификације зависити од тумачења индивидуалних законских типова.

У прилог томе говори и тврдња да је немогуће у апстрактном смислу дефинисати услове када се садржај невредности једне инкриминације поклапа са другом, већ одговор на наведено питање треба тражити на нивоу концепата посебног дела кривичног права, односно интерпретације казних типова.<sup>100</sup> Ради се, по свему судећи, о приступу изучавању института утемељеном на проблемском карактеру, који директно произлази из описаних одређења на темељу вредносних концепата.

С друге стране, сматра се да је за потврђивање релевантности привидног стицаја, довољно и његово посредно одређивање, где се слично интерпретативном аспекту његове правне природе, на основу тумачења, долази до закључака о постојању института.<sup>101</sup> Као што смо већ напоменули, случајеви када законодавац изричито решава проблем који се сврстава у проблематику привидног стицаја закона, у теорији се означавају још и као „клаузуле резерве“, а у том контексту се користи и израз „деликти дуплог резултата“. <sup>102</sup> За ове правне манифестације се може рећи да представљају сегменте феноменолошке димензије института. Тачније, по својој правној природи, оне представљају један од феноменолошких облика (привидног) стицаја закона, који се истовремено сврстава и у једну и у другу групу појавних манифестација института, од чије смо категоризације пошли у овом раду, у зависности од

---

<sup>96</sup> J. Hruschka, 395.

<sup>97</sup> M. Bortoluzzi, 129 – 130. Указује се да је управо то случај са француским системом, где се законодавац ограничава на регулисање казеног одговора поводом манифестација материјалног стицаја, док је решавање проблема привидног стицаја, препуштено јуриспруденцији и доктрини.

<sup>98</sup> Вид. J. P. Matus Асића (1997), 424. Као пример се наводи аргумент немачког теоретичара Шнајдивена (*Schneidewin*), који као разлог против законског регулисања института, истиче и велику разноврсност његове феноменолошке димензије, односно варијанти испољавања, као и непрецизност правила њихове дистинкције и индивидуализације.

<sup>99</sup> H. H. Jescheck, T. Weigend, 732.

<sup>100</sup> C. Roxin (2014), 997.

<sup>101</sup> Ф. Бачић (1995), 311. Тако, Бачић напомиње да изостанак законских одредби о институту, не доводи у питање његово постојање, односно егзистенцију у кривичном праву.

<sup>102</sup> J. D. J. Restrepo, 7.

саме врсте клаузула супсидијаритета.<sup>103</sup> Иако њихово изучавање систематски припада феноменолошкој димензији (привидног) стицаја закона, као и супсидијаритету као принципу решавања конфликта између норми, на овом месту ћемо указати на основне карактеристике „клаузула резерви“ са аспекта њихове улоге у области законског утемељења института.

### 2.1.2.1. *Оправдања нерегулисања*

Једно од најрепрезентативнијих гледишта у немачкој доктрини о оправдању система нерегулисања, може се довести у везу управо са појединим сегментима интерпретативног приступа правној природи института. Тако, истиче се схватање немачког аутора Јешека да задатак законодавца није да путем диспозиција општег дела регулише ова базична питања, која заправо спадају у домен интерпретације, те да проблем стицаја закона ни у ком случају не може да се третира у оквиру општег дела кривичног права.<sup>104</sup>

Проблем са системом изричите регулације, састоји се, између осталог, и у томе што би такав модел, с једне стране, означавао прихватање карактера института особене правне природе, а самим тим захтевао прописивање посебног правила одмеравања казне, тачније њему специфичних правних последица, по аналогији са облицима аутентичног стицаја, односно фигуром продуженог кривичног дела, ако би се прихватила хипотезу о негирању стицајног карактера. У оба случаја, јавиле би се нерешиве концептуалне дилеме и проблеми у примени таквих правила.

Осим тога, у шпанској доктрини се истичу телеолошки аргументи за утврђивање који од конкурентних концепата треба да се сматра главним и преферентим<sup>105</sup>, и поред постојања законских одредби управљених ка регулисању случајева привидног стицаја закона. Стога се поставља питање оперативности истих и релевантности за примену у пракси. Управо непотпуност и недоследност оваквих законских концепата, ствара потребу за додатним прецизирањем поступка, путем увођења интерпретативних правила.

На то указује и Лазин, истичући да би регулисање привидног идеалног стицаја захтевало велики број прецизирајућих одредби, што не би било у складу са практичним захтевима, а било би спорно и са аспекта уважавања особености конкретног случаја, односно уједначеног поступања.<sup>106</sup>

Дакле, наилазимо на ситуацију где и поред тога што постоји одређена законска одредба у регулацији наведених концепата, она није довољна за потпуно и адекватно решавање кључног проблема, оличеног не само у томе да ли се, на пример, релација супсидијаритета признаје као релевантна у конкретном случају, већ и у питању која ће се од више примењивих норми, сматрати главном, односно супсидијарном. Стога, околност да ли постоји супсидијаритет или не, и под каквим условима, спада у проблематику дистинкције (привидног) стицаја закона од идеалног стицаја (облика аутентичног стицаја), за шта и није толико битно о којој се конкретно врсти релација ради<sup>107</sup>, док је улога дистинкције између појединих принципа решења, управо у томе да дефинише различита правила за извођење закључака о преферентности једне или друге законске норме, по основу природе релација између њих. То је у складу са нашом хипотезом да су принципи решења заправо средства за

<sup>103</sup> Вид. поглавље Феноменолошка димензија, *infra*, 403 – 408. Сви облици феноменолошког испољавања института, могу се поделити на формалистичке и материјалистичке. У прву групу спадају изричите клаузуле супсидијаритета, а у другу његови прећутни облици.

<sup>104</sup> J. P. Matus Асуња (1997), 424.

<sup>105</sup> J. P. Matus Асуња (2005), 477.

<sup>106</sup> Ђ. Лазин, 15 – 16.

<sup>107</sup> Ипак, та подела може бити донекле релевантна, у смислу усмеравајућег фактора за конфигурацију правних последица.

решавање међусобног конфликта између законских норми, након што се констатује да је у конкретном случају реч о привидном стицају закона, у складу са одговарајућим критеријумима диференцијације.

Такође, указује се да је функција таквих правила управљена искључиво на решавање недостатака легислативне технике, као и да у одсуству истих, она доводе до правне несигурности и недоследности у јуриспруденцији.<sup>108</sup>

По нашем мишљењу, увођење једне примарне законодавне одредбе општег карактера, која би регулисала случајеве привидног стицаја закона, била би оправдана једино у случају везивања за одређене казнене ефекте и то искључиво уколико би се феноменолошка димензија института проширила на случајеве из домена принципа алтернативитета. У супротном, једна таква одредба би била сувишна, будући да би заказала у остваривању основног циља – да формулише јасна правила за утврђивање примарне норме у свим конкретним случајевима (привидног) стицаја закона. Другим речима, њено оправдање би имало смисла једино у циљу успостављања равнотеже међу нормама, где не постоје релације које на основу правила логике, односно емпиријске вредносне оцене испољеног понашања, регулишу преферентност једне од њих.

Наиме, не може се очекивати од кривичног права да реши проблеме логичких релација, нити је општи део кривичног права место за то. Интервенција законодавца у овој области је могућа искључиво ради исправљања одређених грешака или утврђивања примата једне од норми када се чињенично стање може подвести под било коју од њих, али не и под обе. У савременом кривичном праву, такве грешке су ретке, док се други случај односи на проблем алтернативитета.

### 2.1.3. Систем релативне регулације

Једно од средишњих решења, не одбацује у потпуности потребу законског регулисања института, али је ограничава на најмању могућу меру, односно на функцију самог разјашњавања конструкције и њених термилолошких аспеката, док се доктрини и јуриспруденцији препуштају питања попут разраде и међусобног разграничења принципа решења и правних последица истог.<sup>109</sup> По нашем мишљењу, једино би се под наведеним условима и могло говорити о оправданости таквог регулисања и управо су то случајеви релативне регулације. Међутим, поставља се питање колико су законодавства која припадају овим системима успела да испуне наведене претпоставке у својим моделима прописивања института.

Пре свега, важно је напоменути да се опредељења појединих законодаваца за увођење особених регулаторних норми другог нивоа, у теорији директно доводе у везу са њиховом функцијом конкретизације принципа *ne bis in idem* у материјалном кривичном праву.<sup>110</sup>

Један од репрезентативних модела оваквих легислативних тенденција, представља шпанско законодавство, чија је не само доктрина, већ и законодавство пружило значајан допринос развоју и утемељењу института (привидног) стицаја закона. Међутим, формулисање одредби ове врсте у облику које познаје савремено законодавство, на темељу

---

<sup>108</sup> С. А. Paredes Vargas, 58. Као главни аргумент против ових правила, наводи се околност да су она сувишна и да се њима не решава главни интерпретативни проблем, оличен у диференцирању примарног и привидног концепта.

<sup>109</sup> J. P. Matus Асуња (1997), 425. Од ове концепције полази немачки аутор Фол (*Voll*).

<sup>110</sup> J. O. Sotomayor Acosta, M. Toro Taborda, „Fundamento y alcances de la prohibición de doble incriminación del Art. 8 C.P.1“, *Revista Nuevo Foro Penal* Vol. 13 89/217, 121.

четири кључна принципа, прешло је дуг развојни пут, а развијало се превасходно под утицајем немачке доктрине.

Када је реч о регулисању овог института у шпанском законодавству, карактеристично је да је пре појаве првих законодавних одредби, тачније већ поменутог чл. 68 Кривичног законика из 1944. године, целокупна теоријска проблематика била заснована на немачким доктринарним поставкама, односно првобитном Меркеловом решењу<sup>111</sup>, што је и разумљиво, имајући у виду велики утицај немачке доктрине у овој области.

Феноменолошке манифестације законских регулација, са историјскоправног и компаративног аспекта, могу се класификовати на оне које у први план стављају казнене ефекте (принцип најтеже казне) и оне утемељене на логичким и аксиолошким релацијама. Поред тога, препознају се и одређене мешовите форме, које садрже обресе и једне и друге варијанте (шпански модел).

Будући да су системи законске регулације института били изузетно ретки, како бисмо сагледали могућности и стање у овој области, односно недостатке са којима су се са историјског аспекта суочавала таква ограничења, поћи ћемо од неколико различитих принципа, имајући у виду да су у савременим законодавствима остала релевантна само два.

### *2.1.3.1. Оправдања регулације*

Значај описаних законских одредби система релативне регулације за изучавање института, огледа се првенствено у признавању релевантности проблематике (привидног) стицаја закона, али се оправдано може довести у питање њихова практична примењивост, будући да су изостала правила о условима који морају бити испуњени за то, као и о начину постављања граница у односу на облике правог стицаја. Тиме, оваква законска регулатива, постаје само слово на папиру, остављајући и даље у рукама суда задатак да применом правила тумачења дође до закључака о постојању ове правне фигуре.

Осим тога, са правом се може тврдити да конфигурисање било каквих регулаторних одредби, у односу на њихов изостанак, не представља корак напред у развоју самог института. Напротив, питање је, не само да ли би се уопште могло донети законодавно решење које би испуњавало све неопходне формалноправне и криминално–политичке критеријуме постављене захтевима праксе, већ и да ли је оно уопште неопходно. Наиме, специфичност области примене (привидног) стицаја закона, огледа се, у великој мери, условљеношћу околностима конкретног случаја и неопходности примене правила тумачења за доношење релевантних закључака о постојању јединства које захтева овај институт. То истовремено захтева и један шири опсег кретања процеса квалификације, који би евентуално законско решење могло неоправдано ограничити, а самим тим довести до неприхватљивих исхода и учинило такве одредбе практично непримењивим. Управо то је био случај са некадашњом одредбом чл. 68 шпанског Кривичног законика, која је, без указивања на било какве параметре постојања привидног стицаја закона, прогласила примат норме са најтежом санкцијом, проузрокујући тиме бројне проблеме у пракси.

То нас наводи на закључак да овакве одредбе нису довољно оперативне, будући да не нуде никакво практично решење кључног проблема, односно не дају одговор на питање који су услови за квалификацију (привидног) стицаја закона, већ путем једне опште норме, доста широко постављају границу могућности искључења правог стицаја.

---

<sup>111</sup> Вид. Ј. Р. Матус Асиња (2007), 12. Првобитна разматрања института стицаја закона у шпанској доктрини, упућивала су на иста правила попут оних прихваћених у немачкој теорији. Таква аналогија је, између осталог, била могућа и због истоветног стања у области законске регулације, које је карактерисало изостанак легислативног утемељења института.

### 2.1.3.2. Принцип најтеже казне

Прва варијанта система релативне регулације, исцрпљује се у контроверзном принципу најтеже казне, као концепту превасходно криминално–политичког карактера. Иначе, о принципу најтеже казне као примарном оличењу законског утемељења привидног стицаја, може се говорити једино са историјског аспекта, мада је делимично остао задржан и у савременом законодавству, у оквиру мешовитог модела. По свему судећи, његово истицање претпоставља наглашавање управо стицајног карактера института, а везује се за шпанско законодавство.

Пре свега, посматрано са историјскоправног аспекта, под утицајем немачке теоријске мисли, на прве покушаје законодавног устоличења института, наилазимо у Шпанији, већ четрдесетих година XX века, када је у важеће кривично законодавство, 1944. године уведена одредба чл. 68, која гласи: „Дела која се могу квалификовати у складу са два или више концепата предвиђених овим закоником, квалификоваће се према оном који предвиђа тежу санкцију за почињено дело.“<sup>112</sup> Значај оваквог одређења, огледа се у томе што је оно у модификованој варијанти задржано као секундарно правило и у важећем шпанском Кривичном законнику. Међутим, догматски проблеми повезани са утемељењем на принципу најтеже казне, огледају се у апсолутној немогућности примене привилегованих кривичних дела, у складу са релацијом специјалитета, што је и представљало фактор каснијег увођења одредби које у први план стављају логичке релације између норми.<sup>113</sup>

Као разлог увођења овакве одредбе у законодавство, истиче се потреба да се избегне понављање одређених диспозиција, попут „под условом да за дело није предвиђена тежа казна“ или „под условом да (кажњавање за конкретно дело) није у супротности са другом одредбом“, при чему је међу ауторима постојала сагласност да она регулише управо случај стицаја закона.<sup>114</sup> Ипак, највише је било спорно питање њеног домаћаја, у погледу управљености ка регулисању свих случајева стицаја закона. Наиме, према једном гледишту, она је важила као апсолутно правило за све случајеве обухваћене овом правном фигуром<sup>115</sup>, док су други аутори полазили од тога да се ради о особеном принципу (правилу), који се супротставља специјалитету, односно не укључује исти.<sup>116</sup> Другим речима, постављало се питање његове самосталности као правила које регулише стицај закона.

У сваком случају, убрзо су у шпанској доктрини уочени недостаци поистовећивања овакве регулаторне одредбе са целокупном концепцијом стицаја закона, што је временом условило тумачења која га везују првенствено за примену у својству резидуалних ефеката, тачније свођење искључиво на принцип алтернативитета.<sup>117</sup> Стога, може се закључити да је доктрина на крају заузела становиште да поменуто правило нема општи карактер, већ се

<sup>112</sup> El Código Penal Español de 1944, *Boletín Oficial del Estado*, 13.01.1945, Ministerio de Justicia, 435.

<sup>113</sup> J. P. Matus Acuña (1997), 438.

<sup>114</sup> J. P. Matus Acuña (2008), 4 – 5.

<sup>115</sup> J. C. Moliné, 61.

<sup>116</sup> J. P. Matus Acuña (2008), 5 – 6. Наспрам екстензивних схватања, која су полазила од тога да наведена одредба регулише све случајеве стицаја закона, издвајају се и рестриктивна гледишта, утемељена на томе да се она ограничава само на принцип алтернативитета (у функцији кориговања легислативне технике), односно на резидуалне случајеве. С друге стране, постојали су чак и покушаји да се таква одредба веже само за консумпцију или пак супсидијаритет (изричити или прећутни). Суштину рестриктивног становишта, које овај принцип диференцира од специјалитета, искључујући његову примењивост на све случајеве привидног стицаја закона, чини хипотеза о норми другог нивоа, са претпостављеном применом у оним случајевима када се специјалним правним концептом конфигурише привилеговани тип, а таква привилегија није оправдана општеважећим принципима.

<sup>117</sup> J. P. Matus Acuña (2007), 15 – 17. Првобитно екстензивно поимање домаћаја одредбе чл. 68, убрзо је, потпуно оправдано, одбачено у доктрини, чиме она задржава карактер додатног, резидуалног принципа и остаје у опсегу традиционалног модела, на начин на који је прихваћен у немачкој доктрини, односно придаје јој се улога додатног принципа, поред већ постојећих.

своди искључиво на исправљање легислативних грешака. Ипак, може се рећи да је најзначајнији аргумент против овако широко постављене одредбе члана 68, био управо онај који је Меркел користио за поставке целокупне теорије стицаја закона – немогућност примене привилегованих облика кривичних дела.

Ако пођемо од наведених фактора као показатеља оправданости одредбе овог типа, која се манифестује у домену казних ефеката, сматрамо да је релевантан једино аргумент рационалности и ефективне практичне примењивости у ситуацијама када се таква регулација захтева. Тај услов би био испуњен једино у случајевима ако би се предметна норма другог нивоа користила за решавање проблема алтернативитета. Међутим, чак и у таквим ситуацијама, алтернативитет би се хипотетички могао сматрати издвојеним из категорије привидног стицаја закона, а само правило, засновано на казним ефектима, имало би карактер изузетка – аутономни карактер у односу на институт привидног стицаја закона. То је у складу са нашом хипотезом о специфичној правној природи алтернативитета, који, како би добио карактер аутономног принципа решења, захтева извесне корективне механизме на плану усклађивања казних ефеката, будући да се у његовој основи не налазе логички, ни вредносни фактори индивидуализације института, релевантни за формулисање правила за решавање сукоба норми.

Међутим, чак и ако се занемари очигледан недостатак овакве одредбе, оличен у непрецизности, односно недефинисању услова њене примене, јасна је и концептуална неодрживост решења о примени критеријума најтеже казне. То је заправо доказ да је занемарен сегмент интерпретације, односно тумачења релација између норми, што се не сме дозволити у квалификацији института овакве правне природе.

### 2.1.3.3. *Комбиновани принцип*

Карактеристичан приступ у регулацији института, везује се за концепт који смо означили као *комбиновани модел*, репрезентован у виду споја више различитих фактора у његовом утврђивању. Он се нужно мора посматрати у спрези са већ поменутиим принципом најтеже казне, који је и претходио његовом увођењу у шпанско законодавство.

Наиме, посматрано са историјског аспекта, уважавајући већ поменуте критике принципа најтеже казне, уследили су бројни пројекти са предлозима регулисања поменуте правне фигуре<sup>118</sup>, а који су пронашли своје отелотворење у важећој одредби чл. 8 Кривичног законика Шпаније – „Дела која се могу квалификовати у складу са две или више законске фигуре и која нису обухваћена одредбама чл. 73 – 77 (идеални и реални стицај), казниће се у складу са следећим правилима: 1) специјални закон се појављује као преферентан у односу на генерални; 2) супсидијарни концепт ће се применити само у изостанку главног, било да је такав супсидијаритет изричит или се прећутно изводи из тумачења; 3) правни концепт ширег опсега, апсорбоваће оне који обухватају у њему садржане санкције; 4) у недостатку неких од наведених критеријума, казнени концепт који прописује строжу казну, искључиће оне са блажом казном.

---

<sup>118</sup> Вид. J. P. Matus Асуња (1997), 430 – 434. Ради се о пројектима из 1980, 1992. и 1994. године. Тако је предлог закона из 1980. године, у чл. 15 садржао одредбу према којој, у случајевима могућности примене два или више концепата на исто дело, фигурирају следећа правила: 1) специјални закон се појављује као преферентан у односу на генерални; 2) супсидијарни концепт ће се применити само у изостанку главног, било да је такав супсидијаритет изричит или се прећутно изводи из тумачења; 3) правни концепт ширег опсега ће апсорбовати оне који обухватају у њему садржане санкције; 4) у недостатку неких од наведених критеријума, казнени концепт који прописује строжу казну, искључиће оне са блажом казном. На сличан начин је ово питање било регулисано и у пројектима из 1992. и 1994. године, са том разликом да је уведена модификација у виду захтева да ће се наведена правила применити само уколико нису испуњени услови примене одговарајућих одредби које регулишу идеални и реални стицај.

Анализом наведеног законског решења, може се доћи до неколико релевантних закључака. На првом месту, као што смо већ указали, уочава се одређење за *унитарну теорију домања*, имајући у виду да се за примену чл. 8, поставља услов да дела нису обухваћена одредбама идеалног, као ни реалног стицаја. Поред тога, осим односа специјалитета, супсидијаритета и консумпције, секундарну примену има правило по којем теже кривично дело апсорбује лакше. Међутим, на овај начин, само се дефинише исход примене института привидног стицаја и указује на његове релевантне принципе, али не и услови, односно критеријуми по којима долази до њихове примене, као ни сам начин утврђивања када постоје наведене релације.

Питање инсистирања шпанског законодавца на увођењу оваквих детаљних регулаторних одредби, поред потребе за достизањем одређеног нивоа правне сигурности и претпостављеном обавезом законодавца, доводи се у везу и са потребом исправљања грешака законодавца, направљених у претходним покушајима законског регулисања института.<sup>119</sup>

Ипак, чини нам се да ти циљеви нису у потпуности остварени, на шта указује и констатација да поменути одредбе чл. 8 у шпанском законодавству, не само да не решавају проблем, већ чак генеришу нови, као што су дилеме у вези критеријума њихове интерпретације.<sup>120</sup>

Оно што је важно напоменути то је и да увођење овакве регулације умањује значај и нарушава претпоставке концепција о правној природи утемељеној на искључиво интерпретативном карактеру, карактеристичним за шпанску доктрину. Чак штавише, овај модел одређења би се могао узети као пример схватања о двострукој правној природи института, имајући у виду да, са једне стране, наглашава управо интерпретативне факторе у решавању конфликта, али исто тако, задржава могућност изласка из оквира релација тумачења, прописујући правило секундарног (резервног) карактера о принципу најтеже казне, који одговара поставкама стицајне природе.

Такође, може се уочити и да се, за разлику од принципа најтеже казне (заснованом на функционалном карактеру), у овом случају ради о дескриптивном регулисању института, односно указивању на исход квалификације, без прецизирања услова његове примене.

#### 2.1.3.4. Принцип логичке релације

Поред комбинованог принципа (шпански) и принципа најтеже казне, модел за који се може рећи да је утемељен превасходно на логичким релацијама, јесте систем прихваћен у италијанском законодавству.

Одредба члана 15, која је у италијанско законодавство првобитно уведена Кривичним законом из 1930. године, регулише искључиво релације специјалитета, а предвиђа да ће у случају када два или више казних закона, односно диспозиција, регулишу исту материју (фактичку ситуацију), закон или диспозиција специјалног карактера, дерогирати општу, осим ако није предвиђено другачије.<sup>121</sup>

<sup>119</sup> *Ibid.*, 436 – 437. Наиме, тај фактор се своди на недостатке одредбе чл. 68, која је била заснована на принципу најтеже казне и самим тим апсолутно искључивала могућност примене привилегованих кривичних дела, одбацујући релевантност принципа специјалитета.

<sup>120</sup> R. Carnevali Rodríguez, C. Salazar Zenteno, 7. У овом домену се као релевантна појављује и констатација према којој се тиме занемарује чињеница да привидни стицај закона треба третирати на нивоу посебног дела кривичног права, али и негирају обриси његовог интерпретативног карактера. Вид. J. P. Matus Aсуña (1997), 349.

<sup>121</sup> L. Della Ragione, 275.

Ова одредба је специфична са аспекта законодавне технике, првенствено из разлога што препознаје потребу издвајања специјалитета, не негирајући друге могуће начине решавања проблема. Стога, наспрам давања примата диспозицији специјалног карактера, у односу на општу, истовремено се упућује да то није једини и апсолутни критеријум који се може применити у случајевима постојања јединства дела.<sup>122</sup>

Разлог за то би можда требало тражити у самој природи принципа специјалитета, који је једини погодан за прецизно регулисање, будући да почива на стриктним логичким правилима, а нарочито имајући у виду утемељеност законодавног решења искључиво на јединству дела.

Ипак, у италијанској доктрини се указује да је значење предметне одредбе дискутабилно, нарочито у погледу другог дела диспозиције, због чега се у решавању проблема стицаја закона, упућује и на алтернативне критеријуме, који су продукти теорије и јуриспруденције, попут супсидијаритета и консумпције<sup>123</sup>, као и правила *ne bis in idem*.<sup>124</sup> То је и условило поделу на законске и доктринарне принципе.<sup>125</sup>

Као што се може уочити, принцип специјалитета је формулисан на исти начин као и код шпанског модела, док се италијански законодавац определио да не регулише све могуће варијанте релационих односа између норми у конфликту. Осим тога, за разлику од шпанске варијанте, институт привидног стицаја закона је регулисан на бази јединства дела, помоћу израза „*stessa materia*“, што би се односило на исто чињенично стање, а изостале су и друге одредбе које се односе на принцип најтеже казне.

Чини нам се да баш као и у случају шпанског решења, оваква одредба, која се ограничава само на специјалитет, али истовремено оставља простора за успостављање других критеријума у доктрини, не доприноси много разјашњењу комплексних промена у вези примене института, па чак ни у домену утврђивања граница његовог феноменолошког испољавања.

На исти начин би требало тумачити и регулаторну одредбу привидног идеалног стицаја у руском законодавству, која полази од релационих односа између опште и посебне норме, уз давање примата посебној норми.<sup>126</sup> Наиме, одредбом чл. 17 Кривичног законика Р. Федерације, прописано је да, уколико је забрањено понашање обухваћено путем опште и специјалне норме, стицај је искључен и примат односи само специјална норма.<sup>127</sup> Ипак, и у овом случају су изостале регулације у виду норми другог нивоа, због чега институт привидног стицаја фигурира као чисти теоријски правни концепт.

---

<sup>122</sup> L. De Liguori, 367.

<sup>123</sup> C. F. Grosso, M. Pelissero, 559; M. Drago, 179; G. Fiandaca, E. Musco, 200.

<sup>124</sup> M. Drago, 179.

<sup>125</sup> G. Fiandaca, E. Musco, 200.

<sup>126</sup> А. М. Зацепин, 84 – 85. Ради се о директном одразу правила *lex specialis derogat legi generali*. Вид. и А. М. Зацепин, „Конкуренция норм уголовного права как предпосылка дополнительной квалификации преступлений“, *Глобальный научный потенциал* 11 (44)/201, 153; А. С. Вдовин, 75; Л. В. Иногамова – Хегай, „Концепция конкуренции уголовно – правовых норм“, *Schriften zum deutschen und russischen Strafrecht* 3/2013, 39.

<sup>127</sup> Г. П. Лозовицкая, Н. Н. Лапушина, „Квалификация преступных деяний при конкуренции уголовно-правовых норм и современные вопросы криминализации“, *Альманах мировой науки* 3-2 (6)/2016, 121; Е. В. Круглова, 158. Ипак, карактеристично је да поред стицаја општих и специјалних инкриминација, који је регулисан у руском законодавству, доктрина препознаје још неке релевантне релационе односе на темељу којих се потврђује стицај норми – 1) стицај дела и целине, 2) стицај више специјалних норми, односно стицај више квалификованих концепата, или пак отежавајућих и олакшавајућих околности.



#### 2.1.4. Секундарне регулације – „Клаузуле резерви“

Поред примарне регулације, оличене у тзв. нормама „другог нивоа“, која претежно изостаје у савременим законодавствима, у категорију секундарних регулација, инкорпорисаних у нормама посебног дела кривичног права приликом прописивања појединачних инкриминација, сврстаћемо превасходно конструкције означене као „клаузуле резерви.“ Ради се о једином формалном облику (привидног) стицаја, који се проналази у свим системима кривичног права, без обзира да ли исти садрже опште регулаторне одредбе о институту. Као исход решавања конфликта помоћу принципа супсидијаритета, поменуте клаузуле имају за резултат примат оне кривичноправне норме, чија је примена на основу изричите одредбе, условљена нереализацијом резервне. Из тог разлога, у литератури се означавају још и као „клаузуле супсидијаритета“<sup>128</sup>, а дефинишу се као сегменти казнене норме, који указују на помоћни карактер једног законског типа.<sup>129</sup> Дакле, ради се о својеврсном облику ауто – искључења правне фигуре.

У шпанској доктрини, ове манифестације се одређују као случај када се супсидијарна норма примењује искључиво уколико не дође до примене главне, а што је изричито дефинисано у закону.<sup>130</sup> На сличан начин, и у домаћој доктрини, оне се дефинишу као облици формалног супсидијаритета, који упућују на секундарну примену одређене инкриминације, условљену нереализацијом друге<sup>131</sup>, а по својој правној природи, сматрају се једним од основа законског утемељења института привидног идеалног стицаја.<sup>132</sup>

Иако се за означавање ових појавних манифестација, користи и термин „клаузуле супсидијаритета“, мишљења смо да би са аспекта његове улоге у законској утемељености института, термилошки исправније било говорити о „клаузулама резерве“, имајући у виду дискрепанције у доктрини у погледу тога који принцип решења се налази у њиховој основи (специјалитет, супсидијаритет или консумпција). Могли бисмо и тврдити да се оне уопште не везују за наведене категорије, будући да сам законодавац за њихово успостављање не користи никаква правила логике, или особене критеријуме, чиме се чак расправа пребацује на терен криминално–политичких фактора. Ово ће свакако зависити од конкретних позитивноправних решења, односно прихваћених врста и броја клаузула.

У вези са тим, истиче се и аргумент да се ови правни концепти не могу подвести истовремено и под материјални и под формални аспект, јер би то значило да се ради о два арбитрарна критеријума, нарочито када је реч о категорији специфичних клаузула резерви.<sup>133</sup> То је још један разлог зашто се за њихово означавање не користи термин „клаузуле супсидијаритета“, већ „клаузуле резерве“, које више одговарају оваквом поимању правне природе, сматрајући описане случајеве једним вишим, апстрактним појмом. Стога, питање форми супсидијаритета јесте оно утемељено истовремено на утврђивању његовог домашаја, па чак и домашаја института стицаја закона, будући да се поменути елементи секундарне регулације могу схватити и као посебан облик јединства, који се описује ефектима својственим привидном стицају закона.

Ипак, мишљења смо да то није случај, односно да се ради о феноменолошким манифестацијама привидног стицаја закона, покривеним релацијама супсидијаритета, која директно решавају питање односа између две конкретне инкриминације на појединачном плану, у односу на тачно одређена кривична дела.

<sup>128</sup> Вид. С. Roxin (2014), 997.

<sup>129</sup> J. D. J. Restrepo, 7.

<sup>130</sup> J. P. Matus Асућа (2007), 32.

<sup>131</sup> Вид. З. Стојановић (2018), 241.

<sup>132</sup> Тако Ђ. Лазин, 8.

<sup>133</sup> J. D. J. Restrepo, 8.

Тако, Роксин указује да случајеви формалног супсидијаритета, утврђују замену, односно секундарни карактер законског типа генералног карактера, наспрам оног који предвиђа тежу казну („уколико за дело није предвиђена тежа казна“), или пак наспрам другог партикуларног концепта („уколико кривично дело није обухваћено другим конкретним инкриминацијама“).<sup>134</sup>

Према једној од најопштијих класификација у доктрини, издвајају се следеће манифестације клаузула резерви: 1) апсолутне – одређена правна норма се искључује пред било којом другом, уз уобичајену максиму: „уколико нису испуњени услови за постојање неког другог деликта“; 2) релативне – један казнени тип се може применити једино уколико је за њега прописана тежа казна у односу на друге – „под условом да за наведено дело није предвиђена тежа казна“; 3) специфичне – када се један казнени тип искључује у односу на друге, тачно детерминисане инкриминације.<sup>135</sup>

У нашем законодавству, као пример апсолутне клаузуле резерве, може се навести кривично дело злоупотребе положаја одговорног лица из чл. 227 Кривичног законика Р. Србије, у чијем се законском опису бића наводи да ће одговорно лице које искоришћавањем свог положаја или овлашћења, прекорачењем граница свог овлашћења или невршењем своје дужности, прибави себи или другом физичком или правном лицу противправну имовинску корист или другом нанесе имовинску штету, одговарати за наведено кривично дело, уколико тиме нису остварена обележја неког другог кривичног дела.

Описане конструкције се могу испољити у различитим варијантама у зависности од конкретног законодавства, а оно што је несумњиво, то је да представљају један од најзначајнијих законских утемељења привидног стицаја закона.

Поред „клаузула резерви“, које по својој правној природи предњаче у домену законске утемељености института, обриси посредне регулације, односно регулације која посредно упућује на дозвољеност института привидног идеалног стицаја, уочавају се у конструкцији појединих законских обележја бића кривичних дела у посебном делу кривичног права. Тако, као један од репрезентативних примера, може се навести интервенција законодавца у склопу одредбе чл. 245 ст. 3 КЗ, која инкриминише прање новца, изричито наводећи да ће се учинилац дела из ст. 1 и ст. 2 наведеног члана, казнити њима прописаном казном, уколико је исто извршио имовином прибављеном сопственом криминалном делатношћу. Наиме, оваква изричита регулација, тумачи се у доктрини као изузетак од примене привидног стицаја, по основу накнадног некажњивог деловања (консумпције), што би довело до искључења инкриминације прања новца.<sup>136</sup> Према томе, изричито наглашавање да ће се поменути учинилац казнити у складу са одредбама чл. 245 ст. 1 и 2 КЗ, заправо представља изузетак од примене привидног стицаја и отвара пут решењу стицаја са другим кривичним делом, што се манифестује као вид његовог одређења у негативном смислу, будући да би изостанак такве изричите одредбе условио нужну примену поменутог института.

#### 2.1.5. Секундарне регулације – општи део кривичног права

Поред поменутих *клаузула резерви*, које су инкорпорисане у материји посебног кривичног права, законска заснованост института се може довести и са појединим регулаторним одредбама општег дела кривичног права.

<sup>134</sup> C. Roxin (2014), 1004.

<sup>135</sup> J. D. J. Restrepo, 7 – 8.

<sup>136</sup> М. Ђорђевић „Прање новца у српском кривичном праву“, *Crimen* 2/2016, 149 – 150. Међутим, изузетак постоји једино у случају идентитета радње извршења којом се остварују обележја тзв. „предикатног“ кривичног дела и прања новца, када се прихвата решење привидног идеалног стицаја.

Свакако, једна од најочигледнијих конструкција, јесте она на којој се заснива и материјална димензија принципа „*ne bis in idem*“, оличена у забрани двоструког уважавања истих околности приликом квалификације, присутној у позитивном и компаративном законодавству. У Кривичном законнику Р. Србије, она је формулисана у одредби чл. 54 ст. 3, чије правило утврђује да се околност која је обележје кривичног дела не може узети у обзир и као отежавајућа, односно олакшавајућа, изузев ако прелази меру потребну за постојање кривичног дела или одређеног облика кривичног дела, односно ако постоје две или више таквих околности, а само једна је довољна за конфигурацију тежег, односно лакшег облика кривичног дела.

Такође, као репрезентативна одредба, може се навести и она у чл. 32 ст. 4 Кривичног законика Р. Србије, која регулише институт добровољног одустанка, односно могућност факултативног ослобођења од казне и предвиђа да ће суд, уколико одлучи да ослободи учиниоца одговорности од казне за покушај кривичног дела од којег је одустао, истог казнити за дело довршено кроз покушај кривичног дела за које се ослобађа казне.

У погледу наведеног основа Лазин чак заузима становиште да је реч о посебном облику привидног идеалног стицаја, будући да су испуњени како криминално–политички услов, тако и онај који условљава констатацију привидног стицаја између реализованог кривичног дела и оног од чијег се извршења одустало<sup>137</sup>, што истовремено указује да је реч о једном од законских утемељења института привидног стицаја.

Тако, као пример, Стојановић наводи случај добровољног одустанка од силовања, истичући да уколико учинилац добровољно одустане од извршења наведеног кривичног дела, суд га неће казнити ни за недозвољене полне радње, због тога што су оне конзумиране главним делом силовања.<sup>138</sup>

По свему судећи, ради се о одредби која имплицитно упућује на релевантност уважавања околности да би у случају довршења главног кривичног дела, друга инкриминација била одбачена, управо по основу института привидног идеалног стицаја.

У оквиру регулације општег дела кривичног права, известен значај за устоличење привидног стицаја закона има и чл. 27 КЗ, који прописује посебан облик одговорности учиниоца у случају кривичних дела квалификованих тежом последицом. Наиме, предвиђа се да наступање теже последице, за коју је прописана виша казна, условљава изрицање такве казне, ако је у односу на њу постојао нехат, односно умишљај, уколико тиме нису остварена обележја другог кривичног дела. Као што се може закључити анализом садржаја поменуте регулације, реч је о искључењу одговорности за стицај између умишљајне и нехатне инкриминације, уколико се тежа последица која се приписује нехату, надовезује на основни облик кривичног дела.

На крају, у литератури се као посредни показатељ законске утемељености привидног идеалног стицаја, наводи чак и околност прихватања конструкције продуженог кривичног дела, као основа искључења реалног стицаја.<sup>139</sup> На тај начин се правило о условима формирања јединства кривичног дела, које проистиче из плуралитета предузетих радњи, по аналогiji тумачи као дозвољеност формирања таквог јединства и у случајевима постојања јединства радње. Међутим, однос привидног идеалног стицаја са конструкцијом продуженог кривичног дела је знатно комплекснијег карактера, имајући у виду и концепције о њиховом поистовећивању, односно придавању овој правној фигури својства једне од феноменолошких манифестација (привидног) стицаја закона.<sup>140</sup> Ипак, сматрамо да је реч о особеном облику јединства, који је у појединим законодавствима добио карактер аутономне правне фигуре,

<sup>137</sup> Ђ. Лазин, 110 – 111.

<sup>138</sup> З. Стојановић (2018), 230.

<sup>139</sup> Ђ. Лазин, 9 – 10.

<sup>140</sup> Вид. J. Cuello Contreras (1979a), 62.

кроз инкорпорисање предуслова његове констатације. Ако се узме у обзир да ову правну фигуру не карактерише и нужно законско регулисање у свим законодавствима, иако је доктрина прихвата као случај искључења реалног стицаја, јасно је због чега се такве одредбе сматрају и индикатором дозвољености привидног идеалног стицаја.

### 3. ТЕОРИЈСКА ЗАСНОВАНОСТ

У условима изостанка стриктне, односно адекватне законске регулативе, основ примене правила (привидног) стицаја закона, добија своје утемељење у доктрини, односно из њених поставки се црпе оправдања особеног кривичноправног третмана. Она се могу кретати у два различита правца, која истовремено условљају и правну природу института, односно његов стицајно – интерпретативни карактер.

На значај ових концепција у материји фундаменталне утемељености института, указује и околност да теоретичари који се баве наведеном проблематиком, упућују управо на доктринарне поставке у циљу решавања кључних питања разматране правне фигуре, позивајући се на мањкавост законске утемељености.<sup>141</sup>

Значајан допринос теоријском утемељењу института привидног стицаја закона, односно привидног идеалног стицаја, дала је немачка доктрина, која се у овој области појављује као репрезентативни представник модела нерегулације и специфичног приступа његовом изучавању, као негативној хипотези идеалног стицаја, паралелно са његовим правилима.<sup>142</sup> Осим тога, за поједине правне системе, где изостаје релевантна законска регулација института је карактеристично и ослањање на јуриспруденцију у постављању критеријума решавања конфликта између законских норми.<sup>143</sup>

У општем смислу, може се рећи да се теоријска заснованост (привидног) стицаја везује управо за оправданост искључења ових случајева из стицајног режима, тако да се са те тачке гледишта, морају формулисати и основни параметри његовог доктринарног утемељења, што потврђује и правац кретања историјског развоја наведене правне фигуре. Такође, важно је напоменути да поједине доктринарне поставке могу имати карактер општих начела овог института, а исто тако, представљати и критеријум дистинкције у односу на облике аутентичног стицаја, у зависности од угла посматрања наведене проблематике.

Будући да смо пошли од двоструке правне природе привидног стицаја закона, у том правцу ћемо формулисати и његове основне фундаменталне поставке, што се односи како на укључивање принципа који важе у теорији стицаја и општој теорији кривичног права, тако и оних карактеристичних за процес тумачења.

#### 3.1. Фактори оправдања института

Једно од теоријских оправдања примене решења (привидног) стицаја закона, везује се за особеност законодавне технике савременог законодавца, која проистиче из казуистичког приступа прописивању појединачних инкриминација, тачније својствености законских описа да обухвате плуралитет појединачних случајева.<sup>144</sup> Суштина оваквог

<sup>141</sup> Вид. С. А. Paredes Vargas, 55; Ђ. Лазин, 15 – 16.

<sup>142</sup> L. Della Ragione, 270. У том смислу, привидни стицај се одређује као проблем реализације плуралитета законских норми, чији је садржај невредности и кривице такав да једна од њих потискује остале.

<sup>143</sup> Управо је то случај са француским системом. Вид. М. Bortoluzzi, 129.

<sup>144</sup> J. C. Contreras, „La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos. La función de la normativa concursal (II)“, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 2/1979, 457 – 459. Аутор истиче да је

гlediшта би се могла одредити као могућност да се применом стандардних правила тумачења, варијетет појединачно особених случајева, подведе под конкретни законски опис. Стога, приликом квалификације, може доћи до преклапања таквих формалних категорија, али њихов материјални садржај остаје непромењен, односно чињенично стање захтева само једно правно вредновање, а не више њих. У супротном, ако невредност конкретног понашања потпада под више инкриминација општег карактера, како у формалном, тако и у садржинском смислу, радиће се о правом стицају кривичних дела.

Све наведено указује да се ради о проблему интерпретативног карактера, као продукту одређене легислативне технике.<sup>145</sup> Јасно је да ово теоријско полазиште поставља темеље интерпретативном приступу изучавања привидног стицаја. У том смислу, за примену института, од значаја су концепције о својеврсним нормативним конфликтима, који фигурирају између два релевантна правна концепта и условљавају искључење њихове симултане примене по основу логичке или фактичке некомпатибилности.<sup>146</sup> Управо се у поменутој идеји, по нашем мишљењу, састоји кључно оправдање примене правила привидног стицаја у систему кривичног права и једино се у складу са таквим приступом може дозволити искључење аутентичног стицаја у условима изостанка стриктних регулаторних одредби у овој области.

Заснованост теорије привидног стицаја закона, у смислу доктринарног аспекта, може се дефинисати као оправдање за њено издвајање из стицајне регулативе, а у ту сврху, могу се издвојити првенствено аргументи на којима се у првим фазама њеног развоја и заснивала та основна идеја. Сматрамо да ти аргументи могу послужити као основни правац за дефинисање даљих кључних поставки које чине основу њеног теоријског утемељења.

За издвајање стицаја закона из општег стицајног режима, на самом почетку развоја ове теорије, Меркел је указивао на одређене аргументе формалног и материјалног карактера. Имајући у виду тадашње законско регулисање идеалног стицаја, односно тада важеће одредбе чл. 73, пошао је од хипотезе да се стицај закона ипак није могао сматрати обухваћеним претпостављеном вољом законодавца, у складу са наведеном одредбом.<sup>147</sup> Довођење у питање било каквог поређења између поменуте две категорије, било је могуће искључиво због одређења за кривичноправни третман идеалног стицаја, заснован на

---

сличан приступ примењен и на терену правних последица, где законодавац не утврђује таксативно примењиве казне, већ само њихов распон, који може бити мање или више широк.

<sup>145</sup> *Ibid.*, 457. Управо се на темељу тих поставки истичу аспекти повезивања између различитих законских описа, који се доводе у везу са следећим релацијама: 1) специјалитет; 2) (не)аутономија; 3) формални или материјални супсидијаритет; 4) техника егземплификације.

<sup>146</sup> T. Ausín Díez, „Conflictos normativos y análisis lógico del derecho“, *Anuario de filosofía del derecho* 11/1994, 394.

<sup>147</sup> J. P. Matus Асуња (2000а), 297 – 299. Одредбом члана 73 немачког Кривичног законика, било је предвиђено да ће се, уколико се једном истом радњом повреди више закона, применити само онај који одговара најтежој казни. Формални аргумент за издвајање овог института из стицајне регулативе, заснивао се на идеји о претпостављеној вољи законодавца да не регулише случајеве стицаја закона, који чак иако би формално могли бити обухваћени законском одредбом члана 73, суштински би излазили из њеног опсега. То је у складу са концепцијом да се поменута диспозиција односи на једну радњу којој одговара стицај више квалификација, а не једну квалификацију у погледу које конкурише више законских норми.

У развоју теорије привидног стицаја закона, основи њеног утемељења се везују чак и за период који је претходио Меркеловој теорији. У питању је, између осталог, и концепција по којој се из режима стицаја искључују одређени случајеви, где под околностима постојања више разлога за поштравање казне, долази до примене само најтеже од њих. Такође, у том контексту се помињу и ситуације реализације више правних концепата истог деликта, што резултира тиме да се дело може подвести под једну или другу примењиву инкриминацију, али не и под обе. Осим тога, као претече конструкција које излазе из стицајног режима, наводе се и случајеви када реализација једне специфичне врсте деликта, може истовремено да се подведе и под законски опис општег (генеричког) деликта, односно сукцесивно предузете радње, схваћене као моменти реализације истоветног дела. Сви набројани примери по својој суштини подразумевају изузетке од ефективног стицаја. Вид. J. P. Matus Асуња (2000а), 297.

јединству дела, који је у немачком законодавству задржан и до данас. Иако је са правом одбачена тврдња о њиховом поклапању, што је и отворило пут развоју теорије стицаја закона, то указује на велики утицај оваквог приступа у регулисању плуралитета кривичних дела, које проистиче из јединства радње, што се и у савременом кривичном праву испољава приликом поређења фактичких правних последица оба института.

Будући да се оправдање издвајања из такве регулативе, везивало за решење идеалног стицаја, то има велики практични значај, јер упућује на закључак да је првобитна варијанта подразумевала идејну утемељеност на јединству радње, због чега се и поређење вршило искључиво полазећи од законске регулаторне одредбе идеалног стицаја. Свакако, она се мора посматрати првенствено са аспекта правних последица, односно казних ефеката њене примене, што значи да је основна идеја била да у одређеним ситуацијама, неће бити примарна она одредба која предвиђа најтежу казну, већ да постоје и неки други критеријуми избора преферентног концепта.

Јасно је да, са ретким изузецима<sup>148</sup>, већина савремених законодавстава не садржи било какве регулаторне одредбе о стицају закона, а још мање се његово постојање може везивати за одређења идеалног стицаја, чак ни у системима који раздвајају његов третман од реалног. Стога, тешко се може говорити о било каквој формализацији овог института, тако да се оправданост његовог постојања, мора тражити у факторима садржинске природе. То подразумева, пре свега, прихватање поставки које се изводе из опште логике и правила тумачења у кривичном праву.

Посматрано са историјског аспекта, као аргумент материјалног карактера, уједно и одлучујући, Меркел је истицао чињеницу да диспозиција која регулише идеални стицај, не само да је неадекватна за обухватање случајева стицаја закона, већ такође и апсолутно практички непримењива, те да он уопште не захтева изричито законско одређење, будући да се његови принципи изводе из опште природе законодавства и логике.<sup>149</sup> Дакле, само издвајање овог института, подразумевало је да се његова суштина не заснива на стриктној законодавној регулативи. Ова последња констатација одражава суштински теоријски основ утемељености привидног идеалног стицаја, из којег проистиче кључна улога доктрине и судске праксе у креирању јединственог система законитости. То подразумева и уважавање општих начела кривичног права у постављању критеријума његове примене и диференцијације од идеалног и реалног стицаја. Међутим, треба имати у виду да је реч о питању комплексног карактера, директно условљеном конкретним законодавним решењем, тако да његови ефекти могу одударати у различитим кривичноправним системима.

Ако пођемо од материјалног плана у дефинисању теоријске заснованости (привидног) стицаја закона, то подразумева пре свега утврђивање оних параметара, односно практичних последица, који условљавају његово издвајање као посебног института. Дакле, иако су та два питања тесно повезана, не ради се о критеријумима по основу којих се врши дистинкција од идеалног стицаја, већ о последицама које у материјалном смислу она проузрокује у једном и у другом случају.

Полазна тачка су свакако основне смернице оснивача ове теорије о правним последицама привидног идеалног стицаја, које се исцрпљују у домену ефеката привидног кривичног дела, питања односа тежине између главног и привидног дела и примењивости у конкретном случају специјалног закона, уз искључење општег (генералног). Највећи значај има правило по којем специјални закон са блажом санкцијом може да има примат над генералним, јер ако би се у овим ситуацијама примениле одредбе идеалног стицаја, у складу са тада важећим законским решењем, то би значило да се увек мора узети у обзир примат дела са најтежом предвиђеном казном, будући да је прописано да ће се, уколико се једном

<sup>148</sup> То је случај са важећим шпанским и италијанским Кривичним закоником.

<sup>149</sup> J. P. Matus Асућа (2000а), 300.

истом радњом повреди више закона, применити само онај који одговара најтежој казни. То се у литератури и истиче као аргумент који је остварио највећи утицај на издвајање теорије стицаја закона.<sup>150</sup>

Осим тога, као једна од значајних карактеристика, издваја се управо његова условљеност конкретним законодавним решењем идеалног стицаја, које је предвиђало принцип апсорпције најтеже казне. Дакле, у питању је истицање неопходности да се одређени случајеви издвоје из тадашње регулативе идеалног стицаја, иако није постојала одговарајућа законска заснованост. Заправо, оно што је карактеристично јесте управо чињеница да овај принцип није био заснован на изричитим законским одредбама, а опет је на неки начин штитио управо начело законитости, будући да би у супротном била онемогућена примена свих привилегованих кривичних дела, због решења о идеалном стицају, које је предвиђало примат најтежег кривичног дела приликом одмеравања казне. Дакле, његова заснованост лежи несумњиво и у заштити овог начела, а не само њему супротног, оличеног у правилу *ne bis in idem*, односно његовој материјалној димензији.

Теоријска заснованост, односно оправданост постојања привидног идеалног стицаја може се такође довести у везу и са циљевима кажњавања, тачније са превентивно – генералним циљевима, који се у одређеним ситуацијама, користе и као критеријуми дистинкције<sup>151</sup>, што је уско повезано и са криминално–политичким оправдањима искључења одговорности учиниоца за кривична дела у стицају.<sup>152</sup> У овом случају, ради се о обрисима деловања вредносне димензије у оцени оправданости института.

Из саме природе института привидног стицаја закона, произлази да је исти заснован на својеврсном процесу тумачења домашаја постојећих законских одредби. Осим тога, законодавац се служи појединим законодавним техникама, на основу којих се могу модификовати постојеће законске норме, односно њихово поимање и последице у погледу мере казне. Наиме, законодавац не може унапред предвидети све могуће комбинације испољавања законских регулаторних одредби, тако да је тумачење њиховог међусобног односа у одређеним случајевима, препуштено интерпретативним техникама.

### 3.2. Институционална начела

Последица изведеног карактера привидног стицаја, манифестује се, пре свега, у одсуству њему особених начела, због чега се оправдање његове примене проналази у већ постојећим принципима у кривичном праву. Препознавање основних начела на којима се заснива кривичноправни положај привидног идеалног стицаја, директно је условљено претходно наведеним аспектима његове теоријске заснованости.

Пре свега, његове поставке се могу довести у везу са применом одговарајућих стицајних начела, односно оних начела која важе у стицајном режиму. У вези тога, у

---

<sup>150</sup> *Ibid.* У том смислу, ако се пође од Меркелове првобитне концепције, за стицај закона су карактеристичне следеће последице: 1) одбачено кривично дело нема никакав утицај на детерминацију казне, нити у домену привилегујућих околности и ефеката поврата; 2) прихвата се могућност примата специјалног закона, чак и уколико предвиђа блажу казну у односу на генерални; 3) специјални закон може искључити генерални, само ако је примењив у конкретном случају, у складу са општим и процесним условима.

У тумачењу описаних правила, треба имати у виду да је првобитни режим теорије стицаја закона, био успостављен на монистичком систему, тачније на бази принципа специјалитета, због чега се и сви аспекти теоријске заснованости везују искључиво за њега.

<sup>151</sup> Вид. поглавље Привидни идеални стицај у поступку квалификације, *infra*, 259 фн. 88. Ради се о критеријумима који се приписују немачком теоретичару Мичу (*Mitch*).

<sup>152</sup> Љ. Лазаревић (2011). Основ искључења кривичне одговорности у описаним случајевима, везује се за специфичне односе између конкурентних инкриминација.

литератури се истиче да се они уважавају као генерална правила и примењују узимајући у обзир околности конкретног случаја.<sup>153</sup>

Када је реч о начелима примењивим у теорији стицаја, издвајају се пре свега – *Quot delicta tot poenae*, оличен у правилу да сваком деликту одговара казна, као и начело законитости, чија се суштина испољава у захтевима неопходности нормативне предетерминације забрањених понашања и њихових санкција, као и њихове прописаности законом. Поред начела законитости, као други значајан стицајни принцип наводи се забрана *ne bis in idem*.<sup>154</sup>

Полазећи од констатације да је диференцијација између привидног идеалног стицаја и других стицајних фигура утемељена на присуству или одсуству услова за примену неког принципа решења<sup>155</sup>, важно је указати на условну важност ове максиме, односно њену повезаност са претходним дефинисањем фактора оправдања дистинкције од аутентичног, првенствено идеалног стицаја. Ради се о правилима која смо одредили као *критеријуме диференцијације*, што ће бити предмет разматрања у поглављу поступка квалификације. Између осталих, то су – *ne bis in idem*, обухватање невредности дела, јединство штићеног добра, критеријум „безначајности“.

Као што се може закључити, ови аргументи су у тесној вези са институционалним начелима које смо одредили као релевантне и директно се изводе из њих. Стога је потребно разликовати она начела на којима почива суштина института као таквог, тачније оних који у најопштијем (генералном) смислу, оправдавају његово постојање као правног концепта, у односу на критеријуме вршења његове дистинкције од аутентичног стицаја, мада између њих може доћи до својеврсног преплитања.

Наиме, општа начела на којима се темељи оправдање института, спадају у материју опште теорије, док се питање критеријума дистинкције нужно мора изучавати у оквиру теорије стицаја, што је кључна констатација, која између осталог указује и на двоструку правну природу института. То самим тим решава и питање његовог места у систему кривичног права, око чега су постојала опречна гледишта појединих теоретичара, која су покушавала да се одреде, у складу са његовим карактером, за позиционирање у оквиру једног или пак другог сегмента.

### 3.2.1. Опште карактеристике

Постоји неколико основних начела које сматрамо релевантним за конституисање (привидног) стицаја закона као опште правне фигуре у кривичном праву. На првом месту је свакако правило *Ne bis in idem*, као извесни коректив стицајном начелу *Quot delicta tot poenae*. Везаност ова два правила за привидни идеални стицај, огледа се у томе да се приликом његове квалификације, нужно морамо руководити поменутиим начелима теорије стицаја, будући да привидни идеални стицај као исход квалификације, представља управо одраз успостављања равнотеже између њих и проналаска правног решења које ће омогућити да ниједно од њих не буде повређено.

Затим, као један од аксиолошких принципа криминално–политичког утемељења, издвојићемо принцип *безначајности*, који би се заправо могао довести у везу са институтом дела малог значаја, односно његовим утемељујућим поставкама. Важно је пак напоменути да његовој примени треба обазриво приступити, имајући у виду недовољно прецизне услове примене и везаност за субјективну оцену предузетог понашања.

<sup>153</sup> F. M. Peña Castillo, 62.

<sup>154</sup> *Ibid.*, 61 – 62.

<sup>155</sup> J. P. Matus Асуња (2000b), 29.



Поред два кључна начела, у литератури се помиње и критеријум истоветности правног добра<sup>156</sup>, при чему се наглашава његова улога делимитатора у односу на идеални стицај. По нашем мишљењу, у конкретном случају није реч о особености која заслужује квалитет носиоца фундаменталних поставки института, мада представља својеврсни допунски, потврђујући фактор у поступку квалификације, где заправо и треба сместити његову улогу и функцију.

На тај начин, принципи *Ne bis in idem* и безначајности се могу обједињено посматрати у оквиру јединствене тезе логичко – емпиријске диференцијације критеријума.

Поред поменутих принципа, који заправо представљају срж оправданости и кривичноправне релевантности института, манифестујући се као његови основни и кључни фактори постојања, постоје и нека друга начела, са условно речено, споредном улогом. Тако, ако се пође од клаузула супсидијаритета, које се сврставају у оквире привидног стицаја закона, јасно је да овај институт има свој основ и у самом начелу законитости. Исто тако, у појединим ситуацијама, као што ћемо видети, фигурирају и допунска начела криминалнополитичког карактера, попут начела праведности.

На крају, не треба заборавити, односно занемарити и улогу начела којима се руководи теорија казне. Она највише фигурирају у домену правних последица института. Тако, често се говори о покривености невредности дела приликом дефинисања института стицаја закона, што је ништа друго до услов испуњености постављених циљева кажњавања (превентивно – ретрибутивни циљеви), о којима се мора водити рачуна. На веома значајну улогу принципа теорија казне, указује и околност да је према неким концепцијама, њихово уважавање условило чак и таква решења у домену правних последица, која су упркос квалификацији привидног идеалног стицаја (успостављеној по основу примене општих начела које смо навели), довела до примене извесних принципа, попут принципа комбинације, како би се задовољили одређени циљеви кажњавања, независно од тога што је стицај одбачен.<sup>157</sup> Осим тога, приликом разматрања историјског развоја института, уочили смо да је исти повезан са принципима кажњавања, што сугерише да је одређење фундаменталних поставки института утемељено на скупу правила која проистичу из опште теорије кривичног дела, теорије стицаја, као и теорије казне.

Одређени принципи који чине фундаменталну основу принципа института привидног стицаја закона, доводе се у везу и са различитим феноменолошким облицима испољавања института привидног стицаја закона, те се са тог аспекта (индивидуалног), морају и посматрати. Тако, принцип безначајности се, на пример, разматра у контексту феноменолошких облика претходног и накнадног некажњивог дела (који се решавају у складу са принципима консумпције), док се *ne bis in idem* доводи у везу са оправдањем принципа специјалитета, супсидијаритета и алтернативитета.<sup>158</sup>

Иначе, сматрамо да у случају института привидног стицаја закона, делују сви општи принципи (начела), карактеристични за поступак квалификације у генералном смислу, односно поступак тумачења, што укључује пре свега начело законитости, пропорционалности, кривице и *ne bis in idem*<sup>159</sup>, с тим што се они додатно специјализирају и прилагођавају специфичностима нашег института.

<sup>156</sup> *Ibid.*, 30. Ипак, указује се да критеријум истоветности правног добра, није примењив за однос између сложених и простих кривичних дела, као ни за проблематику хомогеног идеалног стицаја, због чега се и умањује његова улога делимитатора у разграничењу поменутих категорија.

<sup>157</sup> Вид. поглавље Правне последице, *infra*, 592.

<sup>158</sup> J. P. Matus Acuña (2005), 466.

<sup>159</sup> L. V. Anselmino, „Ne bis idem, La prohibición contra la doble persecución penal“, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* 43/2013, 103.

Искључење из редовног стицајног режима подразумева да су фундаменталне карактеристике стицаја закона засноване, између осталог, и на поставкама које условљавају примену неког од различитих принципа решења, утемељених на релацијама између норми. Ради се заправо о принципима који истовремено служе као основ диференцијације између привидног идеалног и идеалног стицаја.

Важно је истаћи да ниједан од њих нема карактер апсолутне примењивости на све познате случајеве стицаја закона, те да је њихова примена условљена пре свега конкретним феноменолошким обликом испољавања овог института.

### 3.3. Начело законитости

Утемељеност привидног идеалног стицаја на постулатима начела легалитета, долази у први план пре свега у домену процеса интерпретације, који нужно отвара питање његових граница, а самим тим и посредно утиче на опсег примене разматраног института.

Облици манифестације начела законитости као уставног начела, испољавају се с једне стране у виду нормативне предетерминације забрањених понашања и њима одговарајућих санкција, путем правних концепата који омогућавају прецизно утврђивање кажњивих понашања, као и њима предвиђене санкције. С друге стране, тражи се да такве норме буду прописане у рангу закона.<sup>160</sup>

Принцип законитости, оличен у прецизној детерминацији казних типова, као и забрани било какве ванправне интерпретације, односно аналогije<sup>161</sup>, ипак није препрека примени дозвољених видова тумачења који се користе и у процесу квалификовања неког понашања у складу са постулатима привидног стицаја закона. Заправо, може се рећи да је тумачење законских норми и релација између њих неизбежан сегмент примене института, због чега се и наглашава његов интерпретативни карактер.

Основни идејни концепт овакве релације, може се узети за два теоријска аргумента. Пре свега, замисао идеалне конструкције, по којој би сваком казном типу одговарала само једна радња, неодржива је за све феноменолошке манифестације, а доказ за то су и конструкције правног јединства радње (дела). С друге стране, истиче се и контингентност стицајног режима, имајући у виду могућност диференцираног третмана идеалног и реалног стицаја у различитим законодавствима.<sup>162</sup>

Значај и утицај принципа легалитета у поступку квалификације привидног идеалног стицаја, манифестује на неколико различитих аспеката. Осим клаузула супсидијаритета, на чијој основи пре свега и почива поштовање принципа легалитета, мора се имати на уму да овај принцип прожима целокупан поступак квалификације неког понашања, нарочито у самом процесу тумачења (интерпретације) односа између конкретних законских норми. Тачније, приликом интерпретације, која води ка квалификацији привидног идеалног стицаја, мора се успоставити равнотежа са принципом легалитета, са једне, и руководећим принципима привидног стицаја закона, са друге стране. Такође, у оквирима начела законитости, крећу се и претходно наведене манифестације законске утемељености.

У вези принципа легалитета, указује се на два опонентна гледишта, која се заправо тичу поступка интерпретације конкретних законских норми, тачније односа који постоје између њих. Са једне стране, износи се схватање према којем је судија само извршилац слова закона, док се с друге стране, напомиње да конкретизација и примена закона, није у

<sup>160</sup> F. M. Peña Castillo, 61.

<sup>161</sup> J. C. Contreras (1979b), 455.

<sup>162</sup> J. P. Matus Асућа (2000b), 27. У питању су аргументи који истиче немачки аутор Јешек.

супротности са поштовањем легалитета.<sup>163</sup> Може се рећи да управо на другој констатацији почива оправдање института стицаја закона, као правне фигуре, која има задатак да, водећи се поступком тумачења, обезбеди поштовање начела законитости, уз истовремено успостављање равнотеже са неким другим захтевима.

Већ смо приликом разматрања фактора који су условили настанак института напоменули да иако стицај закона није био заснован на изричитим законским одредбама, опет је на неки начин штитио управо начело законитости, будући да би у супротном била онемогућена примена свих привилегованих кривичних дела, због решења о идеалном стицају и на њему заснованог примата најтежег кривичног дела приликом одмеравања казне. Дакле, његова заснованост лежи несумњиво и у заштити овог начела, а не само њему супротног, оличеног у правилу *ne bis in idem*.

### 3.3.1. Тумачење као фундаментални основ

Поштовање начела законитости се по нашем мишљењу доводи у везу и са констатацијом да се конкретизација појединачне одлуке увек реализује у складу са општим правилом, с тим што се наглашава да је потребно правити разлику између дозвољене екстензивне интерпретације (тумачења) и забрањене аналогije, у складу са идејом да биће неког кривичног дела, нема своје порекло једино у идеји правне сигурности грађана наспрам државне моћи кажњавања, већ настоји и да реши проблем легислативног вредновања.<sup>164</sup>

Тумачење као један од суштинских аспеката института привидног стицаја, нужно се мора посматрати у вези са принципом легалитета. Заправо, интерпретативни карактер овог института је несумњив, барем у домену постизања усаглашености општих законских правила са неким другим захтевима, односно захтевима другачије правне природе, између осталог и онима криминално–политичког карактера. Тумачење се појављује као неизбежан сегмент саме квалификације неког понашања. Међутим, када је реч о институту привидног стицаја закона, оно добија посебан квалитет, те се може говорити и о његовом подизању на ранг фундаменталног концепта који условљава примену и поставке института. Као што смо већ напоменули, оно се појављује као друга страна медаље у односу на принцип законитости и сматра се њиме условљеним.

Замисао по којој би се принцип легалитета механички испољавао у простом подвођењу понашања под законске норме, незамислив је и представља идеал који ни у ком случају не може бити остварен. Стога, све док се не прелази граница арбитрности и злоупотреба, тумачење се појављује као дозвољено средство за корекцију и балансирање у поступку квалификације, што омогућава инкорпорисање правила привидног стицаја закона у систем кривичног права.

Са аспекта расправе о интерпретативном и стицајном карактеру института, може се констатовати да у сваком случају, концепт тумачења (интерпретације), фигурира као један од фундаменталних поставки института, при чему се нужно испољава његов интерпретативни карактер. Прецизније речено, ради се о интерпретативној улози његових правила, тачније постављању његових општих законитости на темељима процеса тумачења. Наиме, чак и код прихватања стицајног карактера института, тачније уколико се пође од условне хипотезе о постојању својеврсног почетног стицаја норми, када се дође до фазе квалификације, где је потребно одабрати преферентну норму, приступа се нужно правилима тумачења њиховог међусобног односа, тачније релација. Према томе, интерпретативни, односно стицајни

<sup>163</sup> J. C. Contreras (1979b), 454.

<sup>164</sup> *Ibid.*, 455 – 457. Указује се да је наведени процес заснован на праћењу објективних критеријума тумачења, што уједно води ка детерминисаној теорији интерпретације.

карактер института привидног стицаја закона, не може се доводити искључиво у везу са последицама које произлазе из његове примене, већ и са самим процесом квалификације.

Основ оправдања за издвајање тумачења као једног од фундаменталних аспеката института стицаја закона, може се уочити и у констатацији да би правило по којем сваком казненом типу одговара само једна радња подразумевало њихову идеалну конструкцију, чије је постојање тешко замислити, осим у неким најједноставнијим случајевима.<sup>165</sup>

Према томе, задатак интерпретатора (судије), јесте да правилно примени закон, односно утврди када постоји једно, а када више кривичних дела, те у каквим се релацијама одређени деликт налази у односу на остале који се потискују.<sup>166</sup> Дакле, примена одговарајућих принципа решења у конкретном случају, представља одраз процеса интерпретације (тумачења), чија је улога да коначно реши конфликт између законских норми.

### 3.4. Принцип пропорционалности

Као један од принципа у основи института привидног стицаја закона, може се издвојити и принцип пропорционалности, који суштински представља сегмент начела кривике у конкретном случају. Институт се у овом случају посматра искључиво са аспекта казне, односно са аспекта његове функције да оствари одређену сврху кажњавања. Другим речима, вредновање степена кривике препушта се правилима теорије казне.

Основне максиме принципа пропорционалности, манифестују се у захтевима за успостављањем равнотеже између санкције и невредности предузетог понашања, што би било нарушено у случају изрицања веће казне учиниоцу од оне која му у стварности одговара, односно коју заслужује.<sup>167</sup> Таква диспропорционалност се према доктринарним гледиштима, може манифестовати како у виду неадекватне казне у негативном (прениска казна), тако и у виду неадекватне казне у позитивном смислу (превисока казна)<sup>168</sup>, чиме се директно утиче на ефекте специјалне и генералне превенције са обе тачке гледишта.

Имајући у виду изнете феноменолошке манифестације код којих долази до изражаја дејство наведеног принципа, јасно се уочава спрега ових захтева са правним последицама института, односно потребом да санкција у конкретном случају буде у равнотежи са последицама аутентичног стицаја. То је и основни разлог његовог диференцирања од наведених манифестација.

Од значаја за разумевање његовог утицаја у оквиру теорије привидног стицаја закона, јесте и диференцирање два кључна аспекта принципа пропорционалности, тачније његовог поимања у апстрактном и конкретном смислу. У првом случају, он се манифестује у виду неопходне пропорционалности између степена невредности испољене предузимањем забрањеног понашања и висине казне коју аналогно томе одређује законодавац. С друге стране, конкретна пропорционалност се схвата као нужност усклађивања, односно постизања

---

<sup>165</sup> J. P. Matus Асуња (2000b), 27. У прилог томе, наводи се и чињеница да је стицајни режим, заснован на диференцираном третману реалног и идеалног стицаја, ситуационе природе, што подразумева да као такав није нужан.

<sup>166</sup> A. R. Alberto Chacon, S. G. Cisco Barraza, F. S. Hernandez Rosales, 54.

<sup>167</sup> *Ibid.*, 58. Другим речима, на тај начин би дошло до повреде принципа пропорционалности казне, која и поред примарно ретрибутивног карактера, ипак мора бити неопходна и сразмерна невредности предузетог понашања.

<sup>168</sup> P. Tapia, „Recensión: Reincidencia y concurso de delitos. Reiteración delictiva, *Estudios y Debates en Derecho Penal dirigida por Silva Sánchez, J. M.* (ed. Maldonado Fuentes, F.), Buenos Aires 2016“, *Política criminal* Vol. 12 23/2017, 612.

равнотеже између конкретног учињеног дела и казне која се приписује учиниоцу.<sup>169</sup> За нас је превасходно релевантна ова друга димензија разматраног принципа, која има директне реперкусије у домену квалификације привидног стицаја и његове диференцијације од аутентичног стицаја.

Дакле, у овом случају, сви фактори који се иначе уважавају приликом одмеравања казне, померају се на ниво процеса квалификације и манифестују у уважавању принципа пропорционалности. Кључно питање јесте да ли степен кривице учиниоца, односно објективне околности реализације дела, захтевају двоструку санкцију која одговара плуралитету деликата, или не.

Стога, баш као што је несумњиво да се принцип пропорционалности појављује као одраз функције привидног стицаја закона, која се односи на остваривање циљева генералне и специјалне превенције, исто тако се може рећи и да је привидни стицај закона средство за обезбеђење поштовања принципа пропорционалности.

### 3.4.1. Остваривање сврхе кажњавања

Већ смо указали да је једна од функција привидног стицаја закона у кривичном праву везана за остваривање сврхе кажњавања, односно циљева генералне и специјалне превенције. Управо ти захтеви се налазе у основи пропорционалности као фундаменталног принципа института. Уколико се он посматра са аспекта детерминације санкције за учињено дело, искључење аутентичног стицаја се може правдати неопходношћу за балансирањем могућег казног одговора који произлази из више привидно реализованих инкриминација, у односу на тако постављене циљеве.

Другим речима, полази се од хипотезе да би под одређеним околностима, примена неповољнијег решења по учиниоца (аутентичног стицаја), представљала препреку остваривању постављених криминално–политичких циљева.<sup>170</sup> У том смислу, уочава се нераскидива повезаност између материјалних основа постојања привидног идеалног стицаја, оличених у специфичним релационим односима између конкурентних правних концепата који спречавају квалификацију стицаја, и самих криминално–политичких разлога таквог исхода.

Тумачећи криминално–политичке основе законског утемељења института привидног идеалног стицаја, и Лазин указује на деловање фактора специјалне и генералне превенције, односно довољности само једног кривичног дела да оствари циљеве ресоцијализације учиниоца.<sup>171</sup>

Једно од гледишта које проблематику привидног стицаја закона помера на терен теорије казне, полази од хипотезе да у ситуацијама када су испуњени одговарајући материјални услови за примену наведене правне фигуре, заправо не долази до искључења привидне инкриминације као такве, већ само њом предвиђене санкције, чиме се жели указати да се поштравање казног одговора појављује као сувишно.<sup>172</sup> На резонавања у оваквом правцу наилазимо и у различитим периодима историјског развоја института, нарочито када

<sup>169</sup> Т. Aguado Correa, „Nuevas tendencias jurisprudenciales en las relaciones entre los delitos de tráfico de drogas y contrabando“, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 5/2000, 250.

<sup>170</sup> L. Della Ragione, 16.

<sup>171</sup> Ђ. Лазин, 15.

<sup>172</sup> М. Ossandón, „El legislador y el principio *ne bis in idem*“, *Política criminal* Vol. 13 26/2018, 969. Ово је уско повезано и са схватањем о стицајном карактеру института. Наиме, ова констатација оправдава околност *a priori* постојања две различите норме које се сматрају релевантним.

је реч о начину поимања принципа консумпције, који се првобитно и одређивао као случај „консумпције једне казнене претње другом.“<sup>173</sup>

Другим речима, суштина оваквог приступа подразумева хипотезу да је само једна од реализованих законских норми довољна да својом казненом претњом обухвати невредност целокупног понашања и обезбеди остваривање сврхе кажњавања. Из тог разлога, иако институт привидног стицаја закона не фигурира као особени ентитет у казненом систему, за разлику од идеалног и реалног стицаја, појављује се као сегмент у поступку квантификације казне за учињено дело, првенствено у компарацији са категоријама аутентичног стицаја, чије казнене ефекте модификује.

Карактеристике остваривања сврхе кажњавања у склопу правила теорије привидног стицаја би требало схватити у њиховом уобичајеном смислу, односно на начин на који се иначе испољавају облици генералне и специјалне превенције, уз уважавање специфичности њихове манифестације у зависности од конкретног феноменолошког облика привидног идеалног стицаја. Осим тога, могло би се говорити о њиховој везаности за оправдања примене појединачних принципа решења у решавању конфликта између законских норми.

Сматрамо да у овом домену ипак предњачи област *специјалне превенције*, која се доводи у везу са могућностима изречене казне да делује ресоцијализирајуће на учиниоца.<sup>174</sup> Овакав закључак је логичан, имајући у виду да произлази из ослањања, како аутентичног, тако и привидног стицаја, на процес индивидуализације казне, односно изналажења адекватних пенолошких ефеката путем специфичних казних механизма, попут фактора олакшавајућих и отежавајућих околности.

Ови аспекти долазе до изражаја управо приликом примене конкретних принципа решења. Тако, у случају специјалитета, сматра се да је применом специјалне норме обезбеђено остваривање како специјално – превентивних, тако и ретрибутивних циљева, будући да таква формална реитерација, из перспективе жртве, не проузрокује никакву већу штету.<sup>175</sup> Осим тога, сама концепција накнадних некажњивих дела као феноменолошких манифестација привидног стицаја, код којих се као услов појављује управо околност да није дошло до проузроковања квалитативно већих последица на другом правном добру, односно да се ради о искоришћавању положаја обезбеђеног главним делом, могла би на првом месту да се доведе у везу са овако дефинисаним поставкама остваривања сврхе кажњавања, чиме се достизање ретрибутивних и превентивних циљева појављује и као основ одређивања домашаја института.

Исто тако, као пример испуњености захтева генералне превенције, наводи се случај консумпције кривичног дела мање тежине, које регуларно прати извршење главног деликта, где једна санкција обезбеђује ширење поверења грађана.<sup>176</sup>

Уско повезано са наведеном проблематиком јесте и питање разлике у тежини између главног и привидног дела, односно релевантности овог фактора за квалификацију привидног идеалног стицаја, што је и логично, имајући у виду захтеве за достизањем одговарајућих криминално–политичких циљева. Тако, иако то спада у домен правних последица примене института, генерално се дозвољава да привидно кривично дело предвиђа већу казну у односу

<sup>173</sup> Вид. поглавље Консумпција, *infra*, 459 фн. 87.

<sup>174</sup> L. Della Ragione, 16. Вид. И. Вуковић, „Сврха кажњавања као критеријум одмеравања казне“, *Казнена реакција у Србији, IV део* (ур. Ђорђе Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 154 – 155.

<sup>175</sup> F. Szczaronski, 520 – 522. На сличан начин се оправдава и искључење казне код сукажњивог дела, будући да оно по правилу не проузрокује нову штету, односно састоји се у обезбеђењу користи прибављене главним делом. С друге стране, у случајевима супсидијаритета, сматра се да, на пример, облици других учешћа у делу, наспрам извршилаштва, нису релевантни из перспективе жртве, баш као ни нехатне радње наспрам умишљајних.

<sup>176</sup> *Ibid.*, 526.

на главно, док се балансирање на криминално–политичком плану, постиже његовим суделовањем у својству отежавајуће околности.<sup>177</sup> Међутим, неће увек бити једноставно разлучити да ли је у конкретном случају за достизање поменутих циљева оправдано прибећи конструкцији привидног идеалног стицаја, без обзира на дискрепанције у тежини главног и привидног кривичног дела, будући да квалификацију овог института одликује одступање од апстрактног поређења законских описа бића кривичног дела. Стога, детерминисаност привидног идеалног стицаја конкретним приступом у утврђивању испуњености услова његове примене, у великој мери релативизује било каква прелиминарна правила у погледу односа тежине главне и привидне инкриминације. То је и разлог зашто проблематика правних последица института представља једну од његових најкомплекснијих димензија, у чијој су основи укореењени аспекти конкретног приступа.

Овај сегмент принципа пропорционалности, заједно са поставкама забране двоструког вредновања, чини криминално–политичку основу доктринарне утемељености института привидног идеалног стицаја, оличену у довољности само једне инкриминације да обезбеди покривање претпостављених циљева кажњавања, односно заштиту одговарајућих материјалних вредности.

### 3.5. *Ne bis in idem*

Разматрање проблематике привидног стицаја у теорији кривичног права, на првом месту је праћено позивањем на поставке једног примарно процесног начела, у његовој материјалној варијанти, чиме се конфигурише директна релација између наведених правних концепата. Тачније, она се огледа у томе да институт привидног идеалног стицаја има функцију заштите кривичноправних вредности које се крију иза поменутог принципа<sup>178</sup> и у том светлу се тумаче његова правила. Реч је о начелу који се изражава латинском формулацијом „*non bis in idem*“, односно „*ne bis in idem*“, што у буквалном преводу значи „не два пута за исто“<sup>179</sup>, а исти се, што произлази из самог значења употребљеног израза, односи на специфичну забрану управљену ка одговарајућим правним вредновањима. Иначе, оно што је карактеристично за овај принцип, то је да је његова примена резервисана искључиво за поступак квалификације, односно њиме се превасходно руководи суд у кривичноправној оцени забрањеног понашања, што га чини практичним, односно оперативним начелом.

Пре указивања на улогу принципа *ne bis in idem* у материји привидног стицаја, важно је имати у виду да није реч о његовом уобичајеном значењу и поимању у кривичном праву као процесног принципа, већ о специфичној материјалној димензији, која се испољава на плану вредновања предузетог понашања са аспекта постојећих кривичноправних забрана, односно њихових релевантних елемената. Област његове манифестације се стога везује за спречавање двоструког вредновања истих елемената, како на плану формалне квалификације, тако и казненог третмана, где долазе до изражаја и релевантни циљеви кажњавања.

Једно од најадекватнијих одређења начина деловања материјалне димензије поменутог принципа, описује га као „суштински *ne bis in idem*“, односно случај када се једном субјекту у односу на исто дело приписује повреда више норми, али је само једна од

<sup>177</sup> Ђ. Лазин, 34 – 35.

<sup>178</sup> С. Fahl, 240 – 241. У том смислу, привидни идеални стицај се одређује као метод за избегавање двоструког вредновања.

<sup>179</sup> Иначе, у литератури се истиче да је терминолошки исправније користити израз „*ne bis in idem*“, будући да за разлику од негације „*non*“, која се користи за реалне догађаје, негација „*ne*“ је резервисана за правне забране. Вид. L. V. Anselmino, 103.

њих довољна да одрази невредност предузетог понашања, што је уско повезано са његовом функцијом, оличеном у настојању да се избегне вишеструка оцена одговорности учиниоца за исто дело.<sup>180</sup> У том смислу, од значаја је указати и на констатацију према којој се овај принцип везује за праведност казненог третмана, и то избегавање реитерације више инкриминација у односу на исто понашање<sup>181</sup>, али и за друге релевантне принципе, попут принципа легалитета и правне сигурности.<sup>182</sup>

Иначе, ако се пође од аспеката стицајне материје, као једног од могућих приступа изучавању (привидног) стицаја закона, у доктрини је карактеристично управо његово везивање за правило *ne bis in idem*, у основи процесног карактера, али донекле модификовано и прилагођено потребама да се оправда постојање овог института као изузетка од стицајног правила *quot delicta tot poenae*.<sup>183</sup> Суштина је у избегавању двоструког вредновања исте околности, до чега би дошло уколико бисмо узели да постоји плуралитет кривичних дела, у условима када је једно понашање већ у потпуности обухваћено само једном од њих. Тиме се његов домашај може уочити већ у самом процесу квалификације, где служи као дистинктивни фактор у односу на идеални стицај. Ове две улоге правила *ne bis in idem*, оличене у оправдању постојања института привидног идеалног стицаја са једне, и критеријума његове диференцијације, пре свега од идеалног стицаја, са друге стране, међусобно се преплићу и нераскидиво су повезане.

У сваком случају, без обзира на евентуалне концептуалне недостатке и потребу његовог прилагођавања и модификовања конкретної проблематици, може се рећи да се управо из начела *ne bis in idem*, црпи основна идеја о оправданости примене и законитостима постојања стицаја закона као посебног института. Наиме, ако се пође од општег одређења наведеног суштински процесног принципа, оличеног у констатацији да нико не може бити кажњен два пута за исто дело<sup>184</sup>, посматрано са аспекта материјалне димензије, исти би био прекршен у случају непримењивања правила привидног стицаја закона у систему кривичног права.

Већ смо указали на двоструку улогу принципа *ne bis in idem*, који не само да осликава суштинску идејну поставку института, већ се у процесу квалификације користи и

---

<sup>180</sup> A. Gianfelice, *Concorso di reati e concorso apparente di norme. Inquadramento tradizionale e nuovi spunti Interpretativi*, Luiss Guido Carli 2017 – 2018, 48. На сличан начин се одређује и функција *ne bis in idem* у домаћој доктрини, где се његова материјална димензија формулише управо позивањем на забрану двоструког вредновања. Вид. И. Вуковић (2022), 342.

<sup>181</sup> M. Ferrante, *Concorso di norme e concorso di reati nel diritto penale del mercato finanziario*, Facoltà Di Giurisprudenza, LUISS Guido Carli 2010/2011, 84. Тако и С. Buffon, „Interferenze tra *ne bis in idem* processuale e sostanziale nel contenimento del doppio binario sanzionatorio“, *Processo penale e giustizia* 2/2019, 532. Аутор указује да се материјални аспект принципа *ne bis in idem*, огледа у спречавању одговорности учиниоца за плуралитет инкриминација.

У погледу значаја принципа *ne bis in idem* у материји кривичног права, вид. и S. Fucini, „Principe non bis in idem et cumul de poursuites administratives et pénales pour les mêmes faits“, *Les nouveaux problèmes actuels de sciences criminelles*, 25/2014, 149 – 150. <https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-02299858>, 5. фебруар 2022.

У сваком случају, овај принцип се најчешће доводи у везу са релевантним захтевима праведности, који би били прекршени у случају када би се учинилац казнио два пута за исто дело. Вид. L. Debray, „Du Concours d'infractions, son influence sur l'application de la peine et sur l'exercice de l'action publique“, *Composition de droit Criminel*, V. Giard & E. Brière, Paris 1896, 21. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6509557q>, 5. фебруар 2022.

<sup>182</sup> J. O. Sotomayor Acosta, M. Toro Taborda, 150.

<sup>183</sup> Превод овог израза гласи: „Колико деликата – толико казни“. Вид. Н. Muñoz Norment (1986), 342 – 343. Такође, Бачић наводи да је смисао учења о стицају у отклањању неправедног двоструког кажњавања, како не би дошло до повреде начела *ne bis in idem*. Вид. Ф. Бачић (1995), 311.

<sup>184</sup> A. R. Alberto Chacon, S. G. Cisco Barraza, F. S. Hernandez Rosales, 55. Истиче се да је реч о уставном принципу, оличеном у констатацији да нико не може бити кажњен два пута за исто дело. У том смислу, одбацује се могућност да једно дело доведе до више казни, односно до примене отежавајуће околности која је већ узета у обзир у оквиру базичног кривичног дела. Вид. и F. Accardo, *Unità e pluralità di reati in un sistema penale teleologicamente orientato*, Università Degli Studi Di Napoli, Facoltà Di Giurisprudenza, 2017, 58.



као дистинктивни фактор, у односу на идеални стицај. Његова примена се стога везује за релације специјалитета, супсидијаритета и алтернативитета и огледа се у искључењу двоструког вредновања истог елемента.<sup>185</sup> На тај начин, овај принцип фигурира и као оперативни критеријум индивидуализације привидног стицаја, тачније као фактор његове диференцијације од манифестација аутентичног стицаја.

### 3.5.1. Материјална димензија (забрана двоструког вредновања)

Материјална димензија принципа *ne bis in idem*, у најопштијем смислу може се одредити као забрана санкционисања или кажњавања два пута за исто дело, што се супротставља његовој процесној варијанти, манифестованој у принципу да никоме не може бити суђено два пута за исто.<sup>186</sup> Свакако треба имати у виду да је деловање овог правила утемељено на одговарајућим предусловима под чијем окриљем се формулише такво дејство, а који се заправо и односи на фактор детерминације истоветности, односно елемента „*idem*“. Иза тога се, као што ћемо видети, крију управо услови постојања института привидног стицаја, односно његове дистинкције од сродних правних концепата.

Може се уочити да је, баш као и у случају принципа пропорционалности, нагласак на истицању потискивања одређених пенолошких ефеката, по основу идентитета, односно *поклапања вредносних елемената, садржаних у две или више инкриминација*. Управо са тог аспекта треба и посматрати одредбу чл. 54 КЗ, која иако се односи на уважавање олакшавајућих и отежавајућих околности у поступку одмеравања казне, у односу на обележја бића кривичних дела, заправо подразумева манифестацију наведеног материјалног правила и по аналогiji се може применити и код разматрања основа утемељености привидног стицаја закона. Имајући у виду да је оваква одредба инкорпорисана у већини савремених законодавстава, она уједно представља и један од његових формалних фактора оправдања.

На ово правило се у поступку квалификације позива и судска пракса, негирајући могућност да једна иста околност истовремено представља и конститутивни елемент законског описа бића неког кривичног дела и отежавајућу околност неког другог.<sup>187</sup>

У теорији се указује на криминално–политички основ поменуте забране, оличен превасходно у настојањима да се избегне двоструко вредновање истог понашања<sup>188</sup>, а самим тим и прекорачење у казни која одговара предузетој радњи са аспекта генералне и специјалне превенције. Ради се о две димензије које се не могу посматрати изоловано и конфигуришу кључне фундаменталне основе оправдања института привидног стицаја.

Ипак, у теорији се јављају одређене дилеме у погледу констатације кршења начела *ne bis in idem*, односно критеријума којима се судска пракса води у утврђивању постојања

<sup>185</sup> J. P. Matus Асуња (2000b), 30. Вид. и J. P. Matus Асуња (2005), 466; F. Accardo, 71.

<sup>186</sup> С. А. Paredes Vargas, 59. Тако и G. Garcías Planas, „Consecuencias del principio non bis in idem en derecho penal“, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 1/1989, 110. У том смислу, истиче се да материјална варијанта принципа *ne bis in idem* подразумева да под условима идентитета активног субјекта, предузетог дела и истог садржаја невредности, нико не може бити санкционисан два пута за исто дело.

<sup>187</sup> Cour de cassation chambre, Audience publique de mercredi 20 fevrier 2002 N° de pourvoi: 00-81093 01-88089, Bulletin criminel 38/2002, 110. Такав закључак је француска судска пракса донела на примеру случаја реализације законских обележја бића кривичних дела убиства и отмице са смртним исходом, тако да се смрт жртве не може истовремено ценити и као конститутивни елемент убиства и као отежавајућа околност код отмице.

<sup>188</sup> Ф. Бачић (1995), 312. Тако, полазећи од примера кривичних дела квалификованих тежом последицом оличеном у наступању смрти пасивног субјекта, због које је предвиђена и већа казна за наведени облик, Вуковић истиче да би било неприхватљиво два пута ценити околност наступања смртног исхода, кроз основни и квалификовани облик. Вид. И. Вуковић (2022), 342.

идентитета кажњивог дела. Наиме, анализирајући праксу Европског суда за људска права, Шкулић указује да се та проблематика свела на анализу истоврсности радње, уз занемаривање других аспеката идентитета предузетог понашања у материјалном смислу, што може довести до грешака у квалификацији, односно погрешне констатације постојања идеалног стицаја.<sup>189</sup>

Као материјални фундаментални основ института привидног стицаја закона, ово начело значајно је и због свог карактера свеобухватности, односно прожимања и поистовећивања са свим феноменолошким манифестацијама института, укључујући и спорне случајеве накнадних некажњивих дела, што је обезбеђено првенствено његовим високим степеном општости, који у комбинацији са другим специфичним принципима има за резултат индивидуализацију ове правне фигуре у односу на аутентични стицај. Тиме се појављује као основни и неизбежан критеријум у поступку квалификације.

Његова одређења у теорији су углавном усаглашена у погледу услова примене и правних ефеката, без обзира да ли се означава употребом процесног термина, или пак у духу његове материјалне димензије. Таква забрана двоструког вредновања, доводи се у везу са ограничавањем – рестрикцијом примене правила стицаја (идеалног и реалног), онда када се две или више законских инкриминација, из формалних или материјалних разлога, могу сматрати парцијално идентичним<sup>190</sup>, односно оличена је у максими да само један од више примењивих концепата може да се примени, јер би у супротном дошло до кршења принципа *ne bis in idem*.<sup>191</sup>

Управо наведене констатације указују на начин његовог деловања и функционисања у домену теорије привидног стицаја, где заједно са другим аксиолошким принципима, фигурира као један од фундаменталних основа оправдања института.

#### 4. ЛОГИЧКА И ВРЕДНОСНА УТЕМЕЉЕНОСТ

Полазећи од једне од најисцрпнијих дефиниција привидног стицаја закона, која наглашава параметре садржаја невредности и кривице, обухваћене само једном од примењивих инкриминација<sup>192</sup>, може се рећи да је срж проблематике везане за квалификацију института, условљен постојањем одговарајућих релација између законских норми. Оне одређују квалитет целокупног односа, који има за последицу решавање конфликта у корист само једне од њих. Да би се дошло до такве констатације, није довољна произвољна, апстрактна оцена, већ она почива на одређеним критеријумима, који се могу дефинисати као предмет целокупног института стицаја закона. То су првенствено логичке и емпиријске релације између више хипотетички примењивих инкриминација.

Ако се констатује постојање неких од тих релација, које могу бити и криминолошког карактера<sup>193</sup>, то имплицира испуњеност услова обухватности садржаја невредности и кривице.

На логичку и вредносну утемељеност института привидног стицаја најбоље указује констатација према којој у овим случајевима долази до изражаја околност да се путем

<sup>189</sup> М. Шкулић, „Начело *ne bis in idem* – са становишта норми српског казненоправног система, уставноправне праксе и ставова Европског суда за људска права“, *Билтен Врховног касационог суда* 2/2019, Intermex, Београд 2019, 236 – 237.

<sup>190</sup> J. P., Mañalich Raffo, „El principio *ne bis in idem* en el derecho penal Chileno“, *REJ – Revista de Estudios de la Justicia* 5/2011, 150 – 151.

<sup>191</sup> C. A. Paredes Vargas, 53.

<sup>192</sup> C. Roxin (2014), 997.

<sup>193</sup> J. C. Contreras (1979b), 468. То је случај са консумпцијом као принципом решења.

кажњавања за само једно кривично дело у потпуности обухвата невредност целокупног понашања, при чему се такав закључак изводи применом тумачења и логичких правила.<sup>194</sup>

Већ смо приликом концептуалног одређења института указали на дефиниције утемељене на вредносним критеријумима по основу којих се привидни стицај закона индивидуализује у односу на идеални стицај. Једна од репрезентативних констатација, темељи се на тврдњи да неће постојати стицај у случају када се више инкриминација може применити на једну радњу, али је деликтни садржај већ исцрпно обухваћен само једном од њих, која замењује остале.<sup>195</sup> Као што се може уочити, основ квалификовања (привидног) стицаја закона, доводи се у везу са екстензивно одређеним критеријумом вредносног садржаја неке норме.

Имајући у виду овакву фундаменталну утемељеност, индивидуализација института, поред поменутих општих начела, почива управо на наведеним поставкама, тачније заснована је на правилима логике и криминалне политике, која условљавају његову примену у кривичном праву. Управо се у овом сегменту његове димензије испољавају особености (привидног) стицаја закона, нарочито ако се узме у обзир да ниједан други институт у кривичном праву не почива у тој мери на правилима која излазе из домена кривичног права.

Као један од општих принципа на којима почива теорија привидног идеалног стицаја, паралелно са *ne bis in idem*, наводи се тзв. принцип „*безначајности*“, при чему се први доводи у везу са логичким релацијама, односно принципима специјалитета, супсидијаритета и алтернативитета, док други истиче емпиријске споне између концепата и омогућава констатацију консумпције (типичних пратећих, претходних и накнадних некажњивих дела).<sup>196</sup>

Тако, Белинг (*Beling*) указује да се казнени закони прописани од стране законодавца, не налазе на истом нивоу, односно да између њих може постојати неколико релација, при чему се супсидијарности и специјалитету супротстављају облици консумирања једног казног закона другим, као и случајеви аутономних правних фигура, које то својство испољавају на начин да изостаје њихова особена деликтна вредност онда када је понашање учиниоца санкционисано са друге тачке гледишта (поновљено вредновање).<sup>197</sup>

Може се у најопштијем смислу рећи да институт привидног стицаја закона почива на тези логичко–емпиријске диференцијације, што указује да се његово постојање везује како за правила логике, тако и за одређене вредносне принципе (криминално – политичка утемељеност).

#### 4.1. Логичке релације

Аспект логичке утемељености привидног стицаја закона, подразумева различите класификације релација логичког карактера које се доводе у везу са наведеним институтом. Он се у својој конфигурацији позива на овакве релације, изведене углавном из правила логике и отелотворене у виду основних градивних елемената на којима се темељи аспект његовог тумачења.

Разматрање логичких релација које чине основу института привидног стицаја закона, захтева напомену да оне стоје у основи принципа решења, у складу са двоструком правном природом института, али да се не поистовећују са њима, иако неке носе истоветне

<sup>194</sup> H. Langels, *Strafrecht At 2, Allgemeine Lehren Der Straftat*, Abels & Langels, 2017, 107.

<sup>195</sup> Тако H. Welzel, 228.

<sup>196</sup> J. P. Matus Acuña (2005), 466.

<sup>197</sup> E. Beling, *Esquema de Derecho Penal, La doctrina del delito – tipo* (Превод дела: Die Lehre von Tatbestand, 1930), Libreria „El foro“, Buenos Aires 2002, 168 – 169.

називе, попут специјалитета. Специјалитет као логичка релација је оличен у правилу *lex specialis derogat legi generali*, док је специјалитет као принцип решења скуп правила утемељених на таквој релацији, која се односе на поступак избора примарне норме.

У сваком случају, теоријско изучавање института привидног стицаја, незамисливо је без позивања на поставке логичких релационих односа које се успостављају између више конфликтних правних концепата. Њихов значај се огледа у околности да су дубоко укорењене у поставке и правила релевантних принципа решења коришћених у поступку квалификације, односно индивидуализације института. Стога, са правом се може рећи да представљају један од фундаменталних основа на којима почива примена института привидног идеалног стицаја, без обзира да ли се прихвата концепција о апстрактном или конкретном приступу у поступку решавања конфликта између законских норми.

Чист логички приступ, односно приступ утемељен искључиво на релацијама између законских норми, везује се за интерпретативну природу института и у директној је вези са својеврсним хијерархијским системом норми. Имајући у виду да се теорија стицаја бави превасходно питањем квалификације у условима паралелног постојања више законских инкриминација, неизбежно је позивање на логичке релације које могу стајати у средишту односа између таквих инкриминација. Тачније, полази се од претпоставке да само поједине врсте релација између норми кохерентног система дозвољавају њихову симултану примену. То је уједно и негативна претпоставка привидног стицаја закона, будући да су те релације главно средство за ограничавање њиховог домашаја и учествују као сегменти процеса тумачења.

У литератури се класификација логичких релација које фигурирају између законских типова и на којима се темељи примена института (привидног) стицаја закона, врши по основу више различитих критеријума.

Од значаја је Белингова класификација, која се може сматрати једном од најсвеобухватнијих, а утемељена је на следећим облицима испољавања: 1) специјалитет – схваћен као супсидијаритет казнене претње једног законског описа у односу на други; 2) ексклузивитет – означава контрадикторност између норми, односно њихову независност (алтернативитет); 3) неутралност – афирмација једног типа не подразумева ни афирмацију ни негацију другог (супсидијаритет).<sup>198</sup>

Мецгер износи дихотомну класификацију општег карактера, истичући поред логичких, када се превласт једног дела наспрам другог заснива на логичким темељима (специјалитет), такође и ситуације када таква превласт произлази из вредносних релација (консумпција).<sup>199</sup>

Кључно питање се пак односи на утврђивање која од могућих релација одговара квалификацији (привидног) стицаја закона. Другим речима, у току поступка квалификације, на првом месту, битно је разлучити које се релације сматрају релевантним у конкретном случају и какав је њихов утицај. То је важно како за поступак дистинкције у оквиру привидног стицаја закона, тако и у погледу односа између аутентичног и привидног стицаја.

У том смислу, неке од класификација у литератури су директно управљене на разграничење између привидног идеалног и идеалног стицаја. Тако, док се идеалном стицају приписује релација неутралности или индиферентности, у оквиру самог института привидног стицаја закона се издвајају случајеви ексклузивитета (алтернативитет или

---

<sup>198</sup> A. R. Alberto Chacon, S. G. Cisco Barraza, F. S. Hernandez Rosales, 36.

<sup>199</sup> Вид. E. Mezger, 346.

консумпција), специјалитета (афирмација једне норме укључује афирмацију друге) и супсидијаритета (условни карактер примењивости једне норме у односу на другу).<sup>200</sup>

С друге стране, једна од логичко–концептуалних класификација, из домена привидног стицаја закона искључује хетерогеност и хомогеност, док задржава субординацију, засновану на правилу *Lex specialis derogat legi generali*, као и интерференцију (*Lex consumens derogat legi consumptae*), при чему алтернативитет одређује као принцип који нема никаквог утицаја на привидни стицај закона, будући да не постоји сумња у погледу примењивих законских диспозиција, већ природе дела о којима се ради.<sup>201</sup> Међутим, иако је проблематика оправданости принципа алтернативитета комплексне правне природе, имајући у виду да се исти доводи у везу и са грешкама законодавца, због чега му се негира улога средства за решавање конфликта између законских норми, његову релевантност би требало посматрати у домену веће слободе одлучивања у поступку квалификације, односно могућности да се сагледавајући околности конкретног случаја, увиди која инкриминација више одговара чињеничном стању, у зависности од преовлађујућих елемената конкретног случаја. Самим тим, наилазимо и на специфичности увођења екстерних правила решавања конфликта, који се пак темеље на особеним релационим односима између правних концепата, али не изводе директно из њих.

У сваком случају, може се закључити да су квалификација (привидног) стицаја закона, односно принципи његове индивидуализације, између осталог постављени и на темељу својеврсних логичких односа између законских инкриминација. Они имају утицај како са аспекта успостављања апстрактних правила диференцијације у односу на идеални стицај, тако и у домену формулисања принципа решења, где постављају темеље решавања конфликта између диспозиција.

Разумевање и једне и друге димензије релевантности поменутих логичких концепата, условљено је њиховим појединачним разматрањем, у склопу области на коју остварују утицај, што ће бити предмет разматрања у посебним поглављима.

## 4.2. Вредносна утемељеност

Вредносна утемељеност института, као одраз утицаја криминално–политичких фактора на конфигурацију привидног стицаја закона, донекле условљава и друге принципе, првенствено материјални сегмент начела *ne bis idem*, али и његову целокупну концептуалну заснованост. Већ смо на основу разматрања доктринарних одређења ове правне фигуре, али и појединих законских регулација, могли закључити да се у први план ставља оцена достизања свеобухватне невредности дела. У том правцу се крећу и критеријуми њене диференцијације од облика аутентичног стицаја.

Јасно је да се тиме наглашава велики значај тумачења правних вредности које се настоје штитити кривичним правом, као и препознавања објеката заштите у конкретном случају, сврхе прописивања појединачних инкриминација, модела за који се законодавац одлучио приликом регулисања идеалног и реалног стицаја, као и бројних других питања вредносно утемељеног карактера.

У том правцу су се кретала и сама теоријска одређења поменуте правне фигуре. Тако, посебно наглашавајући његову вредносну димензију, Бачић постојање привидног стицаја везује за тврдњу да један кривичноправни пропис обухвата у целини неправо неког

<sup>200</sup> S. Soler, *Derecho Penal Argentino*, Tipografica Editora Argentina, Buenos Aires 1992, 209 – 210. Указује се да Белингова класификација није прецизна, те да би релација неутралности требало да буде у основи идеалног стицаја.

<sup>201</sup> М. А. Torrez López, 159 – 169. У питању је Клугова концепција.

понашања<sup>202</sup>, што је елемент и већине других доктринарних дефиниција, које као основ његове примене, истичу исцрпну обухватност незаконитог садржаја предузетог понашања путем само једне инкриминације.<sup>203</sup> Стога, може се рећи да привидни идеални стицај заправо и јесте одраз одређеног настојања криминалне политике, више него суштински чисто правни концепт, који би био заснован на стриктним правилима. Несумњиво је да се ради о доста непрецизном критеријуму у кривичноправном смислу, те да инкорпорисање института утемељеног на поставкама криминалне политике, са собом носи и бројне тешкоће у примени у односу на друге сродне концепте, што се види већ приликом покушаја детерминисања услова његовог постојања, али и покушаја диференцирања од идеалног стицаја. Из тога произлази да се у средишту примене правила привидног стицаја, налазе релевантни правни интереси, у функцији чије заштите се и конфигуришу његове основне поставке.

Тако, често се говори о покривености невредности дела приликом дефинисања института стицаја закона, што је ништа друго до услов испуњености постављених циљева кажњавања (превентивно – ретрибутивни циљеви), о којима се мора водити рачуна. На веома значајну улогу принципа теорије казне, указује и околност да је према неким концепцијама, њихово уважавање условило чак и таква решења у домену правних последица, која су упркос квалификацији привидног идеалног стицаја, довела до примене извесних принципа, попут принципа комбинације, како би се задовољили одређени циљеви кажњавања, независно од тога што је стицај одбачен. Осим тога, упркос унитарној квалификацији, њихов третман донекле, па макар и на суптилном нивоу, одступа од простог јединства.

Као што смо већ напоменули, вредносна утемељеност се наглашава кроз својеврсну максиму обухватања невредности дела, што је делимично обухваћено и принципом *ne bis in idem*, али се ипак њен садржај највише односи на један од најспорнијих принципа, криминолошког карактера, означен као принцип „безначајности“, односно неважности једне од инкриминација у односу на другу. Ради се о једином чисто криминално–политичком продукту, који би се могао упоредити једино са институтом дела малог значаја.

#### 4.2.1. Принцип „безначајности“

Основ вредносне утемељености института (привидног) стицаја закона, чини превасходно негирање релевантности привидног правног концепта за оцену обухватности невредности предузетог забрањеног понашања, које се терминолошки одређује применом концепта „безначајности“.

Ослањање на принцип чистог криминално–политичког карактера у кривичном праву је у најмању руку неспецифично, нарочито уколико му се придаје значај у домену тако важних питања, попут квалификације јединства и плуралитета кривичног дела, и то у условима изостанка формалног оправдања у виду изричитих законских одредби.

Ово начело би се могло довести у везу са институтом дела малог значаја, односно поставкама на којима оно почива, а карактерише га субјективна оцена предузетог понашања и утемељеност на емпиријским релацијама између законских норми. Ипак, он се не доводи у везу нужно са тежином одређеног кривичног дела, мада тај фактор може бити од значаја у зависности од околности конкретног случаја.<sup>204</sup>

Посматрано са аспекта феноменолошких манифестација привидног стицаја закона, односно принципа њихове регулације, фактор „безначајности“ се доводи у везу првенствено

<sup>202</sup> Ф. Бачић (1995), 311. Као критеријум се наводи оцена да је криминални садржај целокупне ситуације у потпуности обухваћен једним од тих прописа, што условљава одбацивање осталих.

<sup>203</sup> С. Fahl, 256.

<sup>204</sup> Вид. поглавље Привидни идеални стицај у поступку квалификације, *infra*, 270 – 271.

са феноменолошким облицима типичног пратећег, односно претходног и накнадног некажњивог дела, у склопу принципа консумпције, а дефинише се као емпиријска веза између два дела која могу бити квалификована у складу са два или више законских описа, при чему се реализација једног од њих појављује као безначајна наспрам друге, чијим је интензитетом апсорбована.<sup>205</sup> Уочава се спона са принципима теорије казне, што највише долази до изражаја код накнадног некажњивог, односно сукажњивог дела, који већ у свом називу укључује премису о таквој пенолошкој апсорпцији. Међутим, излазак из домена логичких правила, с друге стране, и поред могуће криминално–политичке оправданости, доводи у питање поштовање начела законитости. Стога, утемељеност привидног идеалног стицаја и на оваквим поставкама, поставља сложен задатак проналаска адекватне равнотеже између та два супротстављена захтева.

У сваком случају, значај принципа „безначајности“, као јединог искуственог критеријума који се користи за тумачење релација између норми, у оквиру теорије привидног стицаја закона, огледа се, између осталог и у томе што његова примена омогућава оправдање проширење опсега института на феноменолошке облике, попут претходног и накнадног некажњивог дела. Такође, јасно је да је његова употреба условљена околностима конкретног случаја, те да се на општем нивоу не могу дефинисати правила по основу којих се једно кривично дело појављује као неважно, односно мање важно у односу на друго.

Ово је у складу и са конкретним приступом у изучавању института и различитим ситуационим факторима од којих зависи квалификација привидног стицаја, а са методолошког аспекта, он се појављује и у функцији критеријума диференцијације у односу на облике аутентичног стицаја.

---

<sup>205</sup> J. P. Matus Асућа (2000b), 30. Указује се на довољност казне предвиђене за главно дело да укаже на невређност поступања, а тиме и на избегавање диспропорционалног кажњавања за пратећа дела, која немају аутономни значај. Вид. J. P. Matus Асућа (2005), 466.

### III ПОГЛАВЉЕ

#### ПРЕТПОСТАВКЕ ТЕОРИЈСКОГ РАЗМАТРАЊА ИНСТИТУТА ПРИВИДНОГ ИДЕАЛНОГ СТИЦАЈА

Разумевање правне природе привидног идеалног стицаја, односно (привидног) стицаја закона, као и решавање кључних питања у вези његове примене у пракси, без обзира на опредељење за стицајни или интерпретативни карактер поменуте правне фигуре, нераскидиво је повезано са општим институтом стицаја кривичних дела. Стога, важна улога у процесу изучавања предмета нашег рада, приписује се дефинисању основних поставки и елемената теорије стицаја, на којима се темељи даље утврђивање општих и особених карактеристика привидног стицаја и његово позиционирање у систему кривичног права. Може се рећи да се елементи стицајне проблематике, појављују као посредни чиниоци одређивања свих релевантних димензија предметног института.

Пре свега, релације између концепата јединство и плуралитет радње, од значаја су не само за диференцирање идеалног од реалног стицаја, већ и за дефинисање опсега примене стицаја закона, имајући у виду опречна доктринарна схватања о домашају ове правне фигуре, заснована на унитарним или диференцирајућим теоријама. Стога, питање разграничења концепата на којима се темељи квалификација јединства и плуралитета кривичног дела, као и место (привидног) стицаја закона у таквој категоризацији, предуслов је за разумевање опсега примене института. Такође, терминолошке дилеме у вези самог означавања института, директно су повезане са дистинкцијом различитих облика јединства радње и њиховом квалификацијом.

Поред тога, истоветност или различитост кривичноправног третмана два основна облика стицаја, за који се определило конкретно законодавство у области одмеравања казне, директно утиче на правне последице привидног идеалног стицаја, односно његову релевантност са аспекта изречене санкције.<sup>1</sup> Наиме, без разумевања законодавног стања у овој области, које је реципрочно повезано са (привидним) стицајем закона, не могу се разумети ни различити аспекти његових правних последица.

Важно је напоменути и да су основни појмови и елементи теорије привидног стицаја, засновани управо на постојећим корелацијама са концептима опште теорије стицаја, те да се, између осталог, свде на постављање међусобних критеријума разграничења, односно тачака пресека са истима, због чега би свако изучавање ове правне фигуре, било бесмислено без познавања кључних конструкција теорије стицаја. На првом месту, одређење правне природе института, које се креће између интерпретативног и стицајног карактера, директно је повезано са начином поимања концепата у овој области, односно њиховим правним последицама, док се једна од најрелевантнијих тачака утицаја стицајног концептуалног система, огледа у утврђивању домашаја појма радње у теорији стицаја, тачније услова проглашења њеног јединства.

То нас наводи на закључак да је квалификација привидног идеалног стицаја, укључујући и методолошки поступак таквог процеса, директно и реципрочно условљена односом између конструкција аутентичног и привидног стицаја, односно условима њихове примене. У таквом комплексном процесу, долази до својеврсног прожимања њихових правила и поставки, која су одређена и позитивноправним регулисањем поменутих

---

<sup>1</sup> У том смислу, од посебног значаја је проблематика утицаја привидног дела на крајње пенолошке ефекте примене института. Вид. поглавље Правне последице, *infra*, 612 – 615.



института, односно компаративним доктринарним концепцијама о начину решавања важних питања у овој области.

Стога, диференцијација привидног идеалног стицаја од облика аутентичног стицаја на конкретном плану, што је уједно и једна од фаза у поступку његове квалификације, претпоставља претходно дефинисање и прецизирање услова примене сваке од конструкција које чине сегменте теорије стицаја.

## 1. СТИЦАЈ КАО ИНСТИТУТ КРИВИЧНОГ ПРАВА

### 1.1. Општи појам стицаја кривичних дела

Наспрам редовног квалификовања одређеног понашања као јединственог кривичног дела, које одговара једном законском опису, издваја се институт стицаја, заснован на плуралитету међусобно независних кривичних дела.

У најопштијем смислу, ради се о феноменолошким манифестацијама остваривања више законских обележја бића кривичних дела, које се двоструко позиционирају, фигурирајући као правни концепти учења о кривичном делу са једне, односно као правни концепти материје казне, са друге стране.<sup>2</sup> Управо кроз ове две призме се мора посматрати и њихов однос са институтом привидног идеалног стицаја, чије се основне карактеристике манифестују управо са аспекта поређења једне и друге правне фигуре на плану начина квалификације предузетог понашања и ефеката у домену пенолошких последица.

Наиме, тешкоће са којима се доктрина сусреће у одређивању института стицаја кривичних дела, огледају се управо у проблему његове диференцијације од привидног стицаја<sup>3</sup>, што указује на међусобну повезаност и условљеност наведене две правне фигуре и немогућност њиховог одвојеног изучавања. У том контексту, указује се да ова два правна концепта представљају симетричне појмове и антитезе.<sup>4</sup> То је и разлог зашто се познавање правила теорије стицаја може детерминисати као једна од полазних претпоставки за адекватно сагледавање свих димензија института привидног стицаја.

Тако, у немачкој доктрини се чак указује да је примена аутентичних облика стицаја (идеалног и реалног), условљена претходном констатацијом неиспуњености услова привидног стицаја.<sup>5</sup> Стога, може се закључити да је начин утврђивања и дефинисања

---

<sup>2</sup> Ф. Бачић (1995), 308 – 309; Б. Петрић, „Стицај кривичних дела и неке процесноправне реперкусије“, *Правни живот* 3 – 4/1969, 69. Тако, истиче се да, иако је стицај институт материјалног кривичног права, његова правила остварују директан утицај и у области процесних питања.

<sup>3</sup> Ј. Ђ. Таховић (1956), 179. У том смислу, указује се да поред комплексности релација са облицима привидног стицаја, проблеми демаркационе природе, фигурирају и у односу на неке друге правне концепте, попут продуженог кривичног дела.

Такође, у погледу правне природе привидног стицаја у најопштијем смислу, напомиње се да он фигурира као релевантан конкурентни однос истог нивоа као и манифестације јединства и плуралитета кривичних дела. Вид. W. Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer – Verlag, Berlin 2015, 619.

Међутим, проблем настаје управо приликом утврђивања релевантних односа између правних концепата, који условљавају прихватање или искључење стицаја. Вид. Н. Мрвић Петровић, 229.

<sup>4</sup> G. Lattanzi, E. Lupo, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Volume III – Il reato, Giuffrè Editore, Milano 2010, 281. Такође, стицај кривичних дела захтева да је извршено више инкриминација, при чему се свака оцењује као самостално кривично дело, што је управо фактор по којем се овај институт разликује од јединства кривичног дела.

Слично томе, привидни стицај се одређује као правна конструкција која под одговарајућим условима доводи до искључења стицаја и констатације постојања само једног кривичног дела. Вид. Л. Л. Кругликова, *Уголовное право России. Часть Общая*, Wolters Kluwer, Москва 2005, 325.

<sup>5</sup> J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 318.

домашаја стицаја, уско повезан са поставкама института привидног стицаја, тачније да је њихов однос по својој природи окарактерисан као међусобна условљеност. Осим тога, на њихову уску повезаност указују и дилеме о правној природи идеалног стицаја, које иду чак и у правцу његовог одређења као врсте стицаја закона, о чему накнадно бити речи.

Стицај, као фигура специфичног правног положаја у систему кривичног права, оличеном у истовременој припадности теорији кривичног дела, као и теорији казне, одређује се преко феноменолошког облика испољавања правних последица његова два облика, тачније по критеријуму испуњености услова истовременог вођења кривичног поступка. У том смислу, Стојановић указује да се стицај манифестује при истовременом суђењу учиниоцу за кривично дело извршено предузимањем једне или више радњи.<sup>6</sup> На ова два општа услова, оличена у околности да је плуралитет инкриминација реализован предузимањем једне или више радњи од стране истог лица, те да му се за поменута дела истовремено суди, указује се и у другим одређењима у домаћој и страној доктрини.<sup>7</sup>

Поменута дефиниција полази од диференцирања два основна облика плуралитета кривичних дела, у складу са критеријумом броја предузетих радњи, оличена у идеалном и реалном стицају.

У погледу одређења појма и поставки института, постоји општа сагласност у домаћој и страној доктрини<sup>8</sup>, али је питање утицаја броја предузетих радњи на правне последице истог, условљено одређењем законодавца за модел истоветног или различитог третмана идеалног и реалног стицаја, што је индиректно повезано и са фактичким последицама примене института привидног идеалног стицаја.<sup>9</sup>

Може се закључити да теорија стицаја има две димензије, смештене с једне стране, у области опште теорије кривичног дела, а са друге, у домену проблематике казне. У том смислу, у доктрини се истиче да се она бави како структуром једног или више кажњивих дела, тако и њиховим казним последицама, односно казном у ширем смислу.<sup>10</sup> Ова констатација, као што ћемо видети, има релевантност и за проблематику института привидног идеалног стицаја.

Полазећи од изнете дефиниције, могу се издвојити два кључна услова – претпоставке, за феноменолошко одређивање стицаја у формалном смислу. То подразумева, с једне стране, кривичноправни услов, оличен у чињеници да је учинилац остварио законске описе бића два или више кривичних дела, односно проузроковао плуралитет кривичних дела у стриктном смислу. Поред тога, потребно је да буде испуњен и услов процесног карактера, манифестован у претпоставци да се води јединствени кривични поступак за сва дела која се приписују учиниоцу.

<sup>6</sup> З. Стојановић (2018), 239.

<sup>7</sup> Вид. И. Вуковић (2022), 339; Љ. Лазаревић (2011), 278 – 279; А. М. Зацепин, „Квалификация совокупности преступлений по современному законодательству“, *Гуманитарные, социально-экономические и общественные науки* 3/2015, 246; Н. Мрвић Петровић, 230; Љ. Јовановић, 210.

<sup>8</sup> Немачки аутор Роксин одређује институт стицаја као случајеве повреда више законских норми, од стране истог учиниоца, за које се води исти поступак. Вид. С. Roxin (2014), 941.

Слично томе, у француској доктрини се стицај доводи у везу са реализацијом плуралитета инкриминација од стране истог учиниоца, који се опонира институту рецидива. Вид. М. Н. Boeuf, *Résumé de droit criminel (Code pénal et Code d'instruction criminelle)*, Librairie de la Societe du Recueil Sirey, Paris 1912, 205.

<sup>9</sup> С. Roxin (2014), 941. У том смислу, наглашава се да се немачки законодавац определио за различите правне последице (кривичноправни третман) два облика аутентичног стицаја, што произлази из одредби чл. 52, 53 и 54 немачког Кривичног законика. Вид. П. Димитрије, С. Бејатовић, Ђ. Лазин, *Кривични законик Савезне Републике Немачке са уводним Законом за Кривични законик и Војно кривичним законом* (превод дела StGB, Strafgesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland mit Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch und Wehrstrafgesetz), Centar marketing, Београд 1998, 27 – 28.

<sup>10</sup> Е. Mezger, 327. На сличан начин се и у домаћој литератури указује на преплитање ова два аспекта код института стицаја кривичних дела. Вид. З. Стојановић (2018), 239. Сходно томе, сврха института стицаја кривичних дела се доводи у везу са прописивањем посебних правила одмеравања казне.

Плуралитет кривичних дела може бити остварен предузимањем једне радње (идеални стицај), или пак предузимањем две или више радњи (реални стицај). Међутим, елемент заснован на релацији „једна радња – више радњи“ је релативног карактера, имајући у виду опречна схватања и законодавна решења о идеалном стицају, која му приписују и функцију јединства дела, предвиђајући пак својеврсне корективне механизме на плану одмеравања казне.<sup>11</sup> Осим тога, поједина доктринарна гледишта, заснована на теорији јединства, доводила су чак у питање стицајни карактер поменуте правне фигуре, полазећи од тога да се у описаним ситуацијама, налазимо пред једним кривичним делом, односно да је стицај само привидан.<sup>12</sup>

Јасно је да констатација плуралитета повређених законских норми, претпоставља да су у кривичноправном смислу испуњени сви захтеви у погледу постојања стицаја, што између осталог имплицира и претходно искључење могућности да се ради о неком облику привидног стицаја. На тај начин, ове две фигуре се појављују као реципрочно условљене и међусобно зависне, тако да се привидни идеални стицај може посматрати као изузетак од примене правила о стицају, односно разграничавајући фактор између облика јединства и плуралитета кривичних дела. Иако по својој природи подразумева јединство радње и јединство кривичних дела у правном смислу, због чега му се приписује интерпретативни карактер, ова елиминациона функција га смешта у област стицајне проблематике и отвара пут установљавању посебних законитости за решавање својеврсног сукоба кривичноправних норми.

Временска димензија, која подразумева истовремено суђење, произлази из природе идеалног стицаја, будући да постоји само једна радња, односно једна прилика којом је дошло до остварења више кривичних дела, те се уопште не доводи у питање нужност вођења јединственог поступка за кривична дела у стицају, онда када су за то испуњени претходни кривичноправни услови. С друге стране, код реалног стицаја, изражен је елемент неодређености фактора од којих зависи да ли ће се на реализована кривична дела применити одредбе о стицају. Наиме, могуће је да, иако су испуњени сви услови да се за више кривичних дела, остварених предузимањем више радњи, примене одредбе о стицају и спроведе јединствени поступак, до тога ипак не дође, из разлога процесног карактера, најчешће због тога што одређена кривична дела буду откривена тек по окончању првобитног поступка. Тада је искључена могућност примене правила о стицају. Мишљења смо да управо та чињеница указује на нужност уношења диференцирајућих елемената у кривичноправном третману идеалног и реалног стицаја, што је и условило развој опречних теоријских схватања о поступању у ова два случаја.

Ипак, наш законодавац се одлучио за изједначавање правних последица два облика аутентичног стицаја<sup>13</sup>, што у практичном смислу, има велики утицај и на положај привидног идеалног стицаја као посебног института.

## 1.2. Фактори утицаја на теорију (привидног) стицаја закона

Природа института привидног стицаја закона, која га смешта између редовне квалификације неког понашања унитарног карактера, у складу са једном законском концепцијом и њене плуралистичке манифестације, оличене у стицају више таквих инкриминација, условљава међузависност наведене три категорије. Стога, дефинисање особених законитости и правила предметног института, неизбежно се врши по аналогiji са

<sup>11</sup> Вид. С. Roxin (2014), 1017 – 1025.

<sup>12</sup> Е. Mezger, 343. Ради се о схватању немачког аутора Мајера (*Mayer*); Тако и Баумгартен (*Baumgarten*), вид. Н. Muñoz Norment (1986), 354; Вид. и Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, 719.

<sup>13</sup> То је случај и са француским законодавством. Вид. Ј. Р. Matus Асуња (2000b), 28 – 29.

одговарајућим концептима теорије стицаја, без обзира на прихватање његовог инерпретативног или стицајног карактера. Један од разлога за описану комплементарност, огледа се у домену правних последица, односно потреби за успостављањем равнотеже између пенолошких ефеката у наведеним случајевима. Различити модели казних система, условљени стањем позитивног законодавства, могу довести до различитих решавања истих ситуација, што директно утиче на правни положај привидног стицаја закона, односно на ефекте које производи. Према томе, варијанте правних последица привидног стицаја закона од којих полази доктрина, директно су условљене и повезане и са таквим казним моделима и не могу се разматрати одвојено од њих. Управо у овом сегменту долази до изражаја испољавање правне природе института.

Поред фактора правних последица, једна од кључних дилема са којима се сусреће теорија привидног стицаја закона, иако у нешто другачијем контексту, тиче се управо централног питања у склопу стицајне теорије – одређење специфичног појма радње, односно утврђивање њеног јединства и односа са квалификацијом плуралитета кривичних дела. Наиме, релевантно питање за домашај института привидног стицаја закона, тиче се значаја категоризације на релацији јединство – плуралитет радње, због чега се начин поимања концепта радње у теорији стицаја појављује као значајно прелиминарно питање.

У доктрини се чак указује да је од суштинског значаја утврдити да ли постоји стицај или не, док категоризација на идеални и реални стицај губи на својој релевантности, између осталог и због тешкоћа у њиховом разграничењу, које превазилазе практичне ефекте таквог поступка.<sup>14</sup> Овакво резонување у погледу дистинкције два кључна облика аутентичног стицаја, има директан утицај на конфигурацију теорије привидног стицаја закона.

Стога, може се рећи да се наведени фактори утицаја испољавају у следећим манифестацијама теорије стицаја, које ће бити предмет разматрања: 1) *систематика стицајне проблематике* – тиче се позиционирања правне фигуре привидног стицаја у односу на остале стицајне концепте, са аспекта квалификације јединства или плуралитета кривичних дела; 2) *проблематика јединства радње* и њена релевантност у теорији (привидног) стицаја закона; 3) *кривичноправни третман облика аутентичног стицаја*.

Све наведене аспекте сматрамо претпоставкама изучавања (привидног) стицаја закона, на којима се темељи формулисање основних законитости и услова примене института.

## 2. СИСТЕМАТИКА СТИЦАЈНЕ ПРОБЛЕМАТИКЕ

Случајеви плуралитета повређених кривичноправних норми, наспрам стандардних, редовних манифестација јединственог кривичног дела као резултата квалификације одређеног понашања, детерминисани су низом фактора, који условљавају сложена питања односа између релевантних стицајних концепата. Полазећи од суштинских елемената наведеног правног феномена, можемо указати на неколико кључних појмовних категорија, својствених указаној проблематици дефинисања границе између постојања једног или више кривичних дела, а самим тим и диференцирања аутентичног и привидног стицаја.

Пре свега, од начина поимања и употребе концепта радње у теорији стицаја, зависи одређивање домашаја како реалног и идеалног, тако и привидног стицаја, а самим тим и правних последица које предвиђа конкретно законодавство у сваком појединачном случају. Из тог разлога, битно је јасно прецизирати шта се подразумева под појмовима *јединства радње*, односно *јединства дела*, у којим се формама они могу испољити, те које су тачке пресека са плуралитетом кривичних дела, а самим тим и место (привидног) стицаја закона у

<sup>14</sup> С. Вуковић, Г. Станојчић, 101.

таквој категоризацији. У погледу наведеног питања, постоје неуједначена схватања у доктрини, која су пратила различите фазе историјског развоја института стицаја, а истовремено отворила комплексну полемику о домашају примене фигуре привидног стицаја.

Стога, од значаја је размотрити феноменолошке варијанте које утичу на исход квалификовања неког понашања као јединства кривичног дела, плуралитета (стицаја), или пак привидног стицаја, односно стицаја закона. У овој области постоје бројне термилошке дилеме. Пре свега, концепција о изучавању правне фигуре привидног стицаја, у оквирима опште теорије стицаја<sup>15</sup>, условила је и модификацију стицајне терминологије, тако да се уместо израза стицај кривичних дела, ради прецизирања проблематике која спада у домен изучавања овог института, говори о *јединству и плуралитету деликата*<sup>16</sup>, што отвара пут смештању привидног стицаја закона у оквиру наведене систематизације.

По нашем мишљењу, не задирући у питање његове правне природе, разматрање института са аспекта теорије стицаја је неопходно и пожељно. Управо израз јединство и плуралитет деликата указује да у наведеним случајевима није реч само о изучавању облика плуралитета деликата, него и њихових разграничења од сродних категорија, што укључује и привидни стицај.

Иако ћемо касније, разлоге за овакву систематику детаљно размотрити, може се рећи да се у оквиру шире категорије јединства и плуралитета деликата, издвајају следеће правне фигуре: 1) случајеви јединства кривичног дела: манифестације привидног стицаја, природно јединство радње, правно јединство радње, сложено и продужено кривично дело; 2) случајеви плуралитета кривичних дела: идеални и реални стицај.

Важно је имати у виду да се ради о концептима који се међусобно преплићу и допуњавају, због чега је веома тешко успоставити прецизну линију разграничења између њих. Ипак, то је један од најважнијих задатака и претпоставки теорије (привидног) стицаја закона.

Пре разматрања наведене две опште категорије и особености њиховог утицаја на институт привидног стицаја закона, размотрићемо основне појмове на којима се заснива предметна категоризација.

## 2.1. Основи стицајног система

### 2.1.1. Домашај концепта стицаја кривичног дела

Као кључни проблем, односно централна тачка материје стицаја, тесно повезан са принципом легалитета, издваја се питање услова под којима се учиниоцу за предузето забрањено понашање, може приписати плуралитет законских инкриминација.<sup>17</sup> Из наведене констатације проистиче да је исто толико важно дефинисати када је та могућност искључена, односно конституише се обострана међузависност два супротстављена пола релација

---

<sup>15</sup> Чак и она гледишта која полазе од тога да је стицају правних диспозиција место у оквиру опште теорије кривичног права, сматрају да би га требало изучавати паралелно са формалним стицајем деликата, и то због нужности решавања проблема њиховог разграничења. Вид. F. Galván González, 141 – 142; F. Pavón Vasconcelos, 52 – 54.

То је уједно и хипотеза од које смо пошли у решавању проблематике позиционирања института у систему кривичног права, што је у складу и са већ поменутиим владајућим гледиштима у домаћој и иностраној доктрини.

<sup>16</sup> То је случај у немачкој доктрини. Вид. C. Roxin (2014), 963 – 1025.

<sup>17</sup> J. P. Matus Асуња (2000b), 27. У том смислу, као релевантна се износи констатација немачког аутора Гирдса, према којем уопште не би ни постојао стицајни проблем, да принцип легалитета не доминира казним системом.

конкретне чињеничне манифестације и њеног подвођења под норме правног система. Јасно је да се ради о питању које остварује директан утицај на схватање института (привидног) стицаја закона.

У том смислу, може се говорити о ужем или о ширем одређењу стицаја, односно о рестриктивним или екстензивним дефиницијама, у зависности од тога да ли се у ову категорију убрајају само случајеви када се уважавају све реализоване норме првог нивоа (аутентични стицај – идеални и реални), или се односи и на облике (привидног) стицаја закона.<sup>18</sup> Наиме, од начина на који одредимо појам стицаја (у ужем или у ширем смислу), зависиће и дефинисање места института (привидног) стицаја закона у систему кривичног права.

Уочава се да се у поменутом одређењу употребљава израз „норме првог нивоа“, што заправо значи да одредба која регулише стицај представља особену норму „другог нивоа“, односно дефинише питање односа првих категорија. Међутим, за разлику од идеалног и реалног стицаја, у већини случајева, не постоје такве одредбе другог нивоа које се односе на привидни стицај закона и управо у томе лежи проблем његове утемељености у оквирима теорија стицаја.

Једно од одређења привидног стицаја у том контексту, указује да би се овај облик стицаја односио на случајеве када су испуњени услови примене (кажњивости) више норми првог нивоа, остварених предузимањем једне радње и између којих постоје релације специјалитета, алтернативитета, супсидијаритета или консумпције, односно предузимањем више радњи, између којих постоје релације супсидијаритета или консумпције.<sup>19</sup> Као што се може уочити, ради се о одређењу са аспекта унитарних теорија домаћаја, које подразумевају како јединство, тако и плуралитет радњи.

Ипак, без обзира на прихватање једног или другог одређења, институт (привидног) стицаја закона се увек мора посматрати заједно и нераскидиво повезано са институтом стицаја кривичних дела, не толико због формалистичких категоризација домаћаја стицаја, колико због њихове функционалне повезаности. Стога, важније питање јесте да ли придавање стицајног карактера наведеном институту доприноси кључним питањима везаним за утврђивање места привидног стицаја закона у систему кривичног права.

## 2.2. Јединство и плуралитет радње (дела)

Концепт јединства радње у теорији кривичног права, представља комплексан правни појам који превазилази његова општа одређења као основа диференцирања између идеалног и реалног стицаја<sup>20</sup> и фигурира као централна правна фигура у постављању граница унитарних и плуралистичких квалификација, односно манифестација привидног и аутентичног стицаја.

У односу на регуларне ситуације када кривично дело прати један акт – промена у спољном свету, издвајају се одређени изузеци, када се плуралитет таквих деловања може третирати као јединство. Осим тога, први корак у утврђивању да ли постоји једно или више кривичних дела, односи се на претходну детерминацију радње у квантитативном смислу.<sup>21</sup> Ово би требало посматрати са аспекта неколико релевантних феноменолошких правних категорија у поступку квалификације, које представљају одраз инкриминисаног понашања. У том смислу, поред редовних манифестација, када се једном радњом остваре обележја једног

---

<sup>18</sup> J. C. Moliné, 32 – 33.

<sup>19</sup> *Ibid.*, 34.

<sup>20</sup> Ф. Бачић (1995), 309.

<sup>21</sup> F. Galván González, 75.

кривичног дела, или пак плуралитетом радњи остваре обележја више кривичних дела, у литератури се говори о случајевима када један акт (радња) учиниоца проузрокује реализацију плуралитета кривичноправних забрана, односно када њихов плуралитет условљава јединствено правно вредновање.<sup>22</sup> Са аспекта изучавања института привидног стицаја и утврђивања његових граница, од значаја су оба, условно речено, изузетка од редовног, идеалистички конципираног стицајног режима. Наиме, манифестације идеалног стицаја, релевантне су са аспекта схватања о његовој правној природи, која могу доћи у колизију са правилима привидног стицаја, док се проблематика јединственог вредновања плуралитета реализованих инкриминација, појављује као релевантна са аспекта правног домашаја института и начина конципирања правила за решавање конфликта између законских норми.

Утицај дистинкције на релацији јединство – плуралитет радње, која чини срж стицајних проблема и класификације на идеални и реални стицај, спорна је и у материји привидног стицаја закона, са две тачке гледишта. Пре свега, имајући у виду одударање општег појма радње од начина на који се он схвата у овој материји, та чињеница се још више продубљује са аспекта законитости теорије привидног стицаја закона, јер ће од тога зависити опсег његове примене. С друге стране, релевантност ове дистинкције се доводи у питање, имајући у виду схватања према којима констатација привидног стицаја претходи детерминисању јединства и плуралитета радње.

Стога, први концептуални проблем који захтева разјашњење, тиче се *јединства радње*. Међутим, ситуацију додатно компликује и околност да се у доктрини, нарочито немачкој, појам *јединство радње* користи и за означавање плуралитета појединачних аката у природном смислу, који условљавају квалификацију само једног кривичног дела<sup>23</sup>, чиме се продубљује проблематика прецизирања наведеног концепта. Осим тога, говори се и о алтернативном коришћењу израза „дело“ у наведеним ситуацијама.<sup>24</sup> Иначе, његову правну природу најбоље одражава констатација према којој овај концепт, за разлику од начина поимања истог са процесног аспекта, обухвата знатно ширу категорију, оличену у свеобухватном понашању учиниоца као јединственом животном процесу.<sup>25</sup>

Дефинисање границе између јединства и плуралитета радње, појављује се у функцији дистинкције између два облика стицаја, који су утемељени управо на овој класификацији. Посебно питање, које се све више истиче у доктрини, јесте какав је практични значај те диференцијације. То је условљено превасходно конкретним законодавним решењем, односно присуством истих или различитих правила одмеравања казне у једном и у другом случају.

Имајући у виду дистинктивне критеријуме за утврђивање постојања идеалног или реалног стицаја, у теорији стицаја, тежиште разматрања овог кључног елемента у општем појму кривичног дела, помера се на терен дефинисања граница између јединства и плуралитета радње. Заправо, централно питање на које треба дати одговор, без обзира на усвојено доктринарно схватање о појму радње, јесте облик њеног квантитативног испољавања.

---

<sup>22</sup> R. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français, Tome Première*, Librairie du Recueil Sirey, Paris 1913, 244.

Слично томе, Вуковић указује на три релевантна исхода кривичноправне оцене предузетог забрањеног понашања, што случајеве привидног стицаја смешта између две крајности – особених облика јединства кривичног дела и аутентичног плуралитета реализованих инкриминација. Вид. И. Вуковић (2022), 333 – 334.

<sup>23</sup> Тако С. Roxin (2014), 943 – 963.

<sup>24</sup> *Ibid.*, 944.

<sup>25</sup> J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 318. У вези домашаја појмова „радња“ и „дело“, у општем смислу, вид. И. Вуковић, „Кривичноправни појам и функције радње“, *Crimen* 1/2012, 73 – 94. Реч је, наиме, о супротстављању онтолошког и нормативног угла посматрања предузетог понашања.

Као супротна категорија свим наведеним облицима јединства радње, појављује се плуралитет радње – који је заснован на бази плуралитета радњи у природном смислу, што имплицира да једна радња у природном смислу, никада не може успоставити плуралитет радњи, односно дела.<sup>26</sup>

Изучавање поменутих манифестација јединства радње, од значаја је за привидни стицај закона из најмање два разлога: 1) неки од ових облика манифестације условљавају постојање једног дела, па се у склопу стицајног система појављују као концепти у рангу стицаја закона, што захтева прецизирање међусобног односа; 2) у одређеним случајевима се елемент јединства доводи у везу са условом констатације привидног стицаја закона.

Други фундаментални чинилац квалификације стицаја у његовом материјалном (реалном) облику, подразумева присуство више радњи извршења, којима су реализована обележја бића више од једног кривичног дела. Исто као и у случају јединства радње, потребно је направити разлику између таквог плуралитета схваћеног у природном смислу, и оног који одговара правној концепцији једне стицајне категорије.

Већ смо указали на то да плуралитет радњи у природном смислу, под одређеним околностима, може добити квалитет јединства, путем посебних правних конструкција, што иначе одговара специфичним поставкама на којима је заснована стицајна проблематика и особеном поимању концепта радње, у односу на општа правила кривичног права.

У том смислу се истиче да се плуралитет кажњивих дела, може проучавати са више аспеката, укључујући и неправни идеални, реални стицај, али и конструкцију продуженог кривичног дела.<sup>27</sup> Таква теоријска разноврсност и релативно танка граница између правог и привидног стицаја кривичних дела, указује на значај претходног разумевања свих модалитета јединства, односно плуралитета радње.

Посматрано у том контексту, како би постојао плуралитет радње, неопходан за проглашење аутентичног реалног стицаја деликата, захтевају се следећи услови: 1) међусобна независност плуралитета радњи; 2) реализација свих елемената одређеног казненог типа.<sup>28</sup>

Будући да се постојање идеалног (јединства дела) или пак реалног стицаја (плуралитет дела) заснива на јединству или плуралитету радње, концептуалне основе диференцијације ова два елемента, појављују се као важан сегмент у дефинисању оквира примене поменутих врста стицаја, и то на нивоу који претходи утврђивању стицајних релација. Можемо се сложити са схватањем утемељеним на претпоставци да проблеме детерминације казне засноване на конфликту кривичноправних норми у описаним случајевима, којима припадају институти идеалног и реалног стицаја, треба раздвојити од њихових одговарајућих правних предуслова, односно јединства и плуралитета радње као појмова опште теорије.<sup>29</sup>

Ова тачка пресека са концептима опште теорије, постоји и у случају института привидног (идеалног) стицаја, чак штавише, диференцијација између јединства и плуралитета радње, директно утиче на одређивање домашаја и опсега примене теорије привидног стицаја. Иако се решавање конфликта између норми, путем примене одређених принципа може вршити и на плану који претходи стицајним правилима, чињеница да је у конкретном случају предузета једна или више радњи, може у овој фази утицати на квалификацију понашања, без обзира на различита схватања о правној природи привидног стицаја, односно његовог позиционирања у односу на сродне правне фигуре. Стога, можемо

---

<sup>26</sup> J. Cuello Contreras (2009), 659.

<sup>27</sup> J. J. Hernández Sánchez, 54.

<sup>28</sup> *Ibid.*, 53.

<sup>29</sup> J. Cuello Contreras (1979a), 55 – 56. Реч је о схватању немачког теоретичара Гирдса.



закључити да се јединство и плуралитет радње јављају као генерички појмови, који повезују целокупан процес квалификације неког понашања као конкретног кривичног дела, односно кривичних дела, те да се крајњи резултат увек заснива на њиховом претходном утврђивању. Осим тога, од такве детерминације, зависиће даље фазе предметног поступка.

У прелиминарном смислу, можемо указати на неколико аспеката дејства ових генеричких категорија, који доказују потребу за њиховим самосталним дефинисањем и претходним одређењем у оквирима опште теорије кривичног права. Пре свега, редовни режим квалификације неког понашања, увек претпоставља и дефинисање броја предузетих радњи, као фактора који може утицати на евентуално постојање стицаја, или пак јединства кривичног дела. Затим, у оквиру самог стицаја, може представљати критеријум за раздвајање појединих категорија, а евентуално и њихових кривичноправних последица. Поред тога, оно што је најважније, у режиму правила привидног стицаја, утичу на његову категоризацију и опсег примене.

### 2.2.1. Унитарне и плуралне квалификације

Целокупна проблематика материје стицаја, тиче се давања одговора на питање да ли су испуњени услови за квалификацију плуралитета кривичних дела, или се пак мора констатовати његово јединство. То је у директној вези са проблемом разграничења између концепата јединства и плуралитета радње, али као што смо могли закључити приликом разматрања наведених појмова, та категоризација нема карактер апсолутног диференцијалног фактора у смислу решавања наведених комплексних односа.

Стога, нужно је адекватно одредити функцију и значење наведених појмова, њихових међусобних релација и садржаја, чиме се постављају основи за даље изучавање института привидног стицаја закона и препознавање његових кључних сегмената и тачака пресека, односно разилажења са облицима стицаја.

Већ смо закључили да опште правило „једна радња – једно кривично дело“, које одговара најједноставнијим случајевима квалификације, у материји стицаја добија нове димензије засноване на сложеним релацијама између броја предузетих радњи извршења и услова плуралитета кривичних дела. Мост између две опозиционе концепције представљају управо случајеви привидног стицаја, где највише долазе до изражаја дилеме у погледу опсега простирања облика јединства кривичних дела.

Осим обичног јединства, које излази из оквира теорије стицаја, појам јединства дела (јединственог дела) у ужем смислу, може се употребљавати за означавање две различите категорије: 1) јединство дела на основу ефеката примењеног законског решења (типично јединство радње и тзв. „обрнути идеални стицај“); 2) јединство дела које произлази из постојећих релација између законских норми (привидни стицај закона).<sup>30</sup>

Као што се може уочити, у питању су случајеви јединства, утемељени на плуралитету појединачних радњи, а њихов значај се огледа се у диференцирању привидног стицаја закона од облика јединства који проистичу из законских одредби, у зависности од тога да ли је законски амбијент релевантан да делује у улози унификатора различитих законских типова.<sup>31</sup>

Основ овакве хипотезе, очигледно је заснован на модусу успостављања јединства, тачније поступку негације плуралитета, који у првом случају не захтева примену никаквих правила за решавање конфликта између норми, јер ће увек бити примењена само једна, по

<sup>30</sup> М. А. Арце Аггео, 21.

<sup>31</sup> *Ibid.*, 184. Напомиње се да је та улога реализована само у првој групи случајева.

слову закона. Међутим, ове две подгрупе ипак поседују заједничка својства, оличена у истоветним правним последицама, без обзира на сам процес, односно другачија образложења негирања плуралитета.

Наведена класификација, која потиче из шпанске доктрине, адекватно представља однос између две категорије случајева где се јединство дела заснива на правној категоризацији. Даљом аналитичком анализом, може се доћи до закључка да се у прву групу убрајају случајеви попут сложеног кривичног дела, као и облици плуралитета радњи, који се због одређених просторних, временских и сличних фактора, повезују у једну целину, што резултира сингуларном квалификацијом. То у практичном смислу обухвата и поједине облике правне фигуре означене као привидни реални стицај. Свакако, приликом тумачења поменутих видова јединства дела, треба имати у виду и конкретно законодавно решење на којем се оно заснива. Тако, на пример, шпанско законодавство карактерише раздвојен третман идеалног и реалног стицаја, уз примену принципа пооштрене апсорпције у првом случају.

Ипак, јасно је да се под окриљем прве варијанте настоје обухватити они случајеви јединства, засновани на плуралитету радњи у природном смислу, који се у једном делу теорије означавају и као привидни реални стицај, односно случај стицаја закона према унитарним теоријама домашаја института.<sup>32</sup> С друге стране, раздваја се јединство дела које проистиче из правне фигуре привидног стицаја закона, чиме се индиректно указује на његову правну природу, утемељену на негирању плуралитета кривичних дела. Међутим, овде изостаје нормативна подлога, те се ради о творевинама интерпретације релација између законских норми.

Условно, могло би се говорити о јединству у ширем смислу, које би се односило и на случајеве идеалног стицаја. Међутим, његово постојање у том значењу, више се односи на последично решење кривичноправног третмана овог облика стицаја, него на околност негирања плуралитета реализованих инкриминација. Осим тога, додатну терминолошку конфузију у погледу декларисања идеалног стицаја, проузрокује и употреба термина *јединства радње*, који се у овом значењу, мора схватити у ширем смислу, односно управо као *јединство дела*. Његов садржај се састоји од плуралитета међусобно зависних инкриминација, а управо из таквог њиховог релационог односа (зависног карактера), проистиче и материјална диференцијација од реалног стицаја.<sup>33</sup>

Ипак, идеални стицај, за разлику од (привидног) стицаја закона, у скоро свим законодавствима, представља законску конструкцију, тако да је питање квалификације плуралитета или пак јединства дела унапред решено. Тако, паралелно са кривичноправним третманом изједначеним са реалним стицајем, које дефинитивно подразумева квалификацију плуралитета деликата, у компаративном праву наилазимо и на његово прописивање као облика јединства дела, иако са посебним правилима одмеравања казне, уз уважавање чињенице да су реализовани законски описи бића више кривичних дела. Ова дискрепанција директно утиче на целокупна доктринарна правила која се тичу набројаних случајева јединства кривичних дела, што укључује и привидни стицај.

Питање утврђивања граница постојања јединства дела, схваћеног као квалификација јединственог кривичног дела, са једне и идеалног стицаја са друге стране, представља једно од најспорнијих, а уједно и најзначајнијих питања за материју односа између концепата стицаја и (привидног) стицаја закона. Ситуацију додатно отежава опречна компаративноправна регулатива идеалног стицаја, као и појединих института попут

---

<sup>32</sup> Вид. поглавље Теорије домашаја привидног идеалног стицаја, *infra*, 198 – 205. У нашој литератури се у ову категорију убрајају сложено, колективно и продужено кривично дело. Вид. З. Стојановић (2018), 244 – 252.

<sup>33</sup> М. А. Arce Aggeo, 21.

продуженог кривичног дела, која доводи до супротних правних квалификација истоветних понашања у различитим законодавствима. Тиме се продубљује и проблем разграничења између идеалног стицаја и облика јединства заснованог на плуралитету појединачних радњи, које се у литератури означава и као *привидни реални стицај*. Практична последица описане дилеме, испољава се у томе да се у појединим законодавствима, такво јединство квалификује као идеални стицај, а у другим као облик стицаја закона заснован на плуралитету радњи.<sup>34</sup>

Следећи релевантни фактор ове релације, који укључује опсег примене термина јединства дела, тиче се основних предуслова постојања једне и друге правне фигуре. Не залазећи у проблематику унитарних и диференцирајућих теорија стицаја закона, која је предмет посебног поглавља, на овом месту је важно напоменути да се јединство дела појављује као заједнички елемент и тачка пресека између правог и привидног идеалног стицаја. Стога се као разлог дилема и тешкоћа постављања граница између њих наводи управо околност постојања таквог обједињујућег параметра.<sup>35</sup> Заправо, схватање о стицају закона, утемељено на диференцирајућим теоријама, које захтева услов унитарне радње, управо је разлог наглашавања значаја његовог разграничења од идеалног стицаја, како са гледишта правне природе, тако и кривичноправног третмана.

Плуралитет дела, према једном схватању, односи се искључиво на феноменолошке облике реалног (материјалног) стицаја, односно плуралитета независних дела, појављујући се као опонент категоријама јединства дела у ужем смислу (квалификације једног кривичног дела) и јединства дела у ширем смислу (идеални стицај).<sup>36</sup>

Међутим, ни ови оквири нису једноставни за утврђивање, имајући у виду варијетете у погледу карактера идеалног стицаја, који се крећу између његовог поимања као облика стицаја заснованог на плуралитету међусобно зависних радњи (јединства дела), или пак оног са изједначеним кривичноправним третманом у односу на реални. У првом случају, приликом одмеравања казне, примењују се посебна правила, оличена у узимању у обзир само једне, најтеже казне, која апсорбује остале, по принципу опште или пооштрене апсорпције. Ипак, елементи стицајног карактера долазе до изражаја, како у формалној квалификацији, тако и у извесним утицајима свих кривичних дела која улазе у састав идеалног стицаја на меру казне, пре свега у виду постављања ограничења њеног посебног минимума.<sup>37</sup>

Ако се вратимо на облике јединства, засноване на плуралитету појединачних радњи, попут продуженог кривичног дела, чији кривичноправни третман варира између квалификације идеалног стицаја и (привидног) стицаја закона, јасно долази до изражаја раздор између ове две правне фигуре, заснован на констатацији јединства дела и у једном и у другом случају. Правне конструкције природног, баш као и законског јединства радње, на чије смо карактеристике указали, додатно усложњавају систематику засновану на релацији јединство дела – плуралитет дела.

Посебна функција законског описа бића кривичног дела, оличена у креирању специфичног правног јединства, заснованог на плуралитету радњи, доводи се у везу како са

---

<sup>34</sup> Типичан пример је управо институт продуженог кривичног дела. Док наше позитивно законодавство садржи посебну одредбу о условима постојања продуженог кривичног дела, чиме се и формално потврђује квалификација својеврсног облика привидног реалног стицаја, тачније само једног кривичног дела, друга законодавства, попут немачког, у условима изостанка законске регулативе, подвргавају га примени правила идеалног стицаја, што је у том случају могуће, због специфичности његовог кривичноправног третмана. Вид. J. Cuello Contreras (1979a), 62; Вид. и P. Tuozzi, *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice d'Italia esposto nell'università di Napoli*, M. d'Auria, 1890, 239.

<sup>35</sup> H. Muñoz Horment (1986), 369.

<sup>36</sup> M. A. Arce Aggeo, 21.

<sup>37</sup> То је, на пример, случај са немачким и шпанским законодавством. Вид. C. Roxin (2014), 978 – 980; J. Cuello Contreras (2009), 692 – 694.

случајевима привидног стицаја, тако и конструкција означених као „обрнути идеални стицај“, али и класичних облика типичног јединства радње.<sup>38</sup>

Једно од суштинских питања и предуслова за разумевање односа између правог и привидног стицаја, јесте разграничење концепата јединства и плуралитета радње. Може се рећи да релације између наведених правних појмова, представљају срж целокупне проблематике стицаја, односно полазну тачку за успостављање границе између случајева јединства и плуралитета кривичних дела, а самим тим и утврђивање домаћаја института привидног стицаја.

У литератури се у том смислу, указује на два тесно повезана питања, која заузимају централно место приликом дефинисања граница између правог и привидног стицаја. Поред поменутог захтева за дистинкцијом „јединство – плуралитет радње“, издвајају се и криминално–политичке тенденције, оличене у кривичноправном третману идеалног и реалног стицаја, односно истим или различитим последицама на плану одмеравања казне у једном и у другом случају.<sup>39</sup>

Уосталом, за немачку доктрину, где је првобитно и настала теорија привидног стицаја, неизбежно је разматрање и теоријско одређивање појмова јединства и плуралитета радње, имајући у виду и да се законодавац у одредбама члана 52 и 53 Кривичног законика, које регулишу идеални и реални стицај, служи поменутиим терминима (јединство и плуралитет дела).

Међутим, према једном гледишту, истиче се да динстикција јединство радње – плуралитет радње, као централно питање теорије стицаја, ипак није релевантна за случајеве означене као стицај закона, будући да се код стицаја закона (привидног стицаја), не налазимо пред случајем јединства радње, у смислу регулисања идеалног стицаја у немачком законодавству, због чега се и говори о тзв. *привидном стицају*, уз закључак да концепти обухваћени стицајем закона, заправо не представљају проблем стицајне проблематике.<sup>40</sup> У том контексту се израз јединство радње (јединство дела) односи само на случајеве идеалног стицаја (у складу са немачким законодавним моделом, који подразумева примену апсорпције). Међутим, друго је питање да ли се границе између наведене две правне фигуре у тако постављеном систему, уопште могу успоставити у пракси.

Овај израз се, с друге стране, може потпуно другачије тумачити у законодавним моделима попут нашег, где се идеални стицај формално и пенолошки декларише као плуралитет кривичних дела, што оставља простор за шира тумачења употребљеног термина. У сваком случају, може се закључити да јединство радње представља формалистички основ констатације привидног идеалног стицаја, под условом да се схвати у ширем смислу, односно као *својеврсно јединство дела (понашања), које може обухватити и случајеве плуралитета радње у природном смислу, уколико су испуњене друге фундаменталне претпоставке института општег и специјалног карактера, у зависности од конкретног феноменолошког облика (нпр. јединство иштићеног правног добра, испуњеност услова обухватања неврдности дела и др.)*.

Стога, услов јединства радње у оквиру конструкције привидног идеалног стицаја је постављен доста екстензивно, што је и изазвало бројне, не само термилошке дилеме у погледу његовог односа са концептом привидног реалног стицаја, већ и питања другачијег кривичноправног третмана појединих његових манифестација утемељених на плуралитету радње у природном смислу, попут накнадног некажњивог дела. Чак су се одређена

<sup>38</sup> Вид. М. А. Arce Aggeo, 179.

<sup>39</sup> J. Cuello Contreras (1979a), 49.

<sup>40</sup> *Ibid.*, 50. Према схватању немачког аутора Гирдса, коме се приписује поменута концепција, једино што је релевантно у конкретном случају, то је да се једна радња може подвести под више инкриминација у посебном делу кривичног права, при чему једна од њих искључује друге.

доктринарна схватања кретала у правцу поимања накнадног некажњивог дела као искључиво концепта неаутентичног реалног стицаја, који би се издвојио из јединствене конструкције привидног стицаја закона (засноване само на јединству радње у ужем смислу). Ипак, као што ћемо накнадно видети, чини нам се да је, барем са аспекта нашег позитивног законодавства, то питање малог практичног значаја, јер се у случају испуњења одређених услова, спорне феноменолошке манифестације, без обзира да ли се третирају као привидни стицај закона (привидни идеални стицај), или пак као неаутентични реални, квалификују као једно кривично дело, уз евентуалну могућност уважавања накнадног дела као отежавајуће околности. Таква могућност се у нашој теорији углавном везује за привидни реални стицај.<sup>41</sup> Међутим, јасно је да та варијанта у пракси неће бити искључена ни ако се ове фигуре означе као привидни идеални стицај. Стога се и поменута класификација у оквиру јединственог института привидног стицаја закона, појављује као чисто формалистичка и у најмању руку беспредметна. При томе, кључно је утврдити да ли су испуњени суштински, фундаментални основи примене института привидног стицаја закона.

Ипак, у теоријском смислу је могуће задржати ову класификацију, која је у појединим компаративним системима и неопходна због другачијег кривичноправног третмана поменутих правних фигура, у складу са концепцијом диференцирајућих теорија.<sup>42</sup>

Случајеви када су једном радњом остварена бића више кривичних дела (прави стицај) подразумевају две варијанте: 1) да се формулише посебно правило (идеални стицај као јединство дела); 2) да се примењују иста правила као и код реалног стицаја (идеални стицај као плуралитет дела). И у једном и у другом случају у квалификацији привидног идеалног стицаја, кључно је успоставити дистинкцију између поменутих правних фигура, с тим што је решавање наведеног питања имало значајно веће практичне последице у законодавствима где је идеални стицај формулисан на основи плуралитета дела, са истим последицама као и реални (материјални).

Док је начин регулисања правних последица идеалног стицаја релевантан за његов однос са привидним стицајем закона, а питање значаја диференцијације између јединства и плуралитета радње у оквиру теорије привидног стицаја донекле релативизовано, ова подела традиционално условљава опонирање два облика аутентичног стицаја.

Иако је диференцијација јединства и плуралитета радње у материји привидног стицаја закона превасходно теоријског карактера, поједина гледишта ипак наглашавају значај овог питања, сматрајући да је везивање овог критеријума само за однос између идеалног и реалног стицаја поједностављање целокупног проблема. У прилог таквом резонувању, наводи се околност да она може бити, у појединим случајевима, релевантна за однос између стицаја закона и идеалног стицаја, истичући као пример могућност подвргавања продуженог кривичног дела третману стицаја закона или пак идеалног стицаја.<sup>43</sup> Међутим, као што смо већ напоменули, то је условљено превасходно специфичним законодавним решењима и кривичноправним третманом идеалног стицаја.

У том смислу, релевантне су две теорије о правној природи овог односа, у зависности од тога да ли се исти третира у оквиру опште теорије кривичног дела, или пак теорије казне. Идејна основа прве варијанте, оличена је у правилу да концепти јединство –

<sup>41</sup> Вид. Ђ. Лазин, 106.

<sup>42</sup> Вид. поглавље Теорије домашаја привидног идеалног стицаја, *infra*, 223 – 226.

<sup>43</sup> J. Cuello Contreras (1979a), 62. Наиме, како би се избегла примена правила реалног стицаја, у неким земљама, попут Шпаније, продужено кривично дело се подвргава третману стицаја закона, што се није десило у Немачкој, где се са истим циљем подвргава идеалном стицају. Из тога се изводи закључак да проблем дистинкције између јединства и плуралитета радње, није изашао из оквира идеалног стицаја. Међутим, напомиње се да у Немачкој постоје случајеви где су плуралитети радње решени према правилима стицаја закона (претходно и накнадно некажњиво дело), што ипак упућује на извесну релевантност релација јединство – плуралитет радње и за институт стицаја закона.

плуралитет радње, припадају теорији типа, те да се из истих изводе последице које утичу на детерминацију казне, што се материјализује у форми идеалног и реалног стицаја.<sup>44</sup> Јасно је да овакво одређење оставља по страни њихов утицај на институт привидног стицаја закона, имајући у виду да он није детерминисан у домену особених правних последица, већ на нивоу самих законских описа бића кривичног дела, на основу чега се може закључити да је ова класификација релевантна првенствено за домен аутентичног стицаја.

Стога, дистинкција унитарних и плуралних квалификација, односно јединства и плуралитета кривичних дела, условљена је комплексним међуодносом између различитих правних фигура, где се формално може говорити о негацији идеалног или пак реалног стицаја, по основу изнетог критеријума, али који ипак није суштинског карактера и може довести до непотребног рашчлањавања јединствених концепата. Имајући у виду наведено, адекватније је говорити о издвајању категорије привидног стицаја као генеричког појма, наспрам његових аутентичних манифестација (идеалног и реалног).

### 2.2.2. Појам и облици јединства радње

Као фундаментални проблем теорије стицаја, од којег зависи и кривичноправни третман истог, наводи се питање утврђивања када постоји једна радња, а када више њих, што се своди на дефинисање законитости покривених појмовима јединства радње са једне, односно њеног плуралитета, са друге стране.<sup>45</sup> У том смислу, концепт *јединства радње* се појављује као централна полазна тачка изучавања како привидног, тако и аутентичног стицаја.

Када је реч о фактору броја радње, односно критеријумима утврђивања њеног јединства, можемо се сложити са констатацијом немачког аутора према којој кривично дело није чист физички догађај, већ објективизација у људском уму – социјално јединство које има одређени смисао<sup>46</sup>, што адекватно одражава полазну тачку у одређењу предметног концепта. Управо са овог аспекта би требало посматрати и везивање концепта „једна радња“, како за предузимање само једне делатности, тако и за њихов плуралитет уколико под таквим околностима представљају јединствену радњу извршења.<sup>47</sup>

Разматрање концепта радње са аспекта проблематике стицаја кривичних дела, захтева приступ заснован на уважавању специфичности разграничења њених квантитативних димензија, које се испољавају у виду сингуларног или плуралног облика испољавања у конкретном случају. Стога, њено одређење је условљено бројним факторима, који се, између осталог, свде на финалистичку управљеност, нормативну оцену, али и на одржавање временског континуитета у предузимању појединачних аката. Управо на том основу почива адекватно одређење домања привидног идеалног стицаја.

---

<sup>44</sup> *Ibid.*, 50 – 51. Полазећи од схватања немачког аутора Гирдса, напомиње се да концепти идеалног и реалног стицаја припадају проблематици правних последица, за разлику од јединства и плуралитета радње који представљају појмове опште теорије кривичног права и служе за регулацију диференцирајуће примене казних претњи за поменута два облика аутентичног стицаја, на чему се и заснива њихово разликовање. С друге стране, релација стицаја закона се, према овом приступу, може утврдити једино путем интерпретације.

<sup>45</sup> E. Mezger, 333; J. Cuello Contreras (1979a), 48. Тако и Д. Трипало, М. Мрчела, „Одмјеравање казне за казнену дјела у стицају“, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу* Vol. 16 2/2009, 768.

<sup>46</sup> Н. Welzel, 215.

<sup>47</sup> Љ. Лазаревић (2000), 279. Тако и Љ. Јовановић, 211. Указује се да се једна радња може састојати и из више делатности, уколико услед међусобне повезаности, оне воде ка истоветном исходу.

У том смислу, од значаја је и констатација према којој се јединство радње доводи у везу са околношћу испуњења услова конфигурације одређеног казног типа, што, другим речима, подразумева да ће такво јединство постојати увек када су остварени елементи одређеног казног типа, без обзира што се са феноменолошке тачке гледишта такво понашање може рашчланити на више јединица. Вид. J. L. Alegria Hidalgo, *Derecho Penal, Parte General*, Universidad a las Peruanas 2007, 242.

На самом почетку, што се и посебно наглашава у доктрини<sup>48</sup>, важно је напоменути да се појам радње у теорији стицаја, односно (привидног) стицаја закона не може изједначити са значењем које му се придаје у општем смислу, односно као елементу општег појма кривичног дела, имајући у виду да у овом случају није реч о самој структури радње, већ о начину пенолошког покривања људског понашања.<sup>49</sup> Поред тога, указује се и да се не ради нужно о типичним радњама (предвиђеним законским описом), већ о радњама у смислу проузроковања било ког резултата који се могао избећи (радње у природном смислу), а које, како би постојао стицај, морају бити типичне (законом прописане као кривично дело).<sup>50</sup> Поред тога, сматра се да није битан број телесних покрета у времену и простору, уз напомену да, иако је могуће да једна радња буде један телесни покрет, у већини случајева се она структурише у односу на плуралитет таквих телесних покрета, који су физички носиоци социјалног значења радње.<sup>51</sup>

У том смислу, у литератури се указује на два могућа приступа изучавању овог правног феномена, оличена у њеном претправном одређењу, са једне, односно аналитичком издвајању кључних сегмената, са друге стране.<sup>52</sup>

Из тог разлога је битно нагласити да појам радње са аспекта теорије стицаја, добија потпуно нови квалитет. У прилог овој тврдњи, говоре и доктринарна схватања, која се темеље на констатацијама да се појам радње у оквирима ове теорије, не поклапа са њеним општим поимањем у систему кривичног права<sup>53</sup>, односно да се садржај појмова јединства и плуралитета радње, мора ценити и са становишта одредби о стицају.<sup>54</sup>

Претходно наведене констатације су од великог значаја за утврђивање улоге овог концепта у домену института привидног стицаја закона, односно његовог домашаја<sup>55</sup>, али и за решавање једног од централних и најспорнијих питања теорије стицаја – да ли је учинилац приликом остваривања бића више кривичних дела предузео само једну радњу или више њих<sup>56</sup>, што је релевантно превасходно за детерминисање одговарајућих правних последица. С друге стране, такође може утицати и на поимање самих релација између појединих манифестација привидног стицаја.

---

<sup>48</sup> A. J. Sanz Morán, *Concursos de normas y de delitos en el Código Penal*, Universidad de Valladolid, Valladolid 2018, 32.

<sup>49</sup> F. Galván González, 322; 3. Стојановић (2009), 13. Посебно се наглашава да се концепт јединства радње у теорији стицаја не поклапа са поимањем концепта радње у својству једног од елемената општег појма кривичног дела.

<sup>50</sup> Вид. F. Galván González, 323. Аутор полази од примера немачког теоретичара Јакопса (*Jakobs*), који се односи на радњу бацања камена. Наиме, таква делатност није сама по себи предвиђена као законски тип, али може да се манифестује на различите начине у кривичноправном смислу, попут nanoшења повреде или пак штете.

<sup>51</sup> H. Welzel, 215. Осим тога, наглашава се да јединство радње никада не зависи од плуралитета проузрокованих резултата. Вид. и 3. Стојановић (2009), 14. Тако, Стојановић напомиње да су ретки случајеви остваривања обележја кривичног дела предузимањем само једног телесног покрета, при чему исто тако, остваривање обележја кривичног дела не мора увек бити условљено предузимањем телесних покрета.

Слично томе, у контексту јединства радње (дела), говори се и о смисленом повезивању аутономних аката у јединствену целину која конфигурише такво јединство. Вид. И. Ђокић, „О појму јединства радње (дела) у кривичном праву“, *Казнена реакција у Србији, VIII део* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018, 278 – 279.

<sup>52</sup> M. A. Arce Aggeo, 27.

<sup>53</sup> C. Roxin (2014), 944.

<sup>54</sup> J. Cuello Contreras (1979a), 57.

<sup>55</sup> Са аспекта домашаја привидног стицаја, од значаја је и тврдња да концепт радње има улогу само у домену дистинкције између идеалног и реалног стицаја, али не и у односу на друге случајеве јединства кривичног дела. Вид. C. A. Paredes Vargas, 52.

<sup>56</sup> C. Roxin (2014), 943. Ипак, проблематика релевантности утврђивања јединства радње за питање примене института привидног стицаја, наилази на камен спотицања у већ поменутој тврдњи да овај концепт има улогу једино у домену дистинкције између идеалног и реалног стицаја. Вид. *supra*, фн. 55.

Међутим, то питање до сада није на јединствен начин решено, што треба приписати првенствено тешкоћама њеног прецизирања у складу са законитостима теорије стицаја. Ипак, постоји сагласност да општи појам радње превазилази оквири самих формулација законских описа бића кривичних дела, те да стога није адекватан за материју стицаја, где се његова сврха тумачи као описивање инкриминисаних, законом забрањених понашања, која могу обухватати у себи и више инкриминисаних радњи.<sup>57</sup>

Општи појам кривичног дела, према владајућем схватању у нашој доктрини, подразумева ону радњу која испуњава услове предвиђености у закону, противправности и кривице.<sup>58</sup> Јасно је да се то не односи на појам радње – унитарне, онако како се он схвата у оквиру теорије стицаја. Наиме, аналитички садржај тако дефинисаног појма радње исцрпљује се у објективном и субјективном аспекту. У том смислу, говори се о тзв. *фактичком јединству понашања*, као синониму за радњу, схваћену као обичан телесни покрет, физиолошки акт који учинилац предузима, уз изостављање аспекта циља (објективни елемент), из чега проистиче да једна радња може проузроковати један резултат (последицу), или пак више њих. С друге стране, субјективни аспект, заснован на вољном елементу, подразумева јединство финалне одлуке, путем које учинилац усмерава понашање према жељеном циљу.<sup>59</sup> Осим тога, у шпанској доктрини, раздваја се значење појма *дела*, од људског *понашања*, тако да се под првом категоријом подразумева исход – одраз циљне активности, са одговарајућим функционалним етапама, док се под понашањем подразумева проузроковање (спровођење) циљне активности, што је у складу са финалистичким концептом радње.<sup>60</sup>

Финална теорија, управљена је ка дефинисању радње као циљне активности, што је према немачком аутору Велзелу (*Welzel*), засновано на чињеници да човек може да предвиди могуће последице њеног предузимања, те да таква активност, управљена ка остварењу одређеног циља, може да укључи такође и сва неопходна средства за постизање истог, односно повезане секундарне исходе.<sup>61</sup> Ипак, овој теорији се, између осталог, замера да не утврђује на одговарајући начин дистинкцију између онтолошког циља учиниоца, са једне, и циља постављеног законом, заснованог на нормативној оцени, са друге стране.<sup>62</sup>

Други значајан аспект у процесу конституисања појма јединствене радње, тиче се односа овог елемента са бројем проузрокованих последица. Наиме, постоји општа сагласност да једна радња може постојати и у случају наступања већег броја последица. Тако се у класичном примеру бацања бомбе, услед чега дође до смрти више особа, односно остваривања бића више кривичних дела исте или различите врсте, прихвата постојање јединства радње, односно квалификација идеалног стицаја.<sup>63</sup> Код овог облика стицаја, детерминишући фактор се састоји у чињеници да је предузета само једна радња, што је констатација независна од плуралитета остварених кривичних дела. Стога, може се рећи да квалификација стицаја као генеричког појма, није ограничена само на случајеве истовременог стицаја предузетих радњи, већ да постоји посебан квалитет оличен у његовом испољавању путем једне радње. Тај специфични квалитет, иако не мора обавезно утицати на правне последице наведеног института, има значај са аспекта његових фундаменталних поставки, због чега је битно у конкретном случају утврдити карактер радње у квантитативном смислу.

---

<sup>57</sup> *Ibid.*, 944. У складу са тим, концепт радње у општем смислу, могао би, поред инкриминисаних, обухватити и неинкриминисане облике понашања.

<sup>58</sup> З. Стојановић (2018), 89.

<sup>59</sup> М. А. Arce Aggeo, 27. Оно се може манифестовати у виду умишљаја или нехата.

<sup>60</sup> *Ibid.*, 31 – 32.

<sup>61</sup> Н. Welzel, 39 – 40.

<sup>62</sup> Е. Mezger, 92.

<sup>63</sup> Вид. Н. Welzel, 217; З. Стојановић (2018), 239; Ј. Ј. Hernández Sánchez, 53. У сваком случају, напомиње се да се јединство радње не може базирати на броју последица.



Стога, одређење унитарне радње се појављује као комплексан скуп различитих фактора, који се доводе у везу не само са бројем телесних покрета, већ и са појединим облицима *функционалног јединства*.

Једно од теоријских одређења кривичноправне радње, полази од њеног поимања као интерпретативне конструкције, која зависи од законског описа неког казненог типа, на основу чега се конституише као телеолошки неодредив ентитет. Наиме, њен индивидуални ентитет се према овом схватању конституише искључиво на основу концептуалних елемената типичности (законског описа бића кривичног дела), из чега произлази да изван таквог законског одређења, може постојати једино понашање као *factum brutum*.<sup>64</sup> Описана концепција је од великог значаја за одређивање јединства радње у материји привидног стицаја закона, будући да истиче њен нормативни аспект, који сматрамо једним од кључних елемената у склопу поменуте конструкције. На тај начин се стварају услови за формулисање једног релевантног, аутономног концепта, са сопственим квалитетом и значењем.

### 2.2.2.1. Фактори утврђивања јединства радње

Пре утврђивања фактора које сматрамо релевантним за констатацију јединства радње, важно је поменути неколико прелиминарних констатација значајних за решавање овог значајног питања као претпоставке квалификације привидног идеалног стицаја, односно његовог разграничења од манифестација аутентичног стицаја. На првом месту, мора се имати у виду да доктринарну мисао у овој области одликује изостанак прецизних детерминатора и критеријума, односно сагласности теоретичара при успостављању услова констатације таквог јединства.<sup>65</sup>

Поред тога, од значаја је напоменути да се јединство радње може заснивати на натуралистичком критеријуму (радња у природном смислу), или пак на правном концепту.<sup>66</sup> Наиме, у одређеним, најједноставнијим ситуацијама ће за његову констатацију бити довољна и само примена таквог натуралистичког критеријума. С друге стране, за теорију стицаја је карактеристичан и вредносни концепт јединства радње, што поред тако одређене природне радње, подразумева успостављање и конструкција попут типичног (у ужем и у ширем смислу) и правног јединства радње.<sup>67</sup> У оба случаја, углавном се не јављају веће тешкоће у квалификацији.

Као неки од почетних критеријума у детерминацији јединства радње, наводе се, између осталог, и натуралистички фактори временске, односно просторне повезаности и усклађености у предузимању телесних покрета.<sup>68</sup> Међутим, као што ћемо видети, показало се да у теорији привидног стицаја, поред њих, фигурирају, па чак и предњаче параметри нормативног и вредносног карактера, чијом синтезом долази до конструисања специфичног јединства на којем се темељи квалификација привидног стицаја, тачније, како његових облика утемељених на јединству, тако и на плуралитету радње у природном смислу.

---

<sup>64</sup> Вид. G. Bascur Retamal, „Consideraciones acerca de los criterios de unidad de acción en la reciente jurisprudencia penal de la Corte suprema (2011 – 2012)“, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 1/2016, 236 фн. 3. Ради се о схватању немачког аутора Киндхаузера (*Kindhauser*), према коме се израз *factum brutum*, односи на кажњиво дело, са аспекта конкретно реализоване инкриминације.

У том смислу, вид. и U. Kindhäuser, „Acerca del concepto jurídico penal de acción“, *Cuadernos de Derecho Penal* 7/2012, 11 – 41.

<sup>65</sup> И. Ђокић (2018), 279.

<sup>66</sup> J. Cuello Contreras (2009), 658.

<sup>67</sup> U. J. Jubert, „Unidad de hecho y concurso medial de delitos“, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 2/1992, Madrid, 615.

<sup>68</sup> Д. Трипало, М. Мрчела, 768.

Углавном, када се говори о јединству радње у теорији стицаја, треба имати у виду да тај правни појам обухвата како манифестације јединства у ужем (природном) смислу, тако и у ширем смислу. Међутим, у детерминисању домашаја јединства радње у ширем смислу, наилазимо и на неосновано проширење овако схваћеног концепта, што се не би могло прихватити. Тако, можемо се сложити са Лазиновим гледиштем да једно од схватања које у случајевима предузимања више радњи, проглашава њихово јединство по основу тога да су управљене ка реализацији истоветне одлуке, без обзира на временски и просторни раскол у њиховом извршењу, није адекватно за констатацију јединства радње и отежава дистинкцију релевантних стицајних категорија.<sup>69</sup>

Стога, неће увек бити довољно ослонити се на таква једноставна одређења, нарочито у случајевима плуралитета аката у природном смислу, који захтевају додатно прецизирање поступка квалификације јединства радње. Осим тога, домашај јединства радње са аспекта истовременог обухватања обележја више кривичних дела се може посматрати и у *квантитативном* смислу. Тако, у литератури се супротстављају случајеви *потпуног*, наспрам *делимичног* идентитета радње.<sup>70</sup> Овај фактор се заправо односи на околност да ли садржај предузете радње подразумева потпуно поклапање са начином њеног одређивања у законским описима бића кривичних дела између којих постоји привидни идеални стицај.

У погледу дефинисања фактора одређења јединства радње, углавном постоји сагласност о његовој утемељености на својеврсном правном вредновању, при чему се у теорији истиче и значај јединствене манифестације воље, а у одређеним случајевима захтева чак и укључивање материјалног резултата у њено конституисање.<sup>71</sup> Поред тога, таква оцена се често доводи у везу и са анализом сврхе прописивања одређене инкриминације, или пак самог законског описа бића кривичног дела, односно утврђивања штићеног правног добра<sup>72</sup>, што у великој мери проширује круг фактора констатације јединства радње и релативизује такав поступак.

И у домаћој доктрини се указује на различите параметре констатације споне између плуралитета појединачних аката, на основу којих се утврђује њихова међусобна повезаност, а самим тим и постојање јединства радње – управљеност ка истом резултату или истом циљу, односно социјална и криминално–политичка оцена такве повезаности.<sup>73</sup>

Међутим, поменути критеријуми су се показали као недовољни, на шта управо указују покушаји квалификације у складу са изнетим резоновањем<sup>74</sup>, што условљава потребу за њиховом додатном конкретизацијом.

---

<sup>69</sup> Ђ. Лазин, 25 – 26.

<sup>70</sup> Ф. Бачић (1995), 316.

<sup>71</sup> U. J. Lubert, 614 – 615. Указује се да ће манифестација воље увек представљати јединство радње, независно од броја постигнутих резултата. Као класичан пример се наводи случај учиниоца који бацањем бомбе убије десет особа, где постоји само једна манифестација воље, а самим тим и јединство дела. Међутим, уколико учинилац усмрти поменуте особе појединачно пуцајући на њих, постојаће онолико дела колико је таквих пуцњева било. Стога, укључивање материјалног резултата у концепт „дела“, подразумева приклањање ставу да одређени казнени тип не изражава само манифестацију воље, већ и типично јединство последице. Тако, у поменутом примеру лишења живота десет особа бацањем једне бомбе, сматра се да постоји онолико дела колико има последица.

Поред тога, јединство радње се доводи у везу са утврђивањем објективних граница у оквиру којих се сматра да постоји једна радња. То подразумева неколико нивоа поклапања – потпуно подударане, апсорпција једне радње путем друге, или пак њихово укрштање. Вид. R. Maurach, K. H. Gössel, H. Zipf (1978), 321.

<sup>72</sup> З. Стојановић (2009), 13.

<sup>73</sup> Ђ. Лазин, 26 – 27.

<sup>74</sup> U. J. Lubert, 615. У оба случаја, јавља се исти проблем, односно поставља се питање да ли заиста постоји знак једнакости између једне манифестације воље и једне радње. Ради разјашњења описане полемике, аутор наводи пример nanoшења повреда оштећеном од стране учиниоца путем више удараца, у вези чега се јавља дилема да ли сваки ударац сам за себе конституише особену повреду.

За разлику од ситуација када имамо само један телесни покрет, где је очигледно да се ради о једној радњи, постојање више одвојених вољних аката, у одређеним случајевима, отвара комплексно питање њиховог квалификовања. Наиме, такви вољни акти могу добити нови квалитет посредством интервенције законодавца, који их обједињује у јединствену радњу, правног карактера, или пак до поменутог исхода може довести одговарајуће тумачење законских одредби.<sup>75</sup> Ипак, теорија са правом није наклоњена чисто натуралистичким критеријумима детерминације јединства радње, односно свођењу тог концепта само на ситуације једног телесног покрета.<sup>76</sup>

Стога, као најадекватније одреднице ових фактора, могу се издвојити концепције које питање постојања једне или више радњи, доводе у везу са анализирањем циља учиниоца, његовог плана, али и одговарајућег казненог типа на који се односи<sup>77</sup>, уз наглашавање да су индивидуални акти обједињени у јединство са одређеним значењем и допуњени одговарајућим социјално–правним судом, заснованим на законском опису бића кривичног дела.<sup>78</sup> У том контексту, при одређењу појма јединства радње, полази се од истицања да се казнено релевантно понашање састоји од низа појединачних физичких радњи које конфигуришу одређене друштвене јединице значења, чиме се тежиште помера на правно–социјални контекст њиховог испољавања.<sup>79</sup> Тако, указује се да се концепти јединства и плуралитета радње на натуралистичком плану, разликују од њиховог поимања са нормативног аспекта<sup>80</sup>, што треба имати у виду приликом квалификације, која у овом случају захтева адекватно балансирање и успостављање равнотеже између различитих критеријума.

Могу се препознати два кључна фактора детерминације јединства радње – финалистички и нормативни. При томе, први је од особеног значаја за повезивање раздвојених физичких аката у јединствену целину, док други подразумева и уважавање самих законских описа бића кривичних дела за доношење коначне оцене о постојању јединства радње. Наиме, у оквиру јединственог каузалног процеса могуће је објединити

---

Као други пример, наводи се случај учиниоца који повреди другог и одузме му новчаник, где се поставља питање да ли је реч о стицају крађе и повреда (лаких), или пак о разбојништву. Исто тако, као релевантан теоријски проблем се наводи и ситуација када учинилац кривичног дела неовлашћеног коришћења туђег возила, заустави возњу на неколико сати, а затим поново стартује поменуто возило, у вези чега се јавља дилема да ли инкриминација неовлашћеног коришћења туђег возила треба да се примени само једном или пак више пута. Имајући у виду све наведене примере, сматра се да критеријуми утврђивања јединства радње морају бити додатно конкретизовани.

Међутим, са правом се указује да постоје бројни проблеми у конкретизацији начина утврђивања таквог јединства радње. Вид. L. De Liguori, 356.

<sup>75</sup> Вид. Ф. Бачић (1995), 310 – 311. Као пример за прву категорију, аутор наводи сложена кривична дела, код којих се оцена постојања једне радње заснива на самом законском опису. У другом случају, квалификација јединства радње, произлази из тумачења природе појединачних инкриминација (трајно кривично дело).

<sup>76</sup> З. Стојановић (2009), 13; A. Gianfelice, 19.

<sup>77</sup> F. M. Peña Castillo, 63; A. Gianfelice, 24 – 25. У италијанској литератури се као критеријум утврђивања јединства радње, утврђује управо управљеност понашања учиниоца ка остваривању јединственог циља.

<sup>78</sup> H. Welzel, 215 – 217. Полазећи од примера кривичног дела убиства, Велзел указује да појединачни акти, оличени у припреми ватреног оружја за паљбу, нишањење, као и повлачење обарача, чине органско јединство радње. Такође, са аспекта другог наведеног фактора, утврђује се социјални значај конкретизације циља, што је у вези са дилемом да ли се, на пример, у конкретном случају ради о обичном или тешком убиству. То се сликовито објашњава примером претходне крађе ватреног оружја, како би се починило убиство, које касније и буде извршено наведеним средством. Ово се, у складу са постављеним циљем учиниоца, третира као један ентитет, у функцији обједињавања појединачних аката. Међутим, укључивањем аспекта социјално–правног значаја релевантних правних концепата, долази се до закључка да крађа већ сама по себи представља јединство одређене невредности.

<sup>79</sup> J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 319. На тај начин се, поред јединства циља у предузимању одређене радње, указује и на примену додатних критеријума, попут њиховог нормативног значења. Вид. G. Fiandaca, E. Musco, 194; G. Lattanzi, E. Lupo, 289.

<sup>80</sup> C. F. Grosso, M. Pelissero, 555.

више индивидуалних аката, који сами по себи конституишу самостална кривична дела. С друге стране, могуће је да постоји и плуралитет законских типова услед плуралитета аката, а да истовремено буде искључена квалификација плуралитета кривичних дела.<sup>81</sup> Јасно је да то отвара пут примени специфичних конструкција, међу којима је и привидни стицај закона.

Мишљења смо да управо *нормативни фактор* обезбеђује квалификацију јединства у таквим случајевима. У прилог томе, говори и констатација да чак иако је циљни фактор који управља каузалним процесом исти, поједини партикуларни акти, посматрано изоловано, могу подразумевати реализацију различитих законских типова<sup>82</sup>, те се захтева и његово инкорпорисање у процени.

На наведена два фактора јединства, указује и немачки аутор Мецгер<sup>83</sup>, који истиче њихове следеће карактеристике: 1) *финалистички фактор* садржи волунтативни циљ, који омогућава да плуралитет индивидуалних аката чини део органског јединства радње, ако се налазе у смисленом јединству, детерминисаном вољом учиниоца. На примеру извршења кривичног дела убиства, то би према аутору могло да се испољи у припремању оружја, прикупљању информације, нишањењу и пуцању; 2) *нормативни фактор* подразумева социјално–правни суд, који се врши на основу самог закона, односно бића конкретних кривичних дела, чиме се утврђује социјално значење конкретизације циља – да ли је, на пример, реч о обичном или тешком убиству.<sup>84</sup>

Јасно је да овакве дефиниције јединства отварају пут адекватном утврђивању домаћаја и опсега института привидног идеалног стицаја, односно обезбеђују сврставање под његово окриље и појединих манифестација заснованих на плуралитету индивидуалних аката, односно плуралитету радњи схваћених у природном смислу, попут претходног и накнадног некажњивог дела, а самим тим и деловања правила принципа супсидијаритета и консумпције.

У домаћој теорији, приликом утврђивања јединства радње у смислу привидног идеалног стицаја, Лазин захтева како њихову финалистичку управљеност, тако и одговарајући временски распон у којем се могу предузети телесни покрети, тачније њихову истовременост, односно сукцесивно предузимање.<sup>85</sup>

Можемо се сложити да је одређење јединства радње, како у теорији стицаја, тако и привидног стицаја закона, условљено прожимањем финалистичких и нормативних фактора, који коначну оцену условљавају специфичним вредновањем предузетог понашања, на основу самих законских инкриминација чија примена долази у обзир, што подразумева приступ проблемског карактера, условљен специфичностима конкретног случаја и адекватним тумачењем различитих релевантних елемената.

Према томе, може се указати на основне карактеристике концепта јединства радње, релевантног за теорију привидног стицаја закона, односно предуслове његовог утврђивања. По нашем мишљењу, поред радње у натуралистичком смислу, тај услов задовољавају и *манифестације плуралитета аката које су управљене ка остварењу јединственог циља*,

---

<sup>81</sup> F. M. Peña Castillo, 63.

<sup>82</sup> A. R. Alberto Chacon, S. G. Cisco Barraza, F. S. Hernandez Rosales, 3. На пример, код кривичног дела убиства, реализација те инкриминације, може да обухвати серију појединачних аката – куповина пиштоља, убацивање муниције, могуће илегално поседовање оружја.

<sup>83</sup> E. Mezger, 215 – 216. Тако и A. Gianfelice, 20. Указује се да је нормативно–онтолошка концепција утемељена на идеји да се законодавац у процени јединства води одговарајућим принципима, који подразумевају обједињавајуће онтолошке елементе.

<sup>84</sup> E. Mezger, 215 – 216. Тако и F. Velásquez Velásquez, „El Delito Continuado en el Código Penal Peruano“, *Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal Peruano. Anuario de Derecho Penal* (ed. Hurtado Pozo, J.), Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú 2003, 2.

<sup>85</sup> Ђ. Лазин, 24 – 30. Аутор истиче да неће бити испуњен услов јединства радње, уколико су оне предузете у краћем или дужем временском интервалу.

укључујући и различите стадијуме његове реализације, без обзира што остварују претпоставке посебних инкриминација, када се из нормативне оцене тих појединачних концепата и социјалног контекста у којем се испољавају, може закључити да чине јединствену целину, уз претпоставку да није дошло до екстензивног временског дисконтинуитета који би прекинуо поменути финалистички услов. На тај начин, јединство радње се утврђује на темељу финалистичко–нормативних критеријума, односно понашања управљеног ка остваривању јединственог циља, чији су појединачни сегменти реализовани у временском континуитету и са аспекта нормативне оцене представљају кохерентну целину.

### 2.2.3. „Јединство радње“ или „јединство дела“?

У оквиру теорија (привидног) стицаја закона и стицаја кривичних дела, често се јављају термилошке дилеме у погледу адекватности употребе израза *јединство радње* или пак *јединство дела* за означавање кључних компонената оба института.<sup>86</sup> Ова дискрепанција се првенствено јавља у домену дистинкције између два облика аутентичног стицаја<sup>87</sup>, где се испољава у питању да ли се констатација плуралитета кривичних дела, односно његово негирање, базира на концепту „радње“, или пак „дела“, тачније да ли треба говорити о јединству радње или јединству дела.<sup>88</sup> Полазећи од опште дефиниције стицаја, Вуковић већ на самом почетку разматрања овог института, наглашава суштински значај диференцирања домашаја појмова „радње“ и кривичног „дела“, од којих први подразумева искуствену, а други правну категорију<sup>89</sup>, што представља полазну претпоставку адекватног разумевања правила привидног идеалног стицаја и његовог односа са сродним правним категоријама.

У светлу изнетог становишта да се не може ставити знак једнакости између поимања радње у општој теорији кривичног права, са једне, и у домену стицајне проблематике, са друге стране, отвара се питање домашаја термина „јединство радње“ и његовог значења, као и односа са другим релевантним концептом – „јединством дела“.

Међутим, није једноставно раздвојити ове категорије, нарочито имајући у виду да је у доктрини уобичајено да се констатација јединства радње или пак дела, доводи у везу управо са идеалним стицајем и његовим термилошким одређењем.<sup>90</sup>

Сходно томе, имајући у виду став да се појмом јединствене радње у теорији стицаја, под одређеним околностима, може обухватити више иначе независних радњи у природном смислу, те да се у вези са тим јављају и бројне термилошке дилеме<sup>91</sup>, потребно је указати на два значења конструкције јединства радње, која се могу означити као *уже* и *шире* схватање поменуте правне фигуре.

Пре свега, појмови јединства и плуралитета радње имају функцију означавања крајњег практичног резултата, због чега могу одударати од уобичајеног семантичког значења. То нарочито важи за категорију јединства радње, која се може испољити у више феноменолошких варијанти, што говори у прилог чињеници да појам радње у оквирима теорије стицаја, добија потпуно другачију димензију. Ово се директно одражава и на институт привидног стицаја закона, чије одређење и домашај примене, зависе управо од

<sup>86</sup> F. M. Peña Castillo, 63.

<sup>87</sup> J. Cuello Contreras (2009), 658.

<sup>88</sup> F. Galván González, 324. Ипак, док је ово питање несумњиво релевантно за категоризацију на идеални и реални стицај, истиче се да је оно без значаја у оквиру проблематике стицаја закона, која се методолошки разматра пре било каквог утврђивања јединства или плуралитета радње.

<sup>89</sup> И. Вуковић (2022), 333.

<sup>90</sup> C. Fontan Balestra, 446.

<sup>91</sup> C. Roxin (2014), 943. Роксин истиче да је потребно направити јасну диференцијацију између појма јединства радње у основном значењу и појма јединства дела, као термина којим се означавају случајеви идеалног стицаја у немачком законодавству.

адекватног разумевања ових релација, а значај дефинисања садржаја концепта јединства радње, огледа се и у фазном карактеру процеса интерпретације свеукупног понашања, где се та околност појављује као усмеравајућа компонента за даљу квалификацију.

*Јединство радње у ужем смислу*, везује се за следеће феноменолошке облике: 1) радња у природном смислу; 2) типично (законско) јединство радње; 3) природно јединство радње.<sup>92</sup> Поред типичног и природног јединства радње, наилазимо и на трећу категорију, оличену у конструкцији продуженог кривичног дела, која се мора одвојено разматрати, пре свега због дуалног кривичноправног третмана, имајући у виду да се поред модалитета својеврсног правног јединства, у позитивном законодавству, може подвргнути и третману идеалног стицаја, схваћеног као јединство дела. У сваком случају, све поменуте конструкције, у практичном смислу означавају квалификацију само једног кривичног дела.

Ситуацију додатно усложњава околност да се концепти „јединство радње“ и „јединство дела“, под одређеним околностима, користе и као синоними. Тачније, опсег примене једног и другог термина, може се схватити на различите начине, у зависности од тога ли се наглашава делатносни или последични аспект инкриминисаног понашања.

На првом месту, указује се да је термин „дело“, шири од појма „радња“, те да јединство дела (јединствено дело), може бити интегрисано од више радњи, чак и од комбинације радње и пропуштања.<sup>93</sup> О јединству дела се стога може говорити, на пример, у случају силовања, разбојништва, продуженог кривичног дела крађе. Ова варијанта, поседује материјални садржај утемељен на плуралитету појединачних радњи схваћених у природном смислу, из којих проистиче примена само једне законске инкриминације. Акцент је стога на целокупном исходу процеса квалификације, односно чињеници да свеукупно вредновање резултира својеврсним правним јединством, које се ставља у први план, потискујући околност постојања више појединачних компонената таквог понашања. Иако је, по нашем мишљењу, терминолошки исправније користити појам „јединство дела“ за означавање оваквих појавних манифестација, често се у литератури говори о облицима типичног (законског), или пак природног „јединства радње“<sup>94</sup>, у истом значењу, чиме се наглашава делатносни аспект, а квалификација једног кривичног дела, настоји оправдати чињеницом да је и овде заправо реч својеврсном јединству понашања.

Стога, под наведеним условима, термин „јединство радње“ (типично – законско или природно), може се користити и у значењу „јединства дела“, које проистиче из плуралитета појединачних аката, али у сваком случају, ради се о питању техничког карактера, будући да је практични резултат идентичан.

С друге стране, јединство дела, постоји и у случајевима када је предузимањем једне радње повређено више кривичноправних забрана, чија квалификација подразумева плуралитет кривичних дела. За разлику од претходног модалитета, заснованог на истицању последице, овде је нагласак на радњи, те се квалификација стицаја, врши у домену начина проузроковања реализације плуралитета инкриминација. У практичном смислу, ради се о изразу који се користи за означавање идеалног стицаја, по истој аналогiji да јединство радње увек проузрокује јединство дела, иако кривичноправне последице, могу бити различите, због плуралитета проузрокованих повреда. Овај термин је у директној вези и са

---

<sup>92</sup> *Ibid.*, 945.

<sup>93</sup> Н. Muñoz Norment (1986), 352 – 354. Као пример, наводи се разбојништво као сложено кривично дело, сачињено од две радње (отуђења и употребе силе или претње), где се може рећи да постоји једно дело, али плуралитет радњи. Исто се односи и на деликте који сами по себи подразумевају више појединачних аката (фалсификовање новца), или пак перманентна кривична дела.

<sup>94</sup> Вид. С. Roxin (2014), 946 – 956.

схватањима о правној природи идеалног стицаја, од којих му нека чак и негирају карактер праве стицајне фигуре<sup>95</sup>, или пак поистовећују са стицајем закона.<sup>96</sup>

Међутим, то питање више спада у проблематику правних последица, односно начина на који конкретно законодавство третира овај облик стицаја. Тако, системи диференцирајућих казни, раздвајају кривичноправни третман реалног, у односу на идеални стицај, означавајући овај други директно као јединство дела, са модификованим правилима утврђивања казне.<sup>97</sup> Поред тога, за означавање идеалног стицаја, често се користи и термин јединство радње у свом ширем значењу, што додатно компликује питање разграничења основних стицајних појмова. У вези те релације, значајна је констатација немачког аутора Роксина, који истиче да јединство дела (у значењу идеалног стицаја), увек подразумева јединство радње, док јединство радње мора проузроковати плуралитет повреда законских норми, да би се могло означити као јединство дела.<sup>98</sup>

У погледу одређења идеалног стицаја на бази јединства радње, једно од гледишта у теорији указује да је оно потпуно погрешно, будући да по правилу једној радњи увек одговара једно дело, критикујући поједина законодавства, која су се приликом одређења овог облика стицаја, позивала на концепт јединства радње, истичући с друге стране, предности употребе термина „јединство дела.“<sup>99</sup> То гледиште утемељено је управо на схватању односа између ова два појма, како у општој теорији кривичног права, тако и у материји стицаја.

Стога, у теорији стицаја се може говорити о два значења термина *јединства радње*, и то: 1) оно које одговара његовом ефективном значењу, манифестованом у конкретном броју предузетих радњи извршења, са аспекта теорије стицаја; 2) оно које се у апстрактном, пренесеном значењу користи за означавање појавних манифестација реализације плуралитета кривичних дела, заснованим на само једној радњи (идеални стицај).

Другим речима, може се диференцирати јединство радње, које не проузрокује повреду више од једне законске норме, и оно јединство радње, које је засновано на плуралитету реализованих законских инкриминација. У прву групу, поред простог јединства радње, које само по себи несумњиво подразумева квалификацију само једног кривичног дела, спадају и посебне конструкције засноване на својеврсном, условно речено, плуралитету појединачних аката, при чему исте, схваћене са аспекта теорија стицаја, заправо добијају квалитет јединства радње, праћен применом само једне инкриминације.

У сваком случају, проблематика разграничења јединства и плуралитета кривичних дела, а самим тим и дефинисање опсега примене института привидног идеалног стицаја, односно стицаја закона уопште, захтева детаљно разматрање свих теоријских и законских облика јединства, као и утврђивање њихових међусобних релација, односно тачака пресека и одступања.

---

<sup>95</sup> У вези поменутих схватања, вид. Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, 719; Н. Muñoz Norment (1986), 354; Е. Mezger, 343.

<sup>96</sup> Ова концепција, приписује се немачком теоретичару Листу. Вид. В. Ж. Тадић, 42.

<sup>97</sup> То је случај са кривичним законодавством Немачке. Вид. чл. 52 немачког Кривичног законика.

<sup>98</sup> С. Roxin, 944.

<sup>99</sup> Н. Muñoz Norment (1986), 355. Немачки законодавац је у ранијем периоду, односно пре 1975. године, дефинисао идеални стицај на бази концепта јединства радње, што је, по мишљењу аутора условило појаву компликованих теорија, управљених ка доказивању да једна радња може конституисати више деликата. Насупрот томе, сматра се да је термин „дело“, као шири појам, једини погодан за обухватање више радњи у смислу идеалног стицаја.

Вид. и А. Ortega Matesanz, „Unidad de acción y resultados homogéneos: ¿concurso real de delitos?“, *Actas del XIX Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, Univ. de León, 2018*, Universidad de León, Facultad de Derecho, 5 y 6. 7. 2018, 1 – 15.

У таквом концептуалном склопу, утврђивање домашаја појмова „дело“ и „радња“ у означавању кључних категорија, представља теоријски проблем, који није једноставно решити. Посебну забуну проузрокују већ поменути случајеви негације реалног стицаја, који се означавају терминима природно, типично, односно правно јединство радње, где баш као и код идеалног стицаја, долази до суштинског преклапања израза „радња“ и „дело“ у означавању унитарне квалификације, односно јединственог вредновања.

Пре свега, у њиховом разграничењу, полази се од два схватања о опсегу примене јединства дела: 1) јединство дела као јединство радње у природном смислу; 2) јединство дела као специфична конструкција која истовремено укључује и резултат предузете радње.<sup>100</sup>

Оправдање оваквог поистовећивања поменутих концепата, најадекватније описују два приступа заснована на њиховом одређењу на релацији „ужи – шири појам“. Тако, „дело“ се с једне стране дефинише као реални догађај из свакодневног живота, који се налази у саставу радње, схваћене као серије дела повезаних истим циљем и сврхом. С друге стране, указује се да је за разлику од радње која представља „субјективну снагу“ деликта, „дело“, конципирано како на бази те субјективне снаге, тако и оне објективне, засноване на последици. Полазећи од примера учиниоца који бацањем бомбе (једном радњом), проузрокује смрт два лица, аутор закључује да управо друга концепција омогућава да се дође до адекватне квалификације – два кривична дела убиства.<sup>101</sup> Јасно је да се на тај начин компензују евентуалне дилеме у домену констатације плуралитета кривичних дела у случајевима предузимања једне радње, односно разјашњава исход такве квалификације.

Поред релевантности израза „јединство дела“, за означавање особене концепције идеалног стицаја, на начин формулисан у немачком или шпанском законодавству (постојање једне радње и плуралитета кривичних дела), ова правна конструкција се може користити и за означавање других облика јединства, који могу бити засновани и на плуралитету индивидуалних аката, укључујући и привидни стицај закона. На тај начин, она се појављује као средство вредновања, у функцији обједињења особених ситуационих фактора предузетог понашања.

Сходно томе, сматра се да је термин „дело“ шири од „радње“, те да поред ње, подразумева и последицу, узрочну везу, као и дескриптивне типичне модалитете, што омогућава збирну кривичноправну оцену конкретног чињења.<sup>102</sup>

У складу са оваквом поимањем његовог домашаја, у литератури се указује да термин „јединство дела“ има предност у односу на израз „јединство радње“, будући да омогућава повезивање конструкције и са типичним јединством, односно разјашњење да у том случају један законски опис описује више радњи, односно да се о јединству дела може говорити чак и у случајевима плуралитета типичних аката.<sup>103</sup> Другим речима, овај израз се доводи у везу са сукцесијом догађаја, међусобно нераздвајивих, или пак раздвајивих, али повезаних у стриктном просторно–временском контексту, који се пројектују ка реализацији кривичних инкриминација и формално бивају обухваћени плуралитетом законских описа (идеални стицај и привидни стицај).<sup>104</sup>

Осим тога, ако пођемо од самих услова постојања јединства радње у теорији стицаја, утемељених како на финалистичким, тако и нормативним факторима, где у оквиру такве

<sup>100</sup> J. Cuello Contreras (2009), 659.

<sup>101</sup> C. Fontan Balestra, 446.

<sup>102</sup> H. Muñoz Norment (1986), 354. Аутор у прилог коришћењу појма „дела“ у материји стицаја, указује да једна радња може условити само једно кривично дело, те да је у отвореном сукобу са логиком да једна радња буде основ за квалификацију више деликата.

<sup>103</sup> F. M. Peña Castillo, 64.

<sup>104</sup> G. Bigli, G. Javier, 55.



конструкције може ући више индивидуалних аката, израз „јединство дела“ би могао адекватније да објасни природу описаног обједињења.

Управо из тог наведених разлога сматрамо да је и у случају привидног стицаја закона, односно привидног идеалног стицаја, прецизније говорити о *јединству дела*, будући да таква терминологија на погодан начин одражава унитарни склоп поменуте конструкције у односу на целокупни ситуациони амбијент.

На крају, у погледу односа између наведена два концепта, може се закључити да описана дистинкција није битна само за однос између идеалног и реалног стицаја, већ се њене поставке могу појавити као релевантне и за само одређење института привидног стицаја закона, односно привидног идеалног стицаја, у ком случају израз „дело“ може фигурирати као дескриптивно адекватнији термин за приказивање суштинског домашаја примене предметне конструкције. У том случају, треба имати у виду да њихово супротстављање не иде у правцу настојања да се наведеним терминима означе концепти различитог садржаја. Напротив, свакако се морају разумети као синоними, док се употреба термина „дело“ појављује као преферентна из функционалних разлога, првенствено ради наглашавања финалистичких и нормативних елемената као услова констатације јединства радње.

### 3. КАТЕГОРИЗАЦИЈА СТИЦАЈНИХ КОНЦЕПАТА

Након што смо одредили основне појмове теорије стицаја, преостаје да се утврди њихов однос са привидним стицајем закона, нарочито када је реч о облицима јединства радње. Полазећи од опште категоризације стицајних концепата, то подразумева његово позиционирање како у односу на просте манифестације јединства кривичног дела, тако и у односу на специфичне законске конструкције које по својој правној природи представљају изузетке од примене правила стицаја.<sup>105</sup> Када се говори о стицајним категоријама и њима опонентним облицима унитарне квалификације, ова два теоријска концепта се у теорији термилошки детерминишу као облици *реитерације* деликата, при чему се тим синтетичким појмом обухватају све релевантне манифестације око чијих домашаја иначе постоји спор у доктрини.<sup>106</sup> Изучавање поменутих категорија, због њихове међуусловљености и прожимања, фигурира као једна од кључних претпоставки адекватног разумевања поставки института привидног стицаја, односно утврђивања његовог опсега и критеријума диференцијације од сродних концепата.

У овом контексту, са аспекта претпоставке постојања јединственог, кохерентног нормативног система са међусобно условљеним и зависним правним концептима, теорија говори и о дистинкцији између случајева „конфликта“ и случајева стицаја, при чему прва категорија подразумева ултимативну борбу између две норме, а друга њихов симултани опстанак.<sup>107</sup>

У најопштијем смислу, ради прелиминарног представљања међуодноса између привидног стицаја закона са једне и других кључних стицајних концепата са друге стране, можемо поћи од следеће категоризације, засноване на фазном карактеру поступка квалификације: 1) стицај је искључен у случају реализације само једног законског описа бића кривичног дела, предузимањем плуралитета радњи; 2) уколико постоји више примењивих законских описа могућа је квалификација стицаја закона, али и неких других фигура, попут

<sup>105</sup> Љ. Лазаревић (2011), 280. То подразумева сложено, колективно и продужено кривично дело.

<sup>106</sup> Р. Тарја, 610 – 611. Као три кључне категорије, издвајају се – типично јединство у стриктном смислу, привидни стицај закона, типично јединство у ширем смислу, аутентични стицај (материјални и идеални).

<sup>107</sup> L. Miraut Martín, 249.

продуженог кривичног дела; 3) уколико прва два услова нису испуњена, постоји стицај кривичних дела (идеални и реални).<sup>108</sup>

Полазећи од ове концепције, јасно је у ком правцу се креће позиционирање привидног стицаја закона у односу на наведене правне фигуре, што одређује и начин утврђивања његовог домашаја. Стога, у привидни стицај закона (привидни идеални стицај), не убрајају се они случајеви који се могу одредити као неаутентични реални стицај. С друге стране, то указује да у склопу јединствене концепције стицаја закона, осим у формалистичком смислу, категоризација такве природе (привидни идеални – привидни реални стицај), није могућа јер се она врши на вишем, генеричком нивоу. Ово упућује на закључак да су привидни идеални (стицај закона) и привидни (неаутентични) реални стицај две паралелне фигуре, истог нивоа, у тако схваћеном систему категоризације.

У том смислу, могло би се говорити о једном ширем генеричком појму привидног стицаја који би обухватао привидни стицај закона (привидни идеални стицај у ширем смислу) и неаутентични реални стицај – који заправо представља облик јединства другачије правне природе. То подразумева да се разликује јединство по основу привидног стицаја закона, наспрам његових других манифестација, попут продуженог кривичног дела, или пак типичног јединства радње.

Поступак квалификације неког понашања, односно подвођења под одговарајуће законске норме, представља најсложенији процес у кривичном праву, који се заснива на познавању свих његових општих начела и института, њихових међусобних релација, као и појединачних законских инкриминација. У условима све већег проширења криминалне зоне, јавља се потреба за својеврсним корективним механизмима у ситуацијама када њихова симултана примена доводи до кршења основних принципа и излази ван оквира воље законодавца. Ради се о ограничењима примене института стицаја, у складу са посебним условима, чиме се креира особен систем заснован на две крајности, од којих једна подразумева квалификацију јединства, а друга плуралитета кривичних дела (стицај).

Међутим, адекватно балансирање између наведених концепата, као што ћемо видети, постиже се не само путем стриктних категоризација апсолутног карактера, већ и стављањем на располагање различитих могућности кривичноправног третмана сваког од њих, али и креирањем посебних правних конструкција. Задатак теорије кривичног права је управо да утврди услове и опсег примене релевантних института у овој области, пре свега у погледу тумачења њиховог односа са одговарајућим законским нормама.

Једна од најсвеобухватнијих класификација у доктрини заснива се на издвајању следећих модалитета остварења кривичних дела, који се могу сматрати феноменолошким облицима процеса квалификације: 1) просто јединство; 2) правно јединство дела; 3) стицај кривичних дела; 4) учествовање више особа у извршењу кривичног дела; 5) недовршено кривично дело; 6) привидни стицај закона; 7) комбинација изложених случајева.<sup>109</sup> За предмет нашег разматрања, од значаја су наведени облици јединства (простог и правног), стицаја кривичних дела и привидног стицаја закона.

Поред *простог јединства*, које обухвата најједноставније релације између радње и проузроковане последице, квалификацији једног кривичног дела, могу одговарати и други облици јединства. Неки од њих имају основ у законским правилима, док други представљају продукте доктрине, у функцији тумачења односа између појединачних законских норми. Могућност заснивања јединства кривичног дела, на плуралитету појединачних аката, указује

---

<sup>108</sup> F. Galván González, 326.

<sup>109</sup> Н. Muñoz Norment (1986), 335. Случајеви стицаја више особа које учествују у извршењу кривичног дела, решавају се по правилима теорије саучесништва, стицај довршеног и недовршеног кривичног дела – у складу са теоријом *iter criminis*, док остали случајеви, припадају теорији стицаја.

на сложеност описане проблематике, нарочито у домену утврђивања домашаја појма јединства радње, као и јединства дела, који се могу употребљавати у различитим значењима.

За разлику од основних облика стицаја – идеалног и реалног, као случајева плуралитета деликата, који су засновани на одговарајућим нормативним правилима, концепт привидног стицаја закона, осим у спорадичним случајевима<sup>110</sup>, представља продукт доктрине и има улогу корективног механизма у материји стицаја, односно функцију правила процеса интерпретације релација између законских норми. Будући да се ради о правној фигури са директним утицајем на постојање стицаја кривичних дела, претпоставке утврђивања њене правне природе, домашаја, као и феноменолошке димензије, условљене су претходним разумевањем оних правних категорија са којима може има тачке пресека у процесу квалификације. Без обзира да ли се пође од ужег појма привидног идеалног стицаја, или пак стицаја закона схваћеног у ширем смислу, његово разматрање је нераскидиво повезано како са институтима идеалног и реалног стицаја, тако и са њему сродним облицима јединства радње (дела).

Као што смо већ напоменули, констатација јединства дела, у стицајној терминологији, неће увек означавати и унитарну квалификацију, која нужно подразумева једно кривично дело, а односи се и на концепте попут привидног стицаја или продуженог кривичног дела. То се преваходно тиче појединих компаративноправних концепција идеалног стицаја као јединства дела које подразумева плуралитет квалификација. У таквој категоризацији, привидни стицај закона заузима средишње место, као правна конструкција која представља случај јединства кривичног дела, односно почива на почетном плуралитету примењивих инкриминација, чија се симултана примена искључује.

Свакако, од значаја за разумевање наведених облика јединства као и њиховог односа са облицима аутентичног стицаја, релевантан је и проблем правне природе, односно функције разграничења концепата јединства и плуралитета радње. Заправо, све тешкоће у утврђивању њиховог домашаја, произлазе у највећој мери из неадекватног поимања односа између наведених категорија. Ако пођемо од примера природног јединства радње, јасно је да се ради о концепту који се употребљава у циљу дистинкције јединства и плуралитета кривичних дела, а не идеалног и реалног стицаја. Слично је и са односом између привидног и аутентичног стицаја, где такође може доћи до својеврсних забуна у погледу примене дистинктивних конструкција које су релевантне искључиво за разликовање идеалног од реалног стицаја.

Исто тако, постоје одређени случајеви плуралитета радње у којима је искључена примена реалног стицаја, што не значи нужно и њихово подвођење под конструкцију (привидног) стицаја закона, будући да се могу манифестовати у виду особених категорија другачије правне природе (привидни/неправи реални стицај).

Стога је за разумевање института (привидног) стицаја закона, битно разрешити описане термиолошке дилеме које се односе на употребу термина јединства радње у функцији релација између јединства и плуралитета кривичних дела, наспрам њихове улоге у успостављању граница између идеалног и реалног стицаја.

Према томе, (привидни) стицај закона представља један од случајева јединства деликта, наспрам стицаја, који у тој дипартитној класификацији припада њиховом плуралитету и у себи садржи концепте јединства и плуралитета радње као критеријуме раздвајања два облика таквог аутентичног стицаја. Насупрот томе, у оквиру конструкције *јединства деликта*, имамо потпуно другачију класификацију, где на пример, случајеви природног или типичног јединства радње, стоје „раме уз раме“ са стицајем закона, односно не представљају његове посебне варијанте, већ заједно са њим, чине сегмент једне шире

---

<sup>110</sup> Шпанско законодавство регулише овај институт у чл. 8 важећег Кривичног законика.

категоризације, при чему неће бити од суштинског значаја да ли искључују идеални или пак реални стицај. Једино спорно питање би могло да се односи на то да ли стицај закона треба ограничити само на негације идеалног стицаја, што условљава да се за означавање негација реалног стицаја, користе друге конструкције – оне које смо одредили као облике неаутентичног реалног стицаја. Међутим, имајући у виду исход оба процеса, таква граница се скоро у потпуности губи у оквирима генеричког концепта привидног стицаја.

Тиме се уједно даје и одговор на питање шта се дешава са описаним резидуалним облицима негације плуралитета кривичних дела. Међутим, карактеристично је да се наведене манифестације подвргавају и специфичном третману идеалног стицаја, што је пак могуће само у појединим законодавствима, која идеални стицај регулишу на бази јединства дела. Ипак, ради се изузецима, који су у нашем законодавству непримењиви, што у практичном смислу, доводи до брисања граница између различитих концепата у оквиру јединствене конструкције привидног стицаја, иако је тачно да неки од поменутих случајева негације реалног стицаја почивају на другачијим законитостима у односу на привидни идеални стицај.

Такве правне фигуре (привидни реални стицај) се феноменолошки манифестују као природно, односно типично и правно јединство радње. Често се у том смислу говори о облицима привидног реалног стицаја, мада је подједнако адекватно и њихово означавање путем термина који наглашавају карактер јединства неког понашања. У нашој литератури се поменути случајеви јединства радње пак поистовећују са категоријом привидног реалног стицаја, баш као и специфичне конструкције претходних и накнадних некажњивих дела, иако постоји разлика у њиховој правној природи и утемељености.

Све случајеве где не постоји аутентични стицај, можемо поделити на две групе: 1) јединство радње (типично, природно јединство, продужено и колективно кривично дело); 2) (привидни) стицај закона, где поред привидног идеалног стицаја у ужем смислу, спадају и категорије претходног и накнадног некажњивог дела. Ова категоризација је од значаја превасходно за адекватно сагледавање домашаја примене правила привидног стицаја закона, што ће бити предмет разматрања у посебном поглављу, где највише дилема проузрокује управо дискрепанција у погледу поимања правне природе накнадних некажњивих дела као манифестације привидног стицаја закона или пак неаутентичног реалног стицаја.

Према томе, изучавању стицајних концепата претходи јасно разграничење облика плуралитета кривичних дела у односу на случајеве који излазе из његовог домена – поменути облици јединства радње и привидни стицај.

У француској литератури се стога говори о „стицају квалификација“ на које се примењује режим јединствене инкриминације и оних на које се примењује стицај таквих инкриминација.<sup>111</sup>

За разумевање односа између поменутих концепата, од значаја је још једна доктринарна констатација, која се тиче положаја правног јединства обухваћеног конструкцијом стицаја закона, у односу на продужено кривично дело и типично јединство радње, чија је заједничка особина да подразумевају реализацију плуралитета законских инкриминација или пак једног законског типа више пута, а огледа у наглашавању да се у случају последње две фигуре, ради о питању утврђивања граница између идеалног и реалног стицаја.<sup>112</sup>

Последња два облика јединства радње, која ће у наставку бити детаљно образложена, подразумевају квалификацију јединственог кривичног дела, али је, за разлику

<sup>111</sup> А. Dekeuwer, 512. У ову другу категорију, убрајају се идеални и реални стицај.

<sup>112</sup> J. C. Contreras (1979b), 466. То очигледно произлази из схватања ових категорија као облика идеалног стицаја.

од правних последица, спорно питање њихове правне природе и својство припадности конкретном облику стицајног концепта. Свакако, највише дилема се тиче концепције продуженог кривичног дела, али ништа мање недоследности не изазивају и облици сложеног, односно тзв. колективног кривичног дела. За предмет нашег рада је од посебног значаја тачка пресека ових правних фигура са институтом привидног стицаја.

Другу страну медаље представљају случајеви које смо означили као *јединство радње у ширем смислу*. Наиме, у доктрини се поменути термин користи као синоним за идеални стицај, односно остварење последица више кривичних дела предузимањем једне радње. У том смислу, поставља се питање односа са појмом „јединство дела“. Описана проблематика највише долази до изражаја у оним законодавствима која су се определила за различит третман реалног и идеалног стицаја, односно предвиђање посебног законског решења за остваривање обележја више кривичних дела путем једне радње извршења. Ситуацију додатно отежава чињеница да се у истом значењу, уместо појма јединства радње, у појединим законодавствима, као и у доктрини, користи термин „јединство дела“<sup>113</sup>, што је у директној вези и са правном природом идеалног стицаја.

Решење поменутих термилолошких дилема, везује се за констатацију немачког аутора Роксина, који указује да се у конкретном случају ради о релацијама између појма ужег и ширег значења, тако да се јединство дела одређује као плуралитет повређених норми, услед предузимања једне радње.<sup>114</sup> Из тога произлази да се ради о појму који увек и нужно обухвата истовремено јединство радње. Треба имати у виду да се због специфичног законског регулисања идеалног стицаја, у законодавствима попут немачког и шпанског, као синоним за означавање поменутог концепта, користи управо термин *јединство дела*, чиме се још више продубљује описана проблематика.

С друге стране, са становишта наше кривичноправне регулативе, термин јединство дела се не би могао употребити за означавање идеалног стицаја, будући да су његове правне последице, изједначене са онима које одговарају реалном стицају (плуралитету дела). Међутим, не би било никакве препреке да се користити као општи појам за означавање облика (привидног) стицаја закона, како оних заснованих на јединству, тако и оних који почивају на плуралитету радњи у природном смислу.

Најјаснија слика опсега и домашаја појма јединства радње у овом значењу, може се представити констатацијом у вези релације „једно кривично дело – више кривичних дела“, односно негативног одређења ове правне фигуре, као случаја, где упркос плуралитету повређених законских норми, ипак стоји само једно кривично дело, због сингуларног карактера радње.<sup>115</sup>

Према класификацији немачког аутора Мецгера, случајеви јединства радње, који одговарају квалификацији идеалног стицаја, манифестују се у два феноменолошка облика: 1) просто јединство радње; 2) обједињено јединство („ефекат загрљаја“). При томе, разматрајући прву варијанту, указује да иако у кривичном праву не постоји никакво јединство радње у природном смислу, које као такво представља истовремено и правно јединство, ипак се може говорити о испуњењу тог услова онда када је само један вољни акт основ такве радње, што имплицира дефинитивно искључење реалног стицаја.<sup>116</sup>

<sup>113</sup> То је случај са немачким и шпанским Кривичним закоником.

<sup>114</sup> С. Roxin (2014), 944. Према овом аутору, како би јединство радње представљало јединство дела, неопходно је да постоји плуралитет повређених правних норми.

<sup>115</sup> J. C. Contreras (1979b), 466.

<sup>116</sup> Вид. Е. Mezger, 333. Међутим, Мецгер, иако их сам не прихвата, указује на могуће изузетке од описаног правила, између осталог, и у случају одговорности саучесника, односно подстрекача за плуралитет дела, онда када је у складу са његовом вољом требало да буде реализовано више кривичних дела.

С друге стране, могућност да се плуралитет појединачних аката, којем недостаје правна независност, такође третира као један од видова јединства радње, а не као реални стицај, везује се за три групе случајева: 1) законско обједињење, путем прописивања посебних кривичних дела; 2) концептуална повезаност више различитих кривичних дела; 3) својеврсне релације континуитета у предузимању радњи.<sup>117</sup>

На основу изнетих карактеристика, може се закључити да су прва два облика део шире категорије означене као законско (типично) јединство радње, које подразумева да спајање плуралитета аката, проистиче из одговарајућих законских одредби.

За поступак квалификације, релевантно је уважавање неколико категорија на којима се темељи његов коначан исход, односно примена томе одговарајућих кривичноправних ефеката. Једна од најисцрпнијих категоризација у домаћој доктрини, указује на издвајање следећих правних концепата, чију компарацију сматрамо нужном претпоставком за адекватно позиционирање института привидног стицаја у теорији кривичног права: 1) манифестације унитарне квалификације – просто јединство (једна радња која има за исход остваривање елемената бића једног кривичног дела), привидни идеални и привидни реални стицај (правне конструкције јединства које произлазе из једне или више радњи), сложена кривична дела, кривична дела са индиферентним бројем проузроковања, трајна кривична дела; 2) манифестације плуралистичких квалификација (идеални и реални стицај).<sup>118</sup>

Дакле, осим природног јединства радње, као најједноставније форме на којима се заснива квалификација забрањеног понашања у складу са једном законском инкриминацијом, издвајају се и својеврсни облици правног (вештачког) јединства, у чијој се основи налази плуралитет појединачних аката. Најзначајнији практични резултат овако постављене концепције, огледа се у сужавању примене правила реалног стицаја, који захтева паралелно постојање више независних радњи, а самим тим и проширење опсега примене оних института заснованих на захтевима њиховог обједињеног разматрања.

Међутим, сам закључак да је у конкретном случају искључена могућност реалног стицаја, услед међусобне несамосталности предузетих радњи, која их обједињује у посебну правну конструкцију, не значи истовремено и решавање свих недоумица у поступку квалификације таквог понашања. Наиме, осим варијанте идеалног стицаја, долази у обзир и примена правила (привидног) стицаја закона, заснованог на плуралитету радњи. Ситуацију додатно отежава неусаглашеност схватања о правној природи описаних категорија у компаративном кривичном праву, што је условљено и начином регулисања казних последица за поједине облике стицаја.

Као посебан облик јединства радње, издвојићемо и случај јединства код продуженог кривичног дела, који се због своје специфичности не би могао сврстати ни у једну од наведених категорија.

---

<sup>117</sup> *Ibid.*, 335 – 340. На крају, у склопу релације континуитета, као повезујућег фактора, разматра се, на првом месту, предузимање серије радњи, које се увек испољавају кроз реализацију бића истог кривичног дела, при чему се међусобно налазе у одређеној интерној, односно екстерној вези, тако да губе сопствену независност, неопходну за квалификацију реалног стицаја. У том случају, јасно је да аутор заправо мисли на манифестације посебне конструкције продуженог кривичног дела, при чему се наводи пример учиниоца кривичног дела крађе, који не однесе сву отуђену робу одједном, него се по исту враћа више пута у току ноћи. Поред тога, сличан облик континуитета, само другачијег квалитативног испољавања, постоји, према Мецгеру, и код појединих врста деликата, попут трајних и моменталних кривичних дела.

<sup>118</sup> Ј. Ђ. Таховић (1956), 181.

### 3.1. Унитарне квалификације

Случајевима аутентичног стицаја кривичних дела, као одраза реализације више инкриминација у позитивном законодавству од стране истог учиниоца, супротстављају се манифестације утемељене на хипотези јединственог деликта, које се заснивају на унитарној вредносној оцени формалистичког плуралитета остварених кривичноправних забрана, у складу са особеним правилима.<sup>119</sup>

Код унитарних квалификација, говоримо првенствено о јединству типичне реализације, тачније квалификацији која одговара конструкцији једног кривичног дела. Важно је напоменути да није реч о питању јединства радње него о конструкцији која подразумева јединство деликта. Ипак, често се термином јединство радње настоје објаснити овакве конструкције, односно услови под којима једна или пак више радњи у природном смислу, конституишу унитарни деликт.

Управо у ову групу се сврстава институт привидног стицаја, мада се за разлику од њој припадајућих концепата, појављује као једна средишња категорија, због специфичности правних последица. Поред привидног стицаја, у светлу претходно изнете констатације о значењу појма јединства радње у ширем смислу, у доктрини се као облици таквог јединства наводе и категорије попут природног и правног јединства радње.<sup>120</sup> У том смислу, приликом разматрања њихове правне природе, указује се да је реч о конструкцијама утемељеним на јединственој правно–вредносној оцени, које остају изван опсега стицаја инкриминација.<sup>121</sup>

Наспрам ситуација када се једном радњом остварују бића више кривичних дела (идеални стицај), могуће је да више радњи у природном смислу добије нови природни или правни квалитет који за исход има квалификацију у виду једног кривичног дела. Разматрање ових категорија је блиско повезано са учењем о привидном стицају, имајући у виду својеврсне тачке пресека и заједничке дескриптивне елементе, које су поједине теоретичаре навеле на закључак о њиховом поистовећивању.<sup>122</sup> Међутим, суштинска разлика, састоји се у томе да је основ закључка о постојању једног кривичног дела другачији, тачније законитости које воде ка њему, почивају на опречним поставкама, што мења методологију једног и другог процеса.

У ову категорију спадају првенствено случајеви који се у доктрини означавају као „типично јединство радње“ и „природно јединство радње“.<sup>123</sup> Наиме, квалификација једног кривичног дела се заснива на околностима постојања правног или пак природног основа, тако да се за разлику од привидног стицаја, уопште не поставља питање поступка решавања апстрактног конфликта норми, имајући у виду да се формира нови, посебни квалитет

<sup>119</sup> R. Garraud, 266 – 268. Као класични примери, наводе се – продужено кривично дело, колективно кривично дело, односно хаbitуелни деликти, као и случајеви посебних отежавајућих околности који улазе у састав аутономних деликата.

Учење о наведеним појавним манифестацијама, оличеним у категоријама правног и природног јединства дела, представља неизоставно прелиминарно питање, које условљава адекватну примену стицајних правила. Вид. И. Вуковић (2022), 334.

<sup>120</sup> J. Wessels, W. Beulke, 319. Томе се додају још и случајеви сложених, односно трајних кривичних дела, као и појединих законских конструкција јединства, где између осталог спадају и итеративне реализације.

<sup>121</sup> J. L. González Cussac, „La aplicación de la pena en el Nuevo Código Penal de 1995“, *La reforma de la justicia penal: estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann* (eds. J. L. Gómez Coloner, J. L. González Cussac), Universitat Jaume I, 1997, 270 – 271. Поред привидног стицаја, у ову категорију се убрајају и случајеви вишеактних деликата, деликата из навике или пак продужених кривичних дела.

<sup>122</sup> Камен спотицања и домен разилажења теоретичара представљају превасходно манифестације претходних и накнадних некажњивих дела, које поједини теоретичари сматрају садржаним у оквиру привидног стицаја закона. Вид. *ibid.*, 270.

Иначе, ова проблематика се налази у средишту супротстављања унитарних и диференцирајућих теорија домашаја. Вид. поглавље Теорије домашаја привидног идеалног стицаја, *infra*, 198 – 205.

<sup>123</sup> Вид. С. Roxin (2014), 946 – 949; G. Bascur Retamal, 237 – 238.

јединства. Путем ових правних конструкција се случајеви који би иначе могли бити квалификовани као реални, или чак привидни стицај, третирају као аутономни сегменти поступка квалификације.

Овакво резонување одговара схватањима о постојању једног кривичног дела онда када се услед предузимања једне радње, оствари више промена у спољном свету, које су пак са кривичноправног аспекта ограничене на само једно проузроковање.<sup>124</sup> Осим тога, важно је напоменути да се по правилу, не ради о производима доктрине, нити су они резултат примене одређених логичких принципа, већ закључци о постојању јединства кривичног дела имају своју базу у законодавним одредбама.

Једна од претпоставки адекватног приступа у изучавању института привидног идеалног стицаја, јесте и утврђивање скупа правних концепата који се сматрају јединством кривичног дела. Ови облици се према владајућим гледиштима исцрпљују у одговарајућим комбинацијама међуодноса броја предузетих радњи и крајњих последица. Према категоризацијама у доктрини, јединство кривичног дела, фигурира како у случајевима јединства радње услед којег је проузрокована једна последица, тако и онда када стицај радњи у природном смислу конфигурише њихово јединство са кривичноправног аспекта, или се пак закључак о јединству проузроковања изводи из других детерминишућих фактора.<sup>125</sup> Поред привидног стицаја, који је предмет разматрања овог рада, типични облици јединства кривичних дела, укључују и кривична дела са ирелевантним бројем проузроковања, предузимање радње на већем броју предмета исте врсте (нпр. фалсификовање новца), остваривање више алтернативно постављених обележја бића кривичних дела, могућност остваривања радње извршења предузимањем више делатности, иако је само једна од њих довољна за његово конституисање, трајна кривична дела, кривична дела стања, плуралистички детерминисани предмети кривичног дела.<sup>126</sup> У свим овим случајевима, постоји особен облик јединства, који се разликује од оног карактеристичног за конституисање привидног стицаја, а самим тим излази из његовог опсега.

Слично томе, према једној од категоризација у доктрини, квалификација јединственог кривичног дела се доводи у везу са следећим манифестацијама: 1) јединствено кривично дело као последица предузимања једне радње; 2) проузроковање једне последице предузимањем више делатности које конфигуришу једну радњу у кривичноправном смислу

---

<sup>124</sup> Ј. Таховић (1961), 259.

<sup>125</sup> *Ibid.*, 265 – 267. Поменути фактори се односе на следеће случајеве: ирелевантност броја проузроковања (кривична дела увреде или употребе фалсификоване исправе), природа радње извршења која сама по себи обухвата више делатности (наношење тешке телесне повреде, кривично дело утаје), природа радње извршења која омогућава њено понављање на већем броју објеката (фалсификовање новца), кривична дела са мешовитим бићем. Вид. и Ф. Бачић *et al.*, 226; З. Стојановић (2021), 303 – 304.

Осим тога, указује се да је стицај искључен и у случају алтернативно прописаних последица. Вид. Т. Г. Черненко, „Квалификација реальной совокупности преступлений“, *Вестник Томского Государственного Университета* 357/2012, 147.

Такође, у италијанској литератури се као облици јединства радње, наводе – трајна кривична дела, понављање исте типичне радње у кратком временском периоду, реализација типичног понашања кроз мноштво радњи (убиство наношењем више убода). Тако G. Fiandaca, E. Musco, 194.

<sup>126</sup> Ј. Ђ. Таховић (1956), 195 – 196; З. Стојановић (2009), 12. У том смислу, указује се да је стицај искључен како код манифестација привидног стицаја, тако и у случају особених облика природног јединства.

Ове критеријуме примењује и судска пракса. Тако је у случају предузимања више радњи којима су остварена обележја кривичног дела кријумчарења, имајући у виду да је радња извршења одређена као преношење, суд закључио да постоји само једно кривично дело. Вид. Пресуда Апелационог суда у Београду, Посебног одељења Кж 1 По1 број 7/19 од 15.05.2019. године, *Билтен Вишег суда у Београду* 90/2019, Intermex, Београд, 2019. године.

Такође, указује се да је услов јединства кривичног дела испуњен и у случају остваривања више алтернативно прописаних радњи извршења. Вид. М. Марковић, „Преглед кривичних дела у вези са опојним дрогама са аспекта праксе домаћих судова“, *Билтен Апелационог суда у Крагујевцу* 2/2010, 32. Аутор у том смислу упућује на пресуду Врховног суда Србије Кж 208/08.



(манифестације природног јединства радње); 3) јединство последице у кривичноправном смислу; 4) особени облици јединства са аспекта кажњивости.<sup>127</sup>

Као основне варијанте унитарних квалификација, где се утврђује постојање само једног кривичног дела, поред привидног стицаја, на основу изнетих категоризација у доктрини, могу се издвојити – јединство радње у ужем смислу, природно, правно и типично јединство. Ове манифестације се опонирају случајевима плуралитета (стицаја) кривичних дела, оличеним у формама идеалног и реалног стицаја.

### 3.1.1. Јединство радње у природном смислу (просто јединство радње)

У категорију јединства радње у ужем смислу, сврстаћемо случајеве где истовремено постоји и јединство кривичног дела. На првом месту, јасан је исход квалификације, онда када је појединачним вољним актом проузрокована последица, оличена у законском опису бића једног конкретног кривичног дела. Овај облик се у литератури означава и као „радња у природном смислу“<sup>128</sup>, или пак просто кривично дело<sup>129</sup> и не доводи до већих проблема у пракси. Као пример би се могла навести ситуација наношења лаке телесне повреде другом, једним ударцем песницом. Случај овог облика радње, дефинише се и као предузимање једног телесног покрета, којим се проузрокује последица<sup>130</sup>, што је уједно и критеријум за њено диференцирање од манифестација нормативног јединства.<sup>131</sup> У том смислу, конфигурише се на једном натуралистичком критеријуму, а дефинише као ситуација када постоји једна једина манифестација воље учиниоца у форми телесног покрета, независно од броја проузрокованих последица.<sup>132</sup> Ово ће уједно бити и најједноставнији и најочигледнији случајеви у поступку квалификације.

Дакле, у питању је најједноставнији облик релације између радње и последице, својеврсни стандард, на основу којег се даље процењују релевантне модификације. Иако се у литератури за његово означавање користи термин „радња у природном смислу“, ипак би се, ради избегавања евентуалних забуна у односу на категорију означену као „природно јединство радње“, требало одредити за термин „*просто јединство радње*“.

То одговара и начину на који се појам радње дефинише у општој теорији кривичног права, односно као друштвено релевантно остваривање воље.<sup>133</sup> Тако одређена радња представља основ и норматив за даље груписање и дефинисање других облика јединства радње у правном смислу.

<sup>127</sup> Љ. Јовановић, 209 – 210; Б. Чејовић (2006), 246 – 247.

<sup>128</sup> С. Roxin (2014), 945. Вид. и И. Ђокић (2018), 122.

<sup>129</sup> Б. Микулчић, „Стицај код колективног кривичног дјела“, *Правни живот* 7/1956, 1. Тако, случајеви простог кривичног дела се супротстављају симултаном остваривању више кривичних дела предузимањем једне радње.

<sup>130</sup> J. J. Hernández Sánchez, 53. Тако, на пример, уколико учинилац одлучи да убије другог и то и учини, једним пуцњем из пиштоља, постојаће јединство радње у природном смислу. Вид. Ф. Бачић (1995), 310. Као пример, Бачић наводи случај учиниоца који једним ударцем штапа разбије туђу вазу. Тако и J. Таховић (1961), 256; Б. Чејовић (2006), 246.

Међутим, са правом се указује да чак ни манифестације радње у природном смислу, схваћене као јединствени акт којим се проузрокује последица, нису у потпуности недељиве у искуственом смислу, због чега се не може говорити о универзалном правилу постојања искључиво једног кривичног дела у овим случајевима. Вид. И. Вуковић (2022), 334.

<sup>131</sup> G. Bascur Retamal, 239.

<sup>132</sup> J. Cuello Contreras (2009), 658. Аутор као пример наводи случај терористе који је бацио бомбу на једну амбасаду, услед чега је дошло до смрти амбасадора, наношења тешких телесних повреда његовим пратиоцима и материјалне штете.

<sup>133</sup> З. Стојановић (2018), 97 – 98.

### 3.1.2. Јединство радње у функцији означавања плуралитета аката

У групу манифестација унитарне квалификације, спадају и специфичне правне конструкције, особене природе, као случајеви својеврсног јединства дела. Њихово одређење у доктрини се доводи у везу са постојањем плуралитета аката који могу да се подведу под један једини казни тип, а по својој правној природи не представља стицајни проблем, већ просто јединство деликта.<sup>134</sup>

Тако, поред јединства радње у природном смислу, где један телесни покрет води ка оцени постојања једне последице, унитарна квалификација везује се и за облике јединства радње у кривичноправном смислу, где такав исход проистиче из плуралитета појединачних аката, односно делатности којима се проузрокује таква последица.<sup>135</sup>

Ради се о одређивању радње као комплексног акта, односно склопа више одвојених вољних аката<sup>136</sup>, који пак конфигуришу особени облик јединства, на темељу чега се доноси закључак о постојању унитарног исхода квалификације. Међутим, управо неподударење између броја телесних покрета и претпостављених унитарних последица у вредносној кривичноправној оцени, поставља комплексан задатак у утврђивању предуслова за доношење таквих закључака.

Наспрам облика простог јединства радње, код ових конструкција постоји плуралитет појединачних аката у природном смислу, који се применом одговарајућих вредносних параметара трансформише у облик правног јединства. У њиховој категоризацији се издвајају следећи концепти: 1) типично јединство радње (засновано на формалном опису конкретног деликтог типа), 2) природно јединство радње (оцена невредности у конкретној ситуационој манифестацији неког казног типа), 3) јединство по основу континуитета.<sup>137</sup>

Употреба израза „јединство радње“ у описаним случајевима се користи у функцији разграничења јединства и плуралитета кривичних дела, што указује да су ове конструкције у оквиру систематике стицајних концепата, паралелне са привидним стицајем закона у оквиру ширег генеричког концепта.

Оно што је карактеристично за наведене правне форме, то је да представљају случајеве јединства дела, утемељене на негацији реалног стицаја, а поред поменутих генеричких термина, којима се наглашава карактер њихових правних ефеката, у литератури се означавају и као *привидни реални стицај*.<sup>138</sup> Таква правна природа нужно отвара питања њиховог односа и разграничења са манифестацијама привидног стицаја закона, односно привидног идеалног стицаја, нарочито у погледу конструкција претходног и накнадног некажњивог дела. Ипак, треба имати у виду да специфичност таквих релација, неће увек бити праћена и другачијим правним последицама, што у практичном смислу релативизује поменуте границе и има улогу само феноменолошког, односно формалистичког разграничења.

Остављајући по страни практичну релевантност њиховог диференцирања од привидног стицаја закона, једно од најкомплекснијих питања у овој области, тиче се управо правне природе таквих фигура, која се одређује на различите начине, у зависности од конкретног кривичноправног система, односно начина на који је законодавац поставио

<sup>134</sup> J. Cuello Contreras (2009), 664.

<sup>135</sup> J. Таховић (1961), 256. У том случају, долази до диференцирања стицаја у природном смислу и јединства проузроковања са гледишта кривичног права.

<sup>136</sup> Ф. Бачић (1995), 310 – 311.

<sup>137</sup> G. Bascur Retamal, 237 – 238. Међутим, ова класификација се модификује у делу који се односи на природно јединство радње и јединство по основу континуитета, који се сматрају типичним јединством у ширем смислу.

<sup>138</sup> Тако З. Стојановић (2018), 244 – 252; J. Б. Таховић (1956), 187 – 188.

решење проблема међусобног односа кључних концепата теорије стицаја. Наиме, њена специфичност се огледа у вишеструкој зависности и условљености, како позитивноправним одредбама, тако и владајућим доктринарним гледиштима, а у сваком случају, представља спону између учења о правом и привидном стицају, манифестујући се као један од фактора њихове диференцијације и домашаја. У том смислу, говори се како о облицима природног или типичног јединства радње<sup>139</sup>, тако и о категоријама привидног реалног, односно „обрнутог идеалног стицаја.“<sup>140</sup>

Док је у случајевима јединства радње, јасно да се не може говорити о реалном стицају, с друге стране, ни њихов плуралитет неће увек водити ка стицају кривичних дела, што се у литератури доводи у везу управо са овим облицима својеврсног неаутентичног реалног стицаја.<sup>141</sup> Кривичноправни третман наведених феноменолошких манифестација, може се кретати у два правца, али у сваком случају подразумева искључење примене правила реалног стицаја. Осим тога, као што смо већ напоменули, постоји и изванредан термиолошки варијетет, при чему се за означавање ових категорија у доктрини, користе различити термини, како они својствени његовим појединачним варијантама испољавања, тако и обједињени генерички појмови, сходно поимању правне природе овог института.

Према томе, поједине класификације, као основ јединства кривичног дела, односно унитарне квалификације, истичу, поред простог јединства радње, такође и облике означене као правно (типично), као и природно јединство радње, који у својој основи имају више појединачних аката.<sup>142</sup>

Описани облици плуралитета, могу имати дуални кривичноправни третман, односно третирају се као: 1) идеални стицај; 2) посебан облик привидног стицаја (идеалног или реалног); 3) посебан облик јединства кривичног дела.

У сваком случају практични резултат је идентичан, будући да јединство радње, иако засновано на плуралитету аката, искључује реални стицај. Остаје једино да се разјасни на који начин се то јединство манифестовало у конкретном случају, имајући у виду да оно одговара како квалификацији формалног (идеалног), тако и варијанти његовог привидног облика. Такође, специфично је гледиште по коме се ради о посебном облику стицаја закона, који се тада одређује као привидни реални стицај.<sup>143</sup> На крају, већина законодавстава најкарактеристичније облике манифестације ове правне фигуре, законски регулише, било путем општих одредби<sup>144</sup>, или адекватним формулисањем бића појединих кривичних дела.<sup>145</sup>

Утврђивање опсега примене ове правне фигуре, а самим тим и њеног кривичноправног третмана, дубоко залази како у питање диференцијације стицаја закона од облика плуралитета кривичних дела, пре свега идеалног стицаја, тако и у домен садржаја, односно домашаја теорије привидног идеалног стицаја, због чега је неопходно размотрити његове тачке пресека и однос са поменутиим концептима. Опречна становишта у

<sup>139</sup> С. Roxin (2014), 946 – 949.

<sup>140</sup> J. C. Contreras (1979b), 467.

<sup>141</sup> *Ibid.*, 467. За ову феноменолошку варијанту се тврди да заправо представља случај идеалног стицаја. Међутим, ту констатацију би требало узети са резервом, будући да је условљена специфичним третманом овог облика стицаја у односу реални, концепираном на систему најтеже предвиђене казне, који омогућава адекватно диференцирање од одмеравања казне код плуралитета радње.

<sup>142</sup> Вид. С. Roxin (2014), 945 – 956; Е. Mezger, 333 – 336; Н. Welzel, 215 – 217.

<sup>143</sup> Вид. З. Стојановић (2018), 243 – 252. Од овог гледишта, полази се и у нашој доктрини. Тако, Стојановић, под окриљем категорије привидног реалног стицаја, разматра случајеве сложеног, колективног и продуженог кривичног дела, али такође и тзв. претходна и накнадна некажњива дела.

<sup>144</sup> То се пре свега односи на продужено кривично дело које је у нашем Кривичном законнику регулисано чланом 61.

<sup>145</sup> Овде пре свега спадају класични случајеви сложеног кривичног дела, где законодавац спаја бића два кривична дела у једну целину, али се свакако односи и на формулисање инкриминација чији законски опис подразумева понављање радње извршења (тзв. колективна кривична дела).

компаративном кривичном праву у погледу релевантних димензија у којима се испољавају специфичности наведене правне категорије, уз то праћена и терминолошким недоследностима, додатно продубљују питање њеног позиционирања у односу на кључне институте стицајног карактера. Може се рећи да се ради о сегменту јединственог скупа вишедимензионалних правила, која прожимају како материју општег дела кривичног права, односно аспекте релација између правог и привидног стицаја, а самим тим и поставке теорије казне, тако и област посебног дела кривичног права, односно коришћење специфичне законодавне технике приликом прописивања бића кривичних дела. Начин сагледавања института са наведених тачака гледишта, условљава и комплексност феноменолошких варијанти испољавања, које су у директној вези са поимањем правне природе и домашаја (привидног) стицаја закона.

Стога, адекватно сагледавање кључних карактеристика разматраног феномена, значајних за поступак квалификације кривичних дела, захтева мултидимензионални приступ и везано је за релације стицаја закона, са једне стране, као и идеалног и реалног стицаја, са друге. Поред тога, посебно долази до изражаја и модел за који се определило конкретно законодавство у области кривичноправног третмана идеалног стицаја. Тачније, диференцирајући правац и примена система јединствене казне и за овај облик стицаја, отворило је пут ка могућности да се адекватно вредновање забрањеног понашања у случајевима плуралитета радње, које се због присуства посебних околности третира као јединство дела, изврши применом правила идеалног стицаја.<sup>146</sup> Јасно је да то не би било могуће у системима где су његове правне последице идентичне реалном стицају.

*Сходно томе, може се препознати неколико области у којима предметне категорије остварују извесни утицај: 1) теоријска схватања о домашају института стицаја закона; 2) кривичноправни третман идеалног стицаја; 3) границе концепта јединства радње; 4) специфичност законодавне техничке конкретног система кривичног права.*

Теорије домашаја (привидног) стицаја закона, манифестоване у унитарној и диференцирајућој варијанти, као један од кључних сегмената института који је предмет изучавања, детаљно су обрађене у посебном поглављу овог рада, а свој директан утицај на плану разматраног јединства кривичног дела, заснованог на плуралитету радњи, остварују кроз две варијанте разумевања његове правне природе. На првом месту, суштина унитарних теорија се огледа у проширењу материјалне садржине (привидног) стицаја закона, кроз сврставање под његово окриље, како оних облика јединства кривичног дела, који почивају на једној радњи, тако и оних где је учинилац предузео више појединачних аката, али је искључена примена реалног стицаја услед одређених повезујућих околности. Са те тачке гледишта, може се говорити о привидном идеалном или привидном реалном стицају као варијантама његовог испољавања, у зависности од основног стицајног критеријума диференцијације облика стицаја, који се у овом случају манифестује и у опонентној, привидној варијанти. Привидни реални стицај би према томе представљао облик јединства кривичног дела, које почива на плуралитету радњи извршења. Основаност таквог спајања, које води ка појединачној квалификацији, може се испољити у директном или посредном облику, у зависности од његове конкретне форме.

Тако, у домаћој литератури, у ову категорију се, с једне стране, убрајају сложено, колективно и продужено кривично дело, чије својство јединства дела, произлази директно из одредби општег, односно посебног дела кривичног права.<sup>147</sup>

С друге стране, облици привидног реалног стицаја, испољени кроз фигуре претходног и накнадног некажњивог дела немају поменути законски основ, па се повезујући

---

<sup>146</sup> Вид. *supra*, 133 фн. 43.

<sup>147</sup> Вид. *supra*, 154, фн. 138.

елементи траже у одређеним спољним факторима и предмет су различитог тумачења релација између законских норми. Њих такође одликује условљеност позитивноправним решењима приликом прописивања појединачних кривичних дела, тако да се правила примене могу одредити једино полазећи од индивидуалног плана. На терену логичких односа између одредби које се, условно речено, налазе у конфликту, приписује им се однос супсидијаритета (поједини облици претходних некажњивих дела), односно консумпције (претходна и накнадна некажњива дела).<sup>148</sup>

Проширење примене правила идеалног стицаја на описане случајеве, засновано је на посебном законодавном решењу, које омогућава да се раздвоји његов третман од плуралитета кривичних дела, заснованог на више радњи извршења, чиме се ово јединство, барем у практичним резултатима, приближава систему јединствене казне, односно третира као подврста идеалног стицаја – обрнути идеални стицај.<sup>149</sup>

У овом домену, основно питање које се поставља, јесте оправдање примене правила идеалног стицаја, односно на чему се заснива њихово поистовећивање. Одговор се проналази у специфичном поимању концепта јединства радње, као категорији која обухвата и варијанте типичног (законског), као и природног јединства. Треба имати на уму и карактеристике односа између појмова *јединство радње* и *јединство дела*, који се у одређеним ситуацијама третирају као синоними. Међутим, док је описани приступ у потпуности легитиман у законодавствима попут немачког и шпанског, наше законодавно решење не би могло да оправда овакво поистовећивање, имајући у виду начин на који је прописано одмеравање казне за оба облика стицаја.

Стога, преостаје да се квалификација јединственог кривичног дела, подведе под друга правила, што се најчешће материјализује путем института привидног стицаја, у варијанти која полази од плуралитета радњи. Ова категоризација је донекле релативована чињеницом да се највећи број случајева тог типа може подвести под неке од законских конструкција. Тако, теоријски прихваћени облици привидног реалног стицаја, попут сложеног и продуженог кривичног дела, углавном представљају законом регулисане правне фигуре, те је њихова примена, без обзира на сврставање у једну или другу категорију, заснована на јединству кривичног дела, у складу са прописаним условима.<sup>150</sup>

Ипак, специфичност ове конструкције, а уједно и најзначајније питање за расветљавање домашаја привидног стицаја, од којег даље зависе и остали параметри института, огледа се у њеном простирању на случајеве накнадног некажњивог дела. Релације између норми, манифестованих у виду односа главног кривичног дела са споредним, који се третира као његова надограђујућа компонента, заснивају се искључиво на доктринарним повезујућим факторима и правдају логичким везама консумпције или супсидијаритета<sup>151</sup>, независно од чињенице да су према свим формалним условима, остварена обележја бића више кривичних дела. Иако се олакшавајућа околност огледа у редукованом броју кривичних дела, чија комбинација захтева описану квалификацију, а који би се могли донекле и унапред одредити анализирајући конкретно законодавство, односно материју посебног дела кривичног права<sup>152</sup>, ипак је примена тих правила једно од најспорнијих

<sup>148</sup> Вид. С. Roxin (2014), 1006 – 1007 и 1013.

<sup>149</sup> J. C. Contreras (1979b), 467. Указује се да је реч о посебном случају идеалног стицаја.

<sup>150</sup> У литератури наилазимо и на схватања која случајеве сложеног кривичног дела, под одговарајућим условима, сматрају манифестацијама привидног идеалног стицаја. Вид. Ђ. Лазин, 117.

<sup>151</sup> Вид. М. Радовановић, 175.

<sup>152</sup> Чињеница је да се у доктрини случајеви накнадног некажњивог дела везују углавном за имовинска кривична дела, мада се у одређеним ситуацијама разматра њихова примена и на примерима кривичних дела са другим заштитним објектом. Тако, као једна од манифестација описаног односа, издвајају се кривична дела примања мита и злоупотребе службеног положаја, где се накнадно пропуштање предузимања радње за коју је примљено мито, сматра обухваћеним првом инкриминацијом. Вид. Љ. Лазаревић (2011), 286. Међутим, треба имати у виду да се оправдање овакве квалификације, може темељити на различитим начинима тумачења

питања материје привидног стицаја. Доказ за то је и чињеница да се целокупна проблематика тог института и све његове кључне поставке које су предмет разматрања овог рада, заснивају управо на дилеми да ли треба под та правила подвести и тако креиран облик јединства.<sup>153</sup>

Ту могућност негирају диференцирајуће теорије привидног стицаја, које га ограничавају искључиво на јединство радње. Међутим, треба имати у виду да та забрана у апсолутном смислу важи само за накнадна некажњива дела, али не и за неке друге варијанте које се традиционално сврставају у облике привидног реалног стицаја, попут сложеног и продуженог кривичног дела. То се заснива на особеном поимању јединства дела, које у ширем смислу, под одређеним условима може обухватити и варијанте типичног – законског (сложена кривична дела), или пак природног јединства (продужено кривично дело).<sup>154</sup> Услов јединства радње потребног за квалификацију привидног идеалног стицаја, по неким гледиштима у литератури, сматра се испуњеним и код сложеног кривичног дела, уколико су појединачне инкриминације реализоване у временском континуитету.<sup>155</sup>

Све ово указује на релативност граница између манифестација привидног стицаја заснованих на критеријуму броја предузетих радњи и иде у прилог његовом поимању у светлу унитарних теорија, тим пре што не постоје значајније разлике у правним последицама између привидног идеалног и тако схваћеног привидног реалног стицаја.

### *3.1.2.1. Услови постојања привидног реалног стицаја*

Реални стицај подразумева да је плуралитет кривичних дела заснован на предузимању више од једне радње извршења. Из тога произлази да ће јединство радње увек искључити примену правила овог облика, па чак и уколико је штетна последица наступила на више заштитних објеката.<sup>156</sup> Овај предуслов постојања реалног стицаја, нераскидиво је повезан са критеријумима диференцијације између концепата јединства и плуралитета радњи и обрнуто пропорционалан условима примене правила идеалног стицаја. Међутим, негирање плуралитета радњи, не води увек ка примени идеалног стицаја у условима реализације обележја бића више кривичних дела. Могуће је да квалификација јединства кривичног дела, има свој основ у институту (привидног) стицаја закона, који се са становишта теорије стицаја, може рашчланити на две појавне манифестације, у зависности од истог критеријума поделе класичних облика плуралитета кривичних дела.

Последица тога је да се проблеми са којима се сусрећемо у дефинисању тачака разилажења између случајева потврђивања једне или више радњи, преносе и на институт привидног стицаја, иако су његове практичне последице, по правилу идентичне, будући да је увек реч о вредновању само једног кривичног дела.

---

релација између норми, што може водити како ка консумпцији, тако и ка супсидијаритету. У сваком случају, практични резултат је идентичан и своди се на искључење стицаја.

<sup>153</sup> Између осталог, то условљава и одређење домаћаја примене института, што се директно одражава на кривичноправне последице у области одмеравања казне, али и на његове феноменолошке облике, начине одређења принципа решавања конфликта између норми, као и успостављање равнотеже између сукобљених начела кривичног права.

<sup>154</sup> Продужено кривично дело се чак може третирати и као облик типичног јединства у оним законодавствима која, попут нашег, садрже регулаторне одредбе о условима његовог постојања.

<sup>155</sup> Ђ. Лазин, 117. Лазин указује да квалификација сложеног кривичног дела може бити двоструког карактера, у зависности од критеријума временског прожимања предузетих радњи, а самим тим се манифестовати као: 1) привидни реални стицај – краћа временска дистанца између предузетих радњи, која пак не искључује међусобну повезаност; 2) привидни идеални стицај – радње предузете у континуитету, непосредно једна за другом.

<sup>156</sup> J. C. Contreras (1979b), 467. Као пример, наводи се случај кривичног дела принуде, извршеног над више особа, који подразумева примену правила идеалног стицаја, под условом да је предузета само једна радња извршења.

Дакле, први услов за постојање привидног реалног стицаја, манифестује се у својеврсном формалном плуралитету појединачних аката, који се обједињују путем правних конструкција законског (типичног), односно природног јединства, као и специфичним релацијама између главног и њему придруженог, несамосталног кривичног дела.

Други услов, који важи за привидни реални стицај у ужем смислу, тиче се постојања одговарајућег законског, тачније правног основа повезивања више појединачних радњи. Тако, материја посебног дела кривичног права, непосредно дозвољава примену конструкције сложеног кривичног дела, спајајући две независне инкриминације<sup>157</sup>, које на тај начин добијају посебан квалитет, оличен у потпуно новој кривичноправној забрани, са специфичном, комплексном радњом. Исти принцип, примењен је и код кривичних дела прописаних на начин да само одређење радње извршења подразумева њено виšekратно понављање, те би квалификација реалног стицаја означавала кршење принципа легалитета.<sup>158</sup>

Конструкција сложеног кривичног дела је специфична и из још једног разлога, будући да се може посматрати из два различита угла, односно са две различите тачке гледишта, од којих се ниједно не може оповргнути довољно убедљивим контрааргументима. Наиме, сама чињеница да је, на пример, законодавац, прописујући кривично дело разбојништва, спојио принуду и крађу, као две потпуно различите инкриминације, могло би се тумачити у прилог постојања једне јединствене, комплексне радње, а самим тим и привидног идеалног стицаја. С друге стране, не може се негирати чињеница да се у стварности ради о два независна акта, која иначе испуњавају претпоставке и једне и друге компоненте, без обзира на временски континуитет, чији је јединствени кривичноправни третман покривен правном конструкцијом привидног реалног стицаја, а обезбеђен посебном законском нормом.<sup>159</sup> Међутим, и у једном и у другом случају, практичне последице су исте, односно постојаће само једна квалификација.

Поред тога, законским нормама могу бити регулисани и случајеви где је спајање више појединачних аката, засновано на својеврсном природном јединству, условљеном како одређеним објективним факторима, попут временске и просторне повезаности, тако и онима субјективне природе, као што је јединствени умишљај, или пак њиховом комбинацијом. Класичан пример представља конструкција продуженог кривичног дела, одређена у материји општег дела кривичног права, као универзално правило чија примена зависи од испуњења предвиђених услова.

На крају, најспорнији феноменолошки облик, који се према неким гледиштима сврстава у облик привидног реалног стицаја, представља *накнадно некажњиво дело*. Код ове манифестације, испуњен је само први, формални услов, односно плуралитет радњи, код којег одређена кривичноправна начела и општи принцип праведности и тумачења релација између норми, не дозвољавају квалификацију реалног стицаја. Међутим, проблем представља изостанак законске подлоге за описано јединство, које се црпи искључиво из доктринарних правила и правда релацијама између норми, заснованим углавном на односу супсидијаритета, односно консумпције.

Коначно дефинисање свих неопходних услова за постојање привидног реалног стицаја, захтева његово посматрање кроз призму етапа процеса квалификације, у односу на реални стицај. Тако, истиче се да у условима плуралитета радњи извршења, примена аутентичног реалног стицаја, долази у обзир једино уколико се установи да је искључена

---

<sup>157</sup> Треба имати у виду да то чак не морају бити ни два независна кривична дела, већ је могуће и да једно од њих не буде уопште инкриминисано

<sup>158</sup> То су деликти бављења одређеном делатношћу, односно поједини облици доктринарне конструкције тзв. колективних кривичних дела.

<sup>159</sup> На једно мешовито гледиште, наилазимо код Лазина, који дозвољава могућност да се сложено кривично дело манифестује како у форми привидног идеалног, тако и у виду привидног реалног стицаја, у зависности од временског интервала у којем су се испољиле радње извршења. Вид. *supra*, 157 фн. 150.

могућност природног јединства радње, продуженог кривичног дела, односно привидног реалног стицаја заснованог на односу супсидијаритета (накнадно некажњиво дело).<sup>160</sup> Стога, може се закључити да се поменути феноменолошки облици појављују као претходна и нужна фаза у поступку примене правила о плуралитету кривичних дела. Тај процес је доста олакшан у условима изричитог законског предвиђања услова примене продуженог кривичног дела.

### 3.1.2.2. *Случајеви природног јединства радње (итеративно и сукцесивно)*

Посебан феноменолошки облик, релевантан за квалификацију јединственог кривичног дела, везује се за правну конструкцију природног јединства радње, којом се означавају различити појединачни акти, обједињени у јединство радње, због своје временско – просторне повезаности<sup>161</sup>, при чему се њихова констатација доводи у везу са логичком интерпретацијом самог законског описа неког кривичног дела.<sup>162</sup> У домаћој доктрини се одређење правне природе ових категорија везује и за констатацију специфичне кохезије појединачних аката учиниоца, која наводи на закључак о постојању јединственог кривичног дела, чиме се превазилазе стриктни законски оквири.<sup>163</sup>

Битно је нагласити да није реч о некаквом предетерминисаном облику радње, већ о исходу поступка вредновања (карактер унитарне квалификације). Наиме, овде се израз „природно“ користи у једном нормативном значењу, односно као вредновање укључених индивидуалних аката, што се супротставља радњи у природном смислу, која се односи на телесни покрет или његово одсуство.<sup>164</sup>

Пре свега, важно је разграничити ову теоријску конструкцију од случајева означених као јединство радње у природном смислу. Њихове тачке разликања, уочавају се управо у броју појединачних аката, који су предмет унитарне оцене. Наиме, код природног јединства радње, манифестује се серија радњи, односно пропуштања, између којих се успостављају релационе везе, путем одређених повезујућих фактора, углавном временске или просторне природе, што за резултат има правну оцену унитарне квалификације.<sup>165</sup> Јасно је да се у описаним ситуацијама може говорити о својеврсној негацији реалног стицаја, односно његовој неаутентичној варијанти.

Комплексност описаних релација, директно се одражава и на доктринарна термиолошка одређења, што захтева вишедимензионални приступ у утврђивању њихових правних последица и разматрање различитих компаративноправних регулаторних одредби.

<sup>160</sup> J. C. Contreras (1979b), 474.

<sup>161</sup> C. Roxin (2014), 945. Као типичан пример природног јединства радње, издваја се случај учиниоца који на истом месту отуђи више различитих предмета, што резултира само једним кривичним делом крађе.

Тако и А. Eicker, „Grundzüge strafrechtlicher Konkurrenzlehre“, *Ius.full, Forum für juristische Bildung* 4/2003, 150 – 151. Наиме, указује се да природно јединство радње постоји уколико се понашање учиниоца заснива на једнообразном чину воље у уском просторно–временском контексту. Аутор као пример наводи и крађу у продавници, извршену на тај начин што се истом приликом одузме више ствари.

<sup>162</sup> H. Welzel, 218.

<sup>163</sup> И. Вуковић (2022), 337. У том смислу, говори се о својеврсном природном, интуитивном вредновању понашања учиниоца, конфигурисаног на основи више различитих аката.

<sup>164</sup> G. Bascur Retamal, 239.

<sup>165</sup> J. J. Hernández Sánchez, 53. То се практично своди на вредносно јединство радње, тако да ће се о једном кривичном делу тешке телесне повреде, говорити у случају када је учинилац оштећеном нанео више удараца, који су резултирали таквом последицом. Исто тако, ако учинилац испали више метака у правцу жртве, а усмрти га тек један у низу, постојаће само једно кривично дело убиства.

Самим тим, у контексту својства унитарне квалификације, указује се на две основне функције природног јединства радње – успостављање дистинкције између реалног стицаја и случајева деликтног јединства и успостављање дистинкције између идеалног и реалног стицаја. Вид. R. García Albero, *Sobre la denominada unidad natural de acción, Anuario de derecho penal y ciencias penales* 2/1994, 213 – 214.



У сваком случају, може се рећи да овде, употреба термина природно јединство радње, има апстрактно значење, у смислу правне конструкције која се користи за означавање исхода поступка повезивања више индивидуалних радњи у једну целину, што упућује на закључак да је реч о изузетку од примене правила стицаја кривичних дела, односно хомогеног реалног стицаја.

Управо у том контексту би требало посматрати и однос поменутог концепта са привидним стицајем закона, који као конструкције истог ранга служе потврђивању унитарне квалификације.

Иначе, као адекватно оправдање приписивања учиниоцу само једне законске инкриминације, односно одбацивања стицаја између више покушаја и једног довршеног кривичног дела, наводи се чињеница да за квалификацију није битно колико је телесних покрета у природном смислу учинилац предузео, већ која је била његова крајња намера.<sup>166</sup>

Међутим, постоје одређена схватања која овом облику јединства негирају аутономни карактер, сматрајући га манифестацијом типичног јединства радње, схваћеног у ширем смислу. Ипак, Роксин сматра да је категоризација у једном или пак у другом правцу ирелевантна, имајући у виду да је практични резултат идентичан, при чему квалификацију природног јединства радње заснива на четири критеријума: 1) јединство воље; 2) плуралитет истоветних радњи; 3) временско–просторна релација индивидуалних аката; 4) припадност истој групи.<sup>167</sup>

Као облици природног јединства, наводе се: 1) *сукцесивна реализација* – прогресија аката мањег интензитета који на крају доводе до довршења најтежег истог деликта (нпр. сукцесија неуспелих покушаја); 2) *итеративна реализација* типова (понављање типичних радњи у оквиру једног контекста извршења који се може сматрати унитарним).<sup>168</sup> Тако, као феноменолошке манифестације природног јединства радње, наводе се случајеви повреда проузрокованих задавањем више удараца, када су појединачне радње у тој мери повезане да њихово раздвајање није могуће, будући да се налазе у директној релацији и конституишу јединство у складу са социјалним оквиром активности<sup>169</sup>, што одговара варијанти сукцесивне реализације.

Јединство радње које се крије иза сукцесивног извршења, подразумева постепеност у њеном предузимању. Тако, сегменти аката се уклапају у јединствени животни процес, производећи једну фактичку последицу, што најбоље осликава пример поступности у извршењу кривичног дела крађе, где учинилац пролази кроз фазу покушаја (покушај отварања врата), а затим исту изврши уласком кроз прозор.<sup>170</sup> Исто тако, као један од репрезентативних примера из судске праксе, где се сматра да постоји јединство радње по основу сукцесивно предузетих аката, може се навести случај прибављања лажног новца и његовог стављања у оптицај (кривично дело фалсификовања новца), имајући у виду да је за

---

<sup>166</sup> J. J. Hernández Sánchez, 53. На примеру више метака испалених ка оштећеном, истиче се да је учинилац, тиме што је у неколико наврата повукао обарач, реализовао више радњи у природном смислу, али ће ипак одговарати само за једно довршено дело, а не за стицај покушаја и довршеног кривичног дела.

<sup>167</sup> C. Roxin (2014), 949 – 950.

<sup>168</sup> G. Bascur Retamal, 239 – 240. Тако и И. Вуковић (2022), 338.

<sup>169</sup> Н. Welzel, 218; З. Стојановић (2021), 304. Све предузете радње се у том смислу сматрају појединачним етапама, управљеним ка истом циљу; Тако и J. Kaspar, 279. Сукцесивна реализација се доводи у везу са случајевима када се дело реализује више пута, на основу једнообразне вољне одлуке, у блиском просторном и временском контексту.

<sup>170</sup> G. Steinberg, A. Bergmann, „Über den Umgang mit den Konkurrenzen in der Strafrechtsklausur“, *Jura Heft* 12/2009, 907.

постојање кривичног дела ирелевантно да ли је радња извршења предузета једном или у више наврата.<sup>171</sup>

Случајеви итеративне реализације подразумевају да је до остваривања обележја кривичног дела дошло на тај начин што је учинилац у врло кратком временском размаку предузео више узастопних појединачних аката, при чему се као репрезентативан пример наводи извршење кривичног дела увреде, упућивањем више увредљивих израза<sup>172</sup>, или пак наношење телесне повреде задавањем пет удараца оштећеном.<sup>173</sup> Услови констатације овог облика јединства радње, своде се на концепт поновљених дела која се одвијају непосредним хронолошким редоследом, под окриљем истог субјективног основа.<sup>174</sup>

Као репрезентативни пример итеративних реализација, наводи се случај учиниоца који украде новац, накит, слике и друге драгоцености из једне просторије, као и поновљена злоупотреба претходно украдене картице.<sup>175</sup> Исто тако, сматра се да постоји јединство под окриљем итеративне реализације, у случају учиниоца који је оштећену држао затворену две недеље и том приликом јој задавао ударце, где се због преклапања два извршна акта (лишења слободе и наношења телесних повреда), узима да су испуњени услови јединства радње.<sup>176</sup> Такође, за квалификацију јединства кривичног дела, односно постојање само једног кривичног дела разбојништва, суд се одлучио и у случају окривљеног који је на истом месту, у исто време, у присуству седморо оштећених, из ватреног оружја које је носио са собом испалио најпре један метак упозорења, као претњу, тражећи од њих да му предају своје личне ствари, што су они и учинили.<sup>177</sup>

Из наведених примера, произлазе и услови констатације поменутих облика јединства, одређени као постојање унитарне воље којом су обухваћени појединачни акти, временско–просторна повезаност, али и објективна оцена постојања јединства са натуралистичке тачке гледишта, уз изузимање случајева непоклапања законских описа и повреде персоналних правних добара.<sup>178</sup>

### 3.1.2.3. Случајеви правног јединства радње

Као један од случајева плуралитета радњи, који за последицу има унитарну квалификацију, на темељу проглашеног јединства по основу одређених критеријума, издваја се конструкција продуженог кривичног дела. Дефинисање ове правне фигуре у доктрини је везано за облике њеног феноменолошког испољавања, а директно је условљено околношћу да ли у конкретном законодавству постоје одговарајуће регулаторне одредбе, које одређују

<sup>171</sup> Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Кж 1 1192/10 од 16.09.2010. године, *Билтен Апелационог суда у Новом Саду* 1/2010, Intermex, Нови Сад 2010. године, 134 – 135.

Другим речима, дело се квалификује према свеукупној последици, до које је довело етапно предузимање више радњи. Вид. И. Вуковић (2022), 338.

<sup>172</sup> З. Стојановић (2021), 304.; И. Ђокић (2018), 285; И. Вуковић (2022), 338. Поред овог типичног примера, као манифестације итеративне реализације, наводе се још и присвајање више ствари у јединственом временско – просторном контексту, као и задавање више удараца којима се проузрокују повреде. Вид. R. García Albero, 217.

<sup>173</sup> J. Kaspar, 279.

<sup>174</sup> G. Steinberg, A. Bergmann, 907. Тако, сматра се да уколико учинилац оштећеном зада више удараца, једном у пределу лица, а други пут у пределу тела, постоји само једна телесна повреда.

<sup>175</sup> J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 321.

<sup>176</sup> J. Kaspar, 279.

<sup>177</sup> Пресуда Врховног касационог суда Кзз 359/2018 од 22.03.2018. године, Правно схватање, *Билтен Врховног касационог суда* 2/2019, Intermex, Београд 2019, 20.

<sup>178</sup> J. Cuello Contreras (2009), 664; H. Welzel, 218. Указује се на просторну повезаност у којој се испољавају понављани акти, у складу са концепцијом савременог живота.

услове њене примене. Такве одредбе дефинишу однос кључних објективних и субјективних фактора, који се сматрају претпоставкама ове правне фигуре.

Најадекватније одређење института продуженог кривичног дела везује се за његово дефинисање као правне конструкције утемељене на хипотези да се више одвојених кривичних дела третира као једна инкриминација<sup>179</sup>, по основу констатације својеврсних повезујућих фактора<sup>180</sup>, при чему се приликом одређивања правне природе овог института, доктрина позива на утврђивање особеног облика изузетка од случајева хомогеног реалног стицаја.<sup>181</sup> Реч је о једној од правних категорија унитарних квалификација, односно особеног облика јединства, који у систематизацији (не)стицајних категорија, стоји паралелно са привидним (идеалним) стицајем закона, задржавајући пак аутономију у односу на њега. Наиме, не може се негирати правна блискост наведене две конструкције, тим пре што се према владајућим схватањима у домаћој доктрини, оне разматрају у оквиру јединственог концепта привидног стицаја, са идентичним правним последицама. Ако се томе дода чињеница да савремена теорија иде у правцу брисања стриктних граница између привидног идеалног и привидног реалног стицаја, јасно је због чега често долази чак и до поистовећивања наведене две правне фигуре. Међутим, ипак постоји суштинска материјална разлика у основу искључења стицаја у наведена два случаја, која се не може занемарити, нити поништити по основу истоветности крајњих пенолошких ефеката.

Осим тога, у литератури се указује на њихово диференцирање у домену претпостављене функције која им се приписује у оквиру кривичноправног система. Тако, док је функција привидног стицаја оличена у искључењу пенолошких ефеката хетерогеног стицаја, функција продуженог кривичног дела, делује у домену искључења пенолошких ефеката хомогеног стицаја, што представља почетни диференцијални фактор који се даље конкретизује на материјалном плану, у виду различитих основа проглашења јединства.<sup>182</sup>

Као основни градивни елементи ове конструкције, издвајају се истоветност активног и пасивног субјекта, плуралитет предузетих радњи, као и плуралитет формално реализованих инкриминација, који су повезани у оквиру унитарне квалификације једног кривичног дела и фигурирају у одговарајућем временском опсегу.<sup>183</sup> Овим детерминаторима продуженог кривичног дела, води се и судска пракса, која управо од њих полази приликом

---

<sup>179</sup> Љ. Лазаревић, Н. Срзентић, А. Стајић, 175; Љ. Јовановић, 216; И. Вуковић (2022), 354. Овакво поимање јединства, укључује и томе одговарајуће казнене ефекте, односно правне последице. Вид. Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 1609/2014 од 22.01.2015. године.

Исто тако, указује се да се правни значај ове конструкције огледа управо у искључењу квалификације стицаја кривичних дела. Вид. Н. Мрвић Петровић, 236.

Међутим, у доктрини се приликом одређења његове правне природе, указује и да ова правна фигура не представља изузетак од стицајних категорија, већ се односи на конструкцију јединственог деликта, који егзистира паралелно са њима. При томе се напомиње да се његова разлика од идеалног стицаја, састоји не у самој структури радње, већ у начину вредновања казних типова. Вид. R. P. Maya, „El Delito Continuo“, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica* 3/ 2011, 99.

<sup>180</sup> F. Maldonado Fuentes, „Delito continuado y concurso de delitos“, *Revista de Derecho* 2/2015, 200. Поменути фактори делују као основ повезивања зависних правних концепата.

У том смислу, указује се и да је реч о конструкцији коју суштински чине серијски реализована истоврсна кривична дела, вреднована на обједињени начин. Вид. И. Вуковић (2022), 354.

<sup>181</sup> J. L. González Cussac, 272.

<sup>182</sup> J. P. Mañalich, „La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la conmensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena“, *Política criminal* Vol. 10 20/2015, 500. Сходно томе, напомиње се да оправдање привидног стицаја проистиче из потпуног или делимичног преклапања деликтног значења норми у конфликту, чија би симултана примена довела до кршења начела *ne bis in idem*. С друге стране, искључење плуралитета санкција код продуженог кривичног дела, дугује се унификацији појединачних аката, по основу одређених повезујућих фактора.

<sup>183</sup> J. Таховић (1961), 268; Б. Чејовић (2006), 316; В. Јакулин, „Продужено кривично дело“, *Правни живот* 9/2009, 742.

успостављања линије разграничења од аутентичног (реалног) стицаја<sup>184</sup>, указујући на одређење ове правне фигуре као природног плуралитета са карактером правног јединства.<sup>185</sup> Неки од примера продуженог кривичног дела у судској пракси укључују случај учиниоца који је у више наврата повредио исти службени печат постављен од стране овлашћеног лица Електродистрибуције ради осигурања електричног бројила, чиме је остварио обележја кривичног дела скидања и повреде службеног печата и знака<sup>186</sup>, односно учиниоца који се бави неовлашћеном продајом опојне дроге, где само држање предмета кривичног дела ради продаје, испуњава услове за примену конструкције продуженог кривичног дела.<sup>187</sup>

Тако, у доктрини се примена овог концепта везује за идентитет различитих радњи, предузетих под околностима које дозвољавају да се постизање одређеног циља, спроведе путем једне или пак више активности, што је условљено околностима конкретног случаја.<sup>188</sup> Слично томе, одређује се као прототип правног јединства радње, који обухвата случајеве плуралитета радње у природном смислу, обједињених у јединствену правну радњу, уколико између њих постоји спона континуитета, оличена у параметрима попут временско–просторне повезаности, форми извршења, истоветности правног добра и умишљаја, што условљава формирање јединства на основу таквог продуженог континуитета и поред више манифестација воље.<sup>189</sup>

Као што се може уочити, доктринарне дефиниције се директно заснивају на начину поимања субјективних и објективних фактора, који уједно чине и конститутивне елементе продуженог кривичног дела. У сваком случају, јасно је да је реч о још једном изузетку од реалног стицаја, односно привидном реалном стицају, које се од његових других феноменолошких манифестација разликује по томе што је унитарна квалификација условљена факторима правног карактера.

Иначе, институт продуженог кривичног дела, настао је на почетку XVIII века, када је доминирао принцип кумулације казни, у циљу праведног утврђивања кривице, мада су му се истовремено приписивале и критике да са становишта материјалног кривичног права,

---

<sup>184</sup> Пресуда Врховног суда Србије Кж 541/54 од 23.04.1954. године, *Правни живот* 12/1954, 23 – 24. Врховни суд је у случају учиниоца (службеног лица) које је на штету истог лица, у кратком временском интервалу реализовао више фалсификовања службене исправе, искључио реални стицај на рачун једног продуженог кривичног дела фалсификовања, насупротив одлуци првостепеног суда, водећи се околностима истоветности оштећеног и кратког временског размака у предузимању радње извршења.

Вид. и Пресуда Врховног суда Србије Кж. I 2082/73, *Правни живот* 5/1974, 69 – 70. Суд је констатовао постојање продуженог кривичног дела у случају када је кривично дело пореске утаје извршено неколико година узастопно.

Такође, Суд је утврдио да у ситуацији када се за једног корисника права издржавања, исто не исплаћује за период од више месеци или година, постоји продужено кривично дело недавања издржавања. Вид. Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Кж1 1941/11 од 05.09.2011. године.

У том смислу, указује се и на дистинкцију између продуженог и трајног кривичног дела, оличену у томе да у случају продуженог кривичног дела, постоји понављање радње извршења према истом лицу у различитим временским интервалима, док недавање издржавања у континуираном временском трајању, конфигурише трајно кривично дело. Вид. *Билтен Апелационог суда у Новом Саду* 7/2016, 174. Ради се о закључку са заједничке седнице представника кривичних одељења апелационих судова Р. Србије и Врховног касационог суда, одржане дана 02.10.2015. године, у Нишу.

<sup>185</sup> Издвојено мишљење, Уставни суд Уж 6463/2016 од 22.11.2018. године. У том смислу, начин поимања продуженог кривичног дела, сматра се значајним због његовог кривичноправног положаја.

<sup>186</sup> Пресуда Апелационог суда у Београду Кж 1 бр. 5977/10 од 09.11.2010. године, *Билтен Апелационог суда у Београду* 2/2011, 100 – 101.

<sup>187</sup> Решење Апелационог суда у Новом Саду Кж1 број 2672/10 од 11.05.2010. године.

<sup>188</sup> Е. Mezger, 339. Као пример, овај аутор наводи случај крађе, извршене коришћењем исте прилике, током неколико дана, или пак на штету истог власника.

<sup>189</sup> J. Cuello Contreras (2009), 658. На сличне критеријуме, указује се у судској пракси, где се управо услов временског континуитета доводи у везу са констатацијом продуженог кривичног дела. Вид. Пресуда Врховног суда НРС Кж бр. 1232/52 од 11.07.1952. године, *Правни живот* 4/1953.

неоправдано фаворизује учиниоца.<sup>190</sup> По пореклу, представља конструкцију јуриспруденције, насталу ради избегавања описаних ефеката реалног стицаја, мада је временом пронашао своје место у већини савремених законодавстава<sup>191</sup>, чиме се устолочио као правна фигура особеног садржаја, која конституише посебан случај јединства кривичног дела. На тај начин је његова криминално–политичка утемељеност добила одговарајућу легислативну потврду, праћену дефинисањем услова примене, у складу са објективним и субјективним факторима. Стога, за разлику од манифестација природног и типичног јединства, обједињење више појединачних простих радњи у једну целину, која условљава унитарну квалификацију, има карактер правног јединства.

То је и разлог зашто се у теорији продуженом кривичном делу придаје својство законске конструкције *sui generis*, која своје оправдање налази у доктрини и у судској пракси.<sup>192</sup>

### Услови постојања

Предуслови квалификације продуженог кривичног дела, у литератури се најчешће деле на објективне и субјективне.<sup>193</sup> Међутим, за разлику од ове генералне класификације, у односу на коју постоји општа сагласност у доктрини, проблематика наведене правне фигуре, заправо почива на одговарајућим релацијама између тако дефинисаних критеријума, односно међусобног паралелног постојања и довољности само неких од њих за квалификацију продуженог кривичног дела.

У складу са позицијом поменутог института у систему кривичног права, која се креће између законодавног регулисања, са једне и придавања карактера чистог продукта доктрине, са друге стране, дефинишу се, поред правне природе, такође и претпоставке његове примене у конкретном случају. Стога, законско регулисање ове правне фигуре у позитивном и компаративном кривичном праву, предвиђа и опште услове који морају бити испуњени, уз извесне варијетете у погледу давања предности њиховим објективним или субјективним манифестацијама, односно комбинације истих. Они заправо представљају конкретизацију теоријски предвиђених услова, прилагођених поставкама конкретног кривичног законодавства.

Када је реч о тим елементима поменутог правног концепта, који представљају и услове његовог постојања, могу постојати извесна одступања управо у зависности од тога да ли је регулисан на темељу јуриспруденцијалне и доктринарне, или пак законске конструкције. У најопштијем смислу, као заједнички елементи већине доктринарних одређења, издвајају се: 1) плуралитет радњи у природном смислу; 2) временско–просторни континуитет; 3) исти модалитет извршења (базични или квалификовани тип), 4) истоветност правне природе индивидуалних аката; 5) континуитет индивидуалних аката; 6) истоветност

---

<sup>190</sup> Е. Mezger, 339. У судској пракси се чак постављало питање могућности уважавања као отежавајуће околности чињенице да је дошло до предузимања две радње у саставу продуженог кривичног дела, што је у светлу концепције о јединству кривичног дела, суд одбацио. Вид. Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 5438/10 од 05.10.2010. године, *Билтен Апелационог суда у Београду*, 2/2011, 93.

<sup>191</sup> J. Cuello Contreras (2009), 667. Изузетак је Немачка, у чијем кривичном законодавству су ове одредбе изостале.

<sup>192</sup> М. Б. Ракић, 50; Љ. Лазаревић (2000), 175.

<sup>193</sup> Вид. Е. Mezger, 340. Овој класификацији се додаје и трећа категорија, оличена у објективно–субјективној теорији, као комбинацији фактора објективне и субјективне природе. Вид. Љ. Лазаревић (2000), 173 – 174. Такође, указује се да је ова правна конструкција директан производ судске праксе, где је нашла своју примарну примену. Вид. Б. Чејовић (2006), 254.

правног добра; 7) обухватање садржаја невредности; 8) искоришћавање исте околности или истог трајног стања; 9) продужени умишљај или глобални умишљај.<sup>194</sup>

Слично томе, класификација објективних елемената се доводи у везу и са факторима градационе повреде или довођења у опасност истог правног добра, као и временског континуитета истоветних радњи, односно повреда истог законског описа бића кривичног дела.<sup>195</sup> Томе се може додати и један генерализовани услов који заправо представља путоказ у поступку квалификације, а односи се на констатацију да појединачна понашања са аспекта извршеног дела и учиниоца представљају једну целину.<sup>196</sup>

Управо из овако дефинисаних предуслова постојања продуженог кривичног дела, произлази његова сличност са институтом привидног идеалног стицаја, нарочито у домену оцене довољности једне инкриминације да вреднује садржај учињеног понашања.

С друге стране, док у односу на објективне елементе углавном постоји сагласност у погледу њиховог садржаја, субјективни фактор је манифестован у диференцирању две врсте умишљаја – глобалног и континуираног (продуженог). Полазећи од тога, поједина одређења правне фигуре продуженог кривичног дела, заснивају се на истицању две варијанте ове конструкције, од којих једна захтева управо тотални умишљај, заједно са условом обухватања садржаја невредности путем индивидуалних аката исте правне природе.<sup>197</sup> У том смислу, могу настати дилеме у погледу разграничења наведене две врсте умишљаја и начина на који се тумачи његово протезање на свеукупан исход предузетог понашања.

Ове две врсте умишљаја се разликују по опсегу обухватности појединачних аката у саставу продуженог кривичног дела, односно тренутку формирања. Тако, конкретизовани (глобални) умишљај подразумева да је учинилац на самом почетку имао у виду догађај у тоталитету, односно сваку од појединачних радњи у оквиру конструкције. Насупрот томе, продужени умишљај не захтева такву обухватност од самог почетка, при чему се сматра да је довољно да се свака каснија одлука надовезује на претходну – нови накнадни умишљај појављује се као наставак претходног.<sup>198</sup>

Суштина „тоталног“ умишљаја, која се огледа у захтеву да учинилац на самом почетку обухвати све аспекте кажњивих понашања, уз негирање могућности постојања једне опште (генералне) одлуке да се изврши више таквих дела, предмет је и критике, засноване на истицању апсурдности привилеговања учиниоца са таквом врстом интензивне деликтне воље.<sup>199</sup> То је и један од разлога зашто се у доктрини одустало од овако уско постављеног захтева.<sup>200</sup>

<sup>194</sup> J. Cuello Contreras (2009), 671 – 672; H. Welzel, 218 – 222. Квалификација продуженог кривичног дела у судској пракси, заснива се управо на наведеним условима. Вид. Пресуда Апелационог суда у Београду Кж 1 5438/10 од 05.10.2010. године. Такође, вид. и Пресуда Врховног суда НР Србије Кж 127/53 од 03.04.1953. године, *Правни живот* 10 – 11/1953, 48 – 50.

<sup>195</sup> Вид. E. Mezger, 340. У погледу разјашњења последњег услова, указује се да је одлучујуће и најдискутабилније питање да ли се иста кривичноправна забрана заснива на различитим казним одредбама, на начин да се могу прихватити као релевантне и олакшавајуће и отежавајуће околности, тачније однос између основног облика неког кривичног дела и његових квалификованих, односно привилегованих варијанти.

<sup>196</sup> Љ. Лазаревић (2011), 292.

<sup>197</sup> H. Welzel, 219 – 220.

<sup>198</sup> J. Cuello Contreras (2009), 672 – 673; Љ. Лазаревић, Н. Срзентић, А. Стајић, 175; В. Јакулин, 743; И. Вуковић (2022), 358.

<sup>199</sup> Вид. E. Mezger, 341 – 342. Међутим, ипак се проналази средишње решење, засновано на његовој функцији корективног механизма, односно ограничења објективних принципа, уз истовремено другачије разумевање опсега примене овог услова, који не захтева ригорозно протезање умишљаја на све појединачне аспекте предузетог понашања.

<sup>200</sup> В. Јакулин, 743. Ипак, у појединим законодавним решењима, попут нашег, јединствени умишљај фигурира као нужна претпоставка конфигурације продуженог кривичног дела, уколико тачно одређени новчани

Постоје одређене дефиниције у доктрини, које у први план стављају управо услов глобалног или продуженог умишљаја, односно продужено кривично дело конституишу на субјективној основи. Тако, истиче се да продужено кривично дело представља јединство радње које се састоји у сукцесивној конкретизацији једног тоталног (глобалног) умишљаја или кажњиво јединство понашања које се заснива на вишеструком искоришћавању исте прилике или исте трајне ситуације.<sup>201</sup> Међутим, углавном се адекватна равнотежа постиже одговарајућом комбинацијом интензитета објективних и субјективних елемената, иако се судска пракса сусретала са бројним дилемма у тумачењу тако постављених критеријума, нарочито у условима изостанка стриктних регулаторних одредби, односно пре његовог изричитог законског регулисања.<sup>202</sup>

У нашој доктрини се продужено кривично дело сврстава у облик привидног реалног стицаја, а одређује у складу са законодавним решењем, које прописује објективно–субјективне критеријуме његовог конституисања.<sup>203</sup> Према одредбама чл. 61 Кривичног законика Р. Србије, следећи елементи чине садржај наведене правне конструкције: 1) постојање више истих или истоврсних кривичних дела; 2) исти учинилац; 3) временска повезаност између поменутих кривичних дела; 4) испуњеност две од пет специфичних околности – истоветност оштећеног, истоврсност предмета дела, коришћење исте ситуације или истог трајног односа, јединство места или простора извршења, јединствени умишљај.

Као што се може закључити, основ правног јединства чине одређени општи, обавезни услови, објективног карактера, уз које се захтева и одређени квантитет специфичних околности, формулисаних на бази фактора субјективне и објективне природе, изједначених по свом значају. То подразумева да захтев јединственог умишљаја није нужен за конституисање продуженог кривичног дела, али може допринети њеном успостављању.

На нешто другачије одређење, наилазимо у шпанском законодавству, где се предвиђа да ће се, у случају када приликом спровођења замишљеног плана, или користећи идентичну прилику, учинилац реализује плуралитет радњи или пропуштања које наносе штету једном или више субјеката и повређују истоветну законску одредбу или одредбе (исте или сличне природе), исти казнити за једно продужено дело и то казном предвиђеном за најтежу инкриминацију, која ће се изрећи у горњој половини, уз ограничење да не може прећи доњу половину по степену теже казне.<sup>204</sup> Као што се може закључити на основу компаративне анализе, продужено кривично дело као облик специфичног јединства, може бити утемељено на различитим варијабилним факторима детерминације, односно конципирано на специфичним пенолошким ефектима.

---

износ представља обележје бића кривичног дела, што се превасходно односи на имовинске деликте. Вид. И. Вуковић (2022), 358 – 359.

<sup>201</sup> Н. Welzel, 218.

<sup>202</sup> Извод из пресуде Врховног суда НР БиХ Кж 796/53 од 12.09.1953. године, *Правни живот* 10 – 11/1953, 47 – 48. Тако је на примеру учиниоца који је најпре обио врата на кући првог оштећеног и том приликом отуђио злато, а потом истог дана провалио у кућу другог оштећеног, где је затечен од стране власника, суд такво понашање квалификовао као продужено кривично дело крађе.

Вид. и Пресуда Апелационог суда у Београду Кж 1 254/17 од 13.03.2017. године. Ипак, у случају крађе две ствари извршене на истом месту, у истој просторији, над истим оштећеним, исправно је донета одлука о неиспуњености услова продуженог кривичног дела, имајући у виду да су остварена обележја само једног кривичног дела тешке крађе.

<sup>203</sup> Вид. З. Стојановић (2018), 250 – 252.

<sup>204</sup> Вид. чл. 74 ст. 1 шпанског Кривичног законика. Даље се у ст. 2 истог члана, наводи да ће се у случају кривичних дела против имовине, казна изрећи имајући у виду свеукупну проузроковану штету, у којим случајевима суд може изрећи казну увећану за један или два степена, до одговарајућих размера које оцени адекватним, уколико су околности очигледно озбиљне и могле су нанети штету већих размера. Став 3 предвиђа да се претходно наведено не односи на кривична управљена против личности, осим оних против части и полне слободе, када ће примена ових одредби зависити од околности случаја. Такође, треба имати у виду да шпанско законодавство садржи посебна правила на основу којих се рачуна тзв. „казна већег степена“, полазећи од посебног минимума и максимума.

Институт продуженог кривичног дела, као посебна варијанта јединства радње, најчешће се у доктрини сврстава у категорију привидног реалног стицаја, будући да проистиче из плуралитета радњи, обједињених путем одређених фактора у својеврсно природно јединство.

Међутим, у оним законодавствима која не регулишу изричито услове примене института продуженог кривичног дела на основама посебног вида јединства радње (природног), наилазимо на његово поистовећивање са кривичноправним третманом идеалног стицаја. То је карактеристично за земље које, попут Немачке, за идеални стицај предвиђају посебан вид одмеравања казне, различит од реалног стицаја, што нагиње ка стављању у први план само једног, по правилу најтежег кривичног дела, чиме се омогућава и остваривање сврхе постојања продуженог кривичног дела.

С друге стране, у нашој доктрини преовлађује гледиште о продуженом кривичном делу као случају јединства кривичног дела, које се квалификује сходно јединственом правном концепту, што за последицу има изрицање само једне казне.<sup>205</sup>

Схватања о правној природи института продуженог кривичног дела, доводе се у везу са једном доктринарном класификацијом, која се огледа се наглашавању аспеката продужења, односно наставка предузимања радње извршења кривичног дела (покушај), са једне, или понављања радње извршења, са друге стране (довршена дела).<sup>206</sup>

Управо специфичност овако дефинисане правне фигуре продуженог кривичног дела, указује на тесну спону између начина на који су формулисани законски описи бића кривичних дела и начина детерминисања казне. Особен кривичноправни третман је условљен специфичностима реалне животне ситуације, у којој се могу испољити бројни повезујући фактори између појединачних радњи, што је уједно и идејна основа привидног стицаја закона. Из тог разлога, сматрамо да овакво формулисање продуженог кривичног дела, истовремено оправдава и утемељује поставке института привидног стицаја закона у кривичном праву, нарочито у погледу услова обухватања невредности дела и забране двоструког вредновања.

Имајући у виду да продужено кривично дело садржи тако дефинисану криминално–политичку основу привидног идеалног стицаја, јасно је због чега се сматра да њено законско регулисање истовремено представља и један од законских основа поменутог института.<sup>207</sup>

#### *3.1.2.4. Случајеви типичног јединства радње*

Поред простог јединства радње, као стандарда и полазне основе за квалификацију засновану на једном кривичном делу, у доктрини се на основу одређених правних фикција, или пак тумачења природе и домашаја израза које употребљава законодавац приликом прописивања појединачних инкриминација, могу издвојити и други облици јединства. Остављајући за сада по страни оне манифестације таквог јединства које произлазе из правне

---

<sup>205</sup> Ј. Бутуровић, „Процесна питања везана за продужено кривично дело“, *Правни живот* 11/2013, 6. Насупрот томе, постоје схватања према којима је реч о облику реалног стицаја, где је изрицање једне казне последица криминално–политичких и процесних разлога.

Иако продужено кривично дело према позитивном законском решењу има својство факултативне отежавајуће околности, можемо се сложити са доктринарним ставом о потреби његовог уважавања као обавезног отежавајућег фактора. Вид. И. Вуковић (2022), 359 – 360.

<sup>206</sup> Е. Mezger, 339.

<sup>207</sup> Лазин такође указује да управо законска дозвољеност продуженог кривичног дела представља један од законских основа привидног идеалног стицаја. Ђ. Лазин, 9 – 10.



конструкције привидног стицаја закона, будући да исте излазе из оквира стандардног тумачења и припадају његовој проширеној варијанти, као друга категорија, наспрам описаних најједноставнијих случајева, издваја се *законско (нормативно) јединство радње*.

Свакако треба имати у виду да, за разлику од стандардних унитарних квалификација, није могуће у потпуности раздвојити конструкцију оваквог нормативног јединства у односу на фигуру привидног стицаја, јер се не може негирати исти идејни концепт, односно основ обједињавања више појединачних аката у целину. Мисли се пре свега на варијанту привидног реалног стицаја, који би у ширем смислу обухватао и неке од облика типичног (законског) јединства, с обзиром да се у оба случаја ради о негацији реалног стицаја. Међутим, у зависности од конкретних околности, искључење реалног стицаја, не мора увек значити и једно кривично дело, имајући у виду да јединство може добити и квалитет идеалног стицаја, што чини још сложенијим целокупну проблематику.

У сваком случају, на овом месту ћемо указати само на облике законског јединства, где се употреба конструкције привидног стицаја закона појављује као сувишна, с обзиром да се на основу самих законских одредница, може доћи до закључка о постојању једног кривичног дела, јер не постоји никакав конфликт између норми, а питање стицаја је унапред искључено.

То подразумева прихватање класификације јединства, засноване на раздвајању ових случајева од конструкције привидног стицаја, која би сходно томе, обухватала само оне релације између норми, где њихов конфликт није унапред искључен, односно где је спајање засновано на везама изван оквира лингвистичког тумачења.

Разматрање описаних категоризација је, као што ћемо видети приликом тумачења њиховог међусобног односа, од кључног значаја за посредно утврђивање домаћаја института (привидног) стицаја закона у ширем смислу, а самим тим, и привидног идеалног стицаја. Иако се на први поглед чини да је свеједно о ком облику јединства се ради, то може имати значајне утицаје на практичном плану, односно у домену правних последица.

Најједноставнија дефиниција под типичним јединством радње подразумева оне појавне манифестације груписања више радњи у природном смислу које као такве проистичу из нормативне регулативе.<sup>208</sup> Другим речима, ради се о споју две или више радњи схваћених у природном смислу, које има одговарајућу законску подлогу и проистиче из процеса тумачења.

У формалном смислу, овај облик јединства радње се одређује као исход процеса правног, односно нормативног вредновања предузетих активности, које се врши у границама законских описа бића појединих кривичних дела, што се супротставља случајевима јединства утемељеним на ванправним факторима.<sup>209</sup>

По својој природи, ова правна конструкција подразумева интервенцију законодавца, којом се фактички плуралитет радњи проглашава јединством, из разлога криминалнополитичких захтева, односно недовољности индивидуалног разматрања одређених понашања.<sup>210</sup> Такође, везује се за спајање више појединих аката, који су предмет јединствене објективне процене законодавца и испољава у различитим варијантама,

---

<sup>208</sup> С. Roxin (2014), 945. Указује се на пример принуде и крађе, које фигурирају као компоненте јединствене радње разбојништва.

<sup>209</sup> *Ibid.* Оно може бити имплицитно, као у случају тзв. сложених кривичних дела, где је засновано на самом законском опису, или пак произлазити из смисла и значења појмовних категорија коришћених за означавање радње извршења и околности конкретног случаја.

<sup>210</sup> М. А. Арге Аггео, 179.

укључујући вишеактне деликте, односно сложена, као и трајна кривична дела.<sup>211</sup> Карактеристично је да се у шпанској доктрини овај облик генеричке фигуре која обухвата различита понашања, у доктрини означава и као „обрнути идеални стицај“, будући да подразумева дијаметрално супротну шему од поменутог облика стицаја.<sup>212</sup>

Једну од најсвеобухватнијих класификација феноменолошких облика испољавања типичног (законског) јединства радње, од које ћемо поћи у њиховом разматрању, дао је немачки теоретичар Роксин, подразумевајући под овом правном фигуром следеће манифестације: 1) дуални деликти, који у законском опису обухватају више радњи у природном смислу (нпр. кривично дело разбојништва), перманентни деликти (креирање и одржавање противправног стања) и деликти који захтевају реализацију више аката (нпр. фалсификовање новца и његова употреба у правном саобраћају); 2) случајеви у којима је, иако је реализација законског типа могућа и путем једног акта, у конкретном случају неопходно више њих за остваривање бића кривичног дела (нпр. ако неко конкретно убиство, може бити извршено само путем десет убода ножем, сви ови убоди формирају једну радњу у смислу одредби о тешком убиству); 3) ситуације у којима се за реализацију законског типа сматра довољним само један појединачни акт, али из лингвистичке анализе законског описа, произлази да је за то потребно више радњи (нпр. код инкриминација које се односе на трговину опојним дрогама или фалсификовање новца).<sup>213</sup>

Сврставање поменутих феноменолошких облика у категорију особеног типичног (законског) јединства радње, указује да је реч о унитарним квалификацијама које се разликују од привидног идеалног стицаја по начину формирања јединства. Као примери манифестација који се сврставају у прву групу, могу се навести: кривично дело разбојништва или силовања, као сложена кривична дела (дуални деликти), противправно лишење слободе (перманентни деликт), фалсификовање новца (деликти који подразумевају реализацију више аката).

Сложено кривично дело представља најједноставнији пример описаног законског јединства, у односу на који се истиче да је реч о спајању два бића кривичног дела по основу воље законодавца, због чега у његовој примени не постоје никакве дилеме.<sup>214</sup> Иначе, у литератури се пак истичу и гледишта према којима сложено кривично дело представља случај стицаја закона (консумпције).<sup>215</sup>

Друга група се односи на ситуационо постојање више радњи, иако из самог законског описа произлази да је довољна само једна од њих, при чему се поред Роксиновог примера, као репрезентативан случај може навести и наношење тешке телесне повреде путем више удараца песницом. Ова категорија може бити релевантна за однос са појединим случајевима привидног стицаја закона, пре свега оних који се тичу кривичног дела убиства и наношења телесних повреда, тачније услова под којима се констатује релација консумпције.

На крају, из поставки треће групе, произлази да ће се о овом облику јединства говорити нпр. у случају кривичног дела неовлашћене производње и стављања у промет

---

<sup>211</sup> J. J. Hernández Sánchez, 53. Ови случајеви се у домаћој доктрини означавају и као облици правног јединства радње, а поред сложених и трајних кривичних дела, обухватају и деликте бављења (колективна кривична дела), као и инкриминације са мешовитим бићем. Вид. И. Вуковић (2022), 336.

<sup>212</sup> Јасно је да овакво одређење директно условљава и његов кривичноправни третман, који иде у правцу идеалног стицаја. Вид. М. А. Arce Aggeo, 185.

<sup>213</sup> C. Roxin (2014), 948. На сличну категоризацију наилазимо и у домаћој доктрини. Вид. И. Вуковић (2022), 335 – 336.

<sup>214</sup> З. Стојановић (2018), 244; J. C. Contreras (1979b), 466. У литератури наилазимо и на гледиште по којем се ова правна фигура сматра случајем стицаја закона.

<sup>215</sup> D. M. Luzón Peña, „Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: cuestiones concursales (A propósito de la jurisprudencia posterior a 1983 y de la STS 4-2-1987)”, *Estudios Penales y Criminológicos. Cursos e Congresos. Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela* 51/2012, 278 – 279.

опојних дрога из чл. 246 КЗ, или прављења, набављања и давања другом средстава за фалсификовање из чл. 244б КЗ.

На сличну класификацију, која укључује и случајеве природног јединства, наилазимо у шпанској доктрини. Тако, на основу интервенције закона, упркос плуралитету радњи, диференцирају се следећи облици јединства: 1) право типично јединство; 2) неправо типично јединство (природно јединство). При томе се у другу групу сврставају: 1) понављана реализација истог типа, у кратком просторном или временском интервалу; 2) прогресивна реализација типа путем сукцесије парцијалних аката, који учиниоца приближавају жељеном циљу.<sup>216</sup> Јасно је да се под другим модалитетом подразумевају варијанте природног јединства радње (итеративно и сукцесивно), док се феноменолошке манифестације прве групе поклапају са Роксиновом категоризацијом.

Утврђивање опсега типичног јединства радње, односно његовог материјалног садржаја, од значаја је пре свега, због утврђивања односа са привидним стицајем, тачније њиховог разграничења, који се заправо може посматрати са два различита аспекта, опет у зависности од начина поимања домаћаја стицаја закона. Повезујући фактор представља фигура привидног реалног стицаја.

С једне стране, могло би се рећи да све наведене категорије, заправо представљају облике законског привидног реалног стицаја, који доводе до квалификације засноване на само једној законској инкриминацији.<sup>217</sup> Међутим, у делу теорије, указује се да код типичног јединства, за разлику од привидног стицаја закона, не постоји однос апсорпције, односно искључења једне фигуре од стране друге, већ је њихово јединство проистекло искључиво из воље законодавца.<sup>218</sup> Другим речима, код законског јединства, не може се говорити ни о каквим принципима за решавање конфликта између норми, будући да је он већ унапред решен од стране законодавца, а свака другачија квалификација, представљала би директно кршење принципа легалитета.

Посматрано из другог угла, постојање конструкције типичног јединства, истовремено и сужава садржај теоријског продукта (привидног) стицаја закона заснованог на плуралитету радњи, остављајући доктрини да се бави само оним облицима код којих постоји стварни конфликт између норми, на пример код накнадног некажњивог дела, где се може говорити о релацијама консумпције, односно супсидијаритета.

Међусобни однос између ове две фигуре, додатно компликује чињеница да се на пример, у немачкој доктрини, случајеви неаутентичног реалног стицаја, третирају као јединство дела у смислу идеалног стицаја<sup>219</sup>, што указује на велику дискрепанцију у овој области, условљену опсегом примене наведеног концепта.

Специфичан положај у односу на поменуте категорије, има и правна фигура продуженог кривичног дела. Облик типичног јединства утемељен на понављаној реализацији истог законског описа, у кратком временском, односно просторном интервалу, у литератури се упоређује са поменутом конструкцијом, али само ради указивања на разлике између њих. Тако, на првом месту, истиче се да код продуженог кривичног дела, заправо постоји

---

<sup>216</sup> М. А. Arce Aggeo, 179 – 181. У оквиру прве групе, наводи се случај крађе реализоване путем више појединачних одузимања или увреде изрицањем више увредљивих израза.

У том контексту, говори се о подели на типично јединство радње у стриктном смислу (физичко понашање које укључује више парцијалних аката са феноменолошког аспекта у реализацији неког казненог типа и вишеактни деликти) и типично јединство у ширем смислу (прогресивна реализација типа и јединство радње по „ефекту загрљаја“). Тако U. J. Jubert, 616; J. Cuello Contreras (2009), 666.

<sup>217</sup> Већ смо напоменули да се према неким гледиштима, под одговарајућим условима (временски интервал предузимања радње), чак и у случају сложених кривичних дела, може говорити о испуњености услова привидног идеалног стицаја. Вид. Ђ. Лазин, 117.

<sup>218</sup> М. А. Arce Aggeo, 182.

<sup>219</sup> J. C. Contreras (1979b), 467.

плуралитет типова, који се подводе под једну инкриминацију, због посебног модалитета извршења, док код типичног јединства, временски фактор, односно понављано манифестовање исте фигуре, има за последицу апсорбовање тих континуираних радњи у једном законском типу. Осим тога, за разлику од продуженог кривичног дела, код типичног јединства, понашање није плурално, већ једно, упркос томе што га интегрише више радњи.<sup>220</sup>

У наведеним диференцирајућим параметрима, уочавају се латентне разлике између законског јединства и оних облика обједињавања више појединачних радњи, које се третирају у оквирима фигуре (привидног) стицаја закона.

### 3.1.2.5. Колективно кривично дело

Колективно кривично дело представља чисто доктринарну конструкцију, а у немачкој теорији, где је и настала, дефинише се као кажњиво понашање из реалног живота, које не подразумева јединство радње у стриктном смислу, а конституисано је од деликата комерцијалног, индустријског и хабитуалног понашања.<sup>221</sup> У том смислу, као његове појавне манифестације, истичу се – колективно кривично дело у виду заната, занимања или из навике<sup>222</sup>, што одговара и елементима претходно наведене дефиниције. Ова правна фигура се у доктрини одређује као облик јединства чија је основна карактеристика остваривање више кривичних дела исте врсте од стране истог учиниоца, која се међусобно повезују по основу специфичног психичког односа учиниоца према извршењу<sup>223</sup>, при чему се потребе његовог постојања, односно квалификације јединственог кривичног дела, правдају разлозима правичности и целисходности, услед постојања поменутих психичких фактора.<sup>224</sup>

У овом случају, такође је реч о својеврсном плуралитету радњи, које су, за разлику од критеријума предвиђених за продужено кривично дело, обједињени по основу криминолошких критеријума, емпиријског карактера, заснованим на субјективној управљености учиниоца да те радње предузима у одговарајућем социјалном контексту. Наиме, то подразумева да је понављање поменутих радњи условљено тиме да их учинилац предузима у склопу своје професије, у циљу стицања имовинске користи, те да су оне постале део његовог уобичајеног понашања.

Идејна концепција се заснива на томе да се свака индивидуална радња испољава тако да представља конститутивни елемент деликтног понашања у свакодневном животу, при чему је садржана у њему и одређена њиме.<sup>225</sup>

Међутим, са правом се поставља питање релевантности и репрезентативности овако неодређених и непрецизних фактора да делују у функцији обједињења плуралитета понављаних радњи којима се остварују обележја одређеног кривичног дела, у складу са специфичним поимањем сопственог понашања од стране учиниоца.<sup>226</sup>

Стога, осим ако нису испуњени услови за неки од облика типичног (законског) јединства радње, не би се могло говорити о конструкцији особене правне природе.

<sup>220</sup> М. А. Арце Аггео, 181 – 182.

<sup>221</sup> Н. Welzel, 220 – 224.

<sup>222</sup> З. Стојановић (2018), 244.

<sup>223</sup> Љ. Јовановић, 221. Такав психички однос се огледа у околности да се инкриминације реализују из навике, односно у виду заната или занимања. Вид. и Б. Чејовић (2006), 255; Д. Пешић, „Превара у виду заната и реални стицај код исте“, *Правни живот* 1/1952, 11 – 12.

<sup>224</sup> М. Ђ. Ђорђевић, „Колективно кривично дело и реални стицај“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/1953, 223 – 226.

<sup>225</sup> Н. Welzel, 224.

<sup>226</sup> З. Стојановић (2018), 244 – 245.

### 3.1.3. Једно дело – привидни стицај закона

Последњу конструкцију у систематици унитарних квалификација, представља (привидни) стицај закона, односно привидни идеални стицај, који се конституише у ситуацији када су предузимањем једне радње, схваћене у ширем смислу, остварена законска обележја бића више кривичних дела, али се због особених релација између законских норми, односно логичких и вредносних разлога, квалификација врши на основу само једне инкриминације.

Карактеристично је да се приликом одређења поменуте правне фигуре, на прво место стављају углавном одреднице попут подобности једне инкриминације да обухвати невређност, односно неправу предузетог понашања, што фигурира као основ искључења стицаја.<sup>227</sup> Самим тим, излази се из стриктних формалистичких правила у кривичном праву.

Садржај поменуте конструкције, фундаментална начела, као и однос са правним фигурама на којима се заснивају унитарне и плуралистичке квалификације, биће предмет разматрања у одговарајућем делу рада.

На овом месту је важно указати на њену позицију у систему теорије стицаја, односно концепата јединства и плуралитета кривичних дела, где представља један од облика унитарне квалификације, особеног материјалног садржаја. Њено концептуално одређење је условљено пре свега начином поимања јединства радње у теорији стицаја, на који смо већ указали, али и разумевања свих осталих облика јединства које смо навели.

Као увод у проблематику домашаја института, може се прелиминарно указати на значај његовог адекватног утемељења у погледу прожимања манифестација претходног и накнадног некажњивог дела, чији су правна природа и место у систематизацији облика унитарне квалификације спорни у суштинском смислу, али не и са аспекта правних последица, где је исход њихове констатације јасан.<sup>228</sup> У односу на друге облике привидног реалног стицаја, углавном не постоје дилеме у квалификацији и иста се врши у складу са претходно изнетим карактеристикама сваке од наведених фигура појединачно.

## 3.2. Плуралистичке квалификације (стицај кривичних дела)

### 3.2.1. Идеални стицај

Облик стицаја, заснован на реализацији више кривичних дела предузимањем једне радње извршења, означава се као идеални или формални и спада у категорију концепата којима се одређује једна врста плуралитета деликата, односно квалификација понашања утемељена на паралелној примени више законских инкриминација.

Управо због компоненте оличене у сингуларној радњи, говори се о његовом идеалном, односно формалистичком карактеру, будући да заснивање плуралитета деликата на својеврсном садржински обједињеном понашању, представља правни идеал, апстрактну конструкцију базирану на захтевима за целовитошћу кривичноправне заштите.

На тај начин се његово супротстављање реалном стицају огледа у околности да плуралитет кривичних дела проистиче из одговарајуће правне оцене.<sup>229</sup> Наиме, у случају идеалног (формалног) стицаја, предузимање једне радње од стране учиниоца, у складу са

<sup>227</sup> И. Вуковић (2022), 341.

<sup>228</sup> Вид. поглавље Теорије домашаја привидног идеалног стицаја, *infra*, 205 – 207.

<sup>229</sup> Б. Златарић, 155. С друге стране, код реалног стицаја, постоји више кривичних дела и у природном и у правном смислу.

претходно дефинисаним условима, доводи до остваривања више последица, како у природном, тако и у кривичноправном смислу.<sup>230</sup> Управо се у околности уважавања плуралитета примењивих инкриминација, огледају специфичности идеалног стицаја, будући да се у наведеној компоненти испољава стицајни карактер предузетог понашања. Међутим, он се у овом случају у потпуности препушта кривичноправном вредновању у погледу оцене броја релевантних инкриминација које треба узети у обзир, што може довести до колизије са привидним идеалним стицајем. У овом домену фигурирају критеријуми диференцијације између два института.

Дефиниције идеалног стицаја у доктрини, заснивају се на наглашавању елемената реализације два или више кривичних дела, односно кршења више правних диспозиција и предузимања једне радње, са друге стране<sup>231</sup>, али се схватања разилазе у домену његове правне природе, што условљава, како кривичноправни третман истог, тако и однос са другим стицајним концептима, укључујући и привидни идеални и реални стицај. Дакле, поред општег услова да су реализовани законски описи бића више кривичних дела, параметар специјалног карактера, огледа се у чињеници да је последица исход јединственог акта, односно радње.

Сходно томе, у доктрини је одређење идеалног стицаја као остваривања више кривичних дела предузимањем једне радње, праћено истовремено и истицањем разлике између правог и привидног идеалног стицаја<sup>232</sup>, чиме се заправо указује на специфичност правне природе овог облика аутентичног стицаја.

За разумевање односа са привидним идеалним стицајем, од значаја је схватање које истиче три претпоставке постојања формалног стицаја: 1) постојање једне радње; 2) постојање два или више казних типова; 3) плуралитет кривичних дела – што подразумева да су повређена правна добра исте или различите природе (хомогени или хетерогени идеални стицај).<sup>233</sup> Први и други елемент се поклапају са привидним идеалним стицајем.

Међутим, у немачкој доктрини, прихвата се, поред тоталног идентитета, такође и могућност само делимичног (парцијалног) преклапања радње извршења приликом реализације законских описа, тако да је довољно да само један део унитарне радње учествује у конфигурацији сваког појединачног деликата.<sup>234</sup> Осим тога, немачки теоретичари иду и

---

<sup>230</sup> С. Вуковић, Г. Станојчић, 101. Тако, наводи се пример учиниоца који пуцањем из револвера, једном лицу нанесе лаку, а другом тешку телесну повреду. Вид. Љ. Лазаревић (2000), 169; Љ. Јовановић, 210; Љ. Јовановић, Д. Јовашевић, *Кривично право I – општи део*, Полицијска академија, Београд 2003, 151.

<sup>231</sup> Н. Muñoz Norment (1986), 351; И. Вуковић (2022), 340; Ј. Таховић (1961), 257; Љ. Лазаревић, Н. Срзентић, А. Стајић, 168; Д. М. Молчанов, „Множественность преступлений: актуальные проблемы и теоретический опыт исследований ученых кафедры уголовного права МГЮА“, *Актуальные проблемы российского права* 5/2016, 114. У том смислу, говори се и о јединственом материјалном делу (радњи), која потпада под више инкриминација. Вид. М. Н. Voeuf, 213; X. Labbé, *Condition Juridique du Corps Humain: Avant la Naissance et Après la Mort*, Presses Universitaires de Lille, France 1990, 163.

<sup>232</sup> Вид. Т. Живановић, 334 – 335.

<sup>233</sup> А. R. Alberto Chacon, S. G. Cisco Barraza, F. S. Hernandez Rosales, 7.

<sup>234</sup> С. Roxin (2014), 966 – 967. Како пример, наводи се идеални стицај кривичног дела силовања и родоскрвњења, у ситуацији када учинилац изврши присилну обљубу над својом сестром, где постоји преклапање јединствене радње само у чину обљубе. Такође, репрезентативни пример идеалног стицаја између кривичних дела утаје и преваре, у условима када учинилац који је присвојио туђу ствар, исту прода трећем лицу, чиме учини кривично дело преваре у односу на то лице, подразумева да се радње извршења преклапају само у моменту нуђења на продају, јер се тиме манифестује воља за присвајањем, али и довођење у заблуду. Последњи пример најбоље осликава поменути концепцију, засновану на идеји јединства дела карактеристичног за идеални стицај.

Ово гледиште о довољности парцијалног идентитета радње заступа се и у немачкој доктрини. Вид. Н. Н. Jescheck, T. Weigend, 720.

корак даље, проширујући концепт јединства радње и на случајеве када су две независне радње повезане трећом („ефекат загрљаја“).<sup>235</sup>

Ипак, може се рећи да се тиме проширује опсег примене идеалног стицаја, на рачун реалног и додатно компликује питање међусобног разграничења, а спорно је да ли би се овакво решење, које зависи од фактора ситуационог карактера, могло прихватити у нашој доктрини. Осим тога, због изједначавања правних последица ова два облика стицаја, то не би имало већи практични значај, осим ако би дошла у обзир примена конструкције привидног идеалног стицаја.

Са аспекта примене института привидног идеалног стицаја, као најзначајније питање, издваја се начин поимања правне природе овог облика аутентичног стицаја. Релевантне теоријске концепције крећу се између негирања својства стицаја кривичних дела са једне (теорија јединства), и његовог прихватања на бази одговорности за свако појединачно кривично дело са друге стране (теорија плуралитета)<sup>236</sup>, што се одређује као спорно питање у науци кривичног права<sup>237</sup>, између осталог и због околности да од тога зависи постојање идеалног стицаја као засебног института. У том смислу, указује се да се поимање правне природе привидног идеалног стицаја креће између концепције о идеалном стицају као стицају кривичних закона и оне која га поима као аутентични стицај кривичних дела, што би у првој варијанти подразумевало изједначавање са привидним идеалним стицајем.<sup>238</sup>

Централно питање у домену описане проблематике своди се на дилему да ли је једном радњом могуће остварити више кривичних дела, или је пак таква квалификација резервисана само за плуралитет радње. Управо прва могућност идеалном стицају даје особени карактер института материјалног кривичног права<sup>239</sup>, чији се правни ефекти изводе из њему својствених законитости и превазилазе природне релационе споне између различитих концепата, што одговара и начину поимања правне природе привидног стицаја. Ово је у складу са концепцијом о реалистичком појму кривичног дела, који у поступку квалификације сматра релевантним проузроковану последицу у спољном свету, а не саму повреду норме као основно обележје сваког кривичног дела.<sup>240</sup>

За разлику од овог гледишта које има карактер већинског у нашој доктрини, супротна концепција полази од тога да се због јединства радње не може говорити о правом стицају.<sup>241</sup> С друге стране, карактеристично је и да се испуњеност услова констатације аутентичног стицаја, према неким концепцијама, разликује у зависности од тога да ли је реч о варијанти хомогеног или хетерогеног идеалног стицаја.<sup>242</sup>

Стога, опредељење за једну или другу варијанту ће у практичном смислу условити начин поимања његовог правног положаја у односу на институт привидног идеалног стицаја.

---

<sup>235</sup> С. Roxin (2014), 974.

<sup>236</sup> Љ. Лазаревић (2000), 280; В. Ж. Тадић, 41 – 42; Љ. Лазаревић, Н. Срзентић, А. Стајић, 169; Ј. Таховић (1961), 258. Тако и Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, 719; Љ. Јовановић, 212.

<sup>237</sup> В. Ж. Тадић, 41 – 42. Међутим, указује се да су у пракси углавном превазиђене тешкоће оличене у питању да ли код идеалног стицаја постоји прави плуралитет кривичних дела, или пак само једно кривично дело, које се односи на повреду више кривичних закона. Вид. Ђ. Лазин, 225.

<sup>238</sup> Ђ. Лазин, 21 – 22. Вид. и И. Вуковић (2022), 340. У првом случају, говори се не о стицају кривичних дела, већ о стицају закона, који са собом повлачи и особена правила одмеравања казне у појединим правним системима.

<sup>239</sup> Ф. Бачић (1995), 315 – 316. Као типични примери остваривања обележја бића више кривичних дела предузимањем само једне радње, наводе се случајеви силовања и преношења полне болести, куповине робе фалсификованим новцем и сл.

<sup>240</sup> Ф. Бачић *et al.*, 216. Другим речима, сматра се да постоји онолико кривичних дела, колико је последица реализовано.

<sup>241</sup> З. Стојановић (2009), 11. У том случају се идеални стицај изједначава са стицајем закона.

<sup>242</sup> Т. Живановић, 338 – 339.

То је разлог зашто се прелиминарно разматрање овог питања појављује као нужна претпоставка адекватног решавања кључних питања примене института, превасходно проблематике теорије диференцијације. На тај начин, оправдано се сматра да је са аспекта међусобног односа две правне фигуре, улога идеалног стицаја оличена у целовитом обухватању понашања учиниоца.<sup>243</sup> У практичном смислу, то подразумева да ће опредељење за решење идеалног стицаја бити условљено начином квалификације дела (формална декларација кривице), али и релевантним казним оквиром чија примена долази у обзир. Управо је област одмеравања казне централна тачка разграничења између различитих концепција о правној природи идеалног стицаја, а са аспекта нашег законодавног решења, има велики практични значај.

За адекватно разумевање овог правног феномена, битно је указати на различита теоријска схватања о његовој правној природи, која су у компаративном кривичном праву резултирала опречним законским правилима.

### 3.2.1.1. Идеални стицај као „јединство дела“

Постоје опречна схватања у погледу тога да ли појам идеалног стицаја треба поставити на основама концепта јединства „дела“, или пак јединства „радње.“ У том смислу, на термилошка одступања наилазимо и у позитивним законодавствима, тако да се с једне стране он означава као облик јединства дела, заснован на принципима јединствене казне, која најчешће одговара најтежем кривичном делу, са или без модификација, односно корективних механизма у њеном утврђивању, док се с друге стране одређује као облик плуралитета дела, заснован на јединству радње, истих правних последица као и реални стицај.

Уско са тим је повезано и питање његовог термилошког одређења, тако да у литератури наилазимо и на схватања по којима, иако је израз „идеални стицај“ уобичајен, није најадекватнији, будући да се се у том случају заправо ради о конкурентним законима, чиме се овај институт приближава конструкцији привидног идеалног стицаја.<sup>244</sup> Тиме се износи и треће гледиште о његовој правној природи, по којем се изједначава са стицајем закона.

Већ смо указали на основне карактеристике релације између концепата „дела“ и „радње“, чија се суштина огледа у односу између ширег и ужег појма, тако да први може обухватити и више радњи, укључујући и комбинације радње и пропуштања.<sup>245</sup> Хипотеза по којој једна радња конституише више деликата, према неким гледиштима у доктрини, у отвореном је сукобу са логиком<sup>246</sup>, тако да се прибегава одређењу идеалног стицаја употребом ширег термина – „дело“, чиме се и отклањају извесне тешкоће у проналаску адекватног објашњења за то како једна радња може да конституише плуралитет деликата.<sup>247</sup> Овакав приступ, од особеног је значаја за разумевање и правне природе привидног идеалног стицаја, односно стицаја закона.

Међутим, у литератури наилазимо и на његова одређења као стицаја у јединству радње, по аналогiji са законодавним решењима која су се са историјског аспекта, заснивала

<sup>243</sup> Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, 718.

<sup>244</sup> Е. Mezger, 343. У том смислу, наводи се гледиште немачког теоретичара Мајера, који указује да се заправо ради о случају стицаја закона.

<sup>245</sup> Вид. *supra*, 142 фн. 93.

<sup>246</sup> Н. Muñoz Norment (1986), 354. Аутор цитира немачког кривичара Баумгартена и његову сликовиту максиму: „Једна радња – један деликт, а ко рачуна другачије, морао би то да учини помоћу зачаране таблице за умножавање.“

<sup>247</sup> *Ibid.*, 355.



на једној истој радњи, управљеној ка кршењу плуралитета закона, наспрам прихватања постојања више кажњивих дела, у складу са схватањем да њихов број мора бити одређен бројем кривичноправних процена.<sup>248</sup>

На тим основама, заснивале су се и његове дефиниције, односно услови постојања. Тако, Мецгер указује да код идеалног стицаја, постоји само једна радња у природном смислу, али више кажњивих дела, као њених продуката.<sup>249</sup> Другим речима, ради се о плуралитету који проистиче из јединства радње.

Упоређујући значење термина „јединство радње“ и „јединство дела“, Роксин јасно указује да свако јединство дела, истовремено претпоставља постојање једне радње, док се јединство радње може поистоветити са јединством дела, једино уколико су за то испуњени одговарајући услови, оличени у чињеници да су остварена обележја више кривичних дела.<sup>250</sup> Другим речима, јединство дела се појављује као шири појам, који у себи садржи и елемент јединства радње у ужем смислу. Срж ове терминолошке специфичности треба тражити у различитим теоријским поставкама правне природе идеалног стицаја, које се крећу између теорије јединства у стриктном смислу, са једне и теорије плуралитета, са друге стране. Наиме, појам јединства радње се може користити за означавање идеалног стицаја, уколико се пође од претпоставке да се не ради о стицају у правом смислу речи, имајући у виду изостанак плуралитета предузетих радњи, због чега се за њега прописује другачији кривичноправни третман, односно у пенолошком смислу, релевантним се сматра само једно кривично дело. Насупрот томе, уколико се узме да је за постојање стицаја ирелевантно да ли је предузета само једна радња или више њих, све док је реч о плуралитету повређених норми, термин јединство радње може се користити само у свом ужем значењу, ради теоријске дистинкције идеалног од реалног стицаја, која може, али и не мора утицати на другачији кривичноправни третман једног и другог облика.

Враћајући се на изнету Роксинову констатацију да јединство дела увек претпоставља јединство радње, што не важи у обрнутом случају, значај ове дистинкције, може се сместити у домен начина тумачења законодавних одредби. Тако, у доктрини се истиче да заснивање идеалног стицаја на поставкама јединства радње, или пак јединства дела има значајне практичне последице.<sup>251</sup> Ова тврдња нарочито долази до изражаја уколико се прихвати гледиште по којем „јединство дела“, садржи и додатни прецизирајући елемент, оличен у уважавању и јединства резултата предузете радње.<sup>252</sup> То у практичном смислу значи да се идеалном стицају, без обзира на чињеницу да је учинилац предузео једну извршења, може приписати карактер правне фигуре која се користи за означавање једне врсте плуралитета кривичних дела. Таква интерпретација, дозвољава да се на нивоу опште теорије кривичног права, испуни задатак утврђивања правне природе поменутог концепта и поставе темељи за опстанак одговарајућег решења у погледу начина одмеравање казне и његовог сврставања у стицајну фигуру. Чак и ако прихватимо гледишта по којима је оправдано извршити својеврсну диференцијацију у области теорије казне, у односу на реални стицај, због фактора јединства радње, ипак овакав генерички појам омогућава да казнене последице одговарају стицајном карактеру института.

До релевантних закључака у погледу спорног питања, везаног за схватање идеалног стицаја као јединства дела, може се доћи аналитичким приступом изнетим констатацијама. Пре свега, идеални стицај, у садржинском смислу нужно подразумева две компоненте: 1)

---

<sup>248</sup> E. Mezger, 326.

<sup>249</sup> *Ibid.* Мецгер указује на схватање немачког аутора Шонка (*Schonke*), који полази од концепције да број радњи не мора одговарати броју кривичних дела.

<sup>250</sup> C. Roxin (2014), 944.

<sup>251</sup> C. Fontan Balestra, 446.

<sup>252</sup> *Ibid.*

јединство радње и 2) плуралитет повреда правних норми. У том погледу, не постоје никакве дилеме у теорији.

Међутим, то се не би могло рећи за дискусије у вези његових правних последица, односно исхода процеса вредновања таквог односа између његових компонената. Наиме, та оцена се може кретати између теорија јединства и плуралитета, у зависности од критеријума да ли би такву комбинацију требало сматрати јединством или плуралитетом кажњивих дела, иако се њена практична релевантност доводи у питање.<sup>253</sup>

Уочава се да ова проблематика, иако је само формалистичког карактера, поново отвара оно класично доктринарно питање да ли је могућа узрочна корелација између предузимања једне радње и реализације више кривичних дела, на којој се заправо и заснива његово одређење као правне фигуре идеалног, односно формалног карактера. Међутим, околност декларисања проузроковања више повреда закона путем једне радње као једног кажњивог дела, због стављања акцента на прву компоненту, не мења чињеницу да се ради о плуралитету вредновања. Сасвим је друго питање на који ће начин такво вредновање бити спроведено, односно да ли ће оно бити утемељено на правилима другачијим од реалног стицаја или не, што заправо представља предмет теорије казне.

Природу овог концепта, најбоље осликава Роксиново одређење идеалног стицаја као „плуралитета вредновања, заснованог на јединству радње.“ У том смислу, у савременој немачкој доктрини, указује се на неопходност дистинкције између појмова „јединство радње“ и „јединство дела“, тако да се први користи у значењу унитарне радње, док је други термин одредница идеалног стицаја, при чему се наглашава да свако јединство дела претпоставља да је последица реализована путем једне радње, а само оно јединство радње које је праћено и плуралитетом повређених законских норми, може се квалификовати као јединство дела (идеални стицај).<sup>254</sup> Из наведене констатације произлази да ће варијанта када није испуњен услов реализације плуралитета деликата, представљати посебну конструкцију, оличену у институту привидног идеалног стицаја, или се пак може радити о варијантама типичног (законског), или пак природног јединства радње, као посебних облика јединства дела.

Сходно томе, у појединим законодавствима, облик реализације више бића кривичних дела, предузимањем једне радње, не третира се као плуралитет у формалном смислу, већ као јединство дела, што искључује и употребу термина стицај у означавању ове правне фигуре. Међутим, треба имати у виду, као што смо претходно истакли, да се ради о јединству заснованом на плуралитету вредновања, што и јесте кључни фактор диференцијације у односу на привидни идеални стицај као јединство дела, засновано на јединству вредновања.

Оваква регулатива и схватање идеалног стицаја на основама јединства дела, омогућава да се кривичноправном третману идеалног стицаја, подвргну и облици попут медијалног идеалног стицаја, као и продуженог кривичног дела, у ситуацији када се законодавац није определио за његово посебно регулисање, али и неких других облика привидног реалног стицаја, попут накнадног некажњивог дела.

По нашем мишљењу, требало би одбацити употребу термина јединство радње, за означавање случајева идеалног стицаја, пре свега због његовог непотпуног карактера и

---

<sup>253</sup> С. Roxin (2014), 963. Издвајајући поменуте две теорије, аутор указује да таква дистинкција ипак нема практично значење, имајући у виду да од околности конкретног случаја зависи да ли се кажњиво дело схвата у смислу јединствене радње, на начин како је одређена одредбама члана 52 немачког Кривичног законика (једна радња која проузрокује плуралитет дела), или се пак њиме обухвата више типичних радњи. У првом случају, код идеалног стицаја постоји само једно, док се према другој варијанти, ради о више кажњивих дела.

<sup>254</sup> *Ibid.*, 944.

немогућности да одговори захтевима прецизности и свеобухватности. У супротном, могли бисмо се наћи пред почетном погрешном премисом, што би као резултат имало чак и потенцијално изједначавање идеалног са привидним идеалним стицајем, или пак неприхватљив закључак да једна радња увек подразумева једно кривично дело.<sup>255</sup> Адекватно и термилошки прецизно одређење кључних појмова, претпоставка је за даље проучавање наведених института теорије стицаја, као и привидног стицаја.

Осим тога, јасно је да концепција о идеалном стицају као стицају закона није адекватна са аспекта нашег законодавног решења, нити се то прихвата у доктрини, нарочито имајући у виду разлоге криминално–политичког карактера који, између осталог, не оправдавају његово изједначавање са привидним идеалним стицајем, до чега би овакав приступ нужно довео.<sup>256</sup>

До закључака о правним последицама оваквог приступа идеалном стицају, доћи ћемо путем анализе позитивноправних одредби у компаративном кривичном праву.

### 3.2.1.2. Идеални стицај као плуралитет дела

Иако поједина теоријска гледишта, полазе од тога да се код идеалног стицаја не ради о правом стицају кривичних дела, због постојања само једне радње извршења<sup>257</sup>, ипак се у великом броју случајева, прихвата његов стицајни карактер, што одговара законодавним решењима која га у погледу кривичноправног третмана, изједначавају са реалним. Ово подразумева да се разлика од реалног стицаја огледа искључиво у броју предузетих радњи извршења, на основу чега се може предвидети њихов другачији кривичноправни третман, али не и у правној природи два института.

То је случај и са нашом доктрином<sup>258</sup>, која полазећи од одредби Кривичног законика да стицај постоји онда када учинилац предузимањем једне радње или више њих учини више кривичних дела за која му се истовремено суди, заузима гледиште да се ради о правом стицају кривичних дела. Најзначајнија практична последица овакве концепције, огледа се на плану одмеравања казне и манифестује у могућности да се у таквом поступку примене посебна правила, која се разликују од начина утврђивања казне за једно кривично дело, на темељу унитарне квалификације.<sup>259</sup>

Ако се вратимо на општи појам јединства радње и начин његовог поимања у материји (привидног) стицаја, одређење идеалног стицаја у складу са овом концепцијом подразумева да се радња (понашање) учиниоца схвата, не у реалистичком, већ у правном смислу, односно као компонента правне норме.<sup>260</sup> Једино на тај начин се може прихватити квалификација плуралитета кривичних дела у овим ситуацијама.

Сходно томе, једно од најадекватнијих објашњења прихватања постојања плуралитета повређених кривичноправних забрана у условима истоветности једне радње, огледа се у диференцирању материјалног и психолошког аспекта предузетог понашања. Тако, могуће је да са материјалне тачке гледишта постоји само једна делатност, али да је са

<sup>255</sup> Вид. *supra*, 175 фн. 236 и 239, фн. 241.

<sup>256</sup> Ђ. Лазин, 21 – 23. Један од најбитнијих криминално–политичких аргумената, односи се на неоправданост привилеговања учиниоца, до којег би такво решење довело на плану одмеравања казне. Вид. И. Вуковић (2022), 340.

<sup>257</sup> Вид. *supra*, 175 фн. 239.

<sup>258</sup> З. Стојановић (2018), 240. Указује се да то несумњиво произлази из одредби члана 60 Кривичног законика. Тако и И. Вуковић (2022), 340; М. Радовановић, 170.

<sup>259</sup> М. Радовановић, 171.

<sup>260</sup> Ф. Бачић (1995), 317. Вид. и И. Вуковић (2022), 340.

психолошког аспекта, таква делатност учиниоца управљена ка проузроковању последица које су у позитивном законодавству двоструко инкриминисане.<sup>261</sup>

Најзначајнија практична последица оваквог приступа, огледа се управо у чињеници да је тиме могуће раздвојити његове ефекте од оних својствених привидном идеалном стицају, будући да се прихвата постојање плуралитета кривичних дела, који се испољавају независно једно од другог, што се директно одражава и на кривичноправни третман института, односно поступак одмеравања казне.

### 3.2.1.3. *Форме идеалног стицаја*

Из идејне основе идеалног стицаја, засноване на реализацији више кривичних дела, предузимањем само једне радње, произлази да та кривична дела могу бити исте или различите врсте. На основу тог параметера, у доктрини се указује на две варијанте ове правне фигуре: 1) реализација више различитих кривичних дела (хетерогени идеални стицај); 2) реализација више истоврсних кривичних дела (хомогени идеални стицај).<sup>262</sup>

Као класичан пример хетерогеног стицаја, наводи се случај када учинилац пуца из пиштоља на једну особу и усмрти је, при чему истим метком нанесе и тешке телесне повреде другој особи<sup>263</sup> (стицај кривичних дела убиства и тешке телесне повреде). Насупрот томе, о хомогеном идеалном стицају, радиће се, уколико у истоветном примеру, учинилац једним пуцњем убије две особе (стицај кривичних дела убиства).

Према томе, вишеструка последица, може се вредновати на основама идентичног законског описа бића кривичног дела, што у практичном смислу, значи да ће у системима који идеални стицај третирају као јединство дела, примењујући систем просте апсорпције, попут немачког, околност двоструког остваривања кривичног дела, бити ирелевантна у чисто формалном смислу. Наравно, суд свакако може вредновати ту околност у одређивању казне ближе горњој граници, али се ради о факултативној опцији, будући да таква изричита обавеза не постоји. Осим тога, ова чињеница утиче и на карактер односа идеалног са привидним идеалним стицајем, будући да се у тим случајевима тешко може говорити о било каквом раздвајајућем фактору између њих у практичном смислу.

С друге стране, плуралитет последица, манифестован у остваривању обележја бића различитих кривичних дела, омогућава другачије вредновање чињеничног стања у домену правних последица, јер долазе у обзир законски оквири различитих кривичних дела.

Као специфична варијанта хомогеног идеалног стицаја, у доктрини се истиче још једна особена ситуација, где такође долази до квалификације идеалног стицаја, а подразумева да је унитарни резултат објекат различитих правно – казних критеријума, као у примеру присилне обљубе над чланом породице.<sup>264</sup> Ради се о проузроковању различитих последица на истом објекту, које се могу подвести под више инкриминација.

Међутим, овде ће се у највећем броју случајева, радити о привидном идеалном стицају, што указује на релативно танку границу између ове две правне фигуре, а

---

<sup>261</sup> В. Geninet, *L'Indispensable du Droit Penal*, Studyrama 2004, 33. Као пример из француске доктрине, наводи се случај учиниоца који баци бомбу (једна радња) на кафић, чиме се остварују обележја инкриминације везане за уништење ствари и покушај убиства. Аутор напомиње да у том смислу обе квалификације проистичу из истог дела (материјални аспект), али да постоји дупли психолошки моменат код учиниоца, оличен како у уништењу ствари, тако и лишењу живота.

<sup>262</sup> Н. Muñoz Horment (1986), 366; Ј. Ј. Hernández Sánchez, 63; С. Вуковић, Г. Станојчић, 102.

<sup>263</sup> Ј. Ј. Hernández Sánchez, 63.

<sup>264</sup> Е. Mezger, 343. Као што се може закључити, то подразумева стицај силовања и родоскрвнућа.

квалификација у једном или у другом правцу, може бити условљена законодавним решењем конкретног позитивног законодавства.

Друга категоризација идеалног стицаја може се извршити полазећи од природе јединства радње, које се у доктрини одређује као основ његовог постојања.<sup>265</sup> У том контексту, говори се о: 1) идеалном стицају заснованом на простом јединству радње; 2) идеалном стицају заснованом на другим облицима јединства радње (дела).<sup>266</sup> Заправо, та класификација се може довести у везу и са критеријумима који се користе за његово дефинисање, заснованим на варијанти јединства радње, са једне и јединства дела, са друге стране.

Као посебан феноменолошки облик, у немачкој доктрини се наводи и случај идеалног стицаја по основу „ефекта загрљаја“, који подразумева да се две радње, иначе развојене у времену и простору, свака за себе налазе у идеалном стицају са неким трећим деликтом.<sup>267</sup> Јасно је да је практични значај диференцирања овог облика у нашој доктрини ирелевантан, а поставља се и питање његове безусловне примене у оним законодавствима која раздвајају ефекте идеалног и реалног стицаја, због несразмере у тежини обједињујућег деликта у односу на главне.<sup>268</sup>

Следећа релевантна класификација, полази од поделе на прави идеални стицај, који обухвата све претходно наведене примере, и на неправи идеални стицај, означен као медијални. У појединим законодавствима, попут шпанског, он се издваја као његова особена форма. Овај облик идеалног стицаја у ширем смислу, подразумева да иако постоји плуралитет предузетих радњи (дела), један од њих представља само неопходно средство за реализацију другог, због чега се сматрају обједињеним јединственим циљем.<sup>269</sup>

Међутим, у оним законодавствима, која, попут нашег, не предвиђају овај посебан облик идеалног стицаја, преостаје једино квалификација реалног стицаја, мада имајући у виду да су практичне последице оба облика идентичне, то код нас и није од већег практичног значаја.

---

<sup>265</sup> *Ibid.*

<sup>266</sup> J. J. Hernández Sánchez, 54. При томе, први случај подразумева да се као основ постојања идеалног стицаја узима једна радња, схваћена у смислу јединственог понашања (чињеница или пропуштања), ако она за резултат има кршење више правних диспозиција, хомогеног или хетерогеног карактера. Најједноставнији пример би био један покрет тела, попут бацања камена у правцу оштећеног, који за последицу има наношење телесних повреда двома особама.

С друге стране, узимање јединства дела као његовог основа, подразумева приступ заснован на свекупности онога што је учинилац реализовао, укључујући и јединство унутрашњег или моралног елемента, као и јединство одлуке, тако да само обједињена вредносна оцена појединачних компонената понашања, може у потпуности обухватити садржај невредности дела.

<sup>267</sup> C. Roxin (2014), 974. Аутор наводи пример учиниоца који из нехата, возилом прегазује друго лице, па потом побегне са места саобраћајне незгоде, што представља реални стицај. Међутим, уколико су та кривична дела у идеалном стицају са неовлашћеним коришћењем туђег возила, онда оно обједињује три деликта у идеални стицај. Исто тако, силовање и умишљајно убиство, били би обједињени у идеални стицај, уколико се оба деликта налазе у идеалном стицају са противправним лишењем слободе.

<sup>268</sup> *Ibid.*, 976. Указује се на ограничење „ефекта загрљаја“, уколико је повезујући деликт доста блажи.

<sup>269</sup> J. J. Hernández Sánchez, 55 – 62. Као оправдање постојања медијалног стицаја, наводе се јединствени циљ, као и чињеница да у свести учиниоца постоји спона између два деликта, која формира јединство, будући да се један од њих појављује као средство за реализацију другог. Као примери ове појавне манифестације, истичу се случајеви када учинилац, у намери да изврши кривично дело силовања, отме жртву, односно против њене воље је одведе у свој стан. Отмица се у том случају појављује као средство извршења кривичног дела силовања, са којим се, према овом правилу, налази у идеалном стицају.

Вид. и G. G. Cabada, „Concurso medial de delitos“, *Estudios Penales y criminológicos* 13/1988-1989, Universidad de Santiago, 153 – 206.

### 3.2.2. Реални стицај

Реални стицај представља феноменолошки облик плуралитета кривичних дела, заснован на предузимању више самосталних радњи извршења од стране учиниоца, које су за последицу имале остваривање више законских описа бића кривичних дела, уз испуњен услов да се за сва та дела истовремено суди.<sup>270</sup>

Баш као и у случају идеалног стицаја, законска регулатива не садржи посебна одређења у погледу његове правне природе, већ само правила по којима се утврђује начин одмеравања казне. Будући да се ради се о тежем облику стицаја, то по правилу подразумева и другачије приступе у утврђивању правних последица, у односу на његов формални облик. Међутим, у компаративном праву, уочава се и тренд постепеног брисања ових граница, заснован на унитарним моделима казне.

Ипак, суштински основи правне природе идеалног и реалног стицаја се разликују, имајући у виду да је институт реалног стицаја, детерминисан настојањима да се за плуралитет реализованих инкриминација изрекне јединствена казна<sup>271</sup>, док идеални стицај поседује и карактер особеног материјалног института кривичног права, што произлази и из саме идејне концепције о остваривању више законских описа бића кривичних дела предузимањем само једне радње извршења. Управо због таквих особености, код идеалног стицаја су се и јавиле дилеме о његовој подобности да конфигурише плуралитет кривичних дела. С друге стране, код реалног стицаја се не поставља питање оправданости плуралне квалификације, већ се целокупна проблематика своди на поступак одмеравања казне.

Реални стицај се може посматрати са две различите димензије, односно са тачке гледишта опште теорије кривичног права и теорије казне, сходно двострукој правној природи института стицаја кривичних дела, док је кривичноправни третман ове фигуре, заснован искључиво на опредељењу конкретног законодавног решења за одговарајући принцип одмеравања казне, што условљава и сам процес њеног утврђивања.

Тако, поред најједноставнијег принципа кумулације свих могућих казни, за ову материју, у савременом кривичном праву је од посебног значаја принцип асперације, који подразумева повећање највише утврђене казне, уз одређена ограничења, на основу чега се формира глобална (обједињена) казна. Такав поступак захтева неколико корака, који подразумевају: 1) утврђивање појединачних казни; 2) утврђивање базичне казне (најтеже од појединачних) и 3) агрвација (повећање) базичне казне, до одређених граница, у складу са принципом асперације.<sup>272</sup> Наравно, долази у обзир и примена принципа апсорпције, код најтежих казни, и то све у складу са предвиђеним општим максимумом.

У сваком случају, начин одмеравања казне за реални стицај, условљен је конкретним позитивноправним решењем, резервисаним искључиво за реални, или пак заједнички за оба облика стицаја, што је предмет посебног одељка, посвећеног кривичноправним последицама стицаја.

## 4. КРИВИЧНОПРАВНИ ТРЕТМАН СТИЦАЈА

У најопштијем смислу, идеални стицај се може одредити као облик плуралитета кривичних дела, који је заснован на постојању јединства радње. То указује да по својим

<sup>270</sup> З. Стојановић (2018), 239; Ј. Ђ. Таховић (1956), 183; Б. Чејовић (2006), 250. Суштину реалног стицаја одражава и констатација о сукцесији различитих, искуствено раздвојених противправних понашања, који може бити праћен оштријим правилима одмеравања казне. Вид. И. Вуковић (2022), 339.

<sup>271</sup> Ј. Таховић (1961), 261.

<sup>272</sup> С. Roxin (2014), 987.

компонентама делимично одговара привидном идеалном стицају, од којег се разликује по томе што омогућава паралелно постојање више законских инкриминација, при чему се свака вреднује у складу са правилима одмеравања казне предвиђеним у конкретном законодавству. Разумевање ове правне фигуре, условљено је адекватним разјашњењем њене две димензије – одређењем шта се подразумева под јединством радње у материји стицаја и какви казни ефекти се приписују плуралитету инкриминација реализованих путем такве радње.

Прво питање, као и однос између концепата јединства радње и јединства дела као формалистичког услова постојања идеалног стицаја, већ смо детаљно размотрили. Тиме је уједно разрешена проблематика дистинкције од реалног стицаја, условљена управо начином на који смо извршили разграничење концепата јединства и плуралитета радње.

Додатни елемент идеалног стицаја, који се односи на услове констатације плуралитета инкриминација, може се одредити у негативном смислу у односу на привидни идеални стицај, тачније као *непостојање логичких и вредносних конфигуришућих аспеката овог другог института*.

Правна концепција по којој плуралитет реализованих деликата не зависи од броја проузрокованих резултата (правних последица)<sup>273</sup>, представља окосницу института идеалног стицаја, из два разлога. Пре свега, са аспекта односа са привидним идеалним стицајем, омогућава успостављање границе између наведена два института, која се огледа у могућности да се учиниоцу припишу све реализоване инкриминације, односно да се идеални стицај третира као аутентични стицај. С друге стране, таква могућност дефинише и његов однос са реалним стицајем, где се разлика између две фигуре манифестује у броју радњи којима је остварен плуралитет кривичних дела.

Однос два облика аутентичног стицаја, након што је решено питање формалистичког основа на релацији јединство – плуралитет радње, манифестује се у два основна модела њиховог третмана – унитарног и диференцирајућег, у зависности од тога да ли су за њих прописане идентичне или различите правне последице. Осим тога, као релевантно питање се поставља и избор начина одређивања јединствене казне, која такође може варирати у зависности од конкретног законодавства.

Од посебног значаја је примена принципа апсорпције код идеалног стицаја, у случајевима где се он одређује као јединство дела, попут немачког и шпанског законодавства, што представља један од фактора његове дистинкције од привидног идеалног стицаја, који може чак условити и потпуно губљење граница између две правне фигуре на практичном плану.

Тешкоће у разграничењу између концепата јединства радње и плуралитета радње као темеља идеалног и реалног стицаја, као и релативност постављених граница, условљених околностима ситуационог карактера, може се рећи да су далеко ублажене у системима унитарне казне, због јединственог кривичноправног третмана. Међутим, то не умањује значај овог питања у материји стицаја, јер је утврђивање правне природе неког понашања, кључно за свеобухватно разумевање односа са другим релевантним концептима, а нарочито за примену правних конструкција чија је функција да под одређеним околностима искључе правила стицаја.

Наш законодавац, приликом прописивања одредби о стицају кривичних дела, користи термине „једна радња“ и „више радњи“, при чему изједначава у правним последицама оба случаја, опредељујући се унитарно решење у погледу правила за одмеравање казне.<sup>274</sup> С друге стране, поједине земље, попут Немачке, одвојено регулишу

---

<sup>273</sup> Е. Mezger, 217.

<sup>274</sup> Вид. чл. 60 ст. 1 и 2 КЗ.

идеални и реални стицај, означавајући прву категорију термином „јединство дела“<sup>275</sup>, што захтева појашњење релација између претходно описаних појмова.

Имајући у виду да ћемо се разграничењу привидног идеалног од идеалног и реалног стицаја у суштинском смислу, посветити у поглављу које се односи на поступак квалификације, у овом делу рада, размотрићемо институте идеалног и реалног стицаја са аспекта теорије казне, односно утицај појединих законодавних решења на диференцирање пенолошких ефеката аутентичног и привидног стицаја, што је од кључног значаја за одређење суштинских аспеката института привидног идеалног стицаја.

#### 4.1. Модели кривичноправног третмана

Феноменолошко испољавање облика стицаја у виду идеалне и реалне варијанте, условило је дуални карактер његовог кривичноправног третмана, оличен у моделу диференцирајућих система, са једне, и модела јединствене казне, са друге стране. Критеријум ове категоризације, заснован је на прихватању, односно негирању дистинкције правних последица формалног и материјалног стицаја у позитивним законодавствима европско–континенталног кривичног права.

На потпуно другачији модел третирања плуралитета дела, наилазимо у англосаксонском систему, који је заснован на правилима сличним правној акумулацији, без узимања у обзир релација јединство – плуралитет радње.<sup>276</sup> За разлику од тога, чак и оне земље континенталног права, које не раздвајају кривичноправни третман два облика стицаја, на основу поменутог критеријума, ипак донекле уважавају релевантност чињенице да је последица проузрокована појединачним актом, односно њиховим збиром, за шта је остављен простор приликом одмеравања казне, путем јединствених правила. Према томе, прихватање једног или другог система, не треба посматрати као апсолутно затворени круг, који је лишен могућности модификација у правцу уважавања критеријума броја предузетих радњи.

За разлику од система „тоталне казне“, схваћеног као збир свих појединачних санкција, резервисаног за облике реалног стицаја, који у савременим законодавствима добија бројне модификације, пре свега применог принципа асперације, односно постављања општих лимита, принцип „јединствене казне“ се у литератури користи за варијанту идеалног стицаја у диференцирајућим моделима и подразумева да се и поред више повређених инкриминација, изриче само једна, по правилу најтежа казна.<sup>277</sup>

Једно од најспорнијих питања у области материје стицаја, поред разграничења концепата јединства и плуралитета радње и правне природе идеалног стицаја, тиче се управо оправданости диференцијације у кривичноправном третману феноменолошких облика плуралитета кривичних дела, за шта се износе бројни противречни аргументи. Стога, у

---

<sup>275</sup> У члану 52 немачког Кривичног законика, који носи наслов „јединство дела“, прописано је да ће се изрећи само једна казна, уколико је истом радњом повређено више кривичних закона, или је пак више пута повређен исти кривични закон, при чему се у случају повреде више закона, та казна одређује према закону који предвиђа њену најтежу меру. Вид. П. Димитрије, С. Бејатовић, Ђ. Лазин, 27.

<sup>276</sup> J. P. Matus Acuña (2000b), 29. Међутим, и овде постоје извесни корективни механизми. Тако, околност да је једна особа проглашена кривом за плуралитет инкриминација, узима се у обзир путем примене тзв. „*Multi-Court Conviction*“, односно система раздвојених пресуда, чија идејна основа почива на томе да проста реитерација одређених понашања, односно увећање штете проузроковане једним понашањем, иако би дозвољавало повећање казне, не би могло да оствари утицај у смислу трансформације више мањих злочина у доживотну казну, односно више смртних казни.

Вид. E. Mezger, 332. Овај аутор, као две крајности у третману стицаја, наводи примере француског решења, заснованог искључиво на најтежој казни, са једне, и англосаксонског правила кумулације казни, са друге стране, док се као репрезентативни модел средишњег решења, истиче принцип асперације.

<sup>277</sup> J. Cuello Contreras (1979a), 75.



литератури се и поставља питање има ли смисла одржавање дистинкције између идеалног и реалног стицаја, односно да ли законодавац уопште треба да приступи прављењу диференцијације.<sup>278</sup> У том смислу, истиче се да иако у савременом кривичном праву, принцип унитарне казне потискује диференцирајући модел, чија је примена са криминално–политичког аспекта доста спорна, ипак постоје одређени разлози због којих се он задржао.<sup>279</sup>

Свакако, треба имати у виду да истоветност, односно различитост правних последица два облика стицаја, као компоненте теорије казне, има променљив карактер, условљен криминално–политичким факторима којима се води конкретно законодавство, због чега се може анализирати искључиво полазећи од индивидуалних решења. Те варијанте је могуће сврстати у групе, према обележјима која доминирају, али је тешко пронаћи два законодавства која на идентичан начин регулишу кривичноправни третман идеалног и реалног стицаја, чак и у оквирима истих модела.

Осим тога, у позитивном законодавству, наилазимо и на изостављање било каквих одредби које упућују на релевантност броја предузетих радњи извршења за одређивање казне за стицај, као што је, на пример, случај са француским Кривичним закоником. Ипак, то не доводи у питање диференцирање ова два облика на нивоу опште теорије кривичног права, где су критеријуми за постизање тог циља засновани на правилима која проистичу из њихове правне природе, а не из правних последица.

Самим тим, ова два аспекта не могу се у потпуности раздвојити, будући да опредељење за конкретни модел утврђивања казне, почива истовремено и на разумевању основних карактеристика института, њихових кључних поставки, међусобних релација и критеријума дистинкције.

Будући да се не могу издвојити универзална правила која одређују правне последице оба стицаја, ради утврђивања поставки поменутих модела, њихових предности и недостатака, поћи ћемо од конкретних законодавних решења у компаративном праву.

Значај разматрања компаративноправне регулативе у овој области, огледа се, пре свега, у сагледавању практичних последица различитих приступа поимању односа јединства и плуралитета кривичних дела, што се директно одражава и на релације између правог и привидног стицаја. Предуслов разумевања стицаја закона, укључујући и привидни идеални стицај, подразумева уважавање комплексности правних последица заснованих на раздвојеном или обједињеном поступку одмеравања казне за плуралитет реализованих инкриминација, манифестован путем једне или више радњи.

#### 4.1.1. Системи диференцијације

Прва варијанта кривичноправног третмана плуралитета кривичних дела, испољава се у концепту диференцирања ефеката идеалног и реалног стицаја.

У немачкој доктрини, као репрезентативном моделу система чије законодавно решење подразумева другачији третман идеалног стицаја од реалног, наводи се низ разлога оваког приступа, који су утемељени како на захтеву да се у случајевима реалног стицаја, због прецизности и јасноће узму у обзир све појединачне казне, тако и на неопходности да се узме у обзир већи степен невредности дела у тим случајевима. Овим разлозима се додаје и трећи,

---

<sup>278</sup> *Ibid.*, 52 – 53. У вези тога, указује се на гледиште немачког аутора Јешека, који истиче да би ипак требало задржати такву поделу, јер док је стицај закона просто питање интерпретације, препуштено доктрини и јуриспруденцији, у случајевима аутентичног стицаја, неопходна је симултана примена плуралитета кривичних дела, како би се обухватио комплетан садржај невредности неког дела. При томе, у исто време, правна последица мора проizaћи из комбинације различитих казних претњи чија примена долази у обзир.

<sup>279</sup> C. Roxin (2014), 942 – 943.

процесног карактера, базиран на принципу праведности, а то је да оптужени, ради своје одбране у поступку, мора познавати тежину сваког од кривичних дела за које му се суди у стицају.<sup>280</sup>

Идеални стицај се у овим системима, третира као облик јединства дела, а извесне варијације у погледу начину утврђивања казне, крећу се између принципа просте и пооштрене апсорпције, који имају утицај и на његов однос са привидним идеалним стицајем.

С друге стране, случајеви реалног стицаја, заснивају се углавном на принципима асперације и акумулације. Први подразумева да се за сваку радњу појединачно детерминише индивидуална казна, а затим на основу њих, формира глобална, обједињујућа, пооштравањем најтеже од њих, док се код акумулације, ради о простом збиру свих појединачних казни.<sup>281</sup> Постоје бројне варијације у погледу начина одмеравања казне, у зависности од одређења конкретног законодавца, односно саме казнене политике, али свакако је издвојеност идеалног стицаја, односно његов блажи кривичноправни третман у овим земљама, предуслов за постављање већих казних оквира за реални стицај, који се, као што ћемо видети, крећу чак и у правцу примене правне или материјалне акумулације казни. То свакако не би било могуће у условима неопходности балансирања са облицима идеалног стицаја, тачније формирањем обједињеног казног система, где се мора успоставити одговарајуће компромисно решење.

У прилог задржавању одвојеног кривичноправног третмана два облика стицаја, Мецгер указује да, иако се наизглед чини да би било оправдано приближити идеални стицај правилима реалног, ипак би тиме биле занемарени одређени критеријуми, који имају своје особено значење. Наиме, повреда више правних добара, нема ефекат само онда када се реализује путем плуралитета међусобно независних радњи, јер постоје случајеви у којима таква кумулација правних критеријума подразумева, управо кроз јединство дела, особито тешку казну.<sup>282</sup> Другим речима, може се рећи да идеални стицај поседује особени квалитет, који се мора уважити и у домену кривичноправног третмана.

За разумевање односа са (привидним) стицајем закона, од посебног је значаја и начин на који се одређује примена акцесорних казни, будући да, по правилу, и у случајевима идеалног стицаја, без обзира на диференцирајући модел, оне ће бити примењене, ако су предвиђене за неко од кривичних дела у његовом саставу.<sup>283</sup>

Овако постављене законитости односа два облика аутентичног стицаја, имају директан утицај на правне последице (привидног) стицаја закона, као и на практичну релевантност његове диференцијације од неаутентичног реалног стицаја. Свакако најзначајнија последица се огледа у отварању могућности диференцираног третмана облика привидног идеалног стицаја у ужем смислу, у односу на манифестације накнадног некажњивог дела. Затим, овај модел је, као што ћемо накнадно видети, створио предуслове за другачије разумевање граница између идеалног и привидног идеалног стицаја, нарочито путем конструкције *разјашњавајуће функције идеалног стицаја*, где се велики број феноменолошких манифестација привидног идеалног стицаја измешта из оквира ове правне фигуре и подвргава третману идеалног стицаја. То је омогућено управо оваквим законским решењем, које донекле може одбранили аргумент да се ипак остаје у домену поштовања забране *ne bis in idem*, као једног од фактора примене привидног стицаја закона. Осим тога,

---

<sup>280</sup> *Ibid.*, 943. Осим тога, као један од разлога одређења за диференцирани третман идеалног и реалног стицаја, наводи се и околност да идеални стицај треба посматрати са аспекта његове утемељености на забрани двоструког вредновања. Вид. А. Cuerdo Riezu (1991), 835 – 836.

<sup>281</sup> Е. Mezger, 328; С. Roxin, 981; З. Стојановић (2018), 327.

<sup>282</sup> Е. Mezger, 349. У вези тога, аутор наводи пример кривичног дела разбојништва у немачком законодавству, чија казна у великој мери превазилази ону која одговара појединачним делима.

<sup>283</sup> Вид. члан 54 ст. 4 немачког Кривичног законика.

једна од последица оваквог резоновања јесте и одбацивање алтернативитета као релевантног принципа решења.

С друге стране, у овом случају, не само да долази до потискивања привидног идеалног стицаја на рачун идеалног у поступку квалификације, него и предвиђени систем апсорпције тежи ка потпуном брисању граница између правних последица обе правне фигуре.

С обзиром на велики утицај на различите димензије института привидног идеалног стицаја, предуслов даљег изучавања суштинских аспеката института, односно самог поступка квалификације, разграничења од привидног реалног и идеалног стицаја, правних последица, али и предвиђених принципа решавања конфликта између законских норми, јесте познавање специфичности поменутог диференцирајућег модела и могућих варијанти његовог испољавања.

Полазећи од савременог компаративног законодавства, указаћемо на неколико различитих модела који припадају овом систему, имајући у виду да ћемо у разматрању различитих димензија института назначити и на њима утемељене доктринарне концепције. То се првенствено односи на немачки модел, будући да се настанак и развој теорије привидног стицаја закона, везује управо за поменути систем.

#### 4.1.1.1. Немачки модел

У одредбама члана 52 немачког Кривичног законика, предвиђено је да јединство дела, постоји ако је истом радњом повређено више закона, или је више пута повређен исти кривични закон, у којим случајевима се изриче само једна казна. Даље, у другом ставу се прецизира начин утврђивања јединствене казне, те се истиче да се она одређује према закону који прописује најтежу казну, уз ограничење да та казна не може бити блажа од оне предвиђене другим законима чија примена долази у обзир.<sup>284</sup> Уочава се, пре свега, да немачки законодавац користи термин „јединство дела“, а не идеални стицај, што је у директној вези са решењем по којем се у описаним случајевима казна одмерава у границама најтежег кривичног дела, уз постављање посебног минимума. Као што се може закључити, посебни максимум је одређен највишом вредношћу најтеже предвиђене казне, док је посебни минимум ограничен казном предвиђеном за најлакше кривично дело у стицају. Ово је важно истаћи, будући да је од значаја за поређење са правним последицама привидног идеалног стицаја, које се, као што ћемо накнадно видети, такође крећу у истом правцу, у складу са принципом комбинације.<sup>285</sup>

С друге стране, реални стицај (чл. 53 и 54), подразумева изрицање збирне казне, у складу са принципима асперације, односно обавезне и факултативне акумулације, уз извесне механизме корекције тако утврђене казне.<sup>286</sup> Поступак формирања овакве казне, заснован је

---

<sup>284</sup> М. Bohlander, *The German Criminal Code – A Modern English Translation*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2008, 51 – 52. Вид. чл. 52 немачког Кривичног законика.

Другим речима, изречена казна не може бити блажа од оне која је предвиђена за најлакше кривично дело. Вид. П. Димитрије, С. Бејатовић, Ђ. Лазин, 27.

<sup>285</sup> Вид. поглавље Правне последице, *infra*, 579 фн. 7.

<sup>286</sup> У одредби члана 53 немачког Кривичног законика, предвиђено је да ће у случају када учинилац изврши више од једног кривичног дела, за која му се истовремено суди, односно за која је предвиђено више од једне казне затвора или више од једне новчане казне, бити изречена једна збирна казна. Та јединствена казна, у складу са одредбама члана 54, подразумева примену принципа асперације, заснованог на повећању најтеже индивидуалне казне, односно у случају различитих врста казни, повећањем оне која је по својој природи најтежа, уз ограничење да као таква не може бити већа од збира свих индивидуалних казни, као и ограничења у зависности од њене врсте. Такође, предвиђено је изрицање само једне казне доживотног затвора, уколико је та санкција предвиђена за било које од кривичних дела у стицају.

на неколико корака, укључујући најпре утврђивање појединачних, независних казни за свако од кривичних дела у стицају, затим утврђивање почетне (базичне) казне и на крају примена принципа асперације, до оне границе која је одређена као апсолутни максимални лимит, чиме се формира нови казнени оквир.<sup>287</sup>

Као што се може уочити, прописан је различит кривичноправни третман идеалног од реалног стицаја<sup>288</sup>, а из описаних правила, могу се извести закључци о изједначавању правних последица привидног идеалног и идеалног стицаја, па се поставља питање релевантности њихове диференцијације у практичном смислу, што ће бити предмет детаљног разматрања у посебном поглављу овог рада.

На основу оваквог кривичноправног третмана, поред прописаних правила, оличених у примени најтеже казне, уз предвиђена ограничења, као последица која му придаје стицајни карактер, издваја се првенствено декларација кривице<sup>289</sup>, што подразумева да се у пресуди морају навести сва појединачна кривична дела у његовом саставу. Управо тај фактор, иако искључиво формалистичког карактера, појављује се као одлучујући у процесу диференцирања од привидног идеалног стицаја.

#### 4.1.1.2. Шпански модел

Посебан начин регулисања идеалног стицаја, према одредбама члана 77 шпанског Кривичног законика<sup>290</sup>, за разлику од немачког законодавства, подразумева примену принципа поштрене апсорпције. Осим тога, још једна специфичност, огледа се у предвиђању посебног облика – *медијалног идеалног стицаја*.

Тако, предвиђено је да се правила реалног стицаја (чл. 73)<sup>291</sup>, неће применити уколико су једном радњом реализована два или више кривичних дела, односно када је једно од њих неопходно средство за извршење другог. Када је реч о начину утврђивања казне, у чл. 77 ст. 2, прописано је да ће се применити она која одговара најтежем кривичном делу, али у својој горњој половини, при чему не сме бити већа од збира појединачних казни чија би примена могла доћи у обзир. Уз то, прописано је још једно ограничење, оличено у правилу да тако изречена казна свакако не може прећи лимит одређен у чл. 76 истог закона, а уколико он буде превазиђен, у том случају ће се учинилац казнити одвојено за сваку инкриминацију.<sup>292</sup>

<sup>287</sup> С. Roxin (2014), 987 – 990. Тај казнени оквир се креће у распону чији је минимум увећана базична казна, а максимум не може да пређе збир појединачних казни, односно одговарајуће вредности у зависности од врсте казне (15 година код казни лишења слободе, односно 700 дневних износа код новчане казне).

<sup>288</sup> Иако немачко законодавство традиционално подразумева примену диференцирајућег модела, Пројекат немачког Кривичног законика из 1927. године, према одредбама чл. 65, није узео у обзир дистинкцију између идеалног и реалног стицаја. Вид. Е. Mezger, 348.

<sup>289</sup> *Ibid.*, 345.

<sup>290</sup> Ley Orgánica 10/1995, *Boletín Oficial del Estado*, Num. 281, 24.11.1995, Jefatura del Estado, 33987 – 34058.

<sup>291</sup> Овом констатацијом из чл. 77, ст. 1 Кривичног законика Р. Шпаније, искључује се не само примена правила реалног стицаја (чл. 73), односно посебна ограничења висине казне, предвиђена у чл. 76, већ и одредбе члана 74, којима се регулише институт продуженог кривичног дела.

<sup>292</sup> Чланом 76, предвиђено је да максимум ефективне казне за реални стицај, не може достићи троструку висину најтеже од њих, из чега произлази да ће остале бити потиснуте онда када једна од њих покрије тај максимум, који не сме прећи 20 година. Изузеци су предвиђени у следећим случајевима: 1) 25 година затвора – уколико је учинилац оглашен кривим за два или више кривичних дела, а једно од њих има предвиђену казну затвора до 20 година; 2) 30 година затвора – уколико је учинилац оглашен кривим за два или више кривичних дела, а за једно од њих је предвиђена казна затвора већа од 20 година; 3) 40 година затвора – уколико је учинилац оглашен кривим за два или више кривичних дела, а барем два од њих предвиђају казну која прелази 20 година затвора; 4) 40 година затвора – ако је учинилац оглашен кривим за два или више

На основу анализе чл. 77, односно у њему постављених распона казне, у литератури се истиче да је у конкретном случају реч о примени принципа комбинације, будући да ће се она кретати између максимума који одговара најтежем деликту и минимума ограниченог казнама за друге кривичноправне забране, односно неће бити стриктно везана за горњу границу најтеже од њих.<sup>293</sup> Међутим, разматрајући могућу хипотезу да се код идеалног стицаја заправо предвиђају два лимита, од којих је један конституисан на основу највишег ступња казне предвиђене за најтежи деликт, а други везан за њихов збир у случају појединачног третирања сваке инкриминације по правилима реалног стицаја, ипак се заузима опонентан став да се не ради о алтернативним казним максимумима, будући да је други предвиђени лимит само релативног карактера.<sup>294</sup>

Уочава се да је за разлику од реалног стицаја, који подразумева примену правила материјалне акумулације, са прописаним ограничењима, идеални стицај базиран на принципу поштрене апсорпције, уз могућност чак и супсидијарне примене правила реалног стицаја, уколико су она повољнија за учиниоца.<sup>295</sup> Тај закључак произлази управо из констатације да ће се применити правило одвојеног кажњавања за сваку инкриминацију, уколико казна која би била изречена у складу са правилима идеалног стицаја, пређе лимит предвиђен одредбама чл. 76.

Насупрот томе, реални стицај, у складу са чл. 73, подразумева да ће се учиниоцу изрећи све казне које одговарају симултано реализованим законским описима кривичних дела, уколико је то могуће, имајући у виду њихову природу и ефекте, уз ограничења предвиђена чланом 76. Према томе, ради се о простом збиру казни предвиђених за појединачна кривична дела, без обзира да ли су она хомогеног или хетерогеног карактера.<sup>296</sup>

У погледу односа са правним последицама привидног идеалног стицаја, јасно је да принцип поштрене апсорпције, за разлику од опште, донекле дозвољава балансирање ефеката две правне фигуре.

#### 4.1.1.3. Италијански модел

Идеални стицај, регулисан је у италијанском законодавству у чл. 81 Кривичног законика<sup>297</sup>, заједно са институтом продуженог кривичног дела. Наиме, у ст. 1, предвиђено је да ће се учинилац који једном радњом или пропуштањем прекрши више законских норми, или пак више пута исту законску норму, казнити оном казном коју би му требало изрећи за најтеже кривично дело, увећану до три пута. Иста казна је предвиђена и за учиниоца који предузимањем више радњи, или пропуштањем, реализујући исту криминалну одлуку, такође почини више повреда истих или различитих законских норми. Ограничење такве казне везује се за правило да она не може бити већа од оне која би се могла изрећи за реални стицај.

---

кривичних дела, због припадности терористичкој организацији или групама, а за било које од тих кривичних дела из наведене групе је забрањена казна затвора већа од 20 година.

Још једна специфичност се огледа управо у постојању посебних правила утврђивања горње половине казне, на основу посебног минимума и максимума.

<sup>293</sup> J. Cuello Contreras (1979a), 78.

<sup>294</sup> J. C. Contreras (1979b), 471 – 472. Аутор закључује да одредбе члана 71 предвиђају посебни максимум на основу опсега деликта за који је прописана најтежа казна, уз могућност њене примене у свом највишем ступњу, те да би уважавање оне која проистиче из збира прекршених кривичноправних забрана, водило ка реалном стицају, што заправо није била интенција законодавца.

<sup>295</sup> J. P. Matus Асуња (2000b), 28.

<sup>296</sup> Вид. J. Cuello Contreras (1979a), 185.

<sup>297</sup> Codice Penale, Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398 (Approvazione del testo definitivo del Codice Penale).

Као што се може уочити, изједначен је третман продуженог кривичног дела и идеалног стицаја, односно казна се у оба случаја одмерава увећањем најтеже предвиђене санкције.<sup>298</sup>

С друге стране, правила реалног стицаја, италијански законодавац прописује у зависности од висине казне прописане за дела у стицају. Тако, у чл. 72, предвиђено је да ће се учиниоцу више кривичних дела, од којих свако предвиђа доживотну казну, изрећи та казна са дневном изолацијом у трајању од 6 месеци до 3 године, док ће у случају стицаја кривичног дела за које је прописана доживотна казна, са једним или више других кривичних дела, у одређеном трајању (више од 5 година), применити доживотна казна затвора, са дневном изолацијом у времену од 2 до 18 месеци. Осим тога, уколико више кривичних дела, извршених од стране истог учиниоца подразумевају казне лишења слободе у одређеном трајању, исте врсте, примениће се само једна од њих, у периоду идентичном укупном трајању свих појединачних казни, које би требало да буду изречене (чл. 73 ст. 1). Такође, новчане казне исте врсте, примењују се у целости (чл. 73 ст. 2).

С друге стране, уколико се ради о казнама лишења слободе различите врсте, исте се примењују одвојено и у целости (чл. 74), што важи и за новчане казне. Ограничења су предвиђена чланом 78, а подразумевају да казна не може бити већа од петоструке вредности најтеже казне, а у сваком случају не сме прећи одређене таксативно набројане вредности.<sup>299</sup>

#### 4.1.2. Систем обједињујућег правила одмеравања казне

Насупрот систему диференцијације, издваја се приступ утемељен на изједначавању пенолошких ефеката идеалног и реалног стицаја, који смо означили као *систем обједињујућег правила одмеравања казне*.

Као једна од предности обједињујућег модела, издваја се пре свега погодност принципа асперације, који би под тим условима важио у оба случаја, да адекватно узме у обзир сваку појединачну казну, чиме се отклања приговор њене недовољне јасноће и прецизности код реалног стицаја у овим системима.<sup>300</sup> С друге стране, разматрајући савремене тенденције, оличене у његовој замени принципом унитарне казне, Роксин указује да се на тај начин деликти у односу реалног стицаја, приписују идеалном, што заправо није циљ законодавца.<sup>301</sup>

Свакако, треба имати у виду да изједначавање третмана идеалног и реалног стицаја, може да се манифестује на различите начине, односно применом различитих принципа, који не морају нужно подразумевати апсорпцију, односно давање предности модалитету тзв.

---

<sup>298</sup> J. P. Matus Acuña (2000b), 28. Вид. и G. Fiandaca, E. Musco, 197; S. Donato Messina, S. Messina, G. Spinnato, *Diritto penale: manuale breve, Tutto il programma d'esame con domande e risposte commentate*, Giuffrè Editore, 2010, 229 – 230.

<sup>299</sup> У сваком случају, тако изречена казна не сме прећи: 1) 30 година – у случају казне затвора; 2) 6 година – код притвора, 3) одређене новчане износе – код новчаних казни, уз могућност њиховог повећања према одредбама чл. 133. За казне лишења слободе различите врсте, такође важи ограничење од 30 година затвора Вид. чл. 78 италијанског Кривичног законика.

<sup>300</sup> C. Roxin (2014), 943. Осим тога, у прилог оваквом решењу, истичу се и аргументи утемељени на томе да супротна концепција, оличена у раздвајању ефеката идеалног и реалног стицаја, представља екстремно решење, које спречава адекватно уважавање свих релевантних последица проистеклих из једног или другог стицајног решења. Осим тога, поред поменутих методолошких, наводе се и предности практичне, материјалне, као и криминално–политичке природе. Тако A. Cuerda Riezu, „El concurso de delitos en el Borrador de anteproyecto de código Penal de 1990“, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 3/1991, 826 – 830.

<sup>301</sup> C. Roxin (2014), 958.

„једне казне“, по правилу најтеже од предвиђених.<sup>302</sup> Доказ за то је и наше законодавно решење, које одликује управо комбинација принципа асперације, апсорпције и кумулације, уз давање предности првом облику.

Стога, у оквиру унитарних система, можемо разликовати два модела: 1) систем примата „најтеже казне“ (Швајцарска, Аустрија); 2) систем комбинације (Србија).

Одрживост оваквог решења, као и аргументи који се у доктрини истичу против њега, морају се посматрати управо у зависности од опредељења за један од два наведена модела, јер одређене критике на рачун првог, не морају нужно утицати на погодности другог. У том смислу, неки од контрааргументата, своде се на постојање опасности да судија занемари констатацију реализације појединачних кривичних дела, те да се не узму у обзир стриктни критеријуми по којима се детерминише казна.<sup>303</sup>

С друге стране, у прилог оваквом решењу, истичу се тешкоће у утврђивању домашаја јединства и плуралитета радњи, као основа диференцијације идеалног и реалног стицаја, које су у несразмери са њеним практичним значајем<sup>304</sup>, као и сложеност процеса утврђивања тоталне – јединствене казне, засноване на уважавању сваке од њих појединачно.<sup>305</sup> Осим тога, без обзира што су правне последице формално изједначене, суду и даље остаје на располагању могућност да узме у обзир чињеницу да ли је последица остварена предузимањем једне или више радњи извршења.

Утицај оваквог модела на институт (привидног) стицаја закона, манифестује се у истим областима као и диференцирајући систем, остављајући веће могућности раздвајања практичних ефеката ове правне фигуре и идеалног стицаја, уз истовремено брисање граница у односу на манифестације неаутентичног реалног стицаја.

У групу модела унитарне казне, поред нашег, између осталих, спадају и законодавства Француске, Швајцарске и Аустрије, чија ћемо решења у наставку изложити.

#### 4.1.2.1. Србија

У члану 60 Кривичног законика Р. Србије<sup>306</sup>, у оквиру поглавља под називом „Стицај кривичних дела“, путем обједињене законске одредбе, уз изостављање доктринарних термина „идеални“ и „реални“ стицај, прописује се да ће суд, у случају када учинилац једном радњом, или са више радњи, учини више кривичних дела за која му се истовремено суди,

---

<sup>302</sup> То је случај, на пример, са швајцарским и аустријским законодавним решењем. На ову правилност, указује и Мецгер, истичући да иако поменути модел обично подразумева изједначавање третмана идеалног и реалног стицаја, то правило није без изузетка. Вид. Е. Mezger, 349.

Осим тога, постоје чак и опречна схватања о правилима за утврђивање распона јединствене казне, засноване на најтежој од њих, која се крећу између њене половине (Шмит), па до двоструке вредности (Јешек). Вид. J. Cuello Contreras (1979a), 80.

<sup>303</sup> J. Cuello Contreras (1979a), 62 и 79. Ово важи за случајеве где се узима у обзир само једна, по правилу најтежа казна. То је уско повезано и са аргументом изостанка правне сигурности, услед тога што судија нема обавезу да заснује своју одлуку на бази примењених казних типова.

<sup>304</sup> С. Roxin (2014), 943. Указује се да судови теже ка томе да квантитет казне утврђују управо на обједињеној процени, а да је уз то спорно и да ли је увек оправдана таква диференцијација.

Околност постојања танке границе између идеалног и реалног стицаја, односно непостојања довољно прецизних критеријума њихове диференцијације, појављује се као главни аргумент прихватања обједињујућег правила одмеравања казне и у домаћој доктрини. Вид. И. Вуковић (2022), 340.

<sup>305</sup> J. Cuello Contreras (1979a), 75. Указује се да је тај процес вештачки и формалистичког карактера, будући да пут ка јединственој казни треба да буде заснован на вредновању кривице учиниоца, манифестоване у његовим актима, а не путем медијације сваке појединачне казне.

<sup>306</sup> Кривични законик Р. Србије, *Службени гласник* бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019).

претходно утврдити казне за свако од тих дела, а потом изрећи јединствену казну у складу са правилима предвиђеним у ст. 2 истог члана.

Дакле, у оба случаја, полази се од хипотезе да се ради о правом плуралитету кривичних дела, без обзира да ли је он последица једне радње или више њих, чиме се дефинитивно одбацује схватање о поимању идеалног стицаја као облика јединства кривичних дела, на које наилазимо у једном делу компаративног законодавства.

Начин одмеравања казне, постављен је у складу са комбинованим системом, где се код казне затвора, као примарни примењује принцип асперације, заснован на правилу да ће суд повисити најтежу утврђену казну, уз ограничење да она не сме достићи збир утврђених казни, нити прећи 20 година затвора. У случају да је за неко од тих кривичних дела, утврђена казна доживотног затвора, у складу са принципом апсорпције, примениће се само та казна. Још један изузетак, предвиђен је за лакша кривична дела (казна затвора до 3 године), где ограничење јединствене казне износи до 10 година затвора.

Кумулација је задржана за кривична дела за која је утврђена само новчана казна, тако да ће се она изрећи у мери која одговара њиховом збиру, уз посебно ограничење да не сме прећи прописани износ, што важи и за казну рада у јавном интересу.

Иако законодавац не употребљава термине *идеални* и *реални* стицај, ипак наглашава релацију јединства и плуралитета радњи, чиме се посредно указује на релевантност ове поделе, пре свега у домену одмеравања казне у оквирима утврђених правила. Стога, овај критеријум би требало да представља фактор њеног приближавања горњој или доњој граници распона.

#### 4.1.2.2. Француска

На одређење појма стицаја у генералном смислу, без указивања на фактор броја предузетих радњи, наилазимо у француском законодавству. У одредбама члана 132 – 2 француског Кривичног законика<sup>307</sup>, прописано је да постоји стицај, уколико је кривично дело извршено од стране једног учиниоца, пре него што је он дефинитивно осуђен за другу инкриминацију.

За такав случај, када се у истом поступку, учинилац оптужи за више кривичних дела у стицају, свака од предвиђених казни може бити изречена, с тим што, ако су у питању казне различите природе, може се изрећи само једна врста, у оквиру законског максимума, која се тада сматра заједничком (чл. 132 – 3 ст. 1 и 2).

Анализом изнетих правила, закључује се да се ради о јединственом стицајном систему, заснованом на материјалној акумулацији, уз изузетак предвиђен за казне различите врсте, који подразумева вид апсорпције.<sup>308</sup>

Остали сегменти стицајне регулативе, тичу се правила у случају да је учинилац у раздвојеним поступцима осуђен за неколико конкурентних кривичних дела (чл. 132 – 4), односно појашњења шта се подразумева под казнама сличне природе, као и посебних ограничења у зависности од висине примењивих казни (чл. 132 – 5).<sup>309</sup>

<sup>307</sup> Code pénal (Mise à jour du 2022-03-04), <https://codes.droit.org/PDF/Code%20p%C3%A9nal.pdf>, 5. фебруар 2022. године.

<sup>308</sup> J. P. Matus Асућа (2000b), 28 – 29.

<sup>309</sup> У ставу 3, чл. 132 – 5, прописано је да, уколико је казна доживотног затвора предвиђена за једно или више кривичних дела у стицају, али није изречена у конкретном случају, законски максимум износи 30 година затвора.



#### 4.1.2.3. Аустрија и Швајцарска

У духу феноменолошког одређења стицаја као ситуације када је учинилац извршио више кривичних дела, предузимањем једне или више радњи, његов кривичноправни третман, условљен је чињеницом да ли се ради о кривичним делима исте или различите врсте.

Тако, примена јединствене казне, према кривичном делу које предвиђа најтежу од њих, у складу са одредбама чл. 28 ст. 1 Кривичног законика Аустрије<sup>310</sup>, прописана је у случају када је учинилац извршио више кривичних дела, са предвиђеним казнама исте врсте, уз ограничење да она не може бити нижа од оне предвиђене најлакшим кривичним делом. С друге стране, ако је за нека од кривичних дела у стицају предвиђена казна затвора, а за друга новчана казна, изрећи ће се обе у складу са изнетим правилима. (чл. 28 ст. 2).

Један од репрезентативних модела унитарне казне представља и швајцарско решење, по којем ће се у случају да је учинилац извршењем једног или више кривичних дела, испунио услове за изрицање две или више казни идентичне природе, истом изрећи казна за најтеже кривично дело, увећана на одговарајућем нивоу, уз правило да се максимални износ не може повисити за више од половине, као и ограничење у вези законског максимума те врсте казне (чл. 49 Кривичног законика Швајцарске).<sup>311</sup> Као што се може закључити, ради се о посебној варијанти принципа поштрене апсорпције.

---

<sup>310</sup> Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch – StGB), [https://www.legislationline.org/download/id/8548/file/Austria\\_CC\\_1974\\_am122019\\_de.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/8548/file/Austria_CC_1974_am122019_de.pdf), 5. фебруар 2022. године.

<sup>311</sup> Swiss Criminal Code of 21 December 1937 (Status as of 1 July 2021), [https://www.legislationline.org/download/id/9949/file/SWITZ\\_Criminal%20Code\\_as%20of%202021-07-01.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/9949/file/SWITZ_Criminal%20Code_as%20of%202021-07-01.pdf), 5. фебруар 2022. године.

## IV ПОГЛАВЉЕ

### ТЕОРИЈЕ ДОМАШАЈА ПРИВИДНОГ ИДЕАЛНОГ СТИЦАЈА

Једно од најспорнијих питања у материји теорије (привидног) стицаја закона, тиче се домашаја наведене правне конструкције, чија примена омогућава квалификацију утемељену на само једном законском опису бића кривичног дела, у зависности од тога да ли се искључује стицај заснован на јединству радње, или пак на њиховом плуралитету. То истовремено поставља питање релевантности категоризације на *привидни идеални* и *привидни реални* стицај, односно, прецизније речено, на облике (привидног) стицаја закона засноване на јединству или на плуралитету радње<sup>1</sup>, а самим тим и проблематике утврђивања јединства радње која је иначе спорна у материји стицаја.

Међутим, постоје бројне дилеме већ при самом утврђивању релевантног појмовног апарата, што захтева опрез у коришћењу употребљених израза, нарочито у поређењу са ставовима у компаративној доктрини, односно јасно разграничење домашаја и садржаја који се крију иза релевантних термилошких одредница у конкретном систему.

Већ смо приликом појмовног одређења (привидног) стицаја закона, указали да је реч о конструкцији која у свом ужем значењу одговара појму привидног идеалног стицаја, тачније да је реч о синонимима. Из тога произлази да случајеви негације стицаја, засновани на плуралитету радње, излазе из домена ове конструкције, формирајући на тај начин сегмент шире категорије привидног стицаја као једног од облика јединства, паралелног са (привидним) стицајем закона.

Проблематика домашаја разматраног института није пак условљена овом категоризацијом, у односу на коју је јасно да је реч о облицима јединства (кривичног дела), утемељеним на другачијим законитостима, као што смо могли видети приликом разматрања категоризације стицајних концепата. Напротив, она је одређена особеним критеријумима, односно категоризацијом по истом критеријуму јединства радње, која се врши на другом нивоу, у склопу самог концепта (привидног) стицаја закона, схваћеног у ширем смислу. Стога је на самом почетку важно напоменути да је реч о супротстављању привидног идеалног и привидног реалног стицаја на другом нивоу, где би ипак било адекватније говорити о поимању (привидног) стицаја закона, односно привидног идеалног стицаја у ужем или у ширем смислу.

То само по себи отвара компликовано питање везано за дистинкцију између јединства и плуралитета радњи, који се налазе у основи класификације на идеални и реални стицај, тачније релативност те границе, али и проблематику јединства радње утемељене на плуралитету појединачних аката, односно начину њеног поимања са аспекта привидног стицаја закона у контексту теорије домашаја.

Иако се условно може рећи да примена (привидног) стицаја закона не зависи од утврђивања стицајних релација, ипак се у изражавању његових феноменолошких манифестација, није могао избећи критеријум диференцирања основних облика плуралитета кривичних дела, чије је уважавање за последицу имало формирање две групе теорија – унитарних и диференцирајућих. Критеријуми на којима се темељи ова подела, постављајући границе класичном институту (привидног) стицаја закона, истовремено посредно одређују и

---

<sup>1</sup> Ово је важно напоменути, будући да се ради о дистинкцији другог нивоа, у односу на ону која подразумева разликовање (привидног) стицаја закона, означеног и термином „привидни идеални стицај“, са једне, и облика неаутентичног (привидног) реалног стицаја, са друге стране.

правну природу истог. Осим тога, према неким теоретским гледиштима, идеални стицај се такође сврстава у један од облика стицаја закона<sup>2</sup>, што додатно компликује питање његовог разграничења у односу на привидни идеални стицај.

На дискрепанцију схватања о домашају теорије привидног стицаја закона, указује и једно од гледишта немачке доктрине из друге половине XIX века, а своди се на укључивање у ову категорију како облика правног јединства, односно тзв. „деликата обједињених у сопственом смислу“ (сложена кривична дела) и случајева објеката недетерминисаног броја, тако и категорије *накнадних некажњивих дела*, као ентитета где један деликт у свом концепту апсорбује узастопне кажњиве радње.<sup>3</sup>

Према унитарној теорији, јединствени систем правила (привидног) стицаја закона обухвата све облике привидног идеалног стицаја (облика утемељених на јединству радње), као и варијанте, условно речено, привидног реалног стицаја у ужем смислу (облика утемељених на плуралитету радње), односно његове форме које су засноване на релацијама супсидијаритета и консумпције, што се са феноменолошког аспекта своди на *претходна* и *накнадна* некажњива дела.

Сама чињеница да је у одређеним ситуацијама тешко успоставити чак и терминолошку диференцијацију, додатно указује на комплексност њихових релација. Стога, термин привидног идеалног стицаја у значењу посебног облика (привидног) стицаја закона заснованог на једној радњи, може доћи у колизију са термином привидног идеалног стицаја схваћеног као синоним за (привидни) стицај закона у генералном смислу и о томе у сваком тренутку морамо водити рачуна, приликом разматрања његових појединачних аспекта. Осим тога, и у компаративном кривичном праву, наилазимо на различите варијетете у значењу употребљених термина, што додатно отежава обједињену анализу свих релевантних сегмената института.

Питање домашаја привидног стицаја као особене правне категорије, може се посматрати са више различитих аспеката, који се заправо налазе у основи особених димензија изучавања института. Као два кључна проблема у овој области, у литератури се наводе проблематика броја релевантних принципа решења са једне, односно кривичноправни положај концепта *накнадног некажњивог дела*, са друге стране.<sup>4</sup> Поред тога, Јешек указује да се јединство закона може манифестовати као привидни идеални или привидни реални стицај, као и да се ограничење овог института мора вршити према другим критеријумима.<sup>5</sup> Наведена питања се појављују као основи даљег разматрања поменутих аспеката теорије привидног стицаја, а отварају и суштинску дилему о оправданости рашчлањавања јединственог института.

Изучавању проблематике домашаја (привидног) стицаја закона, односно привидног идеалног стицаја, приступићемо са три различите тачке гледишта. Пре свега, саме класификације феноменолошких манифестација, као продукт традиционалног приступа разматрању стицајних концепата, могу послужити у теоријске сврхе, без обзира да ли такву поделу сматрамо релевантном за суштинске принципе и поставке института. Тиме се делимично задире у однос између феноменолошких облика испољавања (привидног) стицаја закона, са једне, и принципа који се користе у решавању конфликта између законских норми, са друге стране. Са наведеним питањем, уско су повезане и теорије практичног домашаја,

<sup>2</sup> У вези диференцирања две теорије о правној природи идеалног стицаја, вид. Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, 719.

<sup>3</sup> Вид. Ј. Р. Matus Асуња (2000а), 301 фн. 36. Међутим, износећи ово схватање немачког теоретичара Шуца (*Schütze*), аутор затим додаје да поменути трећи случај ипак није дуго остао у оквирима теорије стицаја закона, истичући да се ради о посебној категорији накнадних некажњивих дела, чиме заправо указује на превагу диференцирајућих теорија.

<sup>4</sup> R. Maurach, K. H. Gössel, H. Zipf (1978), 315.

<sup>5</sup> Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, 733.

које нагласак стављају управо на правну природу различитих облика испољавања, по истом критеријуму, враћајући нас на терен категоризације облика јединства (кривичног дела). На крају, размотриће се веза поменутих аспеката домашаја, са бројем принципа решења, као централних категорија института, оличених у монистичким и плуралистичким концепцијама.

## 1. Основи теорија домашаја

Фундаменталне поставке теорија домашаја института (привидног) стицаја закона, у општем смислу, везују се за правне концепте јединства и плуралитета радњи, на којима се темељи подела на идеални и реални стицај. Аналогно наведеним стицајним категоријама, поставља се као релевантно, питање да ли у домену института (привидног) стицаја закона, постоји утицај ове поделе у погледу његовог кривичноправног третмана, односно опсега примене, или се ради само о особеном приступу класификацији релевантних феноменолошких манифестација разматране правне фигуре. Ово питање је од великог значаја, будући да условљава како важне аспекте поступка диференцијације од облика аутентичног стицаја, тако и његове саме правне природе, а има утицај и на опсег примене појединих принципа решења.

Наиме, проблематика се може кретати у два правца. На првом месту, поћи ћемо од схватања које заступа, између осталих, и немачки аутор Јешек (екстензивно гледиште), утемељеном на хипотези да случајеви (привидног) стицаја закона, могу да се испоље како у идеалној, тако и у реалној варијанти. С обзиром на то да се идеални и реални стицај разликују захваљујући базичним концептима (јединства и плуралитета радње), по аналогiji, сматра се да исто тако и облик тзв. „јединства закона“, може да се испољи у обе варијанте, односно како у форми привидног (неправог) идеалног стицаја, тако и у форми привидног реалног стицаја.<sup>6</sup>

Као што се може закључити, у средишту наведене проблематике, налази се подела на стицајни и интерпретативни карактер (привидног) стицаја закона. Наиме, јасно је да издвајање ове две форме манифестације предметног института, директно упућује на својства стицаја, аналогно са одговарајућом поделом облика аутентичног стицаја. С друге стране, у литератури наилазимо и на гледишта превасходно утемељена на интерпретативним поставкама, која произлазе из констатације да на терену (привидног) стицаја закона, губи на значају дистинкција између јединства и плуралитета радње. То указује да ће у интерпретативном процесу, исход бити примена само једне од законских норми, без обзира на то да ли је она интегрисана путем једне или више радњи.<sup>7</sup>

Имајући у виду да је подела на стицајни и интерпретативни карактер института, у практичном смислу релевантна првенствено за домен правних последица института, то директно упућује и на два приступа са којих треба посматрати наведену дистинкцију између случајева (привидног) стицаја закона. Наиме, циљ формалистичког диференцирања екстензивне и рестриктивне варијанте, који условљава домашај института, имао би смисла једино ако се посматра из угла различитих правних ефеката привидног идеалног и привидног реалног стицаја. На тај начин и треба схватити доктринарну класификацију на унитарне и диференцирајуће теорије, која се врши управо по наведеном критеријуму. У случају изостанка такве разлике, наведена подела остаје чисто теоријског карактера и заснива се на темељу диференцирања истог облика јединства, које произлази из поставки (привидног) стицаја закона, у зависности од поменутог критеријума формалистичке природе.

---

<sup>6</sup> М. А. Arce Aggeo, 157 – 158.

<sup>7</sup> *Ibid.*, 161.

То би требало разликовати од проблематике категоризације стицајних концепата на првом нивоу, коју смо већ детаљно размотрили. Наиме, у том домену, (привидни) стицај закона и привидни реални стицај појављују се као сегменти генеричке категорије привидног стицаја, односно облика правног јединства који теоријски може обухватити концепције различите правне природе, чија је суштина да представљају облик јединства кривичног дела, у смислу унитарне квалификације.<sup>8</sup>

Управо на тим поставкама и почива подела на унитарне и диференцирајуће теорије, која је, као што ћемо видети, изазвала бројна опречна гледишта у доктрини. У најопштијем смислу, као увод у описану проблематику, може се рећи да се у основи ове поделе заправо налази одговор на питање да ли се случајеви *накнадних некажњивих дела* сматрају садржаним у концепту (привидног) стицаја закона, односно да ли представљају облик јединства који произлази из правила овог института или имају самостални карактер, а у складу са тим и другачији кривичноправни третман.

По нашем мишљењу, одговор треба тражити, између осталог и у домашају концепта јединства радње, који се поклапа са условима постојања овог елемента код идеалног стицаја. Другим речима, то зависи од протезања и домашаја јединства радње као услова (привидног) стицаја закона. Стога, проблем није једнодимензионалног карактера, тако да ћемо као најадекватнију варијанту изабрати хипотезу о укључивању накнадног некажњивог дела у оквиру тако схваћеног привидног идеалног стицаја у ширем смислу, при чему тај концепт не мора нужно да одудара од захтева за јединством радње, такође схваћеним у ширем смислу. То подразумева и својеврсну релативизацију наведеног критеријума и његовог померања на конкретни план, односно околности појединачног случаја.

Оно што је битно нагласити, то је да укључивање облика утемељених на својеврсном плуралитету радње у оквиру (привидног) стицаја закона, не утиче на сам положај привидног идеалног стицаја као особене категорије у наведеној индивидуализацији, већ искључиво на питање релевантности њихове међусобне компарације са домена правних ефеката. У том правцу и треба разумети поделу на унитарне и диференцирајуће теорије, које се чак могу показати и као беспредметне, у зависности од конкретног законодавног система. Наиме, потребно је раздвојити категоризације стицаја закона утемељене на аспекту (не)јединства радње, чија је сврха теоријског карактера и у складу са традиционалном доктринарном поделом, а која не производи практичне ефекте у смислу другачијег кривичноправног третмана оба облика, наспрам оних где је нагласак управо на таквим последицама.

## 2. Теорије феноменолошког домашаја (привидног) стицаја закона

Иако ћемо се питању феноменолошких облика испољавања института (привидног) стицаја закона, посветити у посебном поглављу, на овом месту ћемо указати на основе њихове класификације са аспекта критеријума утемељености на јединству или плуралитету радње. И поред негирања основаности наведене квалификације, у теорији се, паралелно са поделом (привидног) стицаја закона на привидни идеални и привидни реални, традиционално говори о и о облицима (привидног) стицаја закона, утемељеног на јединству и оног заснованог на плуралитету радње, који се манифестује првенствено у облицима претходног и накнадног некажњивог дела.<sup>9</sup> При томе, једна струја уважава релевантност

---

<sup>8</sup> Већ смо приликом разматрања стицајних категорија, указали на облике јединствене квалификације, попут типичног или правног јединства, те би са овог аспекта привидни стицај закона представљао једну од категорија такве квалификације, одвојену од облика неаутентичног реалног стицаја. Вид. поглавље Претпоставке теоријског разматрања привидног идеалног стицаја, *supra*, 151 – 173.

<sup>9</sup> Тако вид. J. P. Matus Асуња (2000а), 317 – 318.

такве класификације, имплицирајући првенствено ограничење (привидног) стицаја закона на случајеве јединства радње (дела)<sup>10</sup>, док се друга позива на исту искључиво ради указивања на њену ирелевантност и неоправдано рашчлањавање недељивог института.<sup>11</sup>

Често се у истом контексту говори и о привидном идеалном и привидном реалном стицају<sup>12</sup>, што би се могло прихватити једино ако се пође од тога да је реч о дистинкцији другог нивоа у односу на ону која се врши у оквиру ширег концепта привидног стицаја, као облика правног јединства.<sup>13</sup>

Наиме, приликом категоризација стицајних фигура на релацији унитарних и плуралистичких квалификација, указали смо и на концепт привидног стицаја схваћеног у најширем смислу као облика правног јединства, који се може поделити на привидни идеални, као стицај закона и привидни реални стицај (аутономни облици јединства, искључени из прве категорије). У овом случају може се говори о подели првог нивоа, док се на другом ступњу врши категоризација самог (привидног) стицаја закона, по истом критеријуму јединства – плуралитета радње, али из особене перспективе.<sup>14</sup>

Дакле, на другом нивоу дистинкције, установљава се домашај самог (привидног) стицаја закона у односу на концепт претходног и накнадног некажњивог дела, у смислу релевантности критеријума јединства радње, који се потом посматра и кроз призму односа на релацији привидни идеални – привидни реални стицај. Тачније, основно питање које се поставља јесте да ли се под законитости привидног стицаја закона (привидни идеални стицај) и под којим условима могу сврстати и поједини облици плуралитета радње.

У сваком случају, сматрамо да је акценат института првенствено на логичким релацијама између законских норми и одговарајућим фундаменталним принципима на којима се темељи њихова примена, док се сама категоризација на привидни идеални и привидни реални стицај, барем према стању у нашем законодавству, појављује као секундарна и има теоријски значај и евентуално утицај на одмеравање казне.

Може се рећи да је једно од најзначајнијих питања у оквирима теорије стицаја закона, а самим тим и привидног идеалног стицаја, као њене феноменолошке манифестације, управо утицај накнадних некажњивих дела на његове основне поставке, што укључује како правну природу института, односно диференцијацију стицајног од интерпретативног карактера, али исто тако и остале његове кључне аспекте.

## 2.1. Критеријуми феноменолошког домашаја

### 2.1.1. Привидни идеални и привидни реални стицај

Феноменолошки домашај института привидног идеалног стицаја у формалистичком смислу, на првом месту се тиче његовог односа са формама неаутентичног (привидног) реалног стицаја, тачније са облицима јединства радње којима се означавају случајеви

<sup>10</sup> Вид. J. D. J. Restrepo, 5 – 6; E. R. Zaffaroni, 557 – 558; A. Dekeuwer, 511; J. P. Matus Acuña (2001), 357.

<sup>11</sup> Вид. З. Стојановић (2018), 241.

<sup>12</sup> Стојановић исто тако упућује да се сви поменути случајеви могу означити као стицај закона, или пак привидни идеални стицај. Вид. *Ibid.*, 243.

<sup>13</sup> То би подразумевало поделу привидног стицаја као облика јединства (кривичног) дела на привидни стицај закона (привидни идеални стицај) и облике неаутентичног (привидног) реалног стицаја, који излазе из домена првог концепта.

<sup>14</sup> F. Maldonado Fuentes, 735.

унитарне квалификације код плуралитета аката. Ради се о манифестацијама типичног, природног и правног јединства радње.

Треба имати у виду да облици плуралитета радње који подразумевају негацију реалног стицаја могу такође представљати особене облике јединства кривичног дела, у вези чега уопште не постоји спор о њиховој правној природи. Наиме, приликом разматрања концепата теорије стицаја, у контексту релације између унитарних (јединственог кривичног дела) и плуралних квалификација, пошли смо од категоризације која укључује јединства радње (дела), засноване на плуралитету радњи схваћених у природном смислу. Ти концепти, попут типичног и правног јединства радње, своје јединство црпе из другачијих основа у односу на поставке привидног стицаја закона, односно представљају облике привидног стицаја као шире правне категорије, која укључује поменуте две правне фигуре – стицај закона и неаутентични (привидни) реални стицај у ужем смислу.

У домаћој литератури се наведени облици означавају као привидни реални стицај<sup>15</sup>, а у том контексту се говори о генеричком концепту привидног стицаја, који би, с обзиром на правне последице, могао да неутралише поменуту класификацију.<sup>16</sup>

Основна разлика између стицаја закона и наведених категорија, састоји се у различитим основама на којима се темељи јединство квалификације. Наиме, у свим наведеним случајевима, постоје фактори који излазе из домена логичких релација, односно фундаменталних поставки карактеристичних за институт привидног идеалног стицаја. Будући да смо наведене концепте размотрили у поглављу које се односи на претпоставке теоријског разматрања, овде ћемо указати само на карактеристичне односе значајне за домашај привидног идеалног стицаја, пре свега када је реч о сложеном и продуженом кривичном делу.

Ипак, ту границу је некада тешко поставити на апстрактном нивоу. Тако, Лазин, у складу са својим критеријумом постојања јединства радње заснованом на фактору временског распона њиховог испољавања<sup>17</sup>, указује да, на пример, сложено кривично дело може представљати привидни идеални стицај. Исто тако, упућује се на примену принципа решења утемељених на логичким релацијама између норми, приликом указивања на поједине феноменолошке манифестације привидног реалног стицаја.<sup>18</sup>

Према дефиницијама из домаће литературе, привидни реални стицај постоји онда када је са више радњи извршено више кривичних дела, али се због њихове међусобне повезаности, оличене у конзумирању једног од њих другим, односно супсидијарног карактера међусобних релација, квалификација заснива на постојању једног кривичног дела.<sup>19</sup> Описана спона може проистећи из законске регулативе, с тим што је у конкретном случају релевантна констатација јединства кривичног дела са криминално–политичког аспекта.<sup>20</sup> С друге стране, Радовановић, остајући у границама оваквог одређења, у категорију привидног реалног стицаја сврстава још и *накнадно некажњиво дело*, одређујући га као *post*

---

<sup>15</sup> Вид. З. Стојановић (2021), 308; Љ. Лазаревић, Н. Срзентић, А. Стајић, 172; Б. Чејовић (2006), 315; Љ. Лазаревић (2000), 171. У питању су конструкције сложеног, колективног и продуженог кривичног дела. Такође, као основ квалификације привидног реалног стицаја, наводи се и постојање својеврсног јединства радње. Вид. Љ. Јовановић, 215.

<sup>16</sup> Вид. Стојановић (2018), 241.

<sup>17</sup> Тако Ђ. Лазин, 27 – 29.

<sup>18</sup> То је случај са сложеним кривичним делом, који се везује за релацију специјалитета.

<sup>19</sup> М. Јовић, Љ. Јовановић, *Кривично право – општи део*, Виша школа унутрашњих послова, Београд 2004, 154; Б. Златарић, 196; М. Радовановић, 174. Тако, указује се да се привидни реални стицај може манифестовати у облику консумпције (сложено, продужено и колективно кривично дело), или пак супсидијаритета (однос између подстрекавања и извршилаштва, односно различитих облика саучесништва).

Вид. и Ј. Ђ. Таховић (1956), 188.

<sup>20</sup> Б. Чејовић (2006), 252 – 253.

*delictum* деловање на објекту радње, које се не сматра новим кривичним делом.<sup>21</sup> Сходно изнетој категоризацији, може се говорити о облицима привидног реалног стицаја у ужем (сложено, колективно, продужено кривично дело) и ширем смислу (манифестације накнадног некажњивог дела).

На сличан начин и Таховић указује да привидни реални стицај постоји онда када је са више радњи остварено више кривичних дела, али ипак долази до квалификације јединственог кривичног дела, услед постојања својеврсног јединства које се приписује разлозима криминолошког или пак криминално–политичког карактера.<sup>22</sup>

Оно што је заједничко свим наведеним одређењима, манифестује се у њиховом довођењу у везу са истим оним основама на којима почива и привидни идеални стицај. Тачније, указује се на постојање привидног реалног стицаја по основу супсидијаритета, односно консумпције.<sup>23</sup> То говори у прилог закључку да се такви принципи (супсидијаритет, консумпција), сматрају вишим, генеричким појмовима у односу на категорије (привидног) стицаја закона и привидног реалног стицаја, односно да се само феноменолошки, у теоријском смислу, може говорити о онима који одговарају једној или другој правној фигури, док њихове основне поставке остају идентичне.

Наспрам првобитног Меркеловог одређења стицаја закона, утемељеног на релацијама специјалитета, тачније заснованошћу на јединству радње и везаности за тумачења тадашње одредбе идеалног стицаја, временом се почињу издвајати и други феноменолошки облици ове правне фигуре, и то првенствено: 1) стицај различитих узрока поштравања деликата; 2) деликти чији су припремни акти и покушај посебно кажњиви у односу на довршено кривично дело; 3) различите форме учешћа у делу (кажњавање само за најтежи облик); 4) реализација кривичних дела опасности, наспрам деликата повреде; 5) сложена кривична дела.<sup>24</sup> Јасно се уочава да су феноменолошки облици стицаја закона у овом периоду били доста широко постављени, и то независно од саме категоризације на јединство и плуралитет радње.

Исто тако, у литератури се указује и да непостојање идеалног стицаја не значи аутоматски и констатацију реалног, те да се може говорити и о тзв. неаутентичном реалном стицају, који не подлеже примени правила реалног стицаја, уз напомену да је његово поклапање са неаутентичним идеалним стицајем само у номенклатури, али не и у садржају.<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup> М. Радовановић, 174. Као пример се наводи оштећење или уништење отуђене ствари. Тако и Ј. Таховић (1961), 256. Наиме, Таховић указује да се ради о случајевима када се извесно понашање учиниоца после извршеног кривичног дела не кажњава из разлога што је оно већ обухваћено претходно извршеним кривичним делом. У питању је случај када друго дело не представља нову повреду заштитног објекта, већ се њиме само искоришћава, осигурава или уновчава оно што је постигнуто његовом претходном повредом. Вид. и Б. Чејовић (2006), 253.

<sup>22</sup> Ј. Таховић (1961), 264.

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> Ј. Р. Матус Асуња (2000а), 302 – 304. Аутор се позива на схватање немачког теоретичара Шуца, који прави разлику између три стицајне категорије: 1) случајеви привидног стицаја; 2) случајеви могућег стицаја; 3) случајеви ефективног стицаја (идеални и реални). Међутим, ова трипартитна подела временом нестаје, услед чега се накнадно издваја категорија тзв. правног јединства, где се подразумевају: 1) деликти обједињени у сопственом смислу (сложена кривична дела); 2) случајеви у којима се једна норма односи на објекте неодређеног броја (фалсификовање новца или пружање отпора); 3) случајеви у којима један деликт апсорбује у свом концепту узастопне кажњиве радње. Међутим, ни ове три групе случајева нису дуго опстале у оквирима теорије привидног стицаја закона, будући да се у њој налази база тзв. накнадних некажњивих дела. То се закључује из примера које наводи аутор, односно случаја фалсификатора, који употреби фалсификат у правном саобраћају, или лопова који сам сакрије украдену робу.

<sup>25</sup> Ј. С. Contreras (1979b), 473 – 474. Констатује се да у овом случају нема специјалитета, већ да се привидни реални стицај може манифестовати једино као консумпција или супсидијаритет. При томе, као форме неаутентичног реалног стицаја, наводе се: 1) кажњиве припремне радње наспрам довршеног кривичног дела, саучесништво наспрам извршилаштва, деликти конкретне опасности наспрам деликата повреде; 2) продужено кривично дело, природно јединство радње.



Ова констатација је кључна за детерминисање међусобних релација између наведене две правне фигуре, односно позиционирање у оквирима теорије (привидног) стицаја закона, или пак изван ње.

Већ смо указали на основне поставке конструкције привидног реалног стицаја, који се од његове идеалне варијанте, разликује не само по броју појединачних радњи, већ и по правној природи јединства успостављеног применом његових правила. Наиме, јединство проистекло из предузимања више појединачних радњи, у највећем броју случајева је обухваћено одговарајућим законским конструкцијама, односно последица је непосредног тумачења постојеће регулативе и значења која се у природном смислу придају појединим законским изразима и дефинишу екстензивност њиховог простирања у пракси. То подразумева да је ирелевантно да ли ће се релацијама између хомогених или хетерогених норми у привидном реалном стицају приписати однос специјалитета, супсидијаритета или неки други, карактеристичан за тзв. „стицај закона“, будући да се свакако ради о особеној манифестацији јединства, са самосталним квалитетом. Класичан пример сложеног кривичног дела, сачињеног од више међусобно несродних радњи које саме по себи могу чинити раздвојена кривична дела, представља негацију реалног стицаја, не зато што се ради о својеврсном стицају закона, због међусобних релација између његових компонената, већ искључиво на основу воље законодавца и његове одлуке да дефинише посебан квалитет обједињених понашања.

Исто важи и за неке друге, самосталне облике јединства, попут квантитета апстрактно реализованих радњи код трајних кривичних дела, односно деликата формулисаних тако да се унитарни законски опис може применити како у случају једне, тако и више радњи, и сличних категорија, на које смо већ детаљно указали.<sup>26</sup> Све те појавне манифестације свакако представљају негацију реалног стицаја, због чега се у делу теорије означавају привидним реалним стицајем. Међутим, они, уистину, баш као и специфичне конструкције, засноване на обједињавању више радњи, попут продуженог кривичног дела, представљају посебан изузетак од примене стицајних правила, особеног карактера у односу на идејну концепцију (привидног) стицаја закона.

Управо то је и разлог зашто се у владајућој немачкој доктрини третирају као посебан облик јединства, истог ранга као и (привидни) стицај закона, али другачије правне природе, због чега се и за њихово означавање користе већ поменути изрази, попут типичног (законског), или правног јединства радње (дела). Још један доказ за изнету тврдњу јесте и специфична конструкција продуженог кривичног дела, која, осим у случајевима изричитог законског правила, не подлеже правилима привидног реалног стицаја схваћеног у смислу стицаја закона<sup>27</sup>, иако се сматра овим обликом у ширем смислу.<sup>28</sup>

Према томе, под привидним реалним стицајем у ужем смислу, за који долази у обзир могућност сврставања у категорију стицаја закона, заједно са привидним идеалним стицајем, релевантне су само фигуре претходног и накнадног некажњивог дела, мада се његов материјални садржај, као што ћемо видети, не исцрпљује само у наведена два облика.

Правна природа накнадног некажњивог дела и његово позиционирање у склопу категоризације стицајних концепата, представља једно од најкомплекснијих питања, које директно утиче на домашај концепта (привидног) стицаја закона. Остављајући по страни испуњеност услова јединства радње, тачно је да суштина садржаја који се сматрају обухваћеним њиме, може да одговара институту привидног стицаја закона, у зависности од

<sup>26</sup> Вид. поглавље Претпоставке теоријског разматрања института привидног идеалног стицаја, *supra*, 151 – 173.

<sup>27</sup> У немачкој доктрини, где није стриктно законски регулисана, као што смо већ указали, третира се као идеални стицај.

<sup>28</sup> У нашој домаћој литератури, сврстава се у једну од манифестација привидног реалног стицаја. Вид. З. Стојановић (2018), 246.

околности конкретног случаја, али се исти у одређеном броју случајева поклапа са оним што спада у категорију неаутентичног реалног стицаја, односно испољава карактер аутономног правног концепта код којег негација реалног стицаја проистиче из њему својствене природе. Међутим, занемаривање теоријске проблематике везане за наведену правну правну фигуру и његове различите манифестације, односно поједностављење овог комплексног питања простим назначивањем да је реч о привидном реалном стицају, може се приписати томе што бројне концептуалне тешкоће које произлазе из аналитичког рашчлањавања његових компонената, нису пропорционалне практичном значају таквог процеса. То нарочито важи за кривичноправне системе, попут нашег, који врло мали практични смисао придају околности да ли се ова појавна манифестација у конкретном случају испољила као (привидни) стицај закона, односно привидни идеални стицај, или пак представља самосталну форму негације реалног стицаја по потпуно другом основу. Таква констатација се првенствено своди на домен отежавајуће околности приликом одмеравања казне<sup>29</sup>, чиме се истовремено наговештава и губљење границе између привидног идеалног и привидног реалног стицаја у ужем смислу.

У прилог овој хипотези, говоре и теоријска настојања о сврставању ових случајева под категорију привидног стицаја, чак без било каквог истицања да је реч о привидном реалном стицају.<sup>30</sup>

У сваком случају, може се говорити о двострукој правној природи манифестација накнадног некажњивог дела, односно класификацији његових феноменолошких манифестација на облике који задовољавају услове (привидног) стицаја закона, схваћене као привидни идеални стицај у ширем смислу, са једне, и оних који остају у домену класичних облика неаутентичног реалног стицаја, са аутономним карактеристикама.

У том смислу, његов однос са категоријом привидног идеалног стицаја се може посматрати са та два нивоа. Према томе, баш као и остали облици неаутентичног реалног стицаја у правом смислу, на првом нивоу, главни диференцирајући фактор је плуралитет радње, тачније неиспуњеност услова за констатацију јединства радње у ширем смислу која се захтева за привидни идеални стицај, заједно са одговарајућим детерминишућим факторима наведеног института.

Ако на описани начин приступимо разумевању правног феномена накнадног некажњивог дела, у односу на остале форме привидног реалног стицаја, и поред одређених термиолошких несугласица у компаративним доктринарним системима, углавном постоји општа сагласност о манифестацијама неаутентичног реалног стицаја. Тако, на пример, док се у немачкој доктрини говори о формама типичног, правног или природног јединства радње, у односу на које се потом врши додатна подкласификација<sup>31</sup>, домаћа теорија категоризацију заснива углавном на концептима сложеног, колективног, продуженог кривичног дела.<sup>32</sup>

Будући да смо у посебном поглављу већ описали специфичности сваког од наведених феноменолошких облика, а делом и њихов однос са привидним идеалним стицајем, у контексту домашаја поменутог института са аспекта формалне класификације, може се закључити да сваки од ових облика, квалификацију јединственог кривичног дела заснива на основама које су другачије од оних предвиђених за привидни идеални стицај, због чега остају изван његовог домашаја.

<sup>29</sup> Вид. Ђ. Лазин, 106.

<sup>30</sup> Љ. Лазаревић (2011), 286. Указује се да је реч о случају када учинилац поводом извршеног кривичног дела, надовезујући се на исто, предузме даљу радњу, којом остварује биће новог кривичног дела. Као пример, аутор наводи случај односа између примања мита (када службено лице прими мито да не учини службену радњу, коју би морало учинити) и злоупотребе службеног положаја (остварено каснијим пропуштањем службеног лица да изврши ту радњу).

<sup>31</sup> Вид. С. Roxin (2014), 943 – 962.

<sup>32</sup> Вид. З. Стојановић (2018), 244 – 252; Ј. Ђ. Таховић (1956), 187 – 188.

Друго је питање евентуалне истоветности њихових правних последица, која је релативног карактера и условљена конкретним позитивним законодавним решењима. Наиме, то је уско повезано са регулацијом идеалног стицаја, односно са начином на који су његови ефекти конципирани у односу на реални стицај, али и са изостанком посебних одредби о појединим фигурама привидног реалног стицаја, што се превасходно односи на конструкцију продуженог кривичног дела. Тиме се делимично задире и у саме границе између идеалног и привидног идеалног стицаја.

Тако, док поједина законодавства изричито регулишу правну фигуру продуженог кривичног дела, чиме постављају основе њене аутономије у складу са посебним правилима, изостанак таквих регулаторних одредби, може да доведе у питање разграничење од (привидног) стицаја закона, па чак и од идеалног стицаја. У том смислу, док су се нека решења, попут немачког, кретала у правцу правних ефеката идеалног стицаја<sup>33</sup>, што је омогућено начином на који се схвата овај институт, односно његовог конципирања на бази јединства дела, друга су ишла ка концепцији (привидног) стицаја закона.<sup>34</sup> Међутим, јасно је да се овакви приступи концентришу искључиво на правне ефекте у складу са одговарајућим криминалнополитичким настојањима да се избегну последице реалног стицаја, више него на суштинске аспекте саме правне фигуре, што је између осталог омогућено и условљено веома танком границом са идеалним стицајем, која се његовим поимањем и регулисањем као случаја јединства дела, практично у потпуности брише. Управо то је довело до недоследности у погледу формалних класификација облика јединства кривичног дела.

У нашем законодавству, иако се указује на извесне недоумице у погледу оправданости предметне конструкције<sup>35</sup>, продужено кривично дело је изричито регулисано одредбама чл. 61 Кривичног законика, у којем су предвиђени услови његове примене као самосталног института.

На основу претходно наведеног, може се изнети неколико закључака. Пре свега, случајеви накнадног, као и претходног некажњивог дела, могу се сврстати у категорију (привидног) стицаја закона, у складу са особеним поимањем јединства радње у ширем смислу, на које се надовезују и други детерминишући фактор наведеног института, што ћемо образложити приликом разматрања односа између привидног стицаја закона у ужем и у ширем смислу (феноменолошки домаћај института другог нивоа). Остале манифестације наведене правне фигуре, представљају аутономне облике неаутентичног реалног стицаја (у ужем смислу), односно особене случајеве јединства кривичног дела, паралелне конструкцији (привидног) стицаја закона. Таква категоризација заправо упућује на превазилажење критеријума јединство – плуралитет радње као јединог релевантног фактора за класификацију облика јединства. У духу изнете категоризације, може се говорити на пример о привидном стицају закона са једне и типичном или природном јединству радње са друге стране. То доказује и издвајање концепција супсидијаритета или консумпције као вишег генеричког појма у тако схваћеној подели манифестација јединства (кривичног дела). Самим тим се и проблеми везани за однос јединство – плуралитет радње донекле релативизују.

Стога, о домаћају института са аспекта јединства и плуралитета радње, у односу на друге форме привидног стицаја, тачније облике јединства означене као привидни реални стицај, може се говорити само са феноменолошког аспекта, јер постоје бројни други

<sup>33</sup> Вид. J. Cuello Contreras (1979a), 62; J. C. Contreras (1979b), 474 – 475.

<sup>34</sup> Вид. J. C. Contreras (1979b), 474 – 475. То је случај са шпанском доктрином. На релативизацију дистинкције између стицаја закона и идеалног стицаја, управо указује констатација да се накнадно некажњиво дело третира као случај стицаја закона, док је кривичноправни третман идеалног стицаја резервисан за случајеве продуженог кривичног дела, односно природног јединства радње. Исто тако, сматра се да не постоји никаква сметња да се на случајеве природног јединства радње примени кривичноправни третман идеалног стицаја.

<sup>35</sup> З. Стојановић (2018), 246.

критеријуми њихове дистинкције, који их чине јединственим у склопу генеричког концепта привидног стицаја, а заједничко им је то да искључују аутентични стицај.<sup>36</sup> Ипак, разлог актуелности наведене проблематике, тиче се првенствено позитивноправног регулисања правних последица идеалног и реалног стицаја.

Наиме, и Лазин указује да поједини феноменолошки облици који се доводе у везу са привидним идеалним стицајем, могу истовремено представљати и привидни идеални и привидни реални стицај.<sup>37</sup> Стога, сви проблеми и тешкоће који се тичу дистинкције између концепата јединства и плуралитета радње, појављују се као мање релевантни у односу на суштински садржај самих тих манифестација. Наиме, и поједине категорије изван стицаја закона се могу класификовати по критеријуму постојања јединства или плуралитета радње, што је један од разлога зашто се он не може користити као апсолутни у домену утврђивања граница овог института. У складу са наведеном претпоставком, могли бисмо по том критеријуму вршити подкатегоризацију свих облика јединства, укључујући, на пример, и сложено или продужено кривично, што није суштински аспект онога што желимо да обухватимо институтом привидног идеалног стицаја.

Стога би догматски најисправнији израз предметне конструкције био *привидни стицај закона који почива на облику јединства понашања (дела)*. Привидни идеални стицај је према томе технички термин феноменолошке димензије теорије стицаја, односно само један од феноменолошких облика јединственог института стицаја закона, будући да суштина онога што он садржи није искључиво у јединству радње (иако се у највећем броју случајева тако испољава), већ у основу по којем се искључује стицај. Дакле, диференцирање различитих категорија јединства, које негирају плуралитет кривичних дела може се вршити према различитим критеријумима, при чему се фактори јединства и плуралитета кривичних дела преплићу.

Из тог разлога, сматрамо да је истицање једног таквог формалистичког критеријума прецењено, чиме се долази и до потребе указивања на разлику између два приступа изучавању наведеног феномена. У том смислу, Бачић такође истиче да је индивидуализација концепата под које се могу подвести манифестације у вези са привидним стицајем предмет бројних полемика, али да су у суштини њихов број и терминолошки називи, питања другостепеног значаја.<sup>38</sup>

С једне стране, у домаћој доктрини, можемо издвојити приступ Лазина, који је кренуо од поимања привидног идеалног стицаја са аспекта поменутог формалистичког критеријума, указујући да различити облици јединства кривичног дела, укључујући и традиционалне облике привидног реалног стицаја, могу бити утемељени на јединству или пак на плуралитету радње, односно да под одређеним условима могу представљати и привидни идеални стицај.<sup>39</sup> Самим тим, пошао је и од хипотезе да *принципи решења* представљају шире генеричке категорије, из чега би се могао извести закључак да се поједини феноменолошки облици заправо појављују као њихове подврсте (подврсте специјалитета, супсидијаритета), што није једини такав приступ у нашој доктрини.<sup>40</sup> Управо је ово једно од гледишта које указује да јединство радње није критеријум индивидуализације облика манифестације феноменолошких категорија у склопу јединства кривичног дела, већ само једно од могућих решења.

<sup>36</sup> *Ibid.* Стојановић такође указује да је наведена дистинкција превазиђена.

<sup>37</sup> То је случај са сложеним кривичним делом, али и са конструкцијама претходног и накнадног некажњивог дела. Вид. Ћ. Лазин, 106, 109 и 117.

<sup>38</sup> Ф. Бачић (1995), 312.

<sup>39</sup> Вид. *supra*, 204 фн. 37.

<sup>40</sup> Вид. З. Стојановић (2018), 243; Ј. Таховић (1961), 264 – 265; Ф. Бачић (1995), 313 – 315. Поменути аутори такође сматрају да се и облици привидног реалног стицаја могу манифестовати у форми супсидијаритета или консумпције.

С друге стране, Стојановић приступа проблему управо са суштинских аспеката категорије стицаја закона, раздвајајући привидни идеални стицај као његов сегмент, од облика привидног реалног стицаја, сматрајући их другачијим обликом јединства.<sup>41</sup>

Имајући у виду да је наш приступ изучавању института, усмерен управо ка привидном идеалном стицају, схваћеном као сегмент јединственог института (привидног) стицаја закона, тежиште се помера на наглашавање раздвајања овог облика јединства од других, попут типичног, природног јединства радње, односно категорија сложеног, продуженог кривичног дела, за које се користи генерички израз привидни реални стицај, уз напомену да, баш као што и Стојановић истиче, све ове манифестације заправо представљају сегменте јединствене категорије привидног стицаја<sup>42</sup>, посматрано искључиво са плана правних ефеката које производе.

### 2.1.2. Привидни стицај закона у ужем и ширем смислу

Након што смо размотрили проблематику дистинкције института привидног идеалног стицаја (привидног стицаја закона) од случајева привидног реалног стицаја утемељених на релевантним облицима јединства, следећи аспект његовог феноменолошког домашаја, тиче се појавних манифестација *претходног* и *накнадног* некажњивог дела.

У складу са нашим приступом изучавању привидног идеалног стицаја са аспекта припадности широј категорији института привидног стицаја закона, питање његовог домашаја постаје релевантно на индивидуалном плану, у односу на поједине категорије које почивају на плуралитету радње, у вези чега постоји спор да ли имају самосталну правну природу, или пак заједно са привидним идеалним стицајем чине јединствени институт. Већ смо напоменули да класификација манифестација привидног стицаја, односно облика унитарне квалификације, може да се врши у складу са различитим критеријумима, који се не поклапају увек са поделом на релацији јединство – плуралитет радње.

Свакако је могуће у формалистичком смислу раздвојити привидни идеални од случајева привидног реалног стицаја, применом критеријума јединства радње, али је са суштинског аспекта, домашај привидног идеалног стицаја заправо условљен домашајем привидног стицаја закона. Суштински аспект овог института се тиче одговарајућих фундаменталних поставки на којима почива примат једне законске норме у односу на другу.

Дилеме изазива конструкција накнадног некажњивог дела, али не у смислу чињенице да у овим случајевима постоји унитарна квалификација заснована на плуралитету радње, јер је то несумњиво, већ у погледу питања да ли је реч о облику суштинског јединства које се диференцира од привидног стицаја закона резервисаног за манифестације привидног идеалног стицаја. Тиме се отвара питање његовог односа са привидним идеалним стицајем, које се креће у два правца: 1) њихово поимање као две димензије истоветног института, идентичног кривичноправног третмана – привидни стицај закона у ширем смислу, при чему разлика између њих остаје само формална; 2) поимање накнадног дела као самосталног облика јединства – привидног реалног стицаја, у ком случају се формална дистинкција испољава и у суштинском аспекту правне природе и утиче на реорденацију класификације, с тим што не мора увек утицати и на различите правне последице. Овај други сегмент утицаја на правне последице, манифестован је у конструкцијама унитарних и диференцирајућих теорија.

<sup>41</sup> З. Стојановић (2018), 241 – 252. Ипак, Стојановић указује на ирелевантност такве класификације са аспекта правних последица, а облике претходног и накнадног некажњивог дела изучава заједно са привидним идеалним стицајем, напомињући да се за све наведене категорије може употребљавати израз *стицај закона*.

<sup>42</sup> *Ibid.*, 243. Стојановић долази до поменутог закључка по основу идентичности правних последица у једном и у другом случају.

У том смислу, поћи ћемо од хипотезе која се заснива на подели (привидног) стицаја закона на његове манифестације у ужем (привидни идеални стицај) и ширем смислу (привидни идеални стицај и случајеви претходног и накнадног некажњивог дела). Другим речима, то указује да је у формалном смислу могуће успоставити дихотомну класификацију института на феноменолошке варијанте привидног идеалног стицаја са једне, и претходног и накнадног некажњивог дела, са друге стране.

У проблематику односа између две категорије, уплиће се концепт јединства радње, односно питање да ли се и под којим условима претходна и накнадна некажњива дела могу сматрати јединством радње, а самим тим и означити као привидни идеални стицај у ширем смислу, чиме се релативизује постављена граница, а термини претходно и накнадно некажњиво дело користе искључиво да означе специфичне манифестације једног јединственог концепта (привидног идеалног стицаја), ради лакше систематизације, односно ради усклађивања са општеприхваћеним и устаљеним класификацијама у литератури. На тај начин, граница између поменутих концепата има феноменолошки, али не и практични значај, због чега изучавање привидног идеалног стицаја није могуће без разматрања наведених манифестација. Према томе, суштина онога што желимо да обухватимо институтом привидног идеалног стицаја, није у класификацији на јединство и плуралитет радње, мада она може фигурирати у раздвајању његових феноменолошких варијанти у чисто формалистичком смислу, односно класификацији принципа решења у зависности од тога да ли се односе на једну или другу категорију.

Друго питање јесте да ли постоје неки случајеви ових облика заснованих на плуралитету радње у природном смислу, који не задовољавају услове јединства радње у смислу привидног идеалног стицаја. Наиме, полазећи од тога да примена само једне законске норме код манифестација привидног реалног стицаја, не указује аутоматски да је реч о проблему стицаја закона, већ о особеном начину третирања реалног стицаја<sup>43</sup>, упућује се да је за квалификацију стицаја закона потребно да буду испуњени још неки предуслови, поред јединства радње. У супротном бисмо се нашли пред проблемом друге врсте – разграничењем од идеалног стицаја.

Остављајући по страни њихову правну природу, која спада у проблематику домашаја стицаја закона, као предуслов постављања његових оквира на темељу унитарних или диференцирајућих теорија, на овом месту ћемо указати на основне феноменолошке варијанте привидног реалног стицаја у ширем смислу, што је предуслов њиховог разумевања у контексту односа са привидним идеалним стицајем.

У литератури наилазимо на мноштво различитих класификација ових облика, које се уједно сматрају и његовим појавним манифестацијама, а у мору таквих некатегорисаних подела, као повезујући фактор, јавља се својство припадности одређеном принципу теорије стицаја закона, углавном консумпцији и супсидијаритету<sup>44</sup>, што додатно отежава прелиминарно одређење ових правних фигура, независно од таквих разграничења релативног карактера. Међутим, иако су њихова одређења у светлу поменутих принципа неизбежна, могуће је говорити о неколико појавних манифестација. То су у сумарној форми: 1) претходна (су)кажњива дела, 2) накнадна (су)кажњива дела и 3) типична пратећа дела.<sup>45</sup> Поред тога, истиче се да у наведену категорију неаутентичног реалног стицаја, спадају: посебно кажњиве припремне радње наспрам довршеног кривичног дела, саучесништво

---

<sup>43</sup> J. D. J. Restrepo, 6.

<sup>44</sup> Вид. J. Таховић (1961), 264 – 265; М. Радовановић, 174 – 175.

<sup>45</sup> J. P. Matus Асуџа (2001), 367.

наспрам извршења, деликти отуђења и осигуравања наспрам присвајања, као и конкретне опасности наспрам деликата повреде.<sup>46</sup>

Према томе, релевантност односа појединих феноменолошких облика привидног реалног стицаја у ширем смислу, огледа се у дилеми да ли се и на такве облика јединства, могу применити класична правила теорије (привидног) стицаја закона, или се пак ради о самосталним категоријама, са посебним поставкама, односно када се сматра испуњеним услов јединства радње који такву квалификацију омогућава. Као што ћемо видети, не постоји јединствено мишљење чак ни о томе да ли сваки од његових феноменолошких облика заслужује исти кривичноправни третман.

Међутим, дискусија у погледу тога да ли поменуте феноменолошке манифестације спадају у привидни идеални стицај у ширем смислу, или пак представљају негације реалног стицаја особене природе, неће имати већи практични значај, због чега ово питање добија чисто теоријски карактер, и незнатну практичну вредност у усмеравању процеса одмеравања казне.

Такође, важно је још једном напоменути да за разлику од категорија привидног реалног стицаја у ужем смислу, попут продуженог кривичног дела, односно природног јединства радње, које условљавају проблематику односа између стицаја закона са једне и других форми јединства кривичног дела, са друге стране, набројане категорије привидног реалног стицаја у ширем смислу, учествују у одређивању домашаја самог (привидног) стицаја закона, односно привидног идеалног стицаја на другом нивоу.

#### *2.1.2.1. Фактори успостављања домашаја*

Као што смо већ нагостили, основни фактори који одређују опсег правне фигуре (привидног) стицаја закона, тичу се јединства или плуралитета радње, као услова за квалификацију наведеног института.

Иако се питање домашаја (привидног) стицаја закона, традиционално доводи у везу са поделом на привидни идеални и привидни реални стицај у ширем смислу (претходна и накнадна некажњива дела), чини нам се да ипак, у конкретном случају, могу фигурирати и неки други фактори. Тако, могуће је говорити како о облицима накнадног некажњивог дела утемељених на јединству радње, тако и оних утемељених на плуралитету.<sup>47</sup> Међутим, право питање јесте да ли ове форме задовољавају фундаменталне основе за сврставање у стицај закона, независно од јединства радње, односно да ли фигурирају такви фактори вредносног или логичког карактера који спајају њихову правну природу. У том смислу, могло би се говорити о условима под којима феноменолошки облици накнадног некажњивог дела спадају у домен ове категорије, или пак захтевају издвајање као особеног облика неаутентичног стицаја, што неће зависити од тога да ли се у конкретном случају може констатовати јединство радње, за шта иначе постоје релативни критеријуми. Тачно је да ће у одређеном броју случајева то значити јединство радње, али таква констатација не указује на његову особину да буде адекватан индивидуализирајући фактор.

Из тог разлога, када се говори о протезању привидног стицаја закона на облике плуралитета радње, мисли се на категорије означене као претходна и накнадна некажњива дела, будући да се може говорити о њиховом уједињењу по основи логичких релација, односно вредносних аспеката на којима почивају предуслови института. Поменуте правне

---

<sup>46</sup> J. C. Contreras (1979b), 474. Ови облици се супротстављају случајевима продуженог кривичног дела, као и природног јединства радње, који немају одговарајуће паралелне кореспонденте у неаутентичном идеалном стицају.

<sup>47</sup> Вид. Ђ. Лазин, 106.

фигуре смо означили као привидни реални стицај у ширем смислу, мада сматрамо да је адекватније користити термине који наглашавају њихов аутономни карактер – претходна и накнадна (не)кажњива дела.

Управо у односу на претходно изнету констатацију, као кључан усмеравајући фактор, појављује се начин поимања јединства радње. Наиме, накнадна некажњива дела неће увек представљати облике плуралитета радње у смислу привидног реалног стицаја. Имајући у виду опсег јединства радње, односно начин његовог поимања у теорији стицаја, могуће је замислити конструкције накнадног некажњивог дела код којих није дошло до раскида јединства са радњом главног дела и управо ти случајеви представљају линију разграничења у односу на облике јединства независне од (привидног) стицаја закона. Та констатација се доста лакше оправдава када је реч о претходним некажњивим делима, чије све феноменолошке манифестације углавном испуњавају наведене услове.

Самим тим, могла би се и потврдити хипотеза о условљености јединством дела, чиме се испуњавају и чисто формалистички услови, јер би се могло рећи да је код претходних некажњивих дела, у већини случајева испуњен услов функционалне усмерености, стадијумског карактера и нормативног фактора оличеног у социјалном значењу предузетог понашања, за који смо се определили приликом дефинисања јединства радње. Такође, ако бисмо ограничили привидни стицај закона на случајеве јединства дела, издвојили би се они облици накнадног некажњивог дела који заиста испуњавају услове траженог јединства понашања, наспрам оних утемељених на плуралитету радње, чиме се задовољавају формалистички критеријуми привидног идеалног стицаја. Међутим, као што смо већ напоменули, изучавање привидног идеалног стицаја, и поред могућности да се то оправда позивањем на специфични концепт јединства радње, не може се раздвојити од облика привидног реалног стицаја у ширем смислу, које доктрина сматрана садржаним заједно са њим у склопу концепта привидног стицаја закона. То наговештава и беспредметност класификације принципа решења по основу да ли решавају конфликт између норми утемељених на плуралитету радње у природном смислу, или пак на њиховом јединству.

Према томе, издвајање привидног идеалног стицаја у односу на поменуте форме плуралитета радње у природном смислу је само формалистичког карактера и почива на доктринарној традицији, односно представља само један од начина класификације феноменолошких манифестација јединственог института, а никако не карактерну одредницу његове индивидуализације. Управо имајући у виду ову констатацију смо се и упустили у разматрање таквих феноменолошких облика. Било да се узме да је накнадно некажњиво дело стицај закона по основу привидног идеалног или пак сегмента привидног реалног стицаја, то неће утицати на његове последице.

С друге стране, у немачкој доктрини се не говори о могућности да накнадно некажњиво дело буде облик привидног идеалног стицаја, односно да се сматра јединством радње, осим у неким ретким случајевима<sup>48</sup>, али заступници, условно речено, унитарних теорија, полазе од претпоставке да је реч о стицају закона заснованом на плуралитету радње<sup>49</sup>, односно акценат се ставља на број радњи у природном смислу, који подлеже диференцираном или унитарном третману у односу на облике привидног идеалног стицаја. То је и разумљиво имајући у виду специфичност немачке доктрине која се креће у распону између уважавања или неуважавања релевантности института привидног стицаја закона у зависности од наведеног критеријума. Ипак, толико спорно питање, са тенденцијом подизања на ранг суштинског у немачкој, као и шпанској доктрини, показало се од изузетно малог практичног значаја и свело углавном на термиолошке дилеме, односно на проблем

<sup>48</sup> Вид. Е. R. Zaffaroni, 557 – 558. У питању су спорадична старија гледишта, која су превазиђена у савременој доктрини.

<sup>49</sup> Вид. С. Roxin (2014), 997 – 1017.



релација идеалног и стицаја закона, чији се правни ефекти не разликују много. Исто тако, ништа већи значај нема ни у системима који идеални стицај регулишу на бази плуралитета дела, изједначавајући његове последице са реалним.

У складу са тим, проблематика дистинкције јединства и плуралитета радње, појављује се као класификација искључиво теоријског значаја у већини савремених законодавстава. Спор у овој области највише изазива околност кривичноправног третмана идеалног стицаја, утемељеног на јединству дела, али и то остаје формалистичког карактера, односно потискује се губљењем јасне границе са привидним стицајем закона у домену правних последица, у оним законодавствима која такав третман прописују. На крају, може се закључити да исход свих дискусија упућује на констатацију да је у рукама судије да адекватно оцени све релевантне околности, како приликом квалификације, тако и у домену правних последица, где поседује знатно екстензивније механизме за успостављање равнотеже између свих релевантних околности.

Дакле, у складу са дефинисаним формалним условима, полазећи од рестриктивног схватања, као први фактор успостављања домашаја, издваја се критеријум јединства радње, који треба посматрати на особен начин, односно као јединство понашања (дела), у складу са одговарајућим условима и у спреси са основним фундаменталним принципима на којима почивају поставке института.<sup>50</sup> С друге стране, поменути фундаментални принципи, заједно са њиховим конкретизацијама у виду критеријума диференцијације, представљају материјалне аспекте домашаја института. Јасно је да се приликом утврђивања његових граница, обе димензије морају посматрати обједињено.

Полазећи од спорних манифестација претходног и накнадног некажњивог дела, ова два фактора се испољавају на особен начин и захтевају посебно објашњење, што је, као што ћемо видети приликом разматрања поступка квалификације, резултирало и формулисањем специфичних *критеријума диференцијације*, па чак и *принципа индивидуализације* института.

Док је проблематика која се тиче материјалних фактора домашаја института, у основи целокупне материје, систематизоване у овом раду пре свега у поглављима фундаменталних поставки и улоге привидног идеалног стицаја у поступку квалификације, у наставку ћемо размотрити основне претпоставке јединства радње као формалног услова, а потом у складу са донетим закључцима, јасно дефинисати правну природу претходних и накнадних некажњивих дела, односно услова под којима се могу сматрати садржаним у оквирима привидног стицаја закона.

Наиме, полази се од претпоставке да се код привидног стицаја закона или привидног идеалног стицаја у ширем смислу, дозвољава и својеврсни плуралитет аката, који у зависности од концепције јединства радње може, или не, задовољити формалне услове постојања института. Иако је реч о више радњи које су плуралне у природном смислу, ове конструкције могу остати у домену привидног стицаја закона утемељеног на јединству радње под одговарајућим условима – које смо и навели као претпоставке привидног стицаја закона (привидног идеалног стицаја). Једна од њих се састоји у томе да је испуњен услов јединства дела (понашања), које треба разумети као више радњи у природном смислу, уз испуњеност других услова (идентитет штићеног правног добра, финалистичка усмереност радње, нормативна оцена остварених инкриминација и др.). Ако ови услови нису испуњени, могло би се евентуално говорити о особеном облику јединства аутономног карактера.

---

<sup>50</sup> То су пре свега принцип *ne bis in idem*, као и принцип безначајности, којима можемо додати и усмеравајућа правила вредносног карактера. Вид. поглавље Фундаменталне поставке, *supra*, 103 – 114.

### 2.1.2.2. Услов јединства радње (понашања)

Питање да ли број предузетих радњи, односно њихов плуралитет помера границу привидног стицаја закона, или је пак ирелевантан у условима када се констатује да су испуњене претпоставке за констатацију стицаја закона, представља централни проблем домашаја института, који се манифестује у потреби јасног дефинисања појма јединства радње, односно дела. У том смислу, поћи ћемо од хипотезе изједначавања категорија (привидног) стицаја закона и привидног идеалног стицаја, уз прихватање особеног концепта јединства радње који се не ограничава на јединство радње у природном смислу.

Случајеви претходних и накнадних некажњивих дела, историјски се означавају и као неправи реални стицај, а питање сврставања ових категорија у (привидни) стицај закона, у неким ситуацијама се доводило у везу чак и са њиховим поимањем као јединства радње, под одређеним условима.<sup>51</sup> Још једна правилност која се може уочити, јесте и околност да се подела принципа решења у литератури врши у зависности од тога да ли се односе само на јединство дела, или пак на њихов плуралитет.<sup>52</sup> Ипак, питање улоге принципа решења у случајевима јединства утемељених на плуралитету радње, одређена је претходним одређењем за варијанту унитарних или диференцирајућих теорија, односно стриктних диференцирајућих теорија, што се може сматрати и особеним фактором индивидуализације домашаја института.

Постоје одређене дефиниције које привидни стицај закона дефинишу искључиво на бази привидног идеалног стицаја. Он се у том смислу одређује као облик неправог идеалног стицаја, односно ситуација када привидно конкуришу два или више закона, али у стварности један од њих искључује други, што се решава применом интерпретације казних типова на појединачном плану.<sup>53</sup> На тај начин, у првом плану се истиче фактор броја предузетих радњи као релевантан услов утврђивања домашаја примене института, а самим тим и дилема о односу овог концепта са појмом „јединства дела (понашања)“, коју сматрамо кључном за решавање односа између различитих правних фигура.

Пре свега, оно што је јасно и у вези чега не постоји спор у доктрини, то је да се појам радње у теорији стицаја не поклапа са његовим схватањем у општој теорији кривичног права.<sup>54</sup> Осим тога, у литератури се указује на три димензије релевантности овог фактора у теорији стицаја, од којих се једна односи и на утврђивање деликтног јединства, односно области привидног стицаја закона, где се доводи у везу са релацијама између различитих инкриминација.<sup>55</sup> Такође, оцена постојања јединства радње повезује се и са друштвеним (социјалним) аспектом одређеног деловања, на основу чега се различити појединачни вољни акти појављују као сегменти свеобухватног понашања.<sup>56</sup>

---

<sup>51</sup> F. Maldonado Fuentes (2020), 736. То се односило на случај њиховог поимања као дела истог извршног процеса.

<sup>52</sup> J. P. Matus Асића (2000а), 323. Тако, истиче се да постоје гледишта која прећутни супсидијаритет базирају искључиво на случајевима плуралитета дела, чиме се он диференцира од специјалитета и консумпције, заснованих искључиво на јединству дела.

<sup>53</sup> E. R. Zaffaroni, 557 – 558. Слично томе, захтева се и испуњење услова јединства дела. Вид. J. D. J. Restrepo, 5 – 6.

<sup>54</sup> То је схватање које се заступа како у домаћој, тако и у иностраној доктрини. Вид. поглавље Претпоставке теоријског разматрања института привидног идеалног стицаја, *supra*, 135 фн. 49.

<sup>55</sup> F. Maldonado Fuentes, 735. Преостале две димензије се односе на идентификацију претпоставки идеалног стицаја, односно на облике правног јединства.

Тако је у једном примеру из судске праксе, негирано постојање привидног стицаја кривичних дела, уз образложење да радње којима су остварена обележја аутономних деликата, нису предузете истовремено, нити је једна од њих у функцији остваривања другог кривичног дела. Вид. Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Кж 1 3256/10 од 06.05.2010. године.

<sup>56</sup> Н. Мрвић Петровић, 230. Као пример описаног јединственог понашања, наводи се задавање више узастопних удараца оштећеном, односно упућивање више увредљивих израза.

Сходно томе, у погледу услова постојања јединства радње, између осталог, указује се и на критеријум поклапања, односно кореспондентности самих законских типова, узимајући у обзир њихову целокупну фазну реализацију. Тачније, сматра се да је радња јединствена онда када у потпуности одговара реализацији сваког од законских описа чија примена долази у обзир.<sup>57</sup> На слично гледиште, које поред тога уважава временски аспект предузимања радње, као један од предуслова констатације јединства радње код привидног идеалног стицаја, наилазимо и код Лазина. Наиме, према овом аутору, да би се прогласило такво јединство у случају плуралитета индивидуалних аката, неопходно је, између осталог, уважити и временски интервал начињених телесних покрета, који могу бити предузети истовремено, или непосредно један за другим.<sup>58</sup> Као што се може закључити, истицање фазног карактера у предузимању телесних покрета, нарочито је од значаја за концепте претходног и накнадног некажњивог дела.

Иако сматрамо да временски интервал може бити од значаја за констатацију таквог јединства и да га треба уважити у поступку квалификације, мишљења смо да би акценат ипак требало ставити на друге градивне елементе јединства, попут комбинације финалистичких и нормативних фактора, који се у теорији користе за утврђивање јединства радње код идеалног стицаја. *Из тога произлази да би било адекватније говорити о својеврсном јединству „дела“, односно „понашања“, као темељу института привидног стицаја закона.* Тачније, услов временског аспекта би требало поставити тако да се он сагледава у спрези са осталим релевантним факторима. Наиме, јасно је да ће у случају протекла дужег временског периода између појединачних аката, истовремено бити прекинута и финалистичка спона управљена ка јединственом циљу, што ће условити и нормативну оцену, која води ка негирању таквог јединства. Ако се томе дода и социјална оцена контекста испољавања конкретног понашања, може се говорити о релативно дефинисаним претпоставкама јединства радње.

Фактор повезаности две радње у природном смислу у складу са описаним критеријумима јесте спона која омогућава проглашење јединства и у случају специфичних манифестација претходних и накнадних некажњивих дела. Међутим, док се то код претходних некажњивих дела може довести у везу са различитим фазама истог понашања<sup>59</sup>, у случају накнадних некажњивих дела владају нешто рестриктивнији услови. У сваком случају, за поменуто јединство не би требало захтевати да индивидуални акти буду у истој временској линији. Стога се код претходних некажњивих дела износи закључак да ће се углавном реализовати услов јединства дела, а самим тим и привидног идеалног стицаја, осим ако та временска линија није превише удаљена, тако да поништава финалистички аспект.

С друге стране, разбијање функционалне споне, упућује на реални стицај. Ипак, без обзира на тумачење испуњености услова јединства радње, његова констатација се увек

---

<sup>57</sup> J. C. Contreras (1979b), 474. Тако, Шмит (*Schmitt*) указује да се може говорити о јединству радње само у случају поклапања законских описа од почетка покушаја, па до потпуног довршења. С друге стране, такво јединство неће постојати онда када се манифестује само у домену припремних радњи, будући да би се у том случају у великој мери померила наведена граница. Једини изузетак, према наведеном аутору, представља понашање саучесника, чији допринос извршењу, може да се манифестује у једном претходном моменту, на почетку извршења, у фази покушаја.

Интересантан је један пример из судске праксе, где се поставило питање постојања једне радње извршења по основу околности да је до истовременог остваривања обележја кривичног дела фалсификовања службене исправе (предаја једне половине локала у својству физичког лица, у циљу прибављања противправне имовинске користи) и злоупотребе овлашћења у привреди (злоупотреба у вези предаје једне половине локала у својству одговорног лица), дошло у оквиру истог животног догађаја. Међутим, Врховни касациони суд је такву могућност одбацио због одударања у погледу својства извршиоца и намере као субјективног елемента. Вид. Пресуда Врховног касационог суда Кзз 422/2015 од 11.06.2015. године.

<sup>58</sup> Ђ. Лазин, 27 – 31.

<sup>59</sup> J. U. Hernández Plasencia, „Delitos de peligro con verificación de resultado ¿Concurso de Leyes?“, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1/1994, Madrid, 139. Тако, истиче се да нема места стицају онда када опасност и повреда представљају две фазе истог понашања.

доводи у везу са другим суштинским критеријумима, означеним као *фактори индивидуализације* института, односно *критеријуми диференцијације* од сродних концепата. Тачније, и материјални предуслови постојања (привидног) стицаја закона, појављују се у улози потврђивања описаног јединства понашања. Конкретно, као један од таквих концепата, који предњаче у квалификацији привидног стицаја закона код претходних и накнадних некажњивих дела, поред *ne bis in idem*, односно обухватања невредности дела, представља јединство штићеног правног добра. Сходно томе, у контексту разматрања односа између деликата опасности и повреде, поред закључка да је стицај искључен онда када опасност и повреда представљају две фазе истог понашања, захтева се и инструментална повезаност између акта опасности и повреде, односно поклапање њихове усмерености.<sup>60</sup>

Један од начина приступа проблему би могао бити и примена конструкције формалног и материјалног довршења кривичног дела, која би по нашем мишљењу најадекватније истакла суштину јединства код оних ретких облика накнадног некажњивог дела где се може потврдити јединство радње.

У складу са констатацијом да феномени претходног и накнадног некажњивог дела не утичу на својство јединства понашања<sup>61</sup>, односно, прецизније речено, не морају нужно утицати на исто, може се донети неколико закључака у домену испуњености услова траженог јединства.

На првом месту, полазећи од саме терминологије, сматрамо да је најадекватнији израз за означавање описаног услова – *јединство дела* или *понашања*, или пак *јединство радње у ширем смислу*, те да исти може постојати и у случају претходних и накнадних некажњивих дела.

Манифестације означене традиционално као претходна и накнадна некажњива дела, уколико испуњавају услове привидног идеалног стицаја, адекватније би било означавати терминима *претходна* и *накнадна сукажњива дела*, будући да исти више истичу њихов карактер обухватности главним делом и постојања јединства радње, мада није погрешна ни владајућа традиционална терминологија.

Затим, оправдање за обухватање ових случајева у склопу института заснованог на јединству дела (понашања), могло би да се заснива на две околности: 1) констатације јединства дела (понашања), односно јединства радње у ширем смислу, која подразумева одговарајућу финалистичку управљеност, нормативну оцену примењивих инкриминација у контексту њиховог међусобног односа, као и оцену социјалног контекста испољеног понашања, уз истовремено уважавање материјалних фактора – критеријума индивидуализације и диференцијације института од граничних концепата; 2) утемељеност на конструкцији формалног и материјалног довршења кривичног дела, где би накнадно сукажњиво дело представљало материјално довршење главног. То ће бити могуће само у одређеним ситуацијама. Ту спадају првенствено случајеви особених имовинских деликата, које Стојановић наводи као примере материјалног довршења, истичући да постоји могућност продужења фазе извршења и након што су реализована обележја неког кривичног дела, за шта је најбољи пример заснивање притежања извршиоца код крађе.<sup>62</sup> Довођењем у везу такве констатације са тумачењем битних обележја бића спорних инкриминација, истиче се интерпретативни карактер наведеног процеса и условљеност околностима конкретног случаја. Дакле, може се закључити да тражено јединство проистиче и из начина тумачења самих законских инкриминација, што потврђује опредељење за конкретни,

<sup>60</sup> *Ibid.*, 139 – 140.

<sup>61</sup> E. R. Zaffaroni, 559.

<sup>62</sup> З. Стојановић (2018), 215. У иностраној литератури се такође истиче да поимање накнадног дела у контексту његовог коначног довршења, имплицира јединство понашања. Вид. E. R. Zaffaroni, 562. У погледу специфичности материјалног довршења, вид. И. Вуковић, „Материјално довршење кривичнога дела“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2008, 139 – 160.

индивидуалистички приступ проблемског карактера приликом квалификације привидног идеалног стицаја.

На крају, важно је напоменути и да је једна од значајних последица третирања накнадног дела као сукажњивог (привидни идеални стицај у стриктном смислу), односно као јединства понашања, оличена пре свега на плану одговорности саучесника, која се у тој варијанти ограничава само на главно дело.<sup>63</sup>

Разјашњење домашаја концепта јединства понашања, на које смо указали, омогућава нам да јасно поставимо оквире претходног и накнадног сукажњивог дела, односно услове под којима се могу сматрати феноменолошким облицима привидног стицаја закона.

### *2.1.2.3. Претходна и накнадна сукажњива дела као облик (привидног) стицаја закона*

Већ смо указали да је за феноменолошке манифестације, традиционално означене као претходна или накнадна некажњива дела<sup>64</sup>, које испуњавају услов јединства понашања, адекватније користити израз „сукажњива“, што би омогућило њихово раздвајање од оних појавних облика оличених у аутономним облицима јединства. Штавише, сам термин „некажњив“ упућује на посебан основ искључења одређене инкриминације, тачније одсуство функционалне повезаности појединачних аката.

У теорији се наведени правни концепти одређују као облици (манифестације) лажног стицаја, утемељени на предуслову обухватања садржаја невредности и кривице претходног или накнадног акта, где не постоји правно јединство.<sup>65</sup> Иначе, указује се да је реч о контроверзним категоријама доктринарне природе, које се могу третирати у склопу супсидијаритета или консумпције.<sup>66</sup>

Првобитна појава конструкције накнадног некажњивог дела у оквиру теорије стицаја закона, везује се за немачку доктрину у периоду између 1885. и 1953. године, када је инкорпорисана у принцип консумпције (једне казнене претње другом), у складу са специфичним поимањем концепта ефективног присвајања у случају кривичног дела крађе, при чему су се његова оправдања везивала за искоришћавање претходно оствареног напада на правно добро.<sup>67</sup>

Иначе, поменуте конструкције се у италијанској доктрини објашњавају и позивањем на концепте прогресивних деликата, односно деликтне прогресије, оличене у постојању више хронолошки раздвојених аката (радњи), од којих се примењује само једна.<sup>68</sup> Ипак, у случају претходних некажњивих дела, може бити спорно да ли је реч о супсидијаритету или консумпцији. Супсидијаритет се стога доводи у везу са различитим стадијумима напада

---

<sup>63</sup> E. R. Zaffaroni, 562. Саучесник би у случају прихватања да постоји јединство понашања, могао бити саучесник само у деликту крађе, али не и у накнадном делу. Такође, у обрнутом случају, имао би улогу саучесника, односно подстрекача и у наношењу штете.

<sup>64</sup> Тако, већинска доктрина преферира употребу израза „накнадна некажњива дела“ (Јешек), мада се издвајају и теоретичари који употребљавају термин „накнадна сукажњива дела“ (Маурах, Велцел). Вид. J. P. Matus Acuña (2000a), 344 фн. 178.

<sup>65</sup> J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 333.

<sup>66</sup> A. Gianfelice, 51.

<sup>67</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 326. Као примери, наводе се: подизање новца са картице која је украдена, уништење украдене ствари, сакривање ствари која се намерава присвојити, као и нарушавање неповредивости пошиљке отварањем украденог писма, и поред тога што у конкретном случају не постоји идентитет повређеног правног добра. При томе, из ове категорије се искључују случајеви када се накнадним актом проузрокује нова штета (случај преваре која уследи након крађе или фалсификовања докумената).

<sup>68</sup> G. Marinucci, E. Dolcini, 450. Ово је у складу са концепцијом да су претходна и накнадна некажњива дела манифестације консумпције, што подразумева да није реч о аутономним институтима. Вид. A. Pagliaro, 245.

истог правног добра, док је прибегивање конзумпцији резервисано за случајеве сукцесивне реализације забрањеног понашања, где се указује да претходно дело хронолошки представља ранију фазу, чија је невредност обухваћена накнадно предузетом радњом.<sup>69</sup>

У сваком случају, концепт накнадног некажњивог дела, без обзира на његову терминолошку одредницу, представља једну од најкомплекснијих правних фигура у теорији кривичног права, која директно задире у питање домашаја привидног стицаја закона. Иако јој се не негира карактер облика јединства кривичног дела, односно манифестације на којој се заснива унитарна квалификација, питања правне природе, односно основа проузроковања таквих ефеката, проузроковала су опречна схватања. То је разлог зашто се у литератури истиче да је реч о најконтрoверзнијем питању у правној догматици, које доводи до комплексне научне дискусије.<sup>70</sup>

За нас је првенствено релевантна улога ове правне фигуре у области постављања граница института привидног идеалног стицаја, тачније његове феноменолошке димензије. Већ смо назначили неке од кључних фактора таквог утицаја и начина на који се они одражавају на предмет нашег интересовања. У погледу њене правне природе, као и позиционирања у склопу концепата јединства кривичног дела, може се издвојити неколико концепција, које се крећу између сврставања у категорију стицаја закона, независно од тога да ли се сматра обликом јединства или плуралитета радње<sup>71</sup>, преко третирања као особеног облика неаутентичног реалног стицаја (привидни реални стицај у ужем смислу)<sup>72</sup>, па до потпуног измештања из проблематике стицајних односа између законских инкриминација и придавања карактера посебног основа искључења казне.<sup>73</sup> Јасно је да варијанта према којој се ради о основу искључења кажњивости, у потпуности негира спону накнадног некажњивог дела са (привидним) стицајем закона.

Када је реч о гледиштима која га третирају као основ искључења реалног стицаја особене природе, такав модалитет добија превагу у немачкој доктрини у периоду од 1954. до 1970. године, а измештање накнадних некажњивих дела из материје привидног стицаја закона, оправдава се различитим факторима, који варирају између личног основа искључења казне, па све до принципа економије казне.<sup>74</sup> У том контексту и немачки аутор Фоглер указује да се овај правни феномен разликује од стицаја закона – јер није реч о конкуренцији апстрактних казних претњи пре самог извршења кривичног дела, већ о конкуренцији две казнене претензије које се испољавају у моменту суђења – оцене неког понашања.<sup>75</sup>

---

<sup>69</sup> G. Marinucci, E. Dolcini, 462 – 464. Услови некажњивости накнадног дела, везују се за околност да оно представља наставак претходног понашања, путем којег учинилац постиже или консолидује предност добијену првобитним делом, под условом да није дошло до повреде новог правног добра.

<sup>70</sup> R. Pariona Arana, „El hecho posterior impune en el Derecho penal“, Derecho penal y modernidad (ed. L.M. Reyna Alfaro), Ara Editores, Lima 2010, 2.

<sup>71</sup> Вид. J. Cuello Contreras (1979a), 50; F. Maldonado Fuentes (2020), 742.

<sup>72</sup> Тако J. P. Matus Acuña (2001), 367; J. D. J. Restrepo, 6; J. P. Matus Acuña (2007), 25.

<sup>73</sup> C. Roxin (2014), 1013 – 1017; F. Pavón Vasconcelos, 205. Ради се о концепцији према којој је накнадно дело искључено, имајући у виду да се сматра санкционисаним путем главног дела.

<sup>74</sup> Вид. J. P. Matus Acuña (2000a), 334. Први фактор се везује за немачког аутора Маураха, док се према Бокелману (*Bockelmann*), искључење кажњивости накнадног некажњивог дела фундаментује, не на схватањима која се изводе из супсидијаритета, већ онима својственим економији казне.

Као заступници стриктне диференцирајуће теорије у овом периоду, наводе се и Клас (*Klass*), Варда (*Warda*), Краус (*Kraus*). У складу са тим, истиче се да упркос томе што се под заједничким називом стицај закона, третирају супсидијаритет, специјалитет и накнадно некажњиво дело, чињеница да се у пракси накнадно дело раздваја као посебна манифестација, несумњиво води ка стриктној варијанти ове теорије.

<sup>75</sup> R. Pariona Arana, 5. Дакле, објекат вредновања нису апстрактне норме, већ конкретна дела (казнене претензије). Другим речима, није релевантна логичко–систематска релација између казних типова, већ фактичка функционална релација у којој се накнадно дело налази у односу на главно. При томе су одлучујући циљ који се жели постићи нормом и опсег заштите коју она обезбеђује.

С друге стране, постоје схватања да је у датом случају реч о особеном принципу решења у оквиру теорије привидног стицаја закона, што се правда околношћу да се не ради о апстрактно – систематској анализи казних типова, већ о вредносној оцени самих законских описа који се конфигуришу као резултат конкретног криминалног догађаја.<sup>76</sup>

Независно од поимања правне природе, најадекватније опште одређење наведене правне фигуре, заснива се на истицању да се под накнадним делом *подразумева радња која задовољава услове аутономног деликта, при чему путем исте, учинилац обезбеђује, користи или искоришћава одређени положај или погодности омогућене извршењем претходног дела.* Као класичан пример његове феноменолошке манифестације, наводи се случај учиниоца који, након што је фалсификовао документ, исти употреби у правном саобраћају, чиме је искористио позицију обезбеђену извршењем конкретног дела.<sup>77</sup> Може се рећи да је наглашавање елемената обезбеђења, односно искоришћавања исхода главног дела, суштински садржински елемент концепта накнадног сукажњивог дела, карактеристичан за сва доктринарна одређења.

Међутим, није спорна само правна природа наведеног концепта, будући да чак и прихватање истог као облика привидног стицаја закона, нужно отвара питање његове даље индивидуализације, у смислу принципа решења који се заснивају на особеним релацијама између законских норми. По нашем мишљењу, морали би се искључити принципи засновани на стриктним логичким релацијама, што подразумева специјалитет.

Немачки аутор Роксин указује на следеће манифестације кривичноправног третмана накнадног некажњивог дела: 1) консумпција, 2) супсидијаритет, 3) аутономна форма стицаја закона.<sup>78</sup> Овај аутор у том смислу сматра да ипак не би било довољно оправдано сврставање у супсидијаритет, имајући у виду да је његова суштинска подлога управо помоћни карактер супсидијарног казненог типа, што овде није случај, јер накнадно некажњиво дело, управо претпоставља постојање једног претходног деликта. Међутим, сматра да се могу донекле узети у разматрање аргументи за његов третман као аутономне манифестације стицаја закона, тачније својеврсног неправог реалног стицаја, будући да се ради о накнадном, аутономном акту, а не типичном пратећем. Ипак, закључује да га је због сличности са типичним пратећим делом, рационално размотрити у оквиру концепта консумпције.<sup>79</sup>

Сукажњивост, односно некажњивост, сама по себи имплицира да се не ради о логичким, већ о вредносним аспектима у домену казне, где институт треба да оствари управо ону функцију коју смо довели у везу са сврхом кажњавања, односно циљевима специјалне и генералне превенције. Стога, оправдање његовог сврставања у привидни стицај закона, везује се управо за ову фундаменталну поставку института.

Једини принцип који може оправдати искључење накнадног дела по том основу јесте консумпција, заснована управо на криминолошком вредновању односа између два правна концепта. Основни критеријум диференцијације односно детерминације случајева накнадног некажњивог дела као феноменолошког облика привидног стицаја закона, представља пре свега обухватање невредности дела, које се у овом случају оцењује са аспекта кажњивости. Стога, можемо се сложити са ставом да је управо то један од разлога

---

<sup>76</sup> *Ibid.*, 4 – 5. Сматра се да накнадно дело није резултат интерпретације на апстрактном плану, већ се заснива на функцији конкретног накнадног дела, што се огледа у простом коришћењу или обезбеђењу „плена“.

<sup>77</sup> *Ibid.*, 1. Такође, аутор наводи и пример учиниоца који након извршене крађе аутомобила, убеди другу особу којој је познато противправно порекло возила, да исто купи.

<sup>78</sup> С. Roxin (2014), 1013.

<sup>79</sup> *Ibid.*, 1013 – 1014.

због којих термин „некажњиво“ није одговарајући, будући да само одражава исход квалификације, али не и материјалне разлоге искључења таквог дела.<sup>80</sup>

Иначе, овом генерализованом материјалном критеријуму обухватања невредности дела, можемо додати још и три услова, која се у литератури захтевају за некажњивост накнадног дела – идентитетштићеног правног добра, као и захтеви да није дошло до увећања штете проузроковане главним делом, као ни наношења повреда другом пасивном субјекту.<sup>81</sup>

У складу са тако дефинисаним основама конструкције накнадног некажњивог дела, као његови феноменолошки облици, издвајају се најчешће: 1) превара ради осигурања користи која је прибављена главним делом; 2) оштећење или уништење ствари које је учинилац отуђио или присвојио.<sup>82</sup>

Проблем накнадног некажњивог дела се често посматра и са аспекта правне природе привидног стицаја закона, па се његово оправдање доводи у везу са интерпретативним, или пак стицајним карактером института.<sup>83</sup> Тако, заступници стриктно интерпретативног приступа институту (привидног) стицаја закона, који по својој природи негира било какве стицајне ефекте, указују да је израз „некажњив“ погрешан, будући да се сматра да је накнадно дело у потпуности садржано у главном. У складу са овом концепцијом, може се и у случају наведених спорних манифестација, говорити о привидном идеалном стицају у правом смислу речи, имајући у виду да се полази од тога да накнадно дело заправо представља продужетак радње главног дела.<sup>84</sup>

У нашој домаћој литератури такође наилазимо на слично дефинисане услове постојања привидног идеалног стицаја у стриктном смислу, како у случају претходних, тако и накнадних некажњивих дела. У том контексту, Лазин указује на два услова која морају бити испуњена – извршење кривичног дела имовинске природе, које подразумева одузимање туђе покретне ствари, у намери прибављања својине над истом, као и да се таквим делом омогућава и олакшава извршење каснијег, односно обезбеђује оно што је постигнуто претходним делом.<sup>85</sup>

Конструкција накнадног сукажњивог дела, као што се може закључити, проузрокује низ догматских проблема, почев од самог позиционирања у склопу најширег концепта привидног стицаја закона, па до односа са принципима решења, где највећу пажњу окупира његово третирање као аутономног принципа. Такође, однос са привидним идеалним стицајем и његово издвајање као посебног случаја негирања реалног стицаја, изван фигуре (привидног) стицаја закона, једно је од теоретски најкомплекснијих дилема.

Ипак, у светлу домашаја привидног стицаја закона, односно привидног идеалног стицаја, може се закључити да посматрано са аспекта формалистичких услова постојања наведене конструкције, као и материјалних предуслова, оличених у фундаменталним

---

<sup>80</sup> R. Pariona Arana, 4. Аутор напомиње да се код накнадног дела не ради о томе да ли је законодавац приликом самог прописивања казнене претње, предвидео одређени однос између правних концепата, већ је то релевантно при каснијем вредновању једног конкретног случаја, са аспекта неопходности кажњавања за оба дела.

<sup>81</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 344; Вид. и J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 333 – 334. Као услов његове некажњивости, наводи се околност да се накнадним делом не увећава већ учињена штета, односно не крши нови правни интерес, што није испуњено у случају преваре добронамерног купца украдене ствари, где се мора прихватити решење стицаја.

<sup>82</sup> R. Pariona Arana, 7 – 9. Међутим, у случају другог облика манифестације, истиче се да постоје схватања по којима би требало негирати накнадно некажњиво дело и одредити се за реални стицај, будући да уништење представља квалитативно тежу штету по својину жртве.

<sup>83</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 332.

<sup>84</sup> Тако, у случају типичног примера извршења кривичног дела крађе, а потом продаје или употребе украдене ствари, такви накнадни акти нису некажњиви, већ напротив, сматрају се садржаним у крађи. *Ibid.*, 349 фн. 193.

<sup>85</sup> Ђ. Лазин, 108 – 109.



поставкама института, правна фигура накнадног сукажњивог дела представља једну од феноменолошких манифестација института привидног идеалног стицаја.

Ове услове испуњава и конструкција претходних сукажњивих дела, која се могу одредити као случајеви када се аутономним деликтом стварају предуслови извршења каснијег главног дела, а чије се манифестације сумарно могу категорисати као: 1) припремне радње инкриминисане као посебно кривично дело, уколико дође до реализације кривичног дела чијем су извршењу оне биле намењене<sup>86</sup>; 2) релације између општих института кривичног права – случајеви кажњивог покушаја и дела које је касније довршено<sup>87</sup>; 3) аутономна кривична дела као средства за извршење другог кривичног дела.<sup>88</sup>

### 3. Теорије практичног домашаја

Привидни идеални стицај у стриктном смислу се не може посматрати изоловано, већ искључиво као део шире целине (привидног) стицаја закона, где спадају и случајеви претходних, односно накнадних некажњивих дела. Проблематика теорија практичног домашаја стога, тиче се диференцираног или пак унитарног третмана ових манифестација, у склопу јединственог института, независно од констатације јединства радње. У том смислу, од значаја су доктринарна настојања да се у потпуности одустане од поделе утемељене на релацији јединство – плуралитет радње у оквиру привидног стицаја, будући да се сматра да је иста превазиђена<sup>89</sup>, што је у складу и са нашом хипотезом да се она може вршити на искључиво формалистичком нивоу, као један од начина класификације феноменолошког испољавања случајева који спадају у наведену правну фигуру. Зато, и када говоримо о привидном идеалном стицају, увек морамо имати у виду да се то односи на општа правила стицаја закона, која нису искључиво заснована само на јединству радње у ужем смислу, већ се протежу и на спорне случајеве претходних и накнадних сукажњивих дела.

Привидни стицај као најшири појам може обухватити три категорије: привидни идеални, привидни реални у ужем и у ширем смислу. Тачније, ради лакшег разумевања, можемо поћи од дихотомне класификације: привидни стицај који није стицај закона и онај који спада у наведену конструкцију. С друге стране, класификација на унитарне и диференцирајуће теорије, тиче се првенствено аспекта правних последица на релацији привидни идеални стицај у ужем смислу – претходна и накнадна некажњива дела.

Кључни фактор у утврђивању опсега примене института привидног стицаја закона, базиран је на критеријуму да ли се као случајеви стицаја закона третирају концепти означени као претходна и накнадна сукажњива дела, а као последица опредељења за једну или другу варијанту, појавиле су се унитарне и диференцирајуће теорије.<sup>90</sup> У домену унитарних теорија, истицање да је реч о привидном идеалном или привидном реалном стицају, односно привидном стицају закона заснованом на јединству или плуралитету радње, било би само формалистичког карактера, с обзиром на хипотезу о изједначавању правних последица. То је, по свему судећи, и гледиште које заступа наша доктрина, где се наглашава подела на

<sup>86</sup> J. P. Matus Асуња (2000а), 325; J. P. Matus Асуња (2001), 325. Тако Госел (Gossel); C. Roxin (2014), 1006.

<sup>87</sup> J. P. Matus Асуња (2001), 393; C. Roxin (2014), 1007.

<sup>88</sup> З. Стојановић (2018), 243. Тако, према Стојановићу, ако учинилац украде кључ и помоћу њега изврши кривично дело тешке крађе, постојаће само ово друго кривично дело

<sup>89</sup> *Ibid.*, 241. Вид. и И. Вуковић (2022), 341. У прилог одбацивању поделе на привидни идеални и привидни реални стицај, Вуковић наводи првенствено аргумент истоветности правних последица јединства кривичног дела које произлази из једне и из друге варијанте, као и релативност сврставања појединих облика супсидијаритета и консумпције, утемељених на постојању више радњи, под окриље привидног идеалног стицаја.

<sup>90</sup> J. P. Matus Асуња (2000а), 317 – 318.

привидни идеални и привидни реални стицај у формалном смислу, али не и различите правне последице, будући да су оне заправо идентичне – дело је само једно.<sup>91</sup> Насупрот томе, код диференцирајућих теорија, из домена стицаја закона, издвајају се изузеци од реалног стицаја, који се заснивају на неким другим основама, па се у том смислу говори о аутономној категорији накнадних некажњивих дела као облика неаутентичног реалног стицаја.

У том светлу би требало посматрати и доктринарна гледишта према којима се особено наглашава дистинкција између привидног стицаја и концепта накнадног некажњивог дела, уз образложење да је реч о потпуно другачијим категоријама.<sup>92</sup> Овоме се супротставља приступ поимања претходног и накнадног некажњивог дела као манифестација привидног стицаја, под условом да је садржај кривице и неправде већ исцрпљен претходним, односно следећим актом који се појављује као носилац квалификације. У том случају, повлачење претходних или накнадних аката пред главном инкриминацијом, успоставља се по основу принципа консумпције или супсидијаритета.<sup>93</sup>

Ради се о комплексном питању односа између различитих категорија у склопу привидног стицаја, чија се класификација у теорији врши полазећи од особених критеријума. Тако, истиче се да категорија привидног стицаја постоји уколико се различите манифестације односа између кривичних дела, могу класификовати као специјалитет, супсидијаритет или консумпција.<sup>94</sup> Уочава се да аутор не наглашава услове постојања јединства дела, односно фактор искључења идеалног или реалног стицаја.

С друге стране, Стојановић прави разлику између привидног идеалног стицаја, са једне, који може укључивати и манифестације претходних и накнадних некажњивих дела (консумпција), али и случајеве привидног реалног стицаја, схваћене као форме негације овог облика плуралитета кривичних дела, са друге стране.<sup>95</sup>

Поред тога, у компаративном праву, говори се и о конструкцији стицаја закона, у односу на коју је спорно да ли обухвата манифестације накнадних сукажњивих дела, што може резултирати у виду две хипотезе – да се подвргне третману (привидног) стицаја закона, или пак да се посматра као аутомни облик изузетка од реалног стицаја. Међутим, за разлику од немачке доктрине, где би то могло да проузрокује практичне последице у виду диференцираног третмана, у нашем кривичном праву је оваква класификација без суштинског значаја, имајући у виду да обе форме проузрокују идентичне правне ефекте, односно евентуално се доводе у везу са правилима уважавања накнадног дела као отежавајуће околности. Разлоге за то треба тражити и у начину регулисања идеалног стицаја у нашем и немачком законодавству.

Стога, разматрању наведених категорија, приступићемо првенствено из разлога целокупног сагледавања теоријских дилема у вези са применом института (привидног) стицаја закона и компаративног поређења различитих могућих решења спорних питања. Ипак, већ на самом почетку се чини да ово комплексно питање упућује на брисање граница у оквиру јединственог института, у односу на његове феноменолошке манифестације засноване на критеријуму јединства радње.

---

<sup>91</sup> З. Стојановић (2018), 243.

<sup>92</sup> R. Maurach, K. H. Gössel, H. Zipf (1978), 315.

<sup>93</sup> J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 333 – 334. У том смислу, феноменолошке манифестације претходног некажњивог дела, што се превасходно односи на припремне радње, доводе се у везу са принципима супсидијаритета и консумпције.

<sup>94</sup> Ф. Бачић (1995), 312.

<sup>95</sup> З. Стојановић (2018), 239 – 252.

### 3.1. Основи класификације

Класификација на две варијанте домашаја концепта стицаја закона, тиче се питања да ли се у категорију (привидног) стицаја закона сврставају како случајеви јединства, тако и плуралитета радње, тачније поједини облици негације реалног стицаја, односно да ли постоји разлика у третману једне и друге правне фигуре, у зависности од тога да ли се негира идеални или реални стицај.

Већ смо поменули проблематику термилошких дилема која се манифестује у односу између термина (привидни) стицај закона и привидни идеални стицај. Њене корене треба тражити управо у наведеној класификацији, тачније у настојањима да се (привидни) стицај закона ограничи само на случајеве јединства дела.

На тај начин, у први план се истиче теоријски однос између феноменолошких манифестација претходног и накнадног некажњивог дела, означених и као привидни реални стицај, и привидног стицаја закона, схваћеног у ужем или у ширем смислу. За разлику од оних форми привидног реалног стицаја, схваћених као особени облици јединства, због чега изостаје и конфликт норми карактеристичан за привидни стицај закона, у односу на поменуте категорије, јављају се извесне теоријске дилеме у погледу правне природе, које су резултирале управо класификацијом на унитарне и диференцирајуће теорије.

Централну тачку теорије домашаја, односно њену концептуалну утемељеност, чини детерминисање основа оправдања некажњивости накнадног дела, што се према теоријским концепцијама у немачкој доктрини, своди на решење консумпције (привидног стицаја) или пак личног основа искључења кажњивости.<sup>96</sup>

Ипак, као што смо већ указали приликом дефинисања услова констатације јединства радње, тешко је говорити о било каквој дистинкцији између неаутентичног идеалног и неаутентичног реалног стицаја на суштинском плану, осим у стриктно формалистичком смислу, где је она праћена бројним термилошким дилемама.

С друге стране, на комплексност односа упућује и констатација према којој се сличност огледа само у номенклатури, али не и у садржају, те да је примена принципа специјалитета искључена у другој ситуацији.<sup>97</sup> Управо су из тог разлога поједини монистички системи, попут оног заснованог на екстензивном специјалитету, полазили од ограничења (привидног) стицаја закона само на случајеве јединства дела.<sup>98</sup>

Екстензивнији или рестриктивнији опсег примене теорије стицаја закона, према наведеном параметру, зависио је и од поставки конкретног историјског периода у њеном развоју. Историјски посматрано, у првим фазама развоја теорије стицаја закона, за искључење примене стицајних правила, по основу одређених принципа, није се сматрало значајним да ли се тиме негира стицај заснован на јединству или плуралитету радње (у стриктном смислу), па се ни доктрина није бавила овим проблемом. Корени уважавања релевантности наведене околности, везују се за период почев од осамдесетих година XIX века, тачније од 1885. године, када се појављују прве назнаке такве диференцијације и коначно афирмишу у раду немачког аутора Хонига, који случајевима стицаја закона заснованих на јединству дела, супротставља манифестације претходног и накнадног некажњивог дела, постављајући основе тзв. диференцирајућим теоријама.<sup>99</sup>

<sup>96</sup> R. Maurach, K. H. Gössel, H. Zipf (1978), 315.

<sup>97</sup> J. C. Contreras (1979b), 473.

<sup>98</sup> Тако Келер. Вид. J. P. Matus Асуња (2001), 357.

<sup>99</sup> Вид. J. P. Matus Асуња (2000a), 318 фн. 73. Пре Хонига, за ову дистинкцију, залагали су се и други аутори, попут Франка (*Frank*) и Хипела (*Hippel*).

Суштина ове концепције се, као што се може закључити, огледа у томе да се из окриља система стицаја закона, искључују категорије претходног и накнадног некажњивог дела, чиме се он поставља искључиво на темељу јединства радње схваћеног у ужем смислу. То у практичном смислу значи да је примена класичних принципа ове конструкције, на којима се заснива јединствена квалификација, искључена у ова два случаја.

Временом су се почеле развијати и модификације оваквог гледишта, од којих су неке подразумевале ограничавање домашаја стицаја закона само у погледу накнадног некажњивог дела.<sup>100</sup>

Тачније, суштина је у дилеми да ли облици привидног реалног стицаја (у ширем смислу), односно претходна и накнадна некажњива дела испуњавају услове унитарне квалификације засноване на правилима (привидног) стицаја закона, или пак по неком другом основу, а самим тим да ли заслужују исти третман као и привидни идеални стицај у ужем смислу. Већ смо донекле разјаснили ову дилему, када је реч о теоријским класификацијама, истичући да ове манифестације фигурирају у оквиру концепта привидног идеалног стицаја под одговарајућим условима, који нису искључиво везани за јединство радње у стриктном смислу, чиме смо донекле и прејудиицирали решење унитарне концепције. Заправо, показало се да је критеријум јединство – плуралитет радње, односно негација идеалног или реалног стицаја, у овој области дефинитивно превазиђена. Стога, ако се не може сматрати довољно релевантним и репрезентативним чак ни за саму феноменолошку категоризацију, од таквог критеријума се не може очекивати ни да представља утемељење за различите правне последице. Једино што је јасно, то је да морају бити испуњене материјалне (суштинске) претпоставке института привидног стицаја закона, а да ли се њима негира идеални или реални стицај је релативно у истој мери колико и различите варијанте односа између идеалног и реалног стицаја у компаративним законодавствима, односно питања њиховог разграничења. Један од разлога је и то што се ради о питању које се не може унапред решити на теоријском нивоу, већ је условљено околностима конкретног случаја. Стога и оне теоријске смернице, оличене у знацима да би у одређеним случајевима немогућност констатације јединства радње (у ширем смислу), требало третирали као отежавајућу околност<sup>101</sup>, остајући у оквирима унитарне квалификације по основу привидног стицаја закона у варијанти условног привидног реалног стицаја, заправо само указују на незнатан значај такве дистинкције, остављајући у рукама судије могућност да адекватно цени све релевантне околности.

Ово питање, праћено је мноштвом опречних становишта, а тиче се истовремено и граница принципа решења који се примењују за решавање конфликта норми код привидног идеалног стицаја. Све наведено указује да се случајеви привидног идеалног и привидног реалног стицаја, не могу раздвојити у оквиру јединствене категорије привидног стицаја закона, нити се могу успоставити у потпуности независна правила за њихово раздвојено разматрање.

### 3.2. Унитарне теорије (домашаја)

Полазећи од поделе на стицајни и интерпретативни карактер, јасно је да концепција унитарног домашаја института заправо одговара дефинисању његове правне природе на темељу протезања опсега законских норми, што искључује уважавање релевантности стицајних категорија попут дистинкције на релацији јединство – плуралитет радње у одређивању његове примене.

<sup>100</sup> *Ibid.*, 318, То је схватање које заступа немачки аутор Шонке (*Schönke*).

<sup>101</sup> Ђ. Лазин, 106 и 109.

Важно је напоменути да, иако су та два питања уско повезана, карактеристика „унитарности“ се не односи на услов јединства радње као концептуални елемент института, већ на ефекте изједначавања третмана привидног идеалног и појединих облика привидног реалног стицаја у ширем смислу (претходна и накнадна некажњива дела). Другим речима, унитарност подразумева да се у склопу привидног стицаја закона не врши категоризација према јединству, односно плуралитету радње, будући да то није релевантно за начин на који се он поима са аспекта фундаменталних поставки института.

Једна од варијанти подразумева њихово третирање са аспекта релација између законских норми, што указује да се описани проблем разматра независно од категоризације на јединство и плуралитет радње.<sup>102</sup> Дакле, сматра се да је релевантно једино да ли постоји могућност примене неког од принципа решења стицаја закона, што упућује на ослањање на правила тумачења и њима одговарајуће принципе решења.

### 3.2.1. Привидни идеални стицај као сегмент јединственог института

У складу са унитарном концепцијом, може се рећи да је феноменолошка димензија (привидног) стицаја закона условљена одговарајућим принципима решења који се користе као средства за утврђивање примата једне над другом нормом. И облици, условно речено, привидног идеалног и привидног реалног стицаја, по том основу, представљају (привидни) стицај закона, уколико могу да се подведу под одговарајуће релације између законских норми. Другим речима, са практичне тачке гледишта, подразумева се да се у погледу правних последица не прави никаква разлика између наведене две категорије. Управо на такав закључак наводе и гледишта из наше доктрине, која у свим овим ситуацијама проглашавају квалификацију само једног кривичног дела, иако се упућује на традиционалне и чисто формалистичке разлоге задржавања дистинкције.<sup>103</sup> Стога, наведена проблематика остаје чисто теоријског карактера.

Померање тежишта института на природу повезаности између формално реализованих инкриминација, указује да се оно што се традиционално подразумева под материјалним садржајем привидног идеалног стицаја, потенцијално односи и на категорије где би се хипотетички могло говорити не само о негацији идеалног, већ чак и реалног стицаја, као дела ширег концепта стицаја закона. То наводи на закључак да је немогуће раздвојити ова два питања и изучавати само привидни идеални стицај у контексту стриктног јединства радње. Стога се оправдано указује на негирање релевантности поделе на јединство и плуралитет радње<sup>104</sup>, осим као индиције за квалификацију у правцу привидног стицаја закона. Самим тим, то ће подразумевати да се утврђивање постојања института одвија према особеним правилима и законитостима, по основу којих се успоставља јединство релевантно за унитарну квалификацију.

### 3.2.2. Опште карактеристике унитарне теорије

Као што смо већ напоменули, унитарност теорије стицаја закона, огледа се у томе да она под своје окриље сврстава како манифестације засноване на јединству радње, тако и оне које произлазе из њиховог плуралитета, односно подразумева дефинисање јединственог круга таквих правила, примењивих на обе ситуације.

<sup>102</sup> F. Maldonado Fuentes (2020), 736. Тако E. Etcheberry, 122 – 128; C. Fontan Balestra, 114 – 120.

<sup>103</sup> З. Стојановић (2009), 12.

<sup>104</sup> F. Maldonado Fuentes (2020), 742.

У шпанској литератури се у том смислу истиче да централно питање стицајне проблематике, везано за дистинкцију између јединства и плуралитета радње, није релевантно за стицај закона, будући да се у тим ситуацијама не налазимо пред случајем конструкције „јединства дела“, која се у овом законодавству, баш као и у немачком, користи за означавање идеалног стицаја.<sup>105</sup> Доминантност унитарних теорија је управо карактеристична за шпанску доктрину у периоду развоја од 1944. до 1978. године.<sup>106</sup>

Кључни параметар, коришћен за формулисање овакве дистинкције, тиче се највише проблематике конструкције накнадног некажњивог дела, која је због своје специфичности изазвала дилеме у погледу могућности да се и овај облик, условно речено, привидног реалног стицаја, подвргне поставкама генеричке теорије стицаја закона, а да то не проузрокује непремостиве концептуалне последице.

У литератури се истиче да ова варијанта одговара традиционалном моделу који заступа Биндинг, заснованом на томе да се сви случајеви искључења стицајних правила на основу принципа специјалитета, супсидијаритета, консумпције и алтернативитета, сврставају у категорију (привидног) стицаја закона, уз негирање било каквог утицаја дистинкције јединства од плуралитета дела (радње).<sup>107</sup> Другим речима, ту се сврставају како традиционални облици привидног идеалног стицаја, тако и привидни реални стицај схваћен у ширем смислу (накнадна некажњива дела).

Наша доктрина очигледно заузима став заснован на унитарним теоријама, будући да у облике привидног стицаја, и то по основу консумпције, сврстава и накнадна и претходна некажњива дела, док се варијанта претходног некажњивог дела, оличена у односу између покушаја и довршеног кривичног дела, третира и као однос супсидијаритета.<sup>108</sup> Међутим, задржава поделу на привидни идеални и реални стицај, иако се истиче да је она донекле превазиђена, будући да се ради о јединственом институту.<sup>109</sup> Оваква дистинкција би могла једино да утиче на својеврсну преформулацију принципа решења у зависности од феноменолошких манифестација тако конципираног института.

Већ поменути одредба члана 8 шпанског Кривичног законика, такође указује на опредељење за унитарну теорију будући да примену привидног стицаја поставља на темељу неиспуњености услова како за идеални, тако и за реални стицај.

Када је реч о свеукупним последицама института, овакво обједињено поимање његовог садржаја, нужно је довело и до прожимања одређених стицајних ефеката у домену правних последица, што условљава напуштање стриктно интерпретативног гледишта, везаног искључиво за јединство радње у најужем смислу, које подразумева потпуну обухватност привидног дела главним, са аспекта санкција. Међутим, постојала су одређена гледишта која су накнадна дела третирали као продужетак радње главног, а самим тим и искључивала било какве стицајне ефекте.<sup>110</sup> Све то нужно утиче, не само на квалификацију јединственог кривичног дела која је несумњива, већ и на скуп законитости у домену правних последица института привидног стицаја, јер захтева њихову модификацију и екстензивно тумачење, како би се обезбедила примена на све овако схваћене појавне облике.

<sup>105</sup> J. Cuello Contreras (1979a), 50.

<sup>106</sup> J. P. Matus Асуња (2007), 25. Ипак, постојали су и одређени изузеци. Тако, указује се на издвојена гледишта о диференцирајућој теорији, за коју се само претпоставља да је диференцирајућа, на основу полазне дефиниције привидног стицаја закона, утемељене на идеји једне и исте радње, уз прихватање специјалитета као јединог доктринарног принципа. Иначе, ова хипотеза се приписује шпанском теоретичару Куејо Калону (*Cuello Calon*).

<sup>107</sup> J. P. Matus Асуња (2000a), 318.

<sup>108</sup> З. Стојановић (2018), 242 – 243. Такође, у оквиру релација супсидијаритета, убраја се и однос између кривичних дела са апстрактном и конкретном опасношћу, у односу на кривична дела повреде.

<sup>109</sup> *Ibid.*, 241.

<sup>110</sup> Ово се односи на већ поменути концепцију супротстављања формалног и материјалног довршења, која се разматрала преваходно у контексту извршења кривичног дела крађе. Вид. *supra*, 212 фн. 62.

Такође, може се препознати и утицај на скуп основних начела, односно фундаменталних поставки института, чији се опсег додатно проширује ради обухватања свих његових феноменолошких облика, што се нарочито манифестује у домену остваривања сврхе кажњавања, односно остваривања циљева генералне и специјалне превенције у вези некажњавања накнадног дела.

### 3.3. Диференцирајуће теорије

#### 3.3.1. Накнадно и претходно некажњиво дело као стриктни привидни реални стицај

Насупрот тези унитарне теорије, појавила се и супротна, која за квалификацију стицаја закона, захтева јединство радње у стриктном смислу (попут оног које постоји код идеалног стицаја), при чему се у том контексту формулише концепт привидног идеалног стицаја, супротстављен хипотезама претходног и накнадног некажњивог дела, у чијој основи постоји плуралитет радње, као фактор привидног реалног стицаја.<sup>111</sup> Слично томе, у француској литератури наилазимо на гледишта према којима стицај закона може постојати само у случају јединства радње, односно када једна иста деликтна радња крши више казних закона.<sup>112</sup>

Суштина ове констатације јесте у диференцирању третмана привидног стицаја закона утемељеног на јединству радње у стриктном смислу од случајева претходног и накнадног некажњивог дела, који не представљају стицај норми, већ независну категорију, као особен облик јединства – негације реалног стицаја. Ипак треба имати у виду да је ова подела релевантна само за она законодавства која раздвајају третман идеалног и реалног стицаја, чиме се отвара могућност да се на ове конструкције примени кривичноправни третман идеалног стицаја. То је и разлог зашто је ова концепција доминантна у немачкој доктрини<sup>113</sup>, док у законодавствима попут нашег, нема никакву практичну релевантност, будући да је небитно да ли, на пример, консумпција искључује случајеве стриктног јединства радње, или пак накнадног некажњивог дела. Последице су идентичне у оба случаја, а околност плуралитета таквих радњи може бити цењена као отежавајућа приликом одмеравања казне. С обзиром на то, разматрање диференцирајућих теорија са аспекта нашег позитивног система, има само теоријски значај.

Настанак поменутих теорија је последица развоја теоријске мисли у овој области, будући да је по првобитно замишљеној концепцији, укључујући и традиционални модел заступан од стране Биндинга, институт стицаја закона укључивао обе категорије, за које су важили исти принципи.<sup>114</sup>

Иначе, као репрезентативни случајеви претходних сукажњивих дела, наводе се: покушај који претходи извршењу, под условом да је управљен ка истом објекту напада и да између оба стадијума постоји јединство, утемељено на једној врсти продуженог умишљаја, и претходни акт који представља посебно кажњиву припремну радњу. С друге стране, као услови постојања накнадног некажњивог дела, наводе се захтеви да је учинилац претходног

---

<sup>111</sup> М. А. Arce Aggeo, 161.

<sup>112</sup> А. Dekeuwer, 511.

<sup>113</sup> Ј. Р. Matus Асућа (2000а), 350. У вези са поимањем домашаја института у савременој немачкој доктрини, карактеристично је да преовлађују диференцирајуће теорије, иако губе на значају њихове стриктне варијанте. Стриктне варијанте, које заступају аутори попут Мича (*Mitch*), подразумевају да се принципи супсидијаритета, консумпције, или пак оба, сматрају случајевима неправог реалног стицаја.

<sup>114</sup> *Ibid.*, 318.

истовремено и учинилац, или барем учесник у накнадном, као и да је објекат напада каснијег дела исте или барем мање вредности од претходног.<sup>115</sup>

У складу са основном идејом ове теорије, Хрушка (*Hruschka*)<sup>116</sup>, истиче да би у случају плуралитета дела, било неадекватно говорити о стицају закона, јер се они значајно разликују, због чега се под окриљем овог института (специјалитет и супсидијаритет), подразумева симултана реализација два или више дела, путем једног идентичног акта. Када такав идентитет не постоји, Хрушка полази од хипотезе неправог реалног стицаја, где учинилац ипак није осуђен за плуралитет дела, будући да се једно од њих сматра садржаним путем казне у оквиру другог дела. Овај теоретичар указује да постоје три случаја неправог реалног стицаја: 1) претходна (не)кажњива дела; 2) накнадна (не)кажњива дела; 3) типична пратећа дела. У свим наведеним примерима, према цитираном аутору, постоји симултаност између наведених аката, али ипак изостаје идентитет који се захтева за стицај закона.

Као неки од аргумената за одбацивање могућности сврставања под окриље привидног стицаја закона и облика плуралитета индивидуалних аката, може се издвојити и онај у вези непостојања било каквог типичног конфликта, имајући у виду да плуралитет независних радњи одговара плуралитету независних законских типова.<sup>117</sup>

Такође, шпански аутори који прихватају ову теорију истичу да јединство дела мотивише стицај закона или идеални стицај деликата, те да консумпција накнадног некажњивог дела заправо представља „банкрот“ система реалног стицаја.<sup>118</sup>

Основна идеја диференцирајућих теорија, наспрам унитарних, огледа се у томе да се институт стицаја закона односи искључиво на случајеве када постоји јединство радње (дела)<sup>119</sup>, тачније привидни идеални стицај у стриктном смислу, док су појавне манифестације претходних и накнадних некажњивих дела, искључене из његовог опсега.<sup>120</sup> На тај начин се формира особена, независна категорија јединства.

Међутим, и поред тога што заузима став да код манифестација претходних и накнадних некажњивих дела није реч о привидном стицају закона, према Хониговом гледишту, ови случајеви су ипак координисани тим институтом, јер реципрочно коректан кривичноправни третман различитих независних дела која се под њега подводе, може бити одређен једино у складу са тим принципима решења<sup>121</sup>, што указује на могућност примене принципа решења карактеристичних за привидни стицај закона. У вези диференцирајућих гледишта и њиховог довођења у везу са појединим принципима решења, од значаја је и

<sup>115</sup> J. P. Matus Acuña (2001), 367 – 368. У пракси се међутим та накнадна дела ограничавају на кривична дела против имовине.

<sup>116</sup> *Ibid.*, 367; F. M. Peña Castillo, 64.

<sup>117</sup> J. D. J. Restrepo, 6.

<sup>118</sup> J. P. Matus Acuña (2007), 25.

<sup>119</sup> J. P. Matus Acuña (2001), 357. Ради се о схватању немачког аутора Келера, који се залаже за принцип екстензивног специјалитета и ограничава привидни стицај закона само на јединство дела.

<sup>120</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 318. Међутим, очигледно је да се нису могле занемарити особености појединих феноменолошких облика укључених у тако схваћен концепт стицаја закона. Из тога је проистекло издвајање као раздвојених категорија два случаја: 1) претходна (су)кажњива дела; 2) накнадна су(кажњива) дела, мада је према неким теоретичарима, диференциран третман заслуживало само накнадно некажњиво дело. То отвара питање кривичноправног третмана ових издвојених облика, односно релација са принципима решења и модификације општеприхваћених законитости.

<sup>121</sup> *Ibid.*, 318 – 319. Истиче се да ове теорије ипак не генеришу потрагу за другачијим принципима решења од оних које је предложио Биндинг. Тако, једна група аутора приступа простој преформулацији истих, како би се утврдило да ли проналазе примену истовремено, како у случају стицаја закона, тако и у случају накнадних и претходних некажњивих дела. Тачније, истиче се, на пример, да се у релацији специјалитета могу налазити само случајеви стицаја закона, у релацији супсидијаритета – само претходна некажњива дела, у релацији алтернативитета – стицај закона, накнадно некажњиво дело, неки облици претходног некажњивог дела. Друга група аутора, настоји да за претходна и накнадна некажњива дела резервише ексклузивно један од класичних принципа решења.



констатација да су она утемељена на идеји да је (привидни) стицај закона заснован на једној истој радњи, тачније на хипотези да јединство дела представља заједничку особину и стицаја закона и идеалног стицаја, из чега произлази да консумпција код накнадног сукажњивог дела заправо представља негацију реалног стицаја.<sup>122</sup> Исто тако, Белинг, поред тога што поменуте случајеве плуралитета радњи не сматра питањем које се односи на стицај закона, или пак на идеални стицај, већ проблематиком повезаном са негацијом третмана резервисаног за реални стицај, ипак говори о примени принципа супсидијаритета и у овим случајевима.<sup>123</sup>

Може се закључити да је реч о гледишту према којем се принципи решења сматрају вишим, генеричким појмом у односу на (привидни) стицај закона, у чему и лежи основ чињенице да се чак и код диференцирајућих теорија, где се раздваја третман од стицаја закона, истовремено и прихватају неки принципи решења карактеристични за овај институт. Управо овакав приступ указује на недељивост јединственог института и тешкоће диференцирања његових облика по основу критеријума јединства радње, а самим тим и проблеме и недоследности са којима се сусрећу покушаји диференцирајућих теорија да рашчлане јединствени ентитет.

Још један интересантан приступ у разматрању диференцирајућих теорија, везује се за немачког аутора Клуга, који се, у складу са реформулацијом проблема привидног стицаја закона, са аспекта логичких релација, залагао за то да се системи и категорије института редукују на случајеве где постоји јединство дела. С друге стране, код манифестација плуралитета, нарочито када је реч о накнадним (су)кажњивим делима, полазио је од диференцираног третмана, заснованог на другачијим поставкама, инкорпорисаним у оквирима принципа супсидијаритета.<sup>124</sup>

Овome се, с друге стране, противе заступници стриктне варијанте диференцирајућих теорија, залажући се за апсолутно искључење претходних и накнадних некажњивих дела из конструкције стицаја закона, због недостатка догматске јасноће, као и за афирмацију њиховог аутономног карактера, као посебног облика неаутентичног реалног стицаја.<sup>125</sup> Овај модалитет иначе добија превагу у немачкој доктрини у периоду од 1954. до 1970. године, а искључење накнадних некажњивих дела из материје привидног стицаја закона, оправдава се различитим факторима, који варирају између личног основа искључења казне, па све до принципа економије казне.<sup>126</sup>

Према томе, приступ утемељен на поставкама диференцирајућих теорија, испољава се у два правца: 1) модификована варијанта стицаја закона, која подразумева кориговање општих правила, у циљу дистинкције поменутих облика; 2) предвиђање претходних и накнадних некажњивих дела као самосталног института, који искључује примену правила реалног стицаја (стриктна варијанта).

Резимирајући карактеристике диференцирајуће теорије, може се рећи да је она утемељена на издвајању претходних и накнадних некажњивих дела као особеног облика

---

<sup>122</sup> J. P. Matus Асића (2007), 25.

<sup>123</sup> J. P. Matus Асића (2001), 389 – 390. Тако, сматра се да је то разлог зашто накнадна дела остају некажњива, и поред тога што се независно реализовао законски опис неког другог деликта, што би био случај са односом између крађе и накнадног неовлашћеног присвајања, где је казнени тип неовлашћеног присвајања супсидијаран у односу на крађу, односно важи и примењује се само за оне случајеве неовлашћеног присвајања који нису накнадни акти крађе. Међутим, како Белинг истиче, такав супсидијаритет не би се могао узети у обзир уколико реализација другог типа садржи елементе који излазе из сфере самих накнадних аката (на пример превара треће особе употребом украдене ствари).

<sup>124</sup> J. P. Matus Асића (2001), 367. Аутори који су прихватили овакво резонување, редуковали су његов концепт само на случајеве у којима се констатује постојање јединства дела. С друге стране, за случајеве плуралитета, а нарочито када су у питању накнадна некажњива дела, предвиђа се другачији кривичноправни третман, заснован на особеним разлозима, изван оних на темељу којих је Клуг успоставио своју концепцију.

<sup>125</sup> J. P. Matus Асића (2000a), 318 – 319.

<sup>126</sup> *Ibid.*, 334.

неаутентичног реалног стицаја, који основ унитарне квалификације заснива на догматски различитом основу у односу на критеријуме теорије привидног стицаја закона. Другим речима, успостављају се другачији основи оправдања некажњавања и постојања само једног кривичног дела.

Ипак, чак и ако се превазиђу неке недоследности ове концепције, оличене у немогућности потпуног раздвајања од основних поставки привидног стицаја закона, као и околности да се у складу са посебним поимањем јединства радње, случајеви претходних и накнадних некажњивих дела, могу сматрати и јединством дела, главни разлог њихове догматске неоправданости, огледа се и у чињеници да ће у већини случајева, правне последице бити потпуно идентичне онима својственим привидном идеалном стицају. Стога, овакво диференцирање се појављује се као непотребно рашчлањавање јединственог института.

### 3.4. Неутрално гледиште

Имајући у виду карактеристике изнетих догматских гледишта у погледу сложених односа између привидног идеалног стицаја у стриктном смислу, наспрам манифестација својеврсних облика плуралитета радње, чија је правна природа дискутабилна, терминолошке дилеме које су проузроковале различите концепције о овом спорном питању, али и околност да све оне воде идентичном резултату, може се рећи да то донекле релативизује значај оваквих класификација у склопу опште фигуре привидног стицаја. Стога, о њима се може говорити само у формалистичком смислу, односно ради историјско – компаративног разматрања основа на којима се темеље савремена доктринарна схватања, али и поједина законодавна решења.

Привидни идеални стицај представља институт који се не може посматрати издвојено из јединственог скупа важећих законитости теорије привидног стицаја закона, у односу на коју се налази у релацији идентитета. Иако је сасвим оправдано говорити и о претходним и некажњивим сукажњивим делима као случајевима привидног идеалног стицаја (привидног стицаја закона у ширем смислу), с обзиром на критеријуме констатовања јединства радње, њихово означавање као привидног реалног стицаја, не мења суштинске аспекте испуњености услова за примену јединственог института (привидног) стицаја закона, чије се поставке индивидуализују применом одговарајућих принципа решења, утемељеним на логичким и вредносним основама. Иако је могуће извршити реорденацију поменутих принципа у зависности од тога да ли су се поједине феноменолошке манифестације испољиле као јединство или плуралитет радње, ако је то уопште изводљиво, с обзиром на тешкоће у успостављању јединствених критеријума и условљеност околностима конкретног случаја, такав критеријум не утиче на правну природу института који они регулишу.

Осим тога, оваква дистинкција не би имала никаквог ефекта, осим у случају предвиђања особеног кривичноправног третмана претходних и накнадних некажњивих дела, који би се подвргли посебним правилима одмеравања казне. За разлику од немачке доктрине, где би се то питање могло испољити као релевантно, због начина регулисања идеалног стицаја, у складу са стањем у нашем законодавству и доктрини, наведена категоризација остаје чисто теоријског карактера.

Стога, упућује се на својеврсне смернице у рангу отежавајућих околности за оне манифестације претходног и накнадног некажњивог дела које не испуњавају услов јединства радње<sup>127</sup>, мада је та граница, као што смо већ закључили, веома танка, а суду је свакако на располагању могућност да у зависности од околности конкретног случаја процени све

---

<sup>127</sup> Вид. Ђ. Лазин, 106 и 109.

релевантне факторе утицаја. Суштинско питање јесте да ли су испуњени услови *јединствене вредносне оцене* предузетог понашања у складу са општим поставкама и критеријумима на којима се заснива искључење аутентичног стицаја, попут забране двоструке санкције (материјални *ne bis in idem*), обухватања невредности дела, остваривања циљева кажњавања и других, као и одговарајуће *релације* између примењивих законских инкриминација, по основу којих се утврђује примат једне наспрам друге. Далеко је важније успоставити јасну границу у односу на форме аутентичног стицаја, него вршити разграничења феноменолошких облика у оквиру самог института привидног стицаја, која чак и ако бисмо превазишли бројне догматске дилеме, немају већи практични значај.

У овом домену би адекватније било неутрално гледиште, где би таква категоризација служила у теоријске сврхе и за класификацију феноменолошких облика. Тиме се проблематика помера на терен специфичних својстава спона између законских норми, које се у пракси могу манифестовати на више различитих начина. Тако, говори се о односима између норми посебног дела, или пак норми општег дела кривичног права. То указује да код привидног стицаја закона, заправо није релевантно да ли је реч о једној радњи у смислу идеалног стицаја као основа дистинкције од реалног стицаја, већ о томе да се ради о својеврсном јединству дела, као опонента његовом плуралитету – стицају, у чијем рангу, паралелно стоје и категорије попут природног или правног јединства радње, које искључују стицај по другом основу. Стога, прибегавање употреби стицајних појмова који се првенствено користе за постизање различитих пенеолошких ефеката, има чисто формални карактер и не утиче на домашај института онда када су испуњени услови његове примене. Преостаје једино да се у оквиру изабране инкриминације, различите околности цене као ублажавајући или отежавајући фактори.

Задржавање поделе на привидни идеални и привидни реални стицај би се могло приписати и централизацији проблематике стицаја, односно пресликавања класификације аутентичног стицаја, што је повезано и са истицањем стицајних ефеката института, који се свакако не могу негирати.

Имајући у виду да се у средишту проблема разматраног института и његове конфигурације, налази управо дистинкција од идеалног стицаја, што се претежно поклапа и са фундаменталним поставкама института, могло би се рећи да је у свим описаним ситуацијама реч о *привидном идеалном стицају у ширем смислу, где се може говорити чак и о остварењу формалистичког услова, оличеног у конструкцији јединства дела (понашања)*.

#### **4. Теорије домашаја принципа решења**

Домашај теорије привидног стицаја, може се посматрати и са аспекта броја принципа решења који се користе за решавање конфликта између законских норми, што је, између осталог, нераскидиво повезано и са обухватањем случајева претходних и накнадних (су)кажњивих дела у њеним оквирима. На то указује и сам историјски развој наведене правне фигуре, имајући у виду да је њено проширивање на поменуте категорије, истовремено условљавало и реорганизацију постојећих принципа.

У том смислу, учачава се правилност да су управо промене феноменолошке димензије условљавале систем принципа решења, а не обрнуто. Наиме, као што смо већ напоменули, првобитна Меркелова концепција, била је заснована искључиво на специјалитету, као чисто логичкој релацији, која је одговарала јединству радње у стриктном смислу. Такав монистички систем је основ по којем поједине савремене тенденције настоје да изврше преформулацију традиционалних критеријума индивидуализације привидног стицаја закона у склопу једног јединственог концепта специјалитета, схваћеног у екстензивном смислу. То само указује на мноштво концептуалних могућности по основу

којих се може приступити решавању конфликта између законски норми у оквиру јединственог склопа феноменолошких облика испољавања института, чија класификација није предетерминисана бројем, нити називима логичко–вредносних релација испољених у конкретном случају.

Једино се о специјалитету може говорити као о стриктно логичком принципу, утемељеном на релацији субординације, чија констатација већ на апстрактном нивоу имплицира привидни карактер норме општег карактера у односу на специјалну, односно не захтева вредносну оцену нелогичке природе и разматрање фактора попут јединства штићеног правног добра.<sup>128</sup> Управо таква природа овог првог међу једнаким принципима, условила је и концепције о привидном стицају закона као чисто интерпретативном концепту, утемељеном на негирању стицајних ефеката, односно ефеката привидног дела.

Иако ће изучавање концептуалних основа, као и логичке, односно аксиолошке утемељености релевантних принципа индивидуализације привидног стицаја закона бити предмет посебног разматрања, са аспекта прелиминарног утврђивања домашаја института, од значаја је указати на два могућа приступа у његовој квалifikацији. Сходно томе, у зависности од критеријума броја принципа који се користе у поступку утврђивања примарне норме, у литератури се указује на поделу на монистичке и плуралистичке системе.<sup>129</sup>

Осим тога, постоје и одређене класификације засноване управо на разликовању унитарних и диференцирајућих теорија<sup>130</sup>, за шта би се пре могло рећи да спада у домен реорганизације принципа решења, него њихове стриктне индивидуализације по наведеном критеријуму. Иако се заправо ради о поистовећивању исхода са процесом, у домену терминологије, која нема већи суштински значај, то је један од разлога зашто смо пошли од хипотезе о теоријском раздвајању феноменолошке димензије од самих принципа решења.

#### 4.1. Јединство радње (дела) као критеријум реорденације принципа решења

И поред релативног карактера и спорног опсега критеријума јединства радње као фактора ограничења феноменолошког домашаја (привидног) стицаја закона, односно привидног идеалног стицаја, који се у практичном смислу у потпуности губи и остаје само формални елемент класификације, његово истицање у различитим фазама развоја института је условљавало и утицај на реорганизацију прихваћених *принципа индивидуализације*.

Важно је напоменути да су *принципи индивидуализације* виша, генеричка категорија, односно да њихов број и суштинске карактеристике нису условљене евентуалном класификацијом јединственог института на привидни идеални стицај у стриктном смислу и привидни реални, али се у оквиру прихваћеног система може говорити о онима који су погоднији за решавање конфликта код појединих феноменолошких манифестација у односу на друге. Тај услов погодности управо лежи у њиховим суштинским поставкама, односно одговарајућој логичкој и вредносној утемељености. Јасно је да релација специјалитета одговара искључиво јединству радње у стриктном смислу, односно да се не може замислити релација субординације код накнадног некажњивог дела. Стога се проблематика претходног и накнадног некажњивог дела у погледу позиционирања у класичним системима организације принципа решења, доводи у везу са супсидијаритетом и консумпцијом.

<sup>128</sup> Вид. поглавље Специјалитет, *infra*, 330 – 331. И за савремена одређења специјалитета као принципа решења, карактеристично је управо наглашавање његовог логичког карактера.

<sup>129</sup> J. P. Matus Асућа (2001), 357.

<sup>130</sup> Вид. J. P. Matus Асућа (2000а), 351. Ради се о класификацији принципа решења од које полази немачки теоретичар Абелс (*Abels*), а темељи се на диференцирању случајева формалног и материјалног јединства закона.

Наиме, на основу критеријума јединства дела, као услова постојања (привидног) стицаја закона, у теорији се указивало и на реорденацију самих принципа решења, искључивог карактера, на оне који одговарају само једним или другим случајевима. Тако, постоји гледиште по којем се супсидијаритет не односи на случајеве привидног стицаја закона у ужем смислу (јединство радње), већ само на тзв. неправи реални стицај<sup>131</sup>, док консумпција може покривати обе варијанте.<sup>132</sup>

Осим тога, приликом разматрања диференцирајућих теорија, напоменули смо да је према једној варијанти дозвољено да се поједини принципи решења употребе и за регулисање случајева плуралитета дела, чиме се прави разлика између оних који одговарају стицају закона у стриктном смислу (искључивом јединству дела) и онима који се могу применити и у случајевима накнадних некажњивих дела. То је управо у складу са концепцијом о принципима решења као вишим генеричким појмовима, у односу на стицај закона<sup>133</sup>, чија примена на оба случаја пак не доводи до њиховог повезивања у јединствени ентитет. У складу са таквим резонувањем, може се, на пример, говорити и о *консумпцији код сложеног кривичног дела* као облика јединства изван конструкције стицаја закона. На тај начин, поменуто правна фигура представља само једну област њихове примене.

Такође, могло би се рећи да прихватање једне или друге варијанте теорије домашаја, има утицаја и на поимање опсега примене појединих принципа решења. Тако би у случају консумпције, искључење претходних и накнадних некажњивих дела, подразумевало сужавање поља њене примене.

Према томе, постоји неколико кључних фактора карактеристичних за однос између накнадних некажњивих дела и принципа решења са којима се они доводе у везу. Наиме, прво питање јесте који од принципа решења треба узети у обзир приликом квалификације ових случајева, у вези чега постоје одређена неслагања да ли је реч о консумпцији или супсидијаритету. Друго питање, односи се на околност да ли се третман одређеног принципа решења приписује свим случајевима накнадног некажњивог дела, или пак само неким од њих.

Додатни релевантан фактор, тиче се питања врсте односа између накнадних некажњивих дела, као посебних феноменолошких облика, и принципа решења, односно питања да ли се они могу појавити као једна од њихових аутономних варијанти, у ком правцу су и ишле поједине доктринарне тенденције.<sup>134</sup>

У складу са једном од монистичких концепција, утемељеном на специјалитету, указује се чак и да накнадно некажњиво дело представља случај специјалитета, који карактерише претходна интервенција. Наиме, према поменутој концепцији, одговорност учиниоца за проузроковани резултат је у потпуности обухваћена претходним делом, уколико је његова реализација већ добила одређено значење.<sup>135</sup> Осим тога, износи се и могућност

---

<sup>131</sup> S. R. Diaz, 160. Међутим, овакво гледиште се сматра погрешним, будући да се исто тако може односити и на случајеве јединства дела, односно привидног стицаја закона. Плуралитет дела се према неким схватањима везује искључиво за прећутни супсидијаритет. Вид. J. P. Matus Acuña (2000a), 323.

<sup>132</sup> L. J. Asua, *Principios de Derecho Penal, La ley y el Delito*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1997, 148. Принцип консумпције се доводи у везу и са облицима плуралитета радње, попут прогресивног деликта и сложеног кривичног дела.

<sup>133</sup> Вид. J. P. Matus Acuña (2000a), 318. Наиме, реч је о гледишту Хонига, који истиче да тзв. принципи решења нису случајеви стицаја закона, већ обрнуто. Другим речима, стицај закона представља једну од последица примене принципа решења, односно њихову прву варијанту, паралелну са другом, која се манифестује у виду конструкција претходних и накнадних некажњивих дела.

<sup>134</sup> Према једном од гледишта које се приписује немачком аутору Хипелу (*Hippel*), накнадно некажњиво дело се сматра особеним принципом решења (привидног) стицаја закона. *Ibid.*, 319.

<sup>135</sup> R. Pariona Arana, 3.

његовог решавања у складу са принципом алтернативитета, што је уско повезано са дискусијом у погледу типичности, односно атипичности накнадног дела.<sup>136</sup>

Такође, постоје класификације принципа решења, које одударају од класичних модела, вођене управо поделом на унитарне и диференцирајуће теорије. Тако, немачки аутор Абел (*Abels*), полазећи од тога да ли је обухватање невредности једне норме другом, детерминисано самим законом, или се успоставља на основу конкретног случаја, прави разлику између –1) јединства формалног закона (детерминише се на основу законских релација на апстрактном нивоу) и 2) јединства материјалног закона (условљеног другим ситуационим факторима).<sup>137</sup>

Такође, Круг је покушао да реформулише проблем (привидног) стицаја закона са аспекта логичких релација између конкретних дела, залажући се да се системи и категорије редукују на случајеве где постоји јединство дела у стриктном смислу, док се за случајеве плуралитета дела, а нарочито када је реч о накнадним (су)кажњивим делима, обезбеди диференцирајући третман, заснован на другим разлозима, у односу на оне инкорпорисане у оквирима принципа супсидијаритета.<sup>138</sup>

Међутим, мишљења смо да поставке консумпције као вредносног принципа, утемељеног првенствено на емпиријским релацијама између норми и вођеног принципом безначајности, покривају и оне феноменолошке манифестације (привидног) стицаја закона које привидни карактер неког законског описа приписују његовим особинама обезбеђења, односно искоришћавања стања креираног извршењем главног дела или пак стварања услова за његово извршење. То је у складу и са захтевом да санкција за главно дело покрива невредост претходног или накнадног, односно да је обезбеђено остваривање превентивних и ретрибутивних циљева.

С друге стране, случајеви покривени феноменолошким варијантама које се испољавају у претходном некажњивом делу, могу одговарати и поставкама супсидијаритета, односно условљене примењивости само једне од могућих инкриминација, у зависности од тога да ли се ова конструкција схвата у ужем или у ширем смислу. У домену супсидијаритета би требало третирати пре свега случајеве припремних радњи подигнутих на ранг аутономног деликта, односно средишњих или транзитних етапа које претходе довршењу кривичног

---

<sup>136</sup> Вид. J. P. Matus Асућа (2000а), 352. У случају алтернативитета код накнадних некажњивих дела, дискусија у погледу типичности или атипичности накнадног деликта одузимања, карактеристичног за имовинска кривична дела, креће се у два правца: 1) поједини аутори, попут Фоглера и Јешека, сматрају да накнадним некажњивим делима треба признати карактер типичности и невредности, узимајући да исти конструишу вредносно јединство са главним делом; 2) други аутори указују на немогућност паралелног опстанка и вредносног јединства наведена два концепта, односно оцене проширења намере присвајања на ефективну апропријацију. Стога, у хипотези обједињења претходног акта одузимања са накнадним актом искоришћавања, виде немогућу ситуацију, сматрајући да међу њима постоји релација ексклузивитета или алтернативитета.

<sup>137</sup> *Ibid.*, 351. Јединство формалног закона, укључује четири случаја: 1) специјалитет; 2) изричити (законски) супсидијаритет – сви случајеви; 3) одређени случајеви прећутног супсидијаритета: а) релације између основних облика кривичних дела и његових модификација (квалификована и привилегована кривична дела), б) релације између сложених кривичних дела и простих из којих се састоји, в) релације између узгредних и помоћних норми и осталих на које се односе; г) релације између различитих форми извршења деликта (покушај наспрам извршења, извршилаштво наспрам осталих форми учешћа, нехатне наспрам умишљајних форми реализација истог деликта). С друге стране, јединство материјалног закона обухвата све остале случајеве стицаја закона: 1) једно дело се појављује као главно дело или језгро учињеног дела; 2) једно дело се појављује као пратећи акт првог дела (у потпуности апсорбован главним).

<sup>138</sup> J. P. Matus Асућа (2001), 367.

дела<sup>139</sup>, док у случају када се једно кривично дело појављује само као средство за извршење другог, по правилу делује принцип консумпције.<sup>140</sup>

Из тог разлога, закључујемо да је у погледу проблематике домашаја института института привидног стицаја закона, односно привидног идеалног стицаја, адекватније као параметар узети *принципе индивидуализације (решења)*, тачније конкретне феноменолошке манифестације које су исход њихове примене, а које се могу и у највећем броју случајева се и испољавају као јединство радње, односно привидни идеални стицај. Тиме се још једном потврђује ирелевантност диференцирања привидног идеалног и привидног реалног стицаја у стриктном смислу, уколико се њихови облици испољавања могу подвргнути описаним правилима.

Овом констатацијом долазимо до још једног релевантног питања које је поделило доктрину, а тиче се унификације правних концепата који се користе у решавању таквих конфликта између норми. Ради се о већ поменутој подели на монистичке и плуралистичке моделе, заснованој на критеријуму броја принципа решења који фигурирају у теорији (привидног) стицаја закона.

## 4.2. Монистички и плуралистички модели принципа индивидуализације

Систематика теорије привидног стицаја закона, доводи се у везу са поделом на класичне и монистичке системе, у зависности од тога да ли се категорије *принципа индивидуализације (решења)*, инкорпоришу у оквиру једног феноменолошки и термилошки унитарног критеријума као заједничког основа за решавање конфликта норми у свим случајевима института привидног стицаја закона, или се пак такав задатак поверава различитим логичко–емпиријским конструкцијама, утемељеним на особеном скупу законитости.

Оно што заиста одликује доктринарна поимања принципа решења, јесте управо недовољна прецизност критеријума за констатацију квалификације привидног стицаја закона заснованог на неком од њих, баш као и недовољан степен општости, с обзиром на њихово одређење искључиво путем дефинисања примера конкретних случајева, који се сматрају њима обухваћеним.

Кључно питање које се поставља, јесте да ли је могуће пронаћи један заједнички именитељ као основ оправдања искључења стицаја у ситуацији када су за то испуњени услови. Потврдан одговор би донекле релативизовао и саму границу унутар различитих феноменолошких манифестација (привидног) стицаја закона, упућујући на постојање јединственог повезујућег фактора.

У том правцу су ишла поједина настојања управљена ка преформулисању класичне логичко–емпиријске тезе, засноване на принципима специјалитета, супсидијаритета, консумпције и алтернативитета.

### 4.2.1. Монистички модели и домашај (привидног) стицаја закона

Поменута идеја о постојању заједничке правне природе свих манифестација привидног стицаја закона, која не захтева различите приступе у решавању конфликта норми,

---

<sup>139</sup> Међутим, Роксин сматра да у овим случајевима заправо није реч о посебним категоријама претходних дела, већ о феноменолошким манифестацијама супсидијаритета. Вид. С. Roxin (2014), 1006 – 1007.

<sup>140</sup> Тако и Стојановић. Вид. З. Стојановић (2018), 243.

условила је настанак монистичких модела, утемељених на претпоставкама постојања једног искључивог принципа индивидуализације.

Одступајући од традиционалног издвајања четири принципа решења, које се везује за немачког аутора Биндинга, монистички концепти приступају стицају закона на унитаран начин, при чему се као њихова основна одлика наводи хипотеза о постојању једне једине правне природе, односно заједничког одговора у решавању интерпретативних проблема.<sup>141</sup> При томе, превагу у извршавању поменутог задатка, односи специјалитет који је био основа за велики број доктринарних приступа поменутог правца.<sup>142</sup>

Оваква гледишта заправо наглашавају интерпретативни карактер института привидног стицаја закона, односно имају за последицу да се са аспекта правне природе, принципи решења схватају као правила интерпретације.<sup>143</sup>

Међутим, важно је напоменути да утицај оваквих приступа на домашај института (привидног) стицаја треба ипак прихватити са резервом, будући да би њихова релевантност у том контексту могла да се испољи једино уколико би у односу на класичне моделе довела до проширења или пак сужавања његове примене у односу на облике аутентичног стицаја, што се, као што ћемо видети приликом анализирања једне од најрепрезентативних концепција, није десило.

Већ смо напоменули да је првобитна теорија привидног стицаја закона била утемељена управо на једној монистичкој варијанти, која је подразумевала искључиву примену специјалитета као стриктно логичке релације<sup>144</sup>, из чега проистиче да су изван наведене конструкције остали феноменолошки облици обухваћени другим логичким, односно вредносним принципима у класичним системима. Јасно је да се у овим случајевима ради о стриктном монистичком систему.

У новијој доктрини, сусрећемо се са мноштвом различитих концепција које покушавају да путем заједничког именитеља унифицирају проблематику критеријума индивидуализације. Тако, поред хипотезе о решавању проблема (привидног) стицаја закона путем његове реформулације са аспекта логичких релација, која се приписују немачком теоретичару Клогу, као и оних везаних за његово устоличење искључиво на бази субординације, или пак супсидијаритета<sup>145</sup>, као један од репрезентативних модела монистичког приступа, може се издвојити теорија немачког аутора Јакопса.

Наиме, према овом теоретичару, у свим случајевима привидног стицаја закона, биће примењиве само оне формулације деликата и њима одговарајуће казнене претње, који регулишу конкретан случај у најкомплетнијем контексту, што одговара само принципу специјалитета, и то у следећим формама манифестације: 1) специјалитет по основу интензитета описа (стриктни специјалитет), 2) специјалитет по основу степена извршења (интензитет учешћа у делу); 3) специјалитет који се односи на пратеће акте, укључујући и накнадно некажњиво дело.<sup>146</sup>

---

<sup>141</sup> R. Carnevali Rodríguez, C. Salazar Zenteno, 8.

<sup>142</sup> C. A. Paredes Vargas, 58. То је у складу са гледиштем италијанског теоретичара Антолизеија (*Antolisei*), вид. R. Carnevali Rodríguez, C. Salazar Zenteno, 8.

<sup>143</sup> C. A. Paredes Vargas, 58.

<sup>144</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 301.

<sup>145</sup> J. P. Matus Acuña (2001), 359 – 393. Посебно се може издвојити Белингово схватање супсидијаритета као јединог принципа привидног стицаја закона, посматраног са аспекта условне примењивости, где се говори о следећим манифестацијама у квалификацији: 1) супсидијаритет само казнене претње (одговара идеалном стицају), 2) супсидијаритет казнене претње и законског описа у случају када се реализује примарни тип (специјалитет); 3) супсидијаритет казнене претње и законског описа код неутралних типова (консумпција).

<sup>146</sup> *Ibid.*, 369 – 370.



Дакле, иако полази од тога да се специјалитет појављује као једина форма стицаја закона, истиче више његових појавних манифестација, убрајајући и случајеве који се традиционално сматрају обухваћеним супсидијаритетом и консумпцијом. То је разлог зашто се критике овог модела крећу у правцу истицања да тиме није успостављена никаква релевантна дивергенција између различитих облика.<sup>147</sup>

У том смислу, можемо се сложити са претходно изнетом Роксиновом критиком да ова реформулација принципа решења, није ни у ком случају допринела другачијем постављању система критеријума индивидуализације, осим у терминолошком, односно формалистичком смислу.

Иако би се у прилог оваквом приступу могли изнети аргументи везани за тешкоће у постављању граница појединих принципа решења, што је, као што ћемо видети приликом њиховог појединачног разматрања, највише изражено на примеру односа између супсидијаритета и консумпције, такви проблеми ипак нису непремостиви, а њихово решавање путем подвођења под заједнички екстензивни концепт, не би допринело разрешењу суштинских дилема, које произлазе из другачијег концептуалног основа консумпције и супсидијаритета.

У прилог томе, говори и чињеница да је у законодавствима, попут шпанског, где се законодавац определио за регулисање института, то учинио управо полазећи од плуралистичке концепције. Такође, чак и код италијанског модела, који се ограничава на специјалитет, доктрина и јуриспруденција су сагласне да то није једини могући приступ решавању случајева обухваћених институтом.<sup>148</sup>

Стога, чини нам се да се овај и слични монистички модели, иако говоре о својеврсном заједничком именујем у поступку реформулације теорије привидног стицаја, нису много удаљили од традиционалних, класичних категоризација, које би чак, по нашем мишљењу, на адекватнији начин извршиле вредновање различитих аспеката односа између привидне и главне норме у домену правних ефеката.

#### 4.2.2. Плуралистички модели и домашај (привидног) стицаја закона

Класични модели принципа решења, према општој класификацији у доктрини, доводе се у везу са четири основна принципа – специјалитет, супсидијаритет, консумпција и алтернативитет.<sup>149</sup> Ради се о систематизацији која је у теорију стицаја закона уведена од стране немачког аутора Биндинга у другој половини XIX века<sup>150</sup>, мада су поједини теоретичари полазили и од другачије класификације. Тако, Мецгер истиче дихотомну класификацију на специјалитет и консумпцију<sup>151</sup>, која је такође распрострањена међу теоретичарима.<sup>152</sup> Свакако, највише дилема је изазвало укључивање алтернативитета, с обзиром на његову конфигурацију као случаја релације између две норме које се истовремено сматрају и паралелним и искључујућим, што је, осим у случајевима законодавних грешака, било концептуално неодрживо.<sup>153</sup> То је један од разлога зашто се

<sup>147</sup> C. Roxin (2014), 999.

<sup>148</sup> Вид. поглавље Специјалитет, *infra*, 330.

<sup>149</sup> Тако З. Стојановић (2018), 241 – 243; Ђ. Лазин, 67 – 68; Ф. Бачић, (1995), 312 – 315; Ј. Таховић (1961), 262 – 263; R. Carnevali Rodríguez, C. Salazar Zenteno, 9.

<sup>150</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 306.

<sup>151</sup> Вид. E. Mezger, 346.

<sup>152</sup> H. Muñoz Hornent (1986), 381.

<sup>153</sup> M. A. Arce Aggeo, 167; J. C. Contreras (1979b), 469.

већинска доктрина ипак определила за уважавање релевантности три класична принципа: специјалитет, супсидијаритет и консумпција.<sup>154</sup>

Друго релевантно питање, тиче се значаја редоследа примене прихваћених принципа у поступку квалификације, као и утврђивања који од њих се може сматрати примарним у случају сукоба, односно испуњености услова за примену више од једног принципа. Одређена гледишта полазе од давања примата специјалитету, док друга пак такву улогу приписују консумпцији.<sup>155</sup> Наведено питање спада у проблематику методологије поступка квалификације, а начин решавања поменутог конфликта може имати утицаја на поједине секундарне ефекте привидног дела, који би у случају специјалитета бити искључени.

Такође, класификацију је могуће извршити и на основу тога да ли су конкретни принципи решења утемељени на правилима логике (специјалитет, супсидијаритет), или пак произлазе из емпиријских релација између правних концепата (консумпција). Стога, полазећи од њихове правне природе, може се говорити о логичко–емпиријској заснованости систематизације наведених принципа.

Будући да ћемо, у складу са систематиком нашег рада, сваки од наведених принципа посебно размотрити, укључујући и алтернативитет као спорни концепт, на овом месту је важно указати још и на одређене савремене тенденције које иду у правцу сужавања опсега њихове примене, а самим тим и домаћаја (привидног) стицаја закона.

Наиме, у немачкој доктрини, указује се на извесна ограничења њихове примене, која се крећу у два правца – одбацивања алтернативитета, негирајући му карактер самосталног принципа решења и консолидације тзв. разјашњавајуће функције идеалног стицаја.<sup>156</sup>

Јасно је да концепција разјашњавајуће функције идеалног стицаја иде у правцу значајног сужавања опсега примене привидног стицаја закона наспрам идеалног стицаја. Ипак, у нашој доктрини, примена идеалног стицаја у тако дефинисаној функцији разјашњења је донекле суштински спорна. Наиме, за разлику од немачке теорије, где је то мање – више легитимно, с обзиром на законодавно решење, не би се могло оправдати у системима попут нашег, где се чак полази од супротног резонувања и истиче да би у случају сумње требало применити привидни стицај.<sup>157</sup>

<sup>154</sup> C. Roxin (2014), 998; J. J. Hernández Sánchez, 50.

<sup>155</sup> Н. Muñoz Nogment (1986), 381. Према појединим гледиштима, релација специјалитета се разматра пре утврђивања постојања консумпције. Вид. J. C. Contreras (1979b), 468.

<sup>156</sup> J. P. Matus Aсуña (2000a), 353 – 357. У том смислу, чак и поједини теоретичари који помињу овај принцип, чине то како би га критиковали. Тако, према верзији Биндинга, његови појавни облици би могли да се сведу на друге принципе. С друге тачке гледишта, према верзији Листа, алтернативитет би био сувишан, јер недостаје стицај, који је претпоставка института привидног стицаја. На основу тога, долази се чак и до те тачке да поједини аутори тврде да релације ексклузивитета или алтернативитета, према Листовој концепцији, немају никакве везе са привидним стицајем закона, већ формирају посебну групу, различиту од стицајне ситуације.

У вези консолидације разјашњавајуће функције идеалног стицаја указује се да се из привидног стицаја закона, издвајају следећи случајеви: 1) различите квалификације једног простог деликта или једног сложеног деликта и квалификација неког од деликата који га обухватају; 2) различити узроци поштравања простог и сложеног деликта, као и једног од простих из којих се састоји, када се они испоље у форми покушаја и повреда; 3) покушај квалификованог и довршење базичног дела; 4) покушај тежег и довршење лакшег кривичног дела; 5) поједине манифестације деликата квалификованих тежом последицом.

<sup>157</sup> Вид. З. Стојановић (2009), 9.

## V ПОГЛАВЉЕ

### ПРИВИДНИ ИДЕАЛНИ СТИЦАЈ У ПОСТУПКУ КВАЛИФИКАЦИЈЕ

Квалификација привидног идеалног стицаја, односно (привидног) стицаја закона, са свим његовим правним последицама, подразумева вишедимензионални приступ, који се заснива на неколико кључних претпоставки. Наиме, његова улога у поступку примене концепата посебног дела кривичног права на конкретно чињенично стање, односно ситуацију из стварног живота, директно је условљена предусловом постављања одговарајућих критеријума диференцијације од концепата теорије стицаја, нарочито идеалног стицаја.

За почетно утврђивање и разумевање суштине правила квалификације која за исход има примену института привидног идеалног стицаја, релевантно је и одређење према којем тзв. *привидни стицај квалификација* подразумева ефективну примену само једне од могућих инкриминација.<sup>1</sup>

Иначе, у најопштијем смислу, можемо поћи од одређења поступка квалификације као логичког процеса, односно резултата констатације и анализе фактички учињеног дела, из којег произлази подвођење предузетог понашања под један или више правних концепата посебног дела кривичног права.<sup>2</sup>

У овом поступку долази до материјализације свих кључних сегмената института, нарочито фундаменталних поставки, теорија домашаја, као и односа са сродним концептима. Иако се условно може говорити о извесним стадијумима процеса индивидуализације привидног стицаја закона, треба имати у виду да је тешко аналитички раздвојити кораке у његовој идентификацији. Најзначајнију улогу свакако има дефинисање општих смерница за разграничење у односу на идеални стицај, што сматрамо централном тачком наведеног поступка, на коју се надовезује примена одговарајућих принципа решења утемељених на логичким и вредносним релацијама између законских норми. У сваком случају, суштина је у јединственом интерпретативном процесу, који је условљен реципрочно зависним факторима.

Првенствено, на општем плану, потребно је јасно дефинисати начелне поставке које условљавају примат овог облика, у односу на примену правила стицаја, као заокруженог института, са посебним скупом законитости и начела. Тачније, у одређеним ситуацијама, могућа је колизија између кумулативне примене реализованих законских инкриминација, са једне и одређених општих принципа кривичног права који обезбеђују заштиту других вредности, са друге стране, на шта смо већ указали приликом дефинисања фундаменталних поставки института.

На апстрактном плану, приликом сваке квалификације неког понашања као кривичног дела и одабира конкретног законског описа, односно њихове симултане примене, увек се мора узети у обзир целокупна чињенична ситуација и начин његовог испољавања, са аспекта свих релевантних димензија. Опредељење за једно или пак више кривичних дела, као најзначајнији сегмент описаног процеса, не може се препустити једноставном подвођењу под све могуће манифестације кривичноправних забрана, нити постоје проста механичка правила примењива без изузетака на сваку од хипотетичких ситуација. Улога онога који примењује закон је далеко већа, а његов основни задатак је да балансира између супротстављених интереса, у циљу адекватног покривања свеукупне невредности дела.

---

<sup>1</sup> A. Dekeuwer, 513.

<sup>2</sup> А. М. Климанов, 124.

Потреба увођења корективних механизма у примени појединих института, јавља се као последица колизије између испуњености формалних претпоставки за његову примену и других општих принципа кривичног права који претпостављају другачије решење и произлазе из самог тумачења кључних релација између појединих правних ентитета, у складу са начелом законитости. Управо се у томе огледа интерпретативни карактер института привидног стицаја закона, у односу на феноменолошке облике стицаја. Стога, изналажење критеријума по основу којих ће се успоставити линија разграничења између привидног идеалног стицаја, са једне и манифестација плуралитета кривичних дела, са друге стране, представља оквир кретања сваке квалификације на релацији јединство –плуралитет кривичног дела. Важно је напоменути да није реч о неким особеним критеријумима, својственим искључиво за институт привидног идеалног стицаја, већ о општим принципима кривичног права, чији аспекти долазе до изражаја приликом конкретизације подвођења одређеног понашања под одговарајућу законску квалификацију.

Ове критеријуме треба разликовати од средстава интерпретације, односно *правила преференције*, која служе конкретизацији решавања интерних конфликта између норми, на индивидуалном плану. Дакле, целокупан процес се одвија на два нивоа, а предуслов за примену принципа попут специјалитета или супсидијаритета, јесте испуњеност општих критеријума за искључење стицајних правила. У том смислу, долази до изражаја диференцијација између самих логичких, односно вредносних релација између законских норми, које су унапред условљене и принципа решења, заснованих на њима, као скупа правила за решавање нормативних конфликта. Ти принципи су заправо правна категорија, настала на бази операционализације таквих релација, ради остваривања циљева поступка квалификације.

За разлику од кривичноправних последица, где долази до изражаја стицајни карактер поменуте правне фигуре, његова интерпретативна улога у процесу квалификације, заснива се управо на примени својеврсних критеријума дистинкције у односу на облике стицаја, као и на тумачењу релација између норми. Управо из тог разлога се и говори о његовој двострукој правној природи, јер интерпретација првенствено долази до изражаја у методолошком поступку.

Међутим, све критеријуме које нуди теорија у овој материји, треба условно схватити, будући да ниједан није апсолутног карактера, првенствено због недостатка специфичности, односно својства важења искључиво у домену привидног идеалног стицаја, што њихову примену условљава околностима конкретног случаја. Управо је индивидуалистички приступ, проблемског карактера, оно што одређује индивидуализацију института у поступку квалификације.

У наставку ћемо размотрити пре свега методолошке аспекте квалификације, као аналитичког поступка, кроз призму односа са стицајним категоријама и критеријумима њихове диференцијације, док ће коначна индивидуализација привидног идеалног стицаја, кроз примену одговарајућих принципа решења, бити предмет посебних поглавља.

На самом почетку је важно напоменути да је поступак квалификације директно условљен конкретним законодавним решењима у материји аутентичног стицаја, чије познавање представља претпоставку разумевања различитих доктринарних концепција у овој области, нарочито када је реч о разграничењу између идеалног и привидног идеалног стицаја.

## **1. Карактеристике поступка квалификације**

Поступак квалификације у оквиру кривичног права, може се одредити као процес подвођења предузетог забрањеног понашања под норме кривичног права, и томе аналогна

примена одговарајуће кривичне санкције, што као исход може имати унитарну или плуралистичку концепцију о броју примењивих инкриминација. Такав поступак у генералном смислу укључује неколико задатака, што се односи на захтев да казни типови морају бити у потпуности доказани, потребу утврђивања да ли је у конкретном случају реч о стицају закона или деликата, као и успостављање релевантних казних опсега.<sup>3</sup> Слично томе, указује се и да питање примене одређеног казног закона захтева решавање проблема попут утврђивања релација између законских норми, односно детерминације јединства и плуралитета радње, што у практичном смислу одговара детерминацији привидног и аутентичног стицаја.<sup>4</sup> Једно од водећих правила у поступку квалификације, које се везује за општи режим таквог поступка, подразумева дисјунктивно дејство релевантне правне фигуре, што се манифестује у томе да се све остале у односу на њу налазе у односу неутралности или индиферентности.<sup>5</sup> Код привидног идеалног стицаја пак наилазимо на одступање од оваквог регуларног режима, што се практично манифестује у одговарајућим релационим односима између релевантних правних концепата, који захтевају балансирање између захтева унитарних и плуралистичких квалификација.

Из овако конципираних практичних циљева сваког поступка квалификације, јасно произлази значај примене основних законитости теорије привидног стицаја, као и њеног разграничења од манифестација аутентичног стицаја, односно критеријума диференцијације који се у таквом поступку користе.

Специфичност поступка квалификације привидног стицаја закона, огледа се првенствено у истицању приступа утемељеног на конкретном плану – приступ проблемског карактера, што условљава уважавање околности конкретног случаја. Иако је могуће на апстрактном плану указати на одређене смернице у виду општих правила таквог процеса, њихова индивидуализација је условљена мноштвом фактора који се тичу феноменологије испољавања релевантних чињеничних ситуација. То имплицира утемељеност на процесу интерпретације, уз уважавање општих принципа кривичног права.

Пре указивања на основне карактеристике поступка квалификације, важно је напоменути да се они увек морају посматрати у спрези са практичним ефектима поступка дистинкције између привидног (идеалног или реалног) и аутентичног стицаја, који се огледају у домену резултата процеса одмеравања казне.<sup>6</sup>

У доктрини се указује да у стицај закона не улазе саме апстрактне норме, већ је интерпретатор тај који треба да реши стицај између различитих типичних инкриминација, узимајући у обзир, између осталог и штићене вредности, односно начин њихове заштите, што следи након што је елиминисан конфликт између принципа *ne bis in idem* и интегрисаног вредновања.<sup>7</sup> Управо је та констатација оно што карактерише индивидуалистички приступ и уједно указује на саме фазе у оцени постојања института.

Као што смо већ напоменули приликом разматрања историјског развоја института, концепт (привидног) стицаја закона, уведен је у кривичноправну теорију као оправдање за искључење стицајне регулације, и то уз увођење једног генералног принципа решења за све случајеве. На тај начин се већ од самог почетка његове примене у кривичном праву, исти супротставља стицају деликата а нарочито идеалном стицају. Основна концептуална идеја која се приписује Меркелу, састоји се у томе да привидни стицај закона подразумева да једна или више конкурентних законских норми, у потпуности обухватају конкретно дело, за разлику од идеалног стицаја, где су све те законске норме неопходне у примени, како би се у

<sup>3</sup> J. Cuello Contreras (2009), 650 – 651.

<sup>4</sup> E. Vacigalupo, 569.

<sup>5</sup> S. Soler, 208.

<sup>6</sup> Љ. Лазаревић (2000), 170.

<sup>7</sup> C. A. Paredes Vargas, 61.

потпуности обухватио неки чињенични догађај.<sup>8</sup> Из наведене констатације, директно произлази да је његово одређење условљено компарацијом са идеалним стицајем, те да се индивидуализација у поступку квалификације, не може извршити без сагледавања односа са овом формом аутентичног стицаја. Стога, постављање критеријума диференцијације у односу на идеални стицај, појављује се као нужан предуслов поменутог процеса, уско повезан са применом одговарајућих средстава интерпретације (правила преференције), која омогућавају коначан исход таквог вредновања.

Процес квалификације се може посматрати као својеврстан методолошки поступак који чини скуп правила, управљених ка доношењу одлуке о постојању једног или више кривичних дела. Овде се на првом месту испољавају релације између концепата једно кривично дело – више кривичних дела, те се наведено питање појављује као једно од материјално најрелевантнијих у практичној примени кривичног права. У том процесу, фигурирају и обавезе поштовања одређених начела и правила, односно могу се уочити опонентни захтеви у заштити најзначајнијих вредности. Полазећи од фундаменталних поставки института привидног стицаја закона, може се доћи до закључка о постојању два основна начела, чије се поштовање у том процесу мора обезбедити. То су пре свега пропорционалност и принцип *ne bis in idem*.

У том смислу, у литератури се уочавају две негативне крајности у случају неправилне примене утемељујућих принципа – грешка у погледу ексцеса, оличена у погрешној констатацији стицаја деликата (кршење принципа *ne bis in idem* и пропорционалности), односно грешка у погледу неоправданог одбацивања релевантних инкриминација, што доводи до њихове некажњивости (кршење принципа интегрисаног вредновања).<sup>9</sup>

Према томе, истиче се да стицајна норматива служи како би омогућила решавање интерпретативних проблема, у случају када два или више концепта настоје да преузму превласт у примени на особени случај, док се само решавање конфликта манифестује у домену конкретних норми, односно на индивидуалном плану.<sup>10</sup> Ова констатација уједно омогућава и издвајање два аналитичка процеса у самом поступку.

Водећи параметри поступка квалификације, најадекватније долазе до изражаја у једној од концепција која као кључне проблеме у овом домену препознаје околности примењивости две или више правних диспозиција на исто чињенично стање, иако из њихових релационих односа произлази закључак о условљености једне непримењивањем друге.<sup>11</sup>

Прелиминарно утврђивање да ли се налазимо пред једном или другом правном фигуром, која се врши на плану квалификације, представља доктринарно далеко важније питање у односу на диференцирање њихових правних последица. Наиме, оне су, као што смо могли закључити из излагања о облицима аутентичног стицаја, пре свега криминалнополитичке природе, тако да се разликују у зависности од усвојеног модела кажњавања у једном систему кривичног права. Такође, не би се смело дозволити преплитање ова два плана у смислу прејудуцирања исхода по основу начина на који је регулисан систем правних последица.

---

<sup>8</sup> J. P. Matus Асуња (2000а), 298 – 300. Изостанак законских одредби, утемељеност на правилима постојеће регулативе и логике, односно специфичне правне последице које одуарају од оних предвиђених за случајеве идеалних стицаја, издвајају се као основне карактеристике првобитне концепције института.

<sup>9</sup> J. D. J. Restrepo, 3.

<sup>10</sup> J. C. Contreras (1978), 93 – 94. Наиме, указује се да се тај конфликт не решава у оквиру стицајне норме, већ да она интервенише касније, како би омогућила изрицање праведне казне.

<sup>11</sup> Tribunal Superior de Justicia (TSJ), Sala Penal, Sentencia n° 152, 10.06.2010. <http://www.profprocesalpenal.com.ar/archivos/9015546d-152-Cuevas-Germ-n-concurso-y-abuso-sexual.pdf>, 5. фебруар 2022, 9.

## 1.1. Општа начела квалификације

Већ смо приликом разматрања основних карактеристика поступка квалификације поменули два основа начела која се користе као нормативи у таквом поступку и између којих је потребно успоставити равнотежу – *ne bis in idem* и поступак интегрисаног вредновања, чије прекорачење се може сматрати грешкама у индивидуализацији.

У литератури се принцип *ne bis in idem* означава још и као принцип пропорционалности или забране двоструког вредновања и у том смислу декларише као први стадијум у утврђивању квантитета повређених норми.<sup>12</sup> На поједине обресе његове формалне утемељености, наилазимо и у одредбама чл. 8 шпанског Кривичног законика, који се односи на примену правила специјалитета, супсидијаритета, консумпције и алтернативитета, након што је установљено да се не могу применити одредбе идеалног и реалног стицаја.

Принцип пропорционалности се манифестује на тај начин што се најпре утврђује да ли интегрисано вредновање захтева примену две или више законских норми у конкретном случају, а у случају негативног одговора, условљеног начелом *ne bis in idem*, констатује се да је само једна од њих довољна да оствари наведену сврху.<sup>13</sup>

Јасно је како таква констатација одређује фазни карактер поступка квалификације, будући да имплицира да констатацији привидног стицаја закона претходи негација аутентичног стицаја по основу наведених принципа. Може се рећи да је за поступак квалификације, релевантна управо она димензија принципа *ne bis in idem*, оличена у забрани да се два пута вреднује исти елемент<sup>14</sup>, што наглашава методолошки аспект примене правила привидног идеалног стицаја, у складу са поменутиим принципом, наспрам његове друге улоге, оличене у забрани двоструког кажњавања, где долази до изражаја функција оправдања института.

Реч је о водећем принципу, који карактерише методолошки поступак, али уједно може имати улогу и у поступку евалуације изабраног решења, односно послужити као критеријум диференцијације.

## 1.2. Утицај правне природе

Дебата у погледу тога да ли одређено понашање треба квалификовати као прави или привидни стицај, односно да ли је реч о интерпретативном или стицајном карактеру института, одражава се и на плану поступка квалификације. Један од релевантних утицаја, доводи се у везу и са применом појединих принципа решења који се могу објаснити једино уколико се пође од стицајног карактера.<sup>15</sup>

Ипак, сматрамо да је најзначајнија последица опредељења за једну или другу варијанту, оличена у методолошким аспектима, односно фазама поступка квалификације, иако се може се рећи да су оне ипак реципрочно условљене и не могу се аналитички јасно раздвојити.

<sup>12</sup> G. Bascur Retamal, 236.

<sup>13</sup> A. Obregón García, 70. Између осталог, указује се и на степеновање остварености принципа пропорционалности, у зависности од тога да ли наведена норма обезбеђује покривање невредности дела у максималној мери, или пак само делимично, али у највећем могућем интензитету. На сличан начин, позивањем на принцип интегрисаног вредновања, истиче се и да санкција треба да настоји да обухвати максимални интензитет невредности неког понашања. Вид. J. Gómez Lanz, A. Obregón García, „Otra propuesta de teoría del delito“, *Revista penal México* 9/2015, 45.

<sup>14</sup> A. Obregón García, 70.

<sup>15</sup> R. Carnevali Rodríguez, C. Salazar Zenteno, 19. То је случај са принципом алтернативитета.

### 1.3. Циљ поступка квалификације

Полазећи од критеријума броја инкриминација које се приписују учиниоцу за предузето понашање, циљ примене правила привидног идеалног стицаја, у поступку квалификације, своди се на разграничење наведене правне фигуре од случајева аутентичног стицаја закона, односно на дефинисање правила примене преферентне норме у конкретном случају. Томе се, као друга страна новчића, супротстављају правила теорије стицаја, за које се такође може рећи да су имплицитно у функцији успостављања такве дистинкције. У том смислу би се могло говорити и о функционалном карактеру теорије стицаја, што практично значи да је примена института привидног идеалног стицаја условљена прожимањем, односно обједињеним разматрањем законитости једне и друге теорије.

Иза овог формалноправног циља, који се јавља на почетку сваког поступка квалификације, заправо стоје практични захтеви, оличени у одговарајућим пенолошким ефектима, карактеристичним за такав избор. На тај начин, издвајају се два релевантна домена у којима се испољавају последице овог поступка – адекватна квалификација забрањеног понашања и томе одговарајућа висина казне.<sup>16</sup> Ова идејна концепција, заснована је на тврдњи да грешке у квалификацији могу проузроковати неосновано строго или неосновано благо кажњавање као излазак из оквира постављених превентивних и репресивних циљева кажњавања<sup>17</sup>, чиме се успоставља чврста криминално–политичка основа у функцији детерминације основних правила утврђивања јединства или плуралитета повређених правних норми.

У ширем, формалистичком, односно процедуралном смислу, поступак квалификације привидног идеалног стицаја, одвија се у два основна правца, која укључују успостављање критеријума дистинкције од облика аутентичног стицаја, пре свега идеалног, са једне стране, односно поступак решавања конфликта између законских норми, са друге стране, под претпоставком решеног претходног питања. Сходно томе, циљ спровођења методолошког поступка квалификације, манифестује се управо на плану наведене димензије, кроз формулисање мање или више прецизних критеријума.

У литератури се стога наводи, између осталог, и да се као опонентна фигура привидном стицају закона појављује управо идеални стицај, и то као „друга страна новчића.“<sup>18</sup> У начелу, у теоријском смислу су ова два правна концепта јасно раздвојена, и то по основу околности да идеални стицај подразумева симултану примену две или више инкриминација чија су обележја остварена предузимањем једне радње извршења. У том контексту, карактеристично је одређење идеалног стицаја као ситуације када долази до сукцесивног остваривања више инкриминација од стране истог учиниоца, које у пресуди нису раздвојене.<sup>19</sup> Ово подразумева да свака од њих задржава своју независност и казнену аутономију, док је на законодавцу да утврди на који начин ће се извршити одмеравање казне код овог облика аутентичног стицаја. Супротно томе, привидни идеални стицај не карактерише јединствени систем пенолошких ефеката, нити прецизно детерминисани међуутицаји главног и привидног дела са тог аспекта.

Стога, централна тачка поступка квалификације се своди на питање међусобне релације, односно испуњености услова за примену једне или друге правне фигуре у конкретном случају. Имајући у виду изостанак стриктних правила и условљеност околностима конкретног случаја, различита схватања о правној природи једне и друге правне

<sup>16</sup> Б. Златарић, 155; А. М. Зацепин (2015), 247; М. Б. Ракић, 47.

<sup>17</sup> Т. Г. Черненко, 147.

<sup>18</sup> J. D. J. Restrepo, 3.

<sup>19</sup> С. Marie, 57.



фигуре, као и специфичности појединих законодавних решења у регулисању кривичноправног третмана идеалног стицаја, такву границу је тешко успоставити.

На индивидуалном плану, тај циљ се манифестује у давању одговора на питање да ли се налазимо пред случајем јединства или плуралитета деликата, односно доводи се у везу са решавањем интерпретативног конфликта у примени казних норми посебног дела кривичног права<sup>20</sup>, који заправо води ка примени или негацији стицајних норми. Наиме, управо се у тако одређеном циљу манифестује тесна повезаност између наведене правне фигуре, чије би одвојено изучавање било непотпуно и непрецизно.

Имплицитно, поменути циљ се манифестује у детерминацији коначних казних ефеката предузетог понашања, односно практичног аспекта кривичне одговорности учиниоца.

На крају, важно је напоменути и да је адекватно спровођење поступка квалификације од значаја и са процедуралног аспекта, имајући у виду да би у супротном дошло до повреде кривичног закона, на шта се указује и у судској пракси.<sup>21</sup> Осим тога, оно је истовремено и у функцији очувања самих уставних гаранција, што се превасходно односи на заштиту принципа *ne bis in idem*, који се иначе појављује као један од кључних критеријума (претпоставки) диференцијације између идеалног и привидног идеалног стицаја.

У сваком случају, основни циљ издвајања поступка квалификације и његових особених правила, у раду чији је предмет институт привидног идеалног стицаја, оличен је у настојању да се прикаже на који начин се манифестују особености примене релевантних критеријума диференцијације у пракси.

#### 1.4. Могућности индивидуализације (диференцијације)

Остваривање циљева поступка квалификације у домену примене правила привидног идеалног стицаја, условљено је могућностима постављања јасне линије разграничења између овог института и њему сродних правних фигура. Оно што такав поступак чини нарочито комплексним јесте околност да захтева добро познавање свих релевантних института теорије стицаја, али и других општих правила и законитости које важе у области материје општег и посебног дела кривичног права. Стога, тешко је говорити о предетерминисаним диференцирајућим критеријумима, који би се уклопили у све могуће феноменолошке варијације где долази до преплитања правила привидног идеалног стицаја и других института кривичног права. Тешко је чак и са феноменолошког аспекта препознати све евентуалне комбинације таквих међуутицаја, чиме се негира могућност прелиминарног прецизног утврђивања домашаја института, али и његовог разматрања независно од поставки других релевантних правила и института кривичног права, попут утицаја заблуде, добровољног одустанка, облика кривице, кажњивости појединих фаза реализације кривичног дела и слично. Ово је између осталог и био разлог издвајања посебног поглавља у којем се разматрају најзначајнији сегменти таквих односа које је препознала доктрина и судска пракса.

У сваком случају, адекватно спровођење поступка квалификације могуће је једино у условима познавања свих релевантних чиниоца који у том процесу суделују. Ипак, када је реч о институту привидног идеалног стицаја, превагу односи његова релација са идеалним стицајем.

---

<sup>20</sup> J. C. Contreras (1978), 62.

<sup>21</sup> Вид. Пресуда Врховног касационог суда Кзз 6/19 од 30.11.2001. године.

У савременој немачкој доктрини, иако се још увек придаје велика пажња теорији привидног стицаја закона, указује се да долази до ограничења његовог домаћаја и практичне вредности, те да се значај који се придаје његовој дистинкцији од идеалног стицаја, свео на минималну меру.<sup>22</sup> С друге стране, таква тенденција није карактеристична за системе попут нашег, који изједначавају последице идеалног и реалног стицаја, а самим тим и квалификацији привидног идеалног стицаја придају не само формалистичку, већ и практичну важност. То свакако доводи у први план утицај криминално–политичких фактора на значај практичних последица једног веома сложеног и комплексног процеса.

С друге стране, у шпанској литератури се чак указује на другу крајност, оличену у идеји о заснованости диференцијације у различитим ефектима који се придају једном и другом институту, а не у концептуалној разлици која би између њих постојала.<sup>23</sup>

Међутим, задатак диференцијације није нимало једноставан, због чега се и истиче да би она била постигнута једино у неком идеалистичком систему, где би сам законодавац дефинисао прецизно код којих кривичних дела криминалност остаје непромењива, без проузроковања нових начина да се повреде интереси друштва.<sup>24</sup> Јасно је да се ради о апсурдном и незамисливом захтеву. Са тиме се морамо сложити и прихватити да је немогуће са апсолутном прецизношћу постићи тај циљ, нити је могуће дати коначну листу критеријума која би била примењива у наведеним случајевима. Стога, сваки од критеријума који се у ту сврху користе, имају само ограничену улогу у том домену и служе као смернице општег карактера, у чему се пак не исцрпљује целокупна могућност дистинкције. У савременој доктрини, Роксин у том смислу истиче и да је питање прецизног концептуалног разграничења привидног стицаја закона, од идеалног стицаја, нешто што се још увек није достигло.<sup>25</sup>

Такође, и Стојановић указује на бројне тешкоће у таквом поступку, које судска пракса и теорија нису успеле да превазиђу, нити постоје било какве назнаке о формулисању критеријума јаче правне снаге у науци кривичног права.<sup>26</sup>

У поступку квалификације, тачније дистинкције између облика аутентичног и привидног стицаја, важно је направити дистинкцију између: 1) критеријума диференцијације; 2) оправданости издвајања из стицајног режима – што су међусобно повезане теме. Оно што карактерише међусобну дистинкцију између наведена два концепта, јесте управо релативност такве границе, која је условљена околностима конкретног случаја и заснована на интерпретацији. То још више долази до изражаја имајући у виду тврдње да чак ни изричито предвиђени случајеви привидног идеалног стицаја, немају увек аутоматску примену, већ се полази од смисла и сврхе закона.<sup>27</sup>

Овде уочавамо још једно опште начело, на којем ће се темељити доношење одлуке у погледу квалификације привидног идеалног или идеалног стицаја – уважавање смисла и сврхе конкретне инкриминације.

У духу истицања могућности диференцијације, поставља се и питање да ли је уопште могуће доћи до било каквих употребљивих, тачније јасних и прецизних критеријума дистинкције, као и да ли постоји могућност њиховог подвођења на ранг одређених генералних правила. Као што смо већ напоменули, теоретичари су се у поступку развоја

<sup>22</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 352.

<sup>23</sup> J. P. Matus Acuña (2007), 8. У том смислу, истиче се да док су у случају идеалног стицаја, законски типови конкурентни у исто време и на истом месту (координишу се путем међусобне интеграције), код привидног стицаја закона, они се међусобно искључују.

<sup>24</sup> J. D. J. Restrepo, 3.

<sup>25</sup> C. Roxin (2014), 998.

<sup>26</sup> З. Стојановић (2009), 20.

<sup>27</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 341. Тако, на пример, у неким ситуацијама се ограничава примена супсидијаритета (изричитог) у случају контрадикторности које не одговарају смислу закона.

института, позивали на различите материјалне критеријуме, како у погледу домашаја института, тако и његове правне природе. Ти критеријуми су се везивали за услове примене правила привидног стицаја закона. Међутим, проблематика није једноставна, јер подразумева уважавање више различитих фактора, а између осталог и околности законодавне регулације идеалног стицаја. У Немачкој, која је колевка института привидног стицаја закона, овај концепт се развио у условима законског одређења идеалног стицаја базираног на јединству дела. Проблем су представљали одређени случајеви стицаја закона, где би стриктна примена правила потпуне апсорпције, довела до криминално–политички неприхватљивих последица и сукоба различитих кривичноправних интереса истог нивоа. Осим тога, то је водило у правцу примене принципа комбинације, чак и код очигледних случајева стицаја закона, како би се кориговале неприхватљиве казнене последице у виду неоправданог привилеговања учиниоца. С друге стране, правне последице оличене у принципу комбинације, доводе до изједначавања ефеката привидног стицаја закона, са идеалним стицајем. У том смислу, ако би се и превазишле огромне тешкоће у постављању ове дистинкције на плану који претходи дефинисању казних последица у једном и у другом случају, и ако бисмо уопште успели да теоретски дођемо до одређеног склопа дистинктивних критеријума, питање је колико су они уопште релевантни, односно која је њихова практична сврха.

На то су указивали поједини немачки аутори, водећи се критиком упућеном традиционалним класичним системима, која се огледа у томе да са изузетком случајева стриктног специјалитета, везивање стицаја закона за тзв. принципе супсидијаритета и консумпције, не представља ништа друго до „просту превару етикета“, закључујући да је дистинкција између идеалног стицаја са једне и супсидијаритета и консумпције са друге стране, дискутабилна и конфузна, али такође и потпуно бескорисна.<sup>28</sup>

Међутим, по нашем мишљењу, не би требало тај проблем решити констатацијом о бескорисности теоријског разграничења, већ у другачијем кривичноправном третману идеалног стицаја, односно приближавањем његових последица последицама реалног стицаја.

Негирање могућности дистинкције, правда се и тврдњом да је регулација како привидног стицаја закона, тако и облика аутентичног стицаја (идеалног и реалног), само проблем интерпретације у коју је укључено више правних концепата, при чему се диференцијација између једних и других, појављује као питање правне одлуке, повезане са ефектима примене једне и друге стицајне норме у конкретном случају.<sup>29</sup>

Ради се о приступу утемељеном на хипотези да не постоји нека претправна диференцијација између наведених правних фигура, већ да се узимају у обзир ефекти једног и другог решења, на основу чега се, уз уважавање особености конкретног случаја, односно специфичности испољавања конкретних кривичних дела, доноси закључак о квалификацији у конкретном случају.

Могло би се рећи да се и пракса донекле прећутно води наведеним критеријумима, иако се смернице из доктрине такође уважавају приликом одлучивања, барем оне општег карактера, које су несумњиво прихваћене. У сваком случају, проблем је у њиховој недовољној прецизности, односно способности да увек омогућавају решавање случајева на

---

<sup>28</sup> J. P. Matus Асуња (2001), 371 – 372. Немачка ауторка Пупе (*Puppe*) у складу са особеном концепцијом стицајног режима коју заступа, истиче неколико аргумената у прилог изнетој тврдњи, између осталог и да би прихватање потпуне апсорпције у свим случајевима које традиционална доктрина сматра садржаним у оквиру института стицаја закона, осим код стриктног специјалитета, довело до неоправданог привилеговања учиниоца. То с друге стране указује на нужност да се ради корекције наведених недостатака, узимају у обзир посебни минимум и акцесорне санкције одбаченог дела.

<sup>29</sup> J. P. Matus Асуња (2007), 22. При томе се као преферентна појављује она норма која нуди праведније решење у погледу последичне казне, имајући у виду укључене концепте из посебног дела кривичног права.

исти начин. Стога, мора се донекле оставити простор за дискреционо одлучивање приликом доношења одлуке. Управо овакав однос два института карактерише доста широк простор за тумачење и уважавање специфичности испољавања и реализације законских норми. На то упућује и већ наведена одредба чл. 8 шпанског Кривичног законика, која иако регулише случајеве привидног стицаја закона, једно од најзначајнијих питања, попут дистинкције од осталих стицајних фигура и предуслова примене њених принципа решења, препушта интерпретатору.<sup>30</sup>

Дакле, проблематика дистинкције је у потпуности питање које је препуштено доктринарним гледиштима, односно теорији која изучава институт привидног идеалног стицаја. Управо је то разлог постојања више опонентних мишљења, односно тумачења, који су се разликовали у зависности од историјског периода развоја, а условљени су неопходношћу постизања равнотеже између различитих захтева и принципа кривичног права.

Тако, неке од концепција настоје да реше оба проблема (дистинкције и предуслова примене), позивајући се на принцип *non bis in idem* и принцип *безначајности*<sup>31</sup>, док друге истичу и неопходност да се нагласи разлика између анализа на апстрактном и конкретном плану, што указује на условљеност квалификације фактичким, емпиријским факторима, односно начином њиховог испољавања.<sup>32</sup>

У сваком случају, не може се говорити о стриктним критеријумима диференцијације између привидног идеалног стицаја и облика аутентичног стицаја, нарочито имајући у виду и саме тешкоће у погледу утврђивања домаћаја формалистичких елемената попут јединства радње, односно релативност и потенцијалну ирелевантност дистинкције на релацији јединство – плуралитет радње. С друге стране, исто тако и ослањање на вредносне и логичке критеријуме у оцени садржаја невредности која заслужује унитарну или плуралну квалификацију, односно приступ проблемског карактера и условљеност околностима конкретног случаја, оставља доста широк простор дискреционе оцене у таквом поступку. Осим тога, ни сами принципи решавања конфликта између диспозиција, немају јасно успостављене границе, нити почивају на стриктним законитостима и правилима. Ипак, како бисмо одговорили на овај комплексан задатак, наведене сегменте морамо посматрати као међусобно зависне и реципрочно условљене, а сва правила као смернице у изналагању решења које најадекватније одговара општим принципима позитивног кривичног права и захтевима праведности

## 2. Методологија поступка квалификације

Питање када се предузето понашање може подвести под квалификацију (привидног) стицаја закона, односно привидног идеалног стицаја, а када треба применити правила идеалног и реалног стицаја је комплексног и изразито апстрактног карактера.<sup>33</sup> Морамо се сложити са констатацијом о високом степену апстрактности проблематике разграничења, на коју се указује у доктрини, због чега је теоријски могуће поставити једино опште,

<sup>30</sup> J. P. Matus Acuña (2005), 489 – 490.

<sup>31</sup> *Ibid.*, 489.

<sup>32</sup> Ова констатација се приписује Баумгартену. Вид. J. P. Matus Acuña (2000a), 391 фн. 29. Тако, указује се да, уколико се пође од претпоставке да једна иста ствар (предмет), не може бити објект неовлашћеног присвајања и крађе у исто време, било би могуће замислити да предузимањем истог акта, постоји једно неовлашћено присвајање и крађа у односу на две различите ствари, што имплицира да релација ексклузивитета, не искључује сама по себи идеални стицај. Стога, решење питања да ли се два деликта налазе у идеалном стицају, не може бити унапред предвиђено апстрактном детерминацијом, заснованом на тврдњи да се они налазе у идеалном, или пак стицају закона, већ се одговор може добити само са емпиријске тачке гледишта.

<sup>33</sup> H. Muñoz Norment (1986), 367.

генерализоване критеријуме, односно оквире за посматрање односа између наведених института, док је прецизирање дистинкције препуштено тумачењу сваког конкретног случаја појединачно. Чини нам се да је немогуће, не само унапред утврдити све феноменолошке варијанте у којима се може испољити (привидни) стицај закона, већ такође и поставити опште критеријуме, заједничке за све појединачне случајеве без изузетка.

Осим тога, уско повезано са проблематиком дистинкције између поменутих концепата, јесте и процес утврђивања примарне норме која ће бити носилац квалификације у ситуацији када се применом расположивих критеријума утврди постојање (привидног) стицаја закона. Ипак, иако је теоријски могуће разграничити ова два важна задатка, у суштини их треба сматрати обједињеним и међусобно условљеним сегментима јединственог процеса, тако да се не може *a priori* поставити оштра граница између њих.

## 2.1. Опште карактеристике методолошког поступка

Методологија поступка квалификације се може дефинисати као један интерпретативни процес, чији је циљ дефинисање корака, односно поступка који за исход има квалификацију једног или више кривичних дела.

Пре указивања на релевантне практичне аспекте методолошког поступка квалификације, важно је напоменути да су они условљени опредељењем за апстрактни или конкретни приступ тумачења међуодноса кључних правних концепата, што се директно одражава и на домаћај института привидног идеалног стицаја. Суштину супротстављања наведене две концепције одражава тврдња заступника апстрактног приступа да се констатација привидног идеалног стицаја доноси на основу самих законских описа бића кривичних дела, из којих произлази њихово нужно подударење.<sup>34</sup> Супротно томе, конкретни приступ би подразумевао да се као полазна тачка појављује анализа одређене искуствене ситуације, у односу на коју је могуће применити више законских описа бића.

Управо се у домену конкретног приступа у анализи предузетог понашања испољавају суптилне разлике и специфичности које условљавају квалификацију аутентичног или пак привидног стицаја, што нарочито важи за однос са идеалним стицајем, где се не може говорити о формалистичким дистинктивним факторима у виду јединства или плуралитета радње.

Међутим, ово питање се не може једнострано посматрати, нарочито имајући у виду да класични системи обухватају како логички утемељене принципе решења, тако и оне који поступак решавања конфликта између законских норми спроводе полазећи од начина испољавања забрањеног понашања у конкретном случају.

Свака хипотеза о евентуалном конфликту закона и непходности примене правила привидног идеалног стицаја, подразумева својеврсни методолошки поступак анализе свеукупног понашања и дефинисања корака у коначној квалификацији. Сумарни преглед основних фаза таквог процеса, према једној од класификација у литератури, подразумева: 1) утврђивање критеријума за индивидуализацију сваке врсте конфликта; 2) утврђивање критеријума за решавање конфликта.<sup>35</sup>

Дакле, потребно је најпре утврдити о којој се врсти конфликта ради, а потом успоставити правила за вршење избора конкретне главне (примарне) норме. *У вези тога, можемо доћи до закључка да се принципи решења по својој правној природи заправо*

<sup>34</sup> Ф. Бачић, „Једно питање из проблематике о стицају кривичних дјела“, *Правни живот* 2/1956, 20 – 21.

<sup>35</sup> J. P. Matus Асуња (2005), 466. У питању је гледиште теоретичара Бобија (*Bobbio*).

сматрају делом методолошког поступка примене теорије привидног идеалног стицаја, а не врстом привидног идеалног стицаја.

Ова категоризација заправо повезује два кључна аспекта значајна за примену привидног идеалног стицаја: 1) дефинисање критеријума за разграничење од правог стицаја, што подразумева утврђивање да је у конкретном случају реч о конфликту закона у смислу привидног идеалног стицаја и 2) утврђивање принципа решења конфликта између норми, односно врсте релација која искључује примену стицаја. Тиме се на посредан начин, односно истицањем конфликта између норми, указује и да је реч о његовом стицајном карактеру.

Фазе процеса квалификације, условљене су, између осталог и већ поменутиим концепцијама о интерпретативној или стицајној природи института. Тако, интерпретативни приступ целокупну проблематику пребацује на терен правног вредновања конкретног понашања, односно на постојање једне јединствене правно – вредносне оцене дела, која претходи детерминацији стицајних релација.

Начин поимања правне природе института привидног стицаја закона (интерпретативни или стицајни карактер), може утицати и на ток методологије поступка квалификације. На то се указује полазећи од два приступа, од којих један подразумева да примени правила индивидуализације привидног стицаја закона, претходи констатација да нису испуњени услови за примену идеалног и реалног стицаја (*ex post* приступ).<sup>36</sup> Насупрот томе, у складу са интерпретативном тезом, поступа се по обрнутом редоследу, тачније најпре се утврђује присуство фундаменталних принципа који конфигуришу законитости привидног стицаја закона и спречавају симултану примену законских норми, при чему се не може говорити о идеалном или реалном стицају, а да претходно нису анализирани релације између конкретних правних фигура.<sup>37</sup>

Одређене смернице у погледу методолошког приступа, могу произаћи и из конкретних законских регулаторних одредби, попут оних предвиђених у чл. 8 шпанског Кривичног законика, која изричито наводи да примена правила стицаја закона долази тек након што је утврђено да нису испуњени предуслови идеалног и реалног стицаја, што условљава примат правила попут *ne bis in idem* и идентитета штићеног правног, у првој фази таквог поступка.<sup>38</sup>

Стога, и сами принципи решења се могу сматрати делом методолошког поступка примене теорије привидног стицаја, а не његовом врстом. То говори у прилог тврдњи да принципи специјалитета, супсидијаритета и други, детерминишу претпоставке примене института привидног стицаја, након што је претходно, на основу изнетих критеријума диференцијације, констатовано да нису испуњени услови за примену одредби о стицају.<sup>39</sup>

У сваком случају, може се закључити да је адекватан поступак квалификације условљен и вођен превасходно тумачењем комплексних правила општег и посебног дела кривичног права и њиховим систематским сагледавањем.

---

<sup>36</sup> М. А. Torrez López, 150 – 151.

<sup>37</sup> С. А. Paredes Vargas, 57; Е. Bacigalupo, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Temis S. А., Colombia 1996, 238; Н. Мрвић Петровић, 232. Полазећи од примене принципа специјалитета на примеру кривичног дела убиства, ауторка указује да тужилац или судија најпре разматрају евентуалну испуњеност услова примене неког од квалификованих или привилегованих облика, па уколико исти нису испуњени, прибегава се квалификацији обичног убиства.

<sup>38</sup> А. Obregón García, 69 – 74.

<sup>39</sup> Ј. Р. Matus Асуња (2005), 466 фн. 10. Ова методолошка позиција, коју између осталих заступа и теоретичар Мир Пуиг, заправо говори у прилог гледишту о стицајном карактеру института, при чему се на тај начин истичу предности у домену систематике, односно „оживљавања“ привидног закона, а нарочито у погледу учешћа трећих лица у извршењу, као и решавања одређених проблема заблуде. Насупрот томе, Гимбернат је заступао објективни, а не персонални карактер стицаја закона, посебно када је реч о теорији учешћа у делу.

Иако смо у анализи спорног методолошког поступка кренули од прве варијанте, која систематски адекватније приказује комплексност међуодноса између различитих стицајних фигура, мишљења смо да се јединствени поступак квалификације практично не може раздвојити на описане сегменте, те да ове фазе треба посматрати обједињено.

## 2.2. Сегменти поступка квалификације

Поступак диференцијације у општем смислу, као први сегмент поступка квалификације, условљен је превасходно интерпретацијом, не законских норми појединачно, већ околности (контекста) њиховог испољавања у конкретној ситуацији, што се одражава и на поменуте критеријуме. С друге стране, у случају параметара избора преферентног дела, постоји могућност нешто прецизнијег одређења, али се због утемељености на логичким и вредносним факторима, такође не може говорити о одговарајућем степену конкретности. Ради се о поступку квалификације који спада у домен принцип решења, као правила решавања сукоба између норми, онда када се у претходној фази констатује немогућност њиховог паралелног опстанка. Поред тога, постоје и одређене феноменолошке варијанте (привидног) стицаја закона које условљавају чак и сукобе појединих принципа решења, због чега се њихово појединачно разматрање, појављује као неопходан и неизбежан сегмент поступка квалификације.

Стога, у теоријском смислу, може се говорити о стадијумском карактеру поступка квалификације, оличеном у две различите фазе, које се могу означити као: 1) *процес диференцијације* – подразумева дефинисање критеријума дистинкције од облика аутентичног стицаја и 2) *процес индивидуализације* – обухвата правила избора преферентног дела.

Поред опште категоризације, наведене фазе се могу даље индивидуализовати на практичном плану, у виду неколико корака, који уједно представљају и синтезу правила теорије домашаја института, у складу са његовим екстензивним или рестриктивним поимањем, односно поимањем правне природе. У том смислу, може се издвојити једна од класификација у литератури, која као релевантна, односно кључна питања наведене материје издваја дистинкцију реалног од привидног стицаја, дистинкцију идеалног од привидног стицаја, критеријуме избора преферентне норме.<sup>40</sup> Сматрамо да сва наведена питања спадају у опсег проблематике поступка квалификације, с тим што утврђивање преферентног правног концепта, представља знатно шире питање које се изучава у домену широке категорије принципа решења, односно правила индивидуализације.

Правила процеса *диференцијације* и *индивидуализације* суделују као два релевантна сегмента процеса квалификације, са различитим улогама и особеним задацима. Принципи решења разликују се од критеријума диференцијације управо по томе што су везани за описивање ефеката који се изводе из (привидног) стицаја закона, односно за оправдање њему својственог кривичноправног третмана.<sup>41</sup>

С друге стране, на индивидуалном плану, акценат се ставља на критеријум јединства радње, као проблем домашаја института. Међутим, као што смо већ закључили, ради се о питању мултидимензионалног карактера, које је условљено тенденцијом брисања таквих граница, што додатно компликује питање његовог односа са привидним реалним стицајем у ужем смислу. Стога, захтева се додатно прецизирање услова дистинкције у овом домену, која превазилази просту констатацију плуралитета радњи у природном смислу.

У сваком случају предуслов квалификације стицаја кривичних дела се може довести у везу са две претпоставке – позитивне, која подразумева детерминацију плуралитета

<sup>40</sup> М. А. Torrez López, 145.

<sup>41</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 315.

типичних релација и позитивно – негативне, условљене одсуством повреде принципа *ne bis in idem*.<sup>42</sup> Управо се у наглашавању ове друге димензије истиче улога института привидног стицаја закона и његов утицај на коначну квалификацију. То подразумева да се без обзира на изабрани методолошки приступ, институти аутентичног и привидног стицаја, тачније њихове поставке, увек морају посматрати паралелно, будући да су реципрочно условљени.

Један од кључних сегмената поступка квалификације, представља метод решавања односа између привидног идеалног и идеалног стицаја, при чему се циљ овог поступка правне интерпретације, огледа у разликовању хипотеза једног деликта, од случајева где се примењује плуралитет кажњивих понашања. Оно што карактерише ову проблематику, јесте интегрални карактер целокупног процеса, будући да, иако се анализира у оквиру општег дела кривичног права, пуну примену има у материји посебног дела, што због сложености међусобних односа појединачних инкриминација, оправдава закључак о немогућности постизања консензуса у датој области.<sup>43</sup>

Битно је нагласити, у погледу самог поступка квалификације, и то да је у неким ситуацијама исти знатно олакшан, имајући у виду тзв. *клаузуле сунсидијаритета*. Међутим, када је реч о већини случајева, у квалификацији се ипак морамо ослонити на постојећа доктринарна правила. Иначе, тешко је јасно поставити методологију наведеног поступка, али се ипак могу дати одређене опште смернице у том правцу. Једно од питања јесте и када долази у обзир примена принципа решења (индивидуализације), односно да ли се њихова примена јавља као *a priori* или пак као *a posteriori* фаза квалификације.

Водећи се превасходно општим правилима поступка квалификације, која подразумевају утврђивање могућности примене више инкриминација, а у случају негативног одговора на то питање, утврђивање преферентне норме<sup>44</sup>, рашчланићемо такав поступак на две кључне фазе – *процес диференцијације* и *процес индивидуализације*. Међутим, треба имати у виду да је ова подела релативног карактера, те да није могуће говорити о стриктно раздвојеним фазама квалификације, нити о предетерминисаним корацима таквог поступка.

### 2.3. Процес диференцијације

Срж поступка квалификације одређеног понашања и његовог подвођења под норму кривичног права, огледа се у опонирању аутентичног и привидног стицаја као два супротстављена концепта која директно утичу на кривичну одговорност учиниоца. Ради се о проблематици која се сматра једним од централних питања и предмета интересовања доктрине и судске праксе<sup>45</sup>, што произлази и из великог догматског и практичног значаја адекватног решења конфликта између релевантних кривичноправних норми, чији су услови примене испуњени у конкретном случају.

Наиме, полази се од хипотезе да једно или више дела може добити плуралитет квалификација, у смислу задовољавања захтева законских описа више кривичних дела, али да не постоји стицај инкриминација будући да се *a priori* примењиви различити законски описи, међусобно искључују, што условљава јединствену квалификацију.<sup>46</sup>

Специфичност стицајне нормативе сама по себи отежава постављање јасних граница између фигура у њеном саставу, будући да у великом броју случајева долази до њиховог

<sup>42</sup> A. Obregón Garcia, 70.

<sup>43</sup> J. D. J. Restrepo, 4.

<sup>44</sup> A. Etcheberry, 123.

<sup>45</sup> М. Б. Ракић, 47.

<sup>46</sup> A. Gogorza, M. Lacaze, „Chronique de droit espagnol“, *Revue internationale de droit penal* Vol. 84 3/2013, 524. У француској доктрини се користи израз „конфликт норми“, односно „инкомпатибилне квалификације“.



преплитања. Ако пођемо од конкретног примера феноменолошких манифестација реалног стицаја решених путем конструкција особеног јединства радње, може се сматрати оправданом констатација да неће бити довољно у том процесу површно констатовати јединство или плуралитет радње како би се донео закључак о примени једног или више кривичних дела.<sup>47</sup> Најбољи пример за то су нам управо феноменолошки облици привидног идеалног стицаја, попут претходног и накнадног некажњивог дела, као и начин на који се одређује јединство радње (дела) у теорији привидног стицаја.

У том контексту, од значаја је још једна правилност на коју се указује у доктрини, а тиче се превазиђености поделе на привидни идеални и привидни реални стицај<sup>48</sup>, чиме се практично наговештава аутономија привидног стицаја као самосталног института, у склопу којег се класификација његових манифестација по критеријуму броја предузетих радњи извршења сматра ирелевантном, а у самом поступку дистинкције наглашава искључиво његово супротстављање аутентичном стицају. Избегавањем овакве категоризације, долази до генерализације општих критеријума дистинкције, за које се и иначе не би могло рећи да поседују било какве специфичности засноване на разликовању привидног идеалног и привидног реалног стицаја. Иначе, сви *критеријуми диференцијације* од којих смо пошли у овом раду, утемељени су управо на концепцији привидног стицаја као јединственог института и у складу са нашим поимањем његовог домашаја.

Осим наведеног, пре него што приступимо разматрању кључних фактора поступка дистинкције, важно је имати у виду и то да се њен практични домашај увек мора посматрати сходно конкретном законодавном решењу.

Иако је тешко говорити о могућности успостављања било какве прелиминарне линије разграничења између (привидног) стицаја закона и облика аутентичног стицаја, на нивоу општих правила релевантних за сам поступак квалификације, у том циљу се ипак могу дефинисати одређене опште смернице.

Пре свега, Меркелово првобитно одређење стицаја закона постављено је аспекта његовог диференцирања од идеалног стицаја, односно као случај изузетка од овог института, где постоји обичан стицај закона, односно јединствено дело које искључује њихову симултану примену.<sup>49</sup> Међутим, оваква дефиниција не говори ништа о критеријумима за квалификацију привидног стицаја, што карактерише и савремене дефиниције обе правне фигуре, утемељене на дескриптивном карактеру и високом степену општости. Ипак, могу се издвојити одређени елементи који упућују на својеврсну дистинкцију од аутентичног стицаја. Они се свode првенствено на вредносне критеријуме, попут способности једне од примењивих инкриминација да обухвати целокупну невредност дела, или пак постојања јединства штићеног правног добра.<sup>50</sup>

Ипак, можемо се сложити са констатацијом да су догматске дефиниције, које карактеришу и принципе релевантне за решавање конфликта између законских норми, недовољне за дистинкцију између аутентичног и привидног стицаја<sup>51</sup>, због чега са

---

<sup>47</sup> J. Cuello Contreras (1979a), 701.

<sup>48</sup> З. Стојановић (2009), 12. Аутор у том смислу указује на беспредметност наведене категоризације и њен изразито мали практични значај.

<sup>49</sup> M. A. Arce Agge, 159.

<sup>50</sup> J. P. Matus Acaña (2007), 21 – 22. У историјском развоју теорије привидног стицаја закона, за период између 1944. и 1978. године, карактеристично је рестриктивно поимање те дистинкције, у смислу истицања критеријума јединства штићеног правног добра, као и обухватања садржаја невредности другог дела. Једно од таквих одређења, засновано на вредносном критеријуму, тачније параметру да примена једне законске норме у потпуности обухвата садржај невредности дела, тако да ниједна његова особина не остаје без вредновања, домашај института везује првенствено за случајеве специјалитета схваћеног у стриктно логичком смислу.

<sup>51</sup> J. C. Moliné, 46.

формалистичког аспекта, осим на нивоу својеврсних смерница, није могуће доћи до задовољавајућих диференцијалних критеријума.

Занимљиву констатацију представља и тврдња да се ради о индивидуалистичком принципу базираном на идеји да диференцијација института (привидног) стицаја закона, од идеалног стицаја, зависи од околности конкретног случаја, тачније поређења исхода једне и друге варијанте и на крају примене оне која се чини најправеднијом.<sup>52</sup> Томе можемо додати и околност да је коначан исход поступка квалификације на релацији аутентични – привидни стицај, условљен вишедимензионалним приступом који подразумева паралелно разматрање, односно прожимање више различитих критеријума, укључујући и тумачење смисла и сврхе инкриминација у конфликту и адекватности једне од њих да задовољи постављене криминално–политичке захтеве у конкретном случају.

Ово је условљено издвајањем два приступа решавању наведеног проблема – 1) општи (генерални), који подразумева прелиминарну квалификацију – критеријуми чија примена директно обезбеђује опредељење за једну или другу варијанту; 2) последични – дескриптивни (вредносног карактера). Без обзира да ли ћемо поћи од компаративних аспеката или се базирати на искључујућим критеријумима, могу се издвојити одређени принципи управљени ка усмеравању наведеног процеса.

### 2.3.1. Основне поставке

Пре самог разматрања релевантних критеријума дистинкције, односно постулата на којима почива детерминација института привидног идеалног стицаја, важно је напоменути да стање у овој области није задовољавајуће, имајући у виду да ни доктрина ни судска пракса нису успеле да пруже адекватне критеријуме разграничења између привидног и аутентичног стицаја. То је, између осталог, и разлог зашто се феноменолошка димензија привидног идеалног стицаја, као и домашај примене релевантних принципа решења своде на навођење појединачних случајева, који често излазе из оквира било каквих генерализација у виду доношења општих правила примењивих на већи број других ситуација. Чак штавише, могло би се рећи да је такав поступак до те мере индивидуализован да је тешко говорити чак и о идентичном третману истих феноменолошких манифестација под различитим околностима испољавања.

Међутим, у доктрини постоји општа сагласност о искључењу примене правила стицаја, односно вишеструког кажњавања учиниоца, у случају особених релационих односа између реализованих инкриминација. Ово је карактеристично чак и за англосаксонску доктрину, која основ таквог искључења одређује на посредан начин, односно у негативном смислу, дефинисањем предуслова примене плуралистичких квалификација. Ти услови се своде на околност да релевантне, формално реализоване инкриминације, поседују различите елементе, штите различите интересе, односно да је њихова симултана примена неопходна ради адекватног описивања предузетог забрањеног понашања.<sup>53</sup>

Као једини општи водећи критеријум поступка диференцијације, наводи се нужност деловања у складу са начелима легалитета и правне сигурности.<sup>54</sup> Под таквим околностима, формулисање релевантних критеријума диференцијације, појављује се као тежак задатак.

---

<sup>52</sup> J. P. Matus Асуња (2007), 22. То је гледиште које у шпанској доктрини заступа Контрерас, а засновано је на претпоставци да је стицај закона, баш као и идеални и реални стицај, само инструмент за решавање интерпретативних проблема међуодноса више казних концепата.

<sup>53</sup> Вид. International Criminal Tribunal of Rwanda, The Prosecutor v. Laurent Semanza, Case No. ICTR-97-20-T, 15 Мау 2003. Ова питања се разматрају превасходно у контексту релација између кривичних дела геноцида и злочина против човечности.

<sup>54</sup> З. Стојановић (2009), 20.

Томе не доприноси много ни околност да се разграничење кључних правних концепата не заснива на формалистичким факторима, већ произлази из системске анализе састава инкриминација у конфликту.<sup>55</sup>

У теорији стицаја закона, првобитно указивање на критеријуме диференцијације од идеалног стицаја, везује се за период који је претходио настанку класичних система (крај XIX и прва половина XX века), када је у духу Меркелове концепције, у први план истицан фактор довољности једног од закона да обухвати све аспекте дела, што је условило издвајање следећих релевантних параметара: 1) идентитет штићеног правног добра; 2) могућност самосталне реализације једног дела, без условљености паралелним постојањем другог; 3) обухватање садржаја невредности у склопу једне законске норме.<sup>56</sup>

Међутим, главне критике су се кретале у правцу истицања да ниједан од наведених критеријума, сам по себи, не може да омогући оцену постојања стицаја закона у неком конкретном случају, те да сви ови концепти само у већој или мањој мери, описују ефекте који се изводе из института, или пак дају оправдање за њима својствен кривичноправни третман.<sup>57</sup>

Ипак, адекватно сагледавање наведене проблематике, треба тражити у већ поменутих фазама поступка квалификације, које укључују прожимање таквих критеријума диференцијације и примену одговарајућих принципа решења, на шта се указује и у домаћој литератури.<sup>58</sup> Стога, може се рећи да се није много променила основна идејна концепција о међусобном допуњавању наведених фактора. У том контексту и треба посматрати доктринарне критеријуме садржане у склопу процеса дистинкције.

С друге стране, сматрамо да критеријуме диференцијације не би требало посматрати само у спрези са принципима решења, већ и са феноменолошким облицима испољавања института, нарочито ако се има у виду да су принципи решења релативна категорија, условљена опречним поимањем међусобних граница.

На немогућност апсолутног раздвајања ове две фазе у констатацији (привидног) стицаја закона, упућује и његово везивање за присуство или одсуство услова за примену неког од принципа решења, односно релације специјалитета, консумпције, супсидијаритета или алтернативитета.<sup>59</sup>

Важно је на крају напоменути и да се критеријуми диференцијације изводе из самих фундаменталних начела, карактеристичних за институт привидног стицаја закона, те би их са тог аспекта и требало посматрати.

### 2.3.2. Општи фактори дистинкције

Прво питање у самом поступку квалификације, које претходи успостављању материјалних аспеката дистинкције, јесте разматрање диференцијације са формалне тачке

---

<sup>55</sup> К. В. Третьяков, „Конкуренция норм или совокупность преступлений: проблемы теории и практики“, *Гуманитарные, социально-экономические и общественные науки* 3/2015, 262.

<sup>56</sup> J. P. Matus Асуња (2000a), 314 – 315. Међутим, ниједан од наведених принципа није био лишен критика. Тако, критеријуму јединства штићеног правног добра се приговарало да концепт правног добра није валидан као објективни фактор за успостављање разграничења између привидног идеалног и идеалног стицаја, будући да постоје и случајеви привидног стицаја закона када исти закон штити више правних добара (сложени деликти), као и они у којима упркос повреди истог правног добра, постоји идеални стицај (то је случај са хомогеним идеалним стицајем).

<sup>57</sup> *Ibid.*, 315. Таква улога се приписивала принципима решења, који садрже одговарајуће критеријуме неопходне за прихватање овог института.

<sup>58</sup> Тако З. Стојановић (2009), 12 – 13.

<sup>59</sup> J. P. Matus Асуња (2000b), 30.

гlediшта. То подразумева превасходно питање домашаја института, тачније релације са концептима јединства и плуралитета радње (дела). Уколико се пође од хипотезе према којој стицај закона обухвата искључиво случајеве јединства радње у стриктном смислу, у средиште проблематике, ставља се искључиво његов однос са идеалним стицајем. Формална дистинкција између ове две фигуре, са једним заједничким елементом, оличеним у јединству радње (дела), фигурира у домену друге кључне компоненте, а то је управо констатација плуралитета или јединства законских типова. Према томе, полазна основа квалификације (јединство радње) је истоветна како у случају идеалног, тако и привидног идеалног стицаја, због чега разлику треба тражити у броју релевантних повреда кривичноправних норми. Најзначајнија последица привидног карактера поменуте правне фигуре, огледа се управо у околности да је искључено симултано подвођење забрањеног понашања под више од једне законске норме, што је карактеристично за идеални стицај.<sup>60</sup>

Поред тога, у теорији се указује и на својеврсни логички основ овакве дистинкције, оличен у питању да ли се две конкурентне инкриминације налазе у односу „кругова који се секу“ (идеални стицај) или пак коинцидентних кругова (привидни стицај).<sup>61</sup> Међутим, овај критеријум се не може сматрати довољно специфичним у постизању наведеног циља, имајући у виду да постоје и феноменолошке манифестације привидног стицаја које се могу поклапати са тако постављеним условом постојања идеалног стицаја. Стога, са правом се може рећи да логичко–концептуална димензија, сама по себи није довољна да обезбеди адекватну дистинкцију.

У том смислу, ако се пође од става да је поред јединства радње (дела), хипотеза идеалног стицаја условљена констатацијом плуралитета кривичних дела, односно условом да се такво јединство може подвести под више законских инкриминација<sup>62</sup>, јасно је да ова конструкција одудара од привидног идеалног стицаја у погледу другог формалистичког елемента. То подразумева даље рашчлањавање поменуте компоненте, утемељене на односу између примењивих (потенцијалних) казних норми, у којима треба тражити срж материјалне дистинкције.

Према томе, ове две правне фигуре се разликују по самој правној природи јединства, тако да се за привидни идеални стицај може рећи да то јединство потиче од релација између законских норми.

Међутим, иако околност постојања јединства радње као формалног елемента привидног стицаја закона, спречава оцену реалног стицаја, констатација својеврсног плуралитета таквих радњи у стриктном смислу, неће увек водити ка квалификацији реалног стицаја, будући да могу бити испуњени услови неаутентичног реалног стицаја.<sup>63</sup>

Други критеријум формалистичког карактера, тиче се самог исхода процеса квалификације, а манифестује се у домену последице, тачније у броју проузрокованих последица (повређених правних норми).

На ову диференцијацију, указује и заступник монистичког система, Хефнер (*Höpfner*), који истиче да можемо правити разлику у зависности од тога да ли радња која доводи до проузроковања одређеног дела, представља повреду једне или више законских норми.<sup>64</sup> Такође, у вези овог критеријума, истиче се и да морамо имати у виду две различите

<sup>60</sup> S. Soler, 231; Вид. L. J. Asua, 145. Указује се да стицај закона, за разлику од идеалног стицаја, подразумева искључење симултане примене више диспозиција.

<sup>61</sup> F. Pavón Vasconcelos, 219 – 220.

<sup>62</sup> M. A. Arce Aggeo, 160.

<sup>63</sup> J. C. Contreras (1979b), 473. Аутор међутим истиче да је сличност са неаутентичним идеалним стицајем само у номенклатури, а не и у садржају. Тако, код реалног стицаја, не може се говорити о специјалитету, али долазе у обзир консумпција и супсидијаритет.

<sup>64</sup> J. P. Matus Асуња (2001), 360. Према гледишту Хефнера, уколико се повреди само једна норма, у том случају се правни концепти могу међусобно повезати, на један од следећих начина: 1) један од њих се

перспективе. Пре свега, ако се сваки законски опис посматра појединачно, несумњиво је да се ради о плуралитету типичних понашања. С друге стране, посматрано из перспективе самих релација између конкурентних законских норми, које су *a priori* примењиве, то није случај, будући да једна искључује другу.<sup>65</sup>

Међутим, у домену правних последица, баш као и у случају детерминације јединства радње (понашања) као претпоставке привидног стицаја, јављају се бројни проблеми у поређењу ефеката једне и друге правне фигуре, нарочито имајући у виду да и квалификација привидног идеалног стицаја не подразумева увек потпуно обухватање једне инкриминације другом. Наиме, у неким случајевима, привидни идеални стицај подразумева само парцијалну обухватност невредности неког правног концепта, што је условљено његовим конкретним феноменолошким манифестацијама.

У сваком случају, једна од основних претпоставки адекватног успостављања поступка дистинкције, тиче се прецизног одређивања опсега примене института привидног идеалног стицаја, што одговара доктринарним ставовима о конфигурисању наведене правне фигуре на темељу њених феноменолошких облика испољавања.<sup>66</sup>

Пре указивања на релевантне критеријуме диференцијације између идеалног и привидног идеалног стицаја важно је напоменути да се они увек морају посматрати у светлу две димензије – формалне квалификације и правних ефеката такве дистинкције. Наиме, прелиминарно утврђивање да ли се налазимо пред јединством или плуралитетом правних инкриминација, које одговара привидном или аутентичном стицају, не мора нужно водити ка разликовању коначних пенолошких ефеката између две правне фигуре, иако се ови аспекти примене института међусобно надовезују и преплићу. Такође, треба имати у виду да су правне последице проистекле из исхода формалне квалификације, превасходно криминално–политичког карактера и условљене конкретним законодавним решењима. То је и разлог зашто се примат даје суштинским критеријумима диференцијације.

Ипак, имајући у виду комплексност проблематике дистинкције идеалног и привидног идеалног стицаја, односно непостојање идеалних система спровођења поступка диференцијације, критеријуме који се у теорији користе за постизање наведеног циља, треба посматрати искључиво као смернице у таквом поступку.

### 2.3.3. Класификација критеријума диференцијације

Специфичност института (привидног) стицаја закона, која уједно и онемогућава његово изричито законско регулисање, заснива се на томе да ниједан конкретни случај није исти, па се и не може говорити о стандардизацији критеријума диференцијације, баш као ни принципа решења. Доктринарно дефинисање скупа правила може једино олакшати тај комплексан поступак. Стога, иако су наведени критеријуми дистинкције, непотпуни у погледу функције да обезбеде разграничење, њихова улога је веома битна, а сам поступак квалификације не може се извршити без уважавања истих. Осим тога, треба имати у виду да у склопу теорије привидног стицаја фигурирају и извесни нормативни критеријуми, утемељени превасходно на одговарајућим законским регулацијама концепата који се доводе

---

налази комплетно и логички садржан у другом, што конфигурише релацију субординације; 2) искључена је могућност да један од правних концепата искључује други, баш као и могућност самосталне примене првог концепта (на пример, у случају крађе на верском објекту и крађе употребом оружја, сматра се да се у оба случаја, крши само једна забрана крађе). Уколико се предузимањем једне радње прекрши више норми, правни концепти се могу налазити у релацији која се огледа у томе да се оба концепта реализују један уз други (регуларно). Тако и А. Etcheberry, 122.

<sup>65</sup> J. D. J. Restrepo, 7; E. R. Zaffaroni, 558; A. Gogorza, M. Lacaze, 524.

<sup>66</sup> М. Б. Ракић, 48.

у везу са квалификацијом привидног идеалног стицаја. То се превасходно односи на случајеве изричитог супсидијаритета, а у одређеној мери и посебне законом предвиђене принципе решења у појединим законодавствима.

Основна хипотеза која се поставља у вези диференцијације, тиче се компонентата целокупног поступка квалификације, чији је исход оличен у одговору на питање да ли се под одређеним условима, сматра да је стицај само привидан (постоји само једно кривично дело), или се пак ради о стицају кривичних дела.<sup>67</sup> Осим тога, постоје и гледишта која иду у правцу потпуне релативизације критеријума диференцијације, проистекле из тврдње да је она утемељена на присуству или одсуству предуслова примене неког од принципа решења.<sup>68</sup>

Поделу критеријума који се користе у поступку диференцијације привидног стицаја и облика аутентичног стицаја, можемо извршити полазећи од различитих параметара: 1) екстензивни или рестриктивни, у зависности од тога на који начин постављају границу привидног стицаја закона – на пример, издвајање принципа *ne bis in idem*, наспрам критеријума „безначајности“; 2) објективни и субјективни – у зависности од тога да ли се истичу објективни или пак субјективни фактори дистинкције; 3) апстрактни (захтевају општи – генерални план решавања проблема) и конкретни (засновани на околностима конкретног случаја) и други.

Једна од релевантних и у практичном смислу најзначајнијих категоризација, односи се на њихово довођење у везу са одговарајућим принципима индивидуализације, чију примену оправдавају. Тако, указује се да се *ne bis in idem* користи за оправдање преферентности принципа специјалитета, супсидијаритета и алтернативитета, утемељених на логичким релацијама, а принцип безначајности код консумпције, односно типичних пратећих, претходних и накнадних некажњивих дела, које карактеришу емпиријске релације.<sup>69</sup>

У ширем смислу, могло би се чак говорити и о неким формалним критеријумима диференцијације, манифестованим у *клаузулама* „резерве“, односно *клаузулама супсидијаритета*, као стриктно предвиђеним случајевима привидног стицаја закона, код којих сам законодавац, под прецизно одређеним условима, упућује на примену неке законске норме, онда када су испуњени услови примене института.

У вези наведених клаузула, истиче се пак да оне примену једне законске норме, условљавају околношћу да радња не конституише други деликт, те да под таквим условима и није реч о привидном стицају закона, будући да две норме штите различита правна добра.<sup>70</sup>

Све категорије које спадају у критеријуме диференцијације, могу се манифестовати у виду општих услова (фундаментална теоријска заснованост) и конкретизације тих општих услова. Осим тога, могуће је говорити и о неким критеријумима који су специфични само за поступак разграничења од идеалног стицаја.

У литератури се говори и о критеријумима неутрализације једне од примењивих инкриминација, при чему се као најзначајнији суштински параметри за поступак квалификације, издвајају забрана прекорачења вредновања особености неког дела (*ne bis in idem*) и испуњење услова исцрпности, односно интегрисаног вредновања предузетог понашања.<sup>71</sup>

<sup>67</sup> З. Стојановић (2009), 12 – 13.

<sup>68</sup> S. Politoff, J. P. Matus, M. C. Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Chile 2003, 457.

<sup>69</sup> J. P. Matus Acuña (2005), 466; S. Politoff, J. P. Matus, M. C. Ramírez, 457.

<sup>70</sup> J. D. J. Restrepo, 9.

<sup>71</sup> G. Bascur Retamal (2019), 564.

Без обзира на различите могућности категоризације наведених критеријума, са аспекта њиховог функционалног значаја у поступку квалификације и успостављања граница привидног стицаја, размотрићемо следеће најважније принципе: 1) обухватање садржаја невредности дела; 2) *ne bis in idem* (забрана двоструке санкције); 3) идентитет штићеног правног добра; 3) критеријум безначајности; 4) специфични критеријуми.

Осим наведених категоризација, могло би се говорити и о подели на доктринарне и критеријуме који се појављују у судској пракси, мада се са аспекта њихових релационих односа, они међусобно допуњују и надовезују.

#### 2.3.4. Обухватање садржаја невредности дела

Један од најчешће истицаних критеријума у доктрини, а уједно и најподложнији различитим поимањима његове правне природе и садржаја, због свог апстрактног и вредносног карактера, представља фактор који смо означили као способност или довољност једне од примењивих норми да обухвати невредност дела у конкретном случају. Са правом се може рећи да је овај критеријум, поред забране двоструког вредновања (*ne bis in idem*), са којим се налази у односу реципрочне условљености, водећи у поступку квалификације, и то не само у сегменту диференцијације, већ и евалуације (верификације) изабраног решења. Штавише, може се рећи да се наведена два принципа увек посматрају у спрези, тако да се међусобно допуњују и усмеравају поступак квалификације.

У најопштијем смислу, сматра се да је квалификација идеалног стицаја условљена неопходношћу примене свих конкурентних правних концепата ради целовитог вредновања одређеног понашања<sup>72</sup>, док се применом привидног стицаја спречава евентуална легислативна диспропорција до које би дошло у случају примене више од једног правног концепта.<sup>73</sup> Другим речима, уколико је тај циљ могуће остварити применом само једне од конкурентних правних норми, долази у обзир правна фигура привидног идеалног стицаја. Међутим, овако постављени теоријски критеријуми, иако наизглед обезбеђују адекватно разграничење наведених правних концепата, у пракси могу наићи на препреке у смислу високог степена општости, а самим тим и недовољне прецизности у квалификацији свих могућих манифестација конфликта између законских норми. Стога, обухватање садржаја невредности, иако се појављује као фундаментални принцип и претпоставка примене института привидног стицаја, у поступку квалификације захтева додатно прецизирање у виду других специфичних критеријума.

Пре свега, јасно се уочава његова спрега са већ поменутиим принципом пропорционалности, према којем висина казне мора да буде пропорционална невредности дела, баш као и степену кривице.<sup>74</sup> У овом случају, његово дејство треба тумачити као пропорционалност између броја примењених инкриминација у квалификацији забрањеног понашања, чија се примена сматра неопходном у изражавању објективно испољене невредности.

<sup>72</sup> S. Cardenal Monraveta, S. Mir Puig, „Homicidio intentado y lesiones consumadas en el mismo sujeto pasivo: ¿Concurso de leyes o concurso de delitos?“, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 3/1995, 1040; J. A. Jiménez Alemán, 65. Указује се да је у случају идеалног стицаја, за адекватно вредновање дела, неопходно узети у обзир тоталитет диспозиција.

<sup>73</sup> М. А. Arce Aggeo, 159. Указује се да је ово уско повезано са критеријумом *ne bis in idem*, који би био повређен у случају примене правила стицаја.

<sup>74</sup> J. Gómez Lanz, A. Obregón García, 45.

У погледу терминологије, у теорији се садржај овог критеријума испољава у назначавању ефеката обухватања садржаја кривичне<sup>75</sup>, јединствене (потпуне) правно-вредносне оцене<sup>76</sup>, целовитости кривичноправне заштите<sup>77</sup>, а исто тако и позивањем на општа начела самог поступка квалификације – интегрисане вредносне оцене дела, односно пропорционалности.<sup>78</sup> Осим тога, постојале су и тенденције да се поменути критеријум поистовети са постојањем једног јединог права државе на кажњавање, будући да исти нема додира са материјалним и процесним предусловима реализације, већ са могућношћу да један од закона обухвати потпуну невредност дела.<sup>79</sup>

Са правом се може рећи да је фактор обухватања садржаја невредности један од најспорнијих концепата у теорији привидног идеалног стицаја, у односу на који су се јавиле бројне дискрепанције у погледу начина тумачења таквог захтева. Једна од могућих интерпретација, испољила се у виду његовог изједначавања са тежином казних последица предвиђених за конфликтне инкриминације. Овакво поједностављено схватање, довело је чак и до свођења манифестација привидног идеалног стицаја на принцип најтеже казне, или пак на једностране тврдње о примату вредносно утемељених принципа, попут консумпције, по основу тога што се примарна инкриминација утврђује на основу тежине забрањених последица.<sup>80</sup>

Међутим, сматрамо да је реч о погрешном тумачењу садржаја невредности, будући да он подразумева комплексни поступак поређења елемената конкурентних правних концепата, који се не може вршити на апстрактном нивоу, већ у зависности од различитих ситуационих фактора. Потпуно вредновање одређеног кривичноправно релевантног понашања подразумева балансирање међустицаја конкурентних норми и не може се свести на криминално-политичке критеријуме, попут висине казне, иако она може бити индикатор интензивнијег деловања на штићено правно добро. Наиме, заштита релевантних правних добара спроводи се на основу јединственог склопа норми целокупног система кривичног права, који се у остваривању такве функције међусобно прожимају и допуњују као сегменти јединствене целине. У условима њиховог конфликта, одлучујуће је утврдити која од њих пружа пропорционалнију и адекватнију, односно квалитетнију заштиту по својој суштини.

Ово се може сматрати и критеријумом општег плана, тачније манифестује се као својеврстан вид општег начела у чијем домену се креће и одређивање критеријума по основу којих се успоставља линија разграничења са идеалним стицајем. У том контексту, као прикладнији се појављује термин „целовитост кривичноправне заштите“.

Позивање на обухватност невредности дела се користи и приликом самог дефинисања института (привидног) стицаја закона, што указује да је реч о суштинском сегменту условљености његовог постојања. Тако, у савременој немачкој доктрини, полази се од констатације да ће (привидни) стицај закона постојати онда када је, под условима

---

<sup>75</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 331. То је схватање које заступају Зауер (*Sauer*) и Јагус (*Jagus*). Међутим, интересантно је да Шмит полази од хипотезе да се тај критеријум односи само на тзв. сукажњива дела (са одговарајућом намером), чиме лимитира принцип привидног стицаја закона, а нарочито супсидијаритета.

<sup>76</sup> A. J. Sanz Morán, 17; J. Gómez Lanz, A. Obregón García, 45; L. Morillas Cueva, *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial: Aspectos penales, civiles y procesales*, Librería – Editorial Dykinson 2007, 278 – 279.

<sup>77</sup> M. Bortoluzzi, 131; H. Welzel, 228; C. Jäger, *Examens – Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*, C. F. Müller, 2009, 930.

<sup>78</sup> A. J. Sanz Morán, 17. Аутор указује да је код привидног стицаја, само један од правних концепата довољан за коректно и потпуно вредновање понашања.

<sup>79</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 331 – 332.

<sup>80</sup> М. Карановић, „Привидни стицај кривичних дела с гледишта кажњивости“, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право* 3/1975, 420.



постојања више примењивих казних закона, само један од њих довољан да у потпуности обухвати невредност дела.<sup>81</sup>

Критеријум заснован на томе колико казних норми мора бити узето у обзир како би се обухватила целокупна невредност неког понашања, манифестује се у услову целовитости кривичноправне заштите и спада у групу фактора диференцијације општег карактера, односно критеријума општег плана. Иако сам по себи није довољан за прецизно постављање линије разграничења, указује на почетни основ за даљу конкретизацију правила диференцијације између аутентичног стицаја и стицаја закона, односно темеље на којима ће се на индивидуалном плану извршити њихово даље прецизирање. Према томе, основна суштина овог критеријума је утемељеност на концепту садржаја невредности дела као једне врсте вредносних критеријума, који су засновани на општем принципу целовитости кривичноправне заштите.

Међутим, постоје извесне дилеме у погледу домашаја захтева за обухватањем невредности дела, односно могућности квалификације привидног идеалног стицаја и у условима парцијалне апсорпције такве невредности. Тако, указује се да проблематика стицаја закона укључује како случајеве комплетног, тако и делимичног обухватања вредносног садржаја предузетог понашања применом само једног од конкурентних правних концепата.<sup>82</sup> У том смислу, под претпоставком да је донет закључак о непримењивости више од једне законске норме чија су обележја остварена, утврђивање носиоца квалификације може почивати на два основа: 1) рестриктивној концепцији – захтев да примарна норма у потпуности обухвати невредност дела; 2) екстензивној концепцији – захтев да примарна норма у највећој могућој мери обухвати невредност дела.<sup>83</sup>

Сматрамо да ово питање треба посматрати у светлу суштинских поставки прихваћених *принципа индивидуализације (решења)*. Владајући ставови доктрине и судске праксе у погледу критеријума по основу којих се утврђују феноменолошки облици привидног идеалног стицаја, чини се да говоре у прилог оваквом екстензивном поимању фактора обухватања невредности дела. Наиме, уколико би се захтевало да примарни правни концепт у потпуности обухвати привидни у вредносном смислу, то би у великој мери сузило примену привидног идеалног стицаја. Практично, такве услове би задовољавали само феноменолошки облици специјалитета и поједини случајеви консумпције.

Облике супсидијаритета, засноване на хипотези о условној примењивости једне диспозиције, карактерише управо околност делимичног обухватања садржаја невредности, које је такве природе да се у конкретном случају сматра довољним за искључење аутентичног стицаја, уз задржавање могућности резервне примене друге правне диспозиције. Описани фактор довољности противречи нужности такве квалификације која би важила у случају да је супсидијарни правни концепт вредносно у потпуности обухваћен примарним. Као пример такве парцијалне апсорпције, у литератури се наводи случај релација између

---

<sup>81</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 346; J. N. Vélez, „Concurso Formal Entre Falsedad en Documento Privado y Estafa“, *Nuevo Foro Penal* 35/1987, 36.

<sup>82</sup> G. O. Madrid, „Delito contra el medio ambiente y delito de danos en el Código penal Español. La relación concursal entre un delito de peligro abstracto con verificación del resultado“, *Revista Chilena de Derecho* Vol. 31/2004, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2004, 108.

Тако и Н. Делић, „Злоупотреба положаја одговорног лица – Судска пракса и доктринарни ставови“, *Привредна кривична дела* (ур. И. Стојановић, В. Чоловић), Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд 2017, 60. Дозвољеност делимичног обухватања кривичноправне заштите, ауторка истиче при детерминацији услова постојања супсидијаритета, паралелно са делимичним поклапањем штићеног правног добра.

<sup>83</sup> J. Gómez Lanz, A. Obregón García, 45.

деликата опасности и повреде, где постоји одударање у погледу идентитета штићених правних добара.<sup>84</sup>

Ово је још израженије на примеру алтернативитета, чија се почетна хипотеза, према владајућем гледишту, имплицитно заснива управо на немогућности једне норме (носиоца квалификације) да са вредносног аспекта оправда искључење стицаја. То је и разлог нужности постојања адекватних корективних механизма на плану одмеравања казне, који обезбеђују успостављање равнотеже.

Исто тако, уколико анализирамо феноменолошке манифестације консумпције као суштински аксиолошког принципа решења, осим код појединих случајева типичних пратећих дела, не би се могло рећи да постоји вредносна обухватност консумптивне норме у стриктном смислу. Свакако треба имати у виду да је на примерима консумпције наглашена спрега овог критеријума са забраном двоструког вредновања, односно принципом *ne bis in idem*, те да се они међусобно допуњују. Ово произлази и из конкретног приступа на којем се темељи квалификација привидног идеалног стицаја, односно условљености квалификације привидног или аутентичног стицаја околностима конкретног случаја.

Стога, може се закључити да заправо највећи број случајева привидног идеалног стицаја задовољава само услов парцијалне вредносне обухватности, због чега би овај критеријум било адекватније дефинисати као *одговарајући интензитет обухватања невредности дела, који је довољан за квалификацију привидног идеалног стицаја у конкретном случају, у спреси са осталим релевантним факторима његовог постојања*.

Поред тога, постоје и дефиниције супсидијаритета које наглашавају управо критеријум садржаја невредности дела, тако да се указује да ова релација постоји онда када садржај невредности једног дела нема никакву тежину над другим делом.<sup>85</sup> Ради се о још једном вредносном критеријуму, доста широко постављеном, будући да почива на основама услова који је у великој мери апстрактног карактера, што отежава процес диференцијације од стицаја и поново наглашава значај интерпретативне функције.

Једна од особености поменутог критеријума, огледа се у његовој двострукој функцији, будући да се исти доводи у везу како са оправдањем накнадних сукажњивих дела<sup>86</sup>, тако и са питањем дистинкције од идеалног стицаја<sup>87</sup>, што упућује на релевантност истог и у поступку утврђивања домашаја института (привидног) стицаја закона у односу на привидни реални стицај.

Овако апстрактно дефинисан концепт, нужно отвара потребу детерминације критеријума по основу којих се може сматрати да је наведени услов испуњен, односно да је само једна правна фигура довољна да обухвати целокупну невредност дела. Пре свега, може се уочити да долази до изражаја криминално–политички аспект, будући да се мерење невредности у кривичном праву формално манифестује једино у домену казне. Неопходност да се ради обухватања невредности дела, у конкретном случају узму у обзир све примењиве законске норме (а самим тим и идеални стицај), захтева квалитативну оцену неког понашања и његових последица на основне правне вредности.

Обриси разјашњења садржаја изнетог критеријума, доводе се у везу са критеријумима из немачке доктрине, утемељеним на индиректној управљености детерминације невредности и кривице на циљеве који се настоје остварити прописивањем

<sup>84</sup> G. O. Madrid, 108; R. M. Mata y Martin, „Aproximación al problema del concurso penal de infracciones en materia de siniestralidad laboral“, *Revista Universitaria de ciencias del trabajo* 8/2007, 211. На некомплетност вредносне апсорпције, у одређеним случајевима, указује и сама висина казне предвиђена за примарни и привидни концепт.

<sup>85</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 356. То је гледиште које заступа немачки аутор Ото (*Otto*).

<sup>86</sup> *Ibid.*, 331.

<sup>87</sup> Вид. J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 333.

казне, односно на достизање кривичноправно релевантног циља који се не може постићи другим законом, или пак обухватање превентивно – генералних циљева привидног закона.<sup>88</sup>

Анализирајући неке од пресуда у којима се истиче да је садржај невредности радње исцрпно обухваћен једном или више различитих законских инкриминација, Роксин истиче да иако је то у материјалном смислу тачно, ипак оставља отворено питање када су конкретно бића кривичних дела толико међусобно слична да се, на пример, кажњавањем за дело специјалног карактера, излази из оквира невредности или недозвољености тоталитета исхода. То, према аутору, треба утврдити, путем интерпретације околности конкретног случаја, што се може постићи једино на индивидуалном плану, разматрањем појединачних случајева.<sup>89</sup> Према томе, иако се могу поставити неки усмеравајући критеријуми општег карактера, њихова конкретизација је условљена посматрањем чињеничног стања са индивидуалног аспекта, полазећи од околности конкретног случаја. Сходно томе, наведени општи критеријуми, на сваком појединачном примеру, могу добити потпуно другачију димензију, због чега се њиховом генерализацијом не могу постићи релевантни циљеви управљени ка постизању адекватног разграничења. Важно је напоменути да већи степен невредности дела, неће увек бити условљен тежом санкцијом предвиђеном за главно дело, што ћемо видети приликом разматрања примене појединачних принципа решења.

У сваком случају, најадекватније објашњење деловања критеријума обухватања садржаја невредности, исцрпљује се у констатацији да ће, уколико нису испуњени услови за квалификацију привидног идеалног стицаја, односно ако се констатује да један концепт не може самостално да вреднује садржај предузетог понашања, изостати његови правни ефекти, услед чега долази до деловања принципа пропорционалности у његовој позитивној варијанти, а самим тим и квалификације стицаја кривичних дела.<sup>90</sup>

На индивидуализацију наведеног критеријума, наилазимо у склопу две теорије, од којих је једна настала у шпанској, а друга у немачкој доктрини.

*Теорија „вишка невредности“*, као продукт шпанске доктрине, настала је за потребе разграничења (привидног) стицаја закона од идеалног стицаја. По оригиналној терминологији, означава се као „*Cabo suelto*“, а њен настанак се везује за период између 40 – их и 70 – их година XX века, када је шпански аутор Гимбернат у свом раду изнео хипотезу да једно дело обухвата садржај невредности другог, онда када се у оквиру њега у потпуности испуне све кривичноправно релевантне особине другог, тако да ниједна од њих не остане изван вредновања.<sup>91</sup>

На сличан начин, разјашњавајућа функција идеалног стицаја, коју је у немачку доктрину увео Шредер (*Schröder*), наглашава заснованост на идеји да је примена идеалног

---

<sup>88</sup> J. P. Matus Асуња (2000а), 348. Ради се о критеријумима које је изнео немачки аутор Мич (*Mitch*), а односе се на следеће: 1) једно чињенично дело је замењено (потиснуто) другим онда када су сви правно релевантни циљеви који се настоје остварити његовом применом, већ достигнути путем главне норме. Тачније, у тој ситуацији се налазимо онда када су сви елементи који се могу подвести под замењено (привидно) дело, такође и материјални облик субсункције главног дела; 2) једно чињенично стање је замењено (потиснуто) другим онда када се његовом применом не достиже кривичноправно релевантни циљ, који би био остварен другим законом. Ово би оправдавало примену привилегованог облика, што за последицу има искључење базичног дела, независно од његовог карактера у виду просте модификације или аутономног деликта.

<sup>89</sup> С. Roxin (2014), 998.

<sup>90</sup> А. Obregón García, 74 – 75. Позитивна манифестација принципа пропорционалности се испољава у интегрисаној вредносној оцени дела.

<sup>91</sup> J. P. Matus Асуња (2007), 22. Међутим, у односу на ову теорију се истиче да је везана једино за принцип специјалитета, схваћен у логичком смислу, где једна од диспозиција обухвата све елементе друге, као и још један додатни, специјализирајући.

стицаја релевантна само ако је он неопходан да обухвати невредност дела<sup>92</sup>, односно да се путем те две казне утврђује домашај деликтног акта учиниоца.<sup>93</sup>

Будући да се поменуте теорије у највећој мери односе на успостављање граница између идеалног и привидног (стицаја) закона, оне ће бити детаљније размотрене у делу који се односи на релације између наведене две правне фигуре, као конкретизације друге фазе процеса диференцијације.

### 2.3.5. *Ne bis in idem* (забрана двоструке санкције)

Као један од фундаменталних принципа института привидног стицаја закона, *ne bis in idem*, представља одраз општег захтева за целовитошћу и пропорционалношћу кривичноправне заштите, односно манифестацију обухватања садржаја невредности дела, али смо га због његове специфичности и значаја издвојили као особен критеријум диференцијације. Ради се о правилу формулисаном као негација, иза које заправо стоји својеврсна забрана двоструког вредновања истих чињеничних околности.

Он се у доктрини чак одређује као подкатегија, односно варијанта принципа пропорционалности схваћеног у материјалном смислу<sup>94</sup>, а декларише се и као суштински материјални критеријум који се примењује у решавању привидног стицаја норми.<sup>95</sup> У најопштијем смислу, деловање овог критеријума се манифестује у констатацији да би симултана примена више законских диспозиција у условима када је само једна од њих довољна да обухвати невредност дела, довела до ситуације која је у теорији означена као *bis in idem*, због чега се ради избегавања таквих последица, искључује нормативни плуралитет.<sup>96</sup> Карактеристично је да се оваквим одређењем поставки критеријума забране двоструког вредновања, истиче и параметар обухватања садржаја невредности дела, што указује на његов карактер општег фундаменталног принципа привидног идеалног стицаја. То би требало схватити као ограничење у смислу вишеструког уважавања исте релевантне околности која се може испољити приликом реализације законских описа бића више инкриминација. Међутим, у поступку квалификације, неће увек бити једноставно утврдити такво (не)поклапање два правна концепта, у светлу материјалне варијанте принципа *ne bis in idem*, иако је у чисто теоријском смислу описано разграничење јасно постављено.

У теорији се примена принципа *ne bis in idem*, доводи у везу са постојањем идентитета на три нивоа – идентитет учиниоца, идентитет дела и идентитет чињеничних основа, из којих произлази немогућност примене више санкција за једну исту повреду.<sup>97</sup> Значај овог високо рангираног принципа се огледа и у околности да се управо на темељу његове заштите конфигурише постојање института привидног стицаја, уз образложење да се на тај начин избегава вишеструко санкционисање истог деликтног догађаја.<sup>98</sup> Иначе, обриси овог принципа уочавају се и у англосаксонском кривичном праву, где се испољавају у виду превасходно процесно оријентисаног правила забране двоструког процесуирања („*double*

<sup>92</sup> J. P. Matus Acuña (2007), 27.

<sup>93</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 338 – 339.

<sup>94</sup> A. Gogorza, M. Lacaze, 529.

<sup>95</sup> P. Sorbello, „Il bis in idem nell’ordinamento penale italiano. Dal market abuse al diritto sanzionatorio tributario“, *Diritto Penale Contemporaneo* 3/2015, 83 – 101.

<sup>96</sup> S. Mir Puig, „Sobre la relacion entre parricidio y asesinato“, *Criminología y derecho penal al servicio de la persona, libro homenaje al profesor Antonio Beristain* (eds. E. Echeburúa Odriozola, J. L. Cuesta Arzamendi, I. Dendaluce Seguro), Universidad del País Vasco 1989, 996. J. Gómez Lanz, A. Obregón García, 45.

<sup>97</sup> T. C. Campos, „Non bis in ídem, prevalencia de la via penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador“, *Revista de Administración Pública* 156/2001, 196. Тако и С. Miguel, E. Astarloa, „La aplicación del principio «non bis in idem» y el concurso de delitos en los delitos contra el medio ambiente“, *Actualidad Jurídica Uribe & Menéndez* 2/2002, 82.

<sup>98</sup> M. A. Torrez López, 144.

*jeopardy*“), што је довело до формулисања особених критеријума за утврђивање када постоји једно дело („*the same offence*“), како би се избегле вишеструке осуде.<sup>99</sup>

Као један од примера начина деловања принципа *ne bis in idem* у поступку квалификације, могао би се навести случај решен у складу са принципом супсидијаритета, који се односи на кривична дела довођења у опасност и наступања конкретне повреде на правном добру. Наиме, у ситуацији када предузетник принуди своје раднике да обављају послове у условима који могу проузроковати повреде, остварена су обележја кривичног дела конкретне опасности у односу на све раднике. Уколико дође до повреде једног од радника, постојаће две примењиве норме – она која одговара довођењу у конкретну опасност и нехатно проузроковање повреде.<sup>100</sup> У таквој ситуацији, примена и једне и друге инкриминације, очигледно би довела до двоструког вредновања ризика и кршења поменутог принципа, због чега применом принципа супсидијаритета, долази до квалификације само једног кривичног дела – наношење повреда.

Иначе, функција поменутог принципа у кривичном праву, може се испољити на два различита плана – материјалном и процесном. У првом случају, његов садржај обухвата извесне материјалне забране и стандарде, оличене у правилу да једно исто дело, односно његови аспекти не могу бити вредновани два пута приликом детерминације санкције. С друге стране, процесни аспект, који је далеко израженији, будући да се најчешће поистовећује са поменутиим принципом, састоји се у изричитој процесној забрани да учинилац буде подвргнут симултаним или сукцесивним процесима.<sup>101</sup>

Са материјалног аспекта, суштину овог критеријума диференцијације одражава констатација да би примена идеалног стицаја довела до двоструког вредновања исте кривичноправно релевантне особине, што би се управо десило на примеру неуспелог покушаја и каснијег довршења, уколико би се таква претходна радња самостално вредновала.<sup>102</sup>

У квалификацији привидног стицаја закона, његова основна улога се манифестује у лимитативном, корективном деловању у односу на супротстављени принцип интегрисаног вредновања, који захтева да се приликом детерминације казне уваже све околности предузетог понашања, што се у практичном смислу испољава у забрани двоструког уважавања истих елемената законског описа бића кривичних дела.<sup>103</sup> Управо ова функција омогућава његово подизање на ранг најзначајнијег и најопштијег критеријума индивидуализације и првог параметра у квалификацији, а уједно и средства за верификацију њеног исхода.

Са процедуралног аспекта, његова примена у поступку квалификације аутентичног стицаја, доводи се у везу са испуњењем како позитивног услова, оличеног у могућности подвођења неког понашања под више законских типова, тако и позитивно – негативног, израженог у констатацији да тако декларисан плуралитет примењивих инкриминација не

---

<sup>99</sup> E. Sutherland, „Double Jeopardy, The Same Evidence Test Applied“, *Louisiana Law Review* Vol. 33 3/1973, 474 – 481.

<sup>100</sup> J. C. Moliné, 57 – 58.

<sup>101</sup> O. Artaza, R. Mendoza, L. Rojas, 160 фн. 5. И у међународном праву се случај када исто понашање конституише елементе два кривична дела, без обзира што они поседују различите правне елементе, доводи у везу са принципом *ne bis in idem*. У том контексту се помињу тзв. „*multiple convictions*“ (вишеструке осуде), што подразумева случајеве када су елементи једног кривичног дела садржани у другом.

<sup>102</sup> F. Szczaronski, 524.

<sup>103</sup> L. Rojas Morán, 274. На тај начин, *ne bis in idem* се у теорији директно доводи у везу управо са институтом привидног стицаја закона, као његов репрезентативни принцип, који се опонира интегрисаном вредновању. Вид. E. B. Jimenez, „El principio de inherencia del artículo 59 del Código Penal“, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 1/1992, 188.

проузрокује повреду забране двоструког вредновања истих елемената.<sup>104</sup> У обрнутом случају, постојаће привидни идеални стицај.

Треба имати у виду да овај критеријум у доктрини, нарочито у материји стицаја кривичних дела, није специфичан само за примену института привидног идеалног стицаја, имајући у виду да се доводи и у везу са факторима успостављања другачијег кривичноправног третмана, односно пенолошких ефеката идеалног и реалног стицаја.<sup>105</sup> Стога, може се говорити о различитим интензитетима деловања наведеног принципа, односно његовом степеновању у зависности од тога да ли је реч о релацијама између идеалног и привидног идеалног стицаја, или пак између идеалног и реалног стицаја, на основу чега се заправо балансирају различити криминално–политички захтеви. На тај начин се он појављује као фундаментални принцип поступка квалификације.

Исто тако, и у домену принципа решења привидног идеалног стицаја, могуће је говорити о различитим степенима оцене повреде забране двоструког вредновања, односно могућности да се оправда евентуално решење идеалног стицаја. Тако, указује се да очигледно кршење принципа *ne bis in idem* у стриктном смислу, постоји једино у случају специјалитета, док се код свих осталих релација, може бранити став о квалификацији идеалног стицаја без истовременог постојања *bis in idem*.<sup>106</sup>

На његов значај у материји квалификације привидног стицаја закона, упућује и констатација да се ради о генералном принципу који се налази изнад самих конкурентних концепата и има следеће функције: 1) служи као коректор у интерпретацији наведених концепата; 2) представља кључ за решавање конфликта у примени закона, до којих може доћи.<sup>107</sup>

Тако, један од аргумената успостављања примата привидног стицаја закона (што је уједно и фундаментални основ оправданости његовог постојања), јесте кршење принципа *non bis in idem*, до чега би дошло, уколико се не би увела правна категорија која обезбеђује успостављање равнотеже између захтева теорије стицаја и овог принципа. Наиме, за општу теорију стицаја, карактеристично је стављање у први план оних принципа који су од значаја за релацију јединство – плуралитет дела. Стога, указује се на два основна правила која морају бити уважена у конституисању њених кључних сегмената: 1) принцип *Quot delicta tot poenae* („колико дела – толико казни“) и 2) *Non bis in idem* (немогућност дуплог кажњавања за исто дело).<sup>108</sup> Јасно је да се први заснива на примени правила стицаја, оличених у уважавању симултане реализације више повреда законских норми, путем једне, односно више радњи. Међутим, истицањем принципа *ne bis in idem* као његове супротности, наглашава се потреба за увођењем корективних механизма у односу на такву кумулативну последицу, односно својеврсне равнотеже између супротстављених захтева. Управо се у констатацији другог наведеног принципа отвара пут оправдању привидног стицаја закона, а самим тим и његове дистинкције од стицајних категорија. Из тог разлога, може се рећи да приликом квалификовања одређеног понашања, одлучујућу улогу у утврђивању постојања идеалног, или пак привидног идеалног стицаја, има управо питање да ли је дошло до двоструког правног вредновања истог чињеничног стања.

У прилог томе, говори и чињеница да се према одређеним доктринарним гледиштима, једино овај критеријум односи на целокупну теорију (привидног) стицаја закона<sup>109</sup>, што би значило да је погодан за оправдање свих његових феноменолошких облика,

<sup>104</sup> J. Gómez Lanz, A. Obregón García, 46.

<sup>105</sup> A. Dekeuwer, 530.

<sup>106</sup> J. Cuello Contreras (2009), 646.

<sup>107</sup> C. A. Paredes Vargas, 59.

<sup>108</sup> H. Muñoz Horment (1986), 342.

<sup>109</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 322. У том смислу, истиче се да правило *ne bis in idem* представља генерални принцип, примењив у свим аспектима права. Вид. C. A. Paredes Vargas, 59.

а самим тим му се придаје карактер фундаменталног принципа највишег нивоа. Посматрано са историјског гледишта, *ne bis in idem* се први пут помиње у немачкој доктрини, у другој фази развоја теорије стицаја закона, као оправдање за примену њених правила, мада је временом дошло до његовог преименовања и трансформације у принцип „забране двоструког вредновања.“<sup>110</sup>

Према гледишту у шпанској доктрини које полази од дихотомне класификације на принципе *non bis in idem* и „безначајности“, улога првог од њих се састоји у забрани узимања у обзир два или више пута исте кривичноправно релевантне особине, заједничке за све конкурентне норме, што води ка констатацији стицаја закона.<sup>111</sup> Једна од најисцрпнијих дефиниција ефеката овог правила, оличена је у истицању да је само једна законска норма довољна да својом амплитудом, односно ентитетом и природом своје казне обухвати интегрисано понашање, због чега треба узети да један од њих има примат и искључује други као беспотребан.<sup>112</sup>

Може се уочити и његова спона са принципом пропорционалности, што се своди на својеврсну забрану прекорачења у вредносној оцени, која се изводи управо из поменутог принципа и детерминације да ли постоје нормативни услови за дупло вредновање<sup>113</sup>, или би пак то довело до *bis in idem*<sup>114</sup>, односно кршења такве забране.

Већ смо указали на двоструку улогу принципа *ne bis in idem*, који не само да осликава суштинску идејну поставку института привидног идеалног стицаја, већ се у процесу квалификације користи и као дистинктивни фактор, у односу на идеални стицај. Поред тога, његове особености се испољавају и у домену односа између конкретних принципа решења, при чему се његове поставке везују како за плуралистичке, тако и за монистичке системе. Тако, истицање екстензивног специјалитета као детерминанте монистичког приступа који заступа немачки аутор Келер, карактерише позивање на принцип *ne bis in idem*, ради избегавања дуплог вредновања претпостављеног јединства кривице.<sup>115</sup>

Један од релевантних фактора у области обезбеђења заштите вредности које се штите поменутиим принципом у погледу дистинкције између идеалног и (привидног) стицаја закона, тиче се евентуалног поклапања њиховог садржаја у оним законодавствима где се путем особеног регулисања формалног стицаја на основи јединства дела, остварује управо функција *ne bis in idem*. У вези тога, настају дилеме да ли он може у исто време да оправда оба решења, што је према неким гледиштима решено у складу са максимумом да се у случају сумње предност даје стицају закона. Ипак, ако се прихвати став да такав начин регулисања идеалног стицаја није управљен ка спречавању повреде наведеног принципа, већ искључиво обезбеђењу повољнијег третмана учиниоца, избегле би се поменуте контрадикције.<sup>116</sup> Јасно је да се то питање не поставља у законодавствима која, попут нашег, предвиђају идентичан третман идеалног и реалног стицаја.

---

<sup>110</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 303. Ради се о његовој трансформацији у материјалну варијанту. Вид. и С. А. Paredes Vargas, 59.

<sup>111</sup> J. P. Matus Acuña (2005), 490. У складу са наведеним гледиштем из шпанске доктрине, указује се да принцип *non bis in idem*, обезбеђује решавање следећих проблема у квалификацији: 1) стицај између квалификованих и привилегованих правних фигура једног истог базичног дела, и то прибегавањем једном једином принципу решења – материјалном супсидијаритету, јер у оба случаја постоји логичка релација интерференције, у којој конкурентне норме деле барем једну правно релевантну заједничку особину. Правило је да се предност тада даје оној норми која је више квалификована (ако су у стицају само квалификоване фигуре), или пак више привилегована (ако су у стицају само привилеговане фигуре).

<sup>112</sup> A. R. Alberto Chacon, S. G. Cisco Barraza, F. S. Hernandez Rosales, 49. Такође, у истом смислу, доводи се у везу и са прекорачењем мере праведности. Вид. А. Obregón García, 76.

<sup>113</sup> O. Artaza, R. Mendoza, L. Rojas, 161.

<sup>114</sup> S. Cardenal Montraveta; S. Mir Puig, 1030.

<sup>115</sup> Вид. J. P. Matus Acuña (2001), 357 – 358.

<sup>116</sup> J. P. Matus Acuña (2005), 467 – 469.

Ради се о критеријуму који има и своје формално утемељење у савременим законодавствима. Наиме, обриси забране двоструког вредновања, оличене у наведеном принципу, тачније њен материјални сегмент, могу се довести у везу са одредбама чл. 54 ст. 3 Кривичног законика Р. Србије, односно забраном узимања у обзир као отежавајуће или олакшавајуће, оне околности која је обележје кривичног дела, осим уколико превазилази меру неопходну за постојање кривичног дела, односно ако постоје две или више таквих околности, а само једна од њих је довољна за квалификацију његовог тежег или лакшег облика. Такође, на сличну одредбу наилазимо и у чл. 46 немачког Кривичног законика, који предвиђа да се околности које чине елементе дела не узимају у обзир за детерминацију казне. У духу наведених регулаторних одредби, тим пре, исте околности не могу довести до двоструке квалификације, која би означавала поновно вредновање исте чињеничне ситуације, а самим тим и кршење овог принципа.

Овакви примери су доказ да се може говорити и о материјалном сегменту института *ne bis in idem*, као превасходно процесног принципа, на шта смо већ указали приликом разматрања фундаменталних поставки института.

У сваком случају, констатација постојања *bis in idem*, која се доводи у везу са постојањем троструког идентитета – учиниоца, дела и правног добра<sup>117</sup>, отвара пут примени правила (привидног) стицаја закона, у чему се истовремено огледа и фундаментално оправдање института. Диференцијација је стога утемељена на простом сагледавању околности које утврђују присуство или одсуство кршења овог принципа, односно двоструког вредновања истих кривичноправно релевантних околности.

Једна од најочигледнијих манифестација поменуте забране, оличена је у примени принципа специјалитета, где је правило преферентности изражено у констатацији примата специјализирајућег законског описа, чија је основна карактеристика управо околност да садржи сва обележја друге, опште норме, због чега би у случају кршења наведеног правила, постојао *bis in idem*.

На основу наведеног, може се закључити да поменути принцип прожима све аспекте поступка квалификације, будући да представља како фундаментални основ института привидног стицаја закона и оправдања његове примене у кривичном праву, тако и кључни фактор у поступку диференцијације од аутентичног стицаја, на чијој основи су чак и конкретизовани појединачни *принципи индивидуализације*. Осим тога, појављује се и као основ формулисања и лимитирања других критеријума дистинкције, који су у функцији његове конкретизације.

### 2.3.6. Идентитет штићеног правног добра

Имајући у виду да се као једна од основних функција кривичног права, истиче заштита релевантних правних добара<sup>118</sup>, поступак квалификације утемељен на компарацији њихове истоветности у условима остваривања више законских описа бића кривичних дела, појављује се као један од најзначајнијих прелиминарних диференцијалних критеријума у утврђивању релационих односа између идеалног и привидног идеалног стицаја, који се директно надовезује на параметар обухватања садржаја невредности дела.

<sup>117</sup> С. А. Paredes Vargas, 59.

<sup>118</sup> D. L. Pardo, „Una aproximación al tipo penal de los acuerdos restrictivos de la competencia“, *Revista Derecho Penal y Criminología* Vol. 39 106/2018, 107.



Критеријум идентитета правног добра које штите две или више норми, издваја се у првој половини XX века, у раду немачког аутора Хонига<sup>119</sup>, при чему се доводио у везу првенствено са релацијама супсидијаритета, консумпције и алтернативитета. У каснијим фазама развоја, његова особеност се разматра и у односу са релацијом специјалитета, те је истицан као вредносни принцип, без којег се не би могли разматрати различити модалитети извршења неког дела, у циљу конструисања специјалних инкриминација. Тачније, по овом схватању, без таквог вредносног захтева, ништа не би могло да спречи примену правила идеалног стицаја за фигуре, које се апстрактно поређено, налазе у релацији специјалитета.<sup>120</sup> Може се рећи да се на тај начин идентитет повређеног правног добра тумачи као један од главних диференцијалних фактора у разматрању односа између привидног и аутентичног стицаја, а инкорпорише се чак и у саму теоријску дефиницију специјалитета.

Стога се у одређивању предуслова примене одређених принципа решења, нарочито када је реч о односу ужег према ширем пропису, између осталог, истиче и неопходност утврђивања групног заштитног заштитног објекта, односно истоветности штићеног правног добра или пасивног субјекта.<sup>121</sup>

Поред тога, идентитет штићеног правног добра као један од фактора диференцијације је уско повезан и са кључним фундаменталним критеријумом – обухватање садржаја невредности, због чега се они најчешће обједињено посматрају. На то указује и тврдња да је невредност у највећем делу идентификована управо у односу на правно добро, схваћено у ширем смислу.<sup>122</sup>

Сматрамо да у том контексту треба тумачити и услове истоветности правног интереса које штите две диспозиције у случају привидног идеалног стицаја, односно њихове различитости код идеалног стицаја<sup>123</sup>, иако појам правног интереса дозвољава и нешто шира тумачења, што је и разлог зашто се употребљава управо у детерминацији најспорнијих релација у теорији привидног идеалног стицаја.

У сваком случају, примена наведеног критеријума се исцрпљује у констатацији да је квалификација идеалног стицаја условљена околношћу постојања разлике између нападнутих правних добара, односно смера управљености напада.<sup>124</sup> Такође, треба имати у виду да се феноменолошке манифестације привидног идеалног стицаја могу заснивати на различитим степенима (градацији) утицаја на одређено правно добро, што може изазвати одређене недоумице у пракси у погледу специфичности релација између индивидуалних и колективних правних добара. Ово најбоље одражава категоризација различитих нивоа испољавања невредности у односу на одређено штићено правно добро, што укључује како линеарно деловање (иста временска линија утицаја), тако и темпорално (континуирани секвенцијални утицаји).<sup>125</sup> У другом случају, ради се о квантификацији интензитета повреде правног добра, почев од ризика (могућности) наступања повреде, па до њене реализације, што је уско повезано и са врстом штићеног правног добра, односно издвајањем категорије колективног правног добра.

---

<sup>119</sup> Вид. J. P. Matus Асуња (2000а), 314. У овом периоду историјског развоја теорије стицаја закона, који се везује за распон између 1885. и 1953. године, иначе је карактеристично довођење у везу критеријума дистинкције са појединим принципима решења, у складу са односом комплементарности.

<sup>120</sup> *Ibid.*, 321.

<sup>121</sup> М. Карановић, 420. На основу ових параметара се даље утврђује да ли једна инкриминација у односу на другу обухвата истоветне елементе, са шире тачке гледишта.

<sup>122</sup> G. Bascur, 565.

<sup>123</sup> R. Maurach, K. H. Gössel, H. Zipf (1978), 314. Сматра се да плуралитет повређених правних интереса указује на идеални стицај и обрнуто.

<sup>124</sup> J. L. Díez Ripollés, „Los delitos calificados por el resultado y el artículo 3º del proyecto de Código penal español de 1980“, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 3/1980, 631. Аутор у том смислу полази од примера односа између базичног и деликта квалификованог тежом последицом. Вид. и A. J. Sanz Morán, 17.

<sup>125</sup> G. Bascur, 566.

За квалификацију привидног идеалног стицаја, ово је од значаја превасходно у домену феноменолошких манифестација које се односе на релације између деликата апстрактне опасности са једне, односно конкретне опасности и повреде са друге стране.

Ипак, јасно је да његова примена има највећи значај када је реч о феноменолошким манифестацијама института које се решавају применом принципа консумпције и супсидијаритета, тачније у вези са проблематиком претходних и накнадних сукажњивих дела, због чега и не чуди да је често у доктрини коришћен ради укључивања у оквире привидног стицаја закона и оних случајева где постоји плуралитет радње (у природном смислу).<sup>126</sup>

С друге стране, мењала су се схватања о његовом значају у овој материји, у зависности од броја прихваћених феноменолошких облика института, тако да му се приписивала ограничена улога у домену појединих случајева манифестације, због чега се упућивало на примарну примену неких других критеријума, попут *ne bis in idem* и принципа безначајности.<sup>127</sup> Такође, критике се крећу и у правцу недовољне специфичности овог критеријума, како у погледу утврђивања шта се подразумева под штићеним правним добром, па до тога шта се подразумева под правним добром које штите законске норме у конфликту, што доводи у питање релевантност његове улоге у процесу диференцијације.<sup>128</sup> Исто тако, поред тешкоћа у прецизирању шта се подразумева под самим концептом правног добра, посебно се наглашава проблем постојања диспозиција које штите више од једног правног добра, односно начина дистинкције од хомогеног идеалног стицаја.<sup>129</sup>

То је и условило извесне сумње у погледу специфичности и прецизности наведеног критеријума у реализацији његове функције оличене у обезбеђењу јасне дистинкције између идеалног и привидног идеалног стицаја. Под таквим околностима, појавиле су се и извесне смернице у том правцу, које квалификацију идеалног стицаја условљавају већим степеном индивидуализације повређеног правног добра, већом разноврсношћу или различитошћу истих, односно околношћу да поседују сличне казнене оквире.<sup>130</sup> Посебно је интересантан критеријум сличности пенеолошких ефеката две правне норме, који указује на њихов аутономни карактер и неопходност симултане примене у заштити релевантних правних добара. На тај начин се идентитет штићеног правног добра појављује као генерички критеријум, општег карактера, који самостално не може обезбедити одговарајући степен диференцијације између две правне фигуре, већ представља само индикатор квалификације у једном или у другом правцу.<sup>131</sup>

У неким случајевима ће већ на самом почетку бити јасно да конфликтне инкриминације штите идентично правно добро, па се поједини принципи решења и конфигуришу на таквој претпоставци. То је случај са специјалитетом, чији најочигледнији и најрепрезентативнији примери директно указују на управљеност законских описа ка заштити

<sup>126</sup> Вид. J. P. Matus Acuña (2000a), 314.

<sup>127</sup> J. P. Matus Acuña (2000b), 30. Истичало се да је искључено његово важење у следећим случајевима: 1) однос између сложених деликата и простих из којих се они састоје; 2) случајеви хомогеног идеалног стицаја (где постоји јединство правног добра). Тако и J. P. Matus Acuña (2005), 465.

<sup>128</sup> J. P. Matus Acuña (2005), 465; J. P. Matus Acuña (2001), 358; G. A. Villanueva, „Concurso entre porte de arma de defensa personal y homicidio con arma de fuego“, *Nuevo Foro Penal* 62/1999, 62. Такође, указује се и да констатација плуралитета повреде правних добара, неће увек условити и квалификацију стицаја. Као пример, наводи се случај односа између кривичног дела крађе и нарушавања неповредивости стана, где се упркос околности да је реч о различитим правним добрима, констатује привидни стицај.

<sup>129</sup> Ради се о схватању немачког аутора Келера. Вид. J. P. Matus Acuña (2001), 358. Такође, вид. и J. U. Hernández Plasencia, 118; J. D. J. Restrepo, 10 – 11. То је и разлог доктринарих концепција које плуралитет штићених правних добра сматрају само индикацијом идеалног стицаја и обрнуто.

<sup>130</sup> J. Cuello Contreras (2009), 648 – 649.

<sup>131</sup> J. D. J. Restrepo, 10 – 11; P. Gondim, M. Pereira, „Concurso Aparente De Normas e a Consequente Unicidade de Reação Punitiva do Estado No Crime de Sonegação Fiscal Mediante Fraude Documental“, *Revista Digital Constituição E Garantia De Direitos* Vol. 11 1/1982, 107.

одређеног правног добра, што се може установити како на основу њихове лингвистичке анализе, тако и саме систематике инкриминација посебног дела кривичног права, које се групишу управо полазећи од наведеног критеријума. Ово такође важи и за феноменолошке манифестације алтернативитета које се односе на различите облике истог базичног дела, односно на алтернативно прописане радње извршења, где је испуњеност овог критеријума више него очигледна.

Међутим, треба имати у виду и да се напад на одређено правно добро може манифестовати како на истој временској линији, односно нивоу предузимања радње извршења, тако и кроз различите стадијуме напада, што такође може бити релевантно у поступку квалификације привидног идеалног стицаја. У том смислу, од значаја је констатација да идентитет правног добра треба схватити као квантитативно поклапање штићених вредности које су угрожене или повређене, те да ће свако прекорачење овог услова, представљати индикатор идеалног стицаја. Осим тога, у поступку квалификације привидног идеалног стицаја, када је реч о појединим принципима решења, попут супсидијаритета, релевантна теоријска гледишта се крећу у правцу дозвољености чак и само делимичног поклапања штићеног правног добра.<sup>132</sup>

Приликом утврђивања преферентне правне норме, околности да једна од њих, поред заједничког, штити и додатно правно добро, односно да том правном добру пружа интензивнију заштиту, или пак да га штити у различитим стадијумима, представљају кључне параметре на основу којих се утврђује крајњи исход поступка квалификације. Ово је уједно и један од најчешћих спомињаних фактора на основу којих се код различитих принципа решења решава сукоб између инкриминација, након утврђивања да њихова управљеност ка заштити идентичног правног добра представља основ квалификације привидног идеалног стицаја.

Управо на основу тих параметара, у условима идентитета штићеног правног добра, конструишу се различити принципи решења који чине суштину процеса индивидуализације у теорији привидног идеалног стицаја.

Како би се обезбедило разјашњење критеријума истоветности правног добра, потребно је утврдити шта се подразумева под општим појмом правног добра. Заправо, прво питање на које треба одговорити јесте да ли је предмет заштите одређене законске инкриминације индивидуално или колективно правно добро, што нарочито долази до изражаја код супсидијаритета, када је реч о односу између деликата опасности и деликата повреде, односно различитих стадијума напада истог.<sup>133</sup>

Типичан пример поступка дистинкције између два института, тачније код преплитања захтева за заштитом колективних и индивидуалних правних добара, представља однос између деликата конкретне опасности и деликата повреде. У том контексту, квалификација привидног идеалног стицаја, односно обухватање деликта конкретне опасности деликтом повреде, условљено је околношћу да су штићена правна добра идентична.<sup>134</sup> С друге стране, до таквог закључка и примене принципа супсидијаритета се не може доћи код релација са деликтима апстрактне опасности, будући да су они управљени ка заштити колективних правних добара.<sup>135</sup> Сходно томе, преовлађује гледиште о

---

<sup>132</sup> Н. Делић (2017), 60.

<sup>133</sup> J. C. Moliné, 46. Вид. поглавље Супсидијаритет, *infra*, 428 – 431.

<sup>134</sup> J. U. Hernández Plasencia, 118; G. O. Madrid, 108. Сматра се да у тим случајевима деликт повреде апсорбује тоталитет невредности деликта опасности, односно да умишљај повреде у потпуности апсорбује умишљај опасности.

<sup>135</sup> Тако Јешек и Јакопс. Вид. G. A. Villanueva (1999), 62. Ипак, указује се и да у односу на ово правило постоје и извесни изузеци, тако да констатација плуралитета повреде правних добара, неће увек условити и квалификацију стицаја. Као пример, наводи се случај односа између кривичног дела крађе и

квалификацији идеалног стицаја у случају када је предузимањем радње извршења истовремено дошло до угрожавања супраиндивидуалног и повреде индивидуалног правног добра<sup>136</sup>, што би свакако требало посматрати кроз призму деловања критеријума довољности једног правног концепта да обухвати садржај невредности другог.

Управо наведена констатација указује на значај прелиминарне идентификације природе правних добара које штите инкриминације у конфликту, што је с друге стране условљено познавањем материје посебног дела кривичног права.

Међутим, критеријум идентитета штићеног правног добра, иако фигурира као један од репрезентативних фактора детерминације привидног идеалног стицаја, због своје неспецифичности у овој материји, често се мора посматрати паралелно са неким другим релевантним параметрима, што акценат ставља на поступак тумачења смисла и сврхе конкурентних правних норми, односно начина на који је законодавац регулисао њихове правне последице. Ово најбоље долази до изражаја на примеру односа између деликата опасности и повреде, где околност да законодавац прописује већу казну за инкриминацију која има за последицу угрожавање објекта заштите, може имати усмеравајући карактер, односно представљати индикатор решења идеалног стицаја, и то по основу позивања на циљеве кажњавања.

До закључака о постојању идентитета штићеног правног добра, долази се превасходно тумачењем релевантних законских описа бића кривичних дела и утврђивањем њиховог заштитног објекта. Стога, немогућност покривања невредности деликата са апстрактном опасношћу, за разлику од односа између инкриминација које за последицу имају наступање конкретне опасности по правно добро и оних које се односе на његову повреду, огледа се у њиховом својству да само постојање опасности од проузроковања повреде посматрају као последицу кривичног дела.<sup>137</sup> Овакав исход тумачења, директно утиче на квалификацију привидног идеалног стицаја, и то како са аспекта критеријума (не)идентитета штићеног правног добра, тако и (не)обухватања невредности дела.

Осим тога, у француској јуриспруденцији се овај критеријум посматра и са аспекта истоветности друштвених вредности које се штите инкриминацијама у конфликту, чиме се такође у први план ставља домашај примене једне и друге инкриминације. Тако је у једној пресуди, у условима симултане реализације инкриминација које се односе на недозвољени лов и уништење животиње из категорије посебно заштићених врста (чл. 415-3-1 Закона о животној средини), суд донео одлуку о искључењу стицаја по наведеном основу (поклапање штићених друштвених вредности), дајући примат кривичном делу са тежом санкцијом (уништење животиње).<sup>138</sup>

Као један од карактеристичних примера случајева где настају недоумице у погледу фактора истоветности штићеног правног добра, односно начина на који се испољила његова повреда у конкретном случају, може се навести случај реализације елемената бића кривичног дела недозвољене производње, држања, ношења и промета оружја и експлозивних материја, паралелно са неком од инкриминација управљених против живота и тела или имовине. Ово је карактеристично, имајући у виду да се нека од кривичних дела из наведених група,

---

нарушавања неповредивости стана, где се упркос околности да је реч о различитим правним добрима, констатује привидни стицај. Тако и J. C. Moliné, 46.

У прилог решењу стицаја, наводи се и околност да деликти апстрактне опасности представљају чисто делатносна кривична дела, за чије постојање није неопходно наступање последице. Вид. C. Miguel, E. Astarloa, 88.

<sup>136</sup> G. O. Madrid, 109. Вид. и J. Bages Santacana, *La tentativa en los delitos de peligro abstracto*, Universitat de Barcelona 2017, 289.

<sup>137</sup> Б. Чејовић, „Кривичноправни аспекти апстрактне опасности код кривичних дела против безбедности јавног саобраћаја“, *Правни живот* 10/1980, 36.

<sup>138</sup> V. Jaworski, „Chasse“, *Revue Juridique de l'Environnement* 4/2007, 531 – 534.

извршавају управо употребом или претњом оружјем, што у случају њиховог недозвољеног држања, односно ношења, отвара питање улоге инкриминације из чл. 348 КЗ у поступку квалификације, односно њеног опстанка или пак потискивања другим, главним правним концептом. Имајући у виду да кривично дело из чл. 348 КЗ штити јавни ред и мир, односно да само држање или ношење конфигурише апстрактну опасност по релевантно правно добро, уколико се установи да је оно у конкретном случају довело до такве последице, неће бити довољно применити само инкриминације којима се нападају друга правна добра, што говори у прилог решењу идеалног стицаја.

И у судској пракси се појављују дилеме у погледу квалификације, утемељене на поимању услова идентитета штићеног правног добра као критеријума диференцијације, где долази до изражаја значај начина тумачења околности реализације конкурентних инкриминација. Тако, у случају учиниоца који је осуђен за стицај кривичних дела угрожавања сигурности из чл. 138, ст. 1 КЗ и тешке телесне повреде из чл. 121, ст. 1 КЗ, као основ подношења захтева за заштиту законитости, наведено је да кривично дело из чл. 121 КЗ, представља интензивнију повреду истог заштитног објекта, због чега се угрожавање сигурности сматра супсидијарним у односу на њега. Међутим, Врховни касациони суд је донео одлуку о неоснованости наведеног захтева, уз образложење да се у конкретном случају угрожавање сигурности испољило у виду континуираних претњи које су претходиле наношењу тешке телесне повреде и наставиле се након наступања такве последице, због чега се сматра да је биће наведеног кривичног дела реализовано засебно и независно од наношења тешке телесне повреде.<sup>139</sup> Ипак, иако се то у образложењу пресуде не наводи, искључење привидног идеалног стицаја на конкретном примеру, заправо произлази из немогућности правног концепта тешке телесне повреде да у потпуности обухвати целокупни садржај невредности предузетог понашања, имајући у виду начин испољавања деловања на штићено правно добро, односно начин реализације забрањеног понашања у конкретном случају. Управо то указује на нужност адекватног сагледавања свих фактора од значаја за квалификацију привидног идеалног стицаја, кроз призму релевантних дистинктивних критеријума.

На исти начин би требало тумачити и одлуку суда донету у случају окривљеног оглашеног кривим за стицај кривичних дела убиства у покушају из чл. 113 КЗ и кривичног дела недозвољене производње, држања, ношења и промета оружја и експлозивних материја из чл. 348, ст. 4 КЗ. Наиме, Врховни касациони суд је у образложењу одлуке о неоснованости захтева за заштиту законитости, у којем се бранилац позива на постојање консумпције као облика привидног идеалног стицаја, навео да се кривично дело убиства може извршити на различите начине, а да је кривично дело из чл. 348 КЗ предузето како пре самог убиства у покушају, тако и у моменту његовог извршења, као и након њега.<sup>140</sup> У датом случају је заправо реч о томе да је извршењем кривичног дела из чл. 348 КЗ, на начин на које се оно испољило у конкретном случају, дошло до повреде особеног правног добра у односу на убиство, због чега друга наведена инкриминација не може самостално да обухвати целокупну невредност предузетог понашања.

Исто тако, могу постојати и извесне дискрепанције са аспекта истоветности заштитног објекта, односно утврђивања броја повређених правних добара код одређених инкриминација. Тако је у једном случају, подносећи захтев за заштиту законитости против пресуде којом је окривљени оглашен кривим за стицај кривичних дела насиља у породици из чл. 194, ст. 1 КЗ (учињеног на штету бивше супруге) и кривичног дела из чл. 194, ст. 3 КЗ (учињеног на штету малолетног сина), бранилац изнео став о постојању само једног кривичног дела, због истоветности заштитног објекта наведеног кривичног дела. Међутим, суд је исправно донео одлуку о примени решења реалног стицаја, полазећи од тога да је

<sup>139</sup> Пресуда Врховног касационог суда Кзз 675/2015 од 02.09.2015. године.

<sup>140</sup> Пресуда Врховног касационог суда Кзз 589/2019 од 11.06.2019. године.

окривљени предузео одвојене радње према једном и другом оштећеном, чиме је извршио два кривична дела.<sup>141</sup>

Критеријум истоветности заштитног објекта, помиње се и у пресуди Врховног касационог суда, где је у случају када је учинилац испалио један за другим више метака на простору са већим бројем људи, суд потврдио пресуду којом је учинилац оглашен одговорним за стицај кривичних дела убиства на мах и изазивања опште опасности, уз образложење да су повређена два различита заштитна објекта, негирајући могућност привидног идеалног стицаја по основу консумпције.<sup>142</sup>

До истог закључка се дошло и у пресуди донетој у случају стицаја кривичних дела преваре и давања мита, када је Апелациони суд донео одлуку да се давање мита не може сматрати некажњивим претходним делом, између осталог и због непоклапања заштитних објеката (имовине и службене дужности).<sup>143</sup>

Стога, критике које се упућују критеријуму идентитета штићеног правног добра, на рачун недовољне прецизности и специфичности, нису разлог за његово одбацивање, нарочито имајући у виду да он представља један од детерминишућих параметара за укључивање феноменолошких манифестација претходних и накнадних сукажњивих дела у оквиру института. Исти се из тог разлога у поступку квалификације увек мора посматрати у спрези са осталим специфичним критеријумима, пре свега *ne bis in idem*.

### 2.3.7. Критеријум безначајности

У складу са хипотезом о дипартитној класификацији критеријума који оправдавају примену правила (привидног) стицаја закона, принципу *non bis in idem*, супротставља се правило о „безначајности“ једне норме у односу на другу, у смислу оправдања релације консумпције, утемељене на вредносном карактеру. Сходно томе, критеријум „безначајности“ се доводи у везу са ситуацијом када је фактички криминални интензитет једне од конкурентних норми, малог значаја у односу на дело које је означено као главно.<sup>144</sup> Као што се може закључити, овакво оправдање искључења стицаја карактерише управо оне феноменолошке манифестације (привидног) стицаја закона које се решавају у складу са принципом консумпције, укључујући и спорне случајеве претходних и накнадних сукажњивих дела, чиме се употпуњују претпоставке установљене забраном двоструке санкције.

Наиме, карактеристика консумпције, огледа се у емпиријским, а не логичким релацијама између законских норми, које се испољавају у одређеном реалном контексту, због чега је и могуће позивање на критеријуме истог таквог карактера у циљу оправдања примене (привидног) стицаја закона.

Стога, наглашава се да се једна од таквих инкриминација, појављује као *безначајна* у односу на другу и апсорбује њен криминални идентитет, чиме се правда истицање довољности казне главног дела да покрије правну невредност понашања.<sup>145</sup>

Међутим, домашај фактора „безначајности“ у смислу приписивања улоге диференцирајућег карактера, доста је умањен, имајући у виду непрецизност како самог

<sup>141</sup> Пресуда Врховног касационог суда Кзз 642/2014 од 19.07.2014. године.

<sup>142</sup> Пресуда Врховног касационог суда Кзз 853/2015 од 30.09.2015. године.

<sup>143</sup> Пресуда Апелационог суда у Београду, Посебног одељења Кж1 По1 13/10 од 20.12.2010. године.

<sup>144</sup> J. P. Matus Асића (2005), 490.

<sup>145</sup> J. P. Matus Асића (2000b), 30 – 31. У том смислу, истиче се да је, на пример, кажњавање пратећих дела диспропорционално, имајући у виду да она немају аутономно значење ако се разматрају у испољеном контексту.

термина, тако и значења које му се придаје. Поставља се питање на који начин ћемо донети закључак о таквом положају једне законске инкриминације у односу на другу и како помирити супротне захтеве за потпуним обухватањем свих релевантних аспеката неког понашања. Свакако да је ослањање на један овакав криминолошки критеријум у домену кривичног права које функционише на темељу стриктних и прецизних концепата, клизав терен, због чега би увек требало да се примењује у спрези са другим, више одређеним критеријумима.

У оквиру деловања принципа безначајности, указује се и на извесну улогу критеријума пропорционалности у детерминацији казне. О овој хипотези *безначајности*, говори се у ситуацијама релација између повреда које су проузроковане заједно са неким другим деликтом, што се решава применом принципа консумпције. Тако, у типичним примерима наношења штете приликом извршења убиства, указује се да консумпција долази у обзир онда када би обједињена примена казне за оба дела била диспропорционална. Међутим, ова идеја о пропорционалности у детерминацији казне се критикује, уз тврдњу да иако је тачно да постоји извесна улога принципа пропорционалности у оквиру привидног стицаја закона, то не значи да судија може да прибегне таквој пондерацији ради детерминисања казне, јер се у овом контексту манифестује управо *ne bis in idem* у његовој суштинској варијанти.<sup>146</sup>

У сваком случају, није могуће на апстрактном плану дефинисати које кривично дело се може сматрати „безначајним“ у односу на друго, нити се критеријум висине казне у овој области појављује као фактор апсолутног карактера. Таква констатација ће увек зависити од околности конкретног случаја и начина манифестације једног кривичног у односу на друго, због чега је улога доктрине у његовом прецизирању изузетно мала. На крају, све остаје у рукама оног ко спроводи поступак квалификације, уз дужност адекватне процене услова под којима позивање на наведени критеријум неће довести до кршења начела легалитета.

### 2.3.8. Специфични критеријуми

У групу специфичних критеријума, спадају они карактеристични превасходно за разграничење привидног идеалног и идеалног стицаја, где се могу сврстати разјашњавајућа функција идеалног стицаја, односно њој аналогна теорија шпанске доктрине – *Cabo suelto*, које ће бити разматране у одговарајућем делу рада.<sup>147</sup>

Осим тога, поступак диференцијације, нарочито када је реч о односу између идеалног и привидног идеалног стицаја, може бити утемељен и на одређеним факторима субјективног карактера, који се не могу занемарити у поступку квалификације. Тако, и поред испуњености свих предвиђених услова примене привидног идеалног стицаја, управљеност елемената попут умишљаја учиниоца, може директно утицати на смер квалификације у једном или у другом правцу.<sup>148</sup> То је уједно и разлог због чега није могуће унапред

---

<sup>146</sup> L. Rojas Morán, 288.

<sup>147</sup> Вид. *infra*, 301 – 310.

Тако је у једној одлуци, суд колизију између кривичног дела тешке крађе на дрзак начин и ситне крађе, решио управо применом наведеног критеријума. Вид. Пресуда Врховног суда НР Хрватске Кж 639/53 од 28.04.1953. године, *Наша законитост* 1/1954, 39.

<sup>148</sup> Критеријуми дистинкције субјективног карактера, помињу се у вези са применом појединих принципа решења. Тако, у класичним системима, према Биндингу, облик супсидијаритета означен као „супсидијаритет закона као последица супсидијаритета норми“, постоји у релацијама између деликата повреде и убиства. Стога, ако је повреда управљена ка убиству, постоји само убиство (повреде се тада појављују као супсидијарне и примењују само онда када се не може применити убиство). Вид. J. P. Matus Асуња (2000а), 310.

Вид. J. Cuello Contreras (2009), 692. Поједини аутори су на супрот томе негирали постојање субјективног аспекта стицаја кривичних дела, искључујући могућност да због изостанка одговарајуће

дефинисати правила примене једног и другог института, односно тачно одредити феноменолошке манифестације односа између појединих инкриминација које потпадају под једну или другу категорију.

На релативност диференцијације између наведених правних категорија, упућују и бројни примери из литературе и судске праксе. Тако, полазећи од конкретног случаја извршења кривичног дела против полне слободе које претходи убиству, квалификација привидног идеалног или пак идеалног стицаја, условљена је факторима попут начина извршења у конкретном случају, оличеног у израженој бруталности приликом предузимања радње извршења кривичног дела против полне слободе.<sup>149</sup> Слично томе, при решавању једног од најспорнијих питања у квалификацији, које се односи на разграничење између кривичних дела убиства и тешких телесних повреда, нагласак се ставља на оцену управљености умишљаја учиниоца, што укључује и сагледавање свих објективних околности конкретног случаја.<sup>150</sup>

Као пример од значаја са криминалнополитичког аспекта, може се навести и један од фактички најспорнијих случајева у квалификацији, који се односи на употребу детерминатора управљености намере учиниоца при разграничењу између кривичног дела крађе и неовлашћеног коришћења туђег возила.<sup>151</sup> Јасно је да се у таквим ситуацијама, овај специфични параметар појављује као једини релевантан диференцијални фактор који усмерава и одређује коначан исход квалификације, без обзира на оправдане сумње у погледу његове специфичности. С друге стране, оно што се уопште не доводи у питање, то је да је искључено решење стицаја, по основу примене општих критеријума диференцијације, оличених пре свега у правилу *ne bis in idem*. На тај начин, специфичност овог критеријума се огледа и у његовој својствениости другом релевантном сегменту поступка квалификације – избору преферентног правног концепта, након што је констатовано искључење стицаја.

Примена овог критеријума, појављује се и у судској пракси. Тако, одлучујући о захтеву за заштиту законитости у којем бранилац окривљеног сматра да је дошло до повреде кривичног закона у случају када је окривљени оглашен кривим за квалификовани облик кривичног дела насиља у породици из чл. 194, ст. 3 КЗ (наступање тешке телесне повреде), будући да је исти како у односу на основни облик насиља у породици, тако и у односу на тежу последицу поступао са умишљајем, те да из тога произлази квалификација идеалног стицаја наведена два кривична дела, Врховни суд је одбацио захтев као неоснован, уз образложење да из изреке пресуде директно произлази да је окривљени поступао са директним умишљајем само у односу на основни облик кривичног дела насиља у породици, али не и у односу на тежу последицу (тешку телесну повреду).<sup>152</sup> Ово је уско повезано и са разматрањем разјашњавајуће функције идеалног стицаја, као једног од критеријума разграничења између наведене две правне фигуре, односно правила њене примене у случају кривичног дела квалификованог тежом последицом. Ипак, нагласак је првенствено на употреби критеријума субјективног карактера у поступку квалификације и разграничења привидног и аутентичног стицаја, будући да на наведеном примеру долази до изражаја утицај управљености умишљаја учиниоца на примену једне или друге правне фигуре.

---

субјективне репрезентације, буде искључена стицајна релација, у условима када су објективно реализована два деликта.

<sup>149</sup> G. Fernández García, „Régimen de hipercualificación del delito de asesinato en el Derecho español contemporáneo“, *Revista Misión Jurídica* Vol. 12 16/2019, 185 – 186. Аутор указује да су у наведеном случају, такве околности начина извршења условиле квалификацију идеалног стицаја. Насупрот томе, у прилог привидном идеалном стицају би говориле околности попут чињенице да су радње управљене ка лишењу живота предузете у циљу избегавања одговорности за кривично дело против полне слободе.

<sup>150</sup> З. Стојановић, Н. Делић, , *Кривично право: посебни део*, Правна књига, Београд 2017, 8 – 9.

<sup>151</sup> Вид. М. Перовић, „Око инкриминације два актуелна кривична дела“, *Анали Правног факултета у Београду* 4/1972, 732 –741.

<sup>152</sup> Пресуда Врховног касационог суда Кзз 133/2020 од 12.02.2020. године.



Још један репрезентативан пример утицаја субјективних елемената на исход квалификације, представља и случај кривичног дела удруживања ради вршења кривичних дела из чл. 346 КЗ. Наиме, сматра се да ће у случају реализације кривичног дела због којег је организована криминална група, квалификација привидног или аутентичног стицаја бити условљена околношћу да ли је иста организована у циљу вршења и других кривичних дела, поред фактички оствареног.<sup>153</sup>

У том контексту би требало посматрати и недоумице везане за примену појединих института општег дела кривичног права, попут случајева заблуде.<sup>154</sup> Тако, разматрајући могућност примене конструкције привидног идеалног стицаја у случају заблуде о објекту, Ракић указује да се таква концепција не може прихватити, имајући у виду да није испуњен услов иницијалног остваривања обележја више кривичних дела.<sup>155</sup> Ипак, у овој области дошло је до супротстављања различитих концепција у погледу конфигурирања релевантних критеријума квалификације, попут оних везаних за поимање убиства као генеричког концепта или пак резидуалног концепта у односу на његове квалификоване облике.<sup>156</sup>

Исто тако, извесне реперкусије специфичних критеријума дистинкције, манифестују се и на примеру института заблуде о узрочној вези, означене и као *aberratio ictus*, где се у квалификацији идеалног или привидног идеалног стицаја такође уважава критеријум управљености умишљаја учиниоца, мада се у поступку коначне оцене разматра и одударање између објеката који су угрожени и повређени предузимањем радње извршења.<sup>157</sup> Ово је један од примера где опредељење за једно или друго решење има значајне практичне последице на плану одговорности учиниоца, али где теорија наилази на баријеру у погледу исправне квалификације у условима сукобљених правних интереса и критеријума диференцијације. То се практично своди на превагу криминално–политичких критеријума у опредељењу за једно или друго решење. Ипак, чини се да предност има већинско гледиште, утемељено на прихватању постојања идеалног стицаја између покушаја намераваног и довршеног нехатног кривичног дела<sup>158</sup>, што би требало посматрати у светлу критеријума обухватања садржаја невредности дела, који би био занемарен у случају решења једног довршеног умишљајног дела. Ако се томе дода и околност да је дошло до утицаја на два различита индивидуална правна добра, од којих је једно угрожено, а друго повређено, јасно је због чега се као исход примене правила квалификације у светлу наведених диференцијалних критеријума, појављује управо решење идеалног стицаја.

Имајући у виду изнете карактеристике и значај уважавања субјективних елемената у поступку диференцијације привидног и аутентичног стицаја, можемо се сложити са

---

<sup>153</sup> Решење Апелационог суда у Београду, Посебног одељења Кж1 По1 бр. 17/12 од 16.10.2012. године.

<sup>154</sup> С. Roxin (2014), 1002. Аутор полази од примера покушаја крађе уз поседовање оружја, која се налази у стицају са обичном довршеном крађом, уколико саизвршилац погрешно верује да други извршилац код себе има оружје.

<sup>155</sup> М. Б. Ракић, 50.

<sup>156</sup> Е. Gimbernat Ordeig, „Concurso de leyes, error y participación en el delito (A propósito del libro del mismo título del profesor Enrique Peñaranda)“, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 3/1992, Madrid, 839 – 840. Ово је иначе карактеристично за шпанску доктрину, а описана проблематика се разматрала са аспекта релација између обичног убиства и убиства члана породице предвиђеног у овом законодавству као квалификовани облик, и то у случајевима заблуде о објекту.

<sup>157</sup> J. M. Silva Sanchez, „Aberratio ictus e imputación objetiva“, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 2/1984, 347 – 348. Као репрезентативни пример испољавања овог феноменолошког облика, наводи се случај учиниоца који желећи да убије једну особу, усмери оружје према њему и повуче ороз. Међутим, због лошег нишањења или услед промашаја, не успе да је погоди, већ метак усмрти другог оштећеног, који је стајао поред.

<sup>158</sup> С. Roxin, *Derecho penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (Превод дела: „*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*“, Auflage Beck, München, 1994., trad. y notas por D. M. Luzón Peña et al.), Civitas, Madrid 1997, 492 – 493.

констатацијом да иако је мало изучавана, веза између проблематике привидног стицаја закона и теорије заблуде није нимало ирелевантна.<sup>159</sup>

Поред тога, у односу на поједине манифестације привидног идеалног стицаја, засноване на својеврсном плуралитету радње у стриктном смислу, може се говорити о специфичним параметрима примене конструкција, попут накнадног некажњивог дела, где се захтевају посебни услови њиховог третирања у оквиру института привидног идеалног стицаја.<sup>160</sup> У питању су фактори специфични за диференцијацију од реалног стицаја.

На крају, од значаја је напоменути и специфичности критеријума који се најинтензивније употребљавају у судској пракси, иако се они заправо надовезују на претходно изнете догматске критеријуме. Тако, у домаћој доктрини се посебно истиче један од емпиријских параметара, који укључује оцену да ли се једно кривично дело могло извршити без другог.<sup>161</sup> То у практичном смислу значи да ће квалификација привидног идеалног стицаја бити условљена околношћу да ли је у конкретном случају, одређено кривично дело могло бити извршено једино посредством другог, иако је у апстрактном смислу могућа њихова аутономна реализација. Ово је у поступку квалификације превасходно значајно за релације између најкарактеристичнијих и најчешће анализираних случајева – кривичног дела преваре и случајева фалсификовања (исправа, докумената), онда када се фалсификовање појављује као могуће средство спровођења преваре. Јасно је да ће такав закључак бити условљеном оценом ситуационих околности конкретног случаја.

Тако, одлучујући о захтеву за заштиту законитости, у случају правноснажне одлуке којом је учинилац оглашен кривим због извршеног кривичног дела фалсификовања службене исправе из чл. 357, ст. 3 КЗ, након што је јавни тужилац одустао од гоњења за кривично дело злоупотребе положаја одговорног лица из тада важећег чл. 234, ст. 3 КЗ, извршеним у стицају са наведеним кривичним делом, Врховни касациони суд је негирајући постојање консумпције између инкриминација из чл. 234 и 357 КЗ, установио да је исти неоснован. У образложењу је наведено да нису испуњени услови консумпције, имајући у виду да у конкретном случају, фалсификовање службене исправе није представљало законско обележје бића кривичног дела, нити се злоупотреба положаја одговорног лица могла извршити искључиво употребом лажне исправе.<sup>162</sup>

Уско повезан са овим је и специфични критеријум који привидни реални стицај искључује по основу околности да је једно кривично дело извршено након и у циљу прикривања другог кривичног дела, чиме се губи услов за квалификацију привидног стицаја на темељу чињенице да се једно кривично дело појавило као средство извршења другог. Овај закључак је донет на примеру кривичних дела проневере и фалсификовања исправе, уз образложење да фалсификоване признанице у конкретном случају нису биле предмет кривичног дела проневере, односно нису употребљене у циљу његовог извршења, већ након тога.<sup>163</sup>

---

<sup>159</sup> J. P. Matus Acuña, „Aportando a la reforma penal chilena. Algunos problemas derivados de la técnica legislativa en la construcción de delitos improprios: el error y el concurso“, *Ius et praxis*, Vol. 2 2/1999, Universidad de Talca, Chile, 63.

<sup>160</sup> С. Roxin (2014), 1014. Роксин указује на три предуслова која морају бити испуњена: 1) истоветност правног добра; 2) накнадно дело не сме да проузрокује нову штету; 3) истоветност пасивног субјекта (не сме се нанети штета другом лицу).

<sup>161</sup> М. Б. Ракић, 51. Аутор наводи пример односа између кривичног дела фалсификовања и проневере, у условима када се фалсификовање појављује као средство извршења проневере.

<sup>162</sup> Пресуда Врховног касационог суда Кзз 841/2017 од 26.10.2017. године.

<sup>163</sup> Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Посл. бр. Кж. I 2443/13 од 27.08.2013. године. По истом основу је донета и одлука у случају истовременог остваривања обележја кривичног дела недозвољене производње и фалсификовања службене исправе, будући да је у конкретном случају фалсификовање извршено у циљу прикривања првог кривичног дела.

У категорију специфичних критеријума, можемо сврстати и оне који се примењују у случају добровољног одустанка од покушаја, када истовремено дође до реализације неког другог самосталног кривичног дела. У том случају, иако ослободи учиниоца од казне за покушај кривичног дела од којег је одустао, таква могућност неће важити за самостално кривично дело чија су обележја реализована кроз такав покушај.<sup>164</sup> Јасно је да ограничење самосталног кривичног дела, што произлази и из регулације института добровољног одустанка у нашем позитивном законодавству<sup>165</sup>, неће обухватати случајеве када би без оваквог одустанка дело било квалификовано као привидни идеални стицај по неком основу. То практично значи да је искључена одговорност учиниоца и за кривично дело које би имало својство привидног у односу на главну инкриминацију, од чијег је довршења учинилац одустао. Овакво тумачење одредбе чл. 32, ст. 4 КЗ, представља владајуће гледиште у домаћој доктрини<sup>166</sup>, а може се схватити и као имплицитно регулисање, односно прихватање привидног идеалног стицаја као особеног института кривичног права, уз истовремено истицање његовог огромног значаја за примену осталих норми и института кривичног права. Другим речима, тиме се очигледно наговештава да се утврђивање испуњености услова привидног идеалног стицаја појављује као нужно у сваком поступку квалификације.

Област примене наведених правила долази у обзир углавном код кривичних дела квалификованих тежом последицом, где би у случају примене института добровољног одустанка требало искључити могућност кажњавања учиниоца за основни облик кривичног дела, што важи и за манифестације сложених кривичних дела која се састоје из више самосталних инкриминација.<sup>167</sup> Међутим, наведени примери се заправо односе на специфичне облике јединства кривичног дела, где иначе нема потребе за применом конструкције привидног идеалног стицаја.

С друге стране, неки од најрепрезентативнијих примера примене наведеног правила би подразумевали манифестације попут добровољног одустанка од преваре која се према оцени ситуационих околности могла извршити једино фалсификовањем исправе. У том случају се позитивни закључак о испуњености услова привидног идеалног стицаја (консумпција), појављује као основ за факултативно ослобођење од казне и за фалсификовање исправе. На исти начин би требало тумачити и случајеве консумпције лаке телесне повреде и силовања или убиства, односно прибављања средстава за фалсификовање новца и самог фалсификовања истог.

Такође, уколико је у конкретном случају превара могла бити извршена и без фалсификовања исправе, такво фалсификовање ће се сматрати самосталним кривичним делом, а самим тим, добровољни одустанак од покушаја преваре неће представљати факултативни основ за ослобођење од казне у односу на довршено фалсификовање.<sup>168</sup>

Према томе, уколико је учинилац добровољно одустао од извршења кривичног дела, којим је истовремено остварен и законски опис, односно обележја бића неке друге инкриминације, та друга инкриминација ће бити узета у обзир једино уколико нису испуњени услови привидног стицаја. Ово подразумева да примена института добровољног одустанка нужно подразумева и оцену испуњености услова привидног стицаја, што самим тим отвара и питање разграничења ове правне фигуре од идеалног стицаја. То је и разлог зашто смо наведено питање размотрили у овом сегменту рада, иако се више ради о

---

На критеријум „средство – циљ“ се указује и у шпанској доктрини. Вид. М. А. Arce Aggeo, 203 – 204. Сходно томе, указује се да у случају односа између преваре и фалсификовања, постоји привидни стицај, уколико фалсификовање не конституише неопходан услов за реализацију преваре.

<sup>164</sup> Љ. Јовановић, 208 – 209. Вид. и З. Стојановић (2018), 230.

<sup>165</sup> Вид. чл. 32, ст. 4 КЗ Р. Србије.

<sup>166</sup> Вид. З. Стојановић (2018), 230.

<sup>167</sup> *Ibid.*

<sup>168</sup> Тако и Љ. Јовановић, 209.

проблематици истицања значаја успостављања адекватних диференцијалних критеријума. Ово је такође један од примера утицаја тумачења самих правних концепата и смисла и сврхе појединих института у систему кривичног права, у домену примене правила привидног идеалног стицаја, који указује на комплексност поступка диференцијације, али и велики теоријски и практични значај, односно условљеност исправне квалификације адекватним поставкама његових кључних компонената (*критеријума диференцијације*).

Поред наведених традиционалних критеријума, англосаксонско кривично право познаје и додатне факторе диференцијације, карактеристичне за овај правни систем, од којих се као специфичне могу издвојити – „*Same offence Tests*“ (тестови оцене истоветности дела) и „*Same Evidence Tests*“ (тестови поклапања начина доказивања).<sup>169</sup> Тако, на пример, суштину „*Same Evidence*“ теста, одражава идеја да првобитна осуђујућа или ослобађајућа пресуда не представља препреку новој осуди, осим ако су чињенице садржане у другој оптужници исте као и у првој, при чему се истоветност два кривична дела доводи у везу са околношћу да произлазе из истог акта (радње).<sup>170</sup> Сходно томе, у судској пракси се оставља отвореном могућност да под претпоставком да исто понашање испуни обележја два кривична дела (чак и уколико се она не поклапају у својим елементима), једно од њих буде у потпуности консумирано другим, или пак супсидијарно истом.<sup>171</sup>

Примена наведених правила искључења вишеструког кажњавања за истоветно дело, доводи се у везу са немогућношћу да законодавац приликом инкриминисања забрањеног понашања и кодификације правних забрана предвиди све могуће казне за различите инкриминације и начин њиховог садејства.<sup>172</sup>

Ова последња констатација, као што се може закључити, одговара и фундаменталним основама института привидног стицаја, на начин на који се он конфигурише у системима европско–континенталног кривичног права.

## 2.4. Процес индивидуализације

Квалификација неког понашања, утемељена на дефинисању односа између идеалног стицаја (као аутентичног), наспрам привидног стицаја закона, манифестује се у препознавању неколико кључних елемената. Један од њих се односи на утврђивање општих диференцијалних аспеката између два наведена института, док други подразумева индивидуалистички приступ, утемељен на давању одговора на неколико кључних питања, у вези са бројем, односно редоследом примене принципа решења карактеристичних за стицај закона.

*Процес индивидуализације* представља другу фазу у констатацији постојања привидног (стицаја) закона, која се тиче примене конкретних принципа решења, чија је функција да одреде примарну норму, као носиоца квалификације. Иако ћемо се детаљно посветити изучавању сваког од доктринарних принципа у одговарајућим поглављима, на овом месту је важно указати на особености њихове улоге у другом значајном стадијуму утврђивања (привидног) стицаја закона, који представља његову коначну детерминацију.

<sup>169</sup> „The Double Jeopardy Clause as a Bar to Reintroducing Evidence”, *The Yale Law Journal* Vol. 89 5/1980, The Yale Law Journal Company, Inc., <https://doi.org/10.2307/796093>, 5. фебруар 2022. године, 965; E. Sutherland, 475; A. A. Reed, „Double Jeopardy Law Made Simple“, *The Yale Law Journal* 106/1997, 1807 – 1848.

<sup>170</sup> E. Sutherland, 475. У том смислу, за вишеструку осуду, захтева се, између осталог, да постоји разлика у елементима релевантних инкриминација.

<sup>171</sup> *Prosecutor v. Dominic Ongwen*, „Motion for Immediate Ruling on Standard to Assess Multiple Charging and Convictions“, International Criminal Court, ICC-02/04-01/15, 9 December 2019, 1 – 16, [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019\\_07384.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_07384.PDF), 05. фебруар 2022.

<sup>172</sup> Вид. и N. J. King, „Portioning Punishment: Constitutional Limits On Successive And Excessive Penalties“, *University Of Pennsylvania Law Review* Vol. 144 1/1995, 128 – 130.

Пре свега, њихова релевантност, тиче се броја принципа решења, односно евентуалне довољности само једног од њих да одговори на описани комплексан задатак, што је оличено у категоризацији на монистичке и плуралистичке системе. С друге стране, треба имати у виду и да је то питање директно условљено самим домашајем института, што указује да је реч о два фактора који се међусобно преплићу. Затим, од посебног значаја за фазни карактер процеса квалификације, јесте и редослед њихове примене, а указује се и на специјализацију таквих принципа решења, односно везивања за тачно одређене критеријуме диференцијације.<sup>173</sup>

Методологија примене принципа индивидуализације у поступку решавања конфликта између законских норми, подједнако је важна као и само прецизирање њиховог појединачног домашаја. То укључује питање релевантности броја принципа решења, који су условили и поделу на класичне и монистичке системе, као и утицај редоследа њихове примене. Осим тога, значајно је утврдити и кривичноправни положај одређених категорија које се могу сматрати неконвенционалним принципима решења.

Такође, у доктрини се говори и о дистинкцији између услова (претпоставки) за примену принципа решења и самих принципа решења који се изводе из таквих услова. Тако, могло би се рећи да се и у савременој доктрини уважавају Хонигове критике начина на који је у ранијим фазама развоја института, већинска доктрина излагала принципе решења, указујући на следеће недостатке у поимању њихових предуслова: 1) непостојање јасне линије разграничења између самих принципа; 2) проста енумерација случајева, путем егземплификације, или пак коришћење израза који су сами по себи указивали на решење, *a priori* нуђено за сваки принцип, попут преференције специјалног закона у односу на генерални, или преференције главног кривичног дела наспрам супсидијарног, без претходног успостављања предуслова примене сваког од тих принципа.<sup>174</sup>

Управо овакви недостаци се настоје избећи указивањем на различите сегменте методолошког поступка квалификације, који се свакако морају посматрати као једна целина и обједињено вредновати. Стога, правила на којима почивају фундаменталне поставке института привидног стицаја закона и на њима утемељени критеријуми диференцијације, треба да успоставе предуслове сваког од принципа индивидуализације, иза чије примене стоје.

#### 2.4.1. Опште карактеристике принципа индивидуализације

Након што је завршена прва фаза квалификације, оличена у детерминацији да ли се уопште ради о привидном стицају, или пак о неком облику аутентичног стицаја, појављује се други проблем, а то је утврђивање која ће се од, условно речено, конфликтних норми, применити као главна, а која ће остати потиснута (привидна). У вези тога, у литератури се указује да је реч о изразито комплексном питању, које се решава у складу са одређеним логичко–апстрактним или вредносно–аксиолошким критеријумима.<sup>175</sup>

Наиме, решавање поменутог задатка припада принципима за решавање конфликта између законских норми. Њихова функција се везује управо за ову другу фазу, тако да се може поставити хипотеза о њиховој правној природи која се испољава у томе да они представљају сегмент методолошког поступка примене привидног стицаја (поступка

---

<sup>173</sup> Тако, за принцип специјалитета се, према гледишту немачког аутора Хиршберга, везује критеријум идентитета повређеног правног добра, док Хониг у први план истиче правило *ne bis in idem*. Вид. J. P. Matus Асуња (2000а), 322.

<sup>174</sup> *Ibid.*, 320.

<sup>175</sup> Н. Муњоз Нормент (1986), 367.

квалификације), а не врсте привидног стицаја закона. То је разлог њиховог разматрања у овом делу рада.

Принципи индивидуализације се термилошки могу означити и као – принципи решавања конфликта између законских норми, правила дерогације, правила релационих односа, искључења и сл. Исти представљају сегменте поступка квалификације, тачније правила преферентности, условљена процесом индивидуализације, који има своје предуслове, елементе, исход, као и методологију решавања.

У најопштијем смислу, могу се дефинисати као правила решавања конфликта норми, чија би симултана примена довела до кршења принципа *ne bis in idem*.

Методолошки посматрано, њихова примена је условљена начином поимања правне природе института. Ако се пође од интерпретативног карактера привидног стицаја закона, принципи решења се могу одредити као интерпретативна средства која омогућавају оправдање ограничења домашаја примене једне од могућих законских норми. С друге стране, стицајни карактер их одређује као средства за решавање проблема *a posteriori* карактера (оправдање непримењивања општих стицајних правила).

Дакле, у вези са аспектом поступка квалификације, постоје два приступа њиховом поимању – 1) *a posteriori* – подразумева хипотезу о стицају свих примењивих законских норми, чија се примена потом искључује применом неких од принципа решења; 2) *a priori* – негира се почетни стицај и полази од тога да постоји само једна од њих – обрнути процес.<sup>176</sup> У првом случају, принципи решења представљају оличења својеврсних правила преферентности, док се по другој хипотези сматрају правилима интерпретације законских норми.

У основи теоријског разматрања принципа решења на којима се темељи решавање конфликта између законских норми, стоје одговарајуће релациони односи. У теорији привидног стицаја закона као релевантни теоријски појмови се издвајају превасходно интерференција и субординација, као релације које одговарају поменутом концепту.<sup>177</sup> Осим тога, као релевантни модуси успостављања релација између законских типова, наводе се и ексклузивитет (афирмација једног правног концепта подразумева нужно искључење другог), специјалитет (афирмација једног правног концепта подразумева истовремено и афирмацију другог), супсидијаритет (афирмација једне норме у релацији са другом је само условно могућа).<sup>178</sup> Различита гледишта о релацијама које се сматрају релевантним у квалификацији привидног стицаја, условила су и категоризацију принципа индивидуализације (решења), а самим тим утицала на конфигурацију савремене теорије привидног стицаја.

У генералном смислу, могуће је диференцирати релације логичког и емпиријског карактера, на основу којих се и врши категоризација релевантних принципа решења и правила њихове примене. Свакако да веће проблеме у пракси проузрокују управо они

---

<sup>176</sup> J. P. Matus Асуња (2007), 23. У шпанској литератури се указује да су принципи решења заправо захтеви чисте интерпретативне логике, односно операције поступка интерпретације. Такође, са аспекта интерпретативног карактера, истиче се да ни у ком случају не може постојати прави стицај или конфликт код манифестација разматраног института, јер управо његови принципи решења омогућавају да се такав конфликт избегне.

<sup>177</sup> M. A. Torrez López, 152 и 159 – 160. С друге стране, сматра се да су из његовог опсега искључени релациони односи хетерогености и хомогености.

Реч је о Клуговој концепцији, која препознаје четири врсте релевантних релационих односа између правних концепата: 1) хетерогеност – изостанак било какве тачке поклапања између законских норми; 2) хомогеност – идентичан опсег примене два законска концепта, који произлази из грешке законодавца; 3) субординација – један концепт обухвата све елементе другог, док други не обухвата све елементе првог; 4) интерференција – преклапање обухватности два правна концепта.

<sup>178</sup> S. Soler, 210. Вид. и A. Z. Schmidt; L. J. Asua, 143 – 144. Карактеристична је и класификација немачког аутора Белинга, који релације између законских норми своди на ексклузивитет, специјалитет и неутралност.

принципи решења који се ослањају на искуствене критеријуме, будући да су условљени адекватним сагледавањем и анализом особености конкретног случаја у зависности од релевантних варијабилних ситуационих фактора, иако се ни за поједине логички утемељене концепте не може рећи да су у довољној мери специфични да отклоне све недоумице у поступку квалификације.

Утврђивање одговарајућих релационих односа између преферентних правних концепата појављује се и као детерминатор правне природе овог института, наспрам облика аутентичног стицаја, имајући у виду да у другом случају акценат није на међусобним релацијама између казних типова, већ на онима који постоје између таквих категорија и концепата јединства и плуралитета радње.<sup>179</sup>

У сваком случају, релације које се сматрају релевантним за конфигурацију привидног идеалног стицаја, представљају фундаменталне поставке принципа решења као основних компонената процеса индивидуализације. То у практичном смислу значи да оне представљају основне компоненте и градивне елементе на темељу којих се базирају правила решавања конфликта између конкурентних правних категорија, односно да су управо оне основ адекватног спровођења поступка квалификације.

Са аспекта прелиминарног осврта на опште карактеристике принципа индивидуализације, поред диференцирања *a priori* и *a posteriori* приступа, између којих се, као што ћемо видети, у поступку квалификације губи прецизна граница, на овом месту је од значаја указати и на различите приступе квалификацији привидног идеалног стицаја у зависности од прихватања монистичких или плуралистичких концепција у погледу решавања конфликта. Наиме, одређење за монистички приступ би подразумевао и својеврсну унификацију критеријума диференцијације између привидног и аутентичног стицаја, а самим тим и нужно сужавање, односно проширење опсега примене једног правног концепта на рачун другог. То јасно произлази из већ поменутих хипотеза о специјалитету као једином релевантном случају привидног идеалног стицаја. Међутим, треба имати у виду да се о таквом сужавању може говорити једино у случају стриктних монистичких концепција, којих, осим ретких изузетака, заправо и нема у савременом кривичном праву.

## 2.5. Фазе поступка квалификације

Иако је у поступку квалификације који има за циљ индивидуализацију института привидног стицаја у односу на њему сродне правне концепте, тешко говорити о стриктним методолошким фазама наведеног процеса, у теоријском смислу се могу издвојити одређени релевантни кораци. Пре свега, важно је напоменути да се ток поступка квалификације привидног идеалног стицаја не може посматрати изоловано од поступка квалификације облика аутентичног стицаја, чија се правила међусобно прожимају. То је и разлог зашто се као једна од кључних компоненти таквих процедура, појављују управо законитости процеса диференцијације, односно кључни критеријуми дистинкције наведене две правне фигуре.

Ову правилност треба имати у виду без обзира на различита одређења о релевантним фазама констатације привидног стицаја, која су, по свему судећи, примарно релативног карактера. То практично има за последицу придавање великог значаја процесу верификације, који има за циљ корекцију евентуално неуравнотежених решења.

Процес квалификације (привидног) стицаја закона, може се аналитички рашчланити на неколико процедуралних корака, у зависности од прихватања концепције о његовој *ex ante* или *ex post* констатацији у односу на облике аутентичног стицаја. Наиме, овај

---

<sup>179</sup> E. Vacigalupo, 570.

критеријум је уједно везан и за схватања о домаћају института у погледу укључивања облика утемељених на плуралитету радње у природном смислу (екстензивно поимање).

Ради се о концепцијама условљеним дискрепанцијом између гледишта о стицајном и интерпретативном карактеру института, које су оставиле утицај и на саму методологију поступка квалификације. Наиме, у најопштијем смислу, стицајни карактер подразумева да се полази од хипотезе да код свих случајева стицаја закона, постоје две важеће законске норме, чија је примена могућа како у материјалном, тако и у процесном смислу. Иако услед примене принципа решења, једна од њих добија примат у односу на другу у конкретном случају, због почетне хипотезе стицаја, неће се у потпуности занемарити ефекат друге законске норме, која може остварити одређене утицаје, под адекватним условима.

С друге стране, у одређеном периоду развоја института, постојала су и гледишта која су се заснивала на нешто другачијем приступу. Тако, немачки аутор Јешек, истиче да процес интерпретације конфигурише суштину привидног стицаја закона, који представља проблем ограничења домаћаја законских норми.<sup>180</sup> Може се рећи да овакво резонување свакако утиче и на сам поступак и исход квалификације, будући да се неће поћи од хипотезе стицаја, нити било каквог формалног прихватања стицајних ефеката.

Ипак, за нас су релевантна средишња решења о двострукој правној природи, што подразумева да се ова два приступа не могу у потпуности раздвојити, већ да паралелно фигурирају у поступку квалификације, што је условљено околностима конкретног случаја.

Примена института привидног стицаја, са аспекта методолошког поступка, подразумева и његово разматрање у светлу редоследа примене у односу на правила аутентичног стицаја. Међутим, о правилностима у овом домену се може само условно говорити, имајући у виду да се у поступку квалификације у потпуности губе стриктне границе између методолошких корака детерминације једног и другог института. Исправније је стога говорити о њиховом прожимању и међусобној условљености, односно паралелном уважавању особених фактора утврђивања једне и друге правне фигуре, због чега се процес детерминације не заснива на темпоралном, већ на линералном приступу. Ипак, у теорији се говори о два могућа приступа од значаја за поступак квалификације привидног идеалног стицаја, а самим тим и његову дистинкцију од манифестација аутентичног стицаја.

У оквиру *ex ante* приступа, полази се од претпоставке да се питање постојања привидног стицаја појављује као претходница констатацији аутентичног стицаја, која је условљена негацијом његовог постојања.<sup>181</sup> То би, између осталог, у практичном смислу подразумевало и ирелевантност фактора јединство – плуралитет радње за постојање наведеног института. Уважавање поменутог критеријума, манифестује се накнадно, приликом опредељења за идеални или реални стицај, након што смо већ утврдили да је искључена примена привидног стицаја закона. То директно утиче на основне стадијуме квалификације, изостављајући релевантност констатације јединства радње.

Насупрот томе, приступ *ex post* подразумева да констатацији (привидног) стицаја, претходи утврђивање да нису испуњени услови за примену идеалног и реалног стицаја, што указују и доктринарна гледишта која постојање привидног стицаја доводе у везу са околношћу да се један догађај у свом тоталитету или појединим сегментима уклапа у два или више казних типова, у односу на које је претходно установљено да не постоје идеални или реални стицај.<sup>182</sup> Ово одговара и нашој концепцији о разликовању процеса диференцијације,

<sup>180</sup> Вид. J. P. Matus Acuña (2000a), 332.

<sup>181</sup> F. Ravón Vasconcelos, 149 – 150. Сходно томе, указује се и да је примена идеалног стицаја условљена тиме да је претходно решен проблем међусобних релација између конкурентних законских типова. Вид. E. Basigalupo, 569 – 570.

<sup>182</sup> M. A. Torrez López, 150 – 151; E. Basigalupo, 238. То истовремено подразумева и да ће се оцена постојања јединства или плуралитета радње, разматрати на самом почетку квалификације.



као првог и процеса индивидуализације као другог корака. Управо на наведеном схватању ћемо засновати наше гледиште о основним фазама наведеног процеса, иако сматрамо да се поменути методолошки кораци у поступку квалификације не могу раздвојити, нити одвојено разматрати. Чак штавише, може се рећи да се законитости процеса диференцијације и индивидуализације међусобно допуњују.

Такође, оно што се не може негирати, то је да се у поступку квалификације привидног идеалног стицаја, акценат ставља превасходно на конфликте између правних диспозиција и правила њиховог решавања, односно на процес индивидуализације који се налази у средишту целокупне проблематике теорије привидног стицаја и захтева прелиминарно решавање других кључних питања.

Исход таквог методолошког поступка, управљен је ка квалификацији јединства или пак плуралитета кривичних дела, при чему се у оквиру поменутих категорија врши даља индивидуализација њима обухваћених концепата. За квалификацију привидног идеалног стицаја, од значаја је утврдити кључне аспекте његовог односа како са категоријом идеалног (формалног), тако и реалног (материјалног) стицаја, што је комплексан поступак који се заснива на скупу законитости својствених управо теорији привидног идеалног стицаја. Сегменти овог поступка, темеље се како на формалистичким критеријумима попут јединства или плуралитета радње, тако и онима суштинске (материјалне) природе.<sup>183</sup> Међутим, треба имати у виду да прва група критеријума има веома ограничен домашај у решавању овог проблема и појављује се као нужна последица појединих традиционалних приступа, који су у савременој доктрини углавном превазиђени. У том правцу се креће и наше гледиште о теоријама домашаја института (привидног) стицаја закона, које практично наводи на закључак о ирелевантности било какве класификације на релацији привидни идеални – привидни реални стицај, утемељене на таквим формалистичким критеријумима. Напротив, из саме правне природе института произлази његова недељивост и заснованост на особеним суштинским критеријумима чији скуп чини јединствену материјалну димензију института.

Стога, када се говори о проблематици дистинкције између наведених правних категорија у поступку квалификације, то се превасходно односи на постојање специфичних материјалних параметара, који су независни и превазилазе фактор јединства или плуралитета радње. Ипак, у светлу општеприхваћених концепција у нашој доктрини, приликом разматрања фаза поступка квалификације, пошли смо од наведене категоризације, ради прегледности и наглашавања специфичности дистинкције привидног идеалног и идеалног стицаја, као једног од најзначајнијих питања у теорији привидног стицаја.

Међутим, важно је напоменути да се не може са апсолутном прецизношћу одредити редослед поменутих корака, због чега је тешко јасно успоставити демаркациону линију. Наиме, некада ће постојање привидног стицаја закона бити очигледно на самом почетку, без потребе за било каквим поређењем са аутентичним стицајем. То остаје само за поједине спорне случајеве у односу на које су и формулисани критеријуми диференцијације.

Ипак, постоје, по нашем мишљењу, одређени аргументи у прилог приступу за који се залажемо, а тичу се појединих феноменолошких манифестација института, утемељених не на логичким, већ на аспектима вредновања. Тако, у случају накнадних сукажњивих дела, критеријуми диференцијације од идеалног, односно реалног стицаја, свакако нужно морају претходити примени одговарајућих принципа решења. Тиме се у великој мери омогућава прецизније дефинисање оних облика сукажњивих дела који се сматрају садржаним у концепту (привидног) стицаја закона, наспрам оних које такве услове не задовољавају и морају се третирати као аутономни облици. Иако наведено питање нема већи практични значај, сматрамо да су тиме испуњени теоријски захтеви у вези правне природе овог најспорнијег концепта.

---

<sup>183</sup> L. De Liguori, 360.

Сходно томе процес подвођења неког понашања под квалификацију (привидног) стицаја закона или пак облика аутентичног стицаја, у условима издвајања две опште фазе, процеса диференцијације и процеса индивидуализације, може се рашчланити на одређене кораке, који су међусобно условљени. Ако пођемо од хипотезе да су у односу на конкретно чињенично стање, испуњени формални предуслови више законских описа из посебног дела кривичног права, процес квалификације се састоји у следећем: 1) утврђивање постојања јединства или плуралитета радње – при чему треба имати у виду да је реч о јединству радње у ширем смислу. У случају констатације плуралитета радње, исход квалификације је оличен у реалном стицају. У овој фази, највеће тешкоће изазива управо констатација јединства радње која одговара привидном стицају закона и идеалном стицају и преплитање са манифестацијама привидног реалног стицаја, будући да се може говорити и о одређеним облицима јединства радње, попут правног, типичног или природног, као основама искључења реалног стицаја. С друге стране, констатација јединства радње које не спада у неку од поменутих категорија, условљава прелазак на следећу фазу; 2) процес дистинкције од идеалног стицаја – вредновање критеријума диференцијације. Уколико се установи да, на пример, у складу са неким од разграничавајућих фактора (кршење забране двоструке санкције, односно *ne bis in idem* и др.), нису испуњени услови за примену идеалног стицаја, односно да је једна од инкриминација довољна да у потпуности обухвати невредност дела, констатује се постојање (привидног) стицаја закона и прелази на следећу фазу; 3) процес индивидуализације – примена принципа за решавање конфликта између примењивих инкриминација, како би се утврдило која ће бити носилац квалификације; 4) верификација – утврђивање да ли је одабрано решење у складу са фундаменталним принципима института.

Ипак, треба имати у виду да се друга и трећа фаза преплићу, будући да се у одређеним ситуацијама, већ на основу самих релација између законских норми, које се налазе у основи примене принципа решења, може закључити да би квалификација идеалног стицаја довела до кршења неке од поменутих забрана. Не треба заборавити да је то условљено и околношћу да се саме логичке релације између законских норми, могу сматрати предетерминисаним, док су принципи решења правна категорија, продукт доктрине, односно скуп правила преференције, утемељених између осталог и на поменутих релацијама. То говори у прилог индивидуалистичком приступу наведеној проблематици, односно условљености околностима конкретног случаја, као што ћемо видети приликом приказивања начина решавања појединачних случајева, у складу са специфичним критеријумима диференцијације, попут разјашњавајуће функције идеалног стицаја.

Свакако, доста недоумица може да се појави и приликом прве фазе, односно у вези односа са формама неаутентичног реалног стицаја. Првој и другој фази приступићемо управо са аспекта разматрања односа (привидног) стицаја закона са категоријама реалног, привидног реалног и идеалног стицаја. Проблематику односа са реалним, односно привидним реалним стицајем, већ смо детаљно размотрили у поглављу који се односи на теорије домашаја института, што је и био предуслов за разумевање изнете класификације стадијума квалификације. На овом месту ћемо се само синтетички осврнути на већ донете закључке, ради креирања комплетне слике са процедуралног аспекта. С друге стране, централно питање, представља јасно дефинисање односа института са категоријом идеалног стицаја, због чега је у овом поглављу нагласак управо на критеријумима диференцијације између наведена два концепта.

Специфичности процеса индивидуализације могу се разумети једино након појединачне обраде сваког од принципа решења, што ћемо из разлога систематичности оставити за касније разматрање, у одговарајућим поглављима. На овом месту ћемо указати само на основе њихове функције у процесу квалификације.

На крају процес верификације, подразумева оцену закључака до којих смо дошли са аспекта фундаменталних принципа (привидног) стицаја закона.

Уважавајући све наведене сегменте које смо препознали као кључне у таквом процесу, може се закључити да процес квалификације представља синтезу свих релевантних аспекта и приступа изучавању института.

### 3. Привидни идеални и реални стицај (прва фаза квалификације)

За разлику од разграничења привидног идеалног и идеалног стицаја, које представља једно од најзначајнијих и концептуално најтежих питања у овој материји, дистинкција поменутог института од реалног стицаја, проузрокује друге проблеме демаркационе природе, и то у области домашаја самог института. То се превасходно односи на правну природу и кривичноправни третман особених конструкција попут накнадног некажњивог дела, чије је место у теорији привидног стицаја закона било предмет бројних полемика у доктрини. Те дилеме су се директно одразиле и на начин поимања граница и опсега примене законитости института привидног стицаја.

#### 3.1. Плуралитет радње и плуралитет дела

За разлику од односа са идеалним стицајем, проблему дистинкције привидног идеалног и реалног стицаја се не придаје већи значај у доктрини, уз констатацију да се ради о питању које не проузрокује веће тешкоће<sup>184</sup>, имајући у виду да материјални стицај подразумева више независних дела између којих не фигурира никаква спона.<sup>185</sup>

Може се рећи да из саме дефиниције привидног идеалног стицаја, од које смо пошли у нашем раду, јасно произлазе параметри оцене реалног стицаја, оличени у истицању да нису испуњени услови јединства радње на начин на који је она одређена у теорији стицаја, у складу са финалистичким и нормативним факторима, као ни јединства повређеног правног добра, што условљава квалификацију плуралитета кривичних дела заснованог на плуралитету радње.

Дакле, у случају постојања плуралитета законских описа под које се може подвести предузето понашање, констатација плуралитета радње у стриктном смислу води ка квалификацији реалног стицаја. Стога, у првом плану се истиче формални аспект дистинкције између јединства и плуралитета радње, мада одређени утицај могу имати и суштински принципи, што указује на релативност наведеног фактора у поступку квалификације, која води ка већ поменутој тенденцији брисања таквих граница у оквиру јединственог концепта привидног стицаја.

Међутим, као што смо већ напоменули приликом разматрања проблематике домашаја института привидног стицаја, постоје бројне дискрепанције у теорији, које се односе на кључну дилему оличену у томе да ли се под његовим окриљем могу разматрати и манифестације плуралитета понашања (у стриктном смислу), или пак оне представљају посебан начин решавања проблема реалног стицаја (његове негације). Наиме, поменуто питање суштинског карактера, остварује директан утицај на разграничење института од сродних правних категорија.

У сваком случају, највише дилема проузрокује концепт јединства радње, који се у теорији стицаја и (привидног) стицаја закона, одређује на специфичан начин и не одговара поимању општег појма радње. Са прве тачке гледишта, могуће је да плуралитет радње у

<sup>184</sup> D. Bchéraoui, „Concours réel d'infractions et unité de fait“, *Revue juridique de l'USEK* 4/1995, 164; A. R. Alberto Chacon, S. G. Cisco Barraza, F. S. Hernandez Rosales, 33.

<sup>185</sup> R. G. López Camelo, 362.

природном смислу остане у оквирима јединства радње схваћене екстензивно, што отежава индивидуализацију реалног, односно привидног реалног стицаја са једне и привидног идеалног стицаја, са друге стране. Тако, као што смо већ напоменули, један јединствени концепт особеног садржаја, попут накнадног некажњивог дела, може се сврстати у једну или другу категорију, у зависности од конкретног феноменолошког облика испољавања, који упућује на постојање својеврсног јединства радње. То уједно отвара пут квалификацији привидног стицаја закона, наспрам неаутентичног реалног стицаја.

Критеријуми за постојање такве врсте јединства радње, манифестују се у синтези финалистичких и нормативних фактора, односно социјалне оцене контекста у којем су се испољили појединачни акти, схваћени у природном смислу. Из тог разлога смо се и определили за терминологију *јединства понашања (дела)* као параметар одређивања јединствене радње у смислу дистинкције између поменутих стицајних категорија. Другим речима, под *јединством радње у ширем смислу, обухватили смо и оне манифестације плуралитета аката које су управљене ка остварењу јединственог циља, укључујући и различите стадијуме његове реализације, без обзира што остварују претпоставке посебних инкриминација, када се из нормативне оцене тих појединачних концепата и социјалног контекста њиховог испољавања, може закључити да чине јединствену целину, уз услов да није дошло до екстензивног временског дисконтинуитета који би прекинуо поменути финалистички услов.*<sup>186</sup> То омогућава да се манифестације претходних и накнадних некажњивих дела, у чијој се структури налази више радњи схваћених у природном смислу, квалификују као привидни идеални стицај.

Овај први, уједно и најкомплекснији аспект односа између привидног идеалног и привидног реалног стицаја заправо задаје највише тешкоћа у пракси, због чега се у поступак дистинкције, уплићу и други суштински фактори диференцијације који су заправо у функцији одређења формалистичког услова јединства радње и морају се обједињено посматрати.

Тако је на примеру учиниоца, који пуцајући из пиштоља из непосредне близине, погоди улазна врата поред којих је стајала оштећена, након чега нанесе накнадна оштећења на вратима дечје собе, насилно уђе у просторију и потом нанесе више удараца другом оштећеном и стави му цев пиштоља у уста, предузето понашање квалификовано као реални стицај кривичних дела изазивања опште опасности и насилничког понашања.<sup>187</sup> На овом примеру се јасно уочава комплексност проблематике односа између јединства и плуралитета радње, али и унитарних и плуралистичких квалификација, чија је дистинкција утемељена на (не)постојању одговарајућих функционалних спона (релација), уз укључивање релевантних фактора дистинкције, попут идентитета штићеног правног добра и обухватања садржаја невредности дела. Иако и у формалистичком смислу, радње које је учинилац у конкретном случају предузео, не испуњавају услове јединства неопходног за квалификацију привидног стицаја, одударање у погледу повређених правних добара, односно немогућност једне од релевантних правних норми да обухвати целокупни садржај невредности дела, искључују квалификацију привидног стицаја, на рачун аутентичног.<sup>188</sup>

<sup>186</sup> Основу нашег приступа чине слична гледишта која се истичу у доктрини, заснована на наглашавању финалистичког и нормативног фактора. Вид. Е. Mezger, 215 – 216.

Такође, у домаћој литератури се указује и на временски континуитет у предузимању телесних покрета, што за последицу има диференцирање случајева претходног и накнадног некажњивог дела који испуњавају услове привидног идеалног и оних који потпадају под привидни реални стицај. Вид. Ђ. Лазин, 106 и 109.

<sup>187</sup> Пресуда Окружног суда у Нишу Кж 1589/09 од 25.08.2009. године. Вид. С. Вуковић, Г. Станојчић, 105.

<sup>188</sup> Исто важи и за случај релација између кривичних дела против безбедности јавног саобраћаја и невлашћеног коришћења туђег возила. Тако, Пресуда Окружног суда у Београду К 1678/08 од 29.12.2008. године, *Ibid.*

Док је разграничење од идеалног стицаја, суштински једно од најзначајнијих и концептуално најтежих питања, дистинкција од реалног стицаја проузрокује пре свега проблеме разграничавајуће природе, односно питања домаћаја самог института. Наиме, то се односи на специфичне конструкције попут накнадног некажњивог дела и њихово третирање у складу са правилима привидног стицаја закона.

Ипак, комплексност односа између привидног идеалног стицаја у ужем смислу и привидног реалног стицаја који се односи на феноменолошке манифестације претходних и накнадних некажњивих дела, може се сумирати путем следећих констатација: 1) границе између поменуте две категорије не могу се прецизно утврдити путем било каквих прелиминарних формалистичких критеријума, с обзиром на специфичности поимања јединства радње у теорији привидног стицаја закона, што констатацију привидног идеалног или пак привидног реалног стицаја условљава околностима конкретног случаја. Стога, релевантне су конкретне феноменолошке манифестације (на пример констатација накнадног некажњивог дела), које под одређеним условима могу испуњавати критеријуме јединства радње, односно јединства дела (понашања); 2) практично је ирелевантно да ли ће се говорити о накнадном некажњивом делу као привидном идеалном или привидном реалном стицају, будући да се ради о јединственом институту привидног стицаја закона. То важи за законодавства која, попут нашег, не праве дистинкцију пенолошких ефеката идеалног и реалног стицаја. У том случају, околности постојања више радњи у природном смислу могу само утицати у области одмеравања казне.

С друге стране, било би оправдано говори о оваквој класификацији института привидног стицаја, једино уколико би се за поменуте случајеве засноване на плуралитету радње (у природном смислу), предвидео другачији кривичноправни третман од привидног идеалног стицаја у стриктном смислу (диференцирајуће теорије), што је могуће у оним законодавствима која идеални стицај одређују на бази конструкције јединства дела и раздвајају од реалног стицаја. Тада бисмо се морали упустити у комплексну проблематику утврђивања граница између наведене две лимитрофне конструкције, што отвара и питање реорденације постојећих принципа решења, односно њихове класификације на оне који се користе у једном или у другом случају.

Тиме се донекле релативизује граница између наведена два концепта, која је уз то, као што смо већ закључили, малог практичног значаја. Ипак, и поред концептуалних проблема и могућих критика, задржали смо поменуту дистинкцију, на бази специфичног јединства радње у ширем смислу, првенствено из функционалних и практичних разлога. Чињеница је да поменуте конструкције представљају јединство понашања, али исто тако почивају и на основама фундаменталних поставки института привидног (стицаја) закона, односно привидног идеалног стицаја, другачијим од оних које карактеришу форме неаутентичног реалног стицаја.

Нешто прецизнији критеријуми диференцијације, постоје у случају односа са оним облицима плуралитета радње у природном смислу који не испуњавају изнете формалистичке услове, мада ту имамо проблем термилошких забуна у означавању концепата који потпадају под ове категорије. Док се у домаћој доктрини они означавају општим термином „привидни реални стицај“, односно сложено или продужено кривично дело, итеративне и сукцесивне радње<sup>189</sup>, у иностраној доктрини, која их разматра у склопу проблематике јединства и плуралитета кривичних дела, означавају се као типично, односно природно или пак правно јединство радње.<sup>190</sup> Ипак, са суштинског аспекта, не постоје веће тешкоће у њиховој индивидуализацији у односу на привидни идеални стицај. Иако оба концепта спадају у продукте унитарне квалификације, односно својеврсног правног јединства, у пракси нема

<sup>189</sup> Вид. З. Стојановић (2018), 240 и 244 – 252.

<sup>190</sup> Вид. С. Roxin (2014), 945 – 956.

већих тешкоћа у њиховом раздвајању, те ће констатација ових облика јединства за које се може рећи да произлазе из тумачења слова закона, увек претходити утврђивању привидног идеалног стицаја и вршити се независно од њега. Међутим и овде, у појединим компаративним законодавствима, може доћи до извесних дилема у погледу релације са идеалним и привидним идеалним стицајем, нарочито када је реч о конструкцији продуженог кривичног дела.<sup>191</sup>

Ако су такве конструкције искључене, плуралитет радњи води ка плуралитету кривичних дела (реалном стицају).

### 3.2. Фактори дистинкције

Конфигурација реалног стицаја се најједноставније може одредити као плуралитет радњи, међусобно независних, које истовремено повређују више законских норми. Специфичности описане конструкције највише долазе до изражаја код манифестација реалног стицаја које се третирају као својеврсно јединство радње (типично или правно), при чему у том случају, разлику од привидног идеалног стицаја треба тражити у домену њихове материјалне димензије, односно суштинских компонената оличених у постојању одговарајућих релација између норми у конфликту, својствених овом институту. То упућује на закључак да се не можемо ослонити само на формалистичке аспекте, односно јединство и плуралитет радње, нарочито ако се има у виду екстензивност границе између поменута два концепта, која нам је и задала највише тешкоћа у прецизирању домашаја института. Ако се томе дода и околност да се поједини случајеви негације реалног стицаја у компаративној доктрини подвргавају третману идеалног стицаја, јасно је због чега проблему морамо приступити са мултидимензионалног аспекта.

Иако се на први поглед чини да успостављање границе са реалним стицајем не прузрокује веће проблеме, ипак, у поступку квалификације привидног стицаја закона, постоје извесне специфичности у испољавању наведених релација.

Наиме, можемо се сложити са тврдњом да је тешко поставити јасне границе у оквирима целокупне стицајне нормативе, где долази до преплитања правних фигура. То се првенствено доводи у везу са случајевима реалног стицаја који су решени применом конструкција типичног јединства радње, што указује да неће бити довољно само да се констатује просто јединство или плуралитет радње да би се утврдило да ли ће доћи до примене једног или више кривичних дела.<sup>192</sup>

Ако пођемо од најједноставније премисе да код реалног стицаја постоји више самосталних, независних радњи, које крше више кривичноправних норми, у идеалном систему би се на таквој констатацији и завршила проблематика дистинкције од привидног идеалног стицаја, будући да се не поклапају у две кључне тачке – број радњи и број реализованих кривичних дела. Међутим, проблем представљају управо случајеви негације реалног стицаја по основу постојања својеврсног јединства дела (типично јединство). Они се од привидног идеалног стицаја разликују по томе што не садрже његову суштинску, материјалну компоненту, оличену у постојању одговарајућих релација између законских норми. При томе је јасно да се не можемо ослонити на критеријум јединства радње, имајући у виду доста екстензивно постављене границе у односу на плуралитет истих, које воде ка констатацији својеврсног јединства понашања.

<sup>191</sup> То је случај са Немачком, која конструкцију продуженог кривичног дела подвргава третману идеалног стицаја, конструисаног на основама јединства дела. С друге стране, то се уопште не доводи у питање у законодавствима која, попут нашег, изричито регулишу овај концепт, на бази особеног облика јединства дела.

<sup>192</sup> J. Cuello Contreras (2009), 701 – 702. Доказ за то је управо околност да се у појединим законодавствима, манифестације накнадног некажњивог дела подвргавају третману идеалног стицаја.

Однос са привидним реалним стицајем се манифестује у домену феноменолошких облика који подразумевају плуралитет радње – претходна и накнадна некажњива дела, где је констатација привидног идеалног стицаја условљена јединством дела и постојањем специфичних релација између конкурентних инкриминација, што се доводи у везу са већ дефинисаним критеријумима дистинкције, попут обухватања невредности дела или јединства штићеног правног добра. С друге стране, иако би се хипотетички могло говорити о манифестацијама поменутих конструкција као особених облика негације реалног стицаја (привидног реалног стицаја), таква категоризација би имала смисла једино у случају предвиђања диференцираног третмана наведене две правне фигуре.<sup>193</sup> *Мишљења смо да поменути облици улазе у домен конструкције привидног идеалног стицаја, односно привидног стицаја закона, уколико су испуњени већ поменути услови који се односе на јединство дела, као и фундаменталне претпоставке института привидног стицаја закона, односно специфични услови предвиђени за констатацију релација консумпције или супсидијаритета у наведеним случајевима. У супротном, радиће се о реалном стицају.*

Већ смо приликом разматрања формалистичких услова постојања јединства радње, напоменули да су они уско повезани са суштинским категоријама као факторима диференцијације привидног идеалног стицаја од сродних концепата. Тако, на пример, код накнадног сукажњивог дела, квалификација у прилог привидном стицају закона, поред поменутог формалистичког елемента (јединства радње у ширем смислу), који се без обзира на различита тумачења, ипак може сматрати испуњеним, захтева додатно покриће у виду специфичних принципа који отварају пут привидном стицају закона. Они се, по нашем мишљењу, првенствено манифестују се у неколико предуслова: 1) идентитет штићеног добра<sup>194</sup>; 2) неопходност да није дошло до проширења радње у квалитативном смислу; 3) критеријум обухватања невредности дела, који се индивидуализује првенствено у способности главног дела да оствари превентивно – генералне циљеве привидног<sup>195</sup> и др.

У односу на манифестације које подразумевају својеврсни плуралитет радњи у природном смислу, у домену њихове припадности теорији (привидног) стицаја закона, у доктрини се прецизирају услови које оне морају испуњавати. Тако, у вези накнадног некажњивог дела, Роксин указује на три таква предуслова: 1) истоветност правног добра; 2) накнадно дело не сме да проузрокује нову штету; 3) истоветност пасивног субјекта (не сме се нанети штета другом лицу).<sup>196</sup>

Дакле, у случају испуњења предвиђених услова, који такође морају бити у складу са већ дефинисаним поставкама института, сматра се да су и код ових феноменолошких манифестација испуњене претпоставке привидног идеалног стицаја. Наведене специфичне услове треба сматрати особеним критеријумима диференцијације, у односу на реални стицај.

Са аспекта наведених специфичних конструкција и њихове квалификације у склопу института привидног стицаја закона, имајући у виду постављене услове, у циљу заокруживања проблематике њиховог односа са реалним стицајем, можемо се сложити са тврдњом да се основни разграничавајући фактор састоји у томе да су за разлику од

---

<sup>193</sup> Ради се о могућности њиховог подвргавања третману идеалног стицаја, што опет упућује на јединство дела.

<sup>194</sup> Вид. J. P. Matus Aсуña (2000a), 314. Ради се о критеријуму који је првенствено коришћен за оправдање квалификације привидног стицаја закона у случајевима када, према владајућем гледишту, није постојало јединство дела.

Такође, вид. J. U. Hernández Plasencia, 118. Са овим критеријумом се доводе у везу и случајеви претходних сукажњивих дела, а нарочито однос између деликата опасности и деликата повреде. У таквим околностима, овај критеријум се појављује као одлучујући приликом оцене да ли се ради о идеалном стицају, или пак о привидном стицају закона.

<sup>195</sup> Вид. *supra*, 255 – 260.

<sup>196</sup> C. Roxin (2014), 1014.

привидног стицаја закона (у ширем смислу), код реалног стицаја, све радње фактички и нормативно независне.<sup>197</sup>

Имајући у виду и поменуте надовезујуће факторе, може се закључити да непостојање конструкција типичног, природног и правног јединства, условљава плуралитет радње у стриктном смислу, а самим тим и квалификацију реалног стицаја, док искључење плуралитета радње у стриктном смислу и концепта неаутентичног реалног стицаја, омогућава закључак о јединству радње (схваћене у ширем смислу), односно јединству понашања, које омогућава прелазак на следећу фазу – процес диференцијације од идеалног стицаја.

#### **4. Привидни идеални и идеални стицај (друга фаза квалификације)**

##### **4.1. Општи аспекти дистинкције између идеалног и привидног (идеалног) стицаја закона**

Приликом разматрања методолошких аспеката поступка квалификације привидног идеалног стицаја, указали смо на најрелевантније дистинктивне факторе, који се превасходно тумаче на плану релација идеални стицај – привидни идеални стицај. Ово је најзначајнија, али уједно и најкомплекснија проблематика у теорији привидног идеалног стицаја, која прожима све аспекте института и јавља се као предуслов његовог адекватног позиционирања у систему кривичног права. Међутим, иако је у чисто теоријском смислу њихово разграничење мање – више јасно одредиво, и поред високог степена општости примењивих дистинктивних критеријума, проблем настаје у тренутку њихове примене у пракси, када се услед различитих ситуационих фактора таква граница у потпуности релативизује. То је, између осталог, последица конкретног приступа у детерминацији института привидног идеалног стицаја, односно начина тумачења и сагледавања свих појединачних околности конкретног случаја, али и правне природе фактора дистинкције који се истичу у теорији. Наиме, анализом релевантних теоријских концепција, уочава се да су они углавном формалистичке, дескриптивне природе, због чега у методолошком поступку апсолутни примат имају аксиолошки критеријуми општег карактера.

Однос између наведена два правна концепта, био је предмет полемике још од првобитних фаза развоја теорије стицаја закона у немачкој доктрини, где се чак појављује у функцији почетног параметра детерминације института. У том смислу, релевантна је Меркелова констатација, према којој се од идеалног стицаја деликата разликују случајеви када је реч о простом стицају закона, односно конфигурацији једног јединог дела<sup>198</sup>, што треба тумачити као полазну тачку у успостављању демаркационе линије између наведених правних концепата.

Правни статус наведеног питања, тачније релационих односа између идеалног и привидног идеалног стицаја, у савременој доктрини, добио је карактер фундаменталног

---

<sup>197</sup> Tribunal Superior de Justicia (TSJ), Sala Penal, Sentencia n° 152, 10.06.2010. <http://www.profprocesalpenal.com.ar/archivos/9015546d-152-Cuevas-Germ-n-concurso-y-abuso-sexual.pdf>, 5. фебруар 2022, 2.

У том смислу, указује се да код привидног стицаја закона, такве појединачне радње губе правну независност у контексту релација између казних типова, при чему један од њих замењује други и детерминише деликтно јединство, које се састоји од плуралитета у њему садржаних дела. Вид. R. G. López Camelo, 362.

<sup>198</sup> M. A. Arce Aggeo, 159. У том смислу се истиче да је реч о простом стицају више закона, од којих сваки обухвата и регулише конкретно дело, али то чини на један просто алтернативан начин, тако да се не могу применити истовремено сви релевантни правни концепти.



проблема у поступку квалификације, чија се суштина огледа у давању одговора на питање да ли ће се применити само једна од конкурентних норми (привидни идеални стицај) или пак све оне које су у формалном смислу реализоване (идеални стицај).<sup>199</sup> На тај начин се у условима јединства радње, у први план ставља дистинкција између наведених правних концепата.

Међутим, ово питање, иако представља срж поступка квалификације привидног идеалног стицаја, истовремено означава и тачку спотицања на самом почетку његове детерминације. То се рефлектује већ и у домену терминологије, па се употреба термина стицај у означавању ове правне фигуре сматра неоправданим задирањем у област аутентичног идеалног стицаја, чиме се доводи у питање његова усаглашеност са претпостављеним ефектима јединства, односно уважавања само једне правне норме у оцени кривице и казне.<sup>200</sup>

Имајући у виду изостанак реакције законодавца у овој области, у домаћој доктрини се и поред истицања њихове непрецизности и малог домашаја, упућује на уобичајено примењиве критеријуме у овој области, уз давање примата решењу привидног идеалног стицаја у случају када се конфликт не може помоћу њих разрешити.<sup>201</sup> Према томе, може се закључити да проблематику дистинкције између привидног и аутентичног стицаја, одликује непостојање адекватних детерминишућих фактора, али и околност да се веома мали број теоретичара бавио овим питањем и изричито изјашњавао о давању предности једном или другом институту. Такво опредељење је, између осталог, од значаја и због савремених тенденција у компаративном законодавству, које иду у супротном правцу, односно наговештавају примат идеалног стицаја, што се манифестује превасходно у виду тзв. разјашњавајуће функције идеалног стицаја. Међутим, чињеница је да се примена ове хипотезе, нужно мора посматрати у контексту позитивноправног решења идеалног стицаја, чиме се донекле релативизује ово наизглед екстремно решење.

Поред разјашњавајуће функције идеалног стицаја, у немачкој доктрини се указује на још једну тенденцију која доводи до проширења опсега примене идеалног на рачун привидног стицаја, а полази од претпоставке о његовој примени увек када се може замислити могућност остваривања једног кривичног дела без симултане реализације другог.<sup>202</sup> Јасно је да се тиме у потпуности обезвредњују сви покушаји формулисања било каквих суштинских критеријума разграничења два института, што се не може прихватити, нити би се могло уклопити у наша доктринарна и законодавна решења.

На релативност поступка дистинкције, указује и велики утицај судске праксе у овај области, што се управо десило у Немачкој, где је ослањање на премисе разјашњавајуће функције идеалног стицаја, довело до уважавања ефеката привидног дела до те мере да су у практичном смислу у потпуности неутрализоване било какве разлике у казни.<sup>203</sup>

Још једна значајна дистинктивна тврдња дескриптивног карактера, заснива се на констатацији да се код стицаја закона, говори о релацијама унутар самих казних типова, док се код идеалног (или реалног) стицаја, ради о везама између више казних типова и једне или више радњи.<sup>204</sup> Уочава се да се у наведеном случају, као основна дистинктивна категорија издваја пре свега врста релација која се сматра релевантном у једном и у другом случају. Тако, на пример, код стицаја закона нећемо имати присутан однос између предузете радње (једне или више) и више различитих казних типова, већ се ради о простим међусобним односима више законских инкриминација.

<sup>199</sup> G. O. Madrid, 108.

<sup>200</sup> R. Maurach, K. H. Gössel, H. Zipf (1978), 313.

<sup>201</sup> З. Стојановић (2009), 9.

<sup>202</sup> H. Welzel, 166. Аутор указује да је реч о неоправданом проширењу домашаја идеалног стицаја.

<sup>203</sup> H. H. Jescheck, T. Weigend (1996), 732.

<sup>204</sup> M. A. Arce Aggeo, 159.

Осим тога, у теорији се наглашава и да је управљеност конкурентних казних норми ка заштити истих или пак различитих друштвених вредности, основ постојања једне или више квалификација, а самим тим и једне или више декларација кривице.<sup>205</sup> Међутим, овакви генерализовани дистинктивни параметри, иако теоријски јасно конципирани, у пракси бивају замагљени бројним ситуационим околностима и особеностима релационих односа између искуствених концепата. Стога, са правом се може поставити питање могућности било какве прелиминарне детерминације разграничавајућих параметара, због чега се исход таквог поступка манифестује једино путем навођења мање – више прецизних смерница којима се у примени казних норми треба руководити. Тиме се тежиште помера на интерпретацију, односно тумачење релевантних правних концепата и њиховог међусобног односа на конкретном плану.

У том смислу, у домаћој доктрини се указује да се проблем утврђивања постојања правог или привидног стицаја решава „од случаја до случаја“, водећи се теоријским и законодавним смерницама.<sup>206</sup> Такође, и немачки теоретичари истичу да се проблематика двоструког вредновања појављује у најразличитијим контекстима.<sup>207</sup>

Централну фазу поступка квалификације (привидног) стицаја закона, односно привидног идеалног стицаја, представља управо разграничење од идеалног стицаја, које и задаје највише проблема у пракси. Осим тога, за разлику од већ поменуте, исто тако комплексне проблематике разграничења од привидног реалног стицаја, која нема већег практичног значаја, осим у домену евентуалног деловања у виду отежавајуће околности, однос са идеалним стицајем захтева прецизирање њихових фактора разилажења.

У том смислу, можемо поћи од једног функционалног одређења идеалног стицаја које на најбољи начин приказује значај поступка квалификације, односно наглашава његов исход, а оличено је у констатацији да ће постојати идеални стицај, односно симултана примена два или више казних типова, онда када противправност тог дела превазилази опсег сваке појединачне инкриминације чија примена долази у обзир.<sup>208</sup>

Већ смо приликом разматрања института идеалног стицаја указали на значај диференцирања различитих теоријских концепција о његовој правној природи и практичним аспектима одређења за једну од њих на рачун друге. У домену дистинкције од привидног идеалног стицаја, посебан значај има разликовање монистичких и плуралистичких концепција о идеалном стицају, будући да први подразумева његово свођење на стицај закона, односно хипотезу о постојању само једног кривичног дела, без обзира на плуралитет повређених законских норми, што представља реалистички приступ.<sup>209</sup> То би у практичном смислу значило да је већ на почетном материјалном нивоу, изгубљена могућност чак и концептуалног разграничења између ове две правне фигуре.

На обресе монистичког приступа, наилазимо и у појединим гледиштима у немачкој доктрини. Према једном од таквих схватања, које се може окарактерисати као мањинско,

---

<sup>205</sup> С. Marie, 57.

<sup>206</sup> Б. Фрањо *et al.*, 217 – 218. Ово правило делује под окриљем три групе случајева, који укључују – утемељеност привидног стицаја на апстрактним односима између законских описа, конкретну оцену догађаја, или пак облике специфичног јединства (законског или правног). Тако и З. Стојановић (2009), 20.

<sup>207</sup> Ради се о схватању немачког теоретичара Хетингера (*Hettinger*). Вид. С. Fahl, 240.

<sup>208</sup> А. R. Alberto Chacon, S. G. Cisco Barraza, F. S. Hernandez Rosales, 49.

<sup>209</sup> Ф. Бачић (1995), 316 – 317. Суштину овог реалистичког приступа, који се супротставља нормативистичкој идеји о социјалном смислу кривичноправних норми, чини хипотеза да једна радња нужно подразумева само једно дело. Вид. и *Periodico Oficial* 86/2017, Organo del Gobierno Constitucional del Estado independiente, libre y soberano de Coahuila de Zaragoza, Saltillo, Coahuila 2017, 998.

сматра се да стицај закона представља облик идеалног стицаја, те да се испољава у две варијанте – вишеструко кршење истог или пак различитог закона.<sup>210</sup>

Међутим, ову категоризацију, више него са суштинског аспекта, треба посматрати у светлу криминално–политичких тенденција, баш као и различите системе одмеравања казне за идеални стицај, који исто тако директно утичу на практичне аспекте његове диференцијације како од реалног, тако и од привидног идеалног стицаја.

Ако се идеални стицај схвати у складу са реалистичком концепцијом, то би релативизовало било какав поступак дистинкције у односу на привидни идеални стицај. Ипак у савременом кривичном праву, што се односи и на домаћу доктрину и позитивноправна и историјскоправна законодавна решења, преовлађује супротно гледиште, односно идеални стицај се у складу са плуралистичком теоријом, сматра аутентичним стицајем. То проистиче и из правила одмеравања казне за дела у стицају, где се не прави разлика ни у односу на реални стицај.

Под таквим условима, односно у светлу таквих теоријских и законодавних концепција, разматрање дистинкције између привидног и аутентичног стицаја се своди на тврдње о постојању само једног кривичног дела у првом случају, наспрам другог где долази до примене посебних регулаторних одредби о одмеравању казне.<sup>211</sup> Међутим, са правом се истиче да чак ни поимање идеалног стицаја као аутентичног плуралитета кривичног дела, што је и иначе владајуће гледиште у савременој доктрини, не разрешава проблематику његовог практичног разграничења од института привидног идеалног стицаја.<sup>212</sup>

На релативност овакве дистинкције, упућују и поједине савремене тенденције, управљене ка специфичном приступу наведеном проблему. Типичан пример за то је начин на који немачка ауторка Пупе схвата домашај стицаја закона, односно саму концепцију стицајних фигура. Тако, по њеном схватању, постоји (привидни) стицај закона само уколико између конкретних правних диспозиција постоји релација специјалитета, и то у њеном логичком или стриктном смислу, а уколико то није случај, сматра се да постоји идеални стицај.<sup>213</sup> На сличне примере смо указали и приликом разматрања других монистичких модела принципа индивидуализације.<sup>214</sup> Међутим, иако се не може рећи да су допринели прецизирању проблематике односа између спорних категорија, поменути модели ипак имплицирају значај проблема и могућност различитих приступа његовом решавању.

Стога, може се закључити да је питање разграничења привидног идеалног и идеалног стицаја, а нарочито доктринарних критеријума путем који се поступак квалификације усмерава у једном или другом правцу, релативног карактера и зависи од прихваћене концепције разматрања института. Поједини критеријуми дистинкције могу бити условљени и самим феноменолошким облицима привидног идеалног стицаја, па у том случају можемо говорити и о њиховој спецификацији. Тако, на пример, обухватање невредности дела, као и принцип безначајности се углавном доводи у везу са консумпцијом,

---

<sup>210</sup> E. J. Lampe, *Rechtsanthropologie, Eine Strukturanalyse des Menschen im Recht*, Duncker & Humblot, Berlin 1970, 52.

<sup>211</sup> Љ. Лазаревић, Н. Срзентић, А. Стајић, 170 – 171. У домаћој доктрини се паралелно са истицањем дистинкције између привидног и аутентичног стицаја, указује и на посебне случајеве јединства радње извршења, које под заједничким именом „привидни реални стицај“, обухватају конструкције сложеног, колективног и продуженог кривичног дела.

<sup>212</sup> Вид. М. Цетинић, „*мр Ђорђе Лазин: Привидни идеални стицај кривичних дела*, Београд, Привредна штампа, 1982, стр. 156“, *Анали Правног факултета у Београду* 5/1983, 990. Аутор у том смислу полази од закључка до којег је дошао Лазин разматрајући услове постојања привидног идеалног стицаја у својој монографији на наведену тему.

<sup>213</sup> J. P. Matus Асуња (2001), 370. Међутим, оваква концепција је била предмет критике, нарочито са аспекта околности да не доприноси много успостављању дистинкције између поменутих категорија.

<sup>214</sup> Вид. поглавље Теорије домашаја привидног идеалног стицаја, *supra*, 231 – 233.

док се забрана двоструке санкције примарно односи на специјалитет и супсидијаритет, мада таква категоризација није стриктног карактера.

Може се закључити да је формалистички аспект дистинкције између наведене две правне фигуре, условљен пре свега садржајем материјалне димензије једног и другог концепта, онда када су испуњени предуслови, оличени у постојању одговарајућег јединства предузетог понашања у оба случаја. Стога је први корак и основни предуслов у успостављању такве дистинкције дефинисање фундаменталних поставки једног и другог института, који се материјализују управо у правилима њихове примене у кривичном праву, у складу са одређеном функцијом. Утврђивање прелиминарних критеријума, попут забране двоструког вредновања или обухватања невредности дела, представља основ за даље тумачење њиховог међусобног односа, на који се надовезују и постојеће релације између инкриминација у сукобу. Некада ће наведени општи критеријуми, који се изводе директно из поставки привидног стицаја закона бити довољни да у једном поступку интерпретације, вођеном успостављеним правилима, јасно одреде линију разграничења. Међутим, то неће увек бити случај, због чега се у одређеним практичним ситуацијама јавила потреба за дефинисањем додатних прецизирајућих параметара, који заправо, имајући у виду исход њихове примене, иду у правцу лимитирања привидног стицаја закона на рачун идеалног. Док се таква правилност уочава у немачкој доктрини<sup>215</sup>, у нашој теорији се пак иде у супротном правцу. Тако, Стојановић сматра да би у случају сумње ипак требало дати примат привидном идеалном стицају.<sup>216</sup> Оваква дискрепанција се заправо може правдати другачијим законодавним решењима у виду пенолошких ефеката идеалног стицаја.

У сваком случају, важна карактеристика везана за опште поставке дистинкције, манифестује се у његовој утемељености на поступку интерпретације<sup>217</sup>, што је још један доказ у прилог стицајно – интерпретативном карактеру института, који захтева његово разматрање управо у склопу теорије стицаја.

При дистинкцији од идеалног стицаја, поред већ поменутих општих, издвајају се и особени критеријуми, креирани управо за разјашњење односа између наведене две правне фигуре. У ту групу можемо сврстати концепт разјашњавајуће функције идеалног стицаја, настао у немачкој теорији, односно њему аналогне теорије „*Cabo suelto*“, као продукта шпанске доктрине. Управо су ове концепције условиле знатно ограничење опсега примене привидног стицаја закона.

Важно је напоменути да је у овом процесу релевантна употреба свих претходно наведених критеријума диференцијације, чија је примена условљена околношћу конкретних феноменолошких облика испољавања односа између законских инкриминација.

## 4.2. Фактори дистинкције

Сваки поступак квалификације који подразумева конфликт између идеалног и привидног идеалног стицаја, условљен је препознавањем фактора, односно особина њиховог међусобног односа, релевантних за доношење одлуке о његовом исходу. Они се могу класификовати на подударне и елементе разилажења, при чему је управо симултано постојање обе групе елемената оно што детерминише специфичност односа између наведена два института.

<sup>215</sup> Тако Велцел указује да актуелна теорија стриктно лимитира стицај закона у његовој форми и проширује опсег идеалног стицаја. Вид. Н. Welzel, 228.

<sup>216</sup> Вид. З. Стојановић (2009), 9.

<sup>217</sup> С. А. Paredes Vargas, 57.

На првом месту, у оба случаја се препознаје концепт јединства радње која се може подвести под више правних категорија посебног дела кривичног права.<sup>218</sup>

Поређење правних фигура идеалног и привидног идеалног стицаја, може се вршити са више различитих аспеката. Пре свега, како би се пошло од хипотезе идеалног стицаја, поред утврђивања јединства дела, требало би да се и констатује плуралитет казних типова који се налазе у стицају, што је условљено и дефинисањем врсте релација између одговарајућих законских инкриминација, а у случају идеалног стицаја, то подразумева неутралност.<sup>219</sup>

Као најопштији дистинктивни фактори између наведене две правне фигуре, издвајају се превасходно они дескриптивног карактера, који квалификацију привидног или аутентичног стицаја, доводе у везу са претпоставком могућности примене само једне или више законских норми на истоветно понашање или пак међусобног искључења<sup>220</sup>, што се своди на њихову (не)компатибилност, односно постојање конфликта између њих у домену претензија за регулисањем истог дела.<sup>221</sup>

Врсте логичких релација између норми, као основ дистинкције између два института, били су предмет и других сличних разматрања, о чему смо посебно говорили, а оне се такође доводе у везу и са одговарајућим принципима решења. Оно што је на овом месту битно напоменути, то је релевантност концепта релација између норми, препознатих од стране доктрине, за сам поступак квалификације који се креће у распону између идеалног и привидног идеалног стицаја, чинећи га елементом теорије диференцијације, односно значајним сегментом у опсегу примене поменутих правних фигура.

Према Келеру, који се у свом раду бавио диференцијацијом између наведене две правне фигуре, заједничка тачка за два института се огледа у томе да један исход може да се подведе под више правних концепата деликта, где се идеални стицај и привидни идеални стицај поклапају по основу утемељености на само једној радњи.<sup>222</sup>

У литератури се такође наводе одређени фактори који условљавају тешкоће у разграничењу: 1) јединство дела, које карактерише како привидни идеални, тако и идеални стицај; 2) постојање плуралитета законских норми које су условно примењиве на конкретни случај и између којих постоји извесна борба за присвајањем дела, што се испољава онда када те правне фигуре поседују заједничку радњу, заједнички резултат, штићено правно добро, пасивни субјект, као и одређене заједничке релевантне околности; 3) постојање логичких и вредносних разлога за искључење неких казних типова, у корист само једног од њих.<sup>223</sup> Из тога произлази да највећи значај у поступку квалификације имају управо критеријуми за утврђивање која ће од две фигуре у конкретном случају преузети примат, у чему кључну улогу имају поменути критеријуми диференцијације.

<sup>218</sup> Б. Златарић, 155.

<sup>219</sup> М. А. Arce Aggeo, 160.

<sup>220</sup> I. Pussini, „Il principio di specialità nel concorso di norme e nel rapporto tra artt. 316bis e 640bis C.P.“, *Ius/17 - Diritto Penale* 10/2019, 4. Овај критеријум се одређује као јединство или плуралитет забрањености. Вид. А. Gianfelice, 54.

То је схватање које се заступа и у руској литератури. Вид. Ж. С. Дмитриева, В. М. Чупров, „Конкуренция правовых норм: на примере норм уголовного права“, *Теория государства и права* 3/2017, 15; Е. В. Круглова, 157 – 158; Вид. и G. O. Madrid, 108; А. J. Sanz Morán, 7; F. R. Delgado, „El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga. Un problema concursal de la ley 20.000“, *Política criminal* Vol. 4 8/2009, 421.

<sup>221</sup> H. G. Maldonado, „Reglas de aplicación de las normas penales“, *Revista del instituto de la judicatura federal* 30/2010, 174.

<sup>222</sup> J. P. Matus Acuña (2001), 358.

<sup>223</sup> H. Muñoz Norment (1986), 369 – 374. Аутор као пример постојања више заједничких елемената, наводи случај „присвајања туђе покретне ствари, без дозволе власника и са циљем прибављања користи“, из чега проистичу специфични облици крађе (обичне или квалификоване), односно разбојништва (употребом силе или принуде).

Сматрамо да су управо наведена три фактора почетне хипотезе међуодноса између идеалног и привидног идеалног стицаја, од којих се полази у дефинисању правила квалификације и њених елемената.

Први заједнички елемент, оличен у јединству дела, карактеристичног и за једну и за другу правну фигуру, представља најзначајнију функционалну спону између њих, која поступак дистинкције помера на план њихове материјалне димензије, тачније окреће га ка примени скупа законитости утемељених првенствено на аксиолошким принципима. Управо у том домену се констатација плуралитета или јединства деликата везује за оцену да ли постоје услови примене привидног стицаја закона. Ради се о сложеном методолошком поступку, чији критеријуми нису прецизно утврђени и условљени су тумачењем, односно интерпретацијом начина испољавања односа између примењивих инкриминација са аспекта конкретног позитивноправног система. Релативност поменутог процеса, детерминисана је постојањем различитих параметара који морају бити вредновани у сваком конкретном случају, на индивидуалном плану. Стога, не може се говорити о неким унапред прописаним правилима, већ само о смерницама у којима ће се кретати поступак вредновања, где кључну улогу имају принципи индивидуализације као скуп особених параметара преферентности одређених инкриминација у односу на друге, у функцији потврђивања хипотеза идеалног и привидног идеалног стицаја.

У том правцу се крећу и поједине дефиниције идеалног стицаја у теорији. Тако, паралелно са правилом да једна радња може проузроковати плуралитет деликата, када примењиве законске инкриминације остају неутралне, говори се и о његовом изузетку у виду констатације стицаја закона, где долази до искључења њихове симултане примене, односно самих инкриминација као таквих, а не њихових казних ефеката.<sup>224</sup> Ову последњу констатацију би требало довести у везу са околношћу да код идеалног стицаја постоји могућност извесне модификације односа неутралности у виду искључења казне и примене правила апсорпције, што су нека законодавства и искористила. Јасно је да овакво криминално–политичко опредељење директно утиче на дистинкцију између две правне фигуре, а самим тим и на евентуално поклапање правних ефеката.

Насупрот томе, постоје и вредносна компаративна одређења, попут стављања у први план општег критеријума обухватања невредности дела, чије потврђивање условљава привидни идеални стицај и обрнуто.<sup>225</sup> Овакав приступ је од значаја из разлога што у поступку компарације наглашава фундаменталне аспекте института привидног стицаја, односно хипотезу идеалног стицаја поставља у негативном смислу. Тако, фактор обухватања невредности се објашњава и као способност једне законске норме да исцрпи неправду дела, због чега се привидни идеални стицај декларише и као „лажни идеални стицај.“<sup>226</sup> У том контексту би требало тумачити и схватање о плуралитету вредносних оцена, које означава управљеност јединственог акта ка различитим социјалним вредностима обухваћеним конкурентним инкриминацијама.<sup>227</sup>

И поред високог степена општости, овај дистинктивни фактор има апсолутни примат у доктрини, која га ставља у први план чак и у случајевима када због позитивноправних законодавних решења, нема веће разлике у практичним последицама између идеалног и привидног идеалног стицаја у вредносном смислу. Међутим, у овим случајевима се аспект двоструког вредновања помера на план формалне декларације кривице. Тако, у немачкој доктрини се околност да је једном радњом остварено више

<sup>224</sup> E. Beling, 218 – 219. У том смислу, истиче се и да код идеалног стицаја, постоји само једно дело које се подводи под више санкција. Вид. R. G. López Camelo, 362.

<sup>225</sup> L. Rojas Morán, 272. Слично томе, указује се да је код идеалног стицаја неопходно применити све инкриминације, како би се обухватили релевантни аспекти конкретног дела. Вид. A. Dekeuwer, 518.

<sup>226</sup> R. Maurach, K. H. Gössel, H. Zipf (1978), 313.

<sup>227</sup> C. Paulin, *Droit pénal général*, LexisNexis, 2010, 31.

законских описа бића кривичних дела, сматра релевантном због доношења одлуке о томе да ли сва наведена дела треба обухватити њиховим изричитим навођењем у пресуди, или је пак садржај невредности већ у потпуности надокнађен осуђујућом пресудом за само једну од тих инкриминација.<sup>228</sup> Ипак, треба имати у виду да је овај услов у директној спрези са криминално–политичким тенденцијама, које су резултат тренутне казнене политике и варијабилних фактора, односно начина одмеравања казне за дела у стицају.

У светлу поменутог вредносног критеријума, поједини аутори као оријентир у квалификацији одређују и генерални параметар повреде правног интереса заштићеног кривичним делом<sup>229</sup>, који би требало схватити у смислу компарације интензитета негативног деловања учиниоца на истоветноштићено правно добро. На тај начин се синтеза два кључна дистинктивна фактора – својства једне инкриминације да репрезентује већи или подједнак степен повреде истогштићеног правног интереса (добра) и њене подобности да са аспекта примењивости на конкретни случај обухвати целокупну невредност, појављује као централна тачка у конфигурисању релевантних дистинктивних фактора. Најзначајнија карактеристика овог одређења, испољава се у наглашавању конкретног приступа у оцени подобности инкриминације да обухвати невредност забрањеног понашања, чиме се практично релативизује целокупан поступак дистинкције и негира могућност да се изван ситуационих околности предузимања једне радње, осим општих смерница у том правцу, уопште успоставе било какви генерални критеријуми.

То је и разлог зашто су се у теорији искристалисали својеврсни неаутентични, односно резервни и помоћни критеријуми, за које се може рећи да су криминално–политичког карактера и представљају нужну последицу тренутног стања у овој области, односно позитивноправних решења у домену кривичноправног третмана идеалног и реалног стицаја. Они се крећу између две крајности, у зависности од тога да ли фаворизују решење идеалног или привидног идеалног стицаја. Ради се превасходно о већ поменутом критеријуму разјашњавајуће функције идеалног стицаја, односно опонентног принципа, карактеристичног за домаћу доктрину, који у случају сумње даје предност привидном идеалном стицају.

Осим тога, сматрамо да у ову групу фактора, треба сврстати и једно од гледишта које искључење идеалног на рачун привидног идеалног стицаја, доводи у везу са несразмерним ефектима супротног решења, оличеним у кршењу забране двоструког вредновања.<sup>230</sup> На такву забрану, манифестовану кроз принцип *ne bis in idem*, упућују и диференцијални критеријуми утемељени на наглашавању есенцијалне или онтолошке разлике у виду подобности санкције за само једно дело да задовољи услов обухватања противправности.<sup>231</sup>

Међутим, њихово потенцирање од стране појединих теоретичара, може довести до негативне тенденције појачаног ослањања у поступку квалификације на ове критеријуме, без упуштања у исцрпнију оцену других релевантних параметара суштинског карактера, што се не би смело дозволити.

---

<sup>228</sup> В. Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Kohlhammer, Stuttgart 2014, 639.

На ову правилност се указује и у француској доктрини, где се као кључна карактеристика привидног идеалног стицаја, наглашава аспект постојања више декларација кривице, праћених једном јединственом главном казном. Вид. А. Dekeuwer, 531.

<sup>229</sup> J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 329.

<sup>230</sup> E. Gimbernat Ordeig, „Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relacion parricidio – asesinato)“, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 2/1990, 433.

<sup>231</sup> A. J. Sanz Morán, 17.

Још једна од таквих дефиниција подразумева и истицање да је постојање идеалног стицаја условљено изостанком модалитета стицаја закона<sup>232</sup>, чиме се наглашава управо улога поступка квалификације и примене критеријума дистинкције између две правне фигуре.

Од значаја је поменути и деловање критеријума *ne bis in idem*, схваћеног у материјалном смислу, иако његов значај у светлу забране двоструког вредновања, такође треба тумачити сходно позитивноправним регулацијама идеалног стицаја.

Такође, у судској пракси се као релевантан критеријум наводи и околност да су две инкриминације међусобно повезане и представљају природну целину.<sup>233</sup>

Као што се може закључити, тешкоће у утврђивању постојања првог формалистичког елемента оличеног у конструкцији јединства радње (дела), праћене су истовремено и тешкоћама на плану детерминације предуслова констатације идеалног стицаја, као плуралитета кривичних дела, што наглашава утицај и значај правне фигуре привидног идеалног стицаја, без чијег уважавања се уопште не може замислити примена норми посебног дела кривичног права, односно утврђивања релевантних пенолошких ефеката.

Срж наведеног поступка чини препознавање и адекватно дефинисање суштинских параметара који обезбеђују успостављање граница између идеалног и привидног идеалног стицаја, на чијој основи се и формулишу појединачни принципи решавања конфликта између законских норми.

У односу између идеалног и привидног идеалног стицаја, могу се издвојити два основна степена дистинкције, у зависности од области испољавања: 1) диференцирање у домену правних последица – подразумева да за разлику од идеалног, код привидног идеалног стицаја, постоји само једна казна; 2) диференцијација у домену повреде правног добра.<sup>234</sup>

У првом случају, ради се о аспектима практичног домашаја поменуте дистинкције, који су релативног карактера, док је друга диференцијација везана за сам методолошки поступак квалификације, који укључује критеријум јединства повређеног правног добра и подразумева да је дело или понашање унитарно у својој природној суштини.<sup>235</sup>

И поред њиховог ограниченог домашаја, разлике у домену правних последица између идеалног и привидног идеалног стицаја, условиле су и извесне дискрепанције у постављању општих дистинктивних фактора између наведених правних концепата.

### 4.3. Методолошки поступак

Имајући у виду претходно изнете карактеристике и факторе диференцијације између идеалног и привидног идеалног стицаја, може се указати на извесне специфичности самог методолошког поступка који је управљен ка том циљу. Пре свега, у овој области највише долази до изражаја оперативност, али и релативност изнетих критеријума дистинкције у утврђивању да ли је једна од више примењивих законских норми довољна да покрије не вредност предузетог понашања.

Иначе, сам методолошки поступак квалификације привидног идеалног стицаја, условљен је постојањем два могућа приступа у утврђивању да ли у условима предузимања једне радње извршења, предузето понашање заслужује унитарно вредновање, засновано на

<sup>232</sup> J. Cuello Contreras (2009), 688.

<sup>233</sup> Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 По1 32/13 од 04.06.2014. године.

<sup>234</sup> A. R. Alberto Chacon, S. G. Cisco Barraza, F. S. Hernandez Rosales, 35.

<sup>235</sup> A. J. Sanz Morán, 17.



ексклузивној примени само једног правног концепта, у складу са постављеним специфичним критеријумима, или пак вредновање свих формално реализованих инкриминација. Овај сегмент, карактеристичан за целокупни методолошки поступак констатације привидног идеалног стицаја, највише долази до изражаја у домену његових релација са идеалним стицајем, а манифестује се у виду *in abstracto* или *in concreto* приступа. Критеријум ове категоризације, заснива се на околности да ли се закључак о примени само једне законске норме доноси са аспекта компарације законских описа бића појединачних инкриминација, између којих постоје специфичне релације, или је пак до такве констатације могуће доћи једино анализом специфичности испољавања конкретне чињеничне ситуације.<sup>236</sup>

Могућност апстрактног приступа је најбољи показатељ прожимања различитих фаза квалификације и немогућности њиховог стриктног раздвајања, што проистиче из околности да се већ на апстрактном нивоу могу уочити релевантни релациони односи између конкурентних правних концепата који упућују на преферентност једног од њих, а самим тим и на негацију стицаја. Међутим, то неће увек бити тако очигледно и лако утврдиво, првенствено из разлога што постоји велики број могућих комбинација релационих односа између законских норми, где се могу испољити фактори у прилог идеалном и привидном идеалном стицају.

Иако је тачно да привидни идеални стицај поседује извесну логичку утемељеност која омогућава да се већ на нивоу законских описа бића кривичних дела, констатује ексклузивитет једне инкриминације у односу на другу, комплексност овог поступка се огледа управо у оној његовој димензији утемељеној на специфичности конкретне чињеничне ситуације у предузимању забрањеног понашања. У сваком случају, методолошки поступак ће се кретати од најлакше утврдивих, ка критеријумима који захтевају додатну анализу и тумачење.

Из оваквог приступа, произлази да се као најзначајније методолошко средство у поступку квалификације појављује тумачење релевантних чињеничних манифестација, што је логична последица изостанка законске регулативе.

Јасно је да ће се најпре приступити утврђивању да ли постоје околности примене неких од изричитих законских клаузула (*клаузула супсидијаритета*). Уколико то није случај, наставак квалификације подразумева примену једног од основних критеријума диференцијације, који подразумева утврђивање и поређење правних добара заштићених појединачним инкриминацијама у конфликту. У складу са општим поставкама правила идентитеташтићеног правног добра, констатација њиховог неидентитета говори у прилог идеалном стицају, и обрнуто.<sup>237</sup> Место овог критеријума у методолошком поступку квалификације и истицање у први план, указује на његов велики значај за процес индивидуализације привидног идеалног стицаја. Међутим, као што смо већ напоменули, неће увек бити једноставно констатовати релацију (не)идентитета правних добара која се штите конкретним законским нормама, будући да то подразумева комплексан поступак њиховог препознавања и поређења, што зависи од самог поступка интерпретације, односно тумачења начина испољавања конкретног понашања у одговарајућем контексту.

---

<sup>236</sup> Б. Златарић, 169 – 171. Разматрајући практични значај конкретног приступа, аутор указује да се он огледа у могућности негације стицаја, чак и уколико исти са аспекта апстрактне оцене не би био искључен.

Тако и М. Б. Ракић, 48 – 49. Слично томе, указује се да је могуће да се два кривична дела не искључују у апстрактном смислу, али уколико се посматрају симултано, са аспекта међуодноса, долази се до закључка да је једно од њих садржано у другом.

<sup>237</sup> J. D. J. Restrepo, 10 – 11. Међутим, за овај критеријум се напомиње да је ипак само генералног карактера, те да је тешко примењив при разграничењу у конкретним случајевима. Наиме, тај задатак се пребацује на терен техничке релације између казних типова, од чега ће зависити да ли конкурентни правни концепти поседују независност, или се пак конфигурише примат једног од њих на рачун другог. Те типичне релације се проналазе у принципима које је развила доктрина.

Сложеност поменутог поступка, долази до изражаја код деликата апстрактне и конкретне опасности, где начин на који се манифестовала повреда индивидуалних, односно колективних правних добара, директно условљава опредељење за решење идеалног или пак привидног идеалног стицаја.

Идентитет штићеног правног добра, допуњује се осталим критеријумима разграничења, превасходно правилом (забраном) *ne bis in idem*, које се појављује као најрепрезентативнији дистинктивни фактор, мада се и у овом домену јављају различита тумачења услова постојања *bis in idem*, што се најбоље уочава на примеру употребе конструкције разјашњавајуће функције идеалног стицаја. Он се у исто време паралелно разматра и са једним од вредносно најспорнијих принципа, који се дефинише као „бездначајност“ једне законске норме у односу на другу. Јасно је да се у сваком тренутку мора водити рачуна и о поштовању начела законитости.

#### 4.4. Практични домашај дистинкције

Ради разумевања значаја исхода квалификације који се креће између аутентичног стицаја и привидног стицаја закона, потребно је имати у виду у чему се састоји суштина и срж (сврха) таквог поступка дистинкције. Она се састоји управо у различитим последицама на плану одмеравања казне у једном и у другом случају, или би барем по правилу тако требало да буде.

Најзначајнији фактор исхода поступка квалификације јесте управо различитост правних последица у зависности од одабране правне фигуре. Стога, са правом се може рећи да домен правних ефеката представља једну од најкомплекснијих димензија изучавања поступка квалификације, где се најочигледније испољава потреба успостављања равнотеже између привидног и аутентичног стицаја. То је, између осталог, условљено и околношћу великог утицаја криминално–политичких фактора у овој области, што још више наглашава значај адекватног методолошког приступа датом питању.

У светлу такве констатације, оправдано је говорити о два различита плана или нивоа испољавања наведене дистинкције, што подразумева област формалне декларације кривице са једне, односно утврђивања саме казне за предузето забрањено понашање са друге стране.<sup>238</sup> За разлику од формалне декларације кривице, где постоји јасно разграничење између наведених правних категорија, практични ефекти констатације привидног стицаја, могу одударати у зависности од две крајности у разматрању ефеката привидног дела – његовог потпуног одбацивања (искључења) или пак уважавања у одређеној мери.

При утврђивању практичног домашаја дистинкције између идеалног и привидног идеалног стицаја, од значаја је констатација од које смо и пошли у овом раду, сходно интерпретативно–стицајном карактеру института, утемељена на хипотези о почетној ефективној конкуренцији правних концепата, иако се на крају примењује само један од њих.<sup>239</sup> Прихватање таквих стицајних ефеката, директно се одразило и на теоријска схватања о свеукупним правним последицама привидног идеалног стицаја и у том контексту треба схватити прихваћена решења.

Код института привидног стицаја закона, негира се стицај, због чега и формално треба утврдити критеријуме дистинкције који раздвајају ове две фигуре. Ипак, питање квалификације би требало раздвојити од проблематике њихових правних ефеката, где могу

<sup>238</sup> *Droit pénal general, Basé sur le cours du Prof. Sträuli*, AED 2008 – 2009, <https://www.aed-geneve.ch/wp-content/uploads/2014/04/AED-Droit-p%C3%A9nal-g%C3%A9n%C3%A9ral.pdf>, 19. фебруар 2002. године, 55.

<sup>239</sup> A. J. Sanz Morán, 7.

постојати својеврсне дискрепанције. Наиме, успостављени критеријуми по основу којих се у домену квалификације врши дистинкција између две правне фигуре, по правилу би требало са собом да носе и томе одговарајуће практичне последице, што неће увек бити случај.

Диференцијација концепата привидног стицаја закона и привидног идеалног стицаја, манифестује се првенствено у декларацији плуралитета извршених кривичних дела, наспрам квалификације утемељене само на једној од примењивих норми. То је први ниво који омогућава њихову индивидуализацију на основу одговарајуће формалне декларације.

Ипак, најзначајнији аспект овог односа се испољава у правним последицама, односно пенолошким ефектима, што у случају идеалног стицаја подразумева да се законски описи бића кривичних дела вреднују на тоталан и обједињен начин, за разлику од привидног стицаја закона, где долази до примене само једног од њих, и то оног који се најбоље уклапа у концепт обухватања невредности конкретног понашања, манифестујући се у констатацији једног деликта, формулисаног плуралистички.<sup>240</sup>

Међутим, иако на први поглед изгледа да је у формалистичком смислу јасно успостављен однос између две правне фигуре, може се говорити о бројним факторима који ипак чине ту границу не само доста непрецизном, него и у практичном смислу ирелевантном. У том смислу, издвајају се извесна ограничења теорије привидног стицаја закона, на рачун идеалног стицаја, која су карактеристична за немачку доктрину. Она се манифестује првенствено у консолидацији тзв. разјашњавајуће функције идеалног стицаја, која одређене спорне случајеве решава у корист идеалног стицаја, али и у домену броја принципа индивидуализације, где је оличена у негацији алтернативитета као једног од принципа за решавање конфликта.<sup>241</sup>

Управо увођење разјашњавајуће функције идеалног стицаја, може се довести у везу са настојањима да се у условима непостојања стриктне границе између пенолошких ефеката једне и друге правне фигуре, таква дистинкција успостави на нивоу декларације кривице, тако што ће се решење идеалног стицаја прихватити онда када је ради потпунијег сагледавања особености забрањеног понашања, потребно формално истаћи да је дошло до остваривања обележја више инкриминација. Битно је још једном нагласити да је предуслов доктринарних тежњи управљених ка успостављању дистинкције на формалном плану, односно у виду навођења у пресуди да је предузимањем једне радње остварено једно или више кривичних дела, везан за практично идентичне правне последице које произлазе из једне и друге концепције. То је истовремено и разлог зашто се овакав критеријум решавања конфликта не може применити у нашој доктрини, где би такав циљ остао неостварив, с обзиром на ефекте идеалног стицаја.

Полазећи од једне од типичних феноменолошких манифестација где долази у обзир примена разјашњавајуће функције идеалног стицаја – покушаја убиства који је резултирао доношењем повреда жртви, описана формална диференцијација у домену декларације кривице би имала своје оправдање у настојању да се нагласи околност да је учинилац поред покушаја убиства, оштећеном нанео и телесне повреде.

Са тог аспекта, посебно је карактеристичан исход поступка диференцијације у немачкој доктрини. Наиме, теоретичари прихватају да је постојеће законодавно решење идеалног стицаја, практично довело до брисања његове границе са (привидним) стицајем закона, али ипак указују на две кључне разлике, од којих је једна формалистичког карактера и односи се на декларацију кривице у пресуди, док је друга везана за специфичан пенолошки ефекат, оличен у блокирајућем дејству потиснутог закона.<sup>242</sup> Практични домашај такве

<sup>240</sup> R. Carnevali Rodríguez, C. Salazar Zenteno, 8.

<sup>241</sup> J. P. Matus Acuña (1997), 427.

<sup>242</sup> H. H. Jescheck, W. Ruß, G. Willms, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, Walter de Gruyter, 2013, 37; W. Wohlers, „Konkurrenzprobleme bei Geldfälschungsdelikten Zugleich Besprechung von BGE 133 IV 256 sowie

дистинкције се доводи у питање, између осталог и због тенденција у судској пракси, која допушта велики степен утицаја привидног концепта у одређивању коначне санкције за предузето понашање.<sup>243</sup> То се може приписати превасходно апсолутном примату у теорији, резервних фактора диференцијације, попут разјашњавајуће функције идеалног стицаја.

Ипак, треба имати у виду да је привидни идеални стицај превасходно конструкција општег дела кривичног права, те да би параметре дистинкције требало посматрати искључиво у фази саме детерминације одговорности учиниоца, у смислу формалне декларације у погледу броја примењивих диспозиција на предузето понашање. Евентуално поклапање казнених ефеката са идеалним стицајем, не би требало да утиче на сам исход квалификације, нити да утиче на одређење за једну или другу варијанту у спорним ситуацијама.

Међутим, док је увођење ове конструкције оставило велики утицај на немачку доктрину, где је балансирање квалификације у складу са правилима разјашњавајуће функције идеалног стицаја могуће првенствено због начина на који је регулисан кривичноправни третман идеалног стицаја у односу на реални, не би се могло рећи да су оваква правила остварила велики утицај на нашу доктрину, нити се могу безрезервно прихватити, без нарушавања равнотеже између концепата плуралитета и јединства кривичног дела. Свакако је најспорније питање манифестација обухваћених принципом алтернативитета, којем се, иако има другачију правну природу у односу на остале принципе привидног стицаја и сам по себи не нуди правила за решавање конфликта норми, ипак не могу приписати решења идеалног стицаја, барем не у складу са постојећим решењем у нашем Кривичном закону, већ би проблему таквих плуралних манифестација требало приступити на другачији начин. У супротном, било би прекршено начело *ne bis in idem*.

С друге стране, можда још важнији фактор који може ићи у правцу релативизације поменуте границе, тиче се конкретног позитивноправног модела регулисања идеалног стицаја, тачније унитарног или диференцираног третмана од реалног стицаја. Управо на овом месту, приликом процеса квалификације и тумачења предузетог понашања у контексту односа између наведене правне фигуре, долази до изражаја значај познавања материје стицаја, која је нужна претпоставка за доношење релевантних закључака у овој области. У поглављу које се односи на претпоставке теоријског разматрања привидног стицаја, указали смо на неколико различитих компаративноправних модела решавања овог питања, класификованих у две групе – унитарни и диференцирајући модели. Будући да се не може говорити о практичним границама између привидног идеалног и идеалног стицаја у генералном смислу, без уважавања специфичности једне и друге концепције, овом питању се мора приступити на индивидуалном плану, тачније са аспекта конкретног законског решења.

Стога, констатација о значају дистинкције између аутентичног и привидног стицаја, због практичних последица на плану одмеравања казне<sup>244</sup>, релевантна је само у случају када су за то испуњени одговарајући законодавни услови. То нас наводи на закључак да су правне последице привидног идеалног стицаја, односно ефекти које ова доктринарна конструкција производи у пракси, условљени управо правним последицама идеалног стицаја. То смо донекле већ наговорили и приликом разматрања односа између привидног идеалног и привидног реалног стицаја, где се поменути фактор односа између два облика аутентичног стицаја (идеалног и реалног), одражава на идентичан начин.

---

BGer v.5.10.2007, 6B\_392/2007“, *Forumpoenale* 2/2008. То у практичном смислу значи да се учинилац оглашава кривим за сва кривична дела (формални аспект), при чему постоји и могућност изрицања оштрије казне у оквиру прописане мере (суштински аспект).

<sup>243</sup> Н. Н. Jescheck, Т. Weigend (1996), 732.

<sup>244</sup> З. Стојановић (2009), 9.

Разматрању наведеног спорног питања са аспекта класификације законодавних модела ћемо приступити имајући у виду констатацију да се правни ефекти поменуте дистинкције крећу између две крајности – релевантности успостављања јасних разграничавајућих параметара индивидуализације у процесу квалификације и негирању њиховог практичног значаја због потпуног изједначавања правних последица једне и друге фигуре. Иако се ради о проблематици домена правних последица привидног идеалног стицаја, на овом месту ћемо се осврнути на њихов значај за поступак квалификације, првенствено у избору одређених критеријума диференцијације, који се управо ослањају на таква решења.

Суштину прве групе модела кривичноправног третмана идеалног и реалног стицаја чини регулисање идеалног стицаја на основи јединства дела, упркос прихватању плуралитета повређених законских норми.

Као пример, може се навести немачко законодавство које у чл. 54 регулише идеални стицај, предвиђајући модел просте апсорпције, што подразумева да ће се узети као примарна само најтежа санкција, која апсорбује другу, уз извесна ограничења лакшег дела. На сличан начин је и шпански законодавац решио овај проблем, али ослањајући се на модел пооштрене апсорпције, који би донекле и могао да балансира ефекте идеалног и привидног идеалног стицаја.

Оваква законска подлога, управо омогућава да се формулишу критеријуми диференцијације, попут разјашњавајуће функције идеалног стицаја, због чега се указује да се у складу са начином на који се немачки законодавац суочио са проблемом у легислативном смислу, дистинкција између две правне фигуре свела на нулу.<sup>245</sup> У истом правцу иде и шпанска доктрина, која је проблем преформулисала на бази теорије „*cabo suelto*“.

То наводи на закључак да је са аспекта немачког законодавства, практични значај дистинкције између наведене две правне фигуре, коју одликује велики диспарат различитих концепција и тешкоће у прецизирању домаћаја критеријума диференцијације, сведен на минимум, услед примене принципа комбинације и у једном и у другом случају. Стога се и указује да се она манифестује у простом декларативном карактеру – навођењу у пресуди привидног дела, односно утицају на поврат учиниоца.<sup>246</sup>

С друге стране, Кривични законик Републике Србије, предвиђа изједначени третман идеалног и реалног стицаја као облика плуралитета дела, из чега директно произлази да неће бити свеједно да ли ће се квалификација извршити на нивоу привидног идеалног стицаја (једно кривично дело) или пак идеалног стицаја (плуралитет дела), будући да не постоји могућност балансирања ефеката две правне фигуре у домену казних последица, након што је поступак квалификације завршен, осим у виду евентуалних отежавајућих околности.

Док с једне стране такво решење негира значај дистинкције између привидног идеалног и привидног реалног стицаја, са аспекта односа са идеалним стицајем, ипак има релевантан практични значај, а чини нам се и да иде у потпуно супротном правцу у односу на давање примата идеалном стицају у спорним случајевима.

#### 4.5. Конфликти у квалификацији

Правна природа конструкција идеалног и привидног идеалног стицаја, односно њихово поклапање у погледу суштинских формалистичких елемената, и поред хипотетички јасно дефинисаних критеријума, у одређеним случајевима може довести до колизије у

---

<sup>245</sup> J. P. Matus Асућа (1997), 426.

<sup>246</sup> J. P. Matus Асућа (2000a), 338.

њиховој оцени. То је између осталог и последица високог степена општости таквих диференцијалних параметара, који су условљени процесом тумачења предузетих радњи у одговарајућем контексту, што условљава уважавање различитих фактора, попут поклапања објекта заштите, односно идентитета штићеног правног добра, при чему ти параметри неће увек бити јасно испољени, нарочито када је реч о граничним случајевима.

Стога, одлука о квалификацији се, и поред поштовања свих методолошких правила, може условити и заузимањем става о давању примата једној или другој правној фигури, што води у два могућа правца: 1) примена формуле примата идеалног стицаја<sup>247</sup>, што подразумева решавање граничних случајева у складу са његовим поставкама; 2) примена формуле *in dubio pro reo* – односи се на примену онога што је повољније за учиниоца, што подразумева квалификацију привидног идеалног стицаја.<sup>248</sup>

Ипак, иза ових наизглед опонентних и контрадикторних приступа, заправо се крије нешто другачија, криминално–политичка позадина, оличена у опредељењу законодавца за одређени начин регулisaња идеалног стицаја. Тако, јасно је да опонирање ова два правца неће имати подједнак значај у системима који за идеални стицај предвиђају примену принципа аспорпције (јединство дела), наспрам оних који га третирају у рангу правог плуралитета, истог пенолошког нивоа као и реални стицај.

Јасно је да ће решење у корист идеалног стицаја, имати оправдање за евентуално одступање од дефинисаних општих принципа у системима из прве наведене групе, попут немачког, где се та дискрепанција донекле може толерисати и компензовати самим начином регулisaња идеалног стицаја, који доводи до врло малих разлика у односу на правне ефекте супротстављене правне фигуре. То је по нашем мишљењу и био разлог консолидације поменуте разјашњавајуће функције идеалног стицаја, која је чак достигла утицај и на број принципа решења, укључујући под своја правила и феноменолошке манифестације алтернативитета.

С друге стране, не можемо се сложити са таквим тенденцијама са аспекта нашег законодавног решења, где би то довело до велике дискрепанције у домену кривичне одговорности учиниоца. То је разлог зашто се не може прибећи поједностављеним решењима, односно својеврсним „пречицама“ у регулisaњу спорних случајева. Тиме се још више наглашава улога доктрине у разјашњавању односа између две правне фигуре и јасног прецизирања правила и услова примене принципа индивидуализације у конкретном случају.

#### 4.5.1. Теорија разјашњавајуће функције идеалног стицаја

У условима неодређености и високог степена општости теоријски релевантних критеријума за диференцирање идеалног и привидног идеалног стицаја, једна доктринарна струја полази од приступа који спорне случајеве решава у корист идеалног стицаја.

Ради се о концепцији немачке доктрине, која се везује за немачког аутора Шредера и манифестује се у конструкцији разјашњавајуће функције идеалног стицаја, примењиве у случају сумње у квалификацији.<sup>249</sup> Основно идејно полазиште ове концепције, засновано је на хипотези о постојању одређених случајева где би примена идеалног стицаја, у пресуди могла да разјасни реалну чињеничну ситуацију, што се не би могло постићи квалификацијом привидног стицаја, и то на следећим примерима: 1) однос између довршеног основног облика неког кривичног дела са једне, и покушаја његовог квалификованог облика, са друге стране; 2) неправни деликти квалификовани тежом последицом (када је последица обухваћена

<sup>247</sup> О. Artaza, R. Mendoza, L. Rojas, 157.

<sup>248</sup> Вид. З. Стојановић (2009), 9.

<sup>249</sup> J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 329.

умишљајем), где је нужна квалификација идеалног стицаја, имајући у виду да се једино у том случају може разјаснити да ли је учинилац у погледу теже последице поступио са умишљајем или из нехата; 3) стицај више квалификација истог базичног дела – наводи се пример из немачког законодавства који се односи на релацију између повреда проузрокованих опасним средством и покушаја тешких повреда, будући да оба законска описа обухватају специфична обележја која се међусобно не претпостављају или искључују; 4) покушај убиства и довршене тешке телесне повреде – сматра се да треба прихватити постојање идеалног стицаја, будући да сваки покушај убиства не претпоставља нужно и наношење тешких телесних повреда.<sup>250</sup>

Осим поменутих феноменолошких манифестација, поједини аутори у домен примене правила разјашњавајуће функције идеалног стицаја, укључују и покушај убиства (умишљајног), који резултира нехатним лишењем живота.<sup>251</sup>

За разлику од немачке доктрине где је ово питање уско повезано са (не)аутономијом алтернативитета као самосталног принципа решења, нарочито у погледу треће манифестације која се тиче стицаја више квалификација истог базичног дела<sup>252</sup>, за аспекта нашег законодавства, односно систематике посебног дела кривичног права, у контексту претпостављене улоге идеалног стицаја у правном разјашњавању чињеничног стања, релевантна је анализа преостале три наведене феноменолошке манифестације испољавања забрањеног понашања. Насупрот томе, случај истовремене реализације више квалификованих облика истог базичног дела, треба разматрати под окриљем принципа алтернативитета у погледу чега се, остављајући по страни начин балансирања различитих захтева под окриљем тог принципа, уопште не поставља питање могућности примене идеалног стицаја.

То је случај и са појединим гледиштима у страниј доктрини, где се пак уважавајући недостатке примене разјашњавајуће функције идеалног стицаја, предлажу и специфична решења, углавном на плану казних ефеката.<sup>253</sup>

Основна идеја поменутог немачког аутора, доводи се у везу са хипотезом да је примена обе инкриминације неопходна како би се у потпуности разјаснио одређени догађај, што би у супротном било занемарено.<sup>254</sup> Анализирајући најтипичнији пример практичне примене разјашњавајуће функције идеалног стицаја, односно случај покушаја убиства који је резултирао наступањем тешке телесне повреде, немачки теоретичар Велцел објашњава суштину примене овог концепта, истичући да би на конкретном примеру, квалификација предузетог понашања као тешке телесне повреде, довела до занемаривања кључног аспекта,

---

<sup>250</sup> J. P. Matus Асуња (2000а), 335 – 338. У погледу односа између покушаја убиства и наношења телесних повреда, наводи се гледиште немачког аутора Велцела, који истиче да се ради о најелементарнијим, али и најдискутабилнијим релацијама у оквиру посебног дела кривичног права, будући да се могу довести у везу са концепцијом умишљаја повреде као неопходне компоненте убиства (теорија јединства) или пак прихватањем да између њих постоји независност (теорија опозиције – супротстављања).

<sup>251</sup> J. Cuello Contreras (2009), 648. Ради се о примеру из шпанске доктрине, који се такође доводи у везу са претпоставком да један законски тип није довољан за адекватно представљање исхода понашања.

<sup>252</sup> S. Mir Puig (1989), 999. Ово се превасходно везује за особену инкриминацију убиства члана породице, где се као квалификаторни елемент појављује сродство учиниоца и оштећеног, у односу на коју може доћи до колизије са квалификаторним околностима тешког убиства. Примена разјашњавајуће функције идеалног стицаја у наведеном случају је утемељена на тврдњи да постојање два круга која се секу, искључује могућност било какве колизије између норми, а самим тим и алтернативитета.

<sup>253</sup> J. Cuello Contreras (2009), 681 – 682. Тако, у шпанској доктрини се предлаже примена специфичног казног распона, оличеног у изрицању казне у горњој половини, или пак, предвиђање на нивоу појединачних законских описа бића посебне казне, у случају реализације више квалификованих облика.

<sup>254</sup> V. V. Henner Apfel, *Die subsidiaritätsklausel der unterschlagung*, Universität Bielefeld 2006, 37. Слично томе, истиче се и да стицај закона не би могао да изрази одвојену неправду која проистиче из последица једног и другог дела. Вид. J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 329.

а то је да је учинилац безуспешно покушао да изврши убиство.<sup>255</sup> Квалификација се у том случају темељи на давању одговора на питање криминално–политичког карактера, а то је да ли постоји вредносна разлика између покушаја убиства без повреда, наспрам покушаја који је такве последице проузроковао.<sup>256</sup>

До истог закључка долази и Роксин, сагледавајући случај покушаја тешке крађе, који је резултирао довршењем базичног кривичног дела крађе, уз напомену да би искључење идеалног стицаја довело до неуважавања невредности квалификованог покушаја, или пак невредности довршеног кривичног дела.<sup>257</sup> На исти начин се тумачи и случај учиниоца који остварујући обележја кривичног дела тешког убиства (при безобзирном насилничком понашању) два пута пуца на жртву, али је не погоди, након чега у томе успе трећим пуцњем реализованим без присуства елемената који лишењу живота дају својство квалификованог облика.<sup>258</sup>

Такође, и у шпанској доктрини се ова конструкција везује првенствено за случајеве стицаја квалификованих и привилегованих облика истог базичног дела, односно квалификованог покушаја праћеног довршењем лакшег (базичног) кривичног дела.<sup>259</sup> Сходно томе, указује се да поменути функцију идеалног стицаја треба имати у виду приликом утврђивање његове границе са стицајем закона, при чему се као класичан пример наводи однос између покушаја убиства и наносења повреда, где се у случају прихватања супсидијаритета између наведене две инкриминације не би могло у потпуности разјаснити шта је учинилац предузео.<sup>260</sup>

Ипак у примени конструкције разјашњавајуће функције идеалног стицаја, захтева се висок степен обазривости, нарочито имајући у виду да у поступку квалификације поменутих феноменолошких облика, може доћи до сукобљавања различитих захтева. То се односи преваходно на кршење принципа *ne bis in idem*, до чега би могло доћи у случају неоправдане примене идеалног стицаја, са једне, односно захтева за целовитим вредновањем конкретног догађаја, који захтева управо такво решење, са друге стране.<sup>261</sup>

Постоји велики број примера у доктрини где се поставља питање примене конструкције разјашњавајуће функције идеалног стицаја, као што је однос између недозвољеног прекида трудноће и наступања телесних повреда, или пак деликта квалификованог тежом последицом, где се та последица може приписати умишљају, карактеристичног за немачку доктрину, попут евентуалног идеалног стицаја између разбојништва и умишљајног убиства.<sup>262</sup>

---

<sup>255</sup> J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 329. На тај начин, стицај закона указује да је покушај убиства био безуспешан.

<sup>256</sup> J. Cuello Contreras (2009), 681.

<sup>257</sup> C. Roxin (2014), 1001 – 1002. Ради се о примеру учиниоца који употребом физичке снаге провали у кућу, али не узме ништа из ње, већ у истој прилици узме новац из просторија које нису биле закључане.

<sup>258</sup> J. Cuello Contreras (2009), 680.

<sup>259</sup> J. P. Matus Acuña (2007), 27.

<sup>260</sup> J. C. Contreras (1978), 77. Тако, у шпанској литератури се наводи да разјашњавајућа функција идеалног стицаја има за циљ да успостави ограничење у односу на примену правила супсидијаритета. У том смислу, истиче се да супсидијаритет постоји само уколико радња којом се реализује транзитни деликт не обухвата већи садржај невредности у односу на ону која одговара каснијем деликту. То би нужно подразумевало да супсидијаритет нестaje уколико дође до довршења главног дела, због чега се у овим случајевима прихвата идеални стицај. Тако и V. V. Henner Apfel, 37.

<sup>261</sup> J. Cuello Contreras (2009), 680. Управо опонирање ових различитих захтева и начела квалификације, условило је гледишта која полазе од претпоставке да решење не треба тражити у примени идеалног стицаја, већ особеног принципа најтеже казне.

<sup>262</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 354. У светлу нашег законодавног решења, ова проблематика долази до изражаја преваходно у супротстављању решења стицаја разбојништва и тешке телесне повреде, реализоване приликом његовог извршења, са једне и привидног стицаја у корист инкриминације из чл. 206 ст. 2 КЗ



Начин функционисања и идејне поставке разјашњавајуће функције идеалног стицаја најадекватније долазе до изражаја у спорним случајевима квалификације које је препознала и судска пракса. Такође, у немачкој доктрини се као један од релевантних примера деловања овог правила појављује случај наступања лаких телесних повреда и силовања, које је било предмет разматрања и у нашој доктрини.<sup>263</sup> И у овом случају, за разлику од немачког решења, иако сматрамо да је то условљено околностима конкретног случаја, треба прихватити могућност примене консумпције по основу инклузије.

Осим наведених примера, примена разјашњавајуће функције идеалног стицаја, доводи се у везу и са специфичним конструкцијама, попут *aberratio ictus*, где у већинској доктрини преовлађује гледиште о решењу идеалног стицаја, што би такође требало схватити у светлу његове разјашњавајуће функције.<sup>264</sup>

У нашој доктрини се кривично дело квалификовано тежом последицом, по својој природи, генерално сматра случајем негације идеалног стицаја, под изричито формулисаним условима, који подразумевају нехат учиниоца у односу на тежу последицу.<sup>265</sup> Међутим, доктрина и судска пракса наилазе на бројне потешкоће у погледу несумњивог утврђивања нехата у односу на тежу последицу, као кључног предуслова разграничења привидног и аутентичног стицаја у конкретном случају.<sup>266</sup> Ово питање, баш као и други специфични критеријуми су релативног карактера, односно успостављају се на бази субјективне управљености умишљаја учиниоца, на којем се темељи танка линија разграничења између привидног и аутентичног стицаја.

Ипак, ова концепција није наишла на шире прихватање у домаћој доктрини, што се може правдати и самим законодавним решењем идеалног стицаја, које би за разлику од немачког и шпанског довело до несразмере у одговорности учиниоца у поменутих случајевима у односу на друге манифестације аутентичног стицаја. Осим тога, оно и не одговара начину регулисања појединих института у нашем законодавству, попут кривичног дела квалификованог тежом последицом, чији се услови постојања везују искључиво за нехат учиниоца у односу на тежу последицу, због чега код умишљајне реализације истих не постоје недоумице у вези примене стицаја.<sup>267</sup>

---

(наношење тешке телесне повреде приликом извршења разбојништва), са друге стране. Вид. З. Стојановић (2021), 699.

<sup>263</sup> Ђ. Лазин, 145.

<sup>264</sup> L. E. Chiesa, „Derecho Penal Sustantivo“, *Revista Juridica Universidad de Puerto Rico* Vol. 81 2/2012, 368.

<sup>265</sup> Вид. И. Ђокић (2018), 272. Тако, као један од типичних примера деловања наведеног правила, може се навести случај релација између тежег облика кривичног дела противправног лишења слободe из чл. 132 ст. 4 КЗ и кривичног дела убиства, односно тешког убиства. Вид. Н. Делић, *Кривично право – посебни део*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2022, 70.

<sup>266</sup> Д. Атанацковић, „Кривична дела квалификована тежом последицом или нарочитом околношћу“, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право* 3/1972, 404 – 405. Иначе, ово питање у судској пракси нарочито долази до изражаја код кривичног дела угрожавања јавног саобраћаја, где наступање теже последице отвара бројне дилеме у домену констатације управљености умишљаја.

<sup>267</sup> Вид. З. Стојановић (2018), 203. У вези тога, треба имати у виду да је немачко решење другачије од нашег у погледу постављања услова за примену конструкције дела квалификованог тежом последицом, будући да се захтева да је последица наступила најмање из нехата (што укључује и умишљај), због чега се и говори о могућности проширења.

Исто тако, против овог гледишта, Хрушка износи неколико аргумената: 1) члан који одређује кривично дело квалификовано тежом последицом, има за циљ да искључи санкцију за резултат који се не може приписати учиниоцу у складу са принципом кривике; 2) будући да тај члан садржи одредбу „најмање из нехата“, тиме се омогућава да се у одређеним ситуацијама прошири интерпретација деликата квалификованих тежом последицом (тако да се оде даље од простог нехатног извршења); 3) деликти квалификовани последицом би се стога могли класификовати на праве (ограничавају се на нехатну реализацију последице) и неправне (код којих не постоји такво ограничење, будући да могу бити и умишљајни). Стога, према овом аутору, како би се у пресуди разјаснило да ли се ради о умишљају или нехату, било би довољно једноставно истаћи да се кажњава

Међутим, управо се на примеру феноменолошких манифестација кривичног дела квалификованог тежом последицом уочава латентност границе између наведене две правне фигуре, што треба приписати првенствено ослањању на субјективне факторе у квалификацији и тешкоће у њиховом доказивању. Ово се такође наглашено испољава и на можда најпроблематичнијем примеру у квалификацији привидног идеалног стицаја – односу између nanoшења повреда и лишења живота. У домену кривичног дела квалификованог тежом последицом, доктрина се сходно томе нашла у дилеми у погледу квалификације у оним случајевима када постоји умишљај у односу на тежу последицу, а применом поменуто конструкције постоји могућност изрицања теже казне од оне до које би се дошло прихватањем идеалног стицаја, што је ишло и у правцу констатације привидног идеалног стицаја по основу консумпције или пак специјалитета.<sup>268</sup> У том контексту се указује и да је постојање идеалног стицаја у конкретном случају условљено околношћу да нису испуњени услови консумпције или другог облика привидног идеалног стицаја.<sup>269</sup>

Ипак, ако се вратимо на већ поменуто кључно питање које се односи на (не)постојање вредносне разлике између покушаја убиства без повреда и оног праћеног наступањем истих и са тим повезане квалификације на релацији идеални стицај – привидни идеални стицај, чини нам се да адекватно решење превазилази правила разјашњавајуће функције идеалног стицаја. У средишту проблематике, појављују се фактори попут управљености умишљаја, квалитативне разлике између фаза покушаја и довршења, односно начина кривичноправног третмана квалификованог покушаја<sup>270</sup>, од којих ће, упркос бројним тешкоћама у детерминацији, зависити опредељење за једно или друго решење. Свакако, треба имати у виду да ће то бити условљено и конкретним позитивноправним решењима, односно предвиђеним пенолошким ефектима, што подразумева излазак из домена стриктних предетерминисаних правила квалификације.

Међутим, циљ навођења оваквих примера и недоследности у примени релевантних одредби јесте да се укаже на релативност границе између идеалног и привидног идеалног стицаја, која се ни у ком случају не може унапред прецизно детерминисати, изван целовитог сагледавања и тумачења међуодноса између различитих правних концепата и начина њиховог конципирања у кривичноправном систему. Стога се не могу безрезервно прихватити конструкције компаративноправне доктрине, уколико се оне не уклапају у одређени позитивноправни систем. Управо је то случај са разјашњавајућом функцијом идеалног стицаја, чије оправдање и област примене у немачкој доктрини, почива на специфичном систему одмеравања казне за идеални стицај, односно другачијем конципирању релевантних правних конструкција.

Управо на тај начин, односно у светлу одговарајућих законских решења, треба тумачити констатацију да примена идеалног стицаја (принцип апсорпције) омогућава да се у пресуди, са једне стране, у потпуности обухвати понашање учиниоца, а да се исто тако избегне изрицање плуралитета казни карактеристичних за реални стицај.<sup>271</sup>

---

за силовање са умишљајним или пак нехатним убиством. Апсурдна ситуација тежег кажњавања за нехатни него за умишљајни облик, никада се не би испољила, с обзиром на могућу комбинацију конкретних казних опсега. Вид. Ј. Р. Matus Асуња (2000а), 336 фн. 151.

<sup>268</sup> У том смислу, предлажу се и измене законског решења, тако да би се као услов постојања кривичног дела квалификованог тежом последицом, одредио „најмање нехат“, што дозвољава његово проширење и на умишљајне теже последице. Вид. Љ. Јовановић, 281 – 282.

<sup>269</sup> *Ibid.* Тако, аутор указује да ће у случају релација између кривичних дела недозвољеног прекида трудноће и убиства, постојати стицај, уколико је учинилац деловао са умишљајем у односу на наступање смрти трудне жене. Међутим, ако учинилац поступајући са умишљајем у односу на лишење живота, једном лицу нанесе тешку телесну повреду, од које оно касније и умре, сматра се да постоји убиство, а не стицај тешке телесне повреде и убиства.

<sup>270</sup> J. Cuello Contreras (2009), 648.

<sup>271</sup> Н. Н. Jescheck, Т. Weigend (1996), 718.

Ипак, однос између покушаја убиства које је резултирало наношењем телесних повреда, заслужује особено разматрање са аспекта квалификације привидног идеалног стицаја. У немачкој доктрини је у том смислу од значаја диференцирање две концепције – теорије јединства и теорије опозиције, која се приписује немачком аутору Шмиту. Прва подразумева да су телесне повреде неопходни транзитни стадијум у односу на убиство, те да су стога супсидијарне, наспрам владајуће теорије опозиције, која негира такву могућност и прихвата решење идеалног стицаја.<sup>272</sup> Ситуацију додатно компликује околност да се у ову проблематику уплиће и релевантност примене института добровољног одустанка.

Осим тога, у случају покушаја убиства и наношења телесних повреда, у литератури се указује и на критеријум хијерархије повређених правних добара, где се због околности да је живот вишег хијерархијског нивоа у односу на телесни интегритет, сматра да није могуће квалификацију привидног стицаја, засновати на темељу нанетих повреда, иако се то супротставља практичним ситуацијама када је казна за умишљајне повреде већа од оне предвиђене за нехатно лишење живота.<sup>273</sup>

Јасно је да се у овим случајевима раздвајају два различита критеријума констатације привидног идеалног стицаја – идентитета штићеног правног добра и специфичног критеријума управљености умишљаја учиниоца.

У сваком случају, при решењу описаних ситуација у нашој доктрини, не прибегава се конструкцији разјашњавајуће функције идеалног стицаја, односно даје се предност квалификацији привидног идеалног стицаја, док се равнотежа између супротстављених захтева успоставља на плану одмеравања казне. Овакав приступ сматрамо исправним, имајући у виду да би у појединим случајевима, прихватање квалификације идеалног стицаја довело до кршења забране двоструког вредновања, што се не би могло на одговарајући начин компензовати у домену одмеравања казне, с обзиром на законодавно решење.

Полазећи од карактеристичног примера односа између квалификованог покушаја и довршеног базичног дела, можемо се сложити са гледиштем у шпанској доктрини, које истиче да примена идеалног стицаја у конкретној ситуацији представља кршење принципа *ne bis in idem*, имајући у виду да се барем један део истог деликтног понашања уважава приликом испуњавања садржаја невредности две различите законске инкриминације.<sup>274</sup>

Осим тога, ни у немачкој доктрини, где је настала поменута конструкција, не постоји општа сагласност у погледу начина кривичноправног третмана свих описаних случајева. Тако, у вези консолидације разјашњавајуће функције идеалног стицаја, на спорним практичним примерима који укључују покушај квалификованог и довршење

---

<sup>272</sup> J. P. Matus Асуња (2000а), 338 и фн. 153. Теорија јединства спада у мањинско гледиште у погледу наведеног питања, наспрам преовлађујуће теорије опозиције (супротстављања). Дискусију је управо проузроковала једна пресуда у којој је констатовано да телесна повреда представља транзитни стадијум за извршење убиства. Аутор као репрезентативно гледиште, наводи полазиште немачког теоретичара Шмита.

Наиме, Шмит генерално подржава теорију јединства, указујући да између покушаја убиства и обичних (лакших) повреда (чл. 223), односно опасних повреда (чл. 223а), постоји релација супсидијаритета, при чему се као преферентна појављује диспозиција о убиству. Он полази од следећих аргумената за наведено гледиште: 1) теорија опозиције би довела до тога да остану некажњене довршене повреде, услед одустанка од покушаја; 2) теорија јединства не значи аутоматски постојање привидног идеалног стицаја, већ једноставно означава да ће се радити о јединству дела, које је претпоставка како за идеални, тако и за привидни идеални стицај, а што мора бити утврђено у сваком конкретном случају. Међутим, касније се и сам Шмит удаљава од наведене концепције, анализирајући сваки од могућих случајева релација између различитих облика убиства и повреда, указујући да између опасних повреда (224, 225) и убиства, постоји идеални стицај.

<sup>273</sup> C. Prambs, „Es posible sancionar las lesiones y el homicidio en concurso ideal?“, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 34/2010, 472. Аутор пак указује да диференцирање умишљаја и нехата заправо нема никакву релевантност, јер је то потпуно у супротности са фундаменталним поставкама привидног стицаја и његових принципа решења.

<sup>274</sup> То је схватање шпанског аутора Контрераса. Вид. J. Cuello Contreras (2009), 680. Ово нарочито долази до изражаја на примеру односа између покушаја тешке крађе и довршеног основног облика крађе.

основног, базичног кривичног дела, поједини теоретичари прихватају преферентност покушаја квалификованог облика (Јешек), док се други опредељују за решење идеалног стицаја у одређеним случајевима (покушај тешке крађе и довршена обична крађа), а за привидни у другим (силовање и недозвољене полне радње).<sup>275</sup>

Решење проблема у описаним случајевима и успостављање равнотеже између опонентних захтева, по нашем мишљењу, треба тражити у давању предности покушају квалификованог дела, уз уважавање довршења лакшег као отежавајуће околности.

Такође, ово питање је уско повезано и са прихватањем алтернативитета као особеног принципа решења, чија је примена у немачкој доктрини замењена решењем идеалног стицаја, имајући у виду да су поједини класични примери алтернативитета, попут стицаја квалификованог и привилегованог облика истог базичног дела<sup>276</sup>, покривени решењем идеалног стицаја, уз позивање на његову разјашњавајућу функцију.

Извесне реперкусије, ова конструкција оставља и на плану домаћаја других принципа, попут супсидијаритета. Тако, једно од могућих тумачења решења идеалног стицаја у случајевима попут релација између деликата апстрактне опасности и довршеног кривичног дела (повреде), може се свести, између осталог, и на разјашњавајућу функцију идеалног стицаја. Ипак, на конкретном примеру нема потребе за прибегавањем овој конструкцији, имајући у виду да су код поменутих релација испуњени услови примене суштинског критеријума (не)идентитета штићеног правног добра, односно оцене обухватности невредности дела, у складу са констатацијом о немогућности да правни концепт у функцији заштите индивидуалног правног добра, покрије невредност оног који се односи на колективно правно добро.

У сваком случају, проблематика разграничења идеалног и привидног идеалног стицаја, односно опредељење за једну или другу варијанту, представља један од најкомплекснијих проблема у поступку квалификације, који је условљен различитим објективним и субјективним факторима. Стога, и правила разјашњавајуће функције идеалног стицаја треба прихватити са резервом, имајући у виду да сама природа института привидног идеалног стицаја захтева индивидуалистички приступ у поступку квалификације, што подразумева синтезу и уважавање свих релевантних правила тумачења, где су законитости појединачних принципа решења само један од релевантних параметара. Заправо, целокупан поступак је утемељен на процесу интерпретације, у којем се прожимају сва поменута правила релативног карактера, укључујући и прихваћене критеријуме диференцијације.

#### 4.5.2. Теорија „*Cabo suelto*“

Нешто веће ослањање на суштинске критеријуме, у односу на разјашњавајућу функцију идеалног стицаја, карактерише решење из шпанске доктрине, олично у теорији утемељеној на оцени својеврсног „вишка“, односно заостатка, који остаје изван вредновања у случају квалификације засноване на само једном правном концепту.

Наиме, неки од спорних случајева односа који су наведени као примери области примене разјашњавајуће функције идеалног стицаја, препознати су и шпанској доктрини, у виду правила материјализованих у склопу конструкције „*Cabo suelto*“ и то полазећи од феноменолошке манифестације квалификованог покушаја без добровољног одустанка. Као

<sup>275</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 353.

<sup>276</sup> J. Cuello Contreras (2009), 682. Указује се да стицај квалификованог и привилегованог облика, представља јасан облик алтернативитета, који се супротставља доктринарном решењу идеалног стицаја, иако се предлажу специфична решења за превазилажење конфликта између законских норми у тим случајевима, попут изрицања казне већег степена од оне предвиђене за привилеговано дело, односно решавања проблема у домену отежавајућих околности.

типичан пример раскорака доктрине и праксе поводом овог питања, наводи се случај из судске праксе, анализиран од стране шпанског теоретичара Гимберната, а односи се на проузроковање смрти, које започиње као тешко убиство и завршава као обично убиство. Ради се о ситуацији у којој учинилац најпре пуца на једну особу, остваривши обележја тешког убиства (на подмукао начин) у покушају, али промаши и жртва побегне. Након неког времена, оштећени се враћа и супротстави се нападачу, који га потом усмрти (обележја обичног убиства). Крајње решење, према судској одлуци<sup>277</sup> је била примена само законске норме која предвиђа довршено убиство (обично).

Међутим Гимбернат је дошао до закључка да је наведена судска одлука погрешна, сматрајући као адекватно решење идеалног стицаја, позивајући се на аргумент разјашњавајуће функције идеалног стицаја, доминантне у немачкој доктрини, чија је суштина да се у случају квалификованог покушаја, када учинилац реализује основни облик неког кривичног дела (а тежи остане у покушају), сматра да нема месту решењу привидног идеалног стицаја, те да постоји идеални стицај, будући да једино он може да обухвати потпуну невредност како покушаног, тако и довршеног кривичног дела. Гимбернат, дакле, негира реални стицај, јер постоји само једна радња, а исто тако негира и стицај закона, јер би довео до неодрживих последица (не би се испуниле претпоставке теорије „*cabo suelto*“).<sup>278</sup>

Међутим, следеће питање које се поставља јесте да ли овакво решење које је базирано искључиво на разматрање судске пресуде убиства реализованог на описани начин, може да има карактер генералног правила, тачније да важи у свим ситуацијама квалификованог покушаја, без добровољног одустанка, у смислу општег правила. Са тиме се поједини аутори не слажу, па се тако истиче да одлука о примени стицаја закона или пак идеалног стицаја, зависи од саме предвиђене казне за наведена дела у конкретном случају. Тако би код односа убиства и тешког убиства, требало применити идеални стицај, али не и у ситуацији покушаја тешке крађе проваљивањем, онда када се доврши обична крађа, где би дошла у обзир примена стицаја закона.<sup>279</sup>

Такође, ако се пође од начина дефинисања ове теорије као случаја који подразумева да одређени правни концепт садржи целокупан садржај невредности дела, односно исцрпљује његов невредност, тако да ниједно од релевантних обележја не остаје изван вредновања (не постоји никакав „остатак“ или „*cabo suelto*“), јасно је зашто се у литератури истиче да она заправо ограничава домашај теорије привидног стицаја закона само на релације стриктног специјалитета. Стога се и указује на ограничен домашај ове теорије и неопходност позивања на други критеријум – *ne bis in idem*, који би довео до одбацивања решења идеалног стицаја, онда када би то подразумевало да се два или више пута вреднује иста кривичноправно релевантна околност.<sup>280</sup>

Међутим, приликом анализе утицаја како поменуте теорије, тако и разјашњавајуће функције идеалног стицаја, треба имати у виду пре свега специфичности немачког, односно шпанског законодавног решења идеалног стицаја у односу на наше. Самим тим, баш као и у

---

<sup>277</sup> E. Gimbernat Ordeig, „El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio“, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 1 – 2/1967, 195 – 204.

<sup>278</sup> J. P. Matus Асуња (2007), 27. Тиме је Гимбернат пошао од хипотезе да се теорија стицаја закона ограничава само на случајеве специјалитета, односно ситуације где се могу констатовати исти стадијуми реализације. Из тога произлази опредељење за решење идеалног стицаја у свим оним ситуацијама где се сусрећемо са стицајем између квалификованих и базичних облика у различитим стадијумима реализације, а нарочито код квалификованог покушаја без добровољног одустанка.

<sup>279</sup> *Ibid.* Осим тога, Контрерас истиче се да се на примеру тешког убиства и убиства у идеалном стицају, не би могла дословно применити одредба о одмеравању казне за овај облик стицаја. Наиме, како би се избегле тешке казнене последице које подразумевају изједначавање тешког убиства и убиства, морала би се као релевантна казна узети она предвиђена за лакши деликт, односно у конкретном случају, посебни максимум довршеног убиства.

<sup>280</sup> J. P. Matus Асуња (2008), 1286 – 1291.

случају разјашњавајуће функције идеалног стицаја, можемо се сложити са већ изнетим аргументима против безрезервне примене описаног решења у превазилажењу конфликта у квалификацији.

## 5. Процес индивидуализације

Након што смо утврдили да су испуњени услови за примену привидног стицаја закона, поступак квалификације, прелази у следећу фазу, односно процес решавања конфликта између самих законских норми, који смо означили као *поступак индивидуализације*.

У најопштијем смислу, може се поћи од одређења колизије као случаја када се две норме у поступку квалификације налазе у односу противречности, односно неусаглашености<sup>281</sup>, што би требало разумети као неодрживост њихове симултане примене, услед постојања неког од материјалних основа привидног идеалног стицаја, који се истовремено испољавају као *критеријуми диференцијације* у односу на категорије аутентичног стицаја. Под таквим околностима, у складу са већ дефинисаном методологијом наведеног процеса, поступак индивидуализације, схваћен као избор критеријума за утврђивање преферентности једне норме у односу на другу, одређује се као срж наведене проблематике.<sup>282</sup> На ово указује и систематика изучавања института привидног идеалног стицаја, која се како у иностраној, тако и домаћој доктрини, практично своди на феноменолошке манифестације релевантних принципа решења.

Међутим, као што смо већ напоменули, не може се говорити о издвајању стриктних фаза у поступку квалификације привидног идеалног стицаја, имајући у виду њихову уску повезаност и реципрочну условљеност, што је повезано са спрегом између апстрактног и конкретног приступа. Стога, нарочито када је реч о процесу индивидуализације, његово особено издвајање је првенствено резултат теоријских потреба, док се све специфичности примене прихваћених принципа решења, морају посматрати заједно са осталим правилима поступка квалификације и у том контексту тумачити. Ова релативност класификације релевантних фаза у квалификацији, више говори у прилог томе да је заправо реч о компонентама јединственог поступка, које се налазе на истом хоризонталном нивоу, због чега их је неретко и тешко рашчланити. Управо из тог разлога је поступак детерминације привидног идеалног стицаја, једно од најкомплекснијих питања у материји кривичног права.

Решавање проблема идентификације норме која ће бити примењена у конкретном случају (конкретна интерпретација), претпоставља претходно утврђивање да се одређено понашање може квалификовати у складу са једном законском инкриминацијом.<sup>283</sup> То подразумева да је сходно горе наведеним правилима, која се односе на поступак дистинкције од идеалног и реалног стицаја, донет такав закључак, уважавајући одговарајуће критеријуме. Међутим, треба имати у виду да се ове две фазе поступка међусобно допуњују и условљавају, што указује на релативност било каквог стриктног раздвајања услова примене принципа решења и констатације привидног идеалног стицаја.<sup>284</sup>

---

<sup>281</sup> А. И. Рјасов, 69; А. М. Климанов, 125. Указује се да се управо у постојању наведене неусаглашености, конфигурише дистинкција привидног идеалног од идеалног стицаја, где не постоје такве противречности.

<sup>282</sup> V. Maggi, „Il concorso apparente di norme: struttura e criteri“, *Ius in itinere* 31.03.2018, <https://www.iusinitinere.it/il-concorso-apparente-di-norme-struttura-e-criteri-8962>, 5. фебруар 2022, 1.

<sup>283</sup> O. Artaza, R. Mendoza, L. Rojas, 155.

<sup>284</sup> Ово се најбоље уочава на примеру принципа алтернативитета, чија је правна природа спорна, имајући у виду да не поседује особени материјални садржај који би омогућио решавање конфликта између законских норми, већ захтева увођење додатних критеријума, утемељених на захтевима успостављања

Иначе и сам поступак индивидуализације, према неким схватањима, може бити фазног карактера. Тако, релевантна је дихотомна класификација, која подразумева два основна корака: 1) утврђивање логичких релација између конкретних законских типова; 2) детерминисање која ће се норма применити онда када се констатује присуство такве релације.<sup>285</sup> Иако се може говорити о извесном прелиминарном детерминисању логичке утемељености на основу које се потом врши избор конкретног принципа решења, ове две фазе су заправо уско повезане, а њихово раздвајање може имати смисао једино у случају ограничавања релација релевантних за стицај закона.

Суштински, тај поступак се састоји у примени принципа решења, који се у доктрини оцењују као конкретне манифестације забране *ne bis in idem*.<sup>286</sup> Таква концепција се може прихватити, имајући у виду да из анализе садржаја правила принципа решења, директно произлази њихова утемељеност управо на поменутом принципу, који се без изузетка појављује као основ и оправдање сваког од њих.

На тај начин, делујући у функцији заштите фундаменталних поставки института привидног идеалног стицаја, законитости принципа решења (индивидуализације) се појављују како у функцији потврђивања привидног идеалног стицаја, тако и његове негације, али се свакако морају анализирати кроз призму основних диференцијалних фактора у односу на манифестације аутентичног стицаја. То у практичном смислу значи да исход поступка индивидуализације мора бити у складу са захтевима интегрисаног вредновања, уз поштовање правила *ne bis in idem*.

Скуп принципа решења се у доктрини сматра техником утврђивања привидног стицаја, условљеном диспаратом теоријских, али и практичних опредељења у погледу начина утврђивања подударности чињеница које се налазе у основи њихове примене.<sup>287</sup> Њихово дефинисање у светлу наведеног утилитаристичког критеријума, мора се посматрати кроз призму већ поменуте категоризације на монистичке и плуралистичке системе. Опредељење за једну или другу варијанту, налази се у средишту целокупног процеса индивидуализације, а условљено је, како тумачењем самог домаћаја института привидног идеалног стицаја, тако и различитих основа његовог конституисања, односно правних последица које из тога произлазе.

Монистичке варијанте углавном дају апсолутни примат специјалитету као кључном логички утемељеном принципу, што нарочито карактерише италијанску доктрину, због самог законодавног решења које и формално истиче овај правни концепт као једини случај привидног идеалног стицаја.<sup>288</sup> Међутим, у пракси се његова диференцијација од плуралистичких концепција у великој мери релативизује, нарочито имајући у виду да се феноменолошке манифестације овако схваћеног специјалитета у оперативном смислу, фактички проширују на случајеве који суштински потпадају под окриље других принципа.

---

равнотеже између фундаменталних начела аутентичног и привидног стицаја, односно критеријума њихове диференцијације, попут забране двоструког вредновања.

<sup>285</sup> R. Echavarría Ramírez, „El principio de Non bis in idem y la relación entre circunstancias agravantes y tipos penales autónomos. A su vez, una consideración en la relación entre los delitos de hurto agravado y concierto para delinquir“, *Nuevo Foro Penal* 93/2019, 242. Као пример се наводи Клугова класификација релација између законских норми, која се огледа у концептима хетерогености, идентитета, субординације и интерференције.

Вид. J. D. J. Restrepo, 12. Указује се на следећи редослед у примени принципа решења: 1) примена неправог алтернативитета (ако су норме идентичне); 2) примена правог алтернативитета (ако се норме разликују у неколико елемената); 3) примена специјалитета (уколико једна норма има компоненту коју нема друга); 4) примена супсидијаритета и консумпције.

<sup>286</sup> O. Artaza, R. Mendoza, L. Rojas, 162.

<sup>287</sup> R. Maurach, K. H. Gössel, H. Zipf (1978), 315.

<sup>288</sup> M. Bortoluzzi, 101; A. Gianfelice, 34; F. Di Gennaro, „Criteri risolutivi del concorso apparente di norme incriminatrici. La questione in materia di stupefacenti“, *Ius in itinere* 20.01.2020, <https://www.iusinitinere.it/criteri-risolutivi-del-concorso-apparente-di-norme-incriminatrici-la-questione-in-materia-di-stupefacenti-25079>, 5. фебруар 2022, 2; G. Marinucci, E. Dolcini, 449.

Чак се и у италијанској теорији, поред законске регулације специјалитета, препознаје потреба за додатним критеријумима, како би се адекватно решили сви могући конфликти између законских норми.<sup>289</sup> Сматрамо да су овакве тенденције и условиле појаву конструкција попут *билатералног специјалитета*, који упркос таквом терминолошком одређењу превазилази домаћај овог принципа и захтева особена правила решавања конфликта између норми у теорији привидног стицаја.

С друге стране, плуралистичке концепције специјалитет искључиво детерминишу путем његове унилатералне варијанте, утемељене на апстрактном приступу<sup>290</sup>, имајући у виду да нема потребе за формулисањем додатних неспецифичних варијанти, чије су феноменолошке манифестације покривене другим принципима решења. Управо је наведени логички основ утемељености специјалитета, карактеристичан за владајућа доктрина гледишта, који подразумева решавање конфликта на апстрактном нивоу, поређењем релевантних законских описа, оно по чему се овај принцип решења разликује од осталих.

Осим ове најзначајније категоризације, у чијој се основи налази подела на монистичке и плуралистичке системе, о ограничењима у домену броја принципа решења се може говорити и у другом правцу, што се, између осталог, односи и фактор њихове утемељености на јединству или плуралитету радње.<sup>291</sup>

Процес индивидуализације као једна од најзначајних фаза у поступку квалификације, управљен је управо на решавање конфликта између диспозиција. У вези тога, од значаја је констатација да се дистинкција између општих стицајних фигура са једне и привидног стицаја закона, са друге стране, састоји управо у присуству или одсуству услова за примену неких од принципа решења, тачније релација специјалитета, консумпције, супсидијаритета или алтернативитета, при чему је њихово оправдање засновано на аргументима јединства штићеног правног добра и могућности повреде принципа *non bis in idem*.<sup>292</sup> На тај начин се истиче значај прожимања наведене две димензије, што своје отелотворење коначно добија управо у примени поменутих принципа индивидуализације.

У погледу примене критеријума индивидуализације, указује се на неколико фактора који условљавају искључење одређених законских инкриминација и решавање конфликта између деликата у сукобу: 1) типичност (предвиђеност у закону) – примениће се она диспозиција која на најадекватнији начин одговара кажњивом делу, тачније она која је најпрецизнија и садржи сва законска обележја, одређена на партикуларнији начин, што одговара концепцији специјалитета као принципа који решава привидни стицај; 2) противправност – предност у конфликту има она норма означена као носилац невредности садржаних у другим нормама, које стога остају искључене, што одговара идеји консумпције; 3) позитивноправна решења – одређена диспозиција може бити мост искључења онда када

---

<sup>289</sup> М. Bertani, „Pratiche commerciali scorrette e violazione della regolazione settoriale tra concorso apparente di norme e concorso formale di illeciti“, *Le nuove leggi civili commentate* 4/2018, 939; М. Di Gianluca, „Le Sezioni unite precisano l'incidenza della giurisprudenza della Corte EDU sui criteri in materia di concorso di norme“, *Giurisprudenza Penale Web* 6/2017, 2. У том контексту, примећује се да за разлику од јуриспруденције, доминирајућа доктрина настоји да прошири број критеријума за решавање конфликта између законских норми

Исто тако, указује се да постоје извесне антиномије које се не могу решити искључивом применом специјалитета, због чега се прибегава додатним критеријумима. Вид. А. Pagliaro, 238.

Ове плуралистичке концепције су превасходно утемељене на аксиолошким критеријумима, погодним да реше спорне случајеве, попут билатералног специјалитета, иако се монистичком моделу признају извесне предности, оличене првенствено у фактору правне сигурности. Вид. М. Ferrante, 81.

<sup>290</sup> S. Donato Messina, S. Messina, G. Spinnato, 235.

<sup>291</sup> С. Pramps, 466. Сходно томе, указује се да поједини теоретичари одбацују прећутни супсидијаритет, услед околности да се исти темељи на реализацији плуралитета забрањеног понашања.

<sup>292</sup> J. P. Matus Асућа (2000b), 30.



сам закон изричито наводи да ће се одређени законски тип применити уколико нису примењиви неки други, што одговара принципу супсидијаритета.<sup>293</sup>

Још једна интересантна категоризација везује се за француску доктрину и дејствује у домену три феноменолошке манифестације испољавања забрањених понашања, на које се примењују особена правила решавања конфликта између законских норми: 1) случај инкомпатибилних квалификација, утемељен на претпоставци да једно кривично дело представља логичну и аутономну последицу другог; 2) случај алтернативних квалификација, заснован на аутономној и искључивој способности једне норме да регулише одређену чињеничну ситуацију; 3) случај преклапања квалификација, који обухвата садржаност једног правила у другом (специјалитет), односно његову апсорпцију (консумпција).<sup>294</sup>

Исто тако, на посебан приступ решавању конфликта између законских норми, наилазимо и у руској доктрини, где се под окриљем таквог поступка издвајају следећа правила: 1) у односу између опште и посебне норме, примат има посебна норма; 2) у односу између норми које покривају целину елемената предузетог понашања и оних које укључују само један део истог, дело се квалификује према оној норми која покрива већину његових квалификаторних карактеристика; 3) конфликт између две посебне норме, од којих једна конфигурише отежавајућу, а друга олакшавајућу околност, решава се у корист друге наведене категорије.<sup>295</sup> Поред тога, указује се да се решавање поменутих конфликта манифестује у виду процеса елиминације, уколико се ради о две супротстављене норме, односно процеса превазилажења, уколико постоји одступање у њиховом садржају или у обележјима.<sup>296</sup> Процес индивидуализације се у контексту наведене терминологије може сматрати поступком превазилажења таквог конфликта.

Полазећи од претходно изнетих правила теорије диференцијације, принципи решења (индивидуализације) се у литератури класификују на оне који представљају манифестацију критеријума *ne bis in idem* (специјалитет, супсидијаритет и алтернативитет) и они који оправдавају принцип безначајности (консумпција, као емпиријска релација између конкретних кривичних дела).<sup>297</sup> Осим тога, они се могу класификовати и у зависности од тога да ли почивају на логичким релацијама између законских норми или на неким другим вредносним или аксиолошким критеријумима<sup>298</sup>, односно полазећи од околности да ли се појављују као продукт доктрине или законске регулације.<sup>299</sup>

Међутим, нису сви принципи класичних система наишли на подједнако прихватање у доктрини, што би се, између осталог, могло довести у везу и са основама претходно

<sup>293</sup> Н. Muñoz Horment (1986), 373.

<sup>294</sup> М. Bortoluzzi, 132 – 134.

<sup>295</sup> И. И. Игнатенко, „Проблемы разграничения смежных составов преступлений“, *Научно-образовательный потенциал молодежи в решении актуальных проблем XXI века „Актуальные проблемы современного российского права и законодательства“* (ед. Полуобяринова А. Н.), Ачинск 2017, 179; У погледу трећег правила, наилазимо на разлижења међу теоретичарима, имајући у виду различита гледишта о томе да ли предност треба дати олакшавајућој или отежавајућој норми. Вид. А. Михайлович Зацепин (2014), 88; А. Михайлович Зацепин „Дополнительная квалификация при конкуренции уголовно-правовых норм“, *Евразийский Союз Ученых* 20/2015, 129.

<sup>296</sup> Н. Н. Фарукшин (2015а), 157.

<sup>297</sup> F. Szczaronski, 512.

<sup>298</sup> F. Accardo, 173. Тако, категорији апстрактног специјалитета, у италијанској доктрини се супротставља група вредносних критеријума, у које се сврставају – супсидијаритет, консумпција, као и претходна и накнадна некажњива дела.

Вид. и М. Б. Ракић, 49. Ово се подудара и са класификацијом принципа решења на оне који произлазе из апстрактног односа између правних концепата, наспрам других, утемељених на конкретном приступу. Вид. и F. Pavón Vasconcelos, 163.

<sup>299</sup> G. Fiandaca, E. Musco, 200. Треба имати у виду да је ова подела карактеристична преваходно за она законодавства која изричито регулишу поједине манифестације принципа решења, попут италијанског.

Такође, ово је уско повезано и са класификацијом на монистичке и плуралистичке системе. Вид. С. Buffon, 534.

наведене категоризације. Дилема се углавном односи на укључивање консумпције и/или алтернативитета у поменути класификацију, или пак на реорденацију, односно издвајање појединачних манифестација, попут накнадног некажњивог дела из шире групе којој припада и подизање на ранг аутономног правила за решавање конфликта између законских норми.<sup>300</sup> Осим тога, на специфичну категоризацију наилазимо код Лазина, који је поред класичних принципа решења, издвојио и особене облике.<sup>301</sup>

Међутим, највише пажње теоретичара, окупирао је питање оправданости принципа алтернативитета<sup>302</sup>, што треба посматрати како у светлу његових типичних манифестација и материјалне димензије, односно суштинских основа утврђивања релације алтернативности, тако и доктринарних тенденција у формулисању критеријума диференцијације, које су своје отелотворење пронашле у конструисању разјашњавајуће функције идеалног стицаја. На тај начин се алтернативитет нашао на самој линији разграничења привидног и аутентичног стицаја, због чега се у средишту њиховог диференцирања, појавило и питање да ли овај правни концепт уопште може да буде у функцији решавања конфликта између законских норми, чиме се оспорава и његово својство средства за постизање таквог циља.

Аргументи у прилог издвајању алтернативитета из опште категоризације класичних принципа решења се заснивају на тврдњи да је концепција о истовремено паралелним и искључујућим законским типовима, могућа једино у случају грешке законодавца, која пак не може представљати основ креирања генерализујућих теорија.<sup>303</sup> Наиме, у складу са Клуговом категоризацијом врсте релација између законских норми, релевантних за конфигурацију појединачних принципа, алтернативитет се везује за хомогеност два казнена типа, из којих произлази њихов идентичан кривичноправни третман, што истовремено отвара највеће дилеме у избору носиоца квалификације.<sup>304</sup> Ове дилеме је стога тешко решити без постојања изричитог законског правила, или пак прибегавања криминално–политичким критеријумима.

Ипак, иако је тачно да постоје проблеми у оправдању алтернативитета у суштинском смислу, првенствено из разлога што исти не поседује особени материјални садржај, на основу којег би се утврдио примат једне норме у односу на другу, што указује и сам терминолошки концепт алтернативности, његово одбацивање произлази из погрешног приступа сврси формулисања принципа решења у генералном смислу и њиховој улози у теорији привидног стицаја. Наиме, традиционално постоји тенденција везивања таквих принципа за одговарајуће релационе односе између законских описа бића, било да су оне утемељене на логичкој или вредносној основи. У случају алтернативитета, хипотетички се говори о истоветном домаћају два правна концепта у покривању невредности предузетог понашања, због чега изостаје особени репрезентативни фактор, који би условио превагу једне инкриминације.

Међутим, оно што се не може негирати, то је да идеја алтернативности у функцији конфигурације привидног идеалног стицаја, има своје покриће у заштити принципа *ne bis in*

---

<sup>300</sup> М. Карановић, 415 – 416. Највише дилема проистиче управо из проблематике дистинкције између привидног идеалног и привидног реалног стицаја, што је повезано и са схватањима о домаћају института привидног стицаја. Осим тога, још један недостатак конструкције привидног реалног стицаја, огледа се у непрецизно одређеном опсегу примене са феноменолошког аспекта. Стога, поред супсидијаритета, консумпције, односно накнадног некажњивог дела (уже гледиште), ова конструкција се доводи у везу и са продуженим, сложеним и колективним кривичним делом (шире гледиште). Међутим, преовлађује схватање да су наведени облици привидног реалног стицаја у ширем смислу, издвојени из домена привидног стицаја, будући да представљају особене облике јединства са гледишта кажњивости.

<sup>301</sup> Вид. Ђ. Лазин, 110 – 122. Реч је пре свега о облицима несамосталних кривичних дела, попут оних учињених при добровољном одустанку од покушаја или припремних радњи, односно о облицима несамосталних кривичних дела при покушају неког другог кривичног дела.

<sup>302</sup> Вид. R. Maurach, K. H. Gössel, H. Zipf (1978), 315. Ово се манифестује у суштинском питању да ли алтернативитет може да представља један од начина решавања конфликта између законских норми.

<sup>303</sup> S. Mir Puig (2016), 657.

<sup>304</sup> M. A. Torrez López, 152.

*idem*, који не дозвољава симултану примену два концепта у релацији алтернативитета у правом смислу, што чини неприхватљивим прибегавање идеалном стицају, схваћеном као плуралитет правних вредносних оцена. Стога, решење треба тражити у конфигурисању особених правила решавања конфликта између норми у случају алтернативитета, за шта постоје различити механизми, укључујући и могућности корекције у индивидуализацији казне.

Осим тога, имајући у виду наша законодавна решења на плану одмеравања казне за стицај кривичних дела, аргументи у прилог одбацивању алтернативитета у немачкој доктрини и компензација у домену примене принципа апсорпције који се везује за случај идеалног стицаја, не могу се прихватити. Међутим, слажемо се да има доста простора за додатним модификацијама, како законодавних, тако и доктринарних критеријума примене алтернативитета у теорији привидног стицаја, што ћемо детаљније размотрити у одговарајућем поглављу.

Иако је тешко издвојити критеријуме по основу којих би се извршила стриктна категоризација принципа решења, имајући у виду изражено преплитање опсега њихове примене, али и основа утемељења, у супротстављању специјалитета и консумпције<sup>305</sup> би се могло препознати настојање да се издвоје две кључне категорије, истовремено релевантне и за класификацију критеријума диференцијације на правне и ванправне (вредносне), односно апстрактне и конкретне. То би одговарало и параметрима логичке (концептуалне), или пак вредносне (искуствене) обухватности једног правног концепта другим.

Исто тако, у контексту општег методолошког поступка квалификације, могло би се говорити о принципима решења који се везују за апстрактни приступ у констатацији предуслова привидног идеалног стицаја, попут специјалитета и онима који се користе за доношење закључка о преферентности једног правног концепта на основу анализе конкретног догађаја, односно полазећи од вредносних критеријума. У другом случају, утврђивање преферентности једног правног концепта у односу на други се не врши на основу анализе законских описа и констатовања логичких релација, већ специфичних критеријума који указују на његов споредан карактер и мали значај.<sup>306</sup>

У том контексту, са суштинског аспекта је могуће извршити њихову категоризацију у зависности од тога да ли у решавању конфликта између законских норми полазе од формалне обухватности једне норме другом (специјалитет), или пак материјалне – вредносне (консумпција), односно обухватности по основу прогресије (супсидијаритет).

Ове критеријуме би требало разумети као поступак, односно начин на који преферентни правни концепт у вредносном смислу потискује привидни – на основу самог поређења законских описа, на основу аксиолошких критеријума, или пак фактора функционалне природе, попут стадијума реализације одређеног понашања.

Треба имати у виду и чињеницу да постоји реципрочна условљеност између критеријума диференцијације привидног идеалног и идеалног стицаја и принципа решења који се сматрају релевантним у поступку индивидуализације института, чиме питање њиховог броја и основних утемељујућих поставки, добија на значају. Ипак, на овом месту се не може аргументовано говорити о оправдању укључивања или искључивања појединачних феноменолошких манифестација релевантних за процес индивидуализације, јер то захтева детаљну анализу поставки сваког од поменутих принципа решења, која ће бити предмет посебних поглавља.

---

<sup>305</sup> М. Карановић, 422.

<sup>306</sup> Вид. Б. Златарић, 171 – 172. Слично томе, Вуковић у категоризацији критеријума потискивања једног законског описа на рачун другог, разликује логичко–апстрактне параметре, карактеристичне за специјалитет и супсидијаритет, и параметре вредносног карактера, својствене консумпцији. Вид. И. Вуковић (2022), 343.

Иако не у тој мери као у случају алтернативитета, још једно спорно питање у домену феноменологије принципа решења, односи се на правну природу концепата претходног и накнадног некажњивог дела.<sup>307</sup> Мада се ово превасходно тиче проблематике домашаја института привидног стицаја са аспекта критеријума утврђивања јединства радње, суштински значај њихове улоге у овој области, превазилази поменути формалистички критеријум, који је, као што смо већ закључили, у потпуности релативизован и превазиђен. Разлоге за то не треба тражити у могућности дистинкције између јединства и плуралитета радње, већ уопште у потреби њеног истицања, баш као и случају диференцирања привидног идеалног и привидног реалног стицаја, које се такође показало беспотребним.

Када је реч о привидном идеалном стицају, о овим концептима се говори искључиво у њиховој функцији аутономних правних категорија на основу којих се успостављају релације између норми, релевантне за квалификацију овог института и диференцирање од аутентичног стицаја. Оно што је несумњиво, то је да представљају основ квалификације привидног стицаја, односно специфичан облик јединства, са особеним садржајем који одговара материјалној димензији института. Међутим, постоји неколико спорних питања у вези наведених конструкција.

Прво и значајније питање се односи на проблематику њиховог домашаја као фактора успостављања привидног идеалног стицаја, односно услова постојања наведеног института. Стога, поједине концепције у великој мери сужавају опсег примене ових правних концепата, ограничавајући их на случајеве имовинских деликата, где се привидна дела сматрају интегрисаним у оквиру радње извршења главног, постављајући истовремено строге услове таквог јединства као предуслова квалификације привидног идеалног стицаја.<sup>308</sup> На овај начин се у контексту њиховог разматрања, истовремено залази у комплексну проблематику јединства радње извршења у стриктном и ширем смислу. Међутим, суштина констатације привидног идеалног стицаја у овим случајевима, састоји се у особеним функционалним релацијама између две законске норме, по основу којих се успоставља вредносно јединство. Стога, оваква ограничења, нарочито у случају конструкције накнадног некажњивог дела, нису оправдана. На то упућују и бројни примери из судске праксе, али и доктринарна схватања код којих се нагласак ставља на неке друге критеријуме у утврђивању привидног идеалног стицаја, попут околности да није повређено ново правно добро, нити нанета штета већег интензитета на објекту радње.<sup>309</sup>

Друго питање, више формалистичког карактера, тиче се третирања претходних и накнадних некажњивих дела као аутономних принципа решења привидног идеалног стицаја<sup>310</sup>, или пак као феноменолошких облика неких од класичних принципа решења.<sup>311</sup> Иако то не проузрокује веће практичне разлике, сходно схватању од којег смо пошли у овом раду, сматрамо да се основи успостављања привидног идеалног стицаја у случају наведених правних категорија поклапају са фундаменталним поставкама консумпције и супсидијаритета, односно да би их требало разматрати у склопу правила наведених принципа решења, у зависности од конкретног случаја и начина испољавања функционалних релација.

Тиме се уједно разрешавају две кључне дилеме у вези улоге наведених конструкција у теорији привидног идеалног стицаја, али и питање домашаја појединих класичних

<sup>307</sup> R. Maurach, K. H. Gössel, H. Zipf (1978), 315.

<sup>308</sup> Ђ. Лазин, 105 – 106.

<sup>309</sup> Вид. поглавље Консумпција, *infra*, 510 – 522.

<sup>310</sup> Од ове концепције полази Лазин, третирајући поменуте конструкције као посебне облике привидног идеалног стицаја. Ђ. Лазин, 102 – 108.

<sup>311</sup> То је владајући став у немачкој доктрини. Тако, на пример, Роксин случајеве накнадног некажњивог дела разматра у склопу консумпције. Вид. С. Roxin (2014), 1011 – 1017.

Ово схватање заступају и наши теоретичари. Вид. З. Стојановић (2018), 243.

принципа решења. Ипак, важно је напоменути да у случају категорија које сматрамо обухваћеним конструкцијом претходног некажњивог дела, може доћи до преплитања основа примене супсидијаритета и консумпције, чије се разграничење врши у оквирима поставки наведених принципа.

Поред класичних принципа решења, карактеристичних за савремено кривично право, историјски посматрано, постојали су и други начини решења конфликта између законских норми, утемељени на другачијим фундаменталним поставкама, који нису били искључиво везани за релације између законских норми. Један од таквих принципа, који је решење тражио у сегменту диференцирања норми по основу њихових казних ефеката, био је принцип најтеже казне.

У питању је наизглед једноставан критеријум, као један од исхода интервенције законодавца у покушају да реши овај комплексан проблем, за који се може рећи да води ка наглашавању примата криминално–политичких фактора. У савременом кривичном праву, његова улога је доста редукована, а интересантно је његово довођење у везу са принципом алтернативитета, што у шпанском законодавству, где се третира као резидуални принцип у односу на специјалитет, супсидијаритет и консумпцију, има чак и законску утемељеност.<sup>312</sup> Међутим, примена критеријума најтеже казне има бројна ограничења у теорији привидног стицаја, због чега му се углавном приписује секундарни значај.

Питање њиховог међусобног разграничења, односно могућности да обезбеде решавање конфликта између конкретних диспозиција, доводи се у везу са утврђивањем логичких релација које се сматрају релевантним за примену њихових правила. У домену класичних принципа решења, можемо издвојити категоризацију која подразумева релације хетерогености, субординације и интерференције.<sup>313</sup>

У групу аутономних суштинских критеријума, можемо сврстати и једну специфичну монистичку хипотезу, утемељену на претпоставци о искључивој примени материјалне варијанте принципа *ne bis in idem*, који би потиснуо остале принципе решења, имајући у виду његову подобност да доведе до идентичних резултата у квалификацији, манифестованих у тврдњама о примени најсвеобухватније, најстроже норме, односно оне која највише одговара околностима конкретног случаја.<sup>314</sup> Међутим, карактеристично је да се принцип *ne bis in idem* појављује у функцији суштинског фундаменталног критеријума, који се користи у диференцијацији привидног идеалног и аутентичног стицаја у генералном смислу, због чега се доводи у питање његова специфичност у прецизном утврђивању примарне норме, а самим тим и у решавању кључног питања исхода квалификације. Ипак, он се свакако мора посматрати у спрези са правилима релевантних принципа решења, управљених ка решавању наведеног задатка.

У савременој доктрини, са изузетком појединих компаративноправних решења, где се потенцира конструкција разјашњавајуће функције идеалног стицаја<sup>315</sup>, процес

---

<sup>312</sup> J. P. Matus Aсућа (2007), 41. У шпанској доктрини постоји сагласност да је некадашња одредба чл. 68 шпанског Кривичног законика, регулисала случајеве који нису били обухваћени у оквиру традиционалних принципа решења, те да из тога произлази да је њоме био обухваћен особени принцип решења – принцип „најтеже казне“.

<sup>313</sup> O. Artaza, R. Mendoza, L. Rojas, 156.

<sup>314</sup> I. Pussini (2019a), 229 – 230. У објашњењу ове концепције, као пример се наводи случај билатералног специјалитета, где се на основу структурног поређења, аутоматски поставља хипотеза привидног стицаја закона.

Вид. и M. Drago, 179. Тако, принцип *ne bis in idem* се у италијанској доктрини помиње и као један од могућих принципа решења привидног стицаја закона, поред супсидијаритета и консумпције, односно паралелно са њима.

<sup>315</sup> Ради се преваходно о немачкој доктрини, где се релевантним сматрају принципи специјалитета, супсидијаритета и консумпције. Вид. Н. Н. Jescheck, Т. Weigend (1996), 733; R. Maurach, К. Н. Gössel, Н. Zipf (1978), 315.

индивидуализације се заснива на четири принципа решења класичних система – специјалитет, супсидијаритет, консумпција и алтернативитет.<sup>316</sup> Од ове категоризације смо пошли и у нашем раду, водећи се превасходно стањем позитивног законодавства и њеном адекватношћу да задовољи потребе решавања уочених спорних случајева у пракси и хипотетички могућих дилема у примени појединих правних концепата.

Иако у великом броју случајева долази до преплитања опсега примене наведених принципа, сваки од њих има одређену улогу у поступку квалификације, док се само питање њиховог међусобног разграничења појављује као знатно мање значајно у односу на проблематику утврђивања феноменолошке димензије института. *Ово нас упућује на једну од најзначајних констатација у овом делу рада, која се тиче стављања у први план самог поступка дистинкције између привидног и аутентичног стицаја, односно критеријума који су томе подређени, и поимање примењивих принципа решења као различитих средстава за постизање таквог циља, односно различитих основа оправдања преферентности једне инкриминације у односу на другу.* Тиме се они појављују у функцији практичне репрезентације генералних поставки теорије диференцијације, помоћу којих се врши њихова конкретизација и истовремено постиже ефекат наглашавања суптилних разлика у правним последицама између различитих феноменолошких облика привидног идеалног стицаја, ако се оне уопште могу констатовати.

## 6. Верификација

Као последњу релевантну фазу у методолошком поступку квалификације привидног идеалног стицаја, издвојили смо верификацију исхода спроведеног процеса диференцијације и индивидуализације, чиме се омогућава накнадно сагледавање њиховог домашаја и резултата, са аспекта кључних фундаменталних принципа, чија се заштита мора обезбедити. У практичном смислу, то ће подразумевати својеврсну оцену и преиспитавање како примењених критеријума диференцијације, тако и правила решавања конфликта између законских норми. У првом случају, утврђује се да ли су исправно примењени фактори диференцијације између привидног и аутентичног стицаја, док се у другом случају ради о разграничењу између самих принципа решења. Јасно је да прво питање има знатно већу тежину и управо у том домену долазе до изражаја кључна фундаментална начела чија се заштита обезбеђује применом института привидног стицаја, а који у овој фази поступка квалификације имају улогу верификатора.

С друге стране, иако у већини случајева, опредељење за примену једног или другог принципа решења, неће имати битно другачије правне последице, разлози суштинског, материјалног карактера, захтевају деловање у складу са поставкама релевантних логичких и аксиолошких правила конфигурације одређеног принципа. Ово, између осталог, произлази и из њиховог преплитања са самим факторима детерминације института у односу на сродне правне фигуре (идеални стицај).

Значај и улога верификације још више долази до изражаја ако узмемо у обзир да како процес диференцијације, тако и процес индивидуализације, не почивају на стриктним поставкама, већ су релативног карактера и условљени суделовањем бројних фактора у зависности од особености конкретног случаја, што захтева својеврсно преиспитивање

---

<sup>316</sup> З. Стојановић (2009), 14. Полазећи од наведене категоризације, аутор пак истиче да између појединих принципа решења не постоји јасна линија разграничења. Ово је став који се заступа и у нашој судској пракси. Вид. Пресуда Врховног касационог суда Кзз 589/2019 од 11.06.2019. године.

Вид. М. Б. Ракић, 48. Такође, и у домаћој доктрини се конфигурација система принципа решења, заснива управо на категоријама специјалитета, супсидијаритета, консумпције и алтернативитета.

доследности донетих закључака. На тај начин, верификативна правила фигурирају као допуна претходно примењених и средство за решавање евентуалних недоумица.

У литератури се указује на два водећа принципа релевантна за евалуацију донетих закључака – принцип *ne bis in idem* и принцип интегрисаног вредновања (*Quot delicta tot poenae*), који се, иако није експлицитно изражен у доктрини, сматра садржаним у дефиницијама идеалног и привидног идеалног стицаја.<sup>317</sup>

Осим тога, за фазу поступка верификације карактеристична је и примена већ поменутих несутинских, резервних критеријума, примењивих у случајевима када се на други начин не може донети одлука у квалификацији, попут правила *in dubio pro reo*, које је управљено ка најповољнијем решењу за учиниоца.

## 7. Корекције у индивидуализацији казне

Као последњу фазу, којом се заокружује не само поступак квалификације, већ и адекватног вредновања предузетог понашања, имајући у виду поједине исходе решавања конфликта између законских норми, односно специфичне граничне случајеве, издвојили смо и корекције приликом индивидуализације казне.

Иако је реч о питању које је блиско повезано са самим правним последицама института, издвојили смо га на овом месту, ради наглашавања могућности да се одређени недостаци у вредновању понашања приликом квалификације, могу надокнадити и на плану одмеравања казне. Важно је напоменути да је реч о сегменту који се тиче дејства привидног дела у рангу отежавајуће околности, у циљу остваривања услова обухватности дела у појединим случајевима, нарочито у погледу деловања принципа алтернативитета.

Наиме, иако алтернативитет сматрамо релацијом релевантном за примену правила привидног стицаја закона, јасно је да постоје извесне мањкавости у поступку квалификације приликом избора преферентног дела, које се не могу компензовати другачије, осим у домену истицања ефекта привидног дела као потенцијално *обавезне отежавајуће околности*.

Поред тога, јасно је да у поступку одмеравања казне, судија има доста простора да у оквиру прописаног распона адекватно вреднује све олакшавајуће и отежавајуће околности, што је легитиман поступак и у случају привидног идеалног стицаја.

Може се закључити да управо на примеру алтернативитета највише долази до изражаја значај корекција у индивидуализацији казне, до те мере да се примена ових правила појављује као предуслов његове аутономије у склопу теорије привидног стицаја закона.

---

<sup>317</sup> J. D. J. Restrepo, 32 – 33. Ова два принципа се баш као и идеални и привидни идеални стицај, посматрају као „две стране истог новчића“.

## VI ПОГЛАВЉЕ

### СПЕЦИЈАЛИТЕТ

Одређење принципа који се у поступку квалификације (привидног) стицаја закона користе за решавање конфликта између законских норми, односно њихову систематизацију у класичним системима, карактерише стављање у први план једног логички утемељеног концепта, заснованог на примарно апстрактном односу општег и посебног закона, чија је идејна основа манифестована у процедуралном правилу *lex specialis derogat legi generali*. Садржај поменутог правила чини специфичну материјалну димензију овог принципа, која омогућава идентификацију одговарајућих *релација спецификације* и њихову примену за утврђивање преферентне законске норме са својством носиоца квалификације, у условима када су испуњене претпоставке института привидног стицаја.

Истицање специјалитета као првог од принципа решења у класичним системима, има своје оправдање и у његовој кључној улози у настанку првобитне теорије стицаја закона у немачкој доктрини. Наиме, полазећи од формалних и материјалних аргумената за издвајање института стицаја закона од постојећег стицајног режима, Меркел је формулисао његове основне поставке управо на темељу околности да тадашње одређење идеалног стицаја, утемељено на јединству дела, ипак није адекватно да реши проблем релација између општег и посебног закона, будући да је доводило до апсолутне непримењивости привилегованих облика одређених кривичног дела.<sup>1</sup>

На тај начин, отворен је пут формулисању правила да специјални закон има примат над генералним, без обзира на висину казне, које се налази у свим савременим одређењима специјалитета, а самим тим и постављени темељи института стицаја закона, заснованог на једном монистичком систему. Иако се временом, са развојем теоријске мисли у овој области, јавила потреба за формулисањем додатних релација које се сматрају релевантним, за специјалитет се може рећи да је водећи принцип класичних система и норматив целокупне теорије стицаја закона. На то указују и покушаји његовог проширења изван оквира стриктно логичких правила, како би се примена института привидног стицаја формулисала на основама тако схваћеног концепта. Ради се о теоријски интересантној хипотези о сажимању свих карактеристика различитих релационих односа између законских норми у оквиру јединственог принципа.

У литератури се иначе указује да се ради о најједноставнијем случају и најјаснијој ситуацији у примени института привидног стицаја, која проузрокује најмање тешкоћа у теорији.<sup>2</sup> То је условљено околношћу да се ради о једином чисто логичком правилу, чије се основе могу дефинисати већ на апстрактном нивоу, на основу самих законских описа бића кривичних дела, што условљава и његову предетерминисаност у склопу система кривичноправних норми. Међутим, не можемо се сложити да се код релације специјалитета ради о механичкој примени стриктних нормативних категорија. Наиме, захтев концептуалне обухватности, који карактерише условљеност дерогирања генералног закона, захтева

---

<sup>1</sup> J. P. Matus Асуња (2000a), 297 – 301. Одредбом члана 73 немачког Кривичног законика, било је предвиђено да ће се, уколико се једном истом радњом повреди више закона, применити само онај који одговара најтежој казни. То у практичном смислу подразумева апсолутно искључење могућности примене привилегованих кривичних дела, уколико би се ови случајеви подвргнули режиму идеалног стицаја. Меркелова хипотеза је сходно томе била заснована на закључку да би тврдња да одредбе члана 73 регулишу све случајеве релација између општег и посебног закона, довела до апсурдног решења о практичној непримењивости привилегованих облика неког кривичног дела, што очигледно није био циљ законодавца.

<sup>2</sup> J. C. Contreras (1979b), 467; J. J. Hernández Sánchez, 50.



пажљиву анализу свих релевантних елемената једне инкриминације и њихове компарације на индивидуалном нивоу, како би се утврдило да је један од њих специјална врста другог, уз испуњеност осталих услова. Стога, специјалност једног правног концепта у односу на други се утврђује путем пажљиве интерпретације опсега појединачних категорија садржаних у законском опису, односно њиховог значења у конкретном искуственом контексту.

У прилог томе говоре и поједина одређења специјалитета, са компаративног аспекта у односу на релације неутралности. Белинг у том смислу истиче да се специјалитет исцрпљује у правилу да специјални тип (законски опис) у потпуности обухвата генерални, чиме је кажњивост детерминисана искључиво њиме, што се супротставља неутралности, као случају када афирмација примарног дела не мора увек да подразумева и афирмацију другог.<sup>3</sup> Овакав карактер принципа специјалитета, условио је чак и више доктринарних струја које се крећу у правцу његовог устоличења као јединог релевантног за конфигурацију привидног стицаја закона.<sup>4</sup> То нужно отвара питање домашаја специјалитета у склопу тако постављене јединствене теорије, која је везана како за његову улогу у поступку дистинкције од идеалног стицаја, тако и у односу на остале принципе класичног система. Наиме, од начина поимања опсега релације спецификације, као фактора повезивања генералног и специјалног закона, зависиће његово одређење у екстензивној или рестриктивној варијанти, а самим тим и низ других питања везаних за правне ефекте института.

Поред тога, од посебног значаја за јасно одређење последица примене специјалитета, што је условљено између осталог и поимањем правне природе привидног идеалног стицаја, јесте његово конципирање на бази теорије искључења (интерпретативно решење), или пак инклузије (стицајно решење). Ово питање, заједно са карактером његове логичке утемељености и заснованости на одговарајућим начелима који се налазе у основи института привидног стицаја закона, чине фундаментални скуп правила као предуслов разумевања овог принципа, односно прецизирања домашаја и ефеката истог у квалификацији привидног идеалног стицаја.

Иако максима *lex specialis derogat legi generali*, као полазна тачка свих доктринарних одређења овог концепта сама по себи упућује на срж поступка решавања конфликта између законских норми, односно његову логичку утемељеност, то није увек водило ка стриктном специјалитету у варијанти коју прихвата савремена доктрина, што захтева утврђивање јасних услова за констатацију постојања само једног кривичног дела по основу наведеног правила. Као полазну тачку у таквом поступку, можемо узети тврдњу према којој поједине инкриминације својим суштинским законским описом, истовремено обухватају и правне концепте вишег степена општости, примењиве на већи број искуствених случајева.<sup>5</sup> То је уједно и хипотеза коју ћемо узети као стандард у утврђивању законитости специјалитета, односно његових начелних поставки, места у систему привидног стицаја и начина примене на конкретне феноменолошке манифестације.

## 1. Фундаменталне поставке

Принцип специјалитета као један од критеријума индивидуализације привидног стицаја закона у поступку квалификације, у основи почива на начелним поставкама наведеног института, које се на конкретном плану доводе у везу са одговарајућим логичким релацијама између законских норми. У том смислу, он представља скуп правила којима се

---

<sup>3</sup> F. M. Peña Castillo, 75.

<sup>4</sup> Од ове концепције полазе немачки теоретичари Јакопс и Пупе, чија ћемо схватања изложити у наставку. Вид. С. Roxin (2014), 999; J. D. J. Restrepo, 20.

<sup>5</sup> Љ. Лазаревић (2011), 284. Аутор указује да се виши степен општости једног правног концепта, огледа у његовој својственисти широј групи кривичних дела.

утврђује природа и начин деловања *релације специјализације (спецификације)*, у односу на два генеричка концепта – генерална (општа) и специјална норма. Са процедуралног аспекта, у самом поступку квалификације, могуће је наведени однос посматрати са аспекта теорије *инклузије* или *искључења*, у зависности од тога да ли се полази од стицајног или пак интерпретативног приступа. То је иначе могуће једино код принципа специјалитета, будући да се ни код једног другог решења класичних система не може говорити о потпуном укључивању једне законске норме у односу на другу и одбацивању било каквог стицајног ефекта.

Посматрано са хијерархијске тачке гледишта, може се рећи да принцип специјалитета предњачи како са аспекта примата у поступку решавања конфликта између законских норми у контексту теорије привидног стицаја, тако и у погледу његове улоге у систему кривичног права, будући да се истиче и као један од кључних правила за решавање нормативних антиномија, паралелно са правилима временског важења закона (*lex posterior derogat legi priori*), односно њихове хијерархије (*lex superior derogat legi inferiori*).<sup>6</sup>

Стога се његова логичка утемељеност, као и методолошки приступ начину поимања односа између законских норми, односно улога коју у складу са тим остварује у теорији привидног стицаја закона, поред начелних поставки у вези са оправдањем његове примене, појављују као фундаментални основи за разумевања ефеката принципа специјалитета у поступку квалификације и правних последица институата.

### 1.1. Улога специјалитета у теорији (привидног) стицаја закона

Значај специјалитета за институт (привидног) стицаја закона, огледа се између осталог и у његовој првобитној улози фундаменталног, искључивог концепта на којем се заснива издвајање стицаја закона од аутентичног стицаја, пре свега идеалног. У том смислу, он се јавља као синоним за конструкцију која се у другој половини XIX века, издвојила од материје идеалног стицаја, по основу односа између законских норми. Иако се наведени концепт временом развијао и проширивао, дозвољавајући искључење правила стицаја чак и у неким другим ситуацијама, где нису испуњени стриктни услови специјализације, већ постоје релације другачије природе између конкретних правних концепата, ова првобитна концепција, добијала је отелотворење и у бројним савременим хипотезама које настоје да га сведу искључиво на поменуте случајеве, пре свега због једноставности његове примене и избегавања бројних недостатака и нерешивих концептуалних дилема везаних за друге могуће принципе. И поред ових покушаја, он ипак у савременој доктрини није задржао тоталну, већ улогу само једног од могућих принципа који се сматрају критеријумима индивидуализације (привидног) стицаја закона.

Према томе, улога специјалитета се на првом месту креће између идеје његовог поимања као репрезентације (привидног) стицаја закона, што одговара концепцији монистичких модела, са једне, односно функције једног од репрезентативних принципа решења класичних плуралистичких модела, који су однели превагу у савременој доктрини. Ово је истовремено уско повезано са његовим домањајем и начином тумачења његове логичке утемељености. Јасно је да ће оне концепције које целокупан систем стицаја закона заснивају управо на специјалитету као једином принципу, захтевати његово поимање у доста ширем смислу, те се у том контексту и говори о концепту *екстензивног специјалитета*. У класичним системима, он фигурира само као један од принципа решења, те је његово поимање у таквом суженом значењу, доста егзактније, а самим тим је и питање диференцијације од идеалног стицаја усмерено у другачијем правцу.

<sup>6</sup> Вид. N. Bobbio, *Teoria do ordenamento juridico* (Превод дела: „*Teoria dell' ordinamento giuridico*“, G. Giappichelli, 1982), Editora Universidade de Brasília, 1995, 92 – 97.

Имајући у виду његову логичку концептуалну основу и могућности дефинисања оперативних правила за решавање конфликта између норми, у односу на која не постоје веће дискрепанције у доктрини, у поређењу са другим принципима класичног система, јасно је због чега се истиче да се ради о најзначајнијем принципу за решавање привидног стицаја закона, праћеним најмањим тешкоћама у теоријском конципирању.<sup>7</sup> Осим тога, његова историјска улога у развоју целокупне теорије привидног стицаја закона, у складу са Меркеловом првобитном концепцијом, која је била управљена на дефинисање тачака дистинкције између новог концепта стицаја закона са једне, и идеалног стицаја, са друге стране<sup>8</sup>, потврђује његов примаран значај у разјашњењу односа са поменутом правном фигуром. То је, поред околности да његова правила почивају на предетерминисаним односима у склопу хијерархијског система законских норми, разлог зашто се може говорити о примату специјалитета у поступку квалификације.

Таква концептуална заснованост, условила је већ поменута теоријска настојања да целокупан систем поступка индивидуализације конфигурише на бази специјалитета као јединог оперативног и свеобухватног принципа стицаја закона. Према једној од таквих концепција, предвиђа се сажимање свих феноменолошких манифестација привидног стицаја закона у различите групе специјалитета, у складу са схватањем да супсидијаритет и консумпција не представљају независне принципе, већ „материјалне мотиве примарности“ специјалног типа у односу на генерални<sup>9</sup>, чиме им се негира аутономни карактер у тако одређеном систему.

Остављајући по страни теоријску адекватност и одрживост овог и сличних монистичких предлога, њихова улога се огледа првенствено у очвршћавању и наглашавању позиције специјалитета у теорији (привидног) стицаја закона, где се дефинитивно може одредити као први међу једнаким принципима индивидуализације, без обзира да ли му се приписује функција јединог или само једног од правила преференције.

Принцип специјалитета, тачније његов домашјај, али и основне карактеристике, зависе и од тога да ли се он разматра као компонента класичних или монистичких система. Јасно је да ће оне концепције које целокупан систем привидног стицаја закона заснивају управо на специјалитету као једином принципу, захтевати његово поимање у доста ширем смислу.

Са наведене тачке гледиште, може се говорити о две основне функције специјалитета у теорији привидног стицаја закона: 1) специјалитет као репрезентација привидног стицаја закона (монистички системи); 2) специјалитет као један од принципа индивидуализације (класични системи).

### 1.1.1. Специјалитет као репрезентација (привидног) стицаја закона

Поимање специјалитета као јединог принципа теорије привидног стицаја закона, подразумева утемељење института искључиво на његовим поставкама, дајући му карактер

---

<sup>7</sup> J. D. J. Restrepo, 15.

<sup>8</sup> J. P. Matus Асуња (2000а), 298.

<sup>9</sup> J. D. J. Restrepo, 20. Према немачком теоретичару Јакопсу, постоји неколико варијанти специјалитета: специјалитет у смислу интензитета описа (привилеговани, квалификовани, сложени деликти, умишљајни деликти наспрам нехатних, умишљајни наспрам деликата квалификованих тежом последицом и агравације), специјалитет у смислу конкретизације довршења (супсидијаритет, претходна некажњива дела, покушај и довршење), специјалитет у погледу интензитета довршења (извршилаштво наспрам учешћа), специјалитет у погледу интензитета последице (деликти опасности наспрам деликата повреде), специјалитет у погледу пратећег дела (консумпција) и специјалитет у погледу предвиђања регулације (накнадна некажњива дела). Вид. и С. Roxin (2014), 999.

репрезентативног концепта, што подразумева и нешто другачије постављање његовог домашаја, које некада може и излазити из домена стриктно логичких релација. Управо је то најзначајнија особеност већине монистичких концепција, које у практичном смислу не редукују феноменолошке манифестације привидног стицаја закона на случајеве логичких односа између норми, већ подразумевају реорденацију постојећих облика испољавања. На тај начин, случајеви који у класичним системима потпадају под друге принципе, попут супсидијаритета или консумпције, обједињују се под називом специјалитета, утемељеном не само на логичким, већ и на релацијама другачије правне природе.

Пре свега, чист монистички систем, утемељен на специјалитету у стриктном смислу, карактерисао је управо првобитно формулисање стицаја закона. Меркел је хипотезу овог института засновао на дефинисању тачака дистинкције између новог концепта стицаја закона са једне и идеалног стицаја, са друге, што је требало да омогући превазилажење одређених проблема у квалификацији, нарочито када је реч о примени привилегованих облика кривичних дела. Настојања да се избегну неадекватни ефекти примене решења идеалног стицаја у тим ситуацијама, довела су до формулисања правила о примату специјалног закона наспрам генералног.<sup>10</sup>

У савременој немачкој доктрини такође наилазимо на покушаје одређења специјалитета у складу са извесним монистичким хипотезама, мада већина њих одудара од стриктно логичке концепције, манифестујући се у виду проширења специјалитета и на случајеве традиционално обухваћене другим принципима решења.

Стога, у наставку ћемо указати на основне карактеристике најрепрезентативнијих модела, од којих једино концепт немачке ауторке Пупе задовољава услове правог монистичког система утемељеног на стриктно логичком карактеру овог принципа. Остали представљају просту реорденацију, односно обједињење правила осталих принципа решења.

Пре свега, важно је напоменути да овакви приступи могу имати утицаја и на померање граница између идеалног и привидног идеалног стицаја, односно њихово другачије формулисање у односу на класичне системе, које диференцијацију усмерава у потпуно другачијем правцу.

Један од таквих приступа, везује се за немачког аутора Келера, који је разматрајући границе између наведене две правне фигуре, редуковао класичне принципе решења у јединственој матрици, утемељеној на претпоставци јединства кривике, односно мотивације у деловању учиниоца, чије би дупло вредновање претпостављало кршење принципа *ne bis in idem*. Према терминологији аутора, то подразумева одговарајуће релације између екстензивнијег и стриктнијег дела, што се своди на однос између генералног и специјалног закона (*специјалитет у ширем смислу*).<sup>11</sup>

#### 1.1.1.1. Екстензивни специјалитет

Један од монистичких модела, који се везује за немачког аутора Јакопса, формулисан је на бази екстензивног специјалитета, као јединог оперативног и свеобухватног принципа стицаја закона. У складу са овом хипотезом, облици који се традиционално сматрају супсидијаритетом и консумпцијом, интегришу се у оквиру јединствене концепције специјалитета, која обухвата: 1) специјалитет у смислу интензитета описа (привилеговани, квалификовани, сложени деликти, умишљајни наспрам нехатних, умишљајни наспрам деликата квалификованих тежом последицом и агравације); 2) специјалитет у смислу конкретизације довршења (супсидијаритет, претходна некажњива дела, покушај и

<sup>10</sup> J. P. Matus Асуња (2000а), 298 – 299.

<sup>11</sup> J. P. Matus Асуња (2001), 357 – 358.

довршење); 3) специјалитет у погледу интензитета довршења (извршилаштво наспрам учешћа); 4) специјалитет у погледу интензитета последице (деликти опасности наспрам деликата повреде); 5) специјалитет у погледу пратећег дела (консумпција) и 6) специјалитет у погледу предвиђања регулације (накнадна некажњива дела).<sup>12</sup>

Међутим, критике овакве конфигурације крећу се у правцу истицања да се она удаљава од анализе логичких релација између генералног и специјалног закона, односно логичке детерминације која је карактеристична за специјалитет.<sup>13</sup> Роксин у том смислу указује да на овај начин није успостављена никаква релевантна дивергенција између различитих облика.<sup>14</sup>

Анализом изнете класификације, уочава се да једино специјалитет по основу интензитета описа одговара његовој концепцији у стриктном или логичком смислу, док се друге форме везују за класичне облике супсидијаритета и консумпције.<sup>15</sup>

Као што се може закључити, не постоје веће разлике између описаних манифестација релације специјалитета и облика обухваћених поменути екстензивним специјалитетом. С друге стране, прихватање ових варијанти једног, по својој суштини чисто логичког правила, тешко да би се могло правдати довољно убедљивим аргументима и додатно би довело у питање целокупну логичку и концептуалну утемељеност (привидног) стицаја закона.

Поред тога, оваква концепција би се могла схватити и као настојање да се нагласи значај дистинкције од идеалног стицаја, у поступку квалификације, односно њене условљености неким другим правилима, садржаним у већ поменути критеријумима диференцијације. Мишљења смо да је реч о истицању стриктно стицајног карактера института, односно схватања принципа решења као искључиво правила преференције, као продукта доктрине, а не средства интерпретације којима се може *a priori* извршити било каква дистинкција између законских норми, тумачењем њихових релационих односа у складу са правилима логике. Управо то се постиже одузимањем специјалитету његовог стриктно логичког карактера.

Међутим, већ смо напоменули да је привидни идеални стицај конструкција мешовите правне природе и не може бити у потпуности лишена своје интерпретативне утемељености, због чега се другачија логичка, односно вредносна утемељеност различитих

---

<sup>12</sup> Вид. J. D. J. Restrepo, 20. Суштина поменутог гледишта се састоји у претпоставци да су остале варијанте само особени облици специјалитета. Вид. и C. Fahl, 277.

<sup>13</sup> J. P. Matus Асућа (2001), 369. Износећи гледишта Јакопса, немачки аутор Фаел (*Fahl*) напомиње да се прихватањем ове концепције, заправо ништа не постиже у разјашњењу ситуације, нити доприноси ефикасној примени института.

<sup>14</sup> C. Roxin (2014), 999.

<sup>15</sup> J. P. Matus Асућа (2001), 370. Сходно изнетом схватању, аутор даље наводи релевантне теоријске подкласификације. Тако, категорија специјалитета по основу интензитета описа, обухвата: 1) квалификована, привилегована и сложена дела која садрже више елемената од базичних, те се стога у односу на њих појављују као преферентна; 2) случајеве када се неки деликт користи како би формирао „специјално тежи“ случај или детерминисао казну неког другог деликта; 3) умишљајни деликти наспрам нехатних и деликата квалификованих тежом последицом, 4) деликти са директним умишљањем, наспрам оних са евентуалним умишљањем; 5) намера наспрам директног умишљаја другог степена.

У категорију специјалитета по основу степена извршења, интензитета учешћа у делу или интензитета резултата, убрајају се облици традиционалног супсидијаритета: 1) облици учешћа који су ближи извршењу, наспрам каснијих фаза; 2) интензивнији облици учешћа (они који су ближи извршилаштву), наспрам блажих; 3) интензивнији резултати, наспрам мање интензивних (деликти конкретне опасности, наспрам деликата довршења).

Специјалитет који се односи на пратећи акт, подразумева да главни деликт има примат у односу на исти, чак и онда када казнени овир тог другог деликта није мањи. Последња категорија обухвата случајеве консумпције, односно тзв. накнадна некажњива дела.

принципа индивидуализације мора уважити приликом квалификације. У супротном би се у потпуности обесмислила сва релевантна правила како поступка диференцијације између сродних правних категорија, тако и саме индивидуализације правила привидног стицаја као његових кључних фаза, које се међусобно прожимају и реципрочно условљавају у остваривању јединственог циља.

То свакако не значи да би требало отићи у другу крајност и ограничити феноменолошке манифестације института само на случајеве правога специјалитета, у складу са стриктним интерпретативним приступом, који негира било какав стицај норми, што би пак водило неоправданом проширењу области примене идеалног стицаја. Самим тим, оваква настојања управљена ка екстензивном поимању домашаја идеалног стицаја, вратила би теорију привидног стицаја закона на сам почетак, у складу са Меркеловом идејом, што је у савременом кривичном праву неодрживо. Управо то се догодило и у случају друге репрезентативне монистичке теорије, коју је развила немачка ауторка Пупе, што је, између осталог, и један од разлога зашто је сматрамо догматски неадекватном, баш као и концепцију екстензивног специјалитета.

#### *1.1.1.2. Специјалитет у стриктном смислу*

Монистички модел који је развила Пупе, полази од својеврсне реорганизације целокупне стицајне материје, у складу са хипотезом да је специјалитет у стриктном смислу једина форма стицаја закона, док се сви случајеви где постоји „сличност у невредности“, решавају у складу са правилима идеалног стицаја.<sup>16</sup>

Пре указивања на основне карактеристике овог идејног концепта, треба имати у виду да је он формулисан у систему где је кривичноправни третман идеалног стицаја заснован на принципу апсорпције и диференцира се од реалног стицаја, што је и условило већ поменуте последице изједначавања његових правних ефеката са идеалним стицајем у практичном смислу.

За разлику од Јакопса који излази из оквира логичког карактера принципа специјалитета, немачка ауторка Пупе, сматра да постоји стицај закона само онда када између конкретних правних диспозиција постоји релација специјалитета, и то у њеном логичком или стриктном смислу, тачније онда када једна диспозиција садржи све елементе друге, а уз то још и један или више специјализирајућих. У осталим случајевима, које класични системи сматрају садржаним у оквиру института стицаја закона (у највећем броју случајева супсидијаритета и скоро свим случајевима консумпције), треба узети да постоји идеални стицај.<sup>17</sup>

Као што се може уочити, ова концепција је од великог значаја и за постављање параметара диференцијације у односу на идеални стицај, што указује на проширење опсега његове примене. Ипак, иако се ради о поједностављењу најтежег проблема у теорији привидног стицаја закона, оличеног у успостављању релевантних критеријума дистинкције од идеалног стицаја, поставља се питање кршења неких од основних принципа института, попут забране двоструког вредновања.

Аргументи на којима Пупе заснива своју концепцију, састоје се у критикама упућеним традиционалном класичном моделу, оличеним у констатацији да супсидијаритет и консумпција представљају својеврсну „превару етикета“, те да су заправо случајеви идеалног стицаја. То потврђује тврдњама да су сва њихова доктринарна одређења толико широка да могу чак обухватити и случајеве идеалног стицаја, додајући да би самим тим довели и до

<sup>16</sup> Вид. С. Roxin (2014), 999.

<sup>17</sup> Ј. Р. Matus Асуња (2001), 370.

неоправданог привилеговања учиниоца, нарочито у случајевима квалификованог покушаја, или када је привидно дело у одређеној мери теже од примарног. Још један разлог види у потреби коришћења појединих ефеката идеалног стицаја (посебног минимума и акцесорне казне одбаченог дела), како би се кориговали наведени недостаци супсидијаритета и консумпције.<sup>18</sup>

Заиста, уколико анализирамо све претходне дефиниције специјалитета на које смо указали, са свим специфичностима, уочава се да постоји велико поклапање са ситуацијама идеалног стицаја, на начин на који је он регулисан у одредбама немачког законодавства. Такође, управо су се због недостатака са аспекта неоправданог привилеговања учиниоца, временом јавили изузеци у домену примене корективних механизма у таквим ситуацијама, што је опет водило ка прибегавању истим оним последицама као и код идеалног стицаја, односно до различитог третирања ситуација које потпадају под исти скуп правила, како би се избегле наведене последице. Најзначајнија практична манифестација оваквог резоновања у савременој доктрини, огледа се у конципирању разјашњавајуће функције идеалног стицаја на чије смо карактеристике већ указали, а којом се задаје највећи ударац привидном идеалном, на рачун идеалног стицаја у теорији кривичног права. Међутим, треба имати у виду да су њени продукти заправо последица криминално–политичких, више него суштинских теоријских конститутивних фактора, имајући у виду неусаглашеност законске регулативе у овој области у компаративном законодавству.

Ако би се и оставило по страни да је ова концепција могућа само у законодавствима где је идеални стицај регулисан на бази јединства дела, због чега и долази до поклапања правних последица са привидним стицајем, то би довело у питање основна начела и поставке како идеалног, тако и привидног идеалног стицаја. Стога, осим у чисто теоријске сврхе, на плану покушаја решавања кључних проблема у теорији стицаја и привидног стицаја, ова концепција нема већу практичну вредност, нарочито не са аспекта наших законских и доктринарних решења и може се декларисати као неоправдано поједностављење комплексне проблематике дистинкције између привидног и аутентичног стицаја. Међутим, од значаја је за дефинисање смерница даљег развоја у овој области, будући да исправно поставља кључне проблеме у примени привидног стицаја, иако само решење истих није задовољавајуће.

---

<sup>18</sup> *Ibid.*, 371. На основу изнетих аргумената, немачка ауторка Пупе се залаже за посебан стицајни систем, који се састоји у неколико правила.

Пре свега, члан 52 је управљен ка регулисању, у моменту детерминације казне, симултаног стицаја тзв. *концепата обједињених у невредности*, успостављајући казнене последице потпуне апсорпције једног дела у оквиру другог (примена тежег деликта), који би једино могао да имплицира примену најтеже казне (принцип комбинације), јер би у супротном дошло до поновљеног вредновања елемента невредности.

Према Пупе, концепти обједињени у невредности би били практично они који деле најмање један заједнички елемент (на пример довођење у заблуду код преваре и фалсификовања докумената), они код којих је један од елемената специјалан у односу на други (повреде наспрам принуде), односно они које је сам закон детерминисао као посебно озбиљан случај реализације другог (на пример, наношење тешких телесних повреда код отмице).

Према Пупе, сви ови случајеви обједињења у „сличности“, могу се степеновати, али када се ради о специјалитету у стриктном или логичком смислу, њихова сродност би била таква да је довољна примена само специјалне норме. Под таквим условима, није нужна примена одредбе чл. 52, која регулише идеални стицај, како би се обухватила целокупна садржина невредности дела, нити је потребно уважавање привидног дела у поступку одмеравања казне.

На крају, одредбе члана 53 би се односиле само на случајеве код којих не постоји таква сродност, или се пак ради о ситуацији хомогеног идеалног стицаја, где је искључена могућност дуплог вредновања, с обзиром да изостаје било какав заједнички елемент невредности.

### 1.1.2. Специјалитет као један од класичних принципа решења

За разлику од монистичких предлога, у класичним системима, специјалитет представља један од принципа индивидуализације који се користе у поступку решавања конфликта између законских норми и са те тачке гледишта смо и приступили његовом изучавању у нашем раду.

### 1.2. Начелна утемељеност (оправдање)

Формално устоличење специјалитета као једног од принципа решења у теорији привидног стицаја закона, који почива на стриктној логичкој релацији између законских норми специјалног и општег карактера, везује се за немачког аутора Хонига<sup>19</sup>, а таква концепција је задржала примат и у савременој доктрини.

Приликом разматрања општих критеријума дистинкције између случајева привидног и аутентичног стицаја, указали смо на својеврсне принципе општег карактера, на којима се темељи оправдање привидног стицаја закона у односу на друге стицајне категорије. Они важе и на плану сваког појединачног принципа индивидуализације.

Наиме, број норми првог нивоа које ће бити примењене у сваком конкретном случају, везује се за два основна правила: 1) захтев пуноважности – подразумева да норма или норме које се примењују морају узети у обзир све околности неке радње или радњи које је законодавац сматрао релевантним; 3) захтев *ne bis in idem* – подразумева забрану примене две или више норми првог нивоа, уколико описују исту околност разматране радње.<sup>20</sup>

Јасно је да је под овако постављеним правилима, приликом квалификације неопходно успоставити равнотежу између два супротстављена захтева, што за примену специјалитета подразумева да се специјални карактер одређене норме, огледа у њеној способности да покрије целокупни садржај генералне (позитиван услов), односно да својом искључивом применом спречи кршење забране двоструког вредновања (негативни услов). Деловање у домену обезбеђења поменутих захтева, чини основ специјалитета као једног од принципа индивидуализације привидног стицаја закона, чија примена условљава позиционирање института привидног стицаја закона у систему кривичног права.

Конфигурација правила преферентности у складу са односом између генералног и специјалног закона, на бази релације род – врста, има своје утемељење пре свега на начелу законитости и служи управо његовој заштити, која се обезбеђује правилно спроведеним поступком тумачења хијерархијског односа између законских норми, у складу са њиховим предетерминисаним релацијама. У том смислу, бране се пре свега решења законодавца о примени привилегованих облика одређених базичних кривичних дела, у складу са сврхом и смислом њиховог прописивања.

Поред тога, принцип специјалитета спречава кршење забране двоструког вредновања, односно материјалне димензије принципа *ne bis in idem*, до чега би дошло у случају примене генералног закона, чији су сви елементи садржани у норми специјалног карактера, у складу са релацијом спецификације.

У том смислу, можемо се сложити са констатацијом да се специјалитет појављује као једини принцип код којег долази до потпуне обухватности једног правног концепта

<sup>19</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 320.

<sup>20</sup> J. C. Moliné, 53 – 54. Указује се да код специјалитета, ексклузивна примена једне од норми, почива управо на изложеним критеријумима рационалности.



другим и где би паралелна примена генералне и специјалне норме довела до кршења забране двоструког вредновања.<sup>21</sup>

Такође, посматрано са аспекта теорије казне, остваривање циљева специјалне и генералне превенције, сматра се постигнутим искључивом применом специјалне норме, што важи и за поштовање ретрибутивних захтева, који нису условљени применом обе инкриминације. Тако, истиче се да са превентивне тачке гледишта, третирање случајева специјалитета треба да буде ефективно утемељено на примени казне само једног апсорбујућег деликта, односно да додатна примена генералног закона не говори ништа ново о самој личности учиниоца, што би било од утицаја на његову ресоцијализацију.<sup>22</sup>

Стога, у складу са поставкама наведених начела, може се закључити да деловање принципа специјалитета обезбеђује покривеност невредности дела, као услов квалификације привидног стицаја закона. На то указује и околност да је ово једини принцип решења који почива на претпоставци потпуне обухватности једне инкриминације другом, због чега и поменути начелни принципи теорије привидног стицаја проналазе своје најпотпуније отелотворење. На тај начин, специјалитет фигурира као репрезентативни, школски пример манифестације њихових правила.

Поред начелног доктринарног оправдања у складу са наведеним принципима, специјалитет у одређеним кривичноправним системима има и своје законско утемељење. То је случај са шпанским Кривичним закоником, где је и хијерархијски одређен као примарни принцип, чија примена долази у обзир онда када нису испуњени услови идеалног и реалног стицаја. У складу са чл. 8, ст. 1<sup>a</sup> поменутог закона, у случају када се неко понашање може подвести под два или више законска концепта, примениће се правило да је специјалан закон преферентан у односу на генерални. Такође, у италијанском законодавству, одредбом чл. 15, предвиђено је да закон или диспозиција специјалног карактера, дерогира општу, ако се односе на исту материју (фактичку ситуацију – „*stessa materia*“), осим уколико није другачије предвиђено. На слично опредељење наилазимо и у руском законодавству, где је случај стицаја опште и специјалне норме такође изричито регулисан.<sup>23</sup>

Међутим, и без оваквих регулаторних одредби, које су првенствено дескриптивног карактера и служе потврђивању његове релевантности као принципа привидног стицаја закона, на основу тумачења хијерархијског односа између норми, долази се до истоветног закључка. У прилог томе говори и констатација да специјалитет није ништа друго до принцип правне логике, до чије ће примене доћи чак и уколико изостану било какве регулаторне одредбе у наведеној области, будући да је јасно да је законодавац успостављањем специјалног концепта желео управо да искључи примену генералног.<sup>24</sup>

У том смислу и у шпанској литератури се заузима став да одредба чл. 8, ст. 1<sup>a</sup>, заправо не пружа никаква објашњења у чему се специјалитет састоји, због чега изостаје аутентично тумачење ове фигуре, односно прибегава се уобичајеној (доктринарној) интерпретацији.<sup>25</sup> Уочава се да и ова законска дефиниција подржава генералну идеју о

<sup>21</sup> Н. Н. Jescheck, W. Ruß, G. Willms, 37.

<sup>22</sup> F. Szczeronski, 513.

<sup>23</sup> О. В. Артюшина, „Причинение тяжких последствий при превышении должностных полномочий: проблемы квалификации“, *Вестник Казанского юридического института МВД России* 3(33)/2018, 350; Э. М. Нафеев, „Конкуренция уголовно – правовых норм Статей 105 И 317 УК РФ“, *Научный журнал NovaUm.Ru* 7/2019, 228.

Карактеристично је да се интерни садржај стицаја опште и специјалне норме, своди на следеће феноменолошке манифестације: 1) случајеви специјализирања елемената садржаних у општој инкриминација; 2) релације између основног и привилегованог облика; 3) релације између квалификованих и привилегованих инкриминација; 4) релације између основног и квалификованог облика; 5) релације између више квалификованих облика. Вид. А. М. Зацепин (2014), 93.

<sup>24</sup> F. Pavón Vasconcelos, 165.

<sup>25</sup> J. P. Matus Acuña (2005), 470.

логичкој утемељености, у складу са максимумом *lex specialis derogat legi generali*, што указује да не упућује на додатна и специфична одређења такве релације, у односу на оне прихваћене у доктрини. Стога, поставља се питање сврхе оваквог правила, изван домена потврде релевантности института стицаја закона.

Исто тако, опредељење за регулацију института привидног стицаја закона, базирано искључиво на специјалитету, попут решења из италијанског законодавства, отвора и многобројне дилеме, како у погледу домашаја опсега примене (оперативности) наведеног решења, тако и могућности примене додатних критеријума за решавање привидног стицаја.<sup>26</sup> Тиме се заправо не постиже много у детерминацији његових кључних поставки, а уз то се беспотребно отвара полемика о његовом односу са другим релевантним принципима и конфигурацији плуралистички оријентисаних модела, односно његовој улози и границама у таквом систему.

### 1.3. Правна природа

Општа схватања о правној природи института (привидног) стицаја закона, одразила су се и на индивидуалном плану, у домену начина поимања основне улоге принципа специјалитета.

У том смислу, његове фундаменталне поставке можемо одредити полазећи од две теорије, које се доводе у везу са правном природом наведеног принципа – *теорија искључења* и *теорија инклузије*, чија је категоризација извршена по основу оправдања давања примата специјалној норми. Заправо, ради се о скупу правила која указују на оправдање констатације института привидног стицаја закона у наведеним случајевима

Наиме, у складу са поставкама теорије искључења, специјалитет остварује функцију ограничавања примене генералног закона, што подразумева да је исти одређен истовремено и путем негативних елемената, оличених у постојању специјалног закона, који спречавају да се исти прошири на терен другог законског концепта.<sup>27</sup> Насупрот томе, теорија инклузије полази од хипотезе да *lex specialis* не утиче на садржај и домашај норми у конфликту, него фигурира накнадно, када је он већ констатован, нудећи правило за његово решавање, односно сматра се да једна иста радња потпада под више казних концепата, који се међусобно искључују.<sup>28</sup>

Као што се може закључити, у првом случају, ради се приступу интерпретативног карактера, које подразумева да присуство специјалног закона *a priori* утиче на домашај генералног, одређеног у негативном смислу, односно не дозвољава њихово паралелно постојање, због чега се и говори о „искључењу“. То истовремено захтева и стриктно логичко поимање специјалитета.

Схватања која заступају ову концепцију, полазе од претпоставке да законски опис одређеног кривичног дела, поред позитивних, садржи и одређене негативне елементе, који се манифестују у претпоставци да нису испуњени услови примене његовог квалификованог, односно привилегованог облика.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> Т. Guerrieri, 310.

<sup>27</sup> Ј. Р. Matus Асуња (1999), 73 и 106. Тако и М. А. Torrez López, 155. У том смислу, указује се да је ефекат *lex specialis*-а, оличен у ограничењу домашаја другог закона.

<sup>28</sup> R. Plascencia Villanueva, *Teoría del Delito*, Instituto de investigaciones jurídicas, México 2004, 238.

<sup>29</sup> Ј. Р. Matus Асуња (1999), 73 – 75. Као класичан пример, наводи се кривично дело убиства, које поред позитивно одређених елемената, оличених у лишењу живота другог лица, садржи и оне негативне, који детерминишу конфигурацију специјалног кривичног дела.

С друге стране, инклузија би подразумевала да на једном апстрактном нивоу, постоје паралелно и генерални и специјални закон, који се накнадно, у складу са дефинисаним критеријумима, искључују.

Имајући у виду карактер специјалитета као јединог стриктног логичког правила, јасно је због чега се оставља могућност паралелног опстанка обе концепције. Стога, у концептуалном смислу, њихово диференцирање нема већи практични домашај. Међутим, можемо се сложити са гледиштем да је стицајно решење, оличено у инклузији, адекватније за решавање спорних питања у квалификацији, пре свега у случајевима заблуде, чиме се обезбеђује одговарајуће вредновање свих релевантних чинилаца, те да би требало уважити околност да се релација између казних типова не исцрпљује само у домашају законских описа одређених кривичних дела, већ и њихових санкција.<sup>30</sup>

У сваком случају, и један и други приступ сматрамо начелно исправним у суштинском смислу, при чему се може рећи да су наведене теорије релевантне превасходно са аспекта методолошког поступка квалификације, нарочито у домену дистинкције од идеалног стицаја, где највише долазе до изражаја код примене правила о заблуди и саучесништву.

#### 1.4. Логичка утемељеност

У складу са категоризацијом свих принципа решења на логичке и вредносне, односно имајући у виду велики утицај природе релација између законских норми у поступку решавања конфликта између њих, једно од прелиминарних питања које се поставља у дефинисању домашаја и правила примене сваког принципа индивидуализације, јесте њихова евентуална логичка утемељеност.

Специфичност логичке основе је управо суштинска карактеристика по којој се специјалитет разликује од других принципа индивидуализације, будући да се преферентност једне норме у односу на другу изводи директно из апстрактне компарације законских типова, а не из аксиолошких критеријума.<sup>31</sup> Међутим, треба имати у виду да то важи искључиво уколико специјалитет схватимо у његовој стриктној логичкој варијанти. У том правцу се креће и једна од најстриктнијих дефиниција овог правног концепта у доктрини, која га одређује као логичко – семантички квалитет, испољен у садржају значења правних изјава.<sup>32</sup>

Посматрано са аспекта логичке заснованости специјалитета у односу на остале принципе решења, његова позиционираност у оквирима логичког система, манифестује се у хипотези да је могуће издвојити две основне врсте релевантних релација. У питању је концепција немачког аутора Клуга, утемељена на претпоставци да постоје само две могуће релевантне релације, које се манифестују у виду интерференције са једне, или субординације, са друге стране.<sup>33</sup> Релација субординације, која би заправо одговарала специјалитету, према Клугу, постоји онда када један објекат који потпада под концепт А,

---

<sup>30</sup> *Ibid.*, 92 и 106 – 107. Аутор као аргумент у давању примата теорији инклузије, наводи њену адекватност да реши случајеве евентуалне заблуде учиниоца у погледу постојања одређених карактеристика специјалног деликта, у ком случају не би било препреке да се примени општа инкриминација. Међутим, остаје спорно једино питање евентуалног одређења за квалификацију утемељену на стицају довршеног генералног и покушаја специјалног, или пак оне засноване на нехатном облику специјалног деликта.

<sup>31</sup> S. R. Diaz, 158; J. C. Contreras (1979b), 467. Иако се наводи да је реч о најједноставнијем случају и најјаснијој ситуацији, ипак се указује на својеврсне проблеме у погледу прецизног утврђивања његових граница. То се превасходно односи на већ поменути проблематику у вези примене конструкције „деликата *sui generis*“.

<sup>32</sup> S. Zorzetto, *Lex specialis derogat generali: specialità giuridica e deroga*, Seminari de la Facultat de Dret 26 gener 2012, Univesitat de Girona, 2012, 4.

<sup>33</sup> M. A. Arce Aggeo, 170.

такође потпада и под концепт Б, док обрнуто не важи. У таквим случајевима, концепт А се сматра субординисаним (укљученим), а концепт Б субординантним (супериорним).<sup>34</sup>

У доктрини постоји општа сагласност да је специјалитет принцип логичког карактера, заснован на релацији субординације, манифестоване у правилу да је законски тип који укључује све елементе другог, односно поседује већи број карактеристика, специјалан у односу на други, који садржи само поједине елементе првог<sup>35</sup>, тачније да свака радња којом се реализује специјално кривично дело, у исто време подразумева и реализацију законског описа генералног типа, док обрнуто није случај.<sup>36</sup> Стога, једна од основних карактеристика субординације јесте да се манифестује у виду концептуалне обухватности („затварања“) једне законске норме другом, која је детерминисана околношћу да неће доћи до реализације специјалног типа, без остваривања генералног.<sup>37</sup>

И у шпанској литератури се истиче логичко–формални карактер принципа специјалитета, односно правило *lex specialis derogat legi generali*, што се сликовито описује помоћу два концентрична круга, где садржај специјалног закона обухвата све карактеристике генералног. При томе се као типични примери наводе однос између кривичног дела убиства и убиства детета при порођају као његовог привилегованог облика.<sup>38</sup> На сличан начин се детерминише логичка утемељеност специјалитета и у италијанској доктрини, при чему се указује да „круг већег пречника“ представља опште правило, чија је примена искључена постојањем потконструкције постављене унутар мањег круга.<sup>39</sup> Ова констатација, односно ограничење специјалитета само на описане случајеве, од значаја је и за утврђивање домашаја његове примене, будући да из опсега истог искључује случајеве тзв. билатералног специјалитета, успостављене на темељу два круга која се секу, уз постојање независних подручја која не дозвољавају потпуну концептуалну обухватност.

Наиме, логичка утемељеност *билатералног специјалитета* одговара релацији интерференције између законских норми, графички представљене у виду два круга која се секу, што у практичном смислу значи да свака од норми у конфликту поседује макар један специјализирајући елемент комплементаран генералном елементу друге.<sup>40</sup>

Оправдање примене правила *lex specialis derogat legi generali*, заснива се на констатацији да би у случају непримењивања специјалног закона, дошло до кршења правила логике, односно ексклузивне примене генералног закона.<sup>41</sup> Самим тим, истиче се да принцип специјалитета није ништа друго до правило логике, а у кривичном праву важи без обзира да

---

<sup>34</sup> J. P. Matus Acuña (2001), 364. Према Клогу, управо је то релација која постоји између тешког убиства и убиства. Ако се пође од концепције коју износи поменути немачки аутор, она се поставља у складу са правилом да постоје следеће врсте релација између норми: 1) идентитет; 2) хетерогеност; 3) субординација; 4) интерференција.

То је иначе била и класификација на коју је указивао Биндинг у класичним системима, с том разликом да осим идентитета, све остале наведене релације одговарају ексклузивитету, субординацији и неутралности. При томе, идентитет постоји уколико, полазећи од два концепта, објекат који потпада под концепт А, истовремено потпада и под концепт Б и обрнуто. Релација интерференције, према Клогу, постоји онда када барем један објекат који потпада под концепт А, такође потпада и под концепт Б, односно када најмање један објекат који потпада под концепт А, не потпада и под концепт Б и обрнуто.

<sup>35</sup> C. A. Paredes Vargas, 62 – 63; H. G. Maldonado, 177.

<sup>36</sup> M. A. Arce Aggeo, 169.

<sup>37</sup> H. G. Maldonado, 177; M. A. Arce Aggeo, 169.

<sup>38</sup> J. P. Matus Acuña (2007), 29. У питању је иста концепција Биндинговог геометријског модела, а наведено схватање се узима за шпанског аутора Антона (*Anton*).

<sup>39</sup> R. Mazzoni, *Il concorso di reati e il concorso di persone nel reato*, Casa Editrice Dott, Milan 2011, 711 – 712; L. De Liguori, 384; S. Finocchiaro, „Concorso di reati o concorso apparente di norme? Alle sezioni unite la vexata quaestio del rapporto tra truffa e malversazione“, *Nota a Cass. pen., sez. VI, ord. 3 novembre 2016 (dep. 9 novembre 2016), n. 47174, Pres. Carcano, Est. Ricciarelli*, <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/3049-finocchiaro2016a.pdf>, 5. фебруар 2022, 7.

<sup>40</sup> M. Bortoluzzi, 110.

<sup>41</sup> M. A. Torrez López, 153.

ли је изричито регулисан или не.<sup>42</sup> Ипак, указује се и на релативност ове констатације, приликом примене поменутог правила у пракси, будући да одлука о томе која је норма специјална у односу на другу, претпоставља и прелиминарно вредновање истих, чиме се на неки начин уводи својеврсни аксиолошки критеријум.<sup>43</sup>

Може се закључити да у случају субординације, постоји делимично поклапање између два законска описа, при чему се специјалитет констатује под следећим условима: 1) једна законска норма (специјална) садржи све елементе друге (генералне), односно у потпуности је обухвата; 2) специјална норма поред тога садржи још неки додатни елемент, који прва не поседује. Другим речима, у поменутих случајевима, сматра се да постоји логичка релација субординације између две законске норме, која се решава применом правила преференције специјалног закона, у складу са максимумом *lex specialis derogat legi generali*.

У погледу општег односа између наведена два појма (специјалитета и субординације), он се може приказати констатацијом да специјалитет представља правило решавања конфликта између законских норми, које се налазе у релацији субординације, засновано на принципу *lex specialis derogat legi generali*. То подразумева да констатација субординације представља претходни корак и указује на преегзистирајуће односе између две законске норме.

## 2. Концептуална одређења

У најопштијем смислу, специјалитет се може одредити као принцип решавања конфликта између законских норми, односно правило преферентности у поступку квалификације, засновано на логичкој релацији субординације, која подразумева да специјални закон има примат над генералним, у складу са правилом *lex specialis derogat legi generali*.

При томе, овако конципиран концепт специјалитета има неколико основних елемената: 1) генерална и специјална норма; 2) релација спецификације; 3) оперативно правило *lex specialis derogat legi generali*.

Примена принципа специјалитета, односно правила да специјални закон дерогира генерални, као кључне фазе поступка квалификације, условљена је превасходно претходном констатацијом релације спецификације између две законске норме, што подразумева поређење обележја законских описа инкриминација у конфликту.

Стога, закључак о концептуалном одређењу специјалитета подразумева претходно утврђивање формалних елемената конструкције, као и његове материјалне компоненте, оличене у дефинисању релације специјалитета (спецификације), тачније услова под којима се сматра да је једна законска норма специјална у односу на другу, што уједно дефинише и опсег примене поменутог принципа, у складу са његовим екстензивним или рестриктивним поимањем.

Претходно решавање садржаја материјалне димензије, односно утврђивање услова постојања релације специјалитета, омогућава да се у поступку индивидуализације привидног идеалног стицаја, интерпретацијом инкриминација у конфликту, примени правило преферентности – „специјални закон дерогира генерални“, чиме се обезбеђује остваривање функције специјалитета као принципа привидног идеалног стицаја.

---

<sup>42</sup> А. Etcheberry, 124; Н. Muñoz Norment (1986), 375; J. J. Hernández Sánchez, 51. Мецгер такође указује да специјални закон искључује генерални, из логичких разлога. Вид. Е. Mezger, 346.

<sup>43</sup> Н. Muñoz Norment (1986), 375.

Управо поменуте две димензије чине садржај доктринарних одређења специјалитета као принципа индивидуализације, при чему за разлику од формалних елемената, постоје извесне дискрепанције у погледу начина утврђивања садржаја материјалне димензије, које утичу на његов домашај.

## 2.1. Доктринарна одређења

Дефиниције специјалитета у доктрини углавном полазе од исте концептуалне основе, односно од дескриптивног описивања деловања релације специјалитета, или пак наглашавању процедуралних елемената, оличених у примени максиме *lex specialis derogat legi generali*. Нешто ређе, нагласак се ставља и на материјалну компоненту, односно опсег примене саме релације специјалитета.

Сходно томе, у зависности од начина поимања домашаја поменутог принципа, може се говорити о екстензивним и рестриктивним дефиницијама, а самим тим и о његове две врсте. С друге стране, приступ заснован на наглашавању дескриптивних ефеката специјалитета, супротставља се дефинисању концептуалних карактеристика такве релације.

У циљу систематичног приказивања у суштини не много одударајућих доктринарних одређења, класификоваћемо их на четири групе: 1) дефиниције које наглашавају релацију спецификације, односно полазе од услова под којима се сматра да је један закон специјалан у односу на други (материјалне дефиниције); 2) дефиниције које констатују исход примене принципа специјалитета (дескриптивне); 3) дефиниције које полазе од процедуралног елемента конструкције – правила *lex specialis derogat legi generali* (процедуралне); 4) дефиниције које наглашавају опште критеријуме примене института привидног стицаја закона са аспекта принципа специјалитета (вредносне).

За нас су свакако најзначајније материјалне дефиниције, које одређују предуслове примене овог принципа, односно прву фазу констатације релације специјалитета, као и вредносне које се односе на његову примену у поступку квалификације.

Када је реч о материјалним дефиницијама, оне су условљене наглашавањем услова који морају бити испуњени ради констатације релације специјалитета. Осим тога, из њих произлазе и различите концепције овог принципа, односно његове врсте, што указује на велики значај опредељења за одређени начин регулације овог правног концепта. Ради се о наглашавању особина конструктивних елемената законских описа бића неких кривичних дела, односно околности да је један законски опис опште природе, те да су његова обележја садржана у другом кривичном делу, који поред тога поседује и своје посебно обележје.

Настанак оваквих дефиниција, био је условљен и самим историјским развојем принципа специјалитета, односно настанком концепције специјалитета у формалном смислу, која се везује за рад немачког аутора Хонига, имајући у виду да је пре тога његово одређење било искључиво дескриптивног карактера.<sup>44</sup>

Тако, указује се да специјалитет постоји онда када један законски тип садржи све елементе или карактеристике другог, а уз то још и неки додатни елемент који условљава посебан фундаментални основ кажњивости, на основу чега се долази до закључка да је реализација специјалног типа само један облик – форма повреде генералног.<sup>45</sup> Овакав

<sup>44</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 321.

<sup>45</sup> J. J. Hernández Sánchez, 50. Тако, убиство детета при порођају је специјално у односу на обично убиство, будући да поседује додатне, специјализирајуће елементе.

Вид. и J. P. Matus Acuña (2000b), 31; A. Pagliaro, 241. У том смислу, указује се да се једна норма појављује као партикуларна варијанта друге, при чему се не могу обе применити на конкретан случај, будући да преовлађује она која је стриктног карактера.

приступ је устоличен и путем изричитих законских регулација, попут одредбе чл. 15 италијанског Кривичног законика, што је имало за последицу да се већина доктринарних дефиниција директно ослања на поменуто законодавно решење.<sup>46</sup>

Свакако једна од најрепрезентативнијих јесте Хонигова дефиниција, која у први план ставља управо наглашавање значаја специјализирајућих елемената. У том контексту, указује се да релација специјалитета постоји онда када *lex specialis* садржи све типичне елементе базичног дела, а уз то још и један или више специјализирајућих елемената.<sup>47</sup> Ова дефиниција се може сматрати узором савременим одређењима специјалитета, а њен теоријски значај се огледа у истовременом дефинисању домаћаја овог принципа, односно његовом ограничењу на логичке аспекте односа између конкретних инкриминација.

Поред тога, према дефиницији немачких теоретичара, релација специјалитета постоји онда када један правни концепт обједињује све елементе другог, а од њега се разликује само по томе што поседује барем још један додатни елемент, који омогућава да се конкретно дело подведе под специфичну тачку гледишта.<sup>48</sup> Слично томе, указује се и да специјалитет постоји онда када су сви елементи једног од казних типова садржани у другом, док супротно не важи.<sup>49</sup>

Иако у доктрини преовлађују одређења која наглашавају околност постојања додатног, специјализирајућег елемента, сматрамо да је суштински прецизније указати да је заправо реч о томе да једна норма поседује све конститутивне елементе друге (генералне), као и специјализирајуће карактеристике<sup>50</sup>, имајући у виду да се оне могу испољити не само у виду додатка, већ и као партикуларна одређења општих елемената, тако да у квантитативном смислу не постоји одступање у погледу броја градивних компонената два колизиона концепта. Ово је у складу и са нашим поимањем феноменолошке димензије специјалитета. Још једна дефиниција у прилог постављеној хипотези о дипартитној категоризацији феноменолошких облика овог принципа решења, полази од констатације да је специјална она норма која конкретизује једну или више карактеристика опште, односно на шири начин описује извршено дело.<sup>51</sup>

Може се рећи и да се дефиниције из наше домаће литературе воде пре свега оваквим приступом. Тако, Стојановић специјалитет доводи у везу са околношћу да се неко кривично дело појављује као посебан облик другог, општег кривичног дела, наглашавајући да исти мора садржати сва обележја општег, што је предуслов за примену правила о примату тако одређеног посебног кривичног дела.<sup>52</sup> Вуковић такође наглашава овакву релацију између две инкриминације, истичући својство посебног облика да поред свих обележја општег правног

---

Ово је схватање које се заступа и у домаћој доктрини. Тако, Стојановић указује да се у случају специјалитета, једно кривично дело појављује као посебан облик друге, опште инкриминације. Вид. З. Стојановић (20121), 305.

<sup>46</sup> G. Fiandaca, E. Musco, 200; D. Primo Triolo, 39 – 40.

<sup>47</sup> J. P. Matus Асуња (2000а), 321. Такође, и у италијанској доктрини, специјалитет се одређује као случај када се исто типично понашање подводи под неколико инкриминишућих норми, од којих једна поседује све елементе друге, као и најмање још један додатни елемент. Вид. S. Finocchiaro, 7; C. F. Grosso, M. Pelissero, 560.

<sup>48</sup> H. H. Jescheck, T. Weigend, 733; Вид. M. A. Arce Aggeo, 169; S. Mir Puig (2016), 654. Мир Пуиг наводи да сходно правилима принципа специјалитета, стицај закона постоји онда када од више привидно конкурентних концепата, један од њих на специфичнији начин обухвата дело од других, што условљава искључиву примену специјалног закона, сходно правилу *lex specialis derogat legem generalem*.

<sup>49</sup> L. Rojas Morán, 273.

<sup>50</sup> L. De Liguori, 384.

<sup>51</sup> А. И. Рясков, 67. Слично томе, истиче се да је код специјалитета исто понашање обухваћено путем две инкриминације, које га утврђују са различитим степеном прецизности. Вид. Н. Мињоз Нормент (1986), 375.

<sup>52</sup> З. Стојановић (2009), 15. Слично томе, Мрвић Петровић указује да се биће једног кривичног дела појављује као специјалан случај или облик другог. Вид. Н. Мрвић Петровић, 232.

концепта, садржи и додатна (допунска).<sup>53</sup> Слично томе, Чејовић указује да специјалитет постоји онда када од два прописа, која регулишу исто кривично дело, један у таквом поступку полази од општег, а други од посебног становишта.<sup>54</sup>

Такође, Таховић истиче да специјалитет постоји онда када је једно кривично дело обухваћено путем више законских прописа, од којих један садржи општа обележја, док други, поред општих, садржи и посебна, односно специјална обележја, што условљава правило да ће специјални закон дерогирати генерални.<sup>55</sup>

Једну од мешовитих дефиниција даје Бачић, истичући да специјалитет као облик стицаја закона, постоји код релација род – врста, испољених у односу између две законске норме, при чему додатно наглашава и вредносни елемент, оличен у захтеву истоветности правног добра које се штити примарним, специјалним бићем и оног обухваћеног генералним законским описом.<sup>56</sup>

Слично томе, приликом дефинисања специјалитета, Лазаревић указује на постојање одређених законских описа, која поред посебних, специјалних, садрже и обележја неког другог кривичног дела, у ком случају ће се применити правило *lex specialis derogat legi generali*, односно постојаће само посебно кривично дело, док ће бити искључена одговорност за опште дело.<sup>57</sup>

Иако ћемо накнадно размотрити садржај материјалне димензије, који је условио примат логичко–формалних концепција, којима припадају све наведене дефиниције, ради разумевања суштине два супротстављена приступа заснована на екстензивном или рестриктивном одређењу специјалитета, навешћемо и једно шире одређење које превазилази формулисане границе принципа у ужем смислу.

Наиме, један такав приступ подразумева да се на основу анализе две или више правних норми долази до закључка да оне обухватају слична дела, са различитим степеном прецизности, због чега ће бити примењена она норма са вишим степеном прецизности и јасноће, уз искључење друге која такве услове не испуњава.<sup>58</sup>

У другу групу спадају дефиниције дескриптивног карактера. Наиме, пре увођења логичко–формалне концепције специјалитета у теорију привидног стицаја закона, није се наглашавао значај материјалне димензије, оличене у дефинисању садржаја релације специјалитета, због чега су његова одређења била заснована на тврдњи да специјални закон има примат над генералним, односно на истицању феноменолошких облика попут односа између основног и привилегованог или квалификованог кривичног дела.<sup>59</sup> Може се уочити

---

<sup>53</sup> И. Вуковић (2022), 343. То истовремено подразумева да се општа инкриминација неизоставно појављује као пратилац посебне.

<sup>54</sup> Б. Чејовић (2006), 251.

<sup>55</sup> Ј. Таховић (1961). Таховић као пример наводи однос између кривичних дела преваре и утаје.

Слична је и дефиниција коју износи Чејовић, а састоји се у истицању општег и посебног становишта регулисања истог кривичног дела. Вид. Б. Чејовић (2006), 314.

<sup>56</sup> Ф. Бачић (1995), 312 – 313.

<sup>57</sup> Љ. Лазаревић (2011), 284. Лазаревић као пример наводи тежи облик противправног лишења слободе из чл. 132 КЗ, који постоји онда када то дело учини службено лице злоупотребом службеног положаја или овлашћења (то дело се појављује као посебан облик злоупотребе службеног положаја, и само се оно примењује, иако су испуњене претпоставке и за дело из чл. 359 КЗ).

Слично томе, позивајући се на потпуни ексклузивитет једног од закона, Живановић указује на примат закона са специјалним обележјем. Вид. Т. Живановић, 347.

<sup>58</sup> Н. Muñoz Norment (1986), 375.

<sup>59</sup> Ј. Р. Матус Асуџа (2000а), 321. У том смислу, као релевантни феноменолошки облици, према једној од концепција која се приписује немачком теоретичару Вахенфелду (*Wachenfeld*), издвајају се: 1) квалификована и привилегована кривична дела наспрам базичних; 2) међусобни однос између квалификованих и привилегованих кривичних дела.



да је тиме заправо наглашаван интерпретативни карактер стицаја закона, што је и било у складу са Меркеловим оригиналним поставкама.

У домаћој литератури такође наилазимо на слична одређења. Тако, указује се да специјалитет постоји онда када је једно кривично дело специјалан случај или посебан облик неког другог кривичног дела (општег карактера), због чега ће се само оно сматрати релевантним у кривичноправном смислу.<sup>60</sup>

Законска одредба чл. 8 важећег шпанског Кривичног законика, такође одређује принцип специјалитета на описани начин, прописујући да је специјалан закон преферентан у односу на генерални, што важи и за већ поменућу одредбу чл. 15 италијанског законодавства.

Трећа група подразумева наглашавање процедуралног елемента, односно у дефинисању специјалитета наводи правило *lex specialis derogat legi generali*<sup>61</sup>, што с друге стране представља и варијанту дескриптивних дефиниција, која је утемељена управо на поимању овог принципа као правила преферентности.

На крају, може се говорити и о својеврсним вредносним дефиницијама, које приликом одређења специјалитета уносе и додатне параметре, карактеристичне не само за специјалитет, већ и за друге варијанте принципа решења, под окриљем института стицаја закона. Једна од најспецифичнијих, тиче се превасходно захтева који истиче немачки аутор Хиршберг, а то је инкорпорација параметра „идентитет повређеног правног добра“, који се у практичном смислу схвата као материјални објекат и аксиолошки фактор постојања специјалитета.<sup>62</sup> На тај начин се на индивидуалном плану, тачније са аспекта специјалитета као једног од принципа решења, указује на факторе дистинкције од идеалног стицаја, а самим тим индиректно имплицира и поимање екстензивности његове феноменолошке димензије.

Уважавање свих различитих приступа доктринарном одређењу специјалитета, у складу са критеријумима које смо издвојили као релевантне, поставља основе изналажења адекватне дефиниције *de lege ferenda*, конфигуриране на функционалном основу.

### 2.1.1. Функционална дефиниција специјалитета

Анализирајући изнете дефиниције, уочава се да се оне углавном поклапају у погледу суштинских елемената који улазе у састав принципа специјалитета. Дискрепанције могу настати код материјалних дефиниција, у зависности од начина на који се поима садржај релације специјалитета, односно услови њеног постојања.

Осим тога потребно је направити разлику између саме релације специјалитета, која подразумева дефинисање услова специјалности једне норме у односу на другу (субординација) и специјалитета као принципа индивидуализације. У овом другом значењу, њега треба одредити као *скуп правила формалног и материјалног карактера, који омогућавају примену правила преференције*. То укључује и уношење својеврсних вредносних

<sup>60</sup> М. Радовановић, 172. Као класичан пример, Радовановић наводи однос између кривичног дела проневере (чл. 322), наспрам утаје (чл. 254). Тако и Н. Срзентић, А. Стајић, *Кривично право Федеративне народне Републике Југославије – Општи део*, Савремена администрација, Београд 1961, 170.

<sup>61</sup> Ради се о концепцији немачког аутора Томзена (*Thomsen*), вид. Ј. Р. Матус Асуња (2000а), 321. Такође, у доктрини се истиче и да ужи закон захтева приоритет у односу на шири, сходно правилу *lex specialis derogat legi generali*. Вид. Н. Н. Jescheck, W. Ruß, G. Willms, 37.

И у италијанској доктрини, полазећи од важеће регулаторне одредбе чл. 15 Кривичног законика, наглашава се да закон или одредба посебног закона, дерогира генералну одредбу, уколико није другачије одређено. Вид. F. F. Mansino, 4.

<sup>62</sup> Ј. Р. Матус Асуња (2000а), 321. То је уједно дистинктивни критеријум, који се користи у свим случајевима успостављања линије разграничења између идеалног стицаја и стицаја закона.

аспеката, попут констатације јединства штићеног правног добра или поштовања забране двоструког вредновања.

Према томе, једна комплетна дефиниција морала би да представља синтезу свих наведених елемената. Тако, специјалитет у теорији привидног стицаја закона се може одредити као правило преферентности (принцип индивидуализације), засновано на следећим елементима: 1) *релација специјализације* – дефинише однос између специјалног и општег закона, а утемељена је на рестриктивном схватању, према којем је једна законска норма специјална у односу на другу онда када поседује сва њена обележја у вредносном смислу, као и додатни специјализирајући елемент, што омогућава потпуну концептуалну обухватност опште норме специјалном; 2) *јединство радње*, односно јединство правног добра које штите обе диспозиције; 3) *негативан услов принципа ne bis in idem*, оличен у обезбеђењу поштовања забране двоструког вредновања, која се постиже искључивом применом специјалног закона.

Уколико су испуњени наведени услови, долази до примене принципа специјалитета, у складу са максимумом *lex specialis derogat legi generali*.

У наставку ћемо образложити у чему се састоји релација специјализације, односно који услови морају бити испуњени да се констатује специјалитет једног кривичног дела у односу на друго, што представља материјалну димензију предметног концепта и директно утиче на његов домашај, односно феноменолошке варијанте испољавања.

## 2.2. Елементи концептуалног одређења

Формулисање специјалитета као правила преферентности привидног идеалног стицаја, подразумева пре свега утврђивање његовог материјалног садржаја, односно основа примата једне норме у односу на другу, што је уједно и предуслов његовог концептуалног одређења.

Тај примат се разликује у зависности од конкретног принципа решења, а у овом случају манифестује се у констатацији релације специјализације, односно спецификације, чиме се главна и привидна норма одређују као специјална и општа. Од начина на који се одреди садржај поменуте релације, зависиће и домашај правила специјалитета, као и његов однос са другим принципима у теорији привидног стицаја закона.

### 2.2.1. Генерални и специјални закон

Први елемент концептуалног одређења је формалистичког карактера и подразумева хипотезу о паралелном постојању две законске инкриминације, чија примена долази у обзир у конкретном случају. Оне се одређују као општи (генерални) и посебни (специјални) закон, а разликују се по обухватности обележја законских описа. Међутим, својство општости, односно посебности, одређује се у зависности од међуодноса између две законске норме, тачније може се констатовати једино ако су испуњени услови постојања релације *спецификације* (специјалитета).

Генерални закон се дефинише као онај који регулише деликт на најопштији и најоригинарнији (генерички) начин, односно тако да не конкретизује његове конститутивне елементе, док је специјални закон онај који садржи све карактеристике генералног и још неке

специјализирајуће елементе, у функцији индивидуализације интегралних компонената деликта.<sup>63</sup>

Слично томе, генерални закон се одређује и као онај који конфигурише деликт на генерички начин, без индивидуализације његових конститутивних елемената, док специјални поседује све карактеристике генералног, као и специјалне особине управљене ка индивидуализацији саставних елемената општег правног концепта.<sup>64</sup> Сходно томе, указује се да сваки акт који испуњава услов посебног (специјалног) кривичног дела, истовремено задовољава и претпоставке општег, док обрнуто не важи.<sup>65</sup> Последња констатација се може сматрати и општим условом констатације специјалитета, али и помоћним критеријумом верификације исправности изабраног решења.

Оваква дефиниција је у складу и са нашим функционалним одређењем за које смо се определили приликом утврђивања елемената концептуалне индивидуализације. Међутим, она се може тумачити на ужи или шири начин, у зависности од усвојене концепције о домашају специјализирајуће релације.

### 2.2.2. Домашај релације специјализације

Као што смо већ напоменули, садржај релације специјалитета, односно спецификације представља материјалну компоненту специјалитета као принципа индивидуализације привидног идеалног стицаја, од које зависи и његов домашај, како у односу на остале принципе, тако и у односу на идеални стицај. Ова компонента се манифестује у дефинисању услова под којима се доноси закључак да је једна законска норма специјална у односу на другу, што може бити условљено различитим факторима. Иако се често указује да је специјалитет најједноставније правило индивидуализације у теорији привидног стицаја закона, не би се могло рећи да је област критеријума његове примене, а самим тим и феноменолошких манифестација лишена извесних теоријских дилема у тренутку његове практичне имплементације.

Наиме, у оквиру потврђивања релације спецификације између две законске норме, постоји велики број прелиминарних питања која се крију иза наизглед једноставне формуле „*lex specialis derogat legi generali*.“ Поступак констатације односа „специјални закон – генерални закон“, као претходница примени овог правила, условљен је бројним факторима који одређују границе принципа специјалитета, формулишући га у ужој или у широј варијанти. Ти параметри се испољавају на следећим пољима: 1) апстрактни или конкретни приступ тумачењу релација између норми; 2) стриктна формално–логичка или вредносна утемељеност; 3) улога специјалитета у теорији привидног стицаја закона (монистички или плуралистички приступ).

Иако је као један од типичних и репрезентативних принципа стицаја закона, специјалитет био предмет разматрања од самог настанка ове теорије, с обзиром на одређења која су се заснивала првенствено на истицању његових дескриптивних ефеката, није се придавао већи значај утврђивању садржаја специјализирајућег елемента код преферентног закона, све до појаве Хонигове концепције крајем XIX века. Овај аутор је заслужан за успостављање логичке релације специјалитета, утемељене на правилу да *lex specialis* садржи све елементе базичног дела и додатно један или више специјализирајућих елемената.<sup>66</sup>

<sup>63</sup> J. J. Hernández Sánchez, 50; R. Chieppa, R. Giovagnoli, *Speciale concorso magistratura 2011*, Giuffrè Editore, 2011, 50.

<sup>64</sup> S. R. Diaz, 158.

<sup>65</sup> H. H. Jescheck, T. Weigend, 733.

<sup>66</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 320 – 321.

Роксин<sup>67</sup> указује да у складу са дефиницијом коју даје Хониг, специјалитет подразумева да један правни концепт садржи све елементе другог, а поред тога, још и најмање један специјални елемент, наводећи као пример тешку крађу извршену употребом оружја, која садржи све типичне елементе крађе и додатни, специјални елемент, оличен у томе да је учинилац са собом носио опасно оружје.

Јасно је да поменута дефиниција представља репрезентативан пример његових феноменолошких манифестација, оличених у квалификованим и привилегованим облицима истог основног (базичног) дела, у односу на које традиционално постоји сагласност да су покривени релацијом специјалитета, на чему се, као што смо већ напоменули, и темељило формулисање теорије стицаја закона. Описани облик специјализације, оличен у правилу да привилеговани или квалификовани облик по својој конструкцији, квалитативно и квантитативно обухвата сва обележја базичног дела из којег је из криминално–политичких разлога изведен, те да садржи и додатни специјализирајући елемент, не проузрокује веће тешкоће у изналажењу логичког основа такве релације, чак и ако се пође од апстрактног поређења законских описа. Ради се о предетерминисаним односима специјалитета, који се без сумње могу подићи на ранг репрезентативних облика испољавања ове правне фигуре, где апсолутно важи релација субординације, графички представљена у виду два концентрична круга која се преклапају.

У том правцу иде и већина доктринарних одређења у конкретизацији поменутог услова у генералном смислу. Наиме, приликом разматрања материјалних дефиниција специјалитета, указали смо на основне карактеристике одређења ове релације, која се још означава и као спецификација, односно концептуална обухватност једног дела другим<sup>68</sup>, и у том контексту феноменолошки одређује као случај када специјални закон (врста), има све елементе као и општи (род), што не важи у обрнутом смеру.

Слично томе указује се да ова релација између два кривична дела постоји онда када се у законском опису бића једног од њих (специјалног) налазе садржани сви елементи неког другог, генералног, уз додатак једног или више особених специјализирајућих елемената.<sup>69</sup>

На основу анализе одређења ове релације у доктрини, може се закључити да већина садржи описане правилности, те да у дефинисању њеног садржаја, не постоје веће дискрепанције између теоретичара, тако да се издвајају одређене заједничке карактеристике. У генералном смислу, сматра се да је испуњен услов да је један закон специјалан у односу на други (општи), онда када садржи све елементе истог, као и одговарајућа додатна, специјална обележја, која обезбеђују његову преферентност.<sup>70</sup>

Једно од најпрецизнијих становишта, које обухвата све његове манифестације, одређује специјалитет као случај када се два законска описа налазе у односу род – врста, при чему је једно од њих специјална врста другог, те се сматра да је једно исто добро у општем бићу обухваћено са шире, а у другом са уже тачке гледишта.<sup>71</sup>

Такође, у шпанској доктрини наилазимо на дефиниције управљене ка везивању релације специјалитета за услов да конкретни случајеви који се подводе под правни концепт једне специјалне норме, такође потпадају и под оквире друге, примењиве на барем још један конкретни случај, необухваћен првом<sup>72</sup>, односно за ситуацију када један законски тип који

---

<sup>67</sup> С. Roxin (2014), 999.

<sup>68</sup> J. D. J. Restrepo, 17.

<sup>69</sup> J. P. Matus Acuña (2000b), 31.

<sup>70</sup> Н. G. Maldonado, 177; R. Plascencia Villanueva, 237; S. Mir Puig (2016), 654; J. Cuello Contreras (2009), 678; Љ. Лазаревић (2011), 284; J. Ђ. Таховић (1956), 263; З. Стојановић (2009), 15; J. P. Matus Acuña (2000b), 31.

<sup>71</sup> Ф. Бачић (1995), 312 – 313.

<sup>72</sup> J. P. Matus Acuña (2000b), 31.

поседује више специјалних карактеристика или елемената, функционише као специфичан у односу на други, генерални, чији садржај апсорбује.<sup>73</sup>

На слична одређења наилазимо и у француској доктрини, што подразумева да је за утврђивање преферентне норме довољно применити принцип *specialia generalibus derogant*, односно задржати примену оне диспозиције која предвиђа партикуларнији начин описивања чињеничног садржаја у односу на генералну диспозицију.<sup>74</sup>

Све претходно наведене концепције адекватно одређују природу односа између генералног и специјалног закона, односно предуслове констатације релације специјалитета. Међутим, постојала су различита схватања у погледу тога како се тумачи овакво одређење релације спецификације, тачније да ли то подразумева апстрактно обухватање свих елемената општег закона у оквиру специјалног, или се пак дозвољава нешто шире тумачење у складу са смислом и садржајем законских норми. Јасно је да у најужем смислу такве услове задовољавају манифестације квалификованих и привилегованих облика одређеног базичног дела, које се у потпуности уклапају у изнете дефиниције.

Осим тога, поједина одређења специјалитета су се темељила управо на наглашавању апстрактног упоређивања чињеница као суштинског критеријума његове констатације<sup>75</sup>, док се израз *lex specialis derogat legi generali* према појединим схватањима у доктрини сматра помоћним појмом, позајмљеним из логике, који чак и не може бити предмет правног тумачења.<sup>76</sup> У прилог стриктно апстрактном приступу, говори околност да се на тај начин обезбеђује поштовање принципа правне сигурности и избегава арбитрерност у квалификацији.<sup>77</sup>

С друге стране, не доводећи у питање сврставање поменутих традиционалних случајева у оквиру специјалитета, чак је и Хониг дозвољавао излазак из оквира стриктног поимања услова да *lex specialis* мора да садржи све елементе другог, сматрајући да се ова правила примењују и на случајеве где је специјалитет условљен самом легислативном техником (сложена кривична дела), односно када су поједине манифестације учешћа у делу, подигнуте на ранг деликата *sui generis*, путем додатних, специјалних околности.<sup>78</sup> Управо су овакве концепције, без обзира што претходно наведене примере не сматрамо релевантним за специјалитет, по нашем мишљењу, отвориле пут дилеми о екстензивности, односно логичком домаћају правила *lex specialis derogat legi generali*, који би могао да излази из оквира стриктних захтева о обухватности сваког од елемената генералне норме.

У том контексту, наилазимо и на модификације претходних одређења, које наглашавају описано проширење, истичући да специјалитет постоји онда када је један законски тип неопходно садржан у другом, у складу са својим апстрактним елементима, независно од тога да ли он по својој природи, у релацији са специјалним законом, представља базични или аутономни деликт.<sup>79</sup>

---

<sup>73</sup> М. А. Arce Aggeo, 169.

<sup>74</sup> D. Bchéraoui, 162.

<sup>75</sup> V. V. Henner Apfel, 15.

<sup>76</sup> A. Baumgartner, *Die Konkurrenzen zwischen Gewährleistung und den §§ 918 ff ABGB und zwischen Gewährleistung und laesio enormis*, Universität Wien, Wien 2009, 8. Он се сматра фиксним изразом за апстрактни однос између вишег и нижег појма.

<sup>77</sup> M. Di Gianluca, 3.

<sup>78</sup> J. P. Matus Асуња (2000а), 321 – 322. У погледу конструкције концепта *sui generis*, истиче се да је реч о облицима учешћа у делу, односно саучесништва и припремних радњи, подигнутих на ранг аутономних деликата.

Осим тога, поједини аутори су чак ишли и корак даље, удаљавајући се од логичког карактера поменутог принципа, што је подразумевало укључивање у овај концепт и случајева где неко чињенично стање нормално и регуларно обухвата друго. Вид. и J. D. J. Restrepo, 16.

<sup>79</sup> J. C. Contreras (1979b), 468. У питању је гледиште немачког теоретичара Шмита.

Јасно је да се оваквим проширењем домашаја специјализирајућег елемента, првенствено када је реч о аутономним деликтима (*sui generis*), у потпуности модификује однос специјалитета са другим принципима решења у поступку квалификације, мада може бити од утицаја и на разграничење од идеалног стицаја. Једна од најзначајнијих практичних последица оваквог резонувања, огледа се управо у проширењу привидног на рачун идеалног стицаја, с обзиром на екстензивност његовог тумачења.

Поред манифестација сложених кривичних дела и деликата *sui generis*, којима је Хониг проширио садржај релације специјализације, изван стриктних логичких оквира, а које чак и неки савремени теоретичари третирају у склопу специјалитета<sup>80</sup>, о проширењу у том правцу се може говорити и у случају појединих монистичких концепција, попут оне за коју се залаже немачки аутор Јакопс, формулишући већ описану концепцију екстензивног специјалитета. Јасно је да се код наведених конструкција не може говорити о чисто логичким правилима спецификације, те да се овај принцип пребацује на терен правних вредновања, чиме се негира његова особеност у односу на остале принципе.

У основи оваквог резонувања се налази већ описана категоризација на монистичке и плуралистичке приступе у третману института, која је директно условљена начином поимања домашаја специјалитета.<sup>81</sup>

Осим тога, у теорији се поставља и за нас најрелевантније питање, а то је да ли поређење обележја две норме у таквом поступку важи на апстрактном или пак и на конкретном плану<sup>82</sup>, што је условило и манифестације тзв. конкретног специјалитета, односно индивидуалистички приступ у констатацији специјалног закона. Ипак, највише дилема у дефинисању граница релација спецификације, али и других општих услова његовог постојања по којима се индивидуализује у теорији, изазвала је конструкција *билатералног*, односно *реципрочног* специјалитета, утемељена на интерференцији законских описа, где се ни у ком случају не може говорити о потпуном поклапању обележја генералног и специјалног закона.

У циљу јасног дефинисања садржаја релације специјалитета, односно прецизирања услова њеног постојања, а самим тим и положаја предметног правила преферентности у теорији привидног стицаја, као и у поступку квалификације у односу на аутентични стицај, морају се уважити сви наведени фактори утицаја, при чему опредељење за екстензивну или ужу варијанту, директно утиче на феноменолошке облике привидног идеалног стицаја који се решавају применом овог принципа.

Пре свега, уколико пођемо од систематике принципа индивидуализације у виду плуралистичке концепције, која под одговарајућим условима подразумева примену алтернативитета<sup>83</sup>, као и критеријуме разграничења од идеалног стицаја, сматрамо да нема основа за неоправдано проширење принципа специјалитета изван граница његових логичких релација. То би, поред проузроковања неуједначених правних последица између његових манифестација, довело до залажења у домен других устоличених принципа, односно брисања граница између њих, а самим тим водило и ка једној врсти монистичке концепције, која специјалитет претвара у принцип утемељен на аксиолошким критеријумима, излазећи из домена његових оригинарних карактеристика.

Управо то би се догодило у случају укључивања конструкције тзв. реципрочног специјалитета, као и већ поменутих односа између аутономних (*sui generis*) деликата и оних на чијој основи су формулисани. С друге стране, сложено кривично дело представља особену законодавну конструкцију, чији основ не би требало тражити у логичким релацијама род –

<sup>80</sup> С. Roxin (2014), 1002. Такође и Ф. Бачић (1995), 313.

<sup>81</sup> I. Pussini (2019), 228.

<sup>82</sup> S. Donato Messina, S. Messina, G. Spinnato, 235.

<sup>83</sup> Вид. поглавље Алтернативитет, *infra*, 535 – 536.

врста, и која се првенствено заснива на суштинским, генеричким спонама између одређених правних концепата, због чега би било адекватније његово разматрање у оквиру вредносно утемељених принципа.

Ипак, могла би се дозволити својеврсна конкретизација логичких релација у зависности од начина испољавања односа између генералне и специјалне норме у разматраном случају, уколико се тај услов несумњиво може потврдити, што је и условило нашу категоризацију феноменолошких облика на случајеве правог и неправог (конкретног) специјалитета.

Полазећи од поменуте хипотезе, на темељу поређења различитих концепција о домашају релације спецификације, приступићемо дефинисању услова њеног постојања.

### 2.3. Услови постојања релације специјализације

Пре самог разматрања фактора који условљавају закључак о постојању релације специјалитета, поред неспорног поклапања радње извршења у потпуности, важно је напоменути да се као један од примарних и очигледних услова у теорији наводи првенствено захтев да две инкриминације имају исту законску хијерархију, односно да важе у моменту примене закона.<sup>84</sup>

Већинско гледиште у доктрини, ограничава релацију специјалитета на логички карактер, у складу са поимањем потпуног укључења свих елемената једног законског описа у другом, који поред тога садржи и додатни, специјализирајући елемент.<sup>85</sup> У логичком смислу, то подразумева релацију субординације, метафорички представљену посредством два концентрична круга од којих је један шири од другог, обухватајући његову целокупну површину, при чему се радња извршења обе инкриминације поклапа у потпуности (јединство радње у стриктном смислу).

Сходно томе, долази се до закључка да се ради о релацији логичке зависности, карактеристичне за субординацију, имајући у виду да свака радња којом се остварује специјални деликт, такође нужно доводи до реализације генералног типа, што не важи у обрнутом смеру.<sup>86</sup> При томе се искључује уношење аксиолошких оцена карактеристичних за друге принципе решење.<sup>87</sup>

Као пример једне од концепције специјалитета у стриктном смислу, може се навести већ описано схватање немачке ауторе Пупе, која полази од тога да се о специјалитету као стицају закона може говорити искључиво уколико између конкретних правних диспозиција постоји специјалитет у стриктном, односно логичком смислу – када једна од правних

---

<sup>84</sup> R. Plascencia Villanueva, 237.

<sup>85</sup> То је схватање Маураха, Гирдса и Класа. Вид. J. P. Matus Acuña (2000a), 339; J. P. Matus Acuña (1999), 70 – 71; S. R. Diaz, 158; G. Fiandaca, E. Musco, 200; I. Pussini, „Il principio di specialità nel concorso di norme e nel rapporto tra artt. 316bis e 640bis C.P.“, *Ius/17 – Diritto Penale* 10/2019, 7.

<sup>86</sup> J. D. J. Restrepo, 17; J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 330. Сходно томе, указује се да специјалитет постоји онда када једна казнена одредба садржи другу, тако да се реализацијом специјалног, увек остварује и општи пропис.

<sup>87</sup> *Periodico Oficial* 86/2017, Organo del Gobierno Constitucional del Estado independiente, libre y soberano de Coahuila de Zaragoza, Saltillo, Coahuila 2017, 46. Тако, указује се да законски типови који концептуално обухватају друге и садрже додатне специјализирајуће елементе, искључују исте по основу специјалитета. С друге стране, у случају осталих принципа решења, уводе се и додатни елементи детерминације, везани за оцену невредности дела.

диспозиција садржи све елементе друге и поред тога још један или више специјализирајућих елемената.<sup>88</sup>

Управо по основу тако постављеног формалистичког услова се специјалитет разликује од других принципа индивидуализације, који подразумевају утврђивање примарне законске норме полазећи од чисто аксиолошких критеријума, попут обухватања невредности дела.<sup>89</sup> На тај начин се као основна карактеристика релације специјалитета издваја *концептуална обухватност*, која се често у теорији користи управо за означавање самог процеса специјализације.<sup>90</sup> На основу тога се може закључити да је предуслов констатације садржаности једне инкриминације у другој, поређење елемената који чине материјални садржај одређених казних типова. Осим тога, једна од последица спецификације, јесте и немогућност супсидијарне примене општег дела, као директна реперкусија суштинске хипотезе о концептуалној обухватности.

Поред понављања наведеног апстрактно дефинисаног услова постојања релације специјалитета, углавном изостају његова накнадна прецизирања у литератури. Стога, доктринарна одређења се исцрпљују у навођењу следећих критеријума: 1) специјалне норме на партикуларнији начин регулишу одређену материју, односно конкретизују дело<sup>91</sup>; 2) сви конкретни случајеви који су обухваћени специјалном нормом, могу се подвести и под генералну, која је примењива на макар још један додатни случај.<sup>92</sup>

На својеврсно одређење садржаја материјалне димензије, наилазимо и код Бачића који као услов констатације специјалитета наводи да између два законска описа бића кривичних дела постоји однос род – врста, што подразумева да специјални пропис поседује додатно обележје наспрам општег, односно да је истоветно правно добро у једном случају обухваћено са ширег, а у другом са ужег становишта.<sup>93</sup>

Осим тога, постојали су и покушаји додатне конкретизације овако дефинисаног општег услова. Тако, указује се на Белингово схватање о искључењу генеричког деликта увек када постоји неки његов квалификовани и привилеговани облик<sup>94</sup>, што је непрецизно, пре свега због ограничавања само на поједине манифестације специјалитета. У том смислу се истиче и да *lex specialis* нема мисију да служи као ублажавајући или поштравајући, већ је његова улога управљена ка томе да ограничи садржај другог закона.<sup>95</sup>

У сваком случају, једино уколико долази до потпуног поклапања свих елемената два законска описа, може се рећи да би примена општег кривичног дела довела до кршења забране *ne bis in idem*, док је кључно питање када се може сматрати да су задовољени услови постојања логичке релације субординације, карактеристичне за специјалитет.

---

<sup>88</sup> F. M. Peña Castillo, 75. У осталим случајевима које представници класичних система сматрају садржаним у оквиру института стицаја закона (у највећем броју случајева супсидијаритета и скоро свим случајевима консумпције), сматра се да треба узети да постоји идеални стицај. Вид. J. P. Matus Асуња (2001), 370.

<sup>89</sup> *Periodico Oficial* 86/2017, Organo del Gobierno Constitucional del Estado independiente, libre y soberano de Coahuila de Zaragoza, Saltillo, Coahuila 2017, 46.

<sup>90</sup> J. D. J. Restrepo, 17. Овај феномен подразумева да се између генералног и специјалног типа, испољила релација спецификације, која иде од општег ка специјалном, али не и у обрнутом смеру.

Критеријум „концептуалне обухватности“ везује се и за немачког аутора Клуга, који полази од хипотезе да постоје само две могуће релације чија примена долази у обзир, а манифестују се у виду интерференције, или пак у виду субординације, при чему прва одговара супсидијаритету, док се друга везује за специјалитет. Вид. M. A. Arce Aggeo, 171.

<sup>91</sup> F. Pavón Vasconcelos, 164.

<sup>92</sup> S. Politoff, J. P. Matus, M. C. Ramírez, 458.

<sup>93</sup> Ф. Бачић (1995), 312 – 313. Аутор указује на правилност да специјални законски опис нужно подразумева и остварење општег.

<sup>94</sup> F. Pavón Vasconcelos, 167.

<sup>95</sup> M. A. Torrez López, 155.



У најопштијем смислу, услови постојања специјалитета одређени су како општим претпоставкама квалификације привидног идеалног стицаја, што подразумева ослањање на претходно дефинисане критеријуме дистинкције од идеалног стицаја, тако и својеврсним параметрима специјализације, који се у овом случају манифестују као *фактори концептуалне обухватности*, утемељене на особеним правилима.

### 2.3.1. Фактори концептуалне обухватности („затварања“)

Иако постоји сагласност да је релација специјалитета условљена укључивањем елемената једне законске норме (опште) у оквиру специјалне, која поред тога поседује и додатно (специјализирано) обележје, углавном се у доктрини детаљније не разматра како би требало тумачити овај генерални услов, односно на који начин се долази до закључка о таквом (не)поклапању при поређењу законских обележја више инкриминација, у поступку квалификације. Оно што је несумњиво, то је да специјалитет увек подразумева да је један законски тип у потпуности садржан у другом<sup>96</sup>, што представља суштину услова концептуалне обухватности, иако могу постојати извесне дискрепанције у погледу начина констатације такве свеобухватности.

Стога, операционализација оваквог одређења, захтева и додатно прецизирање, са неколико различитих тачака гледишта. Пре свега, поставља се питање да ли се компарација поменутих обележја врши искључиво на апстрактном плану, односно на нивоу предвиђености у закону, поређењем конкретних инкриминација, или пак у зависности од начина на који се у реалној ситуацији испољило конкретно понашање. Такође, релевантна су правила утврђивања када постоји поклапање свих обележја две инкриминације, као и услови под којима се констатује да је један елемент специјалан у односу на други, што су два фактора која условљавају концептуалну обухватност (затварање) једне законске норме другом. Управо давањем одговора на поменута питања ћемо и формулисати наше схватање о начину констатације релације специјалитета, односно одређења материјалне димензије специјалитета као принципа решења.

Иначе, претходно наведена дилема се може довести у вези са једном од класификација из италијанске доктрине, која правила констатације специјалитета смешта између структуралне теорије, утемељене на апстрактној анализи конкретних норми и натуралистичке теорије, чија се суштина огледа у перспективи тумачења конкретног чињеничног догађаја.<sup>97</sup> Међутим, оно што је несумњиво, а налази се и у основи наше хипотезе, то је да чак и релација специјалитета подразумева увођење елемената интерпретације у његовој констатацији, нарочито када је реч о утврђивању фактора специјализације. У том контексту, указује се да иако је овај принцип утемељен на логичкој основи, у судској пракси, одлука о специјалности једне норме, претпоставља и прелиминарно вредновање тих законских концепата, што подразумева и увођење аксиолошких критеријума.<sup>98</sup>

Мишљења смо да домашај релације специјалитета треба схватити у ужем смислу, полазећи од захтева да специјални закон мора садржати све елементе генералног. С друге стране, потребно је посебно размотрити шта то подразумева, односно до које мере може ићи тумачење граница одређивања таквог тоталитета и који услови морају бити испуњени, што представља предмет разматрања специјалитета у поступку квалификације.

---

<sup>96</sup> M. A. Arce Aggeo, 169.

<sup>97</sup> L. Della Ragione, 56. Ово се иначе доводи у везу и са доктринарним тумачењем значења и опсега примене израза „*stessa materia*“, који се појављује у регулацији специјалитета у италијанском законодавству.

<sup>98</sup> H. Muñoz Horment (1986), 376.

Логичко–формални концепт специјалитета, за који се иначе залаже већинска италијанска доктрина, утемељен је на стриктно апстрактном приступу у констатацији да специјална норма садржи све елементе генералне, као и додатне, специјализирајуће<sup>99</sup>, што искључује феноменолошке варијанте реципрочног (билатералног) специјалитета из оквира овог принципа, са чиме се само делимично можемо сложити.

Наиме, тачно је да би се апстрактни приступ могао замислити код одређених, несумњивих случајева, што се односи превасходно на варијанту специјалитета по основу екстензије (дodatка)<sup>100</sup>, када би се могло говорити о чисто интерпретативном карактеру овог принципа. Међутим, суштина процеса специјализације подразумева компарацију елемената реализованих инкриминација, према начину на који су се она испољила у конкретном случају, што се постиже тумачењем. Ово је посебно важно пре свега из разлога што законодавац користи различите легислативне технике приликом прописивања законских инкриминација, попут алтернативно и кумулативно предвиђених обележја, одређених генерализација, егземплификације и слично.

То би требало посматрати са аспекта доктринарних схватања о постојању тзв. „отворених бића кривичних дела“, подложним додатном прецизирању и конкретизацији, што се своди на препуштање судији оцене домаћаја одређене инкриминације.<sup>101</sup>

У том контексту, за утврђивање домаћаја релације специјалитета, као и за дистинкцију између института привидног идеалног и аутентичног идеалног стицаја, може бити релевантан и начин конципирања израза „*stessa materia*“, који се појављује у законској регулацији специјалитета у италијанском законодавству. Тако, у италијанској доктрини, насупротив становишту из судске праксе, према којем се иза овог израза крије захтев истоветности правног добра, преовлађује гледиште да је реч о критеријуму логичко–формалне сличности, односно истој конкретној ситуацији која се може подвести под две законске инкриминације<sup>102</sup>, при чему се наглашава да је неопходно да диспозиције у регулацији конкретне ситуације („исте материје“), имају исти правни циљ, као и да специјална норма, посматрано са аспекта конститутивних елемената, у потпуности обухвата другу.<sup>103</sup>

Елемент специјализације, схваћен као додатна компонента, која описује фундамент кажњивости, означава се као потискивање, агрегација или конкретизација неког од структуралних обележја.<sup>104</sup>

Стога, утврђивање која се норма сматра примарном, по нашем мишљењу, постиже се првенствено применом метода интерпретације (тумачења), што подразумева два задатка: 1) препознавање општег обележја које је конкретизовано у другој инкриминацији на специјалан начин (елементи специјализације у ужем смислу); 2) провера постојања

<sup>99</sup> А. Gianfelice, 35. Ово би подразумевало својеврстан логичко–семантички приступ у квалификацији.

Слично томе, указује се да специјалност једног законског описа произлази директно из објективне опсервације казних типова. Вид. Н. Muñoz Norment (1986), 376.

<sup>100</sup> Ради се превасходно о манифестацијама односа између квалификованих или привилегованих и базичних кривичних дела.

<sup>101</sup> Вид. Д. Атанацковић, „Прилог дефинисању општег појма кривичног дела“, *Анали Правног факултета у Београду* 5/1990, 564.

То се превасходно односи на генерално формулисана радња извршења појединих кривичних дела, попут рачунарске преваре из чл. 301 КЗ, чија је радња извршења специјализирана кроз законске описе бића других кривичних дела, попут фалсификовања и злоупотребе платних картица из чл. 243 КЗ. Вид. З. Стојановић (2021), 958.

<sup>102</sup> G. Lattanzi, 91; I. Pussini (2019b), 8 – 9. Постоји и трећа, мањинска хипотеза, која полази од поклапања различитих дела у свим елементима, иако се између њих не може констатовати релација „род – врста“. Вид. F. Accardo, 47.

<sup>103</sup> R. Mazzoni, 710 – 711.

<sup>104</sup> J. D. J. Restrepo, 15.

концептуалне обухватности, која подразумева да се специјална норма у свим осталим елементима поклапа са генералном (специјализација у ширем смислу).

Фактори специјализације у ужем смислу могу се испољити на више различитих начина, при чему се у литератури указује да би поређење требало ограничити само на елементе који представљају материјални садржај одређених законских типова, што искључује објективне услове кажњивости, као и одређене формалне лимитације чије је учешће у конкретизацији разматраног кривичног дела искључено<sup>105</sup>, са чиме се можемо сложити.

Феноменолошко испољавање специјализације се може извршити на различитим обележјима одређеног кривичног дела, попут објекта радње, начина извршења, пасивног и активног субјекта, намере и сл. То би, на пример, подразумевало да у општем кривичном делу, извршилац може бити било које лице, што се може изричито или прећутно назначити, док се у специјалном захтева посебно својство активног субјекта. Најкарактеристичнији елемент је свакако начин извршења, који се често користи у конструкцијама квалификованих облика кривичног дела, а што се најбоље види на примеру односа између кривичног дела крађе из чл. 203 КЗ и кривичног дела тешке крађе извршене обијањем или проваљивањем из чл. 204 КЗ, где се начин извршења појављује као накнадни специјализирајући елемент.

У погледу њихове манифестације, у литератури се говори чак и о подели специјалних деликата на праве (специјализирајући елемент се испољава у одређеном квалитету субјекта) и неправе (специјални квалитет се испољава у области ублажавања или поштравања казне).<sup>106</sup> Осим тога, треба имати у виду да при инкриминисању забрањеног понашања, законодавац често користе различите појмове истог суштинског домања, што је нарочито изражено код истицања елемента користољубља<sup>107</sup> код појединих инкриминација, односно намере прибављања противправне имовинске користи, где се пажљивом интерпретацијом, долази до закључка о поклапању таквих обележја, који, уз остале предуслове, дозвољава примену специјалитета по том основу. Самим тим, приликом констатације релације специјализације, односно услова истовестности елемената две конфликтне инкриминације, не можемо се водити ригидним захтевима о њиховом буквалном поклапању, без уважавања специфичних номотехничких правила којима се служи законодавац.

Баш као и у случају компарације општих и специјалних обележја, неће увек бити очигледно да један законски опис у потпуности обухвата други, што захтева пажљиво тумачење. У том смислу, сматрамо исправним доктринарни став да се закључак о специјалности једне диспозиције у односу на другу детерминише под следећим условима: 1) уколико је једна диспозиција изричито садржана у другој; 2) уколико такав закључак произлази из адекватне интерпретације.<sup>108</sup>

За разлику од осталих принципа решења, специјалитет се може констатовати само на основу законских описа бића кривичних дела, у највећем броју случајева. Питање које се поставља јесте свакако и да ли се излази из опсега оваквих формалних констатација, тачније

<sup>105</sup> У том смислу, немачки теоретичар Варда (*Warda*), као пример формалних лимитација, наводи својеврсне „клаузуле резерве“. Вид. J. P. Matus Асуња (2000а), 339 – 340.

<sup>106</sup> J. P. Matus Асуња (1999), 67 – 68. Јасно је да се то односи само на феноменолошке манифестације квалификованих и привилегованих облика кривичних дела.

Такође, у литератури се истиче да се они могу манифестовати као ублажавајући, или пак као отежавајући. Вид. R. Plascencia Villanueva, 237.

<sup>107</sup> З. Симић, „Одређивање користољубља у кривичном праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 3 – 42/1968, 447 – 458.

<sup>108</sup> S. Soler, 223. Управо то је случај, на пример, са констатацијом специјалитета између инкриминација из чл. 250 ст. 5 КЗ (нехатно проузроковање смрти у случају преношења инфекције ХИВ вирусом) и нехатног лишења живота из чл. 118. КЗ. Вид. З. Стојановић (2021), 849.

до које мере се ти формални елементи морају поклапати, чиме се залажи у срж описане проблематике.

Утврђивање поклапања дескриптивних елемената, представља сложен интерпретативни процес, који подразумева познавање специфичности материје посебног дела кривичног права и међусобног деловања елемената законских описа и методологије њиховог прописивања. Тако, сам поступак индивидуализације специјалне норме се доводи у везу са процесом менталне елиминације, утемељеном на захтеву да сви случајеви садржани у општем законском опису морају бити обухваћени специјалном нормом, која одражава интегрално правно вредновање.<sup>109</sup>

У неким случајевима ће такав однос бити очигледан на основу саме компарације законских описа, док ће друге ситуације пак захтевати уважавање специфичности конкретне легислативне технике, односно опсег примене сваке појединачне диспозиције.

### 2.3.2. Облици испољавања специјализације

Иако се ради о питању које спада у феноменолошку димензију принципа специјалитета, на овом месту ћемо указати на основне облике његове манифестације, ради комплетирања прихваћене концепције и нашег става о домашају релације специјализације, што условљава и коначно дефинисање услова њеног постојања.

Пре свега, требало би одустати од екстензивних проширења ове конструкције на већ поменуте случајеве деликата „*sui generis*“, као и тзв. *реципрочног (билатералног)* специјалитета, пре свега из разлога што се у оба случаја занемарује општеусвојени услов да специјални закон у потпуности обухвата све елементе општег и поседује додатна специјализирајућа обележја (логички основ).

Наиме, код билатералног специјалитета, залази се у домен интерференције, односно само делимичног поклапања елемената две законске норме, при чему обе имају заједничко језгро, као и специјалне и генералне елементе у односу једна према другој.<sup>110</sup> Јасно је да се у овим случајевима ради о обостраној специјалности, при чему се не може закључити да је било која од релевантних инкриминација специјална у односу на другу. Тиме се дерогира основни концепт овог принципа решења и нужно захтева излазак из оквира концептуалне обухватности, што се не може оправдати.

Постоји још једна класификација специјалитета, која би могла бити релевантна са аспекта детерминисања његовог домашаја. Наиме, у литератури се указује на постојање две врсте специјалитета, у зависности од циља законодавца приликом прописивања појединачних инкриминација. Тако, први се означава као волунтарни и односи се преваходно на прописивање привилегованих и квалификованих облика одређеног кривичног дела, док је други инволунтарни и подразумева да се до закључака о релацији специјалитета долази на основу саме интерпретације законских типова који се међусобно преплићу.<sup>111</sup> Јасно је да у другу категорију спадају облици које ћемо означити као *специјалитет по основу спецификације*.

С друге стране, сматрамо да су испуњени услови ове релације у случајевима конкретног специјалитета, под претпоставком да из околности реализације конкретног кривичног дела, недвосмислено произлази однос специјализације, у складу са дефинисаним правилима.

---

<sup>109</sup> М. Bortoluzzi, 108.

<sup>110</sup> С. Buffon, 534.

<sup>111</sup> J. D. J. Restrepo, 17.

Ова варијанта постоји у ретким случајевима када се сви предуслови за конструисање релације специјалитета који важе на апстрактном плану, испуне приликом конкретне реализације два кривична дела у одговарајућем чињеничном контексту, иако се на основу самог поређења њихових обележја изван таквог контекста не може закључити присуство описаног односа.

У италијанској доктрини се иначе посвећује велика пажња разматрању да ли случајеви тзв. *конкретног специјалитета* испуњавају услове поменуте конфигурације. То је и последица легислативне технике употребљене у одредбама чл. 15 италијанског Кривичног законика, где се као услов поставља да две норме регулишу „исту материју“ („*stessa materia*“), што се према неким теоретичарима односи управо на исто чињенично стање схваћено у натуралистичком смислу.<sup>112</sup> Међутим, велики број присталица имају и гледишта која негирају такво тумачење и залажу се за стриктно апстрактни приступ, везујући поменути израз за захтев истоветности штићеног правног добра.<sup>113</sup>

Иако постоји мање – више једногласан став у доктрини када је реч о условима констатације специјалитета, ипак се указује да исти захтева пажљиву анализу типичних законских описа<sup>114</sup>, с обзиром на специфичност појединих инкриминација, код којих ће његово постојање зависити од околности испољавања међуодноса између правних концепата. Ова тврдња се односи превасходно на генеричка кривична дела особене природе, попут преваре, која се могу преклапати и са великим бројем других инкриминација, при чему ће констатација специјалитета бити условљена факторима ситуационе природе.

Тако, на класичном примеру односа између кривичног дела трговине утицајем и преваре, сматра се да постоји конкретни специјалитет, уколико се превара у датој чињеничној ситуацији извршила посредством радњи које се поклапају са обележјима кривичног дела трговине утицајем.<sup>115</sup> Исто важи и за однос преваре и кривичних дела фалсификовања. Иако неки теоретичари негирају могућност изласка из апстрактних оквира приликом констатације специјалитета, мишљења смо да се у овим ситуацијама, под наведеним условима, за разлику од билатералног специјалитета, не захтева додатно увођење вредносне процене, односно да се остаје у оквирима дефинисаних услова специјализације. Друго је питање да ли би на конкретном примеру, примена неког другог принципа решења методолошки више одговарала начелним поставкама индивидуализације института привидног стицаја, између осталог и у складу са захтевима ефикасности и рационалности у квалификацији, чиме се не задире у оцену испуњености формалистичких услова специјалитета. Тиме се пак залази у доста комплекснија питања колизије самих принципа решења, у условима када су већ испуњене претпоставке више њих, која ће бити предмет накнадног разматрања.

## 2.4. Садржај релације специјалитета

Имајући у виду наведене факторе испољавања релације специјализације, односно ограничења њеног домашаја, може се рећи да се материјална димензија принципа специјалитета, огледа у следећим карактеристикама: 1) постоји специјалитет у односу

<sup>112</sup> А. Gianfelice, 38; М. Di Gianluca, 3. Међутим, постоји несагласност у вези правне природе *конкретног специјалитета*.

<sup>113</sup> F. Gianfelici, „Le clausole di riserva alla ricerca di una funzione uno sgradito ospite nella teoria del concorso apparente di norme”, *Archivio penale* 2/2018, 3; C. Buffon, 534; M. Bortoluzzi, 108.

<sup>114</sup> А. Etcheberry, 124.

<sup>115</sup> J. D. J. Restrepo, 18. Слично томе, уколико је у конкретном случају кривично дело насилничког понашања на спортској приредби из чл. 344а КЗ извршено на тај начин што је учинилац изазвао националну, расну, верску или другу мржњу или нетрпељивост, ова инкриминација се појављује као специјална у односу на опште кривично дело изазивања националне, расне и верске мржње и нетрпељивости из чл. 317 КЗ.

између две законске инкриминације онда када су испуњени услови пуне концептуалне обухватности, оличени у правилу да један законски опис (специјални) својим обележјима у потпуности покрива сва обележја другог, с тим што поседује додатно специјално обележје; 2) једно од обележја примарног законског описа који се поклапају са елементима другог законског описа је специјално у односу на исто онда када се на основу тумачења утврди да је један истоветан концепт (радња извршења, пасивни субјект и др.) путем специјалне норме детерминисан на прецизнији и партикуларнији начин, у складу са општим правилима логике, на основу чега се може закључити да се са паралелним концептом из опште норме налази у релацији „род – врста“; 3) између опште и специјалне норме постоји логички однос субординације; 4) релација специјализације је логичко–формалног карактера, подразумева потпуно поклапање радње између две инкриминације и испољава се на првенствено на апстрактном, а под одређеним условима и на конкретном плану.

Према томе, сматрамо да се садржај релације специјалитета исцрпљује у концептуалној обухватности две законске норме, у складу са дефинисаним карактеристикама, при чему се обухватање невредности дела обезбеђује потпуним поклапањем њихових елемената, у односу на које суделују фактори специјализације, тако да би паралелна примена истих, представљала кршење забране *ne bis in idem*.

Уколико се узму у обзир све наведене карактеристике, може се закључити да релација специјалитета на најадекватнији начин испуњава фундаментални основ института привидног стицаја закона, оличен у захтеву за покривањем целокупне невредности дела.

### 3. Феноменолошка димензија

Утврђивање опсега примене специјалитета као принципа индивидуализације (привидног) стицаја закона, представља дискутабилно питање у доктрини, имајући у виду различите концепције о његовом домаћају, које су условиле поделе на монистичке и плуралистичке системе у домену решавања конфликта између законских норми. Стога, када се говори о феноменолошким облицима испољавања, увек се мора имати у виду неколико фактора, који укључују како опредељење за унитарни или плуралистички приступ у погледу броја релевантних принципа решења, тако и апстрактни или конкретни приступ у констатацији релације специјализације. Ово је уско повезано и са ограничењем специјалитета на стриктно логичке релације између законских норми, изван којих се не може говорити о овом принципу решења. Захтев *потпуне концептуалне обухватности* једног правног концепта другим, на којем почива таква констатација, оставља уско поље феноменолошких манифестација са аспекта позитивноправних решења.

Већ смо поменули да су схватања о домаћају специјалитета, у теорији стицаја закона, који се првобитно и одређивао искључиво путем навођења конкретних феноменолошких облика, варирала до те мере да је долазило до укључивања у ову категорију и сложених кривичних дела, деликата *sui generis*, па чак и случајева када неко чињенично стање регуларно обухвата неко друго<sup>116</sup>, односно специјалних клаузула („клаузула резерви“).<sup>117</sup>

Осим тога, излазак из поменутих логичких оквира релације субординације, односно потпуне концептуалне обухватности испољио се на још два плана. Први подразумева одређене монистичке концепције које су привидни стицај закона ограничавале искључиво на принцип специјалитета, што је довело и до знатног проширења његовог домаћаја на област вредносних односа. С друге стране, у ову категорију су сврставане и особене конструкције

<sup>116</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 321.

<sup>117</sup> J. J. Hernández Sánchez, 50.

тзв. *реципрочног (билатералног)* специјалитета, засноване на релацији интерференције, у складу са доктринарном струјом о његовом измештању са апстрактног на конкретни план у тумачењу односа специјалитета између законских норми.

Може се закључити да је на првом месту, екстензивност феноменолошке димензије специјалитета, директно условљена начином одређења материјалног садржаја релације специјализације. Стога, њено дефинисање као стриктно формално–логичког концепта, који подразумева да специјална норма мора да садржи све елементе опште, као и додатне специјализирајуће, искључује било какав вредносни суд у њеној оцени и темељи се на наглашеном апстрактном приступу.<sup>118</sup> Ова констатација у великој мери ограничава примену принципа специјалитета у пракси.

Поред тога, у доктрини се постављају и додатни прецизирајући критеријуми који делују у склопу правила *lex specialis derogat legi generali*. Тако, поједини шпански аутори, као услов постављају и да специјализирајући елемент представља новину у односу на оне елементе интегрисане у генералном закону, што би значило да између две норме постоји релација специјалитета онда када *lex generalis* у себи не садржи невредност *lex specialis* –а, док би се у супротном радило о релацији консумпције.<sup>119</sup>

Слично томе, указује се и на танку границу овог принципа са манифестацијама супсидијаритета. Полазећи од тога, Келер закључује да у принципу, специјалитет и супсидијаритет представљају мање–више исту концепцију, што подразумева да се екстензивнији и стриктнији концепт не могу применити у исто време, већ примена стриктног концепта (који поседује више типичних елемената или већи домашај), искључује примену оног са ширим опсегом (екстензивнијег).<sup>120</sup>

Важно питање које се поставља у вези са домашајем принципа специјалитета, тиче се начина на који се схвата захтев да специјални закон у себи мора садржати све елементе генералног, односно како треба тумачити наведени услов постојања. У вези тога, појављује се раскорак између екстензивног и рестриктивног концепта, тако да се у првом случају, за констатацију релације специјалитета, не захтева буквално укључивање свих типичних елемената генералног закона у склопу специјалног<sup>121</sup>, али такав закључак ипак мора произлазити из пажљивог тумачења њихових елемената, чиме се остаје у домену захтева за концептуалном обухватношћу. На тај начин се омогућује опстанак његових логичких поставки.

Пре појаве Хониговог рада и увођења специјалитета у формалном смислу, ова релација се посматрала полазећи од простих дескриптивних ефеката, без утврђивања њених основа, при чему се указивало на две појавне манифестације: 1) квалификована и

---

<sup>118</sup> А. Gianfelice, 35. Тако, истиче се хипотеза немачке ауторке Пупе, која сматра да стицај закона постоји искључиво онда када између конкретних правних диспозиција постоји специјалитет у стриктном, логичком смислу, односно када једна од правних диспозиција садржи све елементе друге, и поред тога још један или више специјализирајућих елемената. Вид. F. M. Peña Castillo, 75.

<sup>119</sup> J. P. Matus Асуња (2007), 29. Пример за то би били случајеви односа између разбојништва и убиства, односно квалификованог облика разбојништва услед којег је дошло до наступања смрти неког лица.

<sup>120</sup> J. P. Matus Асуња (2001), 359.

<sup>121</sup> J. P. Matus Асуња (2000а), 321 – 322. То омогућује укључивање под окриље специјалитета и случајева сложеног кривичног дела. Хониг истиче да се не захтева садржаност свих типичних елемената генералног закона у специјалном, у буквалном смислу, како би се констатовао специјалитет, те да ће ова релација постојати чак и онда када *lex specialis* не понавља све типичне елементе *lex generalis*–а, већ их подразумева у једном обједињујућем концепту. У том смислу, сматра се да је реч о особеној легислативној техници, у функцији поједностављења његове примене.

То је, на пример, случај са кривичним делом изазивања опасности необезбеђењем мера заштите на раду из чл. 280 ст. 2 КЗ, које по наведеним критеријумима, представља специјални облик кривичног дела изазивања опште опасности из чл. 278 ст. 2 КЗ. Вид. З. Стојановић (2021), 911.

привилегована кривична дела наспрам базичних; 2) међусобни однос између квалификованих и привилегованих кривичних дела.<sup>122</sup>

Домашај феноменолошке димензије специјалитета, односно закључци по том кључном питању, могу се посматрати првенствено са аспекта начина на који су поједини теоретичари дефинисали ову врсту релација. Поред репрезентативне Хонигове дефиниције, која полази од тога да један правни концепт садржи све елементе другог, а уз то садржи додатни, специјални елемент<sup>123</sup>, наилазимо и на одређења специјалитета управљена ка проширењу његовог домашаја изван поменутих традиционалних случајева, и то у правцу регуларности обухватања одређеног чињеничног стања другим, односно утврђивања релација специјалности између наизглед различитих елемената одређене правне диспозиције.<sup>124</sup>

У сваком случају, осим спорних манифестација билатералног специјалитета, у доктрини не постоје веће дискрепанције у погледу утврђивања његове феноменолошке димензије. Такође, анализом релевантне судске праксе у овој области, уочава се да се углавном уопште и не појављују проблеми у квалификацији, који би се темељили на недоумицама у постојању или негацији релације специјалитета. Стога, изостају и образложења квалификације утемељене на примени принципа специјалитета, односно позивања на повреду кривичног закона у том правцу. То указује на постојање јединственог става и сагласности о његовом домашају у јуриспруденцији.

### 3.1. Класификационе поделе

Схватања о домашају специјалитета и усвојене концепције о његовом месту у теорији привидног стицаја закона, имају директан утицај на доктринарне поделе феноменолошких манифестација овог принципа решења, које се појављују као исход поступка квалификације.

На првом месту, полази се од класификације на специјалитет у ужем и ширем смислу<sup>125</sup>, који се од стране појединих теоретичара означавају и као стриктни, односно екстензивни специјалитет.<sup>126</sup> Срж ове диференцијације чине концепти квалификованих и привилегованих кривичних дела, као класични примери специјалитета у ужем смислу, наспрам манифестација попут сложених кривичних дела, односно релација између аутономних деликата (*sui generis*) и њима комплементарних базичних инкриминација. У том контексту, помињу се и класификације на волунтаристички и инволунтаристички специјалитет, утемељене на претпоставци о очигледном настојању законодавца да из одређеног законског типа, формулисано на генерални начин, избаци поједине групе случајева са суштински другачијим садржајем невредности и кривице.<sup>127</sup>

---

<sup>122</sup> J. P. Matus Асућа (2000а), 320 – 321. Тако, према Мејеру, истиче се својство једног деликта да фигурира као специјалан облик другог. Осим тога, под окриљем дескриптивних дефиниција, издвајају се и концепције које се једноставно позивају на ефекте концепта *lex specialis* – а.

<sup>123</sup> C. Roxin (2014), 999. У шпанској доктрини, такође наилазимо на дефиниције специјалитета које полазе од његовог логичко–формалног смисла. Тако, указује се да ова релација постоји онда када се у законском опису бића једног од њих (специјалног), налазе садржани сви елементи неког другог, генералног закона, уз додатак једног или више специјализирајућих елемената. Вид. J. P. Matus Асућа (2000b), 31.

<sup>124</sup> J. P. Matus Асућа (2000а), 323. Као пример, наводи се однос између кривичног дела разбојништва и наношења повреда, будући да разбојништво не подразумева увек и без изузетка примену силе, која би проузроковала повреде. Ово произлази из могућности његовог извршења и применом претњи.

<sup>125</sup> Ф. Бачић (1995), 313.

<sup>126</sup> H. Welzel, 228.

<sup>127</sup> Ово се заправо односи на категоризацију засновану на диференцирању квалификованих и привилегованих инкриминација, за које је очигледно да представљају модификације основних, базичних



Основни критеријум за поделу специјалитета на његову ужу и ширу форму, односно на екстензивну или рестриктивну варијанту, огледа се у захтеву за потпуним обухватањем свих типичних елемената генералног закона у специјалном, наспрам могућности само делимичног прожимања, и она представља кључни основ категоризације његових феноменолошких облика.

Осим тога, указује се и на могућност проширења релације специјалитета, не само у односу на претпостављене норме посматране обједињено, већ такође и у односу на различите типичне модалитете, који се могу индивидуализовати у односу на такве претпоставке, као и на случајеве додавања нормама првог нивоа или пак њиховим типичним модалитетима одређене генеричке околности (отежавајуће) предвиђене законом, како би се формирале нове релације специјалитета.<sup>128</sup>

Поред тога, у италијанској литератури се указује и на општу категоризацију на манифестације унилатералног и билатералног (реципрочног) специјалитета<sup>129</sup>, чији основ утемељења заправо почива на схватању о домашају специјалитета у односу на остале принципе решења, тачније на начину поимања његове логичке утемељености, у светлу диференцирања монистичких и плуралистичких система. У првом случају, ради се о стандардним облицима специјалитета, на начин на који се он уобичајено дефинише у доктрини, односно на темељу постојања додатног специјализирајућег елемента код главне инкриминације. С друге стране, билатерални специјалитет полази од потпуно другачије логике, будући да две законске норме имају заједничко језгро (тачку пресека), али се ниједна од њих не појављује као специјална у односу на другу, с обзиром да и једна и друга поседују себи својствене, реципрочно специјалне елементе. Ипак и у оквиру наведене дипартитне поделе, не постоје једногласни ставови о карактеру њихових појединачних манифестација. Тако, чак и они аутори који прихватају билатерални специјалитет као аутономну варијанту испољавања специјалитета, исти ограничавају само на случајеве када се он испољава као билатерални специјалитет по основу спецификације.<sup>130</sup>

Још једна интересантна класификација појавних манифестација специјалитета, испољава се у виду специјалитета инклузијом, претпостављеног специјалитета и специјалитета по основу комплементарности<sup>131</sup>, што одговара већ поменути облицима истог у ужем и у ширем смислу.

У складу са нашим схватањем о ограничењу релације специјалитета на случајеве концептуалне обухватности, што подразумева да специјална инкриминација у потпуности

---

кривичних дела, наспрам случајева где закључак о специјалитету није очигледан, већ захтева пажљиву интерпретацију. Вид. J. D. J. Restrepo, 17.

<sup>128</sup> Као пример, аутор наводи однос између инкриминације помагања у самоубиству уз пристанак жртве, која је извршена за новчану надокнаду и кривичног дела тешког убиства по основу околности да је извршено уз новчану надокнаду, сматрајући, сходно Гимбернатовој концепцији, да је једино рационално решење примена норме помагања у самоубиству, уз прихватање наведених побуда као отежавајуће околности. J. C. Moliné, 54 – 55.

<sup>129</sup> Вид. M. Bortoluzzi, 112; F. Di Gennaro, 1; C. Buffon, 533; A. Gianfelice, 32; I. Pussini (2019b), 7; G. Serra, „Le sezioni unite e il concorso apparente di norme, tra considerazioni tradizionali e nuovi spunti interpretativi. Nota a Cass., SSUU, sent. 22 giugno 2017 (dep. 12 settembre 2017), n. 41588, Pres. Canzio, Rel. Montagni, Ric. La Marca“, *Diritto Penale Contemporaneo* 11/2017, 178; R. Chieppa, R. Giovagnoli, 51; A. Nappi, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, Giuffrè Editore, Milano 2010, 187; C. F. Grosso, M. Pelissero, 560.

У италијанској доктрини се врши и додатна категоризација у оквиру наведене две манифестације, што укључује формулације унилатералног и билатералног специјалитета по основу спецификације или додатка. Вид. L. Delbono, „Concorso di norme e bis in idem sostanziale dopo la sentenza della Corte cost. 200/2016“, *Giurisprudenza penale* 2/2018, 1-18, <https://www.giurisprudenzapenale.com/2018/02/01/concorso-norme-bis-idem-sostanziale-la-sentenza-della-corte-cost-200-2016/>, 5. фебруар 2022.

<sup>130</sup> G. Serra, 178. То подразумева да се варијанта билатералног специјалитета по основу екстензије (додатка) не сматра релевантном у поступку квалификације.

<sup>131</sup> S. Zorzetto, 6.

обухвата сва обележја опште, те да уз то поседује и додатни специјализирајући елемент, сматрамо да се у оквиру специјалитета у правом (ужем) смислу могу сврстати превасходно две његове врсте – *специјалитет по основу додатка (екстензије)* и *специјалитет по основу смисла или спецификације* (интерпретативни).

Иначе, ова категоризација се појављује као релевантна и код облика реципрочног специјалитета (специјалитета у ширем смислу)<sup>132</sup>, где се излази из домена формално–апстрактног критеријума констатације привидног стицаја закона, а самим тим и прихваћеног концепта наведеног принципа, због чега је не сматрамо релевантном.

Поред тога, сматрамо да су наведени услови испуњени и код особених манифестација тзв. *конкретног специјалитета*, који је условљен начином испољавања одређених обележја на конкретном плану, што спада у варијанту специјалитета по основу спецификације. Стога, иако смо мишљења да би примену принципа специјалитета требало ограничити само на случајеве стриктно логичких релација између конкретних правних норми, што имплицира опредељење за апстрактни приступ у детерминисању услова његовог постојања, а самим тим и феноменолошке димензије, тумачење испуњености овог критеријума не може се једнострано посматрати, без уважавања особености конкретног случаја, односно начина испољавања елемената појединих инкриминација. То захтева примену интерпретативног приступа у поређењу релевантних елемената правних концепата који се специјализирају.

Иначе, феноменолошка категоризација облика испољавања специјалитета у домаћој доктрини, одговара варијанти стриктног специјалитета и своди се на истицање манифестација квалификованих и привилегованих облика одређених кривичних дела, као и случајева када се један правни концепт појављује као специјална варијанта другог, општег.<sup>133</sup>

У том смислу, феноменолошку димензију специјалитета, посматраћемо кроз призму две појавне манифестације његове стриктне варијанте, односно квалификованих и привилегованих облика кривичног дела (*специјалитет по основу екстензије – додатка*) са једне стране и *специјалитета по основу спецификације* (интерпретативни специјалитет), при чему ћемо се такође осврнути и на карактеристике тзв. *екстензивног специјалитета*, односно реципрочног (билатералног), чије појавне манифестације излазе из окриља примене правила наведеног принципа решења.

### 3.2. Екстензивни специјалитет

Већ смо напоменули да постоје одређене концепције, које знатно проширују опсег примене специјалитета као принципа решења у теорији привидног стицаја. Тако, у немачкој литератури се поред специјалитета у стриктном смислу, под његовим окриљем сврставају и манифестације деликата *sui generis*, као и случајеви сложених кривичних дела, односно специјалитет између базичних легалних концепата, где се и поред раздвајања концептуалних опсега две инкриминације, сматра да један од законских типова представља специјалну форму у односу на други.<sup>134</sup>

Поред сложених кривичних дела, која се и према одређеним схватањима у савременој доктрини, сврставају у феноменолошке манифестације специјалитета<sup>135</sup>, посебно је интересантно проширење његовог домаћаја на категорије деликата *sui generis*, што се односи превасходно на ситуације када су облици учешћа у партикуларном делу подигнути на

<sup>132</sup> М. Bortoluzzi, 111.

<sup>133</sup> Вид. Ј. Ђ. Таховић (1956), 185; З. Стојановић (2021), 305.

<sup>134</sup> Н. Welzel, 228 – 229.

<sup>135</sup> Вид. С. Roxin (2014), 1002.

ранг аутономних деликата, путем додатних специјалних околности.<sup>136</sup> Међутим, већ на самом почетку је јасно да се нарочито у случају правних конструкција деликата *sui generis*, схваћених на описани начин, не би могла одржати квалификација специјалитета као стриктно логичког принципа, који захтева поклапање свих елемената две инкриминације, као и постојање специјализирајућег, односно додатног специјализирајућег концепта. Сматрамо да случајеви зависних категорија, попут појединих облика саучесништва, подигнутих на ранг аутономних деликата, представљају парадигматске примере супсидијаритета, што је и владајуће схватање, како у домаћој, тако и иностраној доктрини.

Осим тога, још један аспект испољавања екстензивне варијанте специјалитета, подразумева и облике искључења једног дела путем специјалне клаузуле<sup>137</sup>, чиме се такође задире у традиционалне манифестације супсидијаритета, што ћемо детаљније размотрити у одговарајућем поглављу.

Превазилазећи логичку основу специјалитета, утемељену на релацијама генерални – специјални закон, одређена гледишта монистичког карактера му приписују знатно шири домашај у оквирима теорије привидног стицаја закона, обухватајући и случајеве уобичајено својствене другим принципима решења. Тако, једна од монистичких концепција, полази од тога да ће у свим случајевима привидног стицаја закона, бити примењиве само оне формулације деликата и њима одговарајуће казнене претње, које регулишу конкретан случај у најкомплетнијем контексту, обухватајући конкретизујуће елементе привидног дела и најмање један додатни (специјализирајући), иако то није логички детерминисано.<sup>138</sup> На слична схватања смо већ указали приликом разматрања места специјалитета као принципа решења у теорији привидног стицаја закона.

Свакако најдискутабилнији случај проширења опсега примене специјалитета, тиче се феноменолошких облика билатералног (реципрочног) специјалитета, који је директно условљен поимањем његове логичке утемељености.

Наиме, идејна основа овог облика, оличена је у правилу према којем више инкриминација има заједничко језгро, али поред тога, поседују још и сопствене елементе, карактеристичне за сваку од њих. Другим речима, не постоји потпуна концептуална обухватност једног правног концепта другим, имајући у виду да сваки поседује додатне специјализирајуће елементе у односу на други. У литератури се указује да таква релација, хоризонталног нивоа, постоји онда када ниједна норма није ни генерална ни специјална, већ је свака истовремено и генерална и специјална са аспекта међусобних релација.<sup>139</sup> За разлику од унилатералног специјалитета, где је специјална норма интегрисана у генералној, код

---

<sup>136</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 321. Ово је према Хонигу, решење које се састоји у преферирању специјалног над генералним законом, будући да реализација првог, претпоставља и реализацију другог, што се огледа у следећим практичним последицама: 1) примена специјалног закона омогућава да се у потпуности обухвати дело; 2) истовремена примена генералног и специјалног закона би значила повреду забране двоструког правног вредновања (*ne bis in idem*).

<sup>137</sup> J. J. Hernández Sánchez, 50.

<sup>138</sup> J. P. Matus Acuña (2001), 369.

<sup>139</sup> J. D. J. Restrepo, 19. То је случај када отац лиши живота своје дете, како би спречио његову патњу, услед тешке болести. На тај начин се супротстављају тешко убиство и лишење живота из самилости, при чему обе инкриминације поседују заједничко језгро (обично убиство), али сваки од њих поседује себи својствене елементе (квалификација субјекта и субјективни елементи различити од умишљаја – самилост). У конкретном случају, не постоји вертикална, већ хоризонтална релација, а описана манифестација се графички представља у виду два круга која се секу.

У италијанској доктрини, где се највише пажње и посвећује разматрању билатералног специјалитета, указује се да ниједна норма није ни специјална, ни општа у односу на другу. Вид. С. Buffon, 534; А. Nappi, 187; S. Donato Messina, S. Messina, G. Spinnato, 235.

билатералног специјалитета се подручје примене манифестује у интерсекцији између два правна концепта.<sup>140</sup>

На овај облик указује и Роксин, који га, паралелно са квалификованим и привилегованим инкриминацијама, убраја у једну од феноменолошких манифестација специјалитета, полазећи од ставова судске праксе, истичући пак да постоје извесне дилеме у његовој индивидуализацији као таквог.<sup>141</sup> Међутим, ако пођемо од примера које аутор наводи као случајеве ове варијанте специјалитета, може се уочити да се заправо ради о концепцији специјалитета у ужем смислу, где се процесом ширег тумачења долази до закључака о специјалности једног елемента у односу на други, због чега се квалификација специјалитета и не врши под другачијим правилима у односу на оно које подразумева поклапање свих елемената два правна концепта и постојање додатног специјализирајућег код *lex specialis*-а. Ипак, овакав поступак свакако захтева додатну опрезност у погледу утврђивања испуњености услова специјализације два релевантна елемента, чиме се нужно излази из оквира стриктно апстрактних правила. На тај начин се донекле и побија тврдња о специјалитету као апсолутно прецизном и егзактном правилу, иако се можемо сложити са констатацијом да представља најмање проблематичну релацију.<sup>142</sup>

Описана ситуација представља једно од најспорнијих питања у поступку квалификације, које се појављује и у средишту дистинкције идеалног и привидног идеалног стицаја, а његово разматрање у склопу специјалитета, произлази из особине поседовања већ поменутих реципрочно специјализирајућих елемената. У сваком случају, без обзира што се терминолошки означава као специјалитет, доктрина ипак није једногласна у погледу принципа решења којем се поверава решавање конфликта између овако постављених инкриминација, иако дефинитивно преовлађује гледиште у правцу квалификације привидног идеалног стицаја.

Тако, указује да у конкретном случају није реч о односу између специјалне и генералне норме, већ о две норме које се налазе у односу алтернативитета<sup>143</sup>, или пак о проблему у квалификацији који треба решити применом консумпције или супсидијаритета.<sup>144</sup> Осим тога, наводи се још и да је ова манифестација некомплетна, будући да не уважава партикуларне релације у погледу специјализирајућег елемента, односно не наглашава логичку правну дистинкцију у односу на интерференцију.<sup>145</sup> Самим тим, очигледно је да ова концепција директно иде у правцу прихватања монистичких решења у теорији привидног стицаја, односно њеном утемељењу на јединственом принципу специјалитета, који се у овако широком опсегу сматра довољним за решавање релевантних проблема у квалификацији.

С друге стране, његово прихватање је такође у директној вези са померањем границе између идеалног и привидног идеалног стицаја<sup>146</sup>, што се теоријски може посматрати и у контексту прихватања аутономије алтернативитета, као једног од најспорнијих принципа решења.

---

<sup>140</sup> A. Nappi, 187.

<sup>141</sup> C. Roxin (2014), 1001.

<sup>142</sup> J. C. Contreras (1979b), 467; J. J. Hernández Sánchez, 50. У том смислу, указује се на преовлађујуће мишљење о специјалитету као принципу који проузрокује најмање теоријских проблема.

<sup>143</sup> I. Pussini (2019b), 7.

<sup>144</sup> C. Buffon, 534.

<sup>145</sup> M. Bortoluzzi, 110. Напомиње се да релевантни правни концепти имају заједничко језгро, али да сваки од њих поседује још два или више специјализирајућих елемената, који су генерални (општег карактера) у односу на други (родоскрвњење и силовање).

<sup>146</sup> A. Gianfelice, 53. Аутор указује да је у конкретном случају реч о релацији интерференције, која конституише основ идеалног стицаја.

Иначе, израз „билатерални специјалитет“ се помиње у италијанској доктрини паралелно са манифестацијама тзв. унилатералног специјалитета, при чему се чак и класификује по истом основу, тако да се говори о билатералном специјалитету по основу екстензије (дodatка) или спецификације. Таква подела се појављује као релевантна и са аспекта утврђивања граница привидног идеалног стицаја.<sup>147</sup> Међутим, према схватању већинске доктрине, специјалитет као манифестација привидног стицаја закона може постојати само у случају унилатералне варијанте<sup>148</sup>, док се билатерални (реципрочни) специјалитет назива чак и логичком бесмислицом<sup>149</sup>, при чему се као основна критика наводи неодрживост логичког односа и неопходност увођења додатних критеријума за његово решавање, попут тежине санкције.<sup>150</sup> Јасно је да се тиме у потпуности излази из оквира владајуће концепције специјалитета.

Управо је неодрживост концепције билатералног специјалитета, чије је истицање у италијанској доктрини последица доследног придржавања одредбе чл. 15 Кривичног законика, која регулише искључиво специјалитет као облик привидног идеалног стицаја, условила појаву плуралистичких концепција, односно других принципа решења, попут супсидијаритета и консумпције.<sup>151</sup> У основи оваквог приступа очигледно се налази идеја о недовољности логички утемељеног специјалитета за покривање свих случајева привидног стицаја.

Поред описаног случаја реципрочног специјалитета, као његова манифестација која превазилази релације стриктно логичког карактера, у литератури се наводи и облик тзв. *конкретног специјалитета*. У питању је концепт настао као резултат интерпретативног приступа, где се квалификација привидног идеалног стицаја не заснива на апстрактном односу између инкриминација, односно релацији род – врста, већ се у његовом утврђивању полази од оцене фактичке ситуације на индивидуалном плану.<sup>152</sup> У складу са становиштем из италијанске доктрине, која се у највећој мери бавила овом проблематиком, првенствено због самог законодавног решења односно регулације специјалитета као јединог облика привидног идеалног стицаја, могу се уочити настојања да се овом принципу решења приступи изван логичких правила, што одговара идејној основи већ поменутих монистичких приступа, попут оног који је заступао и немачки аутор Јакопс. Наиме, овакво резонување се доводи у везу са начином тумачења спорног израза „*stessa materia*“, који се заправо не односи на јединство штићеног правног добра, већ на исту конкретну чињеницу, тачније исто чињенично стање

---

<sup>147</sup> I. Pussini (2019b), 8. Тако, указује се и на гледиште према којем се ради о случају идеалног стицаја. Наиме, у италијанској доктрини се истиче да није реч о општеприхваћеном принципу, те да према мишљењу већинске доктрине, овај концепт не представља случај специјалитета, већ идеалног стицаја (наводи се пример односа између родоскрвњења и силовања).

Бортолузи такође полази од наведене дипартидне класификације приликом разматрања специјалитета, указујући да билатерални специјалитет поседује исте варијанте испољавања као и унилатерални, односно да се може манифестовати у виду екстензије (дodatка) или спецификације. Вид. M. Bortoluzzi, 107 – 108.

<sup>148</sup> F. Di Gennaro, 1.

<sup>149</sup> I. Pussini (2019b), 8.

<sup>150</sup> C. Buffon, 534.

<sup>151</sup> F. Di Gennaro, 2; R. Chiappa, R. Giovagnoli, 51. Указује се да су специјалитет у конкретном смислу, баш као и варијанта билатералног специјалитета, настали управо као продукт настојања да се сви случајеви привидног стицаја реше применом специјалитета као јединог принципа решења.

<sup>152</sup> C. Buffon, 534. Слично томе, указује се и да примена конкретног специјалитета долази у обзир онда када је једно дело вредновано полазећи од конкретног приступа, односно конкретне чињеничне ситуације, која се може подвести под више инкриминишућих норми. Вид. G. Lattanzi, 91.

Са аспекта нашег законодавства, овакав приступ би могао оправдати примену привидног идеалног стицаја по основу специјалитета у случају истовременог остваривања обележја кривичног дела противзаконите наплате и исплате из чл. 362 КЗ и преваре, уз аргумент да се прво кривично дело, иако то није апсолутно правило, најчешће врши управо остваривањем обележја кривичног дела из чл. 208 КЗ (довођењем у заблуду). Вид. З. Стојановић (2021), 1108.

подведено под више законских норми, иако између истих не постоји релација род – врста.<sup>153</sup> Ипак, као једна од најрелевантнијих критика упућених оваквој концепцији, утемељеној на изласку из апстрактних оквира релација специјалитета, може се навести управо диспарат у кривичноправном третману релевантних ситуација које се сматрају обухваћеним специјалитетом.<sup>154</sup>

Јасно је да ова идеја одговара монистичким концепцијама, које целокупну теорију привидног стицаја, своде на специјалитет као једини принцип решења, што захтева знатно проширење његовог домашаја, а уједно и превазилажење искључиво апстрактног приступа у оцени његовог постојања.

Стога, важно је напоменути да феноменолошке манифестације сврстане у категорију екстензивног специјалитета, нарочито у билатералној (реципрочној) варијанти, представљају чисто теоријске конструкције, те да решење за њима обухваћене чињеничне ситуације у поступку квалификације, треба тражити изван поставки специјалитета за који су резервисана стриктна логичка правила. То је уједно и хипотеза од које смо пошли у утврђивању његове феноменолошке димензије.

### 3.3. Стриктни специјалитет

За разлику од варијанти означених као екстензивни специјалитет, које сматрамо искљученим из опсега примене специјалитета као самосталног принципа решења, срж његове феноменолошке димензије, чине манифестације у литератури класификоване на облике специјалитета по основу „дodatка“ и оне где се компаративним поређењем две инкриминације, уочава постојање специјализирајућег елемента код једне од њих, тачније такав однос између два концепта где је један специјално постављен у односу на други.

Већина дефиниција специјалитета у савременој доктрини полази управо од овог феноменолошког облика, те се његово постојање доводи у везу са околношћу да је законски опис бића једног кривичног дела у целисти обухваћен другим, при чему исти садржи још и барем један додатни елемент, на основу којег се идентификује као *lex specialis*.<sup>155</sup>

Специјализирајући елементи, као основне градивне компоненте које конституишу специјалитет, могу се манифестовати у две варијанте, и то као: 1) елемент који специјализира један чињенични концепт предвиђен у генералној норми или 2) елемент који се додаје оном израженом у генералној норми.<sup>156</sup> Полазећи од тога, у доктрини се указује да постоје два критеријума детерминације релације специјалитета – када је једна диспозиција изричито садржана у другој, као и онда када се на основу пажљиве интерпретације може закључити да једна правна фигура садржи прецизнији и садржајнији опис од друге.<sup>157</sup>

На описану категоризацију наилазимо и у домаћој доктрини, при чему се релевантни градивни елементе специјализације – опште и специјално кривично дело, утврђују као исход партикуларнијег (ужег) приступа у одређивању неког елемента инкриминације, или пак као резултат екстензије, у виду новог концепта који има улогу додатка.<sup>158</sup> Управо на ова два

<sup>153</sup> G. Fiandaca, E. Musco, 201.

<sup>154</sup> L. De Liguori, 387.

<sup>155</sup> З. Стојановић (2009), 15. Тако и Н. Otto, 351; D. Kienapfel, F. Höpfel, R. Kert, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 15. Auflage, Manz Verlag, Wien 2016, 29.

<sup>156</sup> G. Marinucci, E. Dolcini, 451. У том контексту, указује се да се једна норма специјализира онда када описује дело које садржи све елементе друге (генералне), као и додатне, специјализирајуће елементе.

<sup>157</sup> M. A. Arce Aggeo, 169.

<sup>158</sup> М. Б. Ракић, 49. Као пример за прву категорију, наводи се однос између кривичних дела проневере и утаје, док као репрезентативан пример специјалитета по основу додатка, аутор истиче релације између

фактора, у складу са већ дефинисаним оквирима његове материјалне димензије, односно услова постојања, ћемо засновати и нашу класификацију феноменолошких манифестација специјалитета.

Док у првом случају не постоје већи проблеми у утврђивању његовог практичног испољавања, будући да се већ на апстрактном нивоу, концепти квалификованих и привилегованих облика неког базичног кривичног дела, препознају по поседовању додатног елемента – олакшавајућег или отежавајућег, специјалитет по основу смисла (спецификације), захтева и својеврстан интерпретативни приступ у тумачењу, приликом поређења колизионих елемената.

### 3.3.1. Специјалитет по основу додатка (екстензије)

Репрезентативни примери специјалитета у доктрини, испољавају се као квалификовани и привилеговани облици одређеног базичног кривичног дела, а у литератури се често означавају и као специјалитет по основу екстензије (дodatка)<sup>159</sup>, односно специјалитет у стриктном (ужем) смислу<sup>160</sup>, будући да је формирање оваквих инкриминација и иначе условљено додавањем одговарајућих олакшавајућих, односно отежавајућих околности основним генеричким концептима, на основу чега се формирају самостални облици кривичних дела.

Дефиниција која најбоље одражава суштину ове феноменолошке манифестације, полази од тога да један казнени тип садржи све конститутивне елементе другог, као и један додатни (специјални), који им није заједнички.<sup>161</sup> Тај додатни елемент представља *специјализирајући концепт*. Ово истовремено имплицира и да специјализирајући концепт поседује додатни, шири садржај по основу којег апсорбује *lex generalis*. При томе се остаје у склопу важећег правила о субординацији једног правног концепта другим, што подразумева да реализација једног концепта (специјалног), подразумева истовремено и остваривање другог (генералног).<sup>162</sup>

Слично томе, Роксин, полазећи од Хонигове концепције специјалитета, указује да исти подразумева да један правни концепт садржи све елементе другог, а поред тога, још и најмање један специјални елемент.<sup>163</sup> У домаћој доктрини, овај феноменолошки облик одражава дефиниција према којој специјалитет постоји онда када законодавац поред основног кривичног дела, општег карактера, предвиђа и његове посебне случајеве.<sup>164</sup>

---

разбојничке крађе и крађе. Овим феноменолошким облицима, додају се још и манифестације квалификованих и привилегованих кривичних дела.

<sup>159</sup> J. P. Matus Асуња (2000b), 31.

<sup>160</sup> H. Welzel, 229; J. P. Matus Асуња (2000a), 355; Ф. Бачић (1995), 313.

<sup>161</sup> J. Cuello Contreras (2009), 678. У том контексту, говори се и о специјализирајућем, додатном квалификованом или привилегованом елементу, при чему се као репрезентативни примери наводе убиство из користољубља са једне, односно убиство на мах, наспрам квалификације обичног убиства, са друге стране. Вид. Б. Златарић, 170.

<sup>162</sup> M. A. Arce Aggeo, 169.

<sup>163</sup> C. Roxin (2014), 999. Роксин као пример наводи крађу извршену употребом оружја, која садржи све типичне елементе крађе, као и додатни, специјални елемент, оличен у томе да је учинилац са собом носио опасно оружје.

Исто тако, Стојановић, као један од предуслова констатације специјалитета, наводи услов потпуне обухватности једног законског описа другим, као и присуство накнадног обележја. Вид. З. Стојановић (2021), 305.

Тако и J. P. Matus Асуња (1999), 70 –71. У том контексту, указује се да специјални закон садржи све елементе другог, генералног, као и додатни елемент који функционише као специјализирајући фактор.

<sup>164</sup> Б. Фрањо *et al.*, 218.

Иначе, у класичним системима, специјалитет се одређивао управо као врста релације која постоји између базичног деликта и неке његове врсте (пооштрене, ублажене, или на неки други начин диференциране), при чему су као основни услови његовог постојања, постављани захтеви да такво квалификовано, привилеговано, односно дело са другачијом запрећеном казном, у правном смислу поседује све есенцијалне елементе базичног дела.<sup>165</sup> Захтев да се генерални закон без изузетка појављује као садржан у специјалном, као његовој особеној врсти, стога се појављује се као репрезентативна карактеристика специјалитета.

У сваком случају, постоји општа сагласност теоретичара у погледу сврставања ових феноменолошких облика под окриље поменутог принципа<sup>166</sup> и углавном не постоје веће тешкоће у одређивању начина њиховог испољавања и решавања проблема квалификације у пракси.

Као типични пример испољавања релације специјалитета по овом основу, може се навести однос између квалификација тешког убиства и његовог основног облика, где се лишењу живота додају специјализирајући елементи, који по основу релације род – врста, обухватају све елементе генералне инкриминације (обично убиство). Тако, на пример, убиство при безобзирном насилничком понашању, појављује се као специјална инкриминација у односу на обично убиство, с обзиром да поседује додатне квалификаторне елементе, у конкретном случају испољене путем специјализације начина извршења.

Исто важи и за манифестације привилегованог убиства, попут лишења живота из самилости, где је специјализација управљена у другом правцу, односно ка ублажавању одговорности учиниоца. Наведени примери се појављују као репрезентативни и у компаративном законодавству.<sup>167</sup>

Релација специјалитета по основу екстензије, констатује се и у случају односа између обичне крађе и разбојништва, разбојничке или тешке крађе, где је специјализација релевантних елемената очигледна, с обзиром на то да законски описи наведених тежих инкриминација у потпуности обухватају елементе обичне крађе, уз додатак специфичних категорија.

Карактеристично је да се у наведеним случајевима, релација специјалитета констатује на апстрактном нивоу, односно на нивоу самих законских описа, због чега ове манифестације не проузрокују проблеме у квалификацији и диференцијацији од облика аутентичног стицаја.

Још један интересантан пример који по нашем мишљењу треба квалификовати као привидни идеални стицај по основу специјалитета, представља однос између нехатног лишења живота и кривичног дела квалификованог тежом последицом, где се смрт лица приписује нехату учиниоца. Иако се са правом може поставити питање евентуалне примене супсидијаритета у конкретном случају, предност би требало дати специјалитету, имајући у виду да се специјализација успоставља по основу постојања додатног елемента код кривичних дела где се нехатно лишење живота надовезује на основни облик.

С друге стране, ове феноменолошке манифестације добијају на значају у поступку квалификације, на релацији односа покушај – довршено кривично дело, где се испољавају специфичности у погледу разграничења привидног идеалног и идеалног стицаја.

---

<sup>165</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 306.

<sup>166</sup> Тако и J. J. Hernández Sánchez, 59; E. Mezger, 317. Вид. и И. Вуковић (2022), 343 – 344.

<sup>167</sup> Правило према којем квалификовано убиство искључује обично убиство, а квалификована крађа искључује обичну крађу, представља директну примену принципа специјалитета. Вид. Н. Muñoz Norment (1986), 376 – 377.



### 3.3.2. Специјалитет по основу спецификације

Поред квалификованих и привилегованих концепата, где не постоје веће дилеме у констатацији релације специјализације, при чему се релевантни елемент специјалне инкриминације, означен као „*Quid pluris*“ манифестује у виду додатка, односно екстензије у односу на елементе генералне норме, знатно комплекснији приступ захтева други облик његове феноменолошке манифестације, где се у првом плану истиче спецификација једног од елемената садржаних у главној инкриминацији, као основ примата у квалификацији.<sup>168</sup> Осим тога, не би се могло рећи да су у овим случајевима прецизно постављене границе у односу на друге принципе решења, нити да би се са довољно убедљивим аргументима могло у потпуности постићи разграничење између њих, нарочито у случају консумпције. Овај теоријски проблем се сусреће са супротстављеним захтевима, оличеним с једне стране у поштовању хијерархије у примени релевантних принципа индивидуализације, где специјалитет има апсолутни примат и захтева прелиминарно утврђивање, наспрам својеврсних практичних потреба симплификације поступка квалификације, односно избегавања детаљних образлагања разлога квалификације привидног стицаја, које би захтевала примена правила специјалитета. На тај начин, чини нам се да се решавање овог проблема пребацује на терен једноставнијег, али општијег вредносног правила, карактеристичног пре свега за консумпцију, чији су предуслови у већини спорних случајева такође испуњени, и чијом се констатацијом не би залазило у дубљу проблематику, карактеристичну за образлагање постојања релације специјализације и евентуалне критике одступања од потпуне концептуалне обухватности.

Све то указује да проблем квалификације привидног идеалног стицаја није чисто формалистичког карактера, односно да је детерминисан и разлозима другачије правне природе, пре свега онима који се тичу захтева ефикасности и рационалности, што донекле и релативизује стриктна правила појединачних принципа решења. Тако и треба посматрати тенденцију у нашој судској пракси да у одређеним случајевима даје предност консумпцији као принципу емпиријског карактера, иако би се у формалном смислу могло говорити о испуњености предуслова варијанте специјалитета по основу спецификације.

На тај начин се разграничење између два правила индивидуализације, као суштински чист теоријски проблем, појављује као питање ситуационог карактера, односно своди на особене ставове различитих теоретичара, који предлажу једно или друго решење са подједнако убедљивим аргументима, што је карактеристично управо за манифестације конкретног специјалитета. Ово донекле потврђује већ поменути закључак о стављању у први план дистинкције између привидног и аутентичног стицаја, наспрам самог разграничења између појединачних правила за решавање конфликта између законских норми.

Када је реч о феноменолошкој манифестацији специјалитета по основу спецификације, једна од најјаснијих варијанти његовог испољавања, односи се на репрезентативни пример односа између проневере и утаје, што се у доктрини одређује као случај када је исто дело у једном пропису предвиђено у општем, а у другом у специјалном виду, што за исход има примену правила *lex specialis derogat legi generali*.<sup>169</sup>

Ради се о феноменолошки најбројнијим случајевима испољавања релације специјалитета, а посматрано са аспекта нашег позитивноправног законодавства, постоји велики број инкриминација на које се у формалном смислу могу применити описана правила спецификације.

<sup>168</sup> М. Bortoluzzi, 107.

<sup>169</sup> Вид. Љ. Јовановић, 213; Љ. Јовановић, Д. Јовашевић, 153; Ј. Ђ. Таховић (1956), 185; Ђ. Лазин, 72; З. Стојановић (2018), 241. Овај пример наводи и Вуковић, истичући да специјалитет постоји упркос непотпуном поклапању објеката заштите наведених инкриминација. Вид. И. Вуковић (2022), 344.

Сматрамо да ову варијанту специјалитета најбоље одражава констатација о специфичној садржини релационих односа између *lex generalis*– а и *lex specialis*– а, који се разликују по широј или ужој обухватности, односно специјалности једног елемента у односу на други.<sup>170</sup> Једно од његових најрепрезентативнијих одређења, темељи се на истицању улоге специјалног елемента, управљене ка специјализирању генералног садржаја у оквирима опште норме<sup>171</sup>, односно на констатацији релације *vrsta – подврста*.<sup>172</sup>

Ради се о поступку који захтева рашчлањавање свих појединачних елемената својствених инкриминацијама у колизији, као и утврђивање да ли се неки од њих појављује као специјална варијанта другог, што захтева адекватан поступак интерпретације. За разлику од прве варијанте, постоји поклапање у броју елемената, с тим што унутар таквог круга, један или више елемената из генералне норме, имају себи својствене кореспондентне специјализирајуће елементе.

Полазећи од дипартитне класификације на манифестације специјалитета по основу екстензије (додатка) и оне по основу смисла (спецификације), као услов постојања друге варијанте, у литератури се наводи да законски опис једног или више специјалних елемената подразумева концептуално и неопходно све елементе другог (генеричког), с обзиром да он представља део целине или концептуалног рода.<sup>173</sup> Слично томе, указује се на неопходност да је један законски тип у потпуности интегрисан (садржан) у другом, што обухвата и ситуације када се до закључка о постојању специјалитета долази на основу пажљиве интерпретације релевантних законских фигура, из које произлази да једна од њих садржи адекватнију, ближу или темељнију дескрипцију неког дела.<sup>174</sup> Најједноставније речено, генерална норма увек укључује све елементе специјалне<sup>175</sup>, с тим што постоји разлика у њиховом рангирању на релацији генерални – специјални закон.

Такође, у посебном делу Кривичног законика, могу се издвојити одређена општа кривична дела, у односу на која се применом метода специјализације успоставља релација специјалитета. Један од таквих примера јесте кривично дело преваре, које се као генерална инкриминација појављује као основ за даљу специјализацију у неколико случајева, попут рачунарске преваре из чл. 301 КЗ, где се такав процес испољава у домену конкретизације радње извршења, односно последице, уз поклапање свих осталих релевантних елемената. Исто резонување се може применити и на однос преваре са кривичним делом преваре у осигурању из чл. 223а КЗ.

Осим тога, као типичан *lex generalis*, може се издвојити још и кривично дело принуде из чл. 135 КЗ, које се према владајућем гледишту у доктрини, као општа инкриминација инкорпорисана у великом броју других кривичних дела, сматра предметом специјализације приликом формулисања радње извршења других правних концепата.<sup>176</sup>

---

<sup>170</sup> Сматра се да су код *lex specialis*– а, релевантни елементи одређени на ужи, специјални начин. Вид. Б. Златарић, 169.

<sup>171</sup> S. Donato Messina, S. Messina, G. Spinnato, 236.

<sup>172</sup> L. De Liguori, 364; N. Monfreda, *La riforma del diritto penale tributario. L'introduzione del principio di specialità*, Halley Editrice, 2006, 21. Тако и J. P. Matus Асуња (2000b), 31. У том смислу, указује се да специјални закон представља део једне целине, или врсту концептуалног рода, при чему његов законски опис подразумева концептуално и неопходно све елементе другог закона.

<sup>173</sup> J. P. Matus Асуња (2000b), 31.

<sup>174</sup> М. А. Арце Аггео, 169. Управо на тај начин би требало разумети и владајуће гледиште о прихватању релације специјалитета у корист кривичног дела злоупотребе права из социјалног осигурања, наспрам преваре, иако се то донекле доводи у питање са аспекта криминалнополитичке оправданости. Вид. З. Стојановић (2021), 571.

<sup>175</sup> F. Di Gennaro, 1.

<sup>176</sup> З. Стојановић, Н. Делић, 47. На исти начин би требало тумачити и однос између непружања помоћи са једне и непружања помоћи лицу повређеном у саобраћајној незгоди. Вид. Н. Делић (2022), 324. Поред тога, очигледно испољавање фактора специјализације објекта радње долази до изражаја и на примеру

Слично томе, посебне манифестације специјализације једног елемента у односу на други, уочавамо и код кривичног дела преваре у обављању привредне делатности из чл. 223 КЗ, где се то испољава код специјализоване последице, која је у овом случају везана за имовину субјекта привредног пословања. Такође, извршилац, као и пасивни субјект су специјално одређени, будући да се код кривичног дела из чл. 223 КЗ, као извршилац појављује лице које обавља привредну делатност, док је пасивни субјект правно лице које обавља делатност привредног пословања.

На специјализацију у погледу елемента који се односи на пасивни субјект, наилазимо и код релација између кривичног дела увреде из чл. 170 КЗ (*lex generalis*) и повреде угледа Србије из чл. 173 КЗ или повреде угледа стране државе или међународне организације из чл. 175 КЗ, где се специјално постављени елементи јављају у конкретизацији предмета увреде (Република Србија, њена застава, грб или химна, односно страна држава, њена застава, грб или химна).

Међутим, за разлику од наведених примера испољавања релације специјализације, где не постоје дилеме о њеном постојању, будући да се до закључака о испуњености услова концептуалне обухватности, долази већ на основу апстрактног поређења конфликтних инкриминација, одређене теоријске недоумице могу настати код случајева манифестованих у виду ситуационог (конкретног) специјалитета. Ови случајеви, могу се дефинисати као оне манифестације (привидног) идеалног стицаја код којих се приликом утврђивања релације специјализације, компарација врши између ситуационо испољених елемената, где се варијабилни параметри испољавају у виду својства једног елемента да се, иако није изричито предвиђен, његово постојање претпоставља, будући да нужно наступа приликом остваривања обележја одређеног кривичног дела или се пак појављује као једно од алтернативно, односно кумулативно предвиђених обележја. На тај начин се дозвољава извесно одступање, али не и излажење из оквира стриктног квантитативног поклапања компонената релевантних правних концепата, карактеристичних за апстрактни приступ и конфигурише конструкција коју ћемо одредити као *конкретни специјалитет у ужем смислу* или *претпостављени специјалитет*.

Ово треба тумачити у складу са Лазиновом концепцијом о класификацији приступа оцени испуњености услова квалификације специјалитета у методолошком смислу, по основу тога да ли је генерални (општи) концепт, који је предмет поређења са другим (специјални) као такав изричито одређен у закону, уз различите начине његовог конципирања сходно легислативној техници (таксативно навођење, алтернативно прописивање, метод егземплификације и слично), или пак прећутно детерминисан.<sup>177</sup> За квалификацију у смислу конкретног специјалитета схваћеног у ужем смислу, посебно су значајни случајеви када је општи концепт који се специјализира, изостављен на апстрактном плану. То приликом детерминације релације спецификације подразумева да се његово присуство претпоставља, чиме се не излази из општих захтева апстрактне концептуалне обухватности.

С друге стране, као посебан концепт, можемо издвојити облике конкретног специјалитета у ширем смислу. У литератури се ови облици испољавања специјалитета доводе у везу са околношћу констатације релације специјализације између две инкриминације, код којих иначе не постоји поклапање релевантних елемената, али се таква коинциденција испољава у конкретном случају, уз истовремено остварени услов постојања релације специјалности између радњи извршења.<sup>178</sup>

---

тежег облика кривичног дела недозвољене трговине (чл. 235 ст. 3 КЗ) и неовлашћене производње и стављања у промет опојних дрога. Вид. З. Стојановић (2021), 799.

<sup>177</sup> Ђ. Лазин, 73 – 74.

<sup>178</sup> *Ibid.*, 79. Као пример се наводи случај односа између кривичног дела преваре и употребе лажних знакова за вредност, уз образложење да, иако елемент намере код употребе лажних знакова за вредност није детерминисан, што му даје општи карактер, у случају да се наведено кривично дело изврши у намери која се

Приликом разматрања материјалне димензије овог принципа индивидуализације, указали смо на суштинске аспекте процеса специјализације, који највише долазе до изражаја управо код наведеног облика. То подразумева да се као специјална појављује она инкриминација која садржи све елементе генералне, при чему се један од њих манифестује као специјална варијанта другог, односно његов специјализирајући облик. Међутим, сматра се да овај облик постоји и онда када између две правне фигуре не постоји релација род – врста у апстрактном смислу<sup>179</sup>, односно када се таква релација констатује на основу начина остваривања једне инкриминације у конкретном случају. Сходно томе, Роксин указује да констатација специјалитета није увек чисто логичко питање, већ се у одређеним ситуацијама, мора допунити телеолошким разматрањима у погледу опсега невредности главног типа.<sup>180</sup>

Ово је у складу и са тврдњом да специфични елементи могу бити експлицитни или имплицитни.<sup>181</sup> Стога, сматрамо да се и у овом случају генерално не излази из оквира основног услова специјалитета, оличеног у неопходности да специјална инкриминација садржи све елементе генералне у концептуалном смислу, као и да постоји логичко–формални однос специјалитета између појединачно анализираних елемената, под одговарајућим условима.<sup>182</sup> Међутим, оцена испуњености таквих претпоставки није лишена свих недоумица и може проузроковати опречна схватања о детерминацији специјалитета, али и узроковати конфликте у погледу релација са другим принципима индивидуализације.

Узимајући у обзир наведене две варијанте конкретног специјалитета, које се надовезују на његове уобичајене апстрактне облике испољавања, може се закључити да чак и специјалитет, као теоријски најјаснији принцип решавања конфликта између законских норми, подлеже бројним варијабилним и релативним параметрима у поступку квалификације, што може узроковати и колизију са другим принципима индивидуализације.

Тако, разматрајући однос између кривичних дела прикривања и помоћи учиниоцу после извршеног кривичног дела, Лазин на основу поређења радњи извршења и објеката радње обе инкриминације, закључује да су ови елементи код прикривања специјализирани у односу на њима одговарајуће концепте описане у законском типу помоћи учиниоцу после извршеног кривичног дела.<sup>183</sup>

Слично томе, као пример који је често разматран у судској пракси, може се навести и однос између кривичних дела примања и давања мита, с једне и злоупотребе службеног положаја са друге стране, где се сматра да постоји специјалитет у корист примања мита, онда када се у конкретном случају као извршилац појављује службено лице, с обзиром на

---

поклапа са преваром (прибављање противправне имовинске користи), сматраће се да су испуњени услови специјалитета (конкретног).

<sup>179</sup> J. D. J. Restrepo, 18 – 19.

<sup>180</sup> C. Roxin (2014), 1000.

<sup>181</sup> *Periodico Oficial* 86/2017, Organo del Gobierno Constitucional del Estado independiente, libre y soberano de Coahuila de Zaragoza, Saltillo, Coahuila 2017, 46.

Тако би требало разумети и прихватање привидног идеалног стицаја у случају тумачења односа између кривичног дела ванбрачне заједнице са малолетником из чл. 190 ст. 2 КЗ (омогућавање малолетнику да живи у ванбрачној заједници са пунолетним лицем) и подвођења и омогућавања вршења полног односа из чл. 183 КЗ, где се специјализација врши између елемената живота у ванбрачној заједници и вршења полног односа. Вид. 3. Стојановић (2021), 640.

<sup>182</sup> Ти услови ће углавном захтевати испуњеност претпоставки попут околности да се једна инкриминација (*lex specialis*) у конкретном случају реализовала управо остваривањем обележја друге (*lex generalis*), иако то није једини могући модус испољавања њеног начина извршења. Вид. пример релација између кривичних дела трговине утицајем и преваре, *supra* 349.

<sup>183</sup> Ђ. Лазин, 142. Ипак, иако сматрамо да је исправан закључак о постојању релације специјалитета, на наведеном примеру би превагу ипак однела квалификација алтернативитета, и то из разлога методолошке и криминално–политичке природе, будући да би се на тај начин адекватније уважиле особености конкретног случаја, имајући у виду варијације у испољавању релационих односа између прикривања и помоћи учиниоцу после извршеног кривичног дела.

специјализацију радње извршења. Ипак, треба имати у виду да је овакав закључак условљен низом околности конкретног случаја, те да ће зависити од начина испољавања међуодноса релевантних инкриминација.<sup>184</sup>

Као најчешћи пример инкриминација где долази до испољавања релације специјализације, могу се навести квалификовани облици појединих кривичних дела, при чему се као основ успостављања тежег облика појављују околности које чине обележје других кривичноправних забрана. Тако, тежи облик кривичног дела противправног лишења слободе из чл. 132, ст. 2 КЗ, чини службено лице злоупотребом службеног положаја или овлашћења, чиме се остварују обележја и генералне инкриминације, предвиђене у групи кривичних дела против службене дужности – злоупотреба службеног положаја. Специјализирајући елементи, манифестују се у детерминацији пасивног субјекта (службено лице) и околности извршења (злоупотребом службеног положаја или овлашћења), који су одређени на специјалан начин. У овом случају, испуњене су претпоставке концептуалне обухватности, будући да кривично дело из чл. 132, ст. 2 КЗ, у потпуности садржи све елементе злоупотребе службеног положаја, који су се у конкретном случају манифестовали још и противправним затварањем, држањем затвореног или на други начин противправним одузимањем или ограничавањем слободе кретања, чиме се конституише специјалитет друге инкриминације у односу на прву.

Овај пример указује да однос специјалитета може бити успостављен између кривичних дела са различитим заштитним објектом, односно која припадају различитим групама.

Варијанта специјалитета где долази до изражаја процес спецификације у односу на елементе два релевантна законска описа, уочава се и на примеру односа између кривичних дела преваре и фалсификовања знакова за вредност из чл. 244 КЗ. Наиме, поставља се питање природе релације између употребе лажних, односно преиначених правих знакова за вредност и радње извршења кривичног дела преваре. Ради се о случају који се у литератури истиче као пример специјалитета, с тим што се указује и на извесну дилему у погледу могућности квалификације описаних случајева у складу са поставкама консумпције.<sup>185</sup> Заправо, може се рећи да се управо у домену ових феноменолошких манифестација појављују извесне дискрепанције у разграничењу наведена два принципа решења, а самим тим и утврђивању опсега правила констатације специјалитета. Разлог за то треба тражити у околности да је правило утврђивања релације специјалитета, утемељено и на већ поменутом тумачењу (интерпретацији) искуственог поклапања појединих елемената који се налазе у односу *lex specialis – lex generalis*, иако таква спона између њих није видљива на први поглед у апстрактном смислу. На конкретном примеру, спорно је поклапање намере на начин на који је она дефинисана у законском опису бића кривичног дела преваре, будући да њено прецизно навођење изостаје код фалсификовања знакова за вредност. Ипак, пажљива интерпретација наводи на закључак да је описано пропуштање законодавца последица одређене легислативне технике, управљене ка редукцији понављања елемената који се претпостављају. Ти елементи, не само да могу, него морају бити уважени приликом сваког разматрања такве инкриминације у релацији са неким другим правним концептом, јер би у супротном дошло до грешке у квалификацији. Управо то указује на комплексност примене института привидног идеалног стицаја и неопходност увођења интерпретативних елемената

---

<sup>184</sup> Потпуно другачији исход квалификације бисмо имали, на пример, у случајевима када се прво изврши злоупотреба службеног положаја, а након тога прими мито (стицај), односно када се прво прими мито, па се након тога изврши злоупотреба службеног положаја (реални стицај).

<sup>185</sup> Вид. Б. Златарић, 176. Полазећи од једног од примера из судске праксе, аутор указује да је спорна била констатација намере карактеристичне за превару, а која се не наводи изричито код друге инкриминације. То је разлог зашто се поставља питање испуњености услова потпуне обухватности претпостављене генералне норме (преваре).

у таквом поступку. На тај начин, адекватним поступком интерпретације, могу се компензовати и празнине у поклапању елемената.

Стога у разматраном случају, иако то не би проузроковало значајније практичне разлике, у чисто формалистичком смислу, примена консумпције као вредносно утемељеног критеријума не би била оправдана, с обзиром на испуњеност услова специјалитета као примарног логички утемељеног принципа, сходно општеусвојеној хијерархији примене принципа решења у поступку решавања конфликта између законских норми. Међутим, већ смо напоменули да у коначном опредељењу за један или други принцип решења, суделују и други фактори, који релативизују идеалистичке концепције о претпостављеним хијерархијским принципима, на рачун других фактора. Тиме се пак не задире у очигледну испуњеност претпоставки релације специјалитета у формалном смислу и није предмет разматрања на овом месту. Наиме, ради се о проблематици методологије квалификације.

У том светлу треба тумачити и схватање о релацијама између кривичних дела преваре и фалсификовања, према којем се онда када је превара извршена применом фалсификованог документа у конкретном случају, сходно правилима принципа специјалитета, примењује само концепт који инкриминише фалсификовање.<sup>186</sup> Међутим, проблематика квалификације (привидног) идеалног стицаја на наведеном примеру је спорна са феноменолошког аспекта, а у нашој судској пракси се углавном решава у корист принципа консумпције, чијом применом се чак на другачији начин утврђује и инкриминација која је носилац квалификације.<sup>187</sup>

По истом принципу се релација специјалитета констатује и између кривичног дела фалсификовања хартија од вредности из чл. 242 КЗ и преваре из чл. 208 КЗ. Тако, у литератури се указује да је стицај искључен уколико је остварена једна од алтернативно прописаних радњи извршења кривичног дела из чл. 242 КЗ (давање другом на употребу објекта радње – хартија од вредности)<sup>188</sup>, која је специјално постављена у односу на радњу *lex generalis*–а.

Такође, један од парадигматских примера испољавања наведене релације, јесте и однос између кривичног дела злоупотребе службеног положаја као генералне (опште) инкриминације и других кривичних дела из групе против службене дужности, која се манифестују као специјални облици његовог испољавања, односно специјално постављени правни концепти (нпр. противзаконита наплата и исплата, фалсификовање службене исправе). И у овим случајевима, проблем настаје у тренутку констатације поклапања, односно концептуалног обухватања специјалном инкриминацијом свих елемената опште.

На конкретном примеру, реч је о својству једног обележја да се, иако није изричито предвиђено у склопу специјалног правног концепта, ипак појављује у својству елемента који се претпоставља, због особине да редовно прати извршење такве инкриминације.<sup>189</sup>

Слично томе, полазећи од примера односа између фалсификовања службене исправе и злоупотребе службеног положаја, указује се на извесне недоумице у судској пракси, у погледу констатације испуњености услова специјалитета, са аспекта намере која није истакнута у законском опису бића кривичног дела фалсификовања службене исправе, што је

<sup>186</sup> Н. Мићоџ Нормент (1986), 377.

<sup>187</sup> Вид. поглавље Феноменолошка димензија, *infra*, 650 – 651.

<sup>188</sup> Н. Делић, „Кривична дела фалсификовања у КЗС“, *Казнена реакција у Србији, III део* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 148. Као пример специјалитета по истом основу, наводе се и релације између кривичног дела састављања нетачних бирачких спискова из чл. 158 КЗ и кривичног дела фалсификовања резултата гласања из чл. 161 КЗ.

<sup>189</sup> На то указује и Лазин, дозвољавајући квалификацију специјалитета на наведеном примеру. Међутим, ипак се сматра да се до таквог закључка не би могло доћи у случају када уместо регуларности, односно нужности јављања таквог обележја, оно фигурира као учестало испољавање. Ђ. Лазин, 75.

водило и ка претпоставци о идеалном стицају.<sup>190</sup> Међутим, сматрамо да у датој ситуацији важе иста правила као и код односа између кривичног дела преваре и фалсификовања знакова за вредност, због чега би требало узети да релевантна намера, оличена у прибављању себи или другом какве користи, наношења штете, или тежој повреди права другог, фигурира као прећутни елемент и код фалсификовања службене исправе. Остали фактори специјализације не стварају веће дилеме, имајући у виду да је радња извршења кривичног дела из чл. 357 КЗ специјално постављена у односу на алтернативно прописану радњу извршења кривичног дела злоупотребе службеног положаја. Ипак, овде треба бити обазрив у погледу испуњености услова примене института привидног стицаја, с обзиром на околност да је његова констатација условљена тиме да је фалсификовање службене исправе претходило злоупотреби службеног положаја.

У сваком случају, баш као и на примеру принуде, кривично дело злоупотребе службеног положаја, фигурира као репрезентативни *lex generalis* у односу на друга кривична дела из групе против службене дужности.

Иако се у формалном смислу ради о принципу супсидијаритета, којем треба дати примат с обзиром на *клаузулу резерве* (супсидијарности), сматрамо да се принцип специјалитета суштински налази и у основи релација између кривичног дела удруживања ради вршења противуставне делатности из чл. 319 КЗ и удруживања ради вршења кривичних дела из чл. 346 КЗ. Наиме, фактор специјализације се испољава у виду конкретизације намере, која је код кривичног дела из чл. 319 одређена на специјални начин.<sup>191</sup>

Осим тога релација специјалитета у овој варијанти уочава се и код односа између кривичних дела недозвољене трговине из чл. 235 КЗ (*lex generalis*) и производње и стављања у промет шkodљивих производа из чл. 256 КЗ (*lex specialis*). Исто тако, аспект специјализације у домену објекта радње, уочавамо и код кривичног дела убијања и злостављања животиња наспрам генералне инкриминације уништења и оштећења туђе ствари.

Поред примера релација специјалитета између самих инкриминација у посебном делу кривичног права, карактеристично је да примена овог принципа решења у великом броју случајева, долази до изражаја и код односа са кривичним делима из споредног законодавства. Сходно томе, у доктрини се указује на могућност успостављања релације специјалитета како између концепата у оквиру истог, тако и оних који припадају различитим законима.<sup>192</sup> Ова правилност се нарочито уочава код кривичних дела против привреде, чија обележја коинцидирају са онима из других правних прописа, који такође регулишу ову област.

У литератури се као пример наводе инкриминисана понашања из Закона о тржишту капитала, Закона о банкама, Закона о осигурању, Закона о привредним друштвима и др.<sup>193</sup> Анализом ових релационих односа, може се уочити да се кривична дела прописана у споредном законодавству, појављују као *lex specialis* у односу на њима комплементарне одредбе Кривичног законика. Тако, фалсификовање службене исправе се појављује као генерални правни концепт, у релацији са кривичним делима попут давања лажне процене из чл. 258 Закона о осигурању или давања изјаве неистинитог садржаја из чл. 581 Закона о привредним друштвима, док се злоупотреба положаја одговорног лица истиче као *lex generalis* у односу на кривично дело из чл. 135 Закона о банкама (неовлашћено бављење

<sup>190</sup> Б. Златарић, 178 – 179.

<sup>191</sup> То је схватање које заступа и Стојановић. Наиме, овај аутор истиче да је *клаузула супсидијаритета*, у конкретном случају, тачније код кривичног дела из чл. 346 КЗ, заправо сувишна. Вид. З. Стојановић (2009), 15.

<sup>192</sup> Ј. Таховић (1961), 263.

<sup>193</sup> З. Стојановић, О. Милорадовић, М. Радисављевић, *Приручник за сузбијање привредног криминалитета и корупције*, Мисија ОЕБС у Србији, Београд 2017.

примањем депозита), као и у односу на кривично дело из чл. 256 Закона о осигурању (неовлашћено обављање делатности осигурања).<sup>194</sup>

Ако пођемо од примера кривичног дела давања лажне процене из чл. 258 Закона о осигурању, уочава се да је радња извршења одређена као сачињавање лажне процене и изјаве, специјално постављена у односу на радњу кривичног дела фалсификовања службене исправе, док специјализација постоји и код извршиоца наведена два кривична дела.

На крају, у ову категорију специјалитета треба сврстати и феноменолошке облике који се у литератури означавају као специјални облици другог кривичног дела<sup>195</sup>, што се превасходно односи на већ поменути репрезентативни пример релације између кривичних дела утаје и проневере<sup>196</sup>. Такође, кривично дело проневере у обављању привредне делатности из чл. 224 КЗ се појављује као *lex specialis* у односу на саму проневеру.

На наведеним карактеристичним примерима се пак не исцрпљују све могуће феноменолошке варијанте (привидног) идеалног стицаја где се примењује специјалитет као принцип индивидуализације. Наиме, иако је реч о принципу апстрактно–логичког карактера, управо манифестације које смо означили као специјалитет по основу спецификације, указују на комплексност поступка квалификације у овим случајевима и нужност примене метода интерпретације (тумачења) приликом утврђивања релевантних релационих односа између конфликтних правних концепата.

---

<sup>194</sup> *Ibid.*, 211 – 237.

<sup>195</sup> Н. Мрвић Петровић, 232.

<sup>196</sup> Ф. Бачић *et al.*, 313; Н. Срзентић, А. Стајић, 170; С. Вуковић, Г. Станојчић, 102.



## VII ПОГЛАВЉЕ

### СУПСИДИЈАРИТЕТ

Од посебног значаја за разматрање правне фигуре (привидног) стицаја закона, нарочито у домену спорне категоризације на привидни идеални и привидни реални стицај, односно (и)релевантности фактора јединства и плуралитета радње, јесте принцип супсидијаритета, као најизраженије телеолошко правило у овој материји. Његова специфичност се огледа у јединственом повезивању материје општег и посебног дела кривичног права, чиме се излази из домена стриктних правила квалификације, која је у овом случају условљена тумачењем различитих прогресивних утицаја на штићено правно добро, што укључује како стадијуме, тако и интензитет деловања.

Основни градивни концепти у овом случају, односе се на деликте конкретне и апстрактне опасности, као и стадијуме извршења, односно облике учешћа у делу, путем којих се заправо манифестује градационо деловање на објекат напада, што има за последицу истицање карактера примарности или супсидијарности у међусобном односу.

Са аспекта привидног идеалног стицаја, од значаја су и одређене тврдње које полазе од тога да релација супсидијаритета захтева искључиво плуралитет дела<sup>1</sup>, као и оне по којима констатација јединства дела у условима релација супсидијаритета потпада под консумпцију или пак специјалитет.<sup>2</sup>

Ипак, иако се супсидијаритет често доводи у везу управо са манифестацијама плуралитета радње, заправо је његова примена у решавању конфликта између законских норми, један од показатеља ирелевантности поделе на јединство и плуралитет радње у теорији привидног стицаја закона, чиме се наглашава деловање других релационих фактора који чине основу квалификације јединства кривичног дела, односно искључење стицаја.

Супсидијарност једне норме у односу на другу представља чист правни феномен, настао као продукт одговарајућих релација између различитих теоријских концепата кривичног права и захтева пажљиву анализу конкретног позитивноправног система у циљу констатације примарности, односно супсидијарности једне од конфликтних инкриминација.

Имајући у виду наведене факторе, овај принцип решења захтева свестрано тумачење различитих аспеката деловања у поступку квалификације, при чему је важно напоменути да је за разумевање његових правила неопходна детаљна анализа феноменолошке димензије, односно закључака доктрине и судске праксе у погледу опсега примене овог принципа. Стога се са правом може рећи да супсидијаритет представља један од догматски најкомплекснијих концепата привидног стицаја закона.

---

<sup>1</sup> Ово схватање заступа немачки аутор Хониг. Вид. J. P. Matus Асућа (2000а), 324.

<sup>2</sup> *Ibid.*, 323. Ова концепција се приписује немачком теоретичару Мејеру.

## 1. Фундаменталне поставке

### 1.1. Опште карактеристике и правна природа супсидијаритета

Разматрању фундаменталних поставки супсидијаритета, што укључује првенствено законску и доктринарну утемељеност наведеног принципа, нужно се мора приступити са аспекта његова два модалитета – изричитог и „прећутног“ (материјалног), која условљавају и другачије основе оправдања истог.

Наиме, већ смо указали на значај регулаторних клаузула „резерви“ или супсидијаритета за конфигурацију целокупног института (привидног) стицаја закона, односно његову законску утемељеност кроз модел тзв. *секундарних регулација*. У домену примене супсидијаритета као особеног принципа индивидуализације наведеног института, њихова улога се манифестује у декларисању условне примењивости једног правног концепта, која може бити утемељена на различитим факторима, попут тежине казне, или пак на онима криминално – политичке природе, заснованим на ставу законодавца да би одређену инкриминацију требало применити само уколико није дошло до реализације друге. Овакво дискреционо право суштински одређује материјалну компоненту релације супсидијарности, другачије конципирану од оне предвиђене за материјални (прећутни) супсидијаритет, у односу на коју би по правилу требало увек да има предност, у духу начела законитости.

Иако се и у успостављању ових законских клаузула могу уочити извесне правилности, не би се могло рећи да у свим случајевима долази до поклапања са основима оправдања материјалног супсидијаритета, која су упркос напорима за прецизирањем фактора детерминације, постављена на доста широким концепцијама, условљеним процесом интерпретације и начином прописивања појединих инкриминација у посебном делу кривичног права, у складу са њиховим претпостављеним смислом и сврхом. Из тог разлога су и сва његова одређења таутолошког карактера, а констатација супсидијаритета на појединачном плану препуштена тумачењу међусобног односа између два концепта, из којег произлази да је један од њих супсидијаран у односу на други.

Често се управо због истовремене формалне и материјалне утемељености овог принципа указује да он не поседује аутономно концептуално јединство, будући да се ради о арбитрерном обједињењу различитих критеријума у склопу јединственог концепта<sup>3</sup>, што додатно отежава утврђивање његове правне природе, односно прецизно детерминисање материјалне основе супсидијарности и ефеката који из тога произлазе у примени правила преферентности.

Суштину правне природе принципа супсидијаритета осликава хипотеза о потенцијалној резидуалној одговорности за реализацију одређеног законског типа, која проистиче из тога да је из било ког разлога елиминисана казна за главно (примарно) дело.<sup>4</sup> У том смислу се говори и о условној примењивости једне правне норме, односно о различитим степенима кажњивости, у којима примарна и секундарна правна норма испољавају свој утицај на правно добро.<sup>5</sup> Сматрамо да се управо у томе и огледа смисао правила супсидијаритета, изражен констатацијом „*lex primaria derogat legi subsidiariae*.“

На тај начин, успоставља се специфичан правни положај супсидијарног концепта, у складу са правилом да се његов ентитет не негира, већ привремено (условно) оставља по

<sup>3</sup> E. R. Zaffaroni, 565.

<sup>4</sup> *Periodico Oficial* 86/2017, Organo del Gobierno Constitucional del Estado independiente, libre y soberano de Coahuila de Zaragoza, Saltillo, Coahuila 2017, 54; E. Bacigalupo (1999), 573. У том смислу, указује се на условну примењивост одређеног правног концепта у односу на други.

<sup>5</sup> F. Pavón Vasconcelos, 208.

страни, уз претпоставку примене друге главне норме која у конкретном случају обезбеђује покривање његове невредности, али га не аспорбује (консумпција), нити концептуално обухвата (специјалитет).<sup>6</sup> Управо тај „остатак“, утемељује само тренутну неоперативност, односно условљава могућност његовог поновног активирања онда када се створе претпоставке примене истог, у границама поштовања начела *ne bis in idem*.

Посматрано са структуралног аспекта, то је омогућено специфичним склопом елемената законских описа два бића кривичног дела, који одговара њиховом делимичном преклапању (интерференцији). Стога, у условима стриктног јединства радње, искључена је примена правила идеалног стицаја јер не постоји дупло подвођење понашања под две различите инкриминације, које спречава управо забрана двоструког вредновања истих елемената.

За питање правне природе принципа супсидијаритета, од значаја је диференцирање оних његових манифестација које почивају на јединству радње у стриктном смислу, где се колизија између кривичноправних норми решава применом метода интерпретације (тумачења), што подразумева поређење елемената законских описа бића кривичног дела, ради констатације релације интерференције, утемељене на њиховом делимичном поклапању. Ради се о облицима испољавања које смо означили као *контингентни (конкретни)* супсидијаритет, чија је квалификација условљена и негацијом специјалитета, односно изостанком потпуне концептуалне обухватности карактеристичне за овај принцип. У том контексту су од значаја његова одређења у складу са правилом да главна инкриминација садржи објекат накнадне, било као конститутивни елемент, или пак као отежавајућу околност. У литератури се као типичан пример начина испољавања релације супсидијарности наводи однос између тешке крађе, нарушавања неповредивости стана и уништења и оштећења туђе ствари. Тако, сматра се да тешка крађа извршена обијањем, као примарна (главна) инкриминација, покрива како казну предвиђену за штету, тако и ону која одговара нарушавању неповредивости стана, имајући у виду да њен законски опис делимично подразумева и елементе друга два наведена кривична дела, због чега се исти не могу паралелно применити.<sup>7</sup>

С друге стране, варијанте супсидијаритета које подразумевају плуралитет радње у природном смислу, условну примењивост једне од законских норми заснивају на формалистичком критеријуму стадијумске реализације, односно почивају на предетерминисаном одступању претходне фазе извршења (покушаја и припремних радњи) у односу на накнадну. Осим наведених примера, испољавање супсидијаритета у случајевима плуралитета радње (привидни реални стицај), везује се и за остваривања различитих облика учешћа у делу од стране истог лица.<sup>8</sup>

У теорији постоје и схватања према којима је супсидијаритет ограничен само на претходно описане случајеве плуралитета радње, због чега се његова правна природа везује за концепт привидног реалног стицаја, као аутономни облик јединства, изван конструкције привидног стицаја закона.<sup>9</sup>

Међутим, оваква једнострана одређења се не могу прихватити, будући да су поједностављена схватања о везивању супсидијарности само за облике криминалне прогресије<sup>10</sup>, у савременој доктрини превазиђена, што је у складу и са нашом хипотезом о

<sup>6</sup> Вид. J. D. J. Restrepo, 21. Аутор указује да супсидијарна норма једноставно бива остављена по страни, у „шошку“, при чему таква неоперативност има за последицу да се за супсидијарни концепт кажњава онда када из било ког разлога, исти не може бити обухваћен главним концептом.

<sup>7</sup> S. Soler, 228 – 229.

<sup>8</sup> J. Таховић (1961), 264. Тако се помагање појављује као супсидијарно у односу на подстрекавање, или пак у односу на саизвршилаштво и извршилаштво

<sup>9</sup> S. R. Diaz, 160; E. R. Zaffaroni, 564.

<sup>10</sup> Вид. J. P. Matus Асућа (2000а), 324. То је било првобитно Хонигово схватање.

садржају материјалне димензије овог концепта, која подразумева како манифестације стадијумске, тако и прогресије по основу интензитета деловања на правно добро, што заједно са тумачењем делимичног поклапања законских обележја бића (интерференције), успоставља јединствени склоп супсидијаритета као принципа индивидуализације у квалификацији привидног стицаја закона.

У сваком случају, правна природа супсидијаритета произлази из специфичног односа између примарног и супсидијарног деликта, заснованог на правилу да некажњивост главног дела не искључује кажњивост супсидијарног, које делује у функцији резервног концепта, чији су ефекти само привремено блокирани.

На тај начин се остваривање фундаменталних поставки института привидног стицаја закона, који укључују забрану двоструког вредновања, односно довољност једног концепта да у потпуности обухвати невредност дела, код супсидијаритета испољавају на другачији начин у односу на остале принципе решења. Тако, на пример, за разлику од алтернативитета, код којег постоје различите форме повреде истог правног добра, супсидијаритет остаје у домену повреда исте врсте, с тим што се оне манифестују као прогресивно деловање (различити стадијуми утицаја)<sup>11</sup>, или пак деловање већег интензитета на истоветно правно добро.

За примену правила супсидијаритета је свакако најзначајније питање његовог разграничења од специјалитета, што се по логици ствари односи на случајеве јединства радње у стриктном смислу. Тако, поред непоклапања концептуалне обухватности, указује се да код специјалитета нема градације у повреди правног добра, карактеристичне за супсидијаритет.<sup>12</sup>

Осим тога, посебну пажњу заслужују и правне конструкције претходног некажњивог дела, где може доћи до колизије са факторима детерминације консумпције, што проистиче из стадијумске утемељености и фазног карактера у предузимању забрањеног понашања, карактеристичног за плуралитет радње у стриктном смислу, где не постоји идентитет радње претходне и накнадне инкриминације. Не само што наведено питање условљава доста рестриктивне услове констатације привидног стицаја закона у варијанти привидног идеалног стицаја, већ истовремено отежава дистинкцију супсидијаритета и консумпције, с обзиром на поклапање материјалног основа успостављања преферентности једног правног концепта у односу на други, заснованог на релацији *minus – maius* у погледу утицаја на правно добро.<sup>13</sup> Ситуацију додатно компликује постављање захтева да се прецизирају фактори детерминације односа између примарне и секундарне правне норме, с једне, и изостанак прецизних критеријума за остваривање таквог циља, са друге стране.

Са правом се може говорити о својеврсној концептуалној конфузији када је реч о утврђивању преферентности код супсидијаритета, коју карактерише ослањање на поступак интерпретације и уважавање специфичности конкретног законодавног система. Иако се хипотетички издвајају утемељујућа правила релације супсидијарности, ослањање у највећој мери на тумачење смисла и сврхе појединачних инкриминација из којих произлази мања или већа амплитуда утицаја на правно добро, указује на специфичности правне природе овог принципа решења, за чије је адекватно сагледавање неопходан мултидимензионални приступ. То подразумева уважавање облика испољавања његове изричите и прећутне варијанте, као и фактора детерминације релације супсидијарности, односно услова њеног постојања.

Ипак, и поред тешкоћа у дефинисању предуслова (материјалне основе) његове примене, не може се негирати аутономни карактер принципа супсидијаритета, чија улога

---

<sup>11</sup> J. D. J. Restrepo, 22.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> Вид. *infra*, 420 – 421.

правила преферентности омогућава обухватање свих феноменолошких манифестација привидног стицаја закона.

## 1.2. Начелна оправдања

Принцип супсидијаритета има своју утемељеност како у доктринарним концепцијама, односно фундаменталним начелима привидног стицаја закона, тако и у законској регулативи, где се манифестује у виду тзв. *клаузула резерви* (супсидијарности), које се иначе сматрају једним од ретких случајева законске регулације института секундарног карактера.

У најопштијем смислу, његова утемељеност као особеног принципа решења привидног идеалног стицаја, доводи се у везу са законским формулацијама, или пак са тумачењем контекста испољавања релевантних законских одредби<sup>14</sup>, на основу чега се закључује и да је реч о принципу који је делимично регулисан, а другим делом произлази из тумачења односа између правних концепата.<sup>15</sup>

Стога, у литератури се указује да постоји привидни стицај закона, а не идеални стицај, онда када су остварена обележја два или више законских описа бића кривичног дела, али је услед изричите законске диспозиције, примена једног од њих искључена, односно условљена околношћу да није дошло до реализације друге, примарне норме.<sup>16</sup> Овакво одређење одговара концепцији изричитог супсидијаритета као једној од две његове основне врсте. Јасно је да би у овим случајевима паралелна примена две законске инкриминације, довела до директног кршења начела законитости, имајући у виду јасан став законодавца у погледу услова примењивости одређеног правног концепта. Међутим, друго је питање начина тумачења појединих клаузула генералног карактера, где се може поставити питање њиховог домашаја у односу на друге услове постојања супсидијаритета, попут јединства штићеног правног добра.<sup>17</sup>

С друге стране, концепција материјалног супсидијаритета црпи своју утемељеност из фундаменталних начела, својствених институту привидног стицаја закона, што подразумева пре свега принцип *ne bis in idem*<sup>18</sup>, односно забрану двоструког вредновања, али и обухватање невредности дела, које заједно са јединством штићеног правног добра, највише долази до изражаја у констатацији релације супсидијаритета. Разлог за то је и наглашена вредносна утемељеност материјалне димензије релације супсидијарности, која је, услед изостанка особеног суштинског садржаја, заснована на тумачењу смисла и сврхе односа између појединачних инкриминација, са аспекта већег интензитета утицаја на правно добро, односно прогресије у реализацији кажњивог понашања.

Карактеристично је да ове особине поменутог правила преферентности, у његовој материјалној варијанти, долазе до изражаја чак и у законодавствима која садрже норме „другог нивоа“ и изричито регулишу принцип супсидијаритета. Тако, већ поменута одредба чл. 8 шпанског Кривичног законика у утврђивању ових правила преферентности<sup>19</sup>, не нуди ништа више од закључака до којих је дошла сама доктрина у прецизирању услова његовог

<sup>14</sup> Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, 734.

<sup>15</sup> J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 331.

<sup>16</sup> E. Cury Urzúa, 364.

<sup>17</sup> Вид. *infra*, 387 – 391.

<sup>18</sup> Вид. А. Ј. D'Alessio *et al.*, *Código Penal, Comentado y Anotado, Parte General*, La Ley, Buenos Aires, 2005, 597. Тако, наводи се да би, на пример, у случају истовременог кажњавања за фалсификовање неког документа и његову употребу, дошло до кршења начела *ne bis in idem*.

<sup>19</sup> Сходно поменутој одредби, супсидијарни концепт ће се применити само у изостанку главног, било да је такав супсидијаритет изричит или се прећутно изводи из тумачења.

постојања, у складу са наведеним начелима. Ипак, може јој се признати одређени значај у домену ограничавања примене појединих клаузула супсидијаритета онда када се оне не уклапају у прихваћене поставке наведеног принципа<sup>20</sup>, што су ретки, али не и немогући случајеви, нарочито уколико се законодавац у легислативној техници служи великим бројем ових клаузула, за шта разлоге треба тражити управо у недовољно прецизно утврђеним условима примене прећутног супсидијаритета. Стога је у циљу заштите правне сигурности и избегавања евентуалних противречности, неопходно обазриво приступити прописивању ових форми супсидијаритета.

У таквим условима, одређење прећутног супсидијаритета, заснива се на претпоставци да је супсидијарност одређених казних типова условљена потпуним обухватањем садржаја невредности, кривице и опасности применом неке друге, примарне инкриминације, уколико не постоји његово искључење по основу релација специјалитета или консумпције.<sup>21</sup>

Ипак, то је довело у питање и саму аутономију овог правила преферентности, у односу на поставке принципа специјалитета и консумпције, које су резутирале чак и тврдњама о његовој сувишности<sup>22</sup>, односно беспотребности у поступку квалификације, или пак ограничавању само на варијанту изричитог супсидијаритета.<sup>23</sup> Међутим, и поред бројних критика упућених могућностима утврђивања његовог концептуалног садржаја, оправдање третирања супсидијаритета као једног од принципа решења привидног стицаја закона, произлази управо из фундаменталних поставки наведеног института.

У сваком случају, диференцирање две форме супсидијаритета, условљено је параметром одређености у закону, који важи у случају изричитог супсидијаритета, односно интерпретацијом правних концепата, првенствено у складу са начелима *ne bis in idem* и принципом довољности једног правног концепта да обухвати садржај невредности дела, карактеристичним за материјални супсидијаритет.<sup>24</sup>

На крају, важно је поменути и начелна оправдања супсидијаритета са аспекта остваривања сврхе кажњавања, која се доводе у везу првенствено са његовим конкретним феноменолошким манифестацијама. Углавном, постоји сагласност да код већине облика испољавања овог принципа, супсидијарни концепт не захтева додатни ретрибутивни прекор (блажи облици учешћа у делу наспрам извршилаштва, однос између деликата опасности и повреде), мада се извесне специфичности препознају код односа између несвршеног покушаја и довршеног кривичног дела, будући да такав покушај сам по себи може имати извесне реперкусије на укупну штету нанету жртви. Међутим, сматра се да је изостајање његове кажњивости у случајевима када је дошло до довршења кривичног дела, оправдано тиме да довршено дело покрива целокупан заслужени прекор. То подразумева генерално прихватање независног основа кажњивости, али уз констатацију да у мери у којој долази до санкционисања за довршено дело, санкција за несвршени покушај није неопходна.<sup>25</sup>

---

<sup>20</sup> Вид. *infra*, 408 фн. 161.

<sup>21</sup> J. C. Contreras (1979b), 468. Стога, како примећује аутор, принцип супсидијаритета је заправо супсидијаран у односу на остале форме привидног идеалног стицаја.

<sup>22</sup> H. Muñoz Norment (1986), 379. То је схватање које заступа Ечебери (*Etcheberry*).

<sup>23</sup> *Periodico Oficial* 86/2017, Organo del Gobierno Constitucional del Estado independiente, libre y soberano de Coahuila de Zaragoza, Saltillo, Coahuila 2017, 54.

<sup>24</sup> J. J. Hernández Sánchez, 51.

<sup>25</sup> F. Szczeranski, 522 – 524.

### 1.3. Логичка утемељеност

За супсидијаритет се иначе може рећи да са аспекта логичког (не)утемељења, представља концепт који се налази између стриктне логичке и аксиолошке утемељености, покривених правилима специјалитета и консумпције, због чега је његова фундаментална утемељеност специфичног карактера и тешко се може сврстати у стриктне оквире особеног релационог односа аутономног квалитета. Чак штавише, покушаји успостављања стриктних механичких правила по којима би се две инкриминације повезале у релацији супсидијаритета, појављују се као тешко остварив циљ.

У теорији се говори о својеврсној релацији интерференције, која стоји иза правила *lex primaria derogat legi subsidiariae*<sup>26</sup>, односно о идеји парцијалне коинциденције две законске норме.<sup>27</sup> У суштинском смислу, код привидног идеалног стицаја то подразумева да постоји барем једна радња која се може подвести под обе норме (заједнички елемент), као и и најмање једна радња која се може подвести под законски опис прве, али не и под законски опис друге норме и обрнуто (диференцирајући елементи).<sup>28</sup> Иако у чисто формалистичком смислу постоји сагласност у погледу начина повезивања елемената примарне и секундарне инкриминације, у пракси је решавање конфликта између законских норми применом принципа супсидијаритета, условљено пажљивим тумачењем смисла и садржине појединачних правних концепата, што захтева добро познавање свих њихових кључних аспеката, укључујући и место у систему кривичног права. Осим тога, у овом домену долази и до извесног преплитања важећих принципа општег и посебног дела кривичног права, што још више отежава успостављање стриктних механичких правила.

Са аспекта логичког утемељења, супсидијаритет је заснован на диспаритету правних фигура, метафорички представљених у виду два круга која се секу, при чему је један од њих само делимично садржан у другом.<sup>29</sup> Карактеристично је да се интерференција код супсидијаритета испољава по основу прогресивног деловања на неко правно добро, било да се ради о различитим фазама напада или пак различитом интензитету повреде.

---

<sup>26</sup> C. Roxin (2014), 1003 – 1004; A. R. Alberto Chacon, S. G. Cisco Barraza, F. S. Hernandez Rosales, 40; Ф. Бачић (1995), 313. Бачић ову интерференцију доводи у везу са односом између извршилаштва и саучесништва, подстрекавања и помагања, припремних радњи и покушаја, покушаја и довршеног кривичног дела, конкретног угрожавања према деликтима повреде, као и апстрактног угрожавања према конкретном угрожавању. Вид. и И. Вуковић (2022), 344. Ово правило се сходно томе објашњава као својство примарног дела да потисне друго (супсидијарно).

<sup>27</sup> J. D. J. Restrepo, 21. Указује се да насупротив специјалитету, постоји разлика у законском опису колизионих инкриминација, иза које стоји градација у повреди неког правног добра.

<sup>28</sup> J. C. Moliné, 44 – 45. Такође се указује и да је реч о парцијалној коинциденцији између законских норми, заснованој на томе да постоје елементи који су укључени у један концепт, али не и у други, и обрнуто, као и они који су заједнички.

Вид. и F. M. Peña Castillo, 77; J. P. Matus Acuña (2005), 477. У том смислу, указује се на постојање заједничког опсега примене, уз напомену да свака инкриминација истовремено поседује и независну примењивост.

<sup>29</sup> S. Soler, 227. Као пример се наводи однос између кривичних дела крађе и нарушавања неповредивости стана. При томе, напомиње се да се управо овако постављеним релацијама између два правна концепта, супсидијаритет диференцира од специјалитета, који је сликовито представљен путем два концентрична круга. Вид. J. Cuello Contreras (2009), 678.

Слично томе, сматра се да је у случају супсидијаритета, реч о три потпуно независна круга, која поседују градациону повезаност, по чему се овај принцип и разликује од специјалитета, утемељеног на логичко-формалној релацији. Вид. J. D. J. Restrepo, 21.

Такође, са аспекта Клуговог концепта интерференције, то би значило да један објекат који потпада под концепт А, потпада такође и под концепт Б, док најмање један објекат који потпада под концепт А, не потпада истовремено и под концепт Б и обрнуто. Вид. J. P. Matus Acuña (2001), 365.

Стога се указује да два правна концепта остварују утицај на исто правно добро, али на различите начине, тако да један потискује други.<sup>30</sup> У литератури се истиче да се ова врста интерференције разликује од оне присутне код других облика, по томе што правне фигуре поседују барем једну заједничку кривичноправно релевантну особину.<sup>31</sup> Међутим, непрецизност оваквих релационих односа између законских норми, огледа се у поклапању са логичком утемељеношћу идеалног стицаја<sup>32</sup>, што отежава поступак дистинкције, односно успостављања линије разграничења између две правне фигуре.

## 2. Концептуална одређења супсидијаритета

Концептуално одређење супсидијаријета као принципа индивидуализације у склопу теорије (привидног) стицаја закона, имајући у виду специфичности и комплексност утврђивања његове материјалне садржине, подразумева мултидимензионални приступ, заснован на анализи кључних питања чији јединствени склоп детерминише овај правни ентитет у целини.

Пре свега, док се сама релација супсидијаритета може дефинисати као одговарајући логичко–вредносни однос између две норме, претпоставке његовог концептуалног поимања као особеног принципа индивидуализације (решења), подразумевају уважавање не само наведене, већ и других димензија које се испољавају у његовој примени. То се односи првенствено на формалноправну утемељеност, односно законску заснованост и начин испољавања њене аутономије наспрам облика који се изводе из суштинске правне природе концепта, где могу постојати извесна одступања у погледу основа оправданости манифестација супсидијаритета и колизије са поставкама других принципа.

Такође, за разлику од специјалитета као стриктно логичког концепта, у домену ове правне фигуре, испољавају се утицаји броја предузетих радњи, а самим тим и дистинкције привидног идеалног стицаја у стриктном смислу, наспрам његовог екстензивног поимања, у односу са привидним реалним стицајем. Тачније, као централна тачка домашаја примене принципа супсидијаритета, појављују се претходна некажњива дела, чије манифестације могу одговорати његовим концептуалним оквирима. Ипак, најзначајнија димензија, тиче се дефинисања његовог материјалног садржаја, односно претпоставки супсидијарности које воде ка квалификацији (привидног) стицаја закона.

У доктрини се сусрећемо са великим бројем дефиниција овог концепта, које су првенствено дескриптивног карактера и управљене ка наглашавању исхода – супсидијарне примене (условљености) једне законске норме, или пак неодређеног критеријума утемељеног на истицању његове две основне врсте (изричитог и материјалног). Осим тога, оне се могу разликовати и по томе на који начин одређују неко од претходно наведених суштинских питања. Стога, једино кроз разматрање свих описаних релевантних аспеката, које не треба схватити у искључивом смислу, можемо адекватно одредити принцип супсидијаритета, односно утврдити полазне тачке његове примене у поступку квалификације, а самим тим и однос са другим принципима и аутентичним стицајем.

---

<sup>30</sup> Ф. Бачић (1995), 313.

<sup>31</sup> S. Soler, 171. Указује се да то у практичном смислу подразумева да ниједна од конкурентних норми није специјална у односу на другу, али да обе имају заједнички опсег примене. Вид. J. P. Matus Асуња (2005, 473 – 474.

<sup>32</sup> J. P. Matus Асуња (2005), 474.



## 2.1. Доктринарне дефиниције

Одређења супсидијаритета у доктрини, условљена су између осталог и конкретним фазама историјског развоја института (привидног) стицаја закона, што се може посматрати са аспекта његовог прихватања као једног од самосталних принципа решења, односно појавних облика који су истим обухваћени. Заправо, његова теоријска одређења не могу се раздвојити од феноменолошке димензије, што је између осталог и последица интерпретативне утемељености његове „прећутне“ варијанте испољавања.

Стога, изналагање адекватне опште дефиниције супсидијаритета, која би обухватала све случајеве његових феноменолошких манифестација, није нимало једноставан задатак, нарочито имајући у виду да је то условљено како класификацијама овог принципа, у зависности од његове законске утемељености, тако и различитим факторима успостављања релације супсидијарности, попут криминалне прогресије, интензитета утицаја на правно добро или пак одређених форми реализације деликата.

Дефиниције се сходно томе могу класификовати у више различитих група, у зависности од схватања теоретичара о опсегу његовог испољавања, односно условима и факторима постојања, при чему их углавном одликује парцијалност, услед наглашавања различитих аспеката који се према конкретном гледишту сматрају релевантним. У оваквим одређењима обично изостају прецизније смернице које се тичу фактора детерминације супсидијаритета, или се оне пак ограничавају само на неке од њих. Разлог за то је и специфичност овог принципа решења, за који се често указује и да не поседује сопствену материјалну димензију, изван оне која одговара принципима специјалитета или консумпције.<sup>33</sup> Стога је прецизирање услова његове примене, односно правила поступка интерпретације, додатно отежано и утемељено на апстрактним, општим критеријумима и смерницама. Осим тога, са правом се може рећи и да у доктрини још увек не постоји сагласност о садржају релације супсидијарности, што је и условило диференцирање рестриктивних и екстензивних гледишта по том питању током историјског развоја теорије привидног стицаја закона.

У том смислу, за разумевање начина приступа дефинисању супсидијаритета, од значаја су различите концепције о овом принципу које одређују његов домашај у ширем и у ужем смислу. Према првобитном одређењу представника класичних система, Биндинга, у релацији супсидијарности се налазе два закона која парцијално покривају исто чињенично стање, или пак два међусобно комплементарна дела, онда када између њих не постоји релација *lex generalis* – *lex specialis*, због чега се један може применити само уколико не дође до примене другог.<sup>34</sup> Уочава се да је нагласак у конкретном случају на изостанку аутономије, односно особеног материјалног садржаја супсидијаритета, који се дефинише у негативном смислу, односно као неиспуњеност услова за примену специјалитета. То је условило овакву дефиницију првенствено дескриптивног карактера, чијом анализом можемо доћи до закључка да оправдање супсидијаритета лежи у основним поставкама института привидног стицаја закона, при чему су додатни фактори детерминације одређени применом вредносних параметара у поступку интерпретације (тумачења). Тек се на основу анализе појединачних феноменолошких манифестација, могу уочити извесне правилности, релевантне за дефинисање смерница у решавању колизије између две законске норме, тачније начина примене правила преференције.

Сходно томе, супсидијаритет се одређује и као резервни принцип решења, због чега се у дефинисању његовог материјалног облика указује да ова варијанта постоји уколико један од више реализованих типова обухвата тоталитет невредности дела, под условом да

<sup>33</sup> Н. Muñoz Horment (1986), 380.

<sup>34</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 309.

није могуће применити правила специјалитета или консумпције<sup>35</sup>, или се пак само указује да је примена једног казненог закона условљена непримењивањем другог.<sup>36</sup>

Оправдање издвајања изричитих клаузула супсидијаритета, као законом решених правила преференције, у овим случајевима треба тражити управо у околности недовољно прецизног материјалног основа супсидијарности, који је препуштен вредносној интерпретацији односа између две законске норме, у складу са параметром условне примењивости једног од њих. Тиме се уједно декларише и његов резидуални карактер у односу на остале принципе, што отвара пут и тврдњама да супсидијаритет не поседује сопствено значење, односно аутономију и независност наспрам специјалитета и консумпције, због чега се сматра сувишним.<sup>37</sup>

На тај начин се структура поменутог принципа посматра са две различите тачке гледишта, у зависности од тога да ли је реч о изричитом или прећутном (материјалном) супсидијаритету. Интервенција законодавца у овој области, условила је формалну заснованост супсидијаритета, чија примена произлази директно из слова закона. На основу анализе таквих формалистичких клаузула, могу се извести и закључци о факторима детерминације прећутног супсидијаритета, мада је то питање у савременој доктрини релативизовано и иде чак и у правцу ограничавања домаћаја њихове примене.<sup>38</sup>

Остављајући за сада по страни проблематику правне природе клаузула супсидијаритета и ограничења њиховог домаћаја, концептуална одређења изричите варијанте овог принципа, не проузрокују веће проблеме, а подразумевају да је статус супсидијарне инкриминације успостављен по основу слова закона.<sup>39</sup>

Одређења супсидијаритета, почев од Биндинга, заснивала су се на томе да ће се једна законска норма применити само уколико није могућа примена друге, уз диференцирање изричитог супсидијаритета, заснованог на закону, и прећутног, проистеклог из самих релација између норми, мада су постојала и гледишта по којима се као једина варијанта појављује прећутни супсидијаритет.<sup>40</sup>

У савременој немачкој доктрини, супсидијаритет се одређује сходно Биндинговој дефиницији, при чему се прихвата његов вредносни карактер, карактеристичан за ову врсту релација, која постоји у два случаја: 1) манифестације изричитог супсидијаритета – условна примењивост једне инкриминације на рачун друге, детерминисана је изричитом регулаторном одредбом; 2) манифестације материјалног супсидијаритета – условна примењивост једне инкриминације у односу на другу, произлази директно из самих релација које постоје између одређених законских фигура.<sup>41</sup>

Наглашавање условне примењивости једне од законских норми, карактеристично је и за друге дефиниције дескриптивног карактера, које истичу исход констатације релације супсидијарности, мада неке од њих могу бити допуњене и извесним методолошким смерницама, односно факторима детерминације попут тежине примарне инкриминације, што донекле имплицира начин примене правила преферентности.

<sup>35</sup> J. C. Contreras (1979b), 468.

<sup>36</sup> H. Welzel, *Das deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung*, Walter de Gruyter, 2013, 167. Тако и V. Heinrich, 641. Оваква одређења, утемељена на условној примењивости једног правног концепта, нарочито су карактеристична за немачку доктрину. Вид. и H. G. Maldonado, 178 – 179.

<sup>37</sup> H. Muñoz Hornent (1986), 380.

<sup>38</sup> C. Roxin (2014), 1004 – 1006.

<sup>39</sup> J. Cuello Contreras (2009), 678.

<sup>40</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 322.

<sup>41</sup> *Ibid.*, 355 – 356. У савременој немачкој доктрини, прихваћено је Хонигово гледиште, које полази од тога да је реч о релацијама између различитих правних концепата, који штите исто правно добро у различитим стадијумима напада, или пак обухватају нападе различитог интензитета на исто правно добро.

У складу са овом концепцијом, указује се да супсидијаритет постоји онда када се одређени казнени тип примењује само уколико није примењив други, који предвиђа тежу казну<sup>42</sup>, односно када се једна норма налази у ситуацији условне примењивости у односу на другу.<sup>43</sup> Слично томе, сматра се да је један законски тип супсидијаран у случају када се може применити једино уколико не постоји нека друга диспозиција која регулише конкретно понашање<sup>44</sup>, односно када је један концепт (супсидијарни) успостављен тако да се може применити само ако не дође до примене другог (примарног).<sup>45</sup> На слична одређења, која супсидијарност дефинишу преко параметра условне примењивости једног кривичног дела у односу на друго, наилазимо и у домаћој доктрини.<sup>46</sup>

Поред тога, у немачкој теорији наилазимо и на додатне прецизирајуће дефиниције, које полазећи од хипотезе о резервној (алтернативној) примени једне од законских норми, решавање конфликта у корист примарне норме темеље на преклапању подручја примене две чињенице, односно способности примарне норме да потпуније обухвати садржај неправде.<sup>47</sup>

Исто тако, према једној од најрепрезентативнијих дефиниција у немачкој доктрини, указује се да постоји супсидијаритет онда када је кажњивост једног законског типа условљена околношћу да није дошло до реализације неког другог, који предвиђа тежу казну, што се сликовито представља максимом *lex primaria derogat legi subsidiariae*.<sup>48</sup>

Слично томе, у шпанској доктрини, поједини аутори, иако полазе од одређења две традиционалне врсте супсидијаритета, не дају један генерални концепт истог, него се ограничавају искључиво на проглашење принципа *lex primaria derogat legi subsidiariae*, указујући да ће бити примаран онај закон који предвиђа тежу казну.<sup>49</sup>

На овај начин, указује се на јединствени оквир деловања правила интерпретације (тумачења) у поступку решавања преферентности, чиме се прејудицира његов исход, али истовремено отвара и далеко значајније и комплексније питање фактора детерминације супсидијарног (условног) карактера једног од правних концепата у односу на други. Управо је та проблематика у средишту дефиниција материјалног карактера, управљених ка истицању правила под којима се утврђује примарност, односно супсидијарност одређеног правног концепта.

Иако би се оваква одређења могла тумачити у складу са већ поменутом концепцијом о примени супсидијаритета онда када су испуњене претпоставке института привидног стицаја закона, али не и услови за констатацију других принципа решења, попут специјалитета, постоји велики број дефиниција које полазе од покушаја да се разјасне

---

<sup>42</sup> С. А. Paredes Vargas, 61. Ради се о одређењу немачког аутора Клуга.

<sup>43</sup> G. Bigli, G. Javier, 41; J. P. Matus Acuña (2007), 31; L. J. Asua, 146. У том смислу, указује се да супсидијарност једне правне диспозиције у односу на другу, подразумева да њена примена искључује примену те друге. Вид. и R. Maurach, K. H. Gössel, H. Zipf (1978), 315; M. Ferrante, 66; C. Buffon, 534.

Даље се указује да та условна примењивост може постојати по више основа, што укључује особене *клаузуле резерве*, или пак посебне критеријуме, попут интензитета утицаја на неко правно добро. Вид. I. Pussini (2019a), 229.

<sup>44</sup> J. D. J. Restrepo, 21.

<sup>45</sup> J. P. Matus Acuña (2007), 31. Тако и J. J. Hernández Sánchez, 51. Истиче се да супсидијаритет постоји уколико се неки казнени тип примењује у условима непримењивости другог, што може бити предвиђено законом, или се извести из интерпретације. Вид. M. A. Arce Aggeo, 171.

<sup>46</sup> З. Стојановић (2021), 305. Аутор примену супсидијарне инкриминације, условљава непримењивањем примарне. Тако и Н. Мрвић Петровић, 232.

<sup>47</sup> R. Maurach, K. H. Gössel, H. Zipf, *Strafrecht. Allgemeiner Teil: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, C. F. Müller, 2014, 661. Тако и Н. Н. Jescheck, T. Weigend, 734. У том смислу, указује се да се одређена казнена одредба примењује само као алтернатива, односно у случају да не интервенише нека друга инкриминација примарног карактера.

<sup>48</sup> С. Roxin (2014), 1003.

<sup>49</sup> J. P. Matus Acuña (2007), 31.

његови материјални фактори детерминације, првенствено кроз одређења прећутног (материјалног) супсидијаритета.

Према једној од таквих дефиниција, указује се да супсидијаритет представља правно – вредносни феномен који дејствује онда када један законски опис одговара интензивнијој повреди правног добра, тачније налази се у односу интерференције и има примат у односу на повреду нижег нивоа.<sup>50</sup>

Такође, постоје и одређења која имплицирају феноменолошке манифестације принципа супсидијаритета, дефинишући га као случај када постоји прогресија у типичном понашању, тако да кажњивост напредније фазе чини интерферентном типичност претходних фаза.<sup>51</sup> У ову групу спадају све оне дефиниције које наглашавају стадијумски карактер наведеног принципа, што је случај и са појединим теоријским концепцијама у домаћој доктрини. Тако, Радовановић полази од описног, таутолошког дефинисања релације супсидијаритета, након чега се у прецизирању правила да она постоји када је неко дело супсидијарно другом, опредељује за истицање фактора стадијумског карактера реализације и условљености неостваривањем друге инкриминације.<sup>52</sup>

У овом правцу се крећу и дефиниције, према којима супсидијаритет постоји онда када једно кривично дело, у односу на друго, представља ранији стадијум, мањег, секундарног значаја, тако да ће бити релевантно једино уколико се не реализује каснији стадијум.<sup>53</sup>

Стојановић такође истиче да оваква релација постоји онда када је биће једног кривичног дела супсидијарно у односу на друго, те се примењује само уколико не дође до примене примарног, истичући да код материјалног супсидијаритета, то произлази из природе и односа бића кривичних дела<sup>54</sup>, чиме се наглашава интерпретативни карактер наведеног принципа.

Често се у одређењу супсидијаритета истиче и да је једно дело (супсидијарно) послужило извршењу другог, због чега се оно дефинише као претходни стадијум, чија се кажњивост негира уколико дође до реализације главног дела (примарног).<sup>55</sup> На истицање

---

<sup>50</sup> A. J. D'Alessio *et al.*, 596. То се дешава из разлога што оба правна концепта регулишу различите степене повреде, на тај начин да примарни законски тип представља тежи и прогресивнији утицај у односу на супсидијарни. Стога, сматра се да управо због тога, комплементарни концепт треба да буде вишег казненог интензитета, будући да има већу правну вредност. Вид. J. D. J. Restrepo, 21; G. Marinucci, E. Dolcini, 429.

<sup>51</sup> N. J. Conti, 10. Тако и J. P. Matus Acuña (2007), 10. Такође, указује се да супсидијарни карактер једног закона у односу на други, подразумева да оба описују различите степене или стадијуме повреде истог правног добра, тако да садржај супсидијарне диспозиције бива апсорбован примарном. Вид. J. Cuello Contreras (2009), 678.

<sup>52</sup> М. Радовановић, 172. Радовановић као пример наводи случајеве из старог законика, где је била уочљива примена наведених релација, попут припремања одређених кривичних дела (чл. 102, 103, 114), које је било предвиђено као засебно кривично дело у чл. 121. Тако, тадашња одредба члана 121, фигурирала је као супсидијарна у односу на набројана кривична дела, односно долазила је у обзир само уколико не дође до њихове примене. Тако и Љ. Лазаревић, Н. Срзентић, А. Стајић, 171.

<sup>53</sup> J. Таховић (1961), 262. Као пример ових релација, Таховић наводи однос између кривичног дела довођења у опасност општеопасном радњом и тешких дела против опште сигурности људи и имовине, као и учествовања у тучи, наспрам убиства, односно тешких телесних повреда. Примарност једне инкриминације у односу на другу се стога утврђује путем временске димензије у реализацији истих. Вид. и J. Ђ. Таховић (1956), 186; Б. Златарић, 170.

Исто тако и Лазаревић указује да супсидијаритет постоји уколико се неко кривично дело појављује као претходни стадијум другог. Вид. Љ. Лазаревић (2000), 171. Полазећи од истоветне концепције, Јовановић наводи пример учиниоца који припрема оружану побуну, а потом учествује у њеном извођењу. Вид. Љ. Јовановић, 213 – 214; Тако и Љ. Јовановић, Д. Јовашевић, 153; Б. Чејовић (2006), 251.

<sup>54</sup> З. Стојановић (2009), 15.

<sup>55</sup> Љ. Лазаревић (2011), 284. Као пример, наводи се однос између одредби чл. 355 КЗ, које предвиђају прављење лажне исправе и њену употребу. Наиме, на основу наведеног члана, инкриминисано је како прављење, тако и употреба лажне исправе, с тим што када су обе радње предузете од стране истог лица,

својства супсидијарне инкриминације да се налази у функцији извршења главног (примарног) дела, наилазимо и у судској пракси.<sup>56</sup> Исто тако, указује се да је примена претходног стадијума релевантна једино уколико се конкретна криминална делатност није проширила на наредну фазу реализације.<sup>57</sup>

Са те тачке гледишта, указује се да се прећутни супсидијаритет односи на случајеве када различити казнени типови штите правно добро у различитим стадијумима напада, односно представљају различите интензитете напада на неко правно добро.<sup>58</sup> Могло би се рећи да је ово најпрецизније одређење, које адекватно покрива све феноменолошке манифестације релације супсидијарности, класификоване према нашој хипотези у две групе прогресије – оне која одговара фазном (стадијумском) карактеру неког понашања и оне која произлази из веће амплитуде (интензитета) утицаја на идентично правно добро, што подразумева и одређене манифестације супсидијаритета у ширем смислу.

Слично томе, као једну од репрезентативнијих дефиниција, навешћемо и ону која полази од тога да супсидијаритет постоји онда када различити казнени типови штите исто правно добро у различитим стадијумима напада, или представљају нападе различите тежине у односу на исто правно добро, те се стога сматра да каснији и тежи стадијуми апсорбују раније и лакше<sup>59</sup>, што укључује и различите степене повреде или довођења у опасност истог правног добра.<sup>60</sup>

Осим тога, постоје и формалистичко – материјалне дефиниције, које супсидијаритет одређују полазећи од две основне врсте његовог испољавања, што указује и на другачије приступе у утврђивању постојања релације супсидијарности. Сходно томе, указује се да супсидијаритет обухвата како случајеве када је законом субординисана примена једног правног концепта наспрам другог (формално детерминисани супсидијаритет), тако и оне случајеве где се типичност једног кривичног дела одбацује по основу мањег интензитета утицаја у односу на друго.<sup>61</sup>

Оваква одређења су значајна првенствено са аспекта утврђивања материјалне димензије института, односно фактора његове детерминације, будући да упућују на два различита начина по основу којих се они одређују. У вези тога, можемо се сложити са констатацијом да управо прихватање могућности формалног успостављања релације супсидијарности, негира концептуално јединство овог принципа решења<sup>62</sup>, тачније његов аутономни материјални садржај.

На различите поставке изричитог и прећутног супсидијаритета, упућује и дефиниција према којој једна правна фигура може бити супсидијарна у односу на другу онда када закон указује да је њена примена условљена непримењивањем друге (изричити

---

сматраће се да је прављење само претходни стадијум за њену употребу, које ће имати самосталну кажњивост до тренутка када учинилац ту исправу и употреби. Самим тим, ради се о припремној радњи која је супсидијарна у односу на главно дело – употребу исправе.

Слично томе, имплицирајући да је супсидијаритет један од примера односа ужег према ширем пропису, овај принцип решења се дефинише као случај када једно проузроковање представља претходни стадијум другог, који је од кривичноправног значаја само уколико не дође до остварења накнадног стадијума. Вид. М. Карановић, 419 – 420.

<sup>56</sup> Пресуда Врховног касационог суда Кзз 627/2017 од 27.06.2017. године.

<sup>57</sup> Б. Златарић, 170. У супротном, његова егзистенција је искључена на рачун наредног стадијума, чија реализација условљава губљење природне и правне самосталности претходне фазе у извршењу.

<sup>58</sup> А. J. Sanz Morán, 10; R. Echavarría Ramírez, 246.

<sup>59</sup> J. Cuello Contreras (2009), 679; J. J. Hernández Sánchez, 51.

<sup>60</sup> R. Plascencia Villanueva, 238.

<sup>61</sup> E. R. Zaffaroni, 564 – 565.

<sup>62</sup> *Ibid.*, 565.

супсидијаритет), или пак онда када једна правна фигура улази у састав друге, али само као конститутивни елемент или отежавајућа околност.<sup>63</sup>

У процедуралном смислу, приликом одређења супсидијаритета, истиче се и значај интерпретације у оцени и утврђивању да један казни тип представља само проширење кривичноправне заштите неког правног добра у претходним стадијумима, у односу на повреду истог<sup>64</sup>, што произлази из њихових међусобних конекција.<sup>65</sup> Оваква одређења наводе на закључак према којем се у средишту правила преферентности, налази процес интерпретације (тумачења) смисла правних концепата, чиме се наглашавају и његови вредносни аспекти. Тако, према Мецгеру, супсидијаритет постоји онда када се неки закон примењује као помоћни, при чему се у великом броју случајева, тај закључак изводи путем интерпретације.<sup>66</sup> Бачић такође истиче да је констатација материјалног супсидијаритета исход тумачења релационих односа између две диспозиције, уколико се не може применити правило специјалитета.<sup>67</sup>

Поред тога, наглашава се и критеријум садржаја невредности дела, при чему се указује да ова релација постоји онда када садржај невредности једног дела нема никакву тежину над другим.<sup>68</sup> Ради се о још једном аксиолошком критеријуму, доста широко постављеном, будући да почива на основама услова који је у великој мери апстрактног карактера, што отежава процес диференцијације од стицаја и наглашава значај интерпретативне функције.

Такође, за одређења материјалног (прећутног) супсидијаритета са аспекта процеса интерпретације, релевантни су и логички утемељени приступи, односно они који полазе од истицања релације интерференције између примарне и супсидијарне норме. Наиме, наводи се да релација супсидијаритета постоји између два правна концепта онда када се барем један конкретан случај који се може подвести под неки од наведених концепата, такође може подвести и под други и обрнуто, под условом да оба концепта имају најмање једну исту правно релевантну карактеристику.<sup>69</sup> Међутим, овакав приступ није довољно репрезентативан, имајући у виду поклапање са логичком основом идеалног стицаја.

У сваком случају, може се закључити да доктринарна одређења супсидијаритета карактерише диспарат различитих концепција, утемељених на особеним схватањима о садржају релације супсидијарности, односно факторима њеног успостављања. Стога,

---

<sup>63</sup> S. Soler, 225.

<sup>64</sup> E. Bacigalupo, 573; J. J. Hernández Sánchez, 51; M. A. Arce Aggeo, 174.

<sup>65</sup> M. A. Arce Aggeo, 174. У вези тога, указује се да наведена спона између два концепта постоји онда када интерпретација смисла једног од њих, упућује на закључак о искључењу његове примењивости уколико долази у обзир примена неке друге инкриминације, која представља тежи облик напада на правно добро. Тако, S. Mir Puig (2016), 655.

<sup>66</sup> E. Mezger, 346. Деликт опасности је по правилу, сам по себи супсидијаран у односу на деликт повреде. Међутим, ово правило није генералног карактера, будући да такав деликт може имати и аутономно значење. Осим тога, Мецгер истиче да слична релација постоји и између покушаја и довршења, саучесништва и извршилаштва, као и између саучесништва и подстрекавања као блажих и тежих форми учешћа у делу. Тако, полази се од правила да ће се учинилац који покуша да убије другог и у томе успе, казнити само за довршено убиство.

<sup>67</sup> Ф. Бачић (1995), 313.

<sup>68</sup> Вид. J. P. Matus Асуња (2000а), 356 фн. 222. Специфично одређење супсидијаритета, проналазимо код немачког аутора Отоа, који даје потпуно другачију дефиницију, засновану на тврдњи да постоји супсидијаритет онда када „садржај невредности једног дела нема никакву тежину у односу на друго.“

Осим тога, формулишући правило прећутног супсидијаритета, Шмит износи хипотезу да се у случају када један од више реализованих типова, већ обухвата у потпуности садржај невредности, кривице и опасности, остали казни типови појављују као супсидијарни, под условом да нису искључени путем релација специјалитета или консумпције. Стога, како примећује аутор, принцип супсидијаритета је супсидијаран у односу на остале форме привидног идеалног стицаја. Вид. J. C. Contreras (1979b), 468. Тако и Ф. Бачић (1995), 313.

<sup>69</sup> J. P. Matus Асуња (2005), 474 – 475; Ф. Бачић (1995), 313.

предуслов адекватне функционалне дефиниције јесте утврђивање одговарајућег правила преферентности на основу којег се решава сукоб између две норме. То подразумева претходно дефинисање основних формалистичких елемената садржаних у максими *lex primaria derogat legi subsidiariae*, као и прецизирање фактора детерминације релације супсидијарности, односно њеног материјалног садржаја. Међутим, за разлику од специјалитета где постоји својеврсна концептуална обухватност која олакшава решавање сукоба у складу са стриктно логичким правилима, супсидијаритет се заснива на интерпретацији смисла и сврхе појединачних правних концепата, односно начина на који су у конкретном законодавству поједине кривичноправне забране формулисане у односу на друге.

Најсвеобухватније одређење супсидијаритета би подразумевало синтезу свих претходно наведених елемената његове индивидуализације, што укључује наглашавање особене врсте односа између законских норми, у релацији интерференције, чија оцена укључује тумачење у складу са правилима логике и природе ствари. Свакако би као главни критеријум суштинског карактера требало узети условну примењивост једног правног концепта у односу на други, уз примену допунских параметара попут својства супсидијарне норме да представља средство у реализацији примарне, односно њен претходни стадијум.

Према томе, *супсидијаритет се може одредити као принцип индивидуализације привидног стицаја закона, који се примењује у случају када између два правна концепта постоји однос супсидијарности, детерминисан условном примењивошћу једне законске норме на рачун друге*. Такав однос може бити условљен стриктном законском одредбом (изричити супсидијаритет), или пак проистећи из тумачења смисла и сврхе појединачних инкриминација са аспекта њиховог међусобног односа (прећутни или материјални супсидијаритет).

Овакво одређење захтева прецизирање основних формалистичких и материјалних елемената дефиниције.

## 2.2. Елементи концептуалног одређења

Концептуално одређење супсидијаритета као принципа индивидуализације подразумева како препознавање основних формалних елемената наведене конструкције, тако и утврђивање садржаја релације супсидијарности. Овај комплексан задатак који спада у његову материјалну димензију, захтева уважавање бројних фактора потенцијалног утицаја на вредновање специфичног односа, а самим тим и на дефинисање опсега примене супсидијаритета, како у односу на остале принципе индивидуализације, тако и у односу на облике аутентичног стицаја.

Пре свега, као кључне категорије у његовом одређењу, појављују се концепти примарне и секундарне норме, чији је однос детерминисан карактером условне примењивости друге категорије, која се појављује као својеврсна алтернатива, односно резерва примарној у случају неиспуњености услова њене примене. То истовремено имплицира и да се не ради о њиховом међусобном искључењу, односно да не постоји формална концептуална обухватност, што је и основа интерференције као логичке релације њиховог делимичног преклапања. Стога, захтева се увођење додатних фактора, изван сфере логичких односа, како би се у конкретној ситуацији поступило у складу са захтевима основних начела привидног стицаја закона, који забрањују њихову паралелну примену. Дакле, реализација једне и друге инкриминације може имати стадијумски карактер, на основу чега се говори о интерференцији између две законске норме по основу прогресије.<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup> Вид. E. R. Zaffaroni, 462 – 463.

Пре свега, за разлику од специјалитета, карактер супсидијарности подразумева другачије критеријуме за успостављање правила преферентности, који излазе из домена логике и апстрактних правних фигура, чиме се формулише особена правна конструкција као скуп правила заснованих на вредносним параметрима. У том процесу, појављују се као релевантни и долазе у први план, методолошки критеријуми разграничења и оправданости привидног стицаја закона, попут јединства штићеног правног добра, обухватања невредности дела, уз истовремено поштовање забране *ne bis in idem*. Разлог за појачано наглашавање ових материјалних фактора треба тражити у суштинском аксиолошком карактеру принципа супсидијаритета, који се за разлику од специјалитета ни у ком случају не може тумачити као апстрактни однос између правних концепата.

Осим тога, до изражаја долази и сегмент теорија домашаја института привидног стицаја закона, тачније специфичног односа између привидног идеалног и привидног реалног стицаја, имајући у виду области испољавања супсидијаритета, које у највећем броју случајева излазе из домена стриктног јединства радње. Иако се у сваком случају може говорити о испуњености услова својеврсног јединства дела (понашања), у складу са разумевањем јединства радње у материји привидног идеалног стицаја, овде се појачано наглашава стадијумски карактер реализације две инкриминације, који у природном смислу истиче плуралитет индивидуалних аката, а самим тим отвара и питања квалификације супсидијаритета и једне од најспорнијих релација у материји привидног стицаја – односа између привидног идеалног и привидног реалног стицаја. У домену супсидијаритета, разматра се превасходно већ описана проблематика конструкције претходног некажњивог дела, односно њеног ужег и ширег појма, што условљава дистинкцију од консумпције, а истовремено захтева и јасно дефинисање специфичних услова њеног подвођења под привидни идеални стицај у општем смислу.

Такође, супсидијаритет није лишен ни својеврсних криминално–политичких фактора, попут позивања на тежину казне у циљу решавања конфликта између законских норми, мада је у овом случају то више помоћни критеријум вредновања интензитета повреде одређеног правног добра и појављује се као нужан пратећи исход такве оцене, будући да у највећем броју случајева законодавац предвиђа теже санкције за интензивније повреде правног добра.

У сваком случају, може се прелиминарно рећи да релација супсидијаритета почива на особеним вредносним основама, које условљавају степеновање релевантних утицаја две различите норме, али не и њихово међусобно искључење, чиме се наглашава и стицајни карактер института.

На крају, још један важан фактор у његовом детерминисању, тиче се законске утемељености у виду клаузула супсидијаритета које су инкорпорисане у посебном делу кривичног права, што олакшава решавање преференције у конкретном случају, али с друге стране изазива дилеме у погледу њихове правне природе.

Све наведене особености условљавају комплексност концептуалног одређења супсидијаритета, померајући тежиште управо на садржај материјалне димензије, односно суштинских услова постојања релације супсидијарности, које су реципрочно условљене његовом феноменолошком димензијом.

### 2.2.1. Примарна и супсидијарна норма

Основни формални елементи конструкције супсидијаритета као принципа индивидуализације, чија се примена заснива на правилу *lex primaria derogat legi subsidiariae*, претпостављају паралелно постојање две примењиве норме, од којих се у поступку решавања конфликта једна манифестује као примарна, а друга као супсидијарна (условна). Само



термиолошко означавање ових концепата упућује на извесно степеновање њиховог значаја, односно излазак из домена логичке терминологије која је карактеристична за однос између *lex specialis*-а и *lex generalis*-а. То донекле имплицира и саму правну природу супсидијаритета, који се у складу са тим може одредити и као поступак утврђивања примата једне од законских инкриминација, односно процес вредносне оцене спроведене под тим правилима.

Супсидијарност једне норме у односу на другу најпрецизније дефинише израз „условна примењивост“, што уводи својеврсни фактор кондиционалности, односно зависности у поступку утврђивања преферентности, насупротив правилима формалне концептуалне обухватности. Самим тим, и логичка структура је постављена на другачијим основама у односу на специјалитет и одговара интерференцији као делимичном поклапању садржаја законских описа. Овакав логички склоп подразумева се да се решавање конфликта мора вршити изван самог законског описа бића, уношењем одговарајућих вредносних оцена, на основу којих се констатује релација супсидијарности.

Специфичност у односу на релацију специјалитета се манифестује и у тврдњи да констатација супсидијарности не решава аутоматски проблем утврђивања која ће норма бити главна, а која супсидијарна, насупротив односу између специјалног и општег закона.<sup>71</sup>

Према Биндингу, у овој релацији се налазе два закона која парцијално покривају исто чињенично стање, или пак два међусобно комплементарна дела, онда када између њих не постоји релација *lex generalis* – *lex specialis*, због чега се један може применити само уколико не дође до примене другог<sup>72</sup>, што представља пример компаративног одређења са аспекта односа између два принципа. То истовремено може бити и одредница њиховог разграничења, нарочито имајући у виду спорне правне концепте, попут реципрочног (билатералног) специјалитета.

Такође, ефекти стицајног карактера института овде очигледније долазе до изражаја него код специјалитета, будући да се не може говорити ни о каквом *a priori* одбацивању једне инкриминације на рачун друге, због чега се супсидијарна норма појављује у улози својеврсне „резерве“ и помера у други план, односно постаје замена за примарну и ступа на снагу уколико се иста не може применити.

Разматрање односа између примарне и супсидијарне норме одговара дескриптивним дефиницијама супсидијаритета као принципа решења. Тако, указује се да супсидијаритет постоји онда када се одређени казнени тип примењује само у случају када није могуће применити други, који предвиђа тежу казну<sup>73</sup>, односно када се једна норма налази у ситуацији условне примењивости у односу на другу.<sup>74</sup>

Одређења утемељена на тежини казне, наглашавају управо степеновање повреде одређеног правног добра, путем навођења да супсидијарни концепт преузима и кажњава понашања која из било ког разлога не могу да се подведу под главни концепт, због чега ће супсидијарне норме увек бити лакше.<sup>75</sup> То се уједно, као што ћемо видети приликом разматрања садржаја релације супсидијаритета, манифестује и као разграничавајући фактор у односу на аутентични стицај, до чије примене долази онда када тако одређена супсидијарна норма превазилази интензитет повреде правног добра који се штити главном нормом.

<sup>71</sup> J. P. Matus Acuña (2005), 475 – 476.

<sup>72</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 309.

<sup>73</sup> Од ове концепције полази немачки аутор Клуг. Вид. С. А. Paredes Vargas, 61.

<sup>74</sup> G. Bigli, G. Javier, 41; J. P. Matus Acuña (2007), 31. Указује се да је то дефиниција коју даје Родригез Девеза (*Rodriguez Devesa*). При томе се разлика између изричитог и прећутног супсидијаритета утврђује у зависности од тога да ли се таква релација изводи из самог закона, или пак из смисла законских норми. Вид. и J. D. J. Restrepo, 21.

<sup>75</sup> J. D. J. Restrepo, 22.

У описна одређења спада и истицање правног карактера примарног и супсидијарног закона, уз навођење да је законски тип супсидијаран онда када се не може применити друга диспозиција која регулише конкретно понашање<sup>76</sup>, односно како би се спречило да остану некажњене радње и пропуштања, потенцијално ризичне по правно добро<sup>77</sup>, што указује да се ради о појмовима вишег и нижег нивоа. Слично томе, у литератури се наводи и да се такав однос манифестује у својству једног правног концепта (*lex subsidiaria*) да се испољава као средство извршења другог.<sup>78</sup>

На тај начин управо долази до изражаја помоћни, односно условни карактер секундарне инкриминације и основна функција која се настоји остварити њеном применом – покривање невредности дела, уз истовремену заштиту забране двоструког вредновања, што је уједно и фундаментални предуслов примене института привидног стицаја закона.

У погледу карактеристика односа између поменута два концепта, имајући у виду њихову суштинску природу деловања у склопу примарне и условне примењивости, јасно је да се поставља услов да штите исто правно добро. Остале специфичности њихове детерминације, односно критеријуми утврђивања која ће бити носилац квалификације, зависе од материјалне димензије, односно садржаја релације супсидијарности.

Наиме, наспрам констатација да је једна норма супсидијарна у односу на другу и ефеката који из тога произлазе<sup>79</sup>, друго важно питање се односи на критеријуме утврђивања таквог карактера конкретног законског описа, што представља срж проблематике услова примене принципа супсидијаритета.

У том смислу, Стојановић дефинише релацију супсидијаритета полазећи од тврдње да примарна норма испољава тежи облик напада на исто правно добро, односно поред тога штити још неко правно добро.<sup>80</sup> Овакво одређење разлога примарности проистиче из садржаја релације супсидијарности, односно њене материјалне димензије, која захтева детаљно разматрање.

Сходно томе, *примарна норма се прелиминарно може одредити као она која покрива невредност каснијег стадијума извршења у односу на супсидијарну, или пак већи интензитет повреде конкретног правног добра, односно она која је као таква детерминисана изричитом законском одредбом, путем клаузула супсидијаритета.*

### 2.3. Релација супсидијарности (материјална димензија)

Примена правила *lex primaria derogat legi subsidiariae* које одражава манифестацију принципа супсидијаритета, условљено је детерминацијом супсидијарности констатоване између примарне и секундарне норме, као основних елемената наведене правне

---

<sup>76</sup> J. P. Matus Асуња (2007), 31; J. D. J. Restrepo, 21. Супсидијарна норма се означава још и као *акцесорна – резервна*.

<sup>77</sup> H. G. Maldonado, 178 – 179.

<sup>78</sup> Љ. Лазаревић (2011), 284. Сматра се да овакав однос најбоље одржава типичан пример супсидијаритета, оличен у релацијама између прављења лажне исправе и њене употребе, где се поред инструменталног, испољава и стадијумски (фазни) карактер релационих односа између норми.

<sup>79</sup> Још једна веома значајна особина овог принципа, која се истиче у литератури, односи се на то да прва норма не одбацује актуелност друге, у смислу њеног потпуног нестанка са „правне сцене“, као што би се десило код консумпције, услед апсорпције, или код специјалитета, услед концептуалног затварања. Насупрот томе, супсидијарна норма је само остављена по страни, односно условно је неоперативна. Вид. J. D. J. Restrepo, 22.

<sup>80</sup> З. Стојановић (2009), 16. На оваква схватања, наилазимо и у италијанској доктрини, где се истиче да је примарна она норма која штити додатно правно добро у односу на супсидијарну, или пак представља већи степен повреде тог истог правног добра. Вид. F. F. Mansino, 4.

конструкције. То подразумева дефинисање услова под којима се решава правило преферентности у конкретном случају.

Међутим, садржај релације супсидијарности није једноставно утврдити, првенствено из разлога што се она темељи на правно–вредносном концепту, односно излази из домена стриктних логичких правила. Основи међусобних односа између примарне и секундарне норме, заснивају се на интерференцији, која подразумева делимично поклапање законских описа бића кривичних дела и за решавање конфликта захтева увођење одређених аксиолошких критеријума.

Свакако, једна од најзначајнијих карактеристика материјалне димензије супсидијаритета, огледа се у истицању релације између привидног идеалног и привидног реалног стицаја, односно успостављања специфичних критеријума и услова квалификације привидног стицаја закона, првенствено у случају претходних некажњивих дела. Такође, управо у том домену се испољава и ирелевантност овакве диференцијације, односно долази до изражаја наглашавање аспеката јединственог вредновања различитих стадијума и интензитета повреде одређеног правног добра, насупротив формалистичке дистинкције између јединства и плуралитета радње. На то указује управо околност да се упркос већ поменутиим теоријским покушајима, супсидијаритет не може декларисати као принцип који решава конфликте између законских норми само у случајевима плуралитета радње у природном смислу, иако је суштински одређен на основама концептуалне прогресије.

О домашају релације супсидијарности, може се говорити на два нивоа. Први подразумева одређење њеног садржаја у складу са класификацијом на изричити и прећутни супсидијаритет, док се у другом случају ради о домашају материјалног супсидијаритета, који се на конкретном плану манифестује као интерференција по основу прогресије у погледу стадијума или пак интензитета повреде одређеног правног добра.

У најопштијем смислу, констатација релација супсидијарности може бити утемељена на основу формалног правила (изричити супсидијаритет) или пак на основу интерпретације међуодноса између инкриминација у конфликту (прећутни супсидијаритет).

### 2.3.1. Домашај изричитог супсидијаритета (*клазуле резерви*)

Садржај релације супсидијарности, односно услови његовог конституисања, полазе од две различите основе, у зависности од тога да ли је реч о изричитом или прећутном (материјалном) супсидијаритету. У првом случају, тзв. „*клазуле резерве*“ или *клазуле супсидијаритета* као формалноправне категорије, инкорпорисане у самим законским инкриминацијама, директно упућују на примену одговарајуће кривичноправне норме, путем ограничавања домашаја оног правног концепта у чијем су бићу садржане, имплицирајући његову условну примењивост. Тиме се у формалном смислу остварују претпоставке релације супсидијаритета – да је једна законска инкриминација примењива као резервна, односно под условом да тиме нису остварена обележја неког другог законског описа (*условна примењивост*), најчешће, и по правилу, оног који предвиђа тежу казну, односно представља већи интензитет повреде истог правног добра (*тежина казне и истоветност правног добра*).

Стога, изричити супсидијаритет се може дефинисати као *законом предвиђено искључење једне законске норме у корист друге, које може бити условљено различитим факторима криминално–политичког карактера, изван специфичних логичких или вредносних релација*. То проистиче директно из слова закона, тако да је примена конструкције привидног стицаја, сведена само на аналогно пресликавање њених поставки на једно већ обједињено чињенично стање, слично као и код сложених кривичних дела.

Начин формулисања примарне инкриминације, препуштен је законодавцу, који може користи различите технике – неодређене клаузуле супсидијаритета, засноване на повлачењу одређеног законског описа пред сваким кривичним делом које предвиђа тежу казну („под условом да нису остварена обележја кривичног дела које предвиђа тежу казну“), или пак одређене клаузуле, које као услов примене одређене инкриминације захтевају да нису остварена обележја другог конкретног кривичног дела, односно одређене групе (врсте) кривичних дела, при чему се по правилу ради о кривичним делима веће тежине.

Већина савремених законодавстава садржи наведене клаузуле, при чему се оне углавном јасно препознају по томе што су садржане у одредбама посебног дела кривичног права, у оквиру појединачних инкриминација, мада се може замислити и обједињено одређење (појављују се као заједничке за више појединачних инкриминација).

Роксин у том смислу истиче да случајеви формалног супсидијаритета утврђују замену, односно секундарни карактер законског описа општег карактера (наспрам свих осталих казних типова са тежом казном) или пак специјалног (наспрам стриктних партикуларних концепата).<sup>81</sup>

Овакав приступ је и условио везивање релације супсидијарности за критеријум тежине казне, а самим тим послужио и као основа као формулисање поставки прећутног (материјалног) супсидијаритета, заснованог у складу са тим на истицању већег степена (интензитета) повреде одређеног правног добра као критеријума за одређивање примарне норме.

Но ипак, постојале су извесне несагласности у погледу правне природе таквих клаузула, а аргументи који су ишли у прилог њиховом негирању као варијанти супсидијаритета, указивали су првенствено на недостатак било какве материјалне суштине изван стриктног слова закона<sup>82</sup>, што их је доводило у везу са случајевима специјалитета односно консумпције, или пак са простим ограничењима домашаја неких норми, негирајући им самостални карактер.<sup>83</sup> У погледу њихове правне природе, у италијанској доктрини се издваја неколико различитих концепција, укључујући њихово поимање као негативних елемената типичности, облика привидног стицаја норми, који искључује примену специјалитета на рачун супсидијаритета или консумпције, односно као посебног основа искључења кажњивости.<sup>84</sup>

Оправданост изричитог супсидијаритета, а самим тим и домашај супсидијарности као релације између примарне и секундарне норме, био је предмет расправе у току развоја принципа супсидијаритета у склопу теорије привидног стицаја закона. Тако, постоје схватања по којима је он сувишан у односу на специјалитет и консумпцију, будући да закон изричито декларише да се примењује или специјалитет или консумпција, чиме му се негира аутономија.<sup>85</sup>

---

<sup>81</sup> С. Roxin (2014), 104. У немачком законодавству се наводе следећи примери клаузула супсидијаритета: 1) чл. 265а: „уколико за дело није предвиђена тежа казна“; 2) чл. 145 д – „уколико кривично дело није кажњено у оквиру чл. 164, 258, 258 – а“. Дакле, прва врста клаузула супсидијаритета, везује се за параметар тежине казне, што је вероватно и био разлог зашто се постављало питање ограничења домашаја чак и прећутног супсидијаритета на основу наведеног критеријума.

<sup>82</sup> Е. Cury Urzúa, 284; А. Etcheberry, 127; А. J. D'Alessio *et al.*, 596.

<sup>83</sup> S. Politoff, J. P. Matus, M. C. Ramírez, 459.

<sup>84</sup> М. Fazio, „Riflessioni sul reato di riciclaggio nei rapporti con il concorso di norme e di persone“, *La legislazione penale* 7/2017, 1 – 18, [http://www.lalegislationepenale.eu/wp-content/uploads/2017/07/fazio\\_approfondimenti\\_2017.pdf](http://www.lalegislationepenale.eu/wp-content/uploads/2017/07/fazio_approfondimenti_2017.pdf); 5. фебруар 2022. године.

У погледу поимања *клаузула супсидијаритета* као основа искључења специјалитета, то би требало разматрати у контексту италијанског законодавног решења, које изричито регулише само специјалитет, односно прихвата га као једини принцип решења.

<sup>85</sup> Н. Muñoz Norment (1986), 380; J. P. Matus Acuña (2000b), 31; J. P. Matus Acuña (2007), 32.

Према Биндингу, оправдање изричитог супсидијаритета, лежи искључиво у тенденцији законодавца да приликом прописивања одређених инкриминација које су повезане са оним већ постојећим, у случајевима њиховог потпуног или делимичног преклапања, избегне појединачно понављање домашаја једних и других, путем заједничке формулације.<sup>86</sup>

С друге стране, у савременој немачкој доктрини, постоје одређене тенденције, управљене као извесном ограничењу ефеката ових клаузула, али не на рачун других принципа решења, већ првенствено аутентичног стицаја, што се уједно тиче одређивања самих граница института привидног стицаја. Наиме, у складу са једним таквим схватањем, искључена је њихова примена онда када би, полазећи од смисла и циља конкретне законске норме, било адекватније применити правило идеалног стицаја.<sup>87</sup> У вези тога, у теорији се указује да је њихов основни недостатак оличен у томе што се испољавају као супротност природној оцени идеалног стицаја, због чега се у највећем броју случајева и показују као сувишне.<sup>88</sup> Међутим питање њихове оправданости у описаном контексту је релативног карактера и зависи од низа околности, између осталог и од самог законодавног система, односно легислативне технике и начина на који је законодавац ставио у релацију више кривичних дела, у складу са криминално–политичким циљевима. Стога, треба имати у виду да су овакве доктринарне тенденције условљене и постојањем великог броја наведених клаузула у немачком законодавству.

Свакако, клаузуле супсидијаритета треба тумачити у складу са одредбама конкретног позитивног законодавства. Тако, ако се пође од одредбе чл. 8 шпанског Кривичног законика, која између осталог регулише и случајеве супсидијаритета, како би таква клаузула добила независан смисао у односу на остале принципе решења садржане у истом члану, наводи се да је потребно да дефинише преферентност једног правног концепта, уз искључење другог, али под условом да закон изричито одређује да је један од њих (супсидијарни) примењив онда када главна није.<sup>89</sup>

Такође, у литератури се истиче и још једна веома значајна функција поменутих клаузула, која се огледа у дефинисању смерница за утврђивање домашаја и опсега примене материјалног супсидијаритета.<sup>90</sup>

Према томе, питања оправданости ових клаузула, односно њиховог садржаја који би одговарао материјалној основи релације супсидијарности, може бити ограничавајући у оба правца, односно како у оквирима саме теорије привидног стицаја закона, где то пак не би довело до значајнијих правних последица, па све до односа са идеалним стицајем, што спада у проблематику поступка квалификације.

Ипак у одређењу овог принципа индивидуализације, полазећи од његове основне карактеристике, оличене у условној примењивости неког казненог типа, већинска доктрина указује на постојање како супсидијаритета утемељеног на интерпретацији, тако и оног који је условљен законом<sup>91</sup>, чиме се домашај релације супсидијарности проширује у два правца,

<sup>86</sup> Тако Биндинг. Вид. J. P. Matus Acuña (2000a), 309.

<sup>87</sup> *Ibid.*, 356. То је схватање немачког аутора Јагоша (*Jagusch*).

<sup>88</sup> *Ibid.*, 340 – 341. Полазећи од тога, Шнајдвин (*Schneidewin*) указује да је управо та чињеница имала за последицу тенденције јуриспруденције, оличене у задржавању могућности примене идеалног стицаја у описаним ситуацијама, односно онда када ове клаузуле нису остваривале ефекат разјашњавајуће функције и када је примена супсидијаритета доводила до контрадикторних последица, које нису биле у складу са смислом закона

<sup>89</sup> J. P. Matus Acuña (2005), 473.

<sup>90</sup> *Ibid.*, 471. Тако, истиче се и да је немачки теоретичар Хониг, приликом дефинисања карактеристика материјалног супсидијаритета, као метод применио управо анализу изричитих клаузула супсидијаритета у немачком Кривичном законнику из 1871. године.

<sup>91</sup> J. J. Hernández Sánchez, 51; J. P. Matus Acuña (2000a), 356; C. Roxin (2014), 1004; M. A. Arce Aggeo, 173.

односно манифестује у формалној и материјалној димензији. У вези тога, истиче се да ће се једна правна фигура сматрати супсидијарном у односу на другу онда када закон изричито наводи њену условну примењивост, или пак када једна правна фигура улази у састав друге као њен конститутивни или поштравајући елемент, а не као типски деликт.<sup>92</sup>

Управо други део оваквог одређења указује на суштину материјалног супсидијаритета, чији су фактори констатације условљени својеврсном зависношћу између две инкриминације.

Тако и представник класичног система, Биндинг, диференцира две врсте супсидијаритета, означавајући их као изрицити супсидијаритет и „прећутни“ супсидијаритет, али на специфичан начин одређује диференцијацију између поменутих облика, што може бити релевантно за анализу материјалне димензије релације супсидијарности. Наиме, под изрицитим супсидијаритетом, подразумева случајеве када једна радња не повлачи за собом одређену казнену претњу, онда када постоји друга, тежа или чак лакша законска норма, док у другом случају, супсидијаритет постоји онда када одређена радња не проузрокује додатну казнену претњу, од оне која је успостављена најтежом предвиђеном инкриминацијом.<sup>93</sup> И у једном и у другом случају се заправо ради о истицању фактора довољности санкције предвиђене примарном нормом да обухвати невредност дела, с тим што се у првом случају успоставља дискреционо право законодавца да одреди какав ће однос имати једна казнена претензија у односу на другу. То указује да се, за разлику од специјалитета, где се говори о концептуалној обухватности, утемељеној на самом домашају законских описа, код супсидијаритета уноси вредносна процена домашаја једне казнене претње у односу на другу, по основу њиховог интензитета у односу на повреду правног добра. Ово подразумева пре свега деловање у складу са фундаменталним принципима института привидног стицаја закона, који се тичу како поштовања забране двоструког вредновања, тако и остваривања сврхе кажњавања у домену превенције и ретрибуције. Јасно је да су ови циљеви наглашени како код изрицитог, тако и код материјалног супсидијаритета, те се клаузуле супсидијаритета појављују управо у функцији њихове апсолутне заштите, тамо где је очигледно неопходна таква интервенција, ради избегавања евентуалних дилема у примени, до којих може доћи због специфичности законодавне технике.

То нас наводи на закључак да у случају изрицитог супсидијаритета, више него код осталих правила преферентности, долази до наглашавања управо наведених суштинских поставки института привидног стицаја закона, те да иако можда немају особену материјалну садржину супсидијарности, посредно је изводе управо из поменутих општих начела. Из тог разлога смо их и означили као један од фактора законске утемељености института.

Прихватање традиционалне поделе на две основне врсте супсидијаритета – изрицити (формални) и материјални, уско је повезано са питањем његовог домашаја, али и са диференцирањем облика стицаја закона заснованих на јединству и плуралитету радњи. На тај начин се заокружују и феноменолошки облици који настају као резултат операционализације поменуте класификације, иако се са правом може рећи да је утврђивање појавних манифестација института на основу суштинског садржаја прећутног

---

<sup>92</sup> S. Soler, 225 – 226. Солер употребљава јасан критеријум дистинкције између ове две врсте супсидијаритета, те стога наводи да је једна правна фигура супсидијарна у односу на другу онда када закон прописује да је њена примена условљена тиме да се не примењује нека друга правна фигура (изрицити супсидијаритет), или пак када једна правна фигура улази у композицију неке друге, али само као један њен елемент, односно отежавајућа околност, а не као типично језгро (прећутни супсидијаритет). Вид. и M. A. Agge, 174.

<sup>93</sup> Вид. J. P. Matus Асиња (2000a), 308 – 309. Када је у питању конфигурација клаузуле супсидијаритета, Биндинг указује на формулације засноване на изузимању оних случајева када је примењива тежа казна, мада би, по његовом гледишту, она могла да се односи и на законску норму која предвиђа блажу казну. Ово би се могло хипотетички замислити, али је пак непримењиво у данашњој законодавној регулативи.

супсидијаритета једно од најкомплекснијих питања у оквиру целокупне проблематике стицаја закона.

Стога је и утврђивање таквог садржаја релације супсидијарности, више феноменолошко питање, утемељено на егземплификацији, односно покушајима да се навођењем конкретних примера обухвате све могуће манифестације ове релације. Тај циљ се у мањој или већој мери може постићи, у зависности од конкретног законодавства. То нарочито важи за изричити супсидијаритет, где је могуће таксативно одређење случајева где је законодавац применио ово правило преферентности. У нашем законодавству не постоји велики број оваквих клаузула, тако да се може говорити и о потпуној феноменолошкој категоризацији. С друге стране, код прећутног супсидијаритета се до ових закључака долази применом интерпретације, мада се могу издвојити и одређене категоризације, у односу на релације између општих института кривичног права.

Међутим, иако би се у одређеним случајевима могло рећи да поједине клаузуле заправо поседују особености специјалитета, њихово прихватање као манифестације супсидијаритета, поред испуњења већ поменутих претпоставки у основи овог принципа решења (условна примењивост, већи степен повреде одређеног правног добра, оличен у тежој санкцији за примарно дело) треба посматрати и са аспекта сврхе коју је законодавац желео да постигне њиховим прописивањем, а то је управо, да избегавајући одређена понављања, односно путем специфичне законодавне технике, детерминише резервни карактер одређене правне норме, а не њено искључење. Осим тога, овако дефинисан однос између две инкриминације, није у потпуности лишен одговарајуће материјалне повезаности, будући да је најчешће реч о сродним инкриминацијама, које и по природи ствари подразумевају својеврсно степеновање утицаја на правно добро. Ипак, не би требало дозволити превелики број оваквих клаузула, који би пореметио постојеће релационе споне између инкриминација посебног дела кривичног права, односно вештачки формулисати суштинска материјална оправдања супсидијарности помоћу формалистичких метода, што би довело, између осталог, и до нарушавања основних фундаменталних принципа института привидног стицаја закона, али и теорије стицаја.

У сваком случају, поменуте клаузуле условне примењивости детерминишу правило преферентности у случајевима изричитог супсидијаритета, и чине материјални садржај ове варијанте његовог испољавања.

### 2.3.2. Домашај прећутног супсидијаритета

За разлику од изричитог супсидијаритета, где се супсидијарност манифестује у интерференцији по основу интервенције законодавца, и има свој особени материјални садржај, оличен у поменутих фундаменталним начелима института привидног стицаја закона, домашај ове релације код прећутног супсидијаритета, заснива се на интерпретацији више правних концепата<sup>94</sup>, односно на интерференцији по основу прогресије.

Осим тога, као релевантан фактор утицаја на одређење опсега његове примене, јавља се домашај института привидног стицаја закона са аспекта класификације на привидни идеални и привидни реални стицај, у зависности од фактора броја предузетих радњи, што проистиче из саме природе релација између две инкриминације, утемељених на својеврсном стадијумском карактеру њиховог испољавања.

Постоје незнатне разлике како у дефинисању, тако и ограничењу овако одређених услова супсидијарности, у зависности од тога да ли је реч о јединству или плуралитету

<sup>94</sup> М. А. Арсе Аггео, 173. У том смислу, наглашава се да се случајеви прећутног супсидијаритета детерминишу путем интерпретације. Вид. Е. Васигалуро (1999), 573.

радње у природном смислу. Прецизирање опсега наведене релације је од кључног значаја за успостављање разграничења од консумпције, будући да може доћи до извесних преклапања између два принципа у случајевима плуралитета радње, који се манифестују у виду самосталних кривичних дела. У том случају, начин на који је одређен домашај супсидијарности у материјалном смислу, појављује се као одлучујући критеријум категоризације појавних облика концепата означених као претходна некажњива дела. Стога, утврђивање домашаја супсидијаритета са аспекта који се односи на јединство – плуралитет радње је од кључног значаја за дефинисање садржаја његове материјалне димензије. При томе, већинска доктрина сматра да супсидијаритет може постојати и у случајевима јединства радње у стриктном смислу, како код његове изричите, тако и прећутне варијанте. То између осталог произлази и из самих репрезентативних примера привидног стицаја по овом основу.<sup>95</sup>

Поред тога, иако се то тиче првенствено проблематике односа између унитарних и диференцирајућих теорије, поједини аутори су настојали чак и да целокупну фигуру супсидијаритета искључе из стицаја закона, у посебну категорију означену као привидни реални стицај.<sup>96</sup> То не сматрамо исправним, нарочито имајући у виду да је с једне стране, граница између привидног идеалног и привидног реалног стицаја у оквиру јединственог института привидног стицаја закона, претежно формалистичког карактера, а поред тога и практично тешко одредива, с обзиром на специфично поимање јединства радње у теорији стицаја, док би с друге стране она била релевантна једино у системима који подразумевају диференцирано третирање идеалног и реалног стицаја. Стога, о привидном идеалном стицају у ширем смислу се може говорити и код супсидијаритета, односно како код његове изричите, тако и прећутне варијанте, где се манифестује у виду конструкције претходног некажњивог дела, која одговара одређеним облицима деликтне прогресије, под условом да се уклапају у релацију супсидијарности са њеног суштинског аспекта. Управо из тог разлога је битно одређење њеног материјалног садржаја, како би се поставила граница у односу на облике претходног некажњивог дела по основу консумпције, која се разликује по свом концептуалном основу, односно изостанку предетерминисаних односа између одређених правних концепата општег и посебног дела кривичног права. Последња констатација, по нашем мишљењу, представља суштину релације супсидијарности и од те хипотезе ћемо поћи у њеном додатном разјашњењу.

Још један аспект ограничења домашаја релације супсидијарности, тиче се његовог односа са другим принципима индивидуализације, тако да постоје и схватања према којима се под окриљем овог концепта обухватају и случајеви консумпције, што се доводи у везу са већ поменутиим гледиштем о релевантности само две врсте логичких релација у конфигурацији института привидног стицаја закона – субординације и интерференције.<sup>97</sup> Осим тога, поједини аутори су различите степене учешћа у делу сматрали чак и посебним обликом привидног стицаја закона.<sup>98</sup>

---

<sup>95</sup> Вид. С. Roxin (2014), 1003 – 1011; Е. Mezger, 346; З. Стојановић (2021), 305 – 306; З. Стојановић (2009), 15 – 16.

<sup>96</sup> Вид. Е. R. Zaffaroni, 564. Посебно се истиче концепција немачког аутора Мејера, који је правим случајевима супсидијаритета означавао само оне облике утемељене на плуралитету радње. При томе, дефинисао их је посредством више радњи, које се у закону налазе у таквом рангу, да једна остаје некажњена, уколико дође до кажњавања друге. С друге стране, сматрао је да ће у случајевима констатације јединства дела, постојати специјалитет или консумпција

<sup>97</sup> *Ibid.*, 565. У питању је Клугова концепција.

С друге стране, одређени аутори савремене немачке доктрине, такође прихватају генерални концепт супсидијаритета и његову класификацију, али му придају толико широк домашај да га проширују чак и на случајеве консумпције, као и тзв. сукажњива дела. Јасно је да се ради се о екстензивном поимању домашаја супсидијаритета. Вид. Ј. Р. Matus Асућа (2000а), 356.

<sup>98</sup> Ова хипотеза се везује за немачке ауторе Мејера и Томзена (*Thomsen*). Вид. Ј. Р. Matus Асућа (2000а), 323.



Међутим, са тим се не можемо сложити, имајући у виду да садржај супсидијарности, као што ћемо видети, није емпиријског карактера, већ почива на својеврсним предетерминисаним односима између фигура општег и посебног дела кривичног права, тако да су оне повезане околношћу да представљају *степеновање у деловању учиниоца на правно добро, које по природи ствари произлази из начина концептирања ових правних феномена од стране законодавца.*

За констатацију релације супсидијаритета сматрамо најадекватнијим критеријум из шпанске доктрине, који се помиње у контексту поређења његовог односа са консумпцијом, у случајевима плуралитета радње. Наиме, ради се истицању постојања релације „*minus – tatus*“ (од мањег ка вишем) у односу на повреду истог правног добра, које се могу манифестовати на неколико нивоа, укључујући односе између припремних радњи и извршења, транзитне деликте, интензитет учешћа у извршењу, или пак у појединим формама реализације деликата квантификованих са субјективног или објективног аспекта.<sup>99</sup>

Пре свега, у погледу логичке утемељености поменутог принципа, он се заснива на релацији интерференције између две законске норме, што указује да се утврђивање преферентности, односно примарне и супсидијарне норме не може вршити у складу са критеријумом концептуалне обухватности, на нивоу самих законских описа. Наиме, интерференција не функционише по основу таквог „затварања“ једног законског описа другим, што истовремено имплицира да супсидијарна норма није у потпуности одбачена, већ само интерферентна по основу кажњивости друге.<sup>100</sup> Ова релација подразумева да један конкретни случај који се може подвести под једну законску норму, такође потпада и под другу, односно да барем један конкретни случај који се може подвести под прву, не може под другу норму и обрнуто.<sup>101</sup>

Тако дефинисана логичка структура има свој садржај у деликтној прогресији која се може испољити на различитим нивоима. Такав закључак проистиче управо из анализе појединих доктринарних дефиниција супсидијаритета, као и примера његовог феноменолошког испољавања, који најчешће прате те дефиниције.

Може се рећи да је једно од најсложенијих питања у материји привидног стицаја закона, управо дефинисање релације прећутног супсидијаритета, што је уско повезано и са теоријама домашајама овог института (због релација са стадијумима извршења неког кривичног дела). Ради се наиме о једином принципу који диференцира, односно издваја категорије где постоји својеврсни стицај између различитих облика реализације једног истог кривичног дела, тачније, који спаја одређене институте општег и посебног дела кривичног права.

Стога, у литератури се указује да један закон има супсидијарни карактер у односу на други онда када оба описују различите степене или стадијуме повреде истог правног добра, што доводи до тога да садржај секундарне диспозиције бива апсорбован примарном.<sup>102</sup> Такође, у складу са Хониговом дефиницијом, различите правне позиције штите исто правно добро у различитим стадијумима напада, при чему се као преферентан законски тип појављује онај са већим интензитетом утицаја на правно добро, на тај начин да чини интерферентном неку другу правну фигуру, која осликава напад мањег интензитета.<sup>103</sup>

<sup>99</sup> J. Cuello Contreras (2009), 679 – 680.

<sup>100</sup> E. R. Zaffaroni, 565.

<sup>101</sup> S. Politoff, J. P. Matus, M. C. Ramírez, 459.

<sup>102</sup> L. J. Asua, 147. Овај критеријум се истиче и у домаћој доктрини, паралелно са супсидијарношћу у случајевима различитих интензитета напада на исто правно добро. Вид. И. Вуковић (2022), 345.

<sup>103</sup> M. A. Arce Aggeo, 173. Осим тога, указује се да је концепт материјалног супсидијаритета, базиран на идеји да су „ближи“ степени утицаја на неко правно добро, преферентни у односу на „даље“, карактеристичан за немачку доктрину, наишао на недоследности, са аспекта правила наведеног у шпанском законодавству. То је чак довело до тога да се под окриљем овакве дефиниције, критикује чак и потенцијал

Релевантна је и дефиниција према којој примарни законски тип представља тежи и прогресивнији утицај на правно добро у односу на супсидијарни, због чега и треба да буде вишег казненог интензитета.<sup>104</sup> Слично томе, принцип супсидијаритета се одређује као случај када привидно конкуришуће норме описују степене или различите стадијуме повреде одређеног правног добра, при чему се диспозиција која установљава већу повреду правног добра, сматра примарном у односу на другу.<sup>105</sup>

Међутим, иако углавном постоји сагласност теоретичара у погледу наведених општих услова који указују на супсидијарни карактер одређене инкриминације, до закључака о садржају материјалне димензије, може се доћи искључиво на основу анализе феноменолошке димензије, односно примера који се наводе приликом образложења поменутих услова.

Тако, према Мецгеру, супсидијаритет постоји онда када се неки закон примењује као помоћни, наглашавајући да то може бити изричито предвиђено самом диспозицијом, или пак произлазити из интерпретације, при чему наводи конкретне примере његове манифестације, истичући да поменута релација постоји између деликата опасности и повреде, као и између покушаја и довршења, других облика учешћа у делу и извршилаштва, односно између лакших и тежих облика саучесништва.<sup>106</sup>

Такође, у складу са Хониговом концепцијом, релација супсидијаритета нужно подразумева плуралитет радње, али је он ограничен само на ситуације када је једна радња припремни акт за реализацију друге, односно само средство за реализацију циља, с тим што захтева и да буде испуњен услов да су обе норме усмерене ка заштити истог правног добра у различитим стадијумима напада. Тиме се, у складу са овом концепцијом, супсидијаритет ограничава на различите степене реализације истог деликта: 1) релација између покушаја и довршења; 2) релација између припремних радњи предвиђених као посебно кривично дело и довршеног дела или његовог покушаја, а уводи се и категорија тзв. транзитних деликата, који представљају један од корака за реализацију другог.<sup>107</sup>

И у судској пракси се истиче да привидни идеални стицај по основу супсидијаритета постоји онда када извршилац једном радњом остварује обележја два кривична дела, при чему је једно од њих послужило да се изврши друго.<sup>108</sup>

На основу тога, може се рећи да долазе до изражаја и фундаментални принципи института привидног стицаја закона, пре свега основни захтев о довољности једне норме да у потпуности обухвати садржај невредности дела. Према томе, и материјални супсидијаритет, баш као и изричито, није лишен утицаја вредносне оцене, утемељене на основним начелима

---

одређених (изричитих) клаузула супсидијаритета да замене редовна стицајна правила. Вид. J. P. Matus Асуња (2005), 471.

<sup>104</sup> J. D. J. Restrepo, 21.

<sup>105</sup> H. G. Maldonado, 178 – 179. Секундарна норма се означава и као помоћна, зато што се примењује једино уколико није дошло до примене прве, односно како би се спречило да остану некажњене радње и пропуштања који су потенцијално ризични по правно добро. Вид. и R. Plascencia Villanueva, 238.

<sup>106</sup> E. Mezger, 346.

<sup>107</sup> J. P. Matus Асуња (2000a), 324 – 325. Ови облици који су остали спорни (деликти конкретне опасности наспрам довршених, као и различите форме учешћа у деликту), према Хонигу, спадају у консумпцију. Ипак, истиче се да ово схватање није било једногласно прихваћено у доктрини.

Слично томе, Роксин указује на следећу класификацију материјалног супсидијаритета – 1) припремни акти који су предвиђени као посебна кривична дела (аутономна); 2) транзитне (медијалне – средишње) фазе које воде ка деликту повреде; 3) мање интензивни облици напада у релацији са интензивнијим облицима довођења у опасност, или повредама истог правног добра. Вид. С. Roxin (2014), 1007.

Исто тако, у немачкој доктрини се у категорију претходних некажњивих дела, која се сматрају одразом принципа супсидијаритета, сврстава и супсидијарност припремних радњи наспрам покушаја и довршења, односно подстрекавања наспрам непосредног извршилаштва. Вид. J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 333.

<sup>108</sup> Пресуда Врховног касационог суда Кзз 627/2017 од 27.06.2017. године.

института, односно критеријума дистинкције од идеалног стицаја. Управо се по томе његова правна природа разликује од садржаја релације специјалности, која највећим делом функционише у оквиру логичко–правног вредновања на нивоу законских описа бића кривичних дела.

Осим тога, за супсидијаритет је карактеристично да се његова констатација темељи на околности да се примарним делом не мора у потпуности обухватити штићена вредност супсидијарног дела, односно дозвољава се да таква заштита буде само парцијална<sup>109</sup>, што се не може замислити код специјалитета. Управо таква особина супсидијаритета, указује на његово специфично позиционирање у теорији привидног стицаја закона.

Исто тако, у дефинисању релације супсидијарности, Бачић полази од феноменолошког приступа, указујући на све могуће ситуације код којих постоји такав однос, у складу са концептом интерференције, што подразумева: однос између различитих облика учешћа у делу, односно форми саучесништва, однос између покушаја и довршеног кривичног дела, однос између различитих облика угрожавања правног добра (конкретно и апстрактно) и угрожавања (конкретног) и повреде.<sup>110</sup>

Поред доктринарних одређења, смернице у дефинисању супсидијаритета, треба тражити и у одговарајућим регулаторним одредбама, уколико оне постоје у конкретном законодавству. Тако, у складу са одредбама чл. 8 шпанског Кривичног законика, у случају релације супсидијаритета, одређени концепт (супсидијарни) се примењује само уколико није могућа примена другог (главног). Међутим, баш као и код одредби које регулишу остале принципе решења, не говори се ништа о условима примене супсидијаритета, тако да је практична релевантност наведене диспозиције, ограничена само на прихватање у најопштијем смислу принципа супсидијаритета као релевантне правне категорије, односно као особеног случаја стицаја закона. Самим тим, то указује на недовољну оперативност оваквих одредби.

У вези тога се и у шпанској доктрини јављају критике овакве диспозиције, које се манифестују у препуштању одлуке о преферентности арбитражном тумачењу суда, односно у наглашавању њеног чисто дескриптивног карактера.<sup>111</sup>

Тешкоће у постављању критеријума утврђивања садржаја релације супсидијаритета, поред неодређености и непрецизности у теорији и законодавству, условљене су и околношћу да су услови постојања супсидијаритета варирали у различитим историјским периодима развоја теорије привидног стицаја закона. При томе су се заснивали на следећим варијабилним факторима: 1) услов плуралитета дела; 2) управљеност ка заштити истог правног добра; 3) различити интензитети напада на исто добро, односно различити стадијуми.<sup>112</sup>

Ипак, несумњиво је да се његов суштински садржај заснива на концептима испољавања различитих стадијума и интензитета у повреди одређеног правног добра, као и да се исти могу довести у везу са фундаменталним принципима привидног стицаја закона, пре свега потпуним обухватањем невредности дела и јединством штићеног правног добра.

На основу анализе релевантних дефиниција у доктрини, могу се препознати општа образложења преферентности једне законске норме, а самим тим и области феноменолошког испољавања супсидијаритета које сматрамо релевантним за утврђивање фактора супсидијарности: 1) елемент прогресивног утицаја на одређено правно добро са аспекта

<sup>109</sup> Н. Делић (2017), 60.

<sup>110</sup> Ф. Бачић (1995), 313.

<sup>111</sup> J. P. Matus Асуџа (2005), 471. Ипак, указује се да по природи ствари, друго, јасније одређење овог концепта и не би било могуће, будући да би у сваком случају, све његове дефиниције биле таутолошког карактера и сводиле се на констатацију да је супсидијарна она норма која није преферентна.

<sup>112</sup> Тако Мејер и Хониг. Вид. J. P. Matus Асуџа (2000а), 323 – 324.

стадијума реализације; 2) интензитет повреде неког правног добра; 3) транзитни карактер одређених деликата; 4) степени учешћа у делу; 5) интензитет субјективног елемента; 6) начин предузимања радње извршења.<sup>113</sup>

У најопштијем смислу, могло би се говорити о стадијумско–вредносним критеријумима, који важе у обрнутом смеру, јер поједини стадијуми представљају истовремено и већи интензитет повреде правног добра, баш као што се и неке манифестације где се наглашава интензитет повреде, истовремено могу посматрати и као њени стадијуми.

### 2.3.3. Фактори супсидијарности

На основу изнетих карактеристика и параметара материјалне димензије супсидијаритета као принципа индивидуализације, може се издвојити скуп фактора на основу којих се решава сукоб између две законске норме, односно утврђује правило преферентности на основу релације супсидијарности.

Примена максиме *lex primaria derogat legi subsidiariae*, условљава претходно дефинисање претпоставки на којима се заснива условна примењивост једног законског описа у односу на други. Оквири у којима се такав поступак спроводи, превазилазе логичко–формални однос и подразумевају разматрање одговарајућих односа вредносног карактера у конкретном случају. Супсидијарност једне норме, за разлику од специјалитета, није утемељена искључиво на тумачењу обележја самих законских описа и њихових стриктно логичких релација, односно превазилази ниво концептуалне обухватности. То је у складу са природом релације интерференције, која у овом случају функционише, не по основу „затварања“ типичности, већ по основу прогресије, односно супсидијарне примењивости одређеног законског описа.<sup>114</sup> Пре свега, са апстрактне тачке гледишта, однос између две норме које штите истоветно правно добро, карактерише њихово делимично преклапање, односно поседовање заједничког језгра, али истовремено и одређених самосталних обележја која се не поклапају.

Тако, супсидијаритет се дефинише као правно–вредносни феномен, а дејствује онда када се законски опис који одговара интензивнијој повреди правног добра, налази у односу интерференције у односу на добро вишег нивоа.<sup>115</sup> У домаћој литератури се закључак о супсидијарности једне норме у односу на другу углавном доводи у везу са околношћу да она представља ранији стадијум другог проузроковања<sup>116</sup>, односно да то произлази из природе и

<sup>113</sup> Вид. А. Ј. Sanz Morán, 10 – 11; Ј. D. J. Restrepo, 24.

<sup>114</sup> E. R. Zaffaroni, 565.

<sup>115</sup> A. J. D'Alessio *et al.*, 596. У доктрини се интерференција у прогресији дефинише као случај када кажњивост једне фазе у извршењу, која је напреднија у односу на претходне, покрива типичност истих. То обухвата интерференцију покушаја са довршењем, односно интерферентност кажњивог припремног акта са покушајем или довршеним делом. Вид. J. J. Hernández Sánchez, 51.

Релацију интерференције између два правна концепта, карактерише правило да се барем један конкретан случај који се може подвести под неки од њих, такође може сврстати и под други, и обрнуто. При томе се као услов поставља да оба концепта имају најмање једну заједничку правно релевантну карактеристику. Вид. J. P. Matus Acuña (2005), 475.

<sup>116</sup> М. Радовановић, 172; Ј. Таховић (1961), 262. Као пример ових релација, Таховић наводи однос између кривичног дела довођења у опасност општеопасном радњом и тешких дела против опште сигурности људи и имовине, као и учествовања у тучи, наспрам убиства, односно тешких телесних повреда.

То може бити случај и са различитим облицима истог кривичног дела, чија су обележја формулисана управо на темељу прогресије у погледу напада на исти заштитни објекат, попут неовлашћеног прислушкивања и снимања из чл. 143 КЗ, где остваривање облика из ст. 2 (омогућавање непозваном лицу да се упозна са разговором, изјавом или саопштењем), као носилац квалификације, потискује инкриминацију из ст. 1 (неовлашћено прислушкивање и снимање), која јој по природи претходи. Вид. И. Вуковић, „Неовлашћено прислушкивање и снимање као кривично дело (чл. 143 Кривичног законика)“, *Казнена реакција у Србији, XI deo* (ур. Ђ. Игњатовић), Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2021, 148.

односа бића кривичних дела<sup>117</sup>, чему се додаје још и фактор интензивнијег или пак екстензивнијег утицаја на штићено правно добро.<sup>118</sup>

Фактор прогресије у остваривању крајње последице, односно стадијумски карактер у реализацији одређене инкриминације, утемељен на њиховој сукцесивној реализацији са временског аспекта, истиче се и као главни услов постојања супсидијаритета у домаћој доктрини, паралелно са допунским критеријумом, оличеним у правилу да се привидно (претходно) кривично дело појављује као природно средство за реализацију главне инкриминације, због чега се не може извршити након њега.<sup>119</sup> Иако сматрамо да су фактори успостављања супсидијарности знатно ширег карактера, од овог правила бисмо могли поћи у утврђивању правне природе дистинкције између прогресије која карактерише супсидијаритет и оне која је својствена консумпцији. Наиме, у случају консумпције, не постоји природна детерминисаност односа између претходне и накнадне фазе у реализацији забрањеног понашања, будући да је она емпиријског карактера и условљена вредносном оценом у конкретном случају.

У решавање конфликта, уплићу се фактори аксиолошког карактера, који су у конкретном случају одређени као прогресија повреде истоветног правног добра, при чему се она испољава на неколико нивоа: 1) *стадијумски, односно фазни карактер утицаја на правно добро (криминална прогресија)*; 2) *степеновање интензитета повреде која се наноси правном добру*; 3) *интензитет облика учешћа у делу*; 4) *интензитет форми реализације, који може бити субјективног или објективног карактера*.

Важно је напоменути да се поменути фактори односе како на случајеве јединства, тако и плуралитета радњи у природном смислу, односно могу се манифестовати како у облику привидног идеалног, тако и привидног реалног стицаја, при чему је релевантно једино да ли испуњавају суштинске претпоставке релације супсидијарности, по којима се она индивидуализује у односу на релације карактеристичне за остале принципе решења. С обзиром на истицање прогресивног карактера повреде одређеног правног добра, јасно је да ће се у највећем броју случајева радити о више индивидуалних радњи у природном смислу, које морају испуњавати већ поменуте услове финалистичко – нормативног јединства и одговарајуће временске континуираности, релевантне за повезивање узастопних стадијума. У супротном, остварују се претпоставке примене одговарајућег облика аутентичног стицаја. Наиме, управо у овом сегменту долазе до изражаја комплексни аспекти односа између привидног идеалног и привидног реалног стицаја, као и начин њиховог разграничења у поступку квалификације, којима смо се детаљно посветили у одговарајућем поглављу, на општем плану. Њихова практична примењивост у склопу супсидијаритета као правила преференције, добија своју оперативност на плану примене конструкције претходног некажњивог дела.

Имајући у виду овај формалистички, као и услов истоветности правног добра, у области процене фактора прогресивног утицаја, долази до изражаја већ поменуто правило релације *minus – maius*, на основу које се утврђује супсидијарност одређене норме. Наиме, она ће увек бити условљена позицијом мањег интензитета у односу на примарну, односно имаће карактер ранијег стадијума, слабијег интензитета повреде, лакшег облика саучесништва, односно оригинарно слабијих форми реализације.

У складу са тим правилом, у односу на конкретне феноменолошке манифестације, утврђивање преферентности ће се вршити у складу са следећим критеријумима: 1)

<sup>117</sup> З. Стојановић (2009), 15.

<sup>118</sup> Тако, даје се предност оном кривичном делу које представља интензивнији облик напада на истоветно правно добро (супсидијарност по основу интензитета), или пак обезбеђује заштиту још неком, додатном правном добру (супсидијаритет по основу екстензивности). Вид. З. Стојановић (2021), 306.

<sup>119</sup> Ђ. Лазин, 88 – 89. Лазин у том смислу, као основни критеријум, наводи и околност да се претходни стадијум не може извршити након главне инкриминације, што упућује на његов зависни карактер.

*степеновање стадијума* – примарна ће бити она законска норма која се манифестовала као довршено кривично дело, наспрам кажњивог покушаја, односно она која се манифестовала као довршено кривично дело, наспрам кажњивих припремних радњи или пак она која се манифестовала у виду кажњивог покушаја, наспрам кажњивих припремних радњи; 2) *степеновање интензитета повреде* – примарна ће бити она норма која је у односу на конкретно правно добро довела до његове повреде, наспрам оне која се манифестовала кроз остварење обележја кривичног дела конкретне опасности у односу на исто, односно примарна ће бити она норма која је у односу на конкретно правно добро довела до остварења обележја кривичног дела конкретне опасности, наспрам оне која се манифестовала кроз инкриминацију апстрактне опасности; 3) *транзитни деликти* – по својој природи се ограничавају на специфичан однос између наношења телесних повреда и убиства, ако се у натуралистичком смислу прихвати да се повреде јављају као нужно средство за извршење убиства, односно његова претходна фаза, мада може бити спорно решавање правила преферентности између ова два кривична дела у складу са принципом супсидијаритета онда када убиство остане у покушају; 4) *интензитет учешћа у делу* – лакши облици саучесништва су супсидијарни у односу на теже, као и у односу на извршилаштво, у складу са њиховим степеновањем; 5) *интензитет форми реализације дела* – нехат је супсидијаран у односу на умишљај (субјективни фактори), односно нечињење је супсидијарно у односу на чињење (објективни фактори).

Поред тога, из анализе оваквих односа између две норме у конфликту, произлази још и да ће по правилу примарна норма у случајевима прећутног супсидијаритета подразумевати тежу казну, што је у складу са природним степеновањем вредновања поменутих концепата у конкретном законодавству.

То је уско повезано са још једним захтевом који сматрамо кључним за разграничење супсидијаритета од консумпције, али и за констатацију релације супсидијарности у поменутих случајевима, а то је да се код наведених облика прогресије, остаје у оквирима исте врсте напада, односно већи степен утицаја се манифестује у истоветној финалистичкој управљености таквог напада. Иначе, Лазин овај услов формулише као захтев да секундарна норма буде природно средство за реализацију примарне.<sup>120</sup>

По нашем мишљењу то треба тумачити као такву правну природу супсидијарне норме, која је на једном општем, систематском нивоу, приликом саме систематизације концепата општег и посебног дела кривичног права од стране законодавца, објективно одређена као нужна претходница, односно концепт мањег ранга у односу на примарну норму. Ово најбоље долази до изражаја на примеру односа између покушаја и довршеног кривичног дела, где је по природи ствари, у прерасподели функција правних фигура, он детерминисан као претходна фаза, односно повреда мањег интензитета у односу на довршено кривично дело.

Према томе, концептуална прогресија код супсидијарности се испољава у стадијуму или интензитету манифестације правних концепата, чији су односи имплицитно или експлицитно детерминисани у самим одредбама општег и посебног дела кривичног права. Тако, на пример, приликом прописивања кривичних дела конкретне опасности, претпоставља се да је законодавац имао у виду њихов однос са кривичним делима повреде у погледу степеновања невредности.

Управо по овоме се супсидијаритет разликује од консумпције, где таква релација није оригиналног, већ емпиријског карактера, односно не почива на претпостављеним релационим односима између категорија на којима се заснива подела општих института у кривичном праву, већ је условљена околностима конкретног случаја и има наглашену вредносну компоненту у склопу деловања принципа безначајности.

<sup>120</sup> Вид. *Ibid.*, 89. Тако и Љ. Лазаревић (2011), 284.

У оквирима овако формулисаног значења концепата који чине суштинске елементе принципа супсидијаритета, поступак решавања правила преферентности је заснован на примени методолошког поступка интерпретације, како би се утврдило да су испуњени сви претходно наведени услови. Наиме, у том погледу је релевантна констатација да се закључак о прећутном супсидијаритету мора донети применом интерпретативног приступа, у складу са правилом да релација између два казнена типа мора бити таква да искључи квалификацију аутентичног стицаја, што ће бити случај онда када један од казних типова представља само проширење заштите неког правног добра у односу на претходне стадијуме његове повреде.<sup>121</sup> То истовремено имплицира и значај уважавања вредносних фактора, односно критеријума диференцијације у односу на стицај кривичних дела. У том смислу и Стојановић указује да релација супсидијаритета произлази из природе и односа бића кривичних дела.<sup>122</sup>

Такође, у вези поступка решавања конфликта између две законске норме, истиче се значај анализе њиховог међусобног односа. Тако, Лазаревић указује да се конфликт решава на основу правила *lex primaria derogat legi subsidiariae*, те да је његова примена условљена дефинисањем саме релације супсидијаритета, наглашавајући значај параметра да је једно кривично дело средство за извршење другог, као и условљеност квалификације околностима конкретног случаја.<sup>123</sup>

Са методолошког аспекта, у одређеним случајевима се примена супсидијаритета доводи у везу са претходним искључењем могућности примене специјалитета или консумпције. Тако, релевантна је дефиниција немачког аутора Шмита, који релацију супсидијаритета везује за случајеве када један од више реализованих законских описа већ обухвата у потпуности садржај невредности, кривице и опасности, у ком случају се остали законски типови појављују као супсидијарни, под условом да нису искључени путем релација специјалитета или консумпције.<sup>124</sup>

У литератури се говори и о одређеним корацима у поступку утврђивања преферентности код супсидијаритета. Тако, као репрезентативна се може навести Јешекова класификација, која подразумева утврђивање следећих претпоставки: 1) реализација једне радње од стране учиниоца, која се може подвести под законски опис две интерферентне норме првог нивоа или пак реализација две радње које се могу подвести под две норме првог нивоа; 2) испуњеност услова кажњивости (одговорности) за сваку од примењивих норми; 3) обухватање различитих природних секвенци напада на одређено правно добро у односу на обе норме, или пак услов да обе норме у свом законском опису предвиђају различите форме напада на исто правно добро; 4) обухватање невредности реализованих радњи ексклузивном нормом (односи се само на плуралитет радње).<sup>125</sup> Уочава се да се критеријум обухватања невредности дела нарочито истиче код случајева плуралитета радње, што је условљено захтевом да се код претходних некажњивих дела као облика криминалне прогресије, узму у обзир одговарајући додатни вредносни фактори.

---

<sup>121</sup> Е. Васигалупо (1999), 573.

<sup>122</sup> З. Стојановић (2009), 15.

<sup>123</sup> Љ. Лазаревић (2011), 284. У односу на друге услове, наглашава се истоветност активног субјекта. Тако, наводећи конкретан пример односа између кривичних дела која се односе на прављење лажне исправе и њену употребу, Лазаревић указује на условљеност релације супсидијаритета околностима конкретног случаја, уз истицање фактора истоветности активног субјекта. Стога, напомиње да ће супсидијаритет постојати само ако је лице које је употребило лажну исправу, претходно и направило исту.

То је став који се заступа и у судској пракси. Вид. Пресуда Окружног суда у Нишу К. 58/06, *Билтен судске праксе Окружног суда у Нишу* 24/2007. У поменутој пресуди се наглашава да учинилац, по основу супсидијаритета, одговара само за једно, примарно дело, уколико најпре направи лажну исправу, а потом је употреби.

<sup>124</sup> J. C. Contreras (1979b), 468.

<sup>125</sup> J. C. Moliné, 45 – 56.

У складу са наведеним резоновањем, могло би се, на пример, рећи да је прибављање средстава за фалсификовање новца, као посебно кажњива припремна радња, супсидијарно у односу на само фалсификовање, имајући у виду да је циљ законодавца био да инкриминише такву припремну радњу само под условом да не дође до реализације главног дела (предетерминисаност односа), те да две инкриминације штите исто правно добро, а да је једна претходни стадијум његове повреде. Имајући у виду испуњеност свих поменутих услова, може се рећи да у поступку утврђивања преферентности важи правило *lex primaria derogat legi subsidiariae*.

Међутим, тај услов, на пример, неће бити испуњен уколико је реализовано неко кривично дело апстрактне опасности у функцији заштите одређеног колективног правног добра, а уз то је дошло и до повреде другог личног правног добра, будући да спону стадијумског карактера, односно прогресију интензитета утицаја, раскида околност да није реч о истим правним добрима којима се пружа заштита путем две инкриминације. На тај начин долази до изражаја критеријум који се у доктрини помиње и као предуслов констатације супсидијаритета, а односи се на идентитет штићеног правног добра.<sup>126</sup>

У том смислу, релевантан је један од најрепрезентативнијих примера у литератури – случај предузетника који наведе своје раднике да обављају послове, излажући их могућностима проузроковања повреде на раду, а до тога и дође у једној прилици. Постоје у том случају две примењиве норме, од којих је једна довођење у опасност (конкретну), а друга повреда проузрокована из нехата. Ако би се обе примениле, дошло би до кршења забране двоструког вредновања, односно до двоструког вредновања ризика.<sup>127</sup> У овом случају, до изражаја долази наглашавање утицаја фундаменталних принципа института привидног стицаја закона, односно критеријума диференцијације, што указује да се релација супсидијаритета нужно заснива на одговарајућим вредносним критеријумима.

Исто тако, постојаће консумпција, а не супсидијаритет, код оних манифестација претходног некажњивог дела (у ужем смислу), које подразумевају да је претходно некажњиво дело средство за извршење каснијег у конкретном случају, а самим тим и својеврсни претходни стадијум, уколико у односу између њега и каснијег дела не важе правила о оригинарној предетерминисаности њихових релационих односа на апстрактном плану.

У погледу фактора тежине супсидијарне норме, иако ће у највећем броју случајева, имајући у виду саму природу релације супсидијаритета, примарна норма бити она која предвиђа тежу казну, то питање је предмет полемике у савременој доктрини и креће се од негирања, па до прихватања такве могућности.<sup>128</sup> Тако, указује се да се не може као одлучујући аргумент, сам по себи, прихватити околност мере казне предвиђене конкурентним правним фигурама, односно да неће увек имати предност она норма која предвиђа тежу казну. Стога се решавање проблема преферентности, препушта неким другим критеријумима, првенствено телеолошким, који омогућавају њено потврђивање.<sup>129</sup>

Иначе, Лазин генерално прихвата такву могућност, сматрајући да би у случајевима када је примарна норма лакша од супсидијарне, како би се остварили одговарајући

---

<sup>126</sup> G. Bascur Retamal (2019), 576 –577. Овај критеријум највише долази до изражаја код релација између деликата апстрактне опасности и деликата повреде, где ће квалификација идеалног или привидног идеалног стицаја бити условљена управо околношћу постојања идентитета штићеног правног добра.

<sup>127</sup> J. C. Moliné, 56 – 57.

<sup>128</sup> Вид. J. P. Matus Асуња (2000а), 356. Тако, Фоглер и Бауман захтевају да примарна буде увек она норма која је тежа. С друге стране, у немачкој доктрини се генерално прихвата и супротна могућност, односно да лакша инкриминација буде носилац квалификације по основу супсидијаритета.

<sup>129</sup> J. P. Matus Асуња (2005), 476.



криминално–политички циљеви, требало вредновати супсидијарно дело као отежавајућу околност.<sup>130</sup>

Иако се ради о спорном питању, чини нам се ипак да тежина конкретног кривичног дела није одлучујући критеријум за констатацију релације супсидијарности, те да би више пажње требало посветити телеолошком тумачењу осталих релевантних фактора. Међутим, у највећем броју случајева ће сама казна прописана за конкретно дело, указивати на већи интензитет повреде правног добра, а самим тим и представљати показатељ у избору преферентне норме. То још очигледније долази до изражаја код прогресије у реализацији забрањеног понашања, а може се закључити да представља директну последицу предетерминисаних односа између правних концепата у конкретном законодавству.

### 3. Феноменолошка димензија

Тешкоће у концептуалном одређењу супсидијаритета као принципа индивидуализације у теорији привидног стицаја закона, а нарочито проблематика утврђивања материјалног садржаја релације супсидијарности, условиле су и дилеме у погледу домаћаја његовог феноменолошког испољавања.

Пре свега, од самог почетка развоја института привидног стицаја закона, односно консолидације супсидијаритета као једног од принципа решења у класичним системима, постојале су извесне дискрепанције у класификацији и утврђивању случајева на које се односи, што се одразило и у преплитању са другим принципима решења. То је, између осталог, била последица и тенденција у немачкој доктрини, управљених ка раздвајању последица унитарних и диференцирајућих теорија, на основу критеријума броја предузетих радњи. Ово питање се код супсидијаритета нужно стављало у први план, имајући у виду да се основаност његове примене, како према првобитној Биндинговој концепцији, тако и према каснијим модификованим варијантама, доводила у везу, између осталог, и са различитим стадијумима повреде правног добра, наглашавајући фазни карактер предузетог понашања, а самим тим и својеврсни плуралитет индивидуалних аката. На тај начин, његова феноменолошка димензија се нашла у средишту супротстављања наведене две теорије, односно квалификације привидног идеалног и привидног реалног стицаја.

То је чак условило и настанак концепција о ограничењу његовог домаћаја само на случајеве таквих плуралитета радње, условљавајући на тај начин једну уску зону примене супсидијаритета у оквирима тзв. транзитних деликата, који су се сводили на односе довршеног кривичног дела са покушајем и припремним радњама.<sup>131</sup> Иако се таква концепција није одржала у савременој доктрини, ипак је задржала утицај на класификацију његових облика испољавања.

Феноменолошка димензија принципа супсидијаритета се може посматрати на два нивоа, што укључује и различите начине утврђивања садржаја релације супсидијарности. То се односи на његову класификацију на изричите (формални) и материјални (прећутни) супсидијаритет. У првом случају, број и врста „клаузула резерви“ за које се определио законодавац ће директно утицати на склоп појавних манифестација овог принципа. Из тога произлази једна битна карактеристика овог концепта, која се огледа у наглашавању значаја сврхе и улоге, приписане одређеним инкриминацијама од стране самог законодавца, односно њиховом међусобном односу, што се може сматрати и суштинском условљеношћу супсидијаритета.

<sup>130</sup> Ђ. Лазин, 90 – 91.

<sup>131</sup> Тако Хониг. Вид. J. P. Matus Асућа (2000а), 324 – 325.

Иако на другачији начин, ова правилност се испољава и на плану материјалног (прећутног) супсидијаритета, где је релација супсидијарности такође условљена тумачењем смисла и сврхе конкретних законских норми, на основу чега се, у недостатку суштинских материјалних критеријума, долази до закључка да је једна од њих супсидијарна у односу на другу.

Постоји велики утицај феноменолошке димензије, односно општеприхваћених облика испољавања на само дефинисање основних поставки супсидијаритета, које се изводе директно из таквих манифестација, што је и разлог зашто се утврђивање његовог материјалног садржаја, није могло раздвојити од овог аспекта.

Заправо, у доктрини предњаче одређења поменутог принципа заснована управо на наведеним факторима, односно примени метода егземплификације, што је и разумљиво с обзиром на непрецизност одредница попут различитих стадијума односно интензитета повреде правног добра, као његовог материјалног садржаја. Стога се и практични примери испољавања релације супсидијаритета, углавном поклапају са класификацијама и категоризацијама у теорији, иако се не може рећи да то важи у апсолутном смислу, имајући у виду њихову условљеност конкретним позитивноправним системом. Из тог разлога, ове класификације треба схватити искључиво као смернице у утврђивању постојања овог односа.

Приликом дефинисања феноменолошке димензије, поћи ћемо од две основне врсте супсидијаритета – изричитог и прећутног, уз напомену да је за разумевање суштине поменутог принципа индивидуализације, од кључног значаја начин на који је одређен опсег његове материјалне варијанте, као и критеријуми по којима се врши класификација конкретних облика испољавања исте.

### 3.1. Врсте супсидијаритета

Устоличење супсидијаритета као једног од принципа решења у теорији стицаја закона, било је везано за дистинкцију између његова два облика, у зависности од критеријума предвиђености у закону. Тако, представник класичног система, Биндинг упућује на поделу на изричит и прећутни супсидијаритет, при чему први доводи у везу са тзв. „клаузулама супсидијаритета“, а други са различитим стадијумима развоја заштите одређеног правног добра.<sup>132</sup> Ови облици супсидијаритета, означавају још и као формални и материјални<sup>133</sup>, апсолутни и релативни супсидијаритет<sup>134</sup>, односно имплицитни и експлицитни супсидијаритет<sup>135</sup>, а суштина њихове диференцијације темељи се управо на томе да ли је условна примењивост једног правног концепта изричито декларисана (формални), или пак произлази из интерпретације међусобног односа законских норми.

Ова класификација условљава и начин интерпретације релације супсидијаритета, која у складу са прихваћеним концепцијама у доктрини, код изричитог супсидијаритета проистиче директно из самог закона, док је у другом случају детерминисана интерпретацијом више од једног правног концепта.<sup>136</sup>

Самим тим, док је код изричитог супсидијаритета, феноменолошка димензија условљена бројем, односно врстом таквих регулаторних концепата у конкретном законодавству, прећутни супсидијаритет подразумева специфичан склоп појавних

<sup>132</sup> *Ibid.*, 310.

<sup>133</sup> З. Стојановић (2009), 15; И. Вуковић (2022), 344 – 345; R. Maurach, K. H. Gössel, H. Zipf (1978), 315.

<sup>134</sup> V. V. Henner Apfel, 20.

<sup>135</sup> S. Donato Messina, S. Messina, G. Spinnato, 237 – 238.

<sup>136</sup> M. A. Arce Aggeo, 173.

манифестација, које се класификују по различитим критеријумима, одлучујућим за утврђивање суштинских аспеката овог концепта.

Поменута диференцијација условљава и начин дефинисања принципа супсидијаритета, који је заснован управо на њиховом супротстављању, односно утврђивању дистинктивних карактеристика. Тако, према једној од дефиниција у литератури, правна фигура је супсидијарна у односу на другу онда када закон прописује да је њена примена условљена искључењем друге, што одговара концепцији изричитог супсидијаритета, или пак онда када улази у композицију те друге правне фигуре, као један од њених елемената, или отежавајућа околност, а не као типично језгро – прећутни супсидијаритет.<sup>137</sup> Већ се из оваквог одређења уочава да је основна карактеристика материјалног супсидијаритета оличена у постојању логичког односа интерференције, која чини суштински садржај релације супсидијарности и не захтева се код његове формалне варијанте, што указује да се аутономија поменутог принципа у односу на остале, изводи управо из овог његовог другог облика.

На основу наведеног, супсидијаритет се може одредити као условна примена неког правног концепта, утемељена на разлозима формалног карактера, или пак као манифестација интерферентног односа између две законске норме.

Подела заснована на околности да ли је релација супсидијаритета изражена директно законском одредбом, или пак проистиче из смисла и садржаја норми, задржана је у савременој доктрини<sup>138</sup>, иако су присутне и тенденције које иду у правцу негирања постојања материјалног супсидијаритета, уз аргументе да се сви случајеви обухваћени њиме могу решити применом осталих принципа (специјалитета, консумпције и алтернативитета).<sup>139</sup> Међутим, иако се сусрећемо са бројним проблемима у утврђивању његовог домашаја, односно неслагањима теоретичара по том питању, феноменологија прећутног супсидијаритета има одлучујући значај у формулисању суштинских аспеката овог принципа.

Уважавањем обе врсте супсидијаритета, заокружује се домашај феноменолошких облика који настају као резултат операционализације поменуте класификације, чије је прецизно одређивање једно од најкомплекснијих питања у оквиру целокупне проблематике (привидног) стицаја закона.

### 3.1.1. Изричити супсидијаритет

Већ смо приликом разматрања фундаменталних поставки привидног стицаја закона, указали на значај који у том пољу имају клаузуле супсидијаритета, чија се основна функција састоји и у утврђивању законске утемељености института, будући да представља један од ретких облика његовог регулисања, присутан у свим савременим законодавствима. У овом случају се супсидијарност једне законске норме темељи на одговарајућим нормативним основама, због чега се не јављају веће тешкоће у његовом препознавању и констатацији, иако се не може рећи да супсидијаритет по том основу увек одговара суштинским аспектима овог принципа решења. Наиме, иза клаузула супсидијаритета, може се крити и операционализација других релационих односа, најчешће специјалитета. Обим ове појаве свакако ће зависити од броја таквих клаузула у конкретном законодавству и њихове конфигурације.

У складу са Биндинговом дефиницијом, под изричитим супсидијаритетом, се подразумевају случајеви када једна радња не повлачи за собом одређену казнену претњу,

<sup>137</sup> *Ibid.*, 174.

<sup>138</sup> C. Roxin (2014), 1004.

<sup>139</sup> J. P. Matus Асућа (2007), 31.

онда када постоји друга законска норма која је тежа или лакша од ње, а његово оправдање се огледа у настојању законодавца да приликом прописивања инкриминација избегне одређена понављања путем заједничке формулације.<sup>140</sup> То указује да је реч о особеној законодавној техници, која се у конкретном случају може испољити на различите начине, односно искључење једне норме на рачун друге може бити засновано на различитим критеријумима, релевантним и за одређење феноменолошког домања изричитог супсидијаритета.

Овај облик супсидијаритета представља можда и најјаснији случај (привидног) стицаја закона, имајући у виду његову утемељеност на одговарајућим клаузулама. У том смислу се и дефинише као супсидијарност неке норме, утврђена законском регулаторном одредбом, која дефинише њен однос са неком другом (главном нормом). У шпанској доктрини се дефинисање ове варијанте супсидијаритета заснива на констатацији да се супсидијарна норма примењује онда када је искључена примена главне, и то по основу изричите предвиђености законом.<sup>141</sup>

Иначе, „клаузула супсидијаритета“ се одређује као основни конститутивни елемент релације супсидијаритета<sup>142</sup>, од чијег поимања и зависи домања наведеног принципа. Већина савремених законодавстава садржи наведене одредбе, при чему се оне углавном јасно препознају по томе што су садржане у одредбама посебног дела кривичног права, у оквиру појединачних инкриминација, мада се сусрећемо и са обједињеним одређењем (појављују се као заједничке за више појединачних инкриминација). Осим тога, постоји и мањинско гледиште у шпанској литератури, по којем се као феноменолошка варијанта изричитог супсидијаритета, издвајају и релације између отежавајућих околности и оних деликата у којима су оне садржане, у складу са изричитом одредбом о овим околностима, иако аутор истиче да у тим случајевима може бити речи и о релацијама консумпције.<sup>143</sup> Ради се о већ поменутој одредби забране двоструког вредновања, садржаној и у нашем законодавству, на којој се темељи принцип *ne bis in idem*.

Поменуте регулације се у теорији означавају и као одговарајуће „законске форме“, које условљавају изричити супсидијаритет<sup>144</sup>, а по својој природи, представљају декларисање супсидијарног карактера одређеног кривичног дела, у односу на друго, при чему се као њихова специфична функција, наводи превасходно ограничење домања примене, односно оперативности законске норме у чијем су формулисању садржане.<sup>145</sup>

Треба имати у виду да је њихова класификација у општем смислу, условљена како позитивноправним тако и компаративноправним законским решењима, при чему и број самих клаузула може варирати. Међутим, већи број оваквих регулаторних одредби, не значи и већу правну сигурност, односно отклањање свих дилема у разматрању односа између два концепта која су на тај начин повезана. Доказ за то су и схватања у немачкој доктрини, која иду у правцу знатног ограничења њиховог домања, у складу са општим критеријумом смисла и циља конкретне законске норме.<sup>146</sup>

---

<sup>140</sup> J. P. Matus Асуња (2000а), 309.

<sup>141</sup> J. P. Matus Асуња (2007), 32.

<sup>142</sup> Овај термин је нарочито заступљен у италијанској доктрини. Вид. А. Gianfelice, 43. У домаћој доктрини се употребљава и термин „законска клаузула“. Вид. И. Вуковић (2022), 345.

<sup>143</sup> J. P. Matus Асуња (2007), 32.

<sup>144</sup> Ф. Бачић (1995), 313.

<sup>145</sup> S. Bernardi, „La suprema corte alle prese con il principio di Assorbimento in una recente sentenza in materia di Abuso d’ufficio, Nota a Cass., Sez. VI, sent. 28 febbraio 2017 (dep. 21 marzo 2017), n. 13849, Pres. Carcano, Rel. Corbo, Ric. Trombatore”, *Diritto Penale Contemporaneo* 6/2017, 1 – 5.

<sup>146</sup> Савремена гледишта у немачкој доктрини, ограничавају ефекте клаузула супсидијаритета у складу са општим критеријумом смисла и циља конкретне законске норме, на основу чега се процењује да ли би била адекватнија квалификација идеалног стицаја. Вид. J. P. Matus Асуња (2000а), 356. Јасно је да се ради о још једном додатном сегменту ограничења домања самог института привидног стицаја у целини.

Преферентност једног законског типа у односу на други, путем ових клаузула се може успоставити по основу висине казне, где је модел клаузуле супсидијаритета оличен у правилу „под условом да за дело није предвиђена тежа казна“<sup>147</sup>, или пак у виду генералних клаузула („ако нису остварена обележја другог кривичног дела“)<sup>148</sup>, односно специфичних клаузула које се позивају на примењивост једне норме под условом да није остварено друго, тачно одређено кривично дело.<sup>149</sup>

У италијанској доктрини се препознају три категорије клаузула супсидијаритета: 1) детерминисане – супсидијарност једне правне норме детерминишу неиспуњеношћу услова примене тачно одређеног кривичног дела; 2) релативно индетерминисане – супсидијарност је одређена неиспуњеношћу услова примене неке теже инкриминације; 3) недетерминисане – супсидијарност је одређена неиспуњеношћу услова примене неког другог кривичног дела.<sup>150</sup> Као што се може уочити, ова категоризација у садржајном смислу одговора претходно наведеној подели и у њој се исцрпљују све манифестације изричитог супсидијаритета.

У складу са поделом ових клаузула у немачкој доктрини, Роксин указује да случајеви формалног супсидијаритета утврђују замену, односно секундарни карактер законског типа генералног карактера (у односу на остале казнене типове са тежом казном), или пак специјалног (у односу на партикуларне концепте).<sup>151</sup> На то указује и Маурах, наводећи да ова варијанта супсидијаритета може бити општег или посебног карактера (везана за конкретно кривично дело), с тим што једино други случај сматра аутентичним формалним супсидијаритетом, уз аргумент недовољне прецизности уопштеног упућивања на друге инкриминације за које је предвиђена тежа казна.<sup>152</sup>

Када је реч о практичној примени изричитог супсидијаритета, не постоје тешкоће у његовом одређењу, нити у феноменолошком опсегу, будући да је јасно да ће његов домашај бити условљен самим законским регулаторним нормама које га одређују и дефинишу, а истовремено утврђују и његове суштинске карактеристике. То зависи од конкретног законодавства и легислативне технике изабране од стране законодавца, тако да постоји варијетет клаузула супсидијаритета у савременим законодавствима, које се могу анализирати једино полазећи од појединачних примера, или пак издвајања неких које се учестало појављују.

Ове клаузуле се стога могу поделити на одређене и неодређене, што ће условити не само домашај принципа супсидијаритета у склопу теорије привидног стицаја закона, већ и разграничење од аутентичног стицаја. Наиме, за неодређене клаузуле је карактеристично да проузрокују проблеме у погледу остваривања основних фундаменталних захтева института привидног стицаја закона, нарочито у домену његовог разграничења од идеалног стицаја, будући да излазе чак и изван оквира захтева за постојањем јединства штићеног правног добра.

Уско повезано са овим питањем, јесу и већ изнете критике оправданости описаних манифестација. Наиме, једна од основних критика која се упућује феноменолошкој варијанти изричитог супсидијаритета, односи се на околност да се у највећем броју случајева, оне

<sup>147</sup> *Ibid.*, 309. Вид. С. Roxin (2014), 1004; G. Marinucci, E. Dolcini, 456. Вид. чл. 346 КЗ.

<sup>148</sup> Ово је случај са кривичним делом злоупотребе положаја одговорног лица из чл. 227 КЗ. Вид. . Коларић, „Поглед на Закон о изменама и допунама Кривичног законика (кривична дела против привреде)“, *Привредна кривична дела* (ур. И. Стојановић, В. Чоловић), Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд 2017, 40.

<sup>149</sup> С. Roxin (2014), 1004; G. Marinucci, E. Dolcini, 456.

<sup>150</sup> М. Ferrante, 67. Тако и Т. Guerrieri, 318.

<sup>151</sup> С. Roxin (2014), 1004. Роксин упућује на гледиште немачког аутора Маураха, који истиче да формални супсидијаритет може бити општег или посебног карактера.

<sup>152</sup> R. Maurach, K. H. Gössel, H. Zipf (2014), 601.

показују као сувишне, будући да би сама релација привидног стицаја ионако била очигледна.<sup>153</sup>

Међутим, питање њихове оправданости је релативног карактера и зависи од низа околности, међу којима је и сам законодавни систем, односно легислативна техника и начин на који је законодавац ставио у релацију више кривичних дела, а ту је свакако релевантан и избор кривичних дела, као и криминално–политички циљеви.<sup>154</sup> Овде долази до изражаја интерпретативни аспект привидног стицаја са једне стране, односно специфичан критеријум дистинкције оличен у тумачењу смисла и сврхе закона.

Стога, појављују се и нека спорна питања у вези домашаја ових клаузула, а првенствено могућности одступања од истих, на рачун неких других принципа који односе превласт. Јасно је да се ради о веома нестабилном терену, иако допуштање таквих могућности, на неки начин ставља у први план и наглашава аутономију института привидног стицаја закона, чије законитости оправдавају својим значајем чак и изричите клаузуле супсидијаритета, онда када оне нису у складу са поставкама подведеним под окриље ове правне фигуре.

Разматрајући случај генералних клаузула, које полазе од опште констатације, оличене у услови да ће се одређена инкриминација применити уколико за конкретно дело није предвиђена тежа казна (неодређене клаузуле), Роксин истиче да је дискутабилно да ли су у овим случајевима приоритетни сви закони са предвиђеном тежом казном, или се пак то односи само на оне инкриминације које подразумевају радње са истом криминалном управљеношћу напада, имплицирајући став заступан и у судској пракси – да је у сваком случају потребно утврдити циљ и домашај заштите концепта. Сходно томе, полазећи од доминантног гледишта у доктрини које захтева да привидно дело пружа заштиту истом правном добру, наспрам супротног, сматра да би требало прихватити средишње решење, односно да се ради барем о парцијалном поклапању правних добара.<sup>155</sup>

Све наведено указује на релативни карактер клаузула супсидијаритета, чак и у оним случајевима када су оне изричито одређене, што има директни утицај на диференцијацију од идеалног стицаја, односно доводи до тога да превагу над стриктним законским одредбама односе неки други принципи, на којима почивају критеријуми диференцијације од аутентичног стицаја.

Ово питање је уско повезано са једним од најзначајнијих полемика у домену дефинисања која се норма сматра примарном, а која супсидијарном, а то је критеријум тежине запређене казне. Треба имати у виду да се чак и неке клаузуле супсидијаритета заснивају управо на наглашавању да ће нека законска норма бити примењена искључиво онда када није предвиђена тежа казна. Сама потреба за наглашавањем овог аспекта, може указивати да то неће важити у свим случајевима, тачније да је могуће супсидијаритет успоставити и по основу неких других критеријума.

---

<sup>153</sup> J. P. Matus Асуња (2000а), 340 – 341. Управо та чињеница, на коју је указивао немачки аутор Шнајдивен (*Schneidewin*), условила је тенденцију јуриспруденције оличену у остављању могућност примене идеалног стицаја у описаним ситуацијама, како би се избегле контрадикторне последице.

У том контексту се указује и да ове клаузуле заправо представљају одраз принципа специјалитета. Вид. F. Gianfelici, 10.

<sup>154</sup> J. P. Matus Асуња (2000а), 341.

<sup>155</sup> C. Roxin (2014), 1005. У немачком законодавству постоји велики број примера оваквих случајева – чл. 107б I, 109 е V, 109 ф I 1, 125 I, 248 б I, 265 а I. Тако, Роксин као пример наводи једну пресуду у случају када је оптужени, као припадник „скинхедса“, починио не само нарушавање јавног реда и мира (чл. 125 I), већ и кривично дело наношења опасних повреда (чл. 224). Наиме, упркос клаузули супсидијаритета (чл. 125), суд је осудио осумњиченог за опасне повреде, у идеалном стицају са нарушавањем јавног реда и мира, уз образложење да је специфични карактер дела (довођење у опасност заједнице путем насиља и претњи), другачији од оног који се везује за чл. 224 немачког Кривичног законика (индивидуални деликт).

Јасно је да ће у условима постојања великог броја оваквих клаузула, као што је случај са немачким законодавством, бити тешко помирити захтеве теорије у погледу материјалног супсидијаритета и начина на који је законодавац у конкретном случају дефинисао супсидијаритет једне законске норме у односу на другу. Управо из тог разлога се можемо сложити са захтевима за што мањим бројем оваквих клаузула.

Наш законодавац се такође определио за рестриктивну варијанту. Наиме, наше позитивно законодавство одликује не само релативно мали број клаузула супсидијаритета, већ и њихова прецизност, тако да ова питања губе на практичној релевантности, иако су од значаја за дефинисање саме природе наведеног института. Наш Кривични законик садржи како клаузуле неодређеног карактера – условљеност примене одређене инкриминације околношћу да није дошло до остваривања обележја неког другог кривичног дела, тако и оне које такав услов детерминишу постојањем кривичног дела са тежом запређеном казном. На основу тога се може закључити да је феноменолошка димензија изричитог супсидијаритета, према стању у позитивном законодавству, ограничена само на поменуте две варијанте, уз изостављање манифестација апсолутно одређених клаузула.

Као примери изричитог супсидијаритета у нашем законодавству, могу се навести следећа кривична дела: 1) злоупотреба права на штрајк из чл. 167 КЗ, чија је примена условљена неостваривањем обележја неког другог кривичног дела; 2) удруживање ради вршења кривичних дела из чл. 346 КЗ, где је клаузула супсидијарности изражена истицањем услова да за такво организовање није предвиђена тежа казна;<sup>156</sup> 3) злоупотреба положаја одговорног лица из чл. 227 КЗ, чија је примена условљена неостваривањем обележја неког другог кривичног дела; 4) посебан облик кривичног дела прикривања из чл. 221, ст. 3 КЗ (захтевање накнаде за повраћај ствари), чија је примена условљена неостваривањем обележја неког другог кривичног дела.

Карактеристично је да се оправдање увођења клаузула супсидијаритета у оквиру појединих инкриминација, као ограничења примене истих, приписује факторима попут њихове неодређености и непрецизности, али и разлозима криминално–политичког карактера, оличеним у њиховој превише широкој примени у судској пракси.<sup>157</sup>

Оно што се уочава, поред малог броја клаузула супсидијарности у нашем позитивном законодавству, то је и да неке од њих заправо представљају просту формализацију исхода примене других принципа решења. На то указује и Стојановић, разматрајући однос између удруживања ради вршења кривичних дела и удруживања ради противуставне делатности из чл. 319 КЗ, где је предвиђена тежа санкција везана за тачно одређене инкриминације из групе против уставног уређења, што у конкретном случају само по себи имплицира решење специјалитета.<sup>158</sup>

Осим тога, у судској пракси наилазимо и на извесна одступања од примене поменутих клаузула супсидијаритета. До тога долази на примеру кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица, где се упркос таквој клаузули, ова инкриминација третира као примарна.<sup>159</sup>

---

<sup>156</sup> Тако је у једној пресуди, позивајући се на законски супсидијаритет, везан за клаузулу садржану у чл. 346 КЗ, Апелациони суд потврдио квалификацију једног кривичног дела из чл. 206, ст. 3 КЗ, у ситуацији када је исто извршено од стране групе. Вид. Пресуда Апелационог суда у Београду, Посебно одељење Кж – По I – Кре 3/19 од 11.10.2019. године.

У литератури се као пример удруживања за које је предвиђена тежа казна, често наводи кривично дело удруживања ради противуставне делатности из чл. 319 КЗ. Вид. З. Стојановић (2009), 15.

<sup>157</sup> Вид. Ј. Драгојловић, Г. Грујић, „Кривично дело злоупотребе положаја одговорног лица“, *Право – теорија и пракса* 4 – 6/2018, 37 – 38.

<sup>158</sup> З. Стојановић (2009), 15 – 16.

<sup>159</sup> З. Стојановић, О. Милорадовић, М. Радисављевић, 25 – 26.

Поред дефинисања феноменолошког опсега изричитог супсидијаритета, тачније улоге клаузула супсидијаритета у утврђивању његовог домашаја у оквиру теорије привидног стицаја закона, али и у односу на аутентични стицај, још једно релевантно питање, тиче се њиховог утицаја на формулисање законитости прећутног супсидијаритета. Наиме, постојала су одређена доктринарна настојања да се целокупан принцип супсидијаритета одреди управо полазећи од анализе изричитих клаузула, због чега се указује и да оне служе истовремено као смерница за дефинисање домашаја и опсега примене материјалног супсидијаритета.<sup>160</sup>

У том контексту, може бити од значаја однос између ових облика изричитог супсидијаритета и одредби другог нивоа које регулишу супсидијаритет као принцип решења у општем смислу, уколико оне постоје у конкретном законодавству. Пре свега, оваква регулаторна одредба указује да се поред изричитог супсидијаритета, манифестованог у одговарајућим клаузулама, као подједнако релевантна категорија, јавља и материјални супсидијаритет, што истовремено отвара пут и евентуалном ограничењу примене чак и неких облика изричитог супсидијаритета, уколико се они не уклапају у наведену општу концепцију. У најопштијем смислу, она служи да конституише јединствени концепт супсидијаритета у ширем значењу, који превазилази домен искључиво формалних регулаторних одредби (функција проширења концепта супсидијаритета), а исто тако, може имати ограничавајућу улогу у односу на саме такве регулације, уколико се оне не уклапају са захтевима материјалног садржаја принципа супсидијаритета у општем смислу.

У шпанском законодавству, одредбом члана 8 Кривичног законика, принцип супсидијаритета је одређен на идентичан начин као и у доктрини, односно у складу са правилом *lex primaria derogat legi subsidiariae*, што имплицира истовремено регулисање изричитог и материјалног супсидијаритета. Управо таква генерална одредба представља основ за евентуално ограничење клаузула супсидијаритета, у односу на оне случајеве који се не уклапају у контекст предвиђен наведеном општом нормом.<sup>161</sup>

Међутим, као што смо већ напоменули, правила која се црпе из фундаменталних поставки супсидијаритета, односно института привидног стицаја закона у општем смислу, сматрају се примарним у колизији са клаузулама супсидијаритета, уколико оне излазе из њиховог оквира, чак и у оним законодавствима без таквих норми другог нивоа. У сваком случају, како би се избегли евентуални проблеми и сукоби општих начела, прописивању оваквих клаузула би требало приступити рестриктивно и у складу са поштовањем стриктних критеријума испуњености предуслова материјалног супсидијаритета, у што већој мери.

### 3.1.2. Прећутни супсидијаритет

У систематици принципа индивидуализације, који чине сегменте теорије привидног стицаја закона, односно правила преферентности у поступку квалификације, дефинисање и утврђивање домашаја прећутног супсидијаритета, представља једно од најкомплекснијих питања. Теоријске дилеме почињу самим одређењем његовог материјалног основа, који је оличен у својеврсној интерференцији по основу прогресије, односно факторима различитих стадијума и интензитета повреде истоветног правног добра, што захтева специфичан приступ, утемељен на тумачењу целокупног нормативног система, у складу са смислом и сврхом појединачних инкриминација, начином њиховог конфигурисања и претпостављеног међусобног утицаја.

---

<sup>160</sup> J. P. Matus Асуџа (2005), 471. То је случај са већ поменутом концепцијом немачког аутора Хонига, вид. *supra*, 389 фн. 90.

<sup>161</sup> *Ibid.*, 472.



Његово постојање у доктрини се између осталог доводи у везу и са различитим интензитетом напада на правне интересе, или пак са различитим фазама развоја таквог напада и деловања на правно добро.<sup>162</sup> Такође, у поступку избора примарне норме, упућује се и на општи критеријум обухватања невредности дела.<sup>163</sup>

Овај облик супсидијаритета није непосредно изражен у закону, што подразумева да произлази из тумачења односа два прописа између којих не постоји однос специјалности.<sup>164</sup> Самим тим, у његовој материјализацији, наглашава се значај интерпретације у разрешењу кључног питања природе односа између појединачних кривичних дела.

При томе, указује се да је у одређењу прећутног супсидијаритета, нарочито у немачкој доктрини, кључну улогу имала управо анализа изричитих клаузула, из чијих је заједничких карактеристика изведен данашњи концепт ове његове материјалне варијанте.<sup>165</sup> Међутим, чини нам се да се савремени концепт материјалног супсидијаритета, тачније његов домашај и опсег примене, протеже изван граница клаузула супсидијаритета, односно њиховог простог тумачења, што додатно потврђује и околност да се њихова аутономна вредност чак и негира у савременом кривичном праву.

Иначе, изостанак изричите законске регулације, као и утемељеност на факторима вредносне оцене, односно ослањање на утврђивање функције правних концепата који се анализирају, као недовољно прецизно детерминисане параметре, представљају неке од главних критика упућених аутономном издвајању принципа супсидијаритета у италијанској доктрини.<sup>166</sup>

Осим тога, са аспекта криминалне прогресије, мада у мањој мери него у случају накнадних некажњивих дела (консумпције), испољава се и једно дискутабилно питање у оквиру теорије привидног стицаја закона, које се тиче проблематике односа између привидног идеалног и привидног реалног стицаја, иако је то у другом плану у односу на значај дефинисања специфичних критеријума диференцијације ових манифестација од аутентичног стицаја. Управо у овом домену долази до изражаја релевантност вредносних фактора у успостављању релација супсидијарности.

Ова форма супсидијаритета се у савременој доктрини означава као „материјални“, односно „имплицитни“ и „прећутни“ супсидијаритет, који се супротставља изричито регулисаним случајевима, а изводи се из базичне идеје стицаја закона, утемељене на тврдњи да одређена правна невредност не захтева одвојено кажњавање, уколико је у потпуности или у задовољавајућој мери обухваћена другим примењивим концептом, што подразумева да се о овој релацији може говорити онда када је примена једног дела условљена искључењем другог (са тежом санкцијом).<sup>167</sup>

Дакле, као што се може уочити, Роксин у самој дефиницији истиче критеријуме за ограничење и дефинисање домашаја супсидијаритета, постављајући као услов да примарни закон наспрам супсидијарног мора имати тежу санкцију. Иначе, дефинисање путем тежине

---

<sup>162</sup> D. Kienapfel, F. Höpfel, R. Kert, 29; T. Guerrieri, 318; R. Chieppa, R. Giovagnoli, 53.

<sup>163</sup> I. Pussini (2019b), 10.

<sup>164</sup> Ф. Бачић (1995), 313. Слично томе, Стојановић указује да ова манифестација супсидијаритета заправо произлази из саме природе и односа појединих бића кривичних дела. Вид. З. Стојановић (2021), 306.

Такође, и у италијанској доктрини се истиче да је наведена релација утемељена на тумачењу контекста реализације различитих норми. Вид. L. Della Ragione, 276.

<sup>165</sup> J. P. Matus Acuña (2005), 471. Аутор указује да је то пре свега било карактеристично за немачку доктрину, конкретно за теоретичара Хонига, те да су као узор послужиле такве клаузуле, садржане у Кривичном закону из 1871. године.

<sup>166</sup> A. Gianfelice, 44. Треба имати у виду да ова констатација произлази из постојећег позитивноправног решења у италијанском законодавству, које изричито регулише само специјалитет као принцип решења.

<sup>167</sup> C. Roxin (2014), 1006.

санкције, јесте један од значајних критеријума за постављање граница примене овог принципа.

Осим тога, у немачкој доктрини се приликом одређивања овог модалитета супсидијаритета указује и на његово својство условљености сврхом и систематским положајем конкурентног прописа, уз наглашавање фактора заштите истог правног интереса у различитим фазама или интензитетима напада.<sup>168</sup>

Израз „прећутни“ заправо проистиче из наглашавања његовог односа са варијантом изричитог супсидијаритета, односно околности да није непосредно регулисан законом. Стога се у доктрини употребљава као синоним термину „материјални супсидијаритет“ и користи за означавање условне примењивости одређеног концепта (резервног, помоћног) у случајевима када се закључак о таквом карактеру истог изводи из тумачења међусобног односа између два концепта.<sup>169</sup>

Из наведених дефиниција, које наглашавају аспект обухватања садржаја невредности (неправа), проистиче да је реч о балансирању ефеката једне и друге норме, тако да се наведена околност појављује као неизбежан сегмент процене постојања поменуте релације у поступку квалификације, што наглашава значај процеса тумачења (интерпретације).

С друге стране, наводи се и да прећутни супсидијаритет постоји онда када радња која је конкретно предвиђена у једном, може бити садржана у радњама другог законског типа, што ће довести до тога да исти замењује први.<sup>170</sup> У овом случају, наглашава се формалистички аспект процене супсидијаритета, оличен у релацији интерференције, утемељене на делимичном поклапању законских описа кривичних дела. Ова два аспекта – формалистички и вредносно утемељени, представљају суштинске компоненте принципа супсидијаритета.

### *3.1.2.1. Општи аспекти категоризације*

Класификације прећутног супсидијаритета у доктрини су условљене превасходно начином његовог одређења и дефинисања. Постојао је велики диспарат и несагласност у одређењу ове варијанте супсидијаритета, али и у погледу укључивања у његове оквире појединих манифестација, односно њихове саме интерне класификације. Разлог за то треба тражити у одсуству генералних категорија, односно јединствених заједничких особина на основу којих би се могло извршити груписање свих теоријски прихваћених манифестација супсидијаритета, углавном одређених методом егземплификације. Ово је и последица саме природе наведеног принципа решења, која произлази из интерпретативног процеса, односно условљености тумачењем природе и смисла релација између појединачних правних концепата.

За категоризацију његових феноменолошких облика, релевантна су два одређења принципа супсидијаритета, од којих се једно може означити као рестриктивно, а друго као екстензивно.

Према Биндингу, релација супсидијаритета постоји онда када две казнене норме парцијално обухватају исто понашање, односно више међусобно комплементарних понашања, уколико међу њима не постоји релација специјалитета, у ком случају ће се једна од њих применити само уколико је друга непримењива. При томе, овај аутор је у концепт супсидијаритета укључивао како категорије супсидијаритета закона као последице

<sup>168</sup> R. Maurach, K. H. Gössel, H. Zipf (2014), 661.

<sup>169</sup> Ф. Бачић (1995), 313.

<sup>170</sup> M. A. Arce Agge, 175.

супсидијаритета између норми, тако и супсидијаритет форми деликата<sup>171</sup>, што подразумева како факторе стадијума повреде одређеног правног добра, тако и интензитета такве повреде. Као што се може закључити, овај концепт се користи за означавање особеног односа између законских инкриминација, који постоји уколико су испуњени одређени услови, при чему је последњи негативног карактера: 1) две законске норме по основу којих се дело може квалификовати; 2) парцијални карактер домашаја у погледу обухватности понашања; 3) изостанак релације специјалитета.

На тај начин се под окриље овог концепта јасно сврставају и случајеви интерференције, који се од специјалитета диференцирају по основу постојања делимитичног преклапања између законских норми, што подразумева како случајеве привидног идеалног стицаја у ужем смислу, односно јединства радње у природном смислу, тако и категорије претходног некажњивог дела.

То се супротставља првобитној рестриктивној концепцији немачког аутора Хонига и ограничавању супсидијаритета на тзв. транзитне деликте, под којима је овај теоретичар подразумевао само конфронтације кажњивог покушаја и припремних радњи, у односу на довршено кривично дело у случајевима када се једна радња појављује као припремни акт друге, односно средство за остваривање циља.<sup>172</sup> На овај начин, супсидијаритет је ограничен само на релације између покушаја и довршења, односно између припремних радњи предвиђених као посебно кривично дело и довршеног дела или његовог покушаја.

За разлику од поменутих ограничења Биндинговог концепта супсидијаритета, од којих су нека ишла чак и у правцу потпуног измештања претходних некажњивих дела из конструкције привидног стицаја закона, сходно стриктним диференцирајућим теоријама, одређене концепције су ишле у правцу његовог проширења чак и на конструкције накнадних некажњивих дела.<sup>173</sup>

Према решењу у савременој доктрини, прихвата се протезање материјалног основа супсидијаритета како на заштиту истог правног добра у различитим стадијумима напада, тако и на нападе различитог интензитета. Сходно томе, Роксин указује на следеће варијанте феноменолошког испољавања материјалног супсидијаритета: 1) припремни акти који су предвиђени као посебна кривична дела (аутономна), као и транзитне (медијалне – средишње) фазе, које воде ка деликту повреде; 2) мање интензивни облици напада у релацији са интензивнијим облицима довођења у опасност или повредама истог правног добра.<sup>174</sup>

Нешто конкретније и детаљније одређење феноменолошке манифестације супсидијаритета, према схватању из немачке доктрине, подразумева да исти обухвата следеће случајеве: 1) супсидијарност кривичних дела угрожавања у односу на кривична дела повреде; 2) супсидијарност прелиминарних фаза реализације одређених инкриминација у односу на накнадне; 3) супсидијарност мање интензивних облика напада у односу на теже; 4) супсидијарност лакших облици учешћа у делу у односу на теже; 5) супсидијарност нехатних наспрам умишљајних инкриминација.<sup>175</sup>

---

<sup>171</sup> J. P. Matus Асуња (2000а), 310 фн. 46. Међутим, напомиње се да путем наведене дефиниције, Биндинг меша (комбинује) неколико различитих концепата – различити стадијуми развоја заштите неког правног добра, различити кажњиви стадијуми реализације истог деликта и јединство правног добра.

<sup>172</sup> Вид. *Ibid.*, 324. Хониг додатно конкретизује овај услов, истичући да ће постојати релација супсидијаритета онда када две законске норме штите исто правно добро, само у различитим стадијумима напада. Према тој логици, ако један законски концепт представља само мање опасан стадијум напада, у односу на другу, каснију фазу, радиће се о претходном некажњивом делу.

<sup>173</sup> *Ibid.*

<sup>174</sup> C. Roxin (2014), 1006 – 1007.

<sup>175</sup> Н. Н. Jescheck, W. Ruß, G. Willms, 40 – 42. Указујући на поменуте варијанте испољавања супсидијаритета, аутори као изузетак посебно издвајају кривична дела апстрактне опасности, код којих је супсидијаритет искључен по основу управљености ка заштити интереса опште јавности. То је разлог зашто ова

На исти начин се утврђују феноменолошки облици прећутног супсидијаритета и у домаћој доктрини<sup>176</sup>, где се приликом разматрања овог принципа решења, указује на одређене категоризације његових феноменолошких манифестација. У том смислу, за свеобухватно сагледавање свих облика његовог испољавања, релевантно је Лазиново гледиште, које поред регуларних случајева супсидијаритета, издваја још и манифестације тзв. „непотпуног супсидијаритета“, где сврстава релације између различитих облика саучесништва, између кривичних дела угрожавања и повреде, као и инкриминација са апстрактном и конкретном опасношћу, односно супсидијаритета код узастопних телесних повреда.<sup>177</sup>

Међутим, иако последња класификација правилно обухвата све релевантне категорије супсидијаритета, неоправдано се превелики број манифестација подводи под облик делимичног одступања од општих услова његовог постојања. Разлог за то је сувише рестриктивно дефинисани услов констатације релације супсидијарности. То указује на потребу другачијег постављања његове материјалне димензије, у складу са хипотезом од које смо пошли у овом раду и факторима супсидијарности које смо издвојили као релевантне.

За детерминацију феноменолошких манифестација супсидијаритета, релевантно је његово дефинисање на темељу констатације о постојању различитих казних типова који штите исто правно добро у различитим стадијумима, или пак подразумевају нападе различитог интензитета на исто правно добро, у ком случају се, без потребе да се то изричито наведе законом, подразумева да напад у каснијем стадијуму, или пак онај тежи (већег интензитета), апсорбује претходни и лакши напад. Претходни и лакши напад су у том случају супсидијарни у односу на први и примењују се једино ако није дошло до накнадног интензивнијег или тежег напада.<sup>178</sup>

Такође, приликом класификације феноменолошких облика супсидијаритета, говори се и о тзв. конвергентним деликтима – онима који спадају у претходне етапе реализације неког кривичног дела и немају аутономни значај осим уколико не наступи следећа фаза у повреди одређеног правног добра, што подразумева следеће категорије: 1) кажњиве припремне радње и акти извршења – под условом да не прелазе степен повреде који одговара покушају; 2) акти извршења или покушаја наспрам довршења; 3) повреде наспрам убиства; 4) деликти апстрактне и деликти конкретне опасности; 5) деликти конкретне опасности и деликти повреде (под условом да та опасност не прелази проузроковану штету).<sup>179</sup>

У наведеној категоризацији, посебно је карактеристично и у практичном смислу релевантно, указивање на примену супсидијаритета у решавању конфликта између законских норми које се односе на специфичне релације између повреда и убиства и хипотезу о постојању особеног облика прогресије у наведеном случају. Ово је карактеристично превасходно за немачку доктрину, која у таквим релацијама види основе материјалне димензије супсидијаритета. С друге стране, овде долази до поклапања са условима

---

кривична дела задржавају своју аутономију, чиме се отвара пут примени решења идеалног стицаја. Вид. и Н. Н. Jescheck, T. Weigend, 735.

Према другој, сличној категоризацији, издвајају се: 1) однос између кривичних дела апстрактне и конкретне опасности; 2) однос између покушаја и довршеног кривичног дела; 3) однос између умишљајног и нехатног деликта; 4) однос између подстрекавања и помагања у односу на облике извршења. Вид. J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 331.

<sup>176</sup> Н. Мрвић Петровић, 233. Указује се на следећа правила у примени супсидијаритета: 1) кажњавање за довршено кривично дело искључује кажњавање за покушај; 2) помагање је супсидијарно у односу на подстрекавање, док је (са)извршилаштво примарно у односу на остале облике саучесништва; 3) довршено кривично дело је примарно у односу на припремање и покушај; 4) деликти повреде су примарни у односу на деликте угрожавања; 5) деликти апстрактне опасности су супсидијарни наспрам конкретног угрожавања.

<sup>177</sup> Ђ. Лазин, 92 – 95.

<sup>178</sup> J. Cuello Contreras (2009), 678.

<sup>179</sup> J. D. J. Restrepo, 24.

констатације консумпције, што може проузроковати извесне теоријске дилеме, које се у нашој доктрини решавају у корист консумпције, превасходно из практичних разлога, односно разлога ефикасности поступка квалификације, иако би се супротно решење могло бранити са довољно убедљивим аргументима.

С друге стране, у домаћој доктрини, иако се у дефинисању супсидијаритета истиче стадијумски карактер неког понашања, теоретичари приликом класификације феноменолошких облика, као примере наводе и оне манифестације за које сматрамо да представљају прогресију по основу интензитета дела, укључујући и различите облике учешћа у делу.<sup>180</sup>

Закључак о супсидијарности – условној примењивости неког правног концепта у односу на други, захтева поступак тумачења и вредновања у складу са општим принципима теорије привидног стицаја закона, који се врши под условима постојања делимичног поклапања између две законске норме. Смернице оличене у релацији *minus – maius* која најбоље осликава методологију утврђивања примарне норме, имају утицаја на неколико нивоа. То укључује како степеновање одређених фаза у предузимању понашања, које се изводе из оригинарних концепција законодавца о односу између појединих концепата општег дела кривичног права, тачније стадијума извршења, где је тај однос мање – више прецизно одредив, тако и особено степеновање интензитета утицаја на правно добро, где заправо и настају проблеми у утврђивању критеријума такве градације.

Обе варијанте, поред делимичног поклапања елемената две инкриминације, захтевају још и укључивање апстрактних општих принципа теорије привидног стицаја, попут довољности једне од законских норми да обухвати садржај невредности дела, односно забране двоструког вредновања, који у овом случају нису условљени стриктним логичким релацијама. Све то оцену прећутног супсидијаритета помера на план тумачења, односно интерпретације начина на који су повезани појединачни концепти у складу са њиховим смислом и сврхом, што доводи до констатације да је примена једног од њих само условног карактера. Иако је то знатно лакше проценити код облика прогресије по стадијумима извршења, што је вероватно и био разлог појединих рестриктивних гледишта која су принцип супсидијаритета ограничавала само на ове феноменолошке манифестације, где постоји плуралитет несамосталних радњи, проблеми настају код друге групе, где се по правилу ради о привидном идеалном стицају у ужем смислу. Наиме, фактор интензитета утицаја на правно добро је доста широко одређен, а може се манифестовати у степеновању релација угрожавања – повреде, интензитета по основу учешћа у делу, као и појединих субјективних или објективних форми реализације кривичног дела.

Међутим, феноменолошке манифестације супсидијаритета по основу интензитета утицаја на правно добро не исцрпљују се у наведеним класификационим категоријама, од којих се углавном полази у доктрини. Привидни идеални стицај у ужем смислу, у случају констатације интерференције (делмичног преклапања) између законских норми, уз истовремени услов да нису испуњене претпоставке специјалитета, могао би условити и варијетете испољавања супсидијаритета између инкриминација у конкретном законодавству, који се не могу класификовати у неке опште категорије. То је и разлог зашто се у доктрини приликом навођења феноменолошких облика супсидијаритета, поред наведених општих класификационих категорија (нпр. однос између помагања и подстрекавања или деликата конкретне опасности и повреде), теоретичари опредељују за истицање примера конкретних кривичних дела у позитивном законодавству.<sup>181</sup>

<sup>180</sup> Вид. З. Стојановић (2021); Ј. Ђ. Таховић (1956), 186; Ф. Бачић (1995), 313; Б. Златарић, 170.

<sup>181</sup> Тако, Таховић указује да поред облика учешћа у делу, супсидијаритет постоји и у односу између кривичних дела довођења у опасност општеопасном радњом и општеопасним средством и тешких дела против

Тако, поред случаја релација између генерализованих категорија попут деликата апстрактне и конкретне опасности или различитих облика учешћа у делу, где постоје извесни заједнички класификациони критеријуми, на основу којих се поставља својеврсно правило констатације супсидијаритета, наводи се да примена овог принципа решења долази у обзир код разматрања међуодноса између кривичних дела учествовања у тучи и убиства, као и између крађе и неовлашћеног коришћења туђег возила.<sup>182</sup> Оно што је карактеристично за ове несумњиве манифестације које се чак неизоставно наводе као парадигматски примери супсидијаритета, јесте да одражавају праву суштину његове материјалне варијанте, оличену у ослањању на тумачење, односно интерпретацију природе релационих односа између конкретних правних концепата у позитивном законодавству. То истовремено имплицира да их је тешко сврстати у одређене категорије са заједничким особинама, било да се издвајају од прихваћених класификационих категорија, било да испољавају припадност већем броју истих. Ово је случај са односом између учествовања у тучи и тешких телесних повреда, односно убиства, где се уочавају како елемент прогресије у деловању, тако и градације у интензитету деловања на правно добро. Стога би адекватније било говорити о манифестацијама конкретног супсидијаритета.

Међутим, за разлику од специјалитета, где однос између појединачних инкриминација код којих се он испољава на конкретном плану, почива на утврдивим принципима, односно логичко–формалним законитостима и правилима о поклапању свих обележја и постојања једног специјалног, код супсидијаритета, закључак о супсидијарности једног бића у односу на други, произлази из вредновања изнад концептуалне обухватности. Прецизности свакако не доприноси ни поменути садржај материјалне димензије, оличен у већем интензитету утицаја на правно добро, који је апстрактног карактера. Стога, уплићу се додатни фактори, попут јединства штићеног правног добра, истоврсности повреде која се код две инкриминације разликује само по амплитуди, а што је још важније и начелне поставке привидног стицаја закона, односно критеријуми диференцијације од аутентичног стицаја, попут обухватања садржаја невредности дела.

У овом домену, као релевантна се појављује диференцијација од специјалитета, али и алтернативитета. Чак штавише, по неким концепцијама се за примену супсидијаритета захтева да нису испуњени услови за специјалитет.<sup>183</sup> Стога, у овим случајевима би се могло говорити о својеврсном *контингентном (конкретном)* супсидијаритету, чији је феноменолошки садржај условљен односом са специјалитетом и алтернативитетом и заснива се на интерференцији као логичкој релацији. Његова основна карактеристика јесте да се садржај истог може одредити једино навођењем конкретних примера из законодавства.

Ипак, ни супсидијаритет по основу прогресије није лишен свих недоумица, што се односи пре свега на проблематику разграничења са консумпцијом код конструкције претходних некажњивих дела, али и на специфично поимање односа супсидијарности код телесних повреда, које се сматрају претходном фазом у извршењу убиства, односно својеврсним транзитним деликтом. Осим тога, у овом домену се испољава значај већ поменутих специфичних услова за разматрање конструкције претходних некажњивих дела у оквиру привидног стицаја, односно рестриктивно ограничење њене примене, без обзира да ли се сматра манифестацијом привидног идеалног или привидног реалног стицаја, иако је та дистинкција мањег значаја од постављања граница у односу на квалификацију аутентичног стицаја.

Наиме, специфична ограничења, попут захтева истоветности правног добра, остваривања превентивно – ретрибутивних циљева, односно обухватања невредности

---

опште сигурности људи и имовине, баш као и у случају учествовања у тучи наспрам нашошења повреда или убиства. Вид. Ј. Таховић (1961), 262 – 263.

<sup>182</sup> З. Стојановић (2009), 16.

<sup>183</sup> Ф. Бачић (1995), 313.

дела<sup>184</sup>, тичу се првенствено разграничења од аутентичног стицаја (пре свега реалног), док ће сама класификација на привидни идеални и привидни реални стицај бити мање – више формалистичког значаја. Ипак, за разлику од накнадног некажњивог дела где је та проблематика далеко израженија, код оних облика претходног некажњивог дела (у ширем смислу), које сматрамо манифестацијама супсидијаритета, за разлику од варијанти својствених консумпције, углавном не постоје веће тешкоће које би излазиле из оквира постављених општих услова супсидијаритета. Најзначајнији је свакако услов предетерминисаности односа између концепата општег и посебног дела кривичног права, попут оног између покушаја или припремних радњи и довршења, који пак не постоји код претходних некажњивих дела сврстаних, по нашој хипотези, у консумпцију.

Имајући у виду наведене специфичности категоризације појавних облика супсидијаритета, пошли смо од њихове класификације на три групе: 1) *супсидијаритет по основу прогресије*, где спадају: а) манифестације претходних некажњивих дела у ширем смислу, које улазе у домен супсидијаритета – однос кажњивог покушаја и кажњивих припремних радњи у односу на довршено кривично дело; б) *испољавање прогресије у наношењу телесних повреда* као транзитног деликта који претходи убиству; 2) *супсидијаритет по основу интензитета повреде правног добра у ужем смислу*: а) релације између кривичних дела угрожавања (конкретне опасности) и повреде, односно између деликата апстрактне и конкретне опасности; б) случајеви контингентног (ситуационог) супсидијаритета; 3) *супсидијаритет интензитета повреде у ширем смислу*: а) однос између различитих облика учешћа у делу – супсидијарност лакших облика саучесништва у односу на теже (помагања у односу на подстрекавање), односно супсидијарност осталих облика учешћа у делу наспрам извршилаштва (подстрекавања или помагања у односу на саизвршилаштво и извршилаштво); б) различите форме реализације деликата (субјективне и објективне) – однос између умишљајних и нехатних реализација, односно законских инкриминација извршених чињењем и нечињењем.

#### 4. Супсидијаритет по основу прогресије

Анализом изнетих дефиниција и одређења прећутног супсидијаритета у доктрини, може се закључити да се у највећем броју случајева, оправдање условне примењивости једне норме на рачун друге доводи у везу првенствено са фактором стадијума у којем се испољава напад на одређено правно добро, што се односи на основне фазе у извршењу кривичних дела. У том смислу, репрезентативна је Хонигова дефиниција, која релацију супсидијаритета између правних диспозиција везује за околност да оне штите исто правно у различитим стадијумима напада.<sup>185</sup> Иако се ради о рестриктивном гледишту, управљеном ка ограничењу супсидијаритета само на случајеве када постоји плуралитет радње у природном смислу, ова концепција је од великог значаја за разумевање оне групе феноменолошких облика које смо сврстали у *супсидијаритет по основу прогресије*.

За феноменолошку димензију супсидијаритета, релевантно је одређење криминалне прогресије као степенасте серије деликата, који се крећу од мањег ка вишем<sup>186</sup>, а чија категоризација може обухватати како њене најрепрезентативније облике у ужем смислу, што подразумева манифестације припремних аката и покушаја, тако и одређене појавне облике

<sup>184</sup> Вид. *supra*, 253 – 255.

<sup>185</sup> J. P. Matus Асуња (2000а), 324. Тако и D. Primo Triolo, 46.

<sup>186</sup> J. D. J. Restrepo, 24.

који се изводе из процеса тумачења релација између норми на конкретном плану, укључујући и транзитне деликте, али и деликте конкретне, односно апстрактне опасности.<sup>187</sup>

Сви наведени случајеви се могу сматрати интерференцијом по основу прогресије, која се у литератури дефинише и као случај у којем накнадне фазе *iter criminis*—а замењују претходне.<sup>188</sup> Овакав однос између две правне диспозиције, омогућен је концепцијом парцијалне коинциденције, при чему се таква интерференција, манифестована у овом облику прогресије, испољава као обухватање кажњивости од стране напредније фазе, у односу на ону која јој претходи.<sup>189</sup> Наиме, логичка основа прећутног супсидијаритета као случаја интерференције између правних концепата, у овом случају се сагледава са аспекта *iter criminis*—а, при чему је важно напоменути да исто тако може доћи и до његовог преклапања са облицима прогресије по интензитету напада на правно добро, будући да се наведена два концепта не могу у потпуности раздвојити. Најбољи пример за то је однос између кривичних дела конкретне и апстрактне опасности, који се може посматрати и као стадијумско и као квалитативно напредовање у деловању на релевантни објекат.

Дакле, када говоримо о криминалној прогресији, не мислимо само на покушај и припремне радње као кључне концепте у оквиру прихваћене поделе фаза извршења кривичног дела, већ долазе у обзир и друге стадијумске релације које произлазе из контекста испољавања неког понашања. У том случају, кључну улогу има процес интерпретације (тумачења), где се из саме природе, односно начина на који је законодавац прописао неко забрањено понашање, изводи закључак о функционалним стадијумским спонама између одређених понашања. Управо су такве релације биле основ истицања прогресије у односу између наношења повреда и убиства, иако се он може тумачити и на другачије начине.

На репрезентативност ових облика феноменолошких манифестација супсидијаритета, упућују и поједина доктринарна одређења која наглашавају елемент прогресије. Штавише, могло би се рећи да приликом дефинисања прећутног (материјалног) супсидијаритета, предњаче управо она гледишта која истичу стадијумски карактер у његовој варијанти прогресивног утицаја, евентуално наглашавајући и аспект прогресије по основу интензитета.

Тако, прећутни супсидијаритет се одређује као случај када различити казнени типови штите исто правно добро у различитим стадијумима напада или представљају нападе различите тежине у односу на исто правно добро, те се стога сматра да каснији стадијуми апсорбују оне прве.<sup>190</sup> Такође, према једној од дефиниција, исти се одређује као случај када постоји прогресија у типичном понашању, тако да кажњивост напредније фазе чини интерферентном типичност претходних фаза.<sup>191</sup>

Већина теоретских одређења, како у компаративној, тако и у домаћој доктрини, као репрезентативне примере манифестација супсидијаритета, наводи управо испољавање односа између концепата општег дела кривичног права којима се означавају различите фазе предузимања одређеног понашања. То су уједно и најједноставније одредиви релациони односи који проистичу управо из предетерминисаних фигура чији су правни ефекти у случају колизије имплицитно дефинисани. Наиме, јасно је да је намера законодавца у

---

<sup>187</sup> Постоје одређена схватања, која у категорију транзитних деликата убрајају и кривична дела апстрактне и конкретне опасности. Вид. Ј. Р. Matus Асуџа (2000а), 357. Међутим, то сматрамо само делимично тачним, будући да се код ових правних фигура, у првом плану истиче интензитет повреде правног добра (прогресија по основу интензитета).

<sup>188</sup> А. Ј. D'Alessio *et al.*, 596. Тако, сматра се да довршење покрива покушај, покушај припремне радње, док непосредно извршилаштво покрива остале облике саучесништва. Вид. Т. Guerrieri, 319.

<sup>189</sup> Ј. D. J. Restrepo, 21.

<sup>190</sup> Ј. Cuello Contreras (2009), 679. Вид. и И. Вуковић (2022), 345.

<sup>191</sup> N. J. Conti, 10. При томе, указује се да се својство припремне радње приписује како самосталним инкриминацијама, тако и кажњивим стадијумима појединих кривичних дела, Вид. И. Вуковић (2022), 345.



прописивању кажњивости покушаја, у складу са условима предвиђеним конкретним законодавством, управљена ка његовој примени искључиво у случају да не дође и до довршења кривичног дела. Исто важи и за припремне радње, које су подигнуте на ранг аутономних деликата, што, имајући у виду да служе као средство за извршење неког кривичног дела, оправдава њихову кажњивост само под условом да није дошло до реализације главног дела. Таква детерминисаност је условљена самом природом односа између одговарајућих правних концепата, што указује на испуњеност једног од основних услова које сматрамо материјалним садржајем релације супсидијарности.

Осим тога, у наведеним случајевима, најочигледније долази до изражаја и услов који се односи на основне фундаменталне поставке института привидног стицаја закона, а подразумева довољност једне диспозиције да обухвати потпуну невредност дела. Јасно је да је овде такво вредновање знатно олакшано, имајући у виду да покушај и припремне радње по својој природи, у односу на следећу фазу у извршењу, подразумевају само парцијалну заштиту правног добра, која је конструисана управо са функцијом да спречи да учинилац избегне казну за до тада преузете радње, у случају да дело није прешло у следећу фазу. Управо се из оваквог резоновања црпи условна примењивост секундарне норме као једна од суштинских карактеристика супсидијаритета, коју проналазимо у свим дефиницијама наведене правне фигуре.

С друге стране, супсидијаритет по основу прогресије код одређених кривичних дела која нужно подразумевају остваривање обележја другог бића кривичног дела, у теорији се доводи у везу првенствено са односом између наношења телесних повреда и убиства, чије се релације појављују у великом броју класификација прећутног супсидијаритета, као један од облика његовог испољавања. У питању је манифестација која се најадекватније може означити термином „транзитни“ деликти, у складу са основном идејом да свако убиство нужно подразумева и наношење телесних повреда, које су самосталне барем у једном тренутку. Ипак, квалификација релације супсидијаритета у наведеним случајевима је условљена околностима ситуационог карактера и захтева додатно прецизирање претпоставки под којима се нанете повреде могу третирали као супсидијарне.

Један од примера из позитивног законодавства који се наводи као манифестација прогресије, односно стадијумског карактера испољавања две инкриминације, јесте случај релација између кривичног дела учествовања у тучи и тешких телесних повреда, онда када се не може утврдити који учесник у тучи је проузроковао наведене повреде<sup>192</sup>, мада супсидијаритет код наведених инкриминација произлази и по основу условне примене једне инкриминације у односу на другу. Осим тога, у домаћој доктрини се као основ супсидијарности у наведеном случају наводи и околност степеновања интензитета повреде истог заштитног објекта.<sup>193</sup> Стога се за релацију супсидијарности између учествовања у тучи и тешке телесне повреде, са правом може рећи да представља најпотпунији пример прећутног супсидијаритета.

---

<sup>192</sup> Б. Чејовић (2006), 313; Ј. Таховић (1961), 262; Љ. Јовановић, Д. Јовашевић, 153.

Исто тако, једна од концепција која наведени пример сматра случајем прогресије, истиче својство инкриминације учествовања у тучи да представља стадијум који претходни накнадном наношењу тешке телесне повреде или лишењу живота. Вид. Б. Златарић, 180.

Иначе, супсидијарност код релација између инкриминација учествовања у тучи и наступања тешких телесних повреда или лишења живота, била је предмет бројних полемика у погледу питања да ли је оправдано применити инкриминацију учествовања у тучи онда када се не може установити ко је учинилац убиства или тешке телесне повреде. Вид. М. Вражалић, „Нека питања у вези са кривичним делом учествовања у тучи“, *Правни живот* 1/1953, 14 – 16. Ово указује да је утврђивање релације супсидијарности релативног карактера, односно да зависи од тумачења, које подразумева укључивање више различитих фактора, а између осталог и оних криминално–политичке природе.

<sup>193</sup> З. Стојановић (2021), 306.

Закључак о постојању привидног идеалног стицаја се у конкретном случају изводи из саме природе и смисла односа две релевантне инкриминације и захтева пажљив процес интерпретације начина доприноса свих учесника у наступању свеукупне последице. Тако, јасно утврђивање који учесник туче је проузроковао тешку телесну повреду, оставља по страни његову одговорност за кривично дело из чл. 123 КЗ, те се иста повлачи пред примарном инкриминацијом тешке телесне повреде.<sup>194</sup>

Као пример прогресије, може се навести и случај прављења лажне исправе које се сматра супсидијарним у односу на њену употребу, иако се у конкретном случају ради о питању малог практичног значаја, с обзиром на саму конфигурацију кривичног дела из чл. 355 КЗ, односно алтернативно прописану радњу извршења.<sup>195</sup>

Супсидијаритет по истом принципу, сходно описаном резонувању, постојао би и у случају односа између алтернативно прописаних радњи кривичног дела фалсификовања, односно између прибављања лажног новца у намери стављања у оптицај и самог стављања у оптицај. Међутим, иако су у конкретном случају испуњени материјални услови примене супсидијаритета, оличени у својеврсној прогресији, упркос појединим теоријским схватањима, сматрамо да би у наведеним примерима предност ипак требало дати принципу консумпције, нарочито имајући у виду да се ради о алтернативно прописаним радњама у оквиру исте инкриминације, што имплицира да се основ негације стицаја састоји у обухватању целокупне невредности дела применом само једне од њих.

Ово је став који се заступа и у судској пракси. Тако, исход квалификације у претходно наведеном примеру може се по аналогији поистоветити и са пресудом Апелационог суда у Крагујевцу, донетом у случају истовременог остваривања обележја кривичног дела навођења на оверавање неистинитог садржаја из ст. 1 и 2 члана 358 КЗ, када је учинилац који је довођењем у заблуду навео надлежни орган да у јавној исправи, записнику или књизи овери нешто неистинито, истовремено и употребио такву исправу. У поменутој пресуди, установљена је одговорност учиниоца само за дело из ст. 2 наведеног члана.<sup>196</sup>

Међутим, постојале су извесне дилеме у погледу тога по којем принципу решења се квалификује случај фалсификовања исправе и њене употребе у служби, што се по аналогији може довести у везу и са претходно наведеним примерима. Тако, долазиле су у обзир и варијанте консумпције, односно накнадног некажњивог деловања, па чак и алтернативитета.<sup>197</sup> Ово указује на сложеност поступка квалификације и неопходност уважавања разлитих аспеката принципа решења чија примена долази у обзир.

---

<sup>194</sup> Тако, у једној пресуди, Суд је исправно закључио да, за разлику од осталих окривљених који су оглашени кривим за кривично дело учествовања у тучи из чл. 123 КЗ, онај учинилац за кога је утврђено да је проузроковао тешку телесну повреду, одговара само за то дело, уз напомену да такав исход није одраз неког другачијег догађаја, већ произлази из истог склопа чињеница. Вид. Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Посл. бр. Кж. 1.163/13 од 24.02.2014. године.

<sup>195</sup> И у овом случају би могло доћи до колизије више основа успостављања релације супсидијаритета. Тако, у литератури се указује на специфичан случај када употреба фалсификоване исправе која је претходно направљена, остане у покушају, при чему превагу односи схватање да би конкретно дело требало квалификовати као прављење лажне исправе, с обзиром да би у случају давања примата покушају употребе, дошло до неоправданог привилеговања учиниоца, имајући у виду могућност блажег кажњавања за покушај. Вид. Б. Златарић, 183; И. Вуковић (2022), 346.

<sup>196</sup> Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж. 1 број 3304/10 од 27.05.2010. године, *Билтен Апелационог суда у Крагујевцу* 2/2010, 51. Кривично дело је квалификовано у складу са тада важећим чл. 235 КЗ.

<sup>197</sup> Вид. Ђ. Лазин, 137 – 139. Лазин заузима став да је суштински реч о алтернативитету, али будући да су испуњени услови супсидијаритета, због блажих правних последица, предност ипак треба дати овом другом принципу решења.

Облици манифестације супсидијаритета по основу прогресије, условљени су општеприхваћеним фазама (стадијумима) у реализацији кривичног дела, који се сматрају релевантним за успостављање кривичне одговорности учиниоца, односно његов улазак у криминалну зону. У нашој домаћој литератури се као фазе које претходе довршењу неког кривичног дела, односно комплетној повреди одређеног правног добра, оличеној у одговарајућој кривичноправној забрани, наводе: 1) доношење одлуке; 2) припремање и 3) покушај.<sup>198</sup>

Из саме природе оваквог степеновања, произлази одговарајућа поступност у пружању заштите кривичноправним добрима, а самим тим и другачији криминално–политички циљеви у успостављању кривичне одговорности учиниоца. Стога, прописивање кажњивости за покушај или припремне радње, има за циљ да обезбеди кажњавање учиниоца у ситуацијама када изостане комплетна повреда одређеног правног добра, тачније онда када се сматра да невредност предузетог понашања која је испољена у претходним фазама, не може бити занемарена у случају изостанка довршења. Та граница кривичне одговорности може бити другачије успостављена у различитим законодавствима, односно законодавцу су на располагању различите законодавне технике у њиховом одређењу.

Из дефиниције ових правних фигура, произлази њихова условна примењивост, тачније условљеност преласком у следећу фазу извршења, али исто тако и својеврсна предетерминисаност њиховог односа са довршењем, односно зависни карактер у односу на ову наредну фазу. Управо из наведених констатација о њиховој правној природи, произлазе суштински аспекти материјалне димензије релације супсидијарности. Другим речима, претпоставља се да је законодавац прописивањем кажњивости покушаја или припремних радњи, имао у виду да је њихова релација са довршењем оличена у односу *minus – maius*, те да се искључује њихова кривичноправна релевантност онда када учинилац пређе у наредну фазу, што говори управо о условној примењивости, као основној карактеристици супсидијарне норме.

Ради се, по нашем мишљењу, о најочигледнијим случајевима констатације релације супсидијарности, у складу са нашом концепцијом о његовој материјалној димензији, који нам уједно могу послужити и као параметар за њено утврђивање и код других појавних манифестација.

Такође, сматрамо да је у овом случају најадекватније изражена и базична идеја стицаја закона, оличена у томе да правна невредност не захтева одвојено кажњавање, уколико је у потпуности или у задовољавајућој мери обухваћена другим примењеним концептом.<sup>199</sup>

У литератури се говори и о њиховој категоризацији у оквиру јединствене правне конструкције, означене као претходна некажњива дела<sup>200</sup>, где може доћи до колизије са појединим облицима консумпције, чије би манифестације требало јасно разграничити. Стога, сматрамо да је и у овим случајевима могуће говорити о својеврсном претходном некажњивом делу, али само под условом да се ти појавни облици диференцирају од претходних некажњивих дела који се сматрају садржаним у консумпцији. У том случају, кључ је управо у различитим материјалним садржајима релација супсидијарности и консумпције.

Исто тако, постоје одређене специфичности у погледу супсидијарности код покушаја и довршења, које су условљене, између осталог, и особеним законодавним техникама у прописивању њихове кажњивости, али и диференцијацијом различитих облика покушаја, односно њиховој релевантности за постојање овог принципа решења.

<sup>198</sup> З. Стојановић (2018), 214.

<sup>199</sup> На то указује и Роксин. Вид. С. Roxin (2014), 997.

<sup>200</sup> Вид. *supra*, 217.

#### 4.1. Супсидијарност код претходних некажњивих дела (интерференција по основу прогресије)

Често се у класификацији појавних облика криминалне прогресије, у домену проблематике супсидијаритета, употребљава и конструкција претходних некажњивих дела. При томе је важно напоменути да се под овим изразом не подразумевају аутономне форме привидног стицаја закона, већ се ради о простом регруписању његових феноменолошких манифестација.<sup>201</sup> То оправдава нашу хипотезу по којој је могуће говорити о претходним некажњивим делима како у случају супсидијаритета, тако и у случају консумпције, под условом да се раздвоје категорије из домена једног и другог принципа решења.

Стога, супсидијарност код претходних некажњивих дела, подразумева јасно дефинисање његових граница, односно ограничења. То је задатак теорије, имајући у виду да за разлику од специјалитета, не проистиче из логичке условљености и предетерминисаности. Пре свега, разумевање супсидијарности код претходних сукажњивих дела, подразумева претходно изношење њихове класификације у теорији, како би се утврдило који облици задовољавају услове третирања у складу са материјалном компонентом принципа супсидијаритета.

Осим тога, овај феноменолошки облик супсидијаритета такође представља поље деловања релевантности утврђивања јединства радње у смислу привидног идеалног стицаја, што се доводи у везу и са критеријумом да су се различити стадијуми оличени у претходној (привидној) и накнадној (главној) инкриминацији, извршили у временском континуитету, тачније један за другим.<sup>202</sup> Овај услов би пак требало тумачити екстензивније, у контексту већ поменутих параметара детерминације јединства радње (понашања) у теорији привидног стицаја, иако се слажемо да би превелики временски распон између претходног и накнадног кривичног дела довео до раскидања функционалних спона неопходних за констатацију привидног стицаја.

Претходна некажњива дела одређују се у литератури као случајеви када претходне етапе *iter criminis*–а, бивају замењене накнадним.<sup>203</sup> Ипак, док постоји општа сагласност да такве манифестације, које се не реализују као типизирана понашања, односно самостална кривична дела, несумњиво потпадају под ове релације супсидијаритета, јер је њихова самосталност директно условљена самим извршењем главног дела, спорне су ситуације када су се поменуте етапе испољиле као посебно инкриминисана понашања, односно када су њима остварена законска обележја посебних кривичних дела.

Иако постоје гледишта према којима се у овим случајевима негира квалификација привидног стицаја закона, у складу са већ поменутих диференцирајућим теоријама<sup>204</sup>, сматрамо да је исправно њихово третирање у оквиру поменутог института. Услов за то је да се јасно дефинишу претпоставке по којима се успоставља граница у односу на аутентични стицај, али и у погледу разграничења у оквиру појединачних принципа решења, пре свега супсидијаритета и консумпције.

Тако, у литератури се указује да супсидијаритет обухвата претходна некажњива дела, оличена у припремним актима који су типизирани (инкриминисани као самостална кривична дела), али само под условом да ни у ком смислу не превазилазе објекат напада.<sup>205</sup>

---

<sup>201</sup> С. Roxin (2014), 1007.

<sup>202</sup> Ђ. Лазин, 90.

<sup>203</sup> Е. R. Zaffaroni, 566.

<sup>204</sup> Тако, на пример, Шмит сматра да је реч о облику привидног реалног стицаја као самосталном облику јединства. Вид. Ј. Р. Matus Асуња (2000а), 342.

<sup>205</sup> Е. R. Zaffaroni, 566.

Сматрамо да је кључно направити разлику између оних манифестација које би саме по себи, и да нису подигнуте на ранг аутономних деликата, по својој природи и суштини представљале стадијуме у извршењу кривичних дела, попут конструкција посебно кажњивих покушаја, или посебно кажњивих припремних радњи, наспрам кривичних дела где таква спона са главним делом не постоји. У другом случају, ради се о самосталним кривичним делима која су се само у конкретном контексту испољила као средство извршења, односно као својеврсна, условно речено, фаза *iter criminis*-а.

Стога, у оквиру прве групе феноменолошких облика претходних некажњивих дела, где спадају посебно кажњиве манифестације покушаја, односно припремних радњи, сматрамо да су испуњени услови за постојање релације супсидијаритета, уколико исти не превазилазе одговарајућу меру, односно интензитет напада на правно добро у односу на главну инкриминацију, што ће бити остварено у највећем броју случајева, с обзиром на природу оваквих аутономних деликата и сврху истих којима се води законодавац приликом њиховог прописивања. Заправо, овде постоји потпуно поклапање са садржајем материјалне компоненте принципа супсидијаритета, оличено у захтеву да је одређено кривично дело претходни стадијум другог и да не проузрокује повреду већег интензитета штићеног правног добра.

С друге стране, у случају када су се самостална кривична дела у конкретном контексту испољила као средство за извршење другог, каснијег дела, под условом да остају у опсегу јединства дела (понашања) заснованог на финалистичко-нормативној оцени, односно да су испуњени специфични услови обухватања невредности дела, сматрамо да постоји привидни стицај по основу консумпције. Ову категорију можемо означити као претходна некажњива дела у ужем смислу, а њихово оправдање више одговара материјалном садржају релације консумпције, првенствено због наглашеног емпиријског карактера вредновања и изласка из домена логичких поставки интерференције.

Иако се може рећи да њихова примена долази у обзир уколико није дошло до реализације главног дела, што представља једно од одређења супсидијаритета, дескриптивног карактера, које наглашава исход примене наведеног принципа, то није у потпуности у складу са његовом материјалном димензијом, односно условом констатације супсидијарности, оличеног у захтеву да представљају мањи интензитет повреде истог правног добра. Наиме, иако је то делимично тачно, нагласак у овим случајевима није искључиво на том фактору, већ на околности да претходно дело губи на значају ако се посматра заједно са примарним. То значи да њихове релације нису формалистичко-вредносног, већ емпиријско-вредносног карактера.

Полазећи од наведеног критеријума разграничења од консумпције, сматрамо да се изразом претходна некажњива дела, у ширем смислу могу обухватити манифестације покушаја, односно припремних радњи у односу са концептом довршеног кривичног дела.

С друге стране, иако се према неким схватањима у савременој немачкој доктрини у ову категорију укључују и манифестације означене као транзитни деликти (однос између повреда и убиства)<sup>206</sup>, постоје извесне специфичности у поступку квалификације које условљавају исход разматрања односа између наведена два правна концепта. Заправо, њихово третирање у оквиру супсидијаритета може под одговарајућим условима имати оправдање, односно условљено је методолошким приступом у поступку тумачења. Управо у тим случајевима највише долази до изражаја интерпретативни карактер института привидног стицаја закона, не само у погледу односа са идеалним стицајем, већ такође и у међусобним релацијама између различитих принципа индивидуализације.

---

<sup>206</sup> Ради се о концепцији која се заступа у немачкој доктрини. Вид. С. Roxin (2014), 1007 – 1008.

## 4.2. Покушај и довршено кривично дело

Један од репрезентативних примера супсидијаритета по основу прогресије, представља однос између покушаја и довршења, као основних фаза реализације инкриминисаног понашања. У општем смислу, покушај представља институт општег дела кривичног права, који одређује претходни стадијум у реализацији неког кривичног дела, чији су услови кажњавања у одређеном кривичноправном законодавству одређени постављеним криминално–политичким циљевима, а подразумева да није дошло до наступања коначне последице.

Манифестација релације супсидијаритета, оличена у односу између покушаја и довршеног кривичног дела, појављује се као регуларна у свим његовим класификацијама<sup>207</sup>, укључујући и рестриктивне концепције, означене од стране Хонига као различити ступњеви реализације кривичног дела, у духу његове поставке о супсидијаритету као релацији заснованој на заштити истог правног добра у различитим стадијумима напада.<sup>208</sup> У сваком случају, сматрамо да фундаментални основ примене правила привидног стицаја код релација између покушаја и довршеног кривичног дела, проистиче из деривативне (изведене) кажњивости овог стадијума у односу на главну инкриминацију, чему у прилог говори и констатација да се услови кажњивости покушаја и иначе могу разматрати једино из перспективе *ex post*.<sup>209</sup>

Специфичност односа између поменутих стадијума, огледа се у наглашавању релација између института општег дела кривичног права, чије су основне карактеристике одређене управо њиховом правном природом и позиционирањем у таквом систему кривичноправних норми, које само по себи указује на условну примену једног концепта у односу на други. У том смислу, у прилог предетерминисаности односа између наведених правних концепата, говоре и тврдње према којима прелазак на фазу довршења увек подразумева и претходну реализацију покушаја.<sup>210</sup> С друге стране, указује се и да је реч о најзначајнијим супсидијарним диспозицијама<sup>211</sup>, које наглашавају управо њихову особину условне примењивости, што без сумње важи за покушај као фазу која претходи довршењу.

У складу са одредбама чл. 30 Кривичног законика Р. Србије, кажњава се за покушај кривичних дела за које се може изрећи казна затвора у трајању од пет година или тежа казна. То подразумева да је његова кажњивост условљена висином предвиђене казне, тачније оне која заправо одговара довршеном кривичном делу.

<sup>207</sup> Тако Е. Mezger, 346; С. Roxin (2014), 1008; Ђ. Лазин, 91; З. Стојановић (2009), 16.

<sup>208</sup> Вид. Ј. Р. Matus Acuña (2000a), 324.

<sup>209</sup> Ј. Р. Mañalich Raffo, „El desistimiento de la tentativa como revisión del quebrantamiento de la norma, Una aplicación del modelo del delito imperfecto“, *InDret* 3.2020, 478 – 479. У том смислу се и напомиње да концепт покушаја може бити детерминисан искључиво у негативном смислу, односно као радња која није проузроковала довршење неког кривичног дела.

Осим тога, релевантна је и констатација према којој је правни концепт покушаја примењив само у случају да изостане реализација главног дела, што је још један основ оправдања његовог привидног карактера у односу на такву инкриминацију. Вид. Ј. Vages Santacana, 76.

<sup>210</sup> F. М. Peña Castillo, 77. Управо то омогућава да се у случају изостанка довршених телесних повреда, квалификација успостави на темељу покушаја истих.

У светлу оваквог закључка, сматрамо да то произлази и из схватања о поклапању, тачније истоветности радње извршења код покушаја и довршеног кривичног дела. Вид. Д. Јаковљевић, „Покушај кривичног дела“, *Анали Правног факултета у Београду* 5 – 6/1971, 540.

Осим тога, у доктрини се упућује и на поклапање намере, односно субјективног елемента између наведених концепата. Вид. Ј. Ђ. Авакумовић, „Покушај“, *Crimen* 1/2015, 92 – 108. Ова два кључна елемента представљају полазни основ несамосталности покушаја у односу на довршено кривично дело.

<sup>211</sup> L. J. Asua, 147.

Поред овог аспекта њихове међусобне условљености, од кључног значаја за постојање релације супсидијарности је разликовање две врсте покушаја – несвршеног и свршеног, у зависности од тога да ли је учинилац предузео комплетну радњу извршења или само њен део.<sup>212</sup> Заправо, поставља се питање да ли постоји разлика између ове две врсте покушаја у погледу њиховог односа са довршеним кривичним делом, који би условио или пак искључио констатацију релације супсидијаритета у конкретном случају. То је било предмет разматрања како првобитних концепција о појавним манифестацијама супсидијаритета, тако и одређених савремених гледишта у погледу правне природе јединства које се успоставља између ове две категорије.

Тако, полазећи од већ поменуте Хонигове концепције, која је према рестриктивном поимању овог принципа решења, обухватала и покушај у односу на довршено кривично дело, аутор је одбацујући поједине критике упућене таквој категоризацији, истакао да се релација супсидијаритета односи само на *несвршени покушај* који претходи довршеном деликту, наводећи пример промашеног пуцња, а потом извршење убиства употребом ножа.<sup>213</sup> Стога, слажемо се са тврдњама да се разматрање консумпције уопште не поставља као могућност<sup>214</sup>, имајући у виду да су манифестације супсидијаритета у овим случајевима ограничене само на несвршени покушај, чиме се разбија спона емпиријске релације, оличене у регуларности испољавања одређеног концепта у односу на други, која би важила код свршеног покушаја.

Област покушаја је за поступак квалификације привидног стицаја закона од значаја и због његових феноменолошких манифестација које се доводе у везу са питањем добровољног одустанка учиниоца од извршења, што представља проблематику улоге привидног стицаја закона у поступку квалификације, односно појавних манифестација самог института.<sup>215</sup>

На крају, важно је напоменути да се у овом домену јављају и још неке теоријске дилеме у поступку квалификације и то у два случаја – када покушају лакшег следи довршење тежег деликта и када покушају тежег, следи извршење лакшег деликта, где се сматра да неће постојати супсидијаритет, јер покушаји лакшег не покривају покушаје тежег деликта, односно покушај једног се не може сматрати средством за реализацију другог и обрнуто.<sup>216</sup> Мишљења смо да у наведеним ситуацијама није испуњен услов релације супсидијарности, оличен у околности да се једна фаза појављује као предетерминисано средство за реализацију друге, због чега би квалификација привидног идеалног стицаја по том основу довела до кршења принципа обухватања невредности дела.

---

<sup>212</sup> Вид. З. Стојановић (2018), 221. Стојановић наглашава да је у случају несвршеног (недовршеног) покушаја, учинилац предузео само део радње извршења, што је само по себи условило изостанак последице, док је код свршеног (довршеног) покушаја, ненаступање последице условљено неким другим факторима.

<sup>213</sup> J. P. Matus Асуња (2000а), 324. Указује се и на Хонигов пример недовршеног покушаја тешке крађе разваљивањем врата, након чега учинилац у одређени објекат уђе кроз прозор. Осим тога, схватање да су испуњени услови супсидијаритета код несвршених покушаја, везују се и за савремену доктрину, мада се напомиње да постоје и гледишта по којима се у описаним случајевима ради о консумпцији.

<sup>214</sup> S. Mir Puig (2016), 655.

<sup>215</sup> Вид. поглавље Феноменолошка димензија, *infra*, 630 – 636.

<sup>216</sup> J. P. Matus Асуња (2000а), 324. Међутим, напомиње се да су постојала чак и одређена компромисна решења, која одбацују како решење стицаја, тако и решење привидног стицаја закона, полазећи од схватања да учинилац треба да буде кажњен за довршено дело, али уз примену казне предвиђене за покушај тежег. Међутим, Хониг ово решење сматра неприхватљивим, истичући да би оно довело до „банкрота“ науке кривичног права.

Иначе, као пример прве групе случаја (када покушају лакшег следи довршење тежег деликта), Хониг наводи однос између покушаја обичне крађе, након које дође до извршења разбојништва, док као пример друге групе (када покушају тежег следи довршење лакшег деликта), аутор наводи случај покушаја разбојништва и довршења крађе.

Као неке од примера случајева где покушају лакшег следи довршење тежег деликта, можемо навести покушај обичног убиства, након чега уследи неки облик тешког убиства, док би се у оквиру друге опонентне варијанте овај закључак могао извести у случају релација између покушаја тешке крађе обијањем или проваљивањем и довршене обичне крађе.

### 4.3. Прогресија код припремних радњи

Паралелно са односом покушаја и довршеног кривичног дела, други репрезентативни облик интерференције по основу прогресије, везан је за специфичности припремних радњи као још једног од општих стадијума у реализацији кривичног дела.

Све што смо навели у погледу правне природе односа покушаја и довршеног кривичног дела, које је условљено предетерминисаним релацијама између општих института кривичног права, важи и за припремне радње, с тим што се у овом домену испољавају извесне специфичности у погледу начина прописивања њихове кажњивости, што може условити чак и хијерархијски највиши степен репрезентативности ових манифестација као облика супсидијаритета по основу прогресије. Сматрамо да је управо та околност била у основи теоријских гледишта која су заступала најрестриктивнији концепт супсидијаритета, ограничен само на припремне радње у техничком смислу.<sup>217</sup>

Пре свега, насупрот легислативним техникама које подразумевају прописивање кажњивости припремних радњи путем посебних одредби општег дела, где би било тешко поставити јасну границу између радње извршења и припремања<sup>218</sup>, подизање припремних радњи на ранг аутономних деликата<sup>219</sup> представља најрепрезентативнији пример прогресије по основу стадијума извршења, у односу на довршење кривичних дела исте врсте и дефинитивно се решава применом принципа супсидијаритета.

Наиме, претпостављени циљ законодавца у прописивању ових инкриминација, манифестује се у криминално–политичким захтевима да се случајеви припремања одређених кривичних дела, због свог значаја, издвоје као аутономни деликти, како би се обезбедило кажњавање и онда када изостане наредна фаза извршења. То подразумева да наступање фазе довршења доводи до колизије те две инкриминације, приликом које се најочигледније испољава деловање начела *ne bis in idem*, али и обухватања невредности дела, као претпоставки квалификације привидног стицаја закона.

Стога, не постоје веће тешкоће у решавању описаних облика сукоба између норми, будући да се ове аутономне конструкције у конкретном законодавству јасно распознају и у случају реализације довршеног кривичног дела, чије се припремање особено кажњава, решавају у складу са принципом супсидијаритета.

Неки од примера посебних кривичних дела чије је аутономно кажњавање условљено нереализацијом кривичног дела на које се дато припремање односи, у нашем законодавству су – кривично дело прављења, набављања и давања другом средстава за фалсификовање из чл. 244б КЗ, посебан облик кривичног дела из чл. 246, ст. 7 КЗ (прављење, набављање, поседовање опреме, материјала и супстанци намењених за производњу опојне дроге), као и договор за извршење кривичног дела из чл. 345 КЗ.<sup>220</sup> Као још један пример, може се навести

<sup>217</sup> Ради се о схватању немачког теоретичара Гирдса. Вид. Ј. Р. Matus Асића (2000а), 342.

<sup>218</sup> Вид. З. Стојановић (2018), 218.

<sup>219</sup> У литератури се у том смислу указује на њихово својство конфигурације деликата *sui generis*, предвиђених као особене инкриминације посебног дела кривичног права, које у различитим варијантама фигурирају у позитивном законодавству. Вид. Д. Јовашевић, „Проблем одговорности и кажњивости за припремање кривичног дела“, *Правна ријеч* 37/2013, 230. Тако и Д. Јаковљевић, „Припремна радња као кривично дело“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/1969, 218 – 219.

<sup>220</sup> Ф. Бачић *et al.*, 218. Вид. и З. Стојановић (2021), 825.



и кривично дело прављења, набављања и давања другом средстава за извршење кривичног дела против безбедности рачунарских података из чл. 304а КЗ.

На тај начин су суштински аспекти наведене феноменолошке манифестације формализовани путем посебних инкриминација, при чему оне у релацији са кривичним делима на која се наведене припремне радње односе, одражавају релацију супсидијаритета.

Са компаративног аспекта, углавном се ради о сличним кривичним делима, чије припремање законодавац сматра релевантним са аспекта аутономне кажњивости, попут радњи које се односе на фалсификовање, удруживање ради вршења кривичних дела, прибављање или поседовање средстава за извршење примарног дела и слично.<sup>221</sup>

И у судској пракси наилазимо на примере супсидијаритета утемељене на описаном поимању односа између припремних радњи, подигнутих на ранг аутономних деликата и оних кривичних дела на која се то припремање односи. Тако, закључак о постојању привидног (реалног) стицаја по основу супсидијаритета, донет је у случају констатације истовременог остваривања елемената кривичног дела финансирања тероризма из чл. 393, ст. 1 КЗ и инкриминација из чл. 391 и 392 КЗ, уз напомену да је прикупљање средстава само претходни стадијум у реализацији примарних инкриминација.<sup>222</sup>

#### 4.4. Прогресија на релацији повреде – убиство

Сврставање односа између наношења телесних повреда и убиства у феноменолошки облик испољавања принципа супсидијаритета, има основ у поимању повреда као неопходног транзитног стадијума, који се дефинише као случај када кажњиви акт (убиство) неопходно пролази кроз различите стадијуме повреде, обухваћене другим законским нормама.<sup>223</sup>

У складу са схватањем немачког аутора Роксина, сматра се да у супсидијаритет спадају и интермедијалне или транзитне фазе које воде ка довршеном кривичном делу.<sup>224</sup>

Дилеме у погледу тога да ли би наведене манифестације требало сматрати супсидијаритетом или пак консумпцијом, проистичу и из блискости материјалног садржаја наведене две релације, где се као основни дистинктивни критеријум појављује околност да ли би одређене инкриминације требало сматрати природним средством за извршење неке

---

Полазећи од инкриминације из чл. 345 КЗ, која се односи на договор за извршење кривичног дела, у судској пракси је примењено наведено правило супсидијаритета и квалификација извршена по основу супсидијарне инкриминације (договор за извршење кривичног дела), онда када се главно кривично дело разбојништва није могло применити у конкретном случају, будући да су учиниоци одустали од извршења. Вид. ВСС Кжм 6/05. Наведено према З. Стојановић, Н. Делић, 304 – 305 фн. 238.

<sup>221</sup> Вид. С. Roxin (2014), 1007. По правилу, удруживање ради вршења појединих кривичних дела, која могу бити и конкретно одређена, као на примеру удруживања ради вршења противуставне делатности из чл. 319 КЗ, појављује се као супсидијарно у односу на накнадно извршена кривична дела. Међутим, такво удруживање, по истом принципу, фигурира као главно кривично дело у односу на позивање на насилну промену уставног уређења из чл. 309 КЗ. С друге стране, можемо се сложити са ставом о решењу стицаја у случају истовремене реализације бића кривичног дела удруживања ради вршења кривичних дела из чл. 346 КЗ и кривичних дела извршених од стране активних субјеката, с обзиром на управљеност намере, која није ограничена само на одређено кривично дело до чије је реализације дошло. Вид. З. Стојановић (2021), 988 и 1056.

<sup>222</sup> Вид. О. Бојовић, „Правни аспекти кривичних дела тероризма у нашем законодавству“, *Билтен Апелационог суда у Крагујевцу* 1/2017, 21 – 22. Још један пример инкриминације, по својој природи супсидијарног карактера представља и кривично дело терористичког удруживања из чл. 393а КЗ, посматрано са аспекта симултаног остваривања обележја кривичних дела из чл. 391, 392 и 393 КЗ. Вид. Н. Делић, „Кривична дела тероризма у Кривичном законнику Србије након Новеле из 2012. године“, *Правни живот* 9/2014, 193 – 194.

<sup>223</sup> Ј. Р. Matus Асућа (2000а), 357. Међутим, постоје дилеме да ли је конкретном случају реч о консумпцији, или пак о супсидијаритету.

<sup>224</sup> С. Roxin (2014), 1006 – 1007.

друге, које произлази из предетерминисаности релација између конкретних законских норми, или пак као ситуационо испољени емпиријски однос. Чини нам се да у случају односа између повреда и убиства, није једноставно успоставити јасну границу између два принципа, будући да тумачење односа између наведених инкриминација може одговарати и једној и другој хипотези.

У погледу њиховог позиционирања у склопу феноменолошких манифестација супсидијаритета по основу прогресије, најадекватније је сврставање у категорију транзитних деликата, с тим што су постојале извесне дискрепанције у погледу обима и домашаја наведене конструкције<sup>225</sup>, које треба имати у виду приликом тумачења појединих доктринарних класификација.

Схватање о повредама као транзитном деликту, које се појављује као неопходна прелазна фаза у извршењу кривичног дела убиства, прихвата се као релевантна у савременој доктрини<sup>226</sup>, а оправдава концепцијом о поштравању понашања повредног карактера, при чему се оно, као супсидијарно, претвара у објекат друге норме.<sup>227</sup> Могло би се рећи да је реч и о случају конкретног супсидијаритета, условљеног особеним карактеристикама односа између две законске норме на индивидуалном нивоу.

У сваком случају, ради се о проблематици поступка квалификације, која захтева уважавање и основних критеријума диференцијације, карактеристичних за однос између привидног и аутентичног стицаја. Док је утврђивање да ли би у случају испуњености услова привидног стицаја закона, наведене релације требало сматрати супсидијаритетом или консумпцијом, релативног карактера, далеко је важније разматрање граничних случајева, нарочито у погледу односа са идеалним стицајем. Из тог разлога се проблематика специфичних манифестација релација између наносења телесних повреда и убиства, појављује као значајан сегмент у утврђивању феноменолошке димензије привидног стицаја закона.

Једна од диференцирајућих концепција, која се користи у поступку квалификације различитих случајева односа између наносења повреда и убиства, јесте и разјашњавајућа функција идеалног стицаја. Циљ критеријума диференцијације садржаног у њеним оквирима, огледа се првенствено у успостављању ограничења у односу на примену правила супсидијаритета, у складу са схватањем да његова констатација долази у обзир само уколико радња којом се реализује транзитни деликт, не обухвата већи садржај невредности од оне својствене каснијем деликту. Самим тим, подразумева се да супсидијаритет изостаје уколико

---

<sup>225</sup> J. P. Matus Асуња (2000а), 357. Ипак, указује се и на постојање одређених концепција, према којима се транзитни деликти схватају у још ширем смислу и укључују не само релације између повреда, већ и између припремних аката, покушаја и довршења.

<sup>226</sup> С. Roxin (2014), 1008. Тако и J. D. J. Restrepo, 24. Наводи се следећа класификација манифестација транзитних деликата: 1) повреде које не прелазе границе оних које одговарају покушају; 2) извршни акти или акти покушаја у односу на довршење; 3) повреде у односу на убиство; 4) деликти апстрактне, наспрам деликата конкретне опасности; 5) деликти конкретне опасности, наспрам оних који доводе до материјализације повреда, под условом да не прелазе проузроковану штету.

Такође, под овом категоријом се подразумевају и релације између припремних аката и покушаја, наспрам довршења истог деликта. Ипак, у погледу наведеног питања, долази до супротстављања између ширег и ужег гледишта, у зависности од тога да ли се уважавају и припремни акти и несвршени покушаји, који нису директно довели до накнадног довршења, или се пак у тим случајевима ради о консумпцији. Поред ових примера, који су донекле спорни у погледу описаног проблема, као преостале две манифестације транзитних деликата, наводе се и релације између инкриминација са конкретном опасношћу у односу на последичне деликте, као и релације између убиства и повреда као његове прелазне фазе. Вид. J. P. Matus Асуња (2000а), 356 – 357.

<sup>227</sup> J. P. Matus Асуња (2000а), 311. При томе се истиче да квалификација деликата повреде долази у обзир само уколико оне нису управљене на убиство.

под таквим условима дође до довршења главног дела, због чега се у овим случајевима прихвата идеални стицај.<sup>228</sup>

У том смислу, у литератури се диференцирају и две теорије од којих једна (теорија јединства) имплицира супсидијарност деликата повреде у наведеним случајевима, што се проширило чак и на покушај убиства, док друга (теорија опозиције), негира привидни стицај код релација између покушаја убиства и тешких телесних повреда.<sup>229</sup>

Квалификација привидног идеалног стицаја, односно проблематика диференцијације у односу на аутентични стицај, у случају специфичних облика испољавања релација између повреда и лишења живота, представља једно од најкомплекснијих питања у овој материји, условљено, између осталог и субјективним детерминаторима. Може се чак рећи и да је опредељење за супсидијарност повреда у односу на лишење живота, или пак њихову консумптивност, условљено и ситуационим околностима реализације законских обележја наведена два кривична дела, конкретно, објективним околностима оличеним у последици која се у конкретном случају остварила. Тако, наступање последице лишења живота, према којој је и био управљен умишљај учиниоца, упућује на консумирање повреда, насталих том приликом. С друге стране, уколико је дошло до изостанка такве последице, уважавање повреда би ставило у први план њихов супсидијарни карактер. Сматрамо да се управо у последњој констатацији огледа начин успостављања линије разграничења. Јасно је да је у питању утилитаристички приступ, оличен у потребама ефикасности и рационализације поступка квалификације, што истовремено упућује на суптилне разлике у опредељењу за једну или другу варијанту, односно њихов мали практични значај у односу на дистинкцију привидног од аутентичног стицаја.

Иако сматрамо да преовлађују разлози за примат консумпције, до сличних закључака би се могло доћи у погледу релационих односа између повреда различите тежине, које се чак, према Лазиновом гледишту, сврставају и у манифестације тзв. непотпуног супсидијаритета.<sup>230</sup>

## 5. Супсидијаритет интензитета повреде

Наспрам манифестација релације супсидијаритета, које подразумевају аутентичне стадијуме у реализацији деликтног понашања, друга варијанта подразумева степеновање повреде одређеног правног добра. Тачније, у овом случају се релација *minus – maius*, манифестује у квалитативном начину утицаја на штићено правно добро. Ипак, не може се говорити о стриктним границама између овог и облика супсидијаритета по основу прогресије, имајући у виду да се одређене феноменолошке манифестације наведеног принципа, у поступку интерпретације могу тумачити и као прогресивни и као интензивирајући.

Полазећи од интензитета повреде правног добра као једног од параметара констатације релације супсидијарности, принцип супсидијаритета се може дефинисати као правно–вредносни феномен, чија правила се примењују у условима колизије норми интензивнијег и блажег утицаја на правно добро.

Иначе, у италијанској доктрини се приликом одређивања појма супсидијаритета наглашава управо фактор интензитета заштите одређеног правног добра, при чему се

<sup>228</sup> J. C. Contreras (1978), 77.

<sup>229</sup> J. P. Matus Асућа (2000а), 338.

<sup>230</sup> Ђ. Лазин, 94 – 95. Аутор указује да се предузимањем узастопних радњи којима се наноси више телесних повреда истом пасивном субјекту, остварују обележја само једног кривичног дела телесне повреде, квалификованог према свеукупној, или пак према најтежој последици.

супсидијарном сматра она одредба која регулише лакши, односно мање озбиљан степен утицаја на неко правно добро.<sup>231</sup>

У најопштијем смислу, може се рећи да код супсидијаритета по основу интензитета повреде, суделује већа амплитуда у протезању утицаја на правно добро. Ипак, када је реч о утврђивању појавних облика ове варијанте, њихова категоризација у стриктном теоријском смислу је донекле отежана специфичностима конкретног случаја у којима се испољава релација интерференције.

Најрепрезентативнији пример степеновања интензитета повреде правног добра, постоји у односу између деликата угрожавања и повреде, тачније њихових манифестација оличених у односу између кривичних дела апстрактне и конкретне опасности, односно конкретне опасности и повреде. Иако се такође може говорити о извесном прогресивном утицају на објекат заштите, у смислу стадијума његовог испољавања, који се изводи управо из правила интерпретације, сматрамо да је у конкретном случају релација супсидијарности примарно оличена у већем интензитету повреде, будући да такав закључак произлази и из тумачења претпостављене сврхе инкриминисања оваквих кривичних дела. Наиме, законодавац је прописивањем правних концепата који описују довођење у конкретну опасност неког правног добра, пошао управо од њиховог блажег утицаја, односно извесног степеновања интензитета повреде.

Међутим, док у наведеним примерима, квалификацију релације супсидијарности није тешко оправдати, у складу са већ дефинисаним правилима, степеновање интензитета повреде се на конкретном плану може манифестовати и као продукт релација између одређених законских инкриминација, где се закључак о супсидијарности изводи интерпретацијом, односно тумачењем смисла и сврхе таквих правних концепата. Ради се о групи случајева које ћемо означити као *контингентни*, односно *конкретни супсидијаритет*, где је процес утврђивања преферентности условљен односом појединачних концепата у кривичноправном систему, који се не могу сврстати у неку од уобичајених класификација.

У најопштијем смислу, може се поћи од дефиниције према којој се примарним сматра онај законски тип који са већим интензитетом утиче на правно добро и самим тим чини интерферентном неку другу правну фигуру, оличену у нападу мањег интензитета.<sup>232</sup>

## 5.1. Кривична дела угрожавања и повреде

Подела на кривична дела угрожавања и повреде, условљена врстом последице која се манифестовала на објекту радње<sup>233</sup>, по својој природи се превасходно испољава у различитим интензитетима утицаја на одређено правно добро. Стога, у дефинисању основа супсидијарности у случајевима колизије између кривичноправних норми које одражавају наведене две врсте квантитативног испољавања деловања учиниоца на објекат радње, сматрамо да треба дати предност фактору интензитета испољавања повреде, иако се може говорити и својеврсној стадијумској прогресији на конкретном плану, што одговара манифестацијама *конкретног супсидијаритета*.

Осим тога, могуће је говорити и о двострукој правној природи ових манифестација у испољавању релација супсидијарности. Тако, Роксин указује на функцију деликата апстрактне опасности која је оличена како у фази која претходи довођењу у конкретну опасност, тако и у мање интензивној претњи поштићена лична и материјална добра.<sup>234</sup> У

<sup>231</sup> I. Pussini (2019b), 10; G. Fiandaca, E. Musco, 202.

<sup>232</sup> M. A. Arce Aggeo, 173.

<sup>233</sup> З. Стојановић (2018), 115.

<sup>234</sup> C. Roxin (2014), 1009.

сваком случају, без обзира да ли се оправдање примене супсидијаритета доводи у везу са једним или другим фактором његове материјалне димензије, правни ефекти су идентични и подразумевају условну примењивост једне од колизионих норми.

Разјашњење функције апстрактне опасности, која се огледа у мање интензивној претњи по правно добро, огледа се у њеном одређењу као могућности за наступање конкретне опасности<sup>235</sup>, што подразумева угрожавање правног добра у генералном (апстрактном) смислу, при чему се одређено понашање декларише као потенцијално опасно само по себи, без обзира да ли је довело до проузроковања последице у виду интензивнијег облика угрожавања. Опредељење законодавца да инкриминише одређене радње по наведеном основу, последица је одговарајућег криминално–политичког приступа, управљеног ка томе да је у одређеним случајевима, хипотетичко стављање у изглед могућности наступања опасности, у довољној мери угрожавајуће по потенцијални објект напада да оправдава самосталну санкцију, чак и када није дошло до материјализације у виду конкретније последице. То указује на испуњеност претпоставки релације супсидијарности у односу на другу последицу, у виду конкретне опасности, када је она наступила, а која с обзиром на јачи интензитет деловања на исто правно добро покрива и основе утемељења деликта апстрактне опасности.

Међутим, за разлику од конкретне опасности, где се остаје у домену угрожавања истог правног објекта, као услова квалификације привидног стицаја закона, не би се могло рећи да исто важи и у односу између деликта апстрактне опасности и повреде. У том случају, за разлику од угрожавања, долази до конкретизације последице у виду повреде односно оштећења индивидуалног објекта, које не покрива истовремено и заштиту правних добара обезбеђену деликтима апстрактне опасности, манифестовану на једном вишем нивоу, у складу са циљем и сврхом њиховог прописивања. Издвајање поменутог односа из опсега примене принципа супсидијаритета, манифестује се у непоклапању објекта заштите, који у случајевима деликата апстрактне опасности подразумева заштиту колективних, а не индивидуалних правних добара, карактеристичних за кривична дела повреде.<sup>236</sup>

С друге стране, прелаз између деликата конкретне опасности и повреде, не мора излазити из домена јединства штићеног правног добра као услова квалификације привидног стицаја закона, због чега се може говорити о релацији супсидијарности између наведених правних категорија.

Овакво резонување се уклапа у основне карактеристике релације супсидијарности, оличене у тумачењу (интерпретацији) претпостављеног односа између одређених општих правних концепата, на основу смисла и сврхе који се им придаје у конкретном законодавству, чиме се успоставља условна примењивост једне од њих на рачун друге, у складу са одговарајућим фактором материјалне димензије поменутог принципа – прогресија по основу интензитета утицаја на правно добро.

Ипак, наведене специфичности, указују на неопходност постављања одговарајућих разграничавајућих критеријума у односу на аутентични стицај, што највише долази до изражаја код деликата апстрактне опасности.

Стога, за квалификацију привидног стицаја закона, у овом случају су релевантне категорије деликата апстрактне и конкретне опасности, као подврста кривичних дела угрожавања, чији међусобни однос, као и однос са деликтима повреде, условљава релацију супсидијарности, у следећим случајевима: 1) однос између деликата апстрактне и конкретне опасности; 2) однос између деликата конкретне опасности и повреде.

<sup>235</sup> З. Стојановић (2018), 116.

<sup>236</sup> J. C. Moliné, 46; S. Mir Puig (2016), 655 – 656. У том смислу, указује се да су из домена релације супсидијарности искључени случајеви односа деликата апстрактне опасности са деликтима повреде, јер су први управљени ка заштити колективних правних добара. Вид. J. D. J. Restrepo, 24.

На овакву категоризацију феноменолошких облика испољавања супсидијаритета, независно од њиховог груписања у шире категорије, наилазимо у скоро свим доктринарним одређењима наведеног принципа решења. Тако, сходно Келеровој класификацији, као један од облика материјалног супсидијаритета, поред супсидијаритета степена извршења, форми учешћа у делу и тзв. случајева конзумпције, посебно место заузима однос између деликата опасности наспрам деликата повреде, где је супсидијаритет условљен захтевом постојања јединства објекта напада.<sup>237</sup>

Поред тога, ове манифестације су фигурирале као варијанта прећутног супсидијаритета и у периоду развоја класичних система, када су према Биндинговој концепцији, представљале један од облика супсидијаритета закона као последице супсидијаритета норми. Сходно наведеном гледишту, на конкретном примеру односа између кривичног дела напуштања немоћног лица и убиства, истицао се условни карактер довођења у опасност, испољеног у оквиру прве инкриминације, наспрам повреде која одговара законском опису кривичног дела убиства.<sup>238</sup> С друге стране, постојала су и схватања према којима се у конкретном случају не ради о форми супсидијаритета, већ о претходном некажњивом делу третираном у оквиру конзумпције.<sup>239</sup>

Као репрезентативни пример супсидијаритета по основу релација између кривичних дела у чијој се основи налази угрожавање, у односу на оне који се манифестују у повреди одређеног правног добра, може се навести однос између угрожавања опасним оруђем при тучи и свађи из чл. 124 КЗ, наспрам тешких телесних повреда насталих под истим околностима.

У погледу опсега примене релације супсидијарности, у наведеним случајевима долази до изражаја критеријум јединства штићеног правног добра, који се појављује као основни дистинктивни фактор у разграничењу од облика аутентичног стицаја. Тако, у литератури постоји сагласност да се као услов примене привидног стицаја закона, односно принципа супсидијаритета, појављује захтев да се наведеним инкриминацијама штити исто правно добро<sup>240</sup>, односно да постоји јединство објекта напада.<sup>241</sup>

Осим тога, у поступку квалификације, наилази се на својеврсна ограничења констатације релације супсидијарности у наведеним случајевима онда када у односу између деликата конкретне опасности и повреде, опасност превазилази проузроковану штету<sup>242</sup>, са чиме се можемо сложити.

Још један од примера супсидијаритета који је, између осталог, од значаја и за разграничење привидног идеалног и идеалног стицаја, односи се на начин квалификације случаја истовремене реализације кривичног дела недозвољеног ношења оружја и убиства извршеног тим оружјем, иза чега се заправо крије проблематика релација између деликата апстрактне опасности и повреде. Управо на конкретном примеру долазе до изражаја сложена

<sup>237</sup> J. P. Matus Асућа (2001), 385.

<sup>238</sup> J. P. Matus Асућа (2000a), 311.

<sup>239</sup> *Ibid.*, 342. Износи се и схватање немачког аутора Гирдса, према коме је у конкретном случају реч о привидном реалном стицају, будући да се супсидијаритет ограничава само на припремне радње у техничком смислу.

<sup>240</sup> C. Roxin (2014), 1009 – 1010. Аутор као пример кривичних дела из немачког законодавства где се такав однос испољава, наводи вожњу у алкохолисаном стању (кривично дело опасности), која је супсидијарна у односу на нехатно лишење живота (кривично дело повреде), истичући да кривично дело нехатног лишења живота штити индивидуална правна добра, за разлику од вожње у алкохолисаном стању, која за предмет заштите има безбедност јавног саобраћаја.

<sup>241</sup> Тако Келер. Вид. J. P. Matus Асућа (2001), 386. На конкретном примеру односа између довођења у опасност, наспрам ношења повреда или пак лишења живота, Келер указује да не постоји јединство објекта напада, будући да би се могло замислити довођење у опасност са умишљајем, које искључује повреду или смрт лица изложеног опасности, што би омогућило његово аутономно санкционисање.

<sup>242</sup> J. D. J. Restrepo, 24. На то се указује и у домаћој доктрини. Вид. И. Вуковић (2022), 347.

правила поступка квалификације, која зависе од околности конкретног случаја, што још једном потврђује хипотезу о немогућности успостављања генерализованих формула општег третмана.<sup>243</sup> У судској пракси се као критеријум за квалификацију идеалног стицаја у конкретном случају наводи околност да је неовлашћено држано или ношено оружје представљало средство за извршење неког другог кривичног дела.<sup>244</sup> У сваком случају, коначан исход ће зависити управо од претходно описаних критеријума тумачења различитих интензитета утицаја на конкретно правно добро.

## 5.2. Конкретни супсидијаритет

За разлику од специјалитета који се решава применом одређених логичко–апстрактних критеријума, супсидијаритет спада у групу принципа који се решавају применом одговарајућих аксиолошких детерминатора. Логичка релација између правних концепата одговара интерференцији, што подразумева да група случајева на који се односи одређени нормативни опис, парцијално коинцидира са другом, што обухвата три аспекта: 1) случајеви који спадају у први концепт, али не и у други; 2) случајеви који се укључују у други, али не и у први концепт; 3) случајеви који су укључени и у први и у други концепт.<sup>245</sup>

За разлику од облика супсидијаритета по основу прогресије, као и његових других манифестација, где се закључак о постојању релације супсидијарности изводи на основу донекле јасно успостављених параметара, у складу са предетерминисаним релацијама између правних концепата које припадају одређеној групи (нпр. деликти апстрактне и конкретне опасности), овај принцип покрива и друге случајеве, тачније оне где се такав закључак изводи на нивоу колизије појединачних законских описа бића кривичних дела.

Сходно томе, није могуће унапред утврдити о којим се ситуацијама ради у општем смислу, без навођења конкретних примера из позитивног законодавства, где се на основу смисла и сврхе појединачних норми може извести одговарајући закључак о постојању релације интерференције између два концепта, релевантне за принцип супсидијаритета, односно услове његовог постојања. У овом случају највише долази до изражаја вредносни карактер релације супсидијарности, односно употреба параметара вредносне оцене у доношењу закључка да се једна инкриминација може сматрати супсидијарном у односу на другу. Ипак, сходно категоризацији феноменолошке димензије од које смо пошли у овом раду, сматрамо да би ове облике испољавања супсидијаритета, требало сврстати у групу утемељену на критеријуму интензитета утицаја на правно добро.

Оправдање особеног издвајања овог облика прећутног супсидијаритета, може се довести у везу са појединим класификацијама у доктрини, које поред његових класичних облика (супсидијаритет форми учешћа у делу, нехатних наспрам умишљајних деликата), издвајају још и везу између одређених појединачних инкриминација, попут односа између учествовања у тучи и убиства или тешких телесних повреда<sup>246</sup>, односа између довођења у опасност општеопасном радњом и тешких дела против опште сигурности људи и имовине<sup>247</sup>, увреде и некада важеће инкриминације клевете<sup>248</sup>, или пак указивања на односе између

<sup>243</sup> G. Vascur Retamal (2019), 564.

<sup>244</sup> Вид. З. Стојановић, Н. Делић, 316 – 317. Као пример, наводи се пресуда АС Кж.1 27/11.

<sup>245</sup> F. M. Рења Castillo, 77.

<sup>246</sup> J. Таховић (1961), 262 – 263; З. Стојановић (2018), 241 – 242.

<sup>247</sup> J. Б. Таховић (1956), 186.

<sup>248</sup> *Ibid.*, 186. Иначе, у домаћој доктрини се указује и на тенденције прихватања супсидијарног карактера увреде у случају истовремене реализације неког другог кривичног дела из групе против части и угледа. Вид. З. Стојановић (2021), 577.

различитих врста истог базичног деликта, односно деловања ублажавајућих или отежавајућих околности.<sup>249</sup>

Сходно томе, за разумевање поменутих случајева прећутног супсидијаритета, од значаја су дефиниције које истичу да се привидни стицај изводи из интерпретације смисла различитих правних концепата<sup>250</sup>, из чега произлази да један од њих претендује да се примени онда када не дође до реализације друге могуће квалификације, јер иста представља тежи облик напада на правно добро.

Док се случајеви супсидијаритета по основу прогресије доводе у везу са плуралитетом радњи у природном смислу, манифестације контингентног супсидијаритета, одговарају првенствено случајевима јединства радње у ужем смислу и делимичном поклапању елемената законских описа бића два интерферентна кривична дела. Стога, може се поставити питање њиховог односа са специјалитетом, с обзиром на подударност одређених законских обележја. Ипак, имајући у виду прихваћену концепцију стриктног логичког карактера принципа специјалитета и услова обухватности свих обележја једне инкриминације другом, због интерференције, која подразумева само њихово делимично поклапање, не може се говорити о потпуној концептуалној обухватности, већ о степеновању интензитета повреде одређеног правног добра. При томе се ефекти прећутног супсидијаритета изводе из значења конкретне инкриминације, у односу са неком другом. То подразумева да законске норме у колизији поседују јединствено заједничко језгро, као и елементе по којима се диференцирају. Управо се у односу на те елементе врши вредносна процена, оличена у вредносном суду о већем интензитету заштите одређеног правног добра. У том поступку, кључно је анализирати сваку правну фигуру појединачно, како би се потврдило да ли једна од њих садржи другу.

Сматрамо да је у овим случајевима реч о особеном проширењу – протезању амплитуде заштите правног добра, која се обезбеђује примарном законском нормом, а проистиче из циљева и сврхе појединачних норми у конфликту. Оваква релација је условљена криминално–политичким циљевима којима се законодавац водио приликом инкриминисања одређених понашања у посебном делу кривичног права. Тачније, процењује се да у складу са вољом закона, један законски тип поседује ексклузивно право на квалификацију дела, док ће се други применити само у његовом одсуству. Јасно је да ова процена захтева сложен процес тумачења, а може се рећи да је у питању једно од најкомплекснијих правила преферентности у случају колизије норми, првенствено због нужног вредносног карактера. Из тог разлога се наведени облици испољавања феноменолошки могу одредити само путем навођења конкретних примера, кроз самосталне ситуационе облике.

У прилог томе говоре и одређења материјалног супсидијаритета, према којима, за разлику од формалног, условна примењивост једне од законских инкриминација произлази из саме природе и односа између законских норми<sup>251</sup>, односно из тумачења саставног односа два прописа, уколико нису испуњени услови специјалитета.<sup>252</sup> Слично томе, у немачкој доктрини се приликом одређивања супсидијаритета, указује управо на овај његов аспект, тачније на околност постојања случајева у којима се подручја примене конкретних норми не подударају у потпуности, већ долази до њиховог пресека, при чему се телеолошки приоритет даје једној норми, док се друга одбацује.<sup>253</sup>

<sup>249</sup> S. Politoff, J. P. Matus, M. C. Ramírez, 459.

<sup>250</sup> A. R. Alberto Chacon, S. G. Cisco Barraza, F. S. Hernandez Rosales, 42; S. Mir Puig (2016), 655.

<sup>251</sup> З. Стојановић (2009), 15.

<sup>252</sup> Ф. Бачић (1995), 313.

<sup>253</sup> C. Schmid, *Das Zusammenspiel von Einheitlichen UN-Kaufrecht und nationalem Recht*, Duncker & Humblot, 2020, 91.



Тако, као један од класичних примера односа између инкриминација који се уклапа у наведена правила, наводи се и релација између кривичних дела неовлашћеног коришћења туђег возила из чл. 213 КЗ и крађе извршене на истом објекту напада, где долази до преклапања појединих елемената законског описа наведене две инкриминације, при чему оне истовремено поседују и себи својствена обележја. На тај начин се један од наведена два концепта (неовлашћено коришћење туђег возила), појављује као напад мањег интензитета на јединственоштићено правно добро, из чега се изводи закључак о његовој супсидијарности. Јасно је да је у конкретном случају испуњен услов обухватности невређености дела применом само једног од наведених интерферентних правних концепата, који с друге стране не испуњава услове прописане за специјалитет.

Полазећи од наведеног парадигматског примера испољавања релације супсидијаритета, немачки аутор Мич (*Mitsch*) његову примену у пракси илуструје наводећи случај када једно лице (А) подстрекне друго (Б) да без овлашћења вози аутомобил у власништву оштећеног (Ц), при чему непосредни извршилац (Б), на крају одузме аутомобил са намером да га присвоји. Дело је квалификовано као крађа, док се инкриминација која се односи на неовлашћено коришћење туђег возила сматра супсидијарном.<sup>254</sup>

Имајући у виду поменуте карактеристике овог правног концепта, као и сличности са специјалитетом, који су условили чак и нека гледишта о примене особене концепције специјалитета, ради обухватања неких од описаних случајева размотрених под окриљем ове правне категорије<sup>255</sup>, за његову констатацију се често захтева и услов да нису испуњене претпоставке специјалитета.<sup>256</sup> То указује на блиску повезаност наведених правних концепата, што је отворило пут и тврдњама да је принцип супсидијаритета већ садржан у другим принципима (специјалитет и консумпција), те да се примењује као њихова инверзија, у складу са правилом да уколико се из било ког разлога не конституише специјална или консумптивна норма, остаје могућност примене генеричке, која би у супротном била обухваћена апсорбованом или специјалном.<sup>257</sup>

Сходно таквом резонувању, поставља се питање његовог односа са другим принципима решења, где у успостављању дистинкције, кључну улогу има материјална димензија релације супсидијарности, оличена у истицању степеновања исте форме повреде одређеног правног добра. Тако, у односу на алтернативитет, где различити казни типови упућују на различите форме повреде истог правног добра, супсидијаритет подразумева да је та форма иста, али да се манифестује у различитим степенима утицаја<sup>258</sup>, што укључује како фактор стадијумске прогресије, тако и параметар амплитуде заштите која се обезбеђује једном и другом инкриминацијом.

Слично томе, за разлику од специјалитета, где не постоји таква градација, будући да је дистинкција између две норме условљена постојањем додатног специјализирајућег елемента, супсидијаритет карактерише својеврсно степеновање начина повреде правног добра.<sup>259</sup>

Међутим, постоје и други критеријуми утврђивања релације супсидијарности. Као један од услова за констатацију супсидијаритета, у литератури се истиче и захтев да је супсидијарно кривично дело, као претходни стадијум, природно средство за извршење другог, што између осталог може да проистиче из самих обележја одређених инкриминација,

<sup>254</sup> W. Mitsch, *Strafrecht Besonderer Teil 2: Vermögensdelikte (Randbereich), Teilband 2*, Springer – Verlag, 2013, 18.

<sup>255</sup> То се односи на тзв. реципрочни (билатерални) супсидијаритет. Вид. *supra*, 324 – 326.

<sup>256</sup> Вид. Ф. Бачић (1995), 313.

<sup>257</sup> *Periodico Oficial* 86/2017, Organo del Gobierno Constitucional del Estado independiente, libre y soberano de Coahuila de Zaragoza, Saltillo, Coahuila 2017, 55.

<sup>258</sup> J. D. J. Restrepo, 22.

<sup>259</sup> *Ibid.*, 22 – 23.

а подразумева и да се тако одређена супсидијарна норма, не може извршити након примарне.<sup>260</sup> У овом случају, постоји конкретизација услова примарности једне норме у односу на другу, на индивидуалном плану.

Може се закључити да је у одређењу ове манифестације прећутног супсидијаритета релевантна констатација према којој исти произлази из саме интерпретације казних типова, где је фундаментална утемељеност одбацивања једне законске норме заснована на идеји квалитативног степеновања интензитета напада, тако да се у утицају на исто правно добро вреднује тежи облик напада и укључује исход произведен у претходним фазама.<sup>261</sup>

С друге стране, на још једном типичном примеру где се поставља питање односа између супсидијаритета и облика аутентичног стицаја, а тиче се евентуалне колизије законских описа бића нарушавања неповредивости стана са једне и обичне крађе, с друге стране, сматра се да постоји реални стицај, имајући у виду да конститутивни елементи нарушавања неповредивости стана не интегришу, нити укључују елементе обичне крађе (не постоји ни делимично преклапање). Квалификација утемељена на аутентичном стицају, овде се појављује као нужан избор, имајући у виду да нису испуњени услови за примену других принципа решења, попут специјалитета или консумпције.

У прилог изнетом закључку, релевантна је и већ поменута дефиниција прећутног супсидијаритета, која се такође може сматрати једном од одредница у констатацији ове релације, односно закључку о постојању интерференције, а подразумева захтев да једна фигура улази у састав друге, као конститутивни елемент или пак отежавајућа околност.<sup>262</sup>

Сви наведени примери указују на примат телеолошког приступа, не само у циљу разграничења привидног и аутентичног стицаја, већ такође и у поступку примене правила преферентности код конкретних принципа решења, што у случају супсидијаритета нарочито долази до изражаја, будући да се излази из домена стриктног логичког приступа. Двострука правна природа привидног стицаја закона огледа се, према томе, и у поступку избора примарне норме, носиоца квалификације.

На овакво резонување упућује и констатација да је закључак о постојању супсидијаритета, у највећем броју случајева препуштен судској анализи појединачних инкриминација у конфликту<sup>263</sup>, што указује да ће поступак квалификације зависити од ситуационе интерпретативне оцене.

Поред већ наведених фактора у утврђивању преферентне норме, који се односе првенствено на већу амплитуду заштите идентичног правног добра, односно смисао и сврху прописивања појединачних инкриминација испољених у одређеном контексту, или пак својство супсидијарне норме да представља природно средство за реализацију друге, поставља се питање релевантности њиховог квантитативног поређења, односно деловања висине казне у таквом интерпретативном процесу. Иако у већини случајева контингентног супсидијаритета, на основу самих примера из законодавства, супсидијарност норме подразумева и већу казну, можемо се сложити са схватањем да се у генералном смислу, решавање проблема преферентности препушта неким другим критеријумима телеолошког карактера, који не морају нужно подразумевати и предност норме са тежом казном.<sup>264</sup>

---

<sup>260</sup> Ђ. Лазин, 88 – 89. Због тога се на конкретном примеру односа између кривичних дела силовања и лаке телесне повреде, негира могућност привидног стицаја по основу супсидијаритета, будући да лака телесна повреда није природно средство за извршење силовања.

<sup>261</sup> С. А. Paredes Vargas, 62.

<sup>262</sup> М. А. Agce Agge, 208. Сходно томе, указује се и да супсидијаритет подразумева преклапање подручја примене две законске норме, а констатација привидног идеалног стицаја произлази из телеолошки оријентисаног разматрања чињеница. Вид. V. V. Henner Apfel, 17 – 18.

<sup>263</sup> Н. Делић (2017), 60 – 61.

<sup>264</sup> J. P. Matus Асућа (2005), 476.

Исто тако, и у судској пракси, наилазимо и на примере где је квалификација супсидијаритета утемељена на ситуационом тумачењу међуодноса између појединих инкриминација, што говори у прилог нашој хипотези. Тако је у једној пресуди, суд констатовао постојање релације супсидијаритета између фалсификовања службене исправе и проневере у случају када је такво фалсификовање претходило противправном присвајању и манифестовало се као саставни елемент обележја кривичног дела проневере.<sup>265</sup>

Карактеристично је да се принцип супсидијаритета може применити и код релација са инкриминацијама из споредног законодавства. Као један од таквих примера, у литератури се наводи однос између кривичног дела закључења правног посла или предузимања радње у случају постојања личног интереса из чл. 582 Закона о привредним друштвима са једне, и кривичног дела злоупотребе поверења у обављању привредне делатности из чл. 224а КЗ са друге стране.<sup>266</sup>

Такође, закључак о супсидијаритету који произлази из смисла и садржаја појединачних инкриминација, може се извести и у случају посебног облика кривичног дела из чл. 194, ст. 5 КЗ (кршење мера заштите од насиља у породици), чија је примена условљена неостваривањем обележја из претходна четири става, у односу на која је супсидијарно.

Може се закључити да су правила поступка интерпретације на основу којих се врши избор преферентне норме у свим описаним примерима, одређена смислом и сврхом појединачних инкриминација, односно контекстом испољавања сваке од њих у релацији са другом у неком кривичноправном систему. При томе, супсидијарност произлази из особине једне од њих да обухвати већу амплитуду заштите истог правног добра, у условима испуњености претпоставки квалификације привидног стицаја (*ne bis in idem*, обухватање невредности дела), као и немогућности примене принципа специјалитета, у складу са постављеним диференцирајућим критеријумима.

Другим речима, основне карактеристике контингентног супсидијаритета, условљене су следећим параметрима 1) заснованост на логичкој релацији интерференције по којој се разликује од специјалитета; 2) већа амплитуда заштите истог правног добра; 3) иста форма (врста) повреде правног добра, која се степењује по интензитету; 4) утемељеност на поступку интерпретације приликом доношења закључака о супсидијарности, што подразумева утврђивање смисла и сврхе појединачних инкриминација.

### 5.2.1. Примена правила преферентности код конкретног супсидијаритета

У домену примене супсидијаритета као правила преферентности, највећи изазов представља утврђивање законитости решавања конфликта између законских норми код случајева означених као контингентни супсидијаритет, између осталог и због непрецизности и неодређености феноменолошких облика код којих долази до изражаја примена наведеног правила, односно специфичности саме релације интерференције, релевантне за конфигурисање супсидијарности у овој варијанти. У вези тога, постоје извесне неусаглашености у теорији.

Наиме, релација интерференције која одговара квалификацији прећутног, контингентног супсидијаритета, често се доводи у везу са манифестацијама стицаја квалификованих и привилегованих правних фигура истог базичног дела, где постоји заједнички опсег примене наведених инкриминација, као и одређени елементи својствени

---

<sup>265</sup> Пресуда Врховног суда Србије Кж 1413/05 од 06.06.2006. Наведено према З. Стојановић, О. Милорадовић, М. Радисављевић, 158.

<sup>266</sup> *Ibid.*, 237.

само једној или другој.<sup>267</sup> Међутим, већ смо приликом разматрања конструкције тзв. „реципрочног специјалитета“, указали на специфичности ових појавних манифестација, које захтевају увођење додатних правила у утврђивању преферентности, а диференцирају се од основа оправдања супсидијаритета. Самим тим, неће бити довољно само констатовати постојање релације интерференције, будући да супсидијаритет не почива искључиво на логичким, већ захтева логичко–вредносне критеријуме, на чије смо специфичности већ указали.

Стога се детерминисање опсега контингентног супсидијаритета своди на навођење ситуационих репрезентативних примера испољавања наведеног правила. То је разлог зашто се у доктрини приликом детерминације облика материјалног супсидијаритета, упућује на релације између појединих кривичних дела, попут односа између кривичног дела учествовања у тучи наспрам убиства и наношења телесних повреда, као и неовлашћеног коришћења туђег возила и крађе<sup>268</sup>, који по нашем мишљењу представљају парадигматске облике супсидијарности по основу прогресије у интензитету повреде.

Као један од најадекватнијих примера деловања интерпретације у поступку констатације супсидијаритета, са аспекта поређења смисла и сврхе појединачних инкриминација, може се навести и однос између кривичног дела учествовања у тучи и убиства, односно наношења тешких телесних повреда, који се у домаћој литератури и истиче као репрезентативан феноменолошки облик прећутног супсидијаритета.<sup>269</sup> Поред тога, сматра се да таква релација постоји и код односа између кривичног дела нарушавања неповредивости стана и тешке крађе, као и лаких телесних повреда у односу на теже<sup>270</sup>, мада се у другом случају могу јавити дилеме у погледу евентуалне колизије са правилима консумпције.

## 6. Супсидијаритет у ширем смислу

У доктринарним класификацијама феноменолошких манифестација супсидијаритета, поред већ описаних случајева где су испуњени услови супсидијарности у ужем смислу, издвајају се и специфични концепти код којих таква релација произлази из својеврсних форми реализације деликтног понашања, објективног или субјективног карактера. Као релевантне категорије у том смислу, истичу се: 1) релације између различитих форми учешћа у делу; 2) релације између различитих форми реализације деликта који се односе на исти објекат – прелазак од нехата ка умишљају, пропуштање наспрам чињења, односно релације између правог и неправог нечињења; 3) право пропуштање наспрам неправог пропуштања (преферира се неправо) – на пример, пропуштање пружања помоћи, праћено убиством извршеним нечињењем, што подразумева не само да се помоћ не пружи, већ и да се други спрече да то учине.<sup>271</sup>

<sup>267</sup> J. P. Matus Acuña (2005), 477. Тако, на пример, наводи се случај релација између квалификованог убиства (чл. 139) и убиства једне од особа назначених у члану 485 (конкуренција два квалификована облика убиства). Заједнички опсег примене чине случајеви у којима се лиши живота на подмукао начин, или за новац (то су квалификаторне околности тешког убиства из чл. 139) нека од особа предвиђена у чл. 485.1 (особена квалификаторна околност). С друге стране, независни опсег чине случајеви квалификованог убиства, где жртва није ниједна од тих особа, као и они у којим убиство неке од назначених особа није извршено ни на један од начина који чине квалификаторне околности тешког убиства.

<sup>268</sup> З. Стојановић (2009), 16. Паралелно са овим манифестацијама, као други примери супсидијаритета се наводе и: 1) покушано и довршено кривично дело; 2) нехатно и умишљајно кривично дело.

<sup>269</sup> Вид. З. Стојановић (2018), 241 – 242.

<sup>270</sup> J. J. Hernández Sánchez, 60.

<sup>271</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 357.

У свим наведеним случајевима, такође се ради о својеврсном облику прогресије у деловању по основу интензитета утицаја на неко правно добро, чија утемељеност пак не почива на класичним релационим односима између правних норми, који произлазе из тумачења њихових природних међусобних утицаја, на нивоу посебног дела кривичног права, већ се супсидијаритет успоставља у односу на специфичне, чисто правне конструкције.

Стога, може се рећи да се ради и о врсти *правног супсидијаритета*, где такав закључак произлази из самих поставки појединих института општег дела кривичног права, на ком нивоу се и решава сукоб између колизионих норми. Као релевантне у поступку квалификације, фигурирају управо регулаторне одредбе које се тичу општих института кривичног права, попут остваривања кривичног дела од стране више извршилаца, врсте радње извршења као једног од елемената бића кривичног дела, односно облика кривике као субјективне категорије.

### 6.1. Форме учешћа у делу

Једна од најспецифичнијих манифестација *правног супсидијаритета*, одређена је детерминисањем такве релације по основу интензитета испољавања улоге учесника у извршењу кривичног дела, у односу на коју се примарним сматра директнији облик таквог учешћа у реализацији последице.

Као релевантне правне категорије за утврђивање релације супсидијарности, издвајају се основни облици саучесништва – непосредно извршилаштво или саизвршилаштво, подстрекавање и помагање, који по наведеном редоследу и представљају степеновање учешћа у извршењу. Иначе, ове манифестације се у доктрини сматрају општеприхваћеним случајевима супсидијаритета.<sup>272</sup>

Први и најинтензивнији облик деловања у реализацији одређеног кривичног дела, представља извршилаштво, које подразумева непосредно предузимање радње извршења од стране учиниоца, што је уједно и репрезентативни начин остваривања последице и норматив квалификације. Подразумева се да то укључује остваривање законског описа неког кривичног дела директним предузимањем радње извршења од стране учиниоца који се у том случају и одређује као непосредни извршилац, односно саизвршилац, уколико је више особа предузело такву радњу. При томе, треба имати у виду да је у складу са одредбама чл. 33 Кривичног законика Р. Србије, сазвршилаштво условљено околношћу да више лица са умишљајем или нехата заједнички изврше кривично дело, или остварујући заједничку одлуку, другом радњом са умишљајем битно допринесу извршењу кривичног дела.

Поред ових форми учешћа у реализацији последице, постоје и његове блаже варијанте, којима се не учествује директно у предузимању саме радње извршења, већ се облици утицаја манифестују као постстрекавање на такво извршење или помагање у истом, који су предвиђени одредбама чл. 34 и 35 Кривичног законика Р. Србије.<sup>273</sup> При томе, док у случају помагања, сам законодавац подразумева могућност блажег кажњавања, што имплицира његов слабији утицај на правно добро, код подстрекавања се степеновање интензитета таквог деловања, врши на основу самог тумачења природе предузетих радњи које чине његову суштинску компоненту у односу на радњу непосредног извршења, по природи ближу повреди одређеног објекта.

<sup>272</sup> S. Mir Puig (2016), 655 – 656; E. R. Zaffaroni, 566. Вид. И. Вуковић (2022), 348.

<sup>273</sup> Одредба чл. 34 КЗ подразумева да ће се казном прописаном за одређено кривично дело, казнити и онај учинилац који другом са умишљајем подстрекне да изврши кривично дело. С друге стране, одредба члана 35 ст. 1 КЗ прописује да ће се казном прописаном за одређено кривично дело, или ублаженом казном, казнити онај ко другом са умишљајем помогне у извршењу кривичног дела.

За квалификацију привидног стицаја закона, у погледу помагања, релевантна је одредба чл. 35, ст. 2 КЗ, која наводи начине на које се оно може испољити, што подразумева давање савета или упутства како да се изврши кривично дело, стављање учиниоцу на располагање средстава за извршење кривичног дела, стварање услова или отклањање препрека за извршење кривичног дела, као и унапред обећано прикривање кривичног дела, учиниоца, средстава којима је кривично дело извршено, трагова кривичног дела или предмета прибављених кривичним делом. Наведени елементи могу бити у колизији са законским описима бића појединих кривичних дела, попут помоћи учиниоцу после извршеног кривичног дела из чл. 333 КЗ, где долази у обзир примена већ поменуте забране двоструког вредновања која се налази у основи института привидног стицаја закона. Ради се о случајевима радњи помагања које су подигнуте на ранг аутономних деликата, односно радње извршења. Међутим, проблематика релација између помагања као облика саучесништва и инкриминације из чл. 333 КЗ, превазилази домен правила супсидијаритета и условљава посебну врсту конфликта, или још прецизније речено, самог претпостављеног домашаја поменутих категорија, на шта ћемо се детаљно осврнути приликом разматрања феноменолошких облика привидног идеалног стицаја.

Један од примера инкриминација код које је радња помагања подигнута на ранг аутономног деликта, јесте и кривично дело прављења, набављања и давања другом средстава за фалсификовање из чл. 244б, које је супсидијарно у случају када учинилац истовремено учествује у извршењу неког од кривичних дела фалсификовања као саизвршилац, или делује као подстрекач.

За квалификацију привидног стицаја закона по основу супсидијаритета, релевантне су следеће манифестације испољавања односа између различитих форми учешћа у извршењу кривичног дела: 1) однос између помагања и подстрекавања; 2) однос између подстрекавања и (са)извршилаштва; 3) однос између помагања и (са)извршилаштва.

У свим наведеним случајевима, критеријуми супсидијарности су утемељени на вредновању интензитета учешћа учиниоца у реализацији инкриминисаног понашања, при чему се предност даје оним његовим радњама које се декларишу као ближе повреди истоветног правног добра, будући да би у супротном дошло до кршења забране двоструког вредновања (*ne bis in idem*).

Констатација која најбоље одражава супсидијаритет у наведеним случајевима, манифестује се у тврдњи да су супсидијарне оне форме саучесништва које не улазе у зону извршилаштва.<sup>274</sup>

Тако, могуће је да се приликом предузимања одређених радњи у реализацији неког кривичног дела, код учиниоца створе услови да делује истовремено као подстрекач и саизвршилац, или пак као подстрекач и помагач. Према владајућим схватањима у доктрини, сматра се да је у тим ситуацијама присутна релација супсидијаритета, тако да се овакве генералне форме третирају као феноменолошки облици привидног стицаја закона.<sup>275</sup> Материјална компонента супсидијаритета, оличеног у условном уважавању слабијих форми учешћа, манифестује се у претпостављеним, предетерминисаним односима између поменутих института општег дела кривичног права, утемељених на фактору интензитета деловања на правно добро.

Стога, уколико, на пример, неко наведе другог на извршење кривичног дела и истовремено му пружи помоћ на неки од предвиђених начина, одговараће само за подстрекавање.<sup>276</sup> Као репрезентативан пример супсидијарности помагања у односу на подстрекавање у литератури се наводи ситуација када учинилац који је подстрекао другог на

<sup>274</sup> J. P. Matus Асућа (2008), 1276.

<sup>275</sup> Вид. J. Таховић (1961), 262 – 264.

<sup>276</sup> C. Roxin (2014), 1011.

убиство, истовремено прибави оружје за извршење истог<sup>277</sup>, где најочигледније долази до изражаја изнето правило.

## 6.2. Врсте радње извршења

За домашај релације супсидијарности, која се успоставља у домену теоријског супсидијаритета у ширем смислу, као правне конструкције, релевантан је и фактор начина предузимања радње извршења, у зависности од тога да ли је деловање учиниоца управљено ка наступању последице, испољено на активан или пасиван начин.

Јасно је да ће се у овим случајевима радити о већем или мањем интензитету утицаја на остваривање циља деловања учиниоца, управљеног ка наступању одређене последице, што проистиче из саме природне детерминисаности односа између активног и пасивног чињења. То уједно представља основ констатације супсидијарног карактера нечињења у односу на чињење у јединством склопу деловања учиниоца.

Наиме, у највећем броју случајева, кривична дела се могу реализовати како чињењем, тако и пропуштањем дужног чињења, а уколико се у истом склопу понашања испоље оба начина дејства, узима се да је по правилу форма деловања, условно речено, блажег интензитета (нечињење), супсидијарна тежој (чињење).<sup>278</sup>

Сматра се да супсидијарност по наведеном основу постоји у случају непружања помоћи наспрам убиства<sup>279</sup>, што би према репрезентативном примеру из литературе, одговарало ситуацији када учинилац нанесе жртви повреде са намером да је убије, а пре него што наступи смрт не учини ништа да је спасе, где се сматра да су испуњена обележја кривичног дела убиства и чињењем и нечињењем. У овом случају, учинилац ће одговарати само за активно убиство у складу са наведеним критеријумом.<sup>280</sup>

За квалификацију је од значаја и подела на права и неправна кривична дела нечињења, будући да се сматра да се релација супсидијарности може испољити и у односу на наведене две правне фигуре.<sup>281</sup> Права кривична дела нечињења подразумевају да се радња извршења у конкретном случају може предузети само нечињењем, у складу са стриктном регулаторном одредбом, док су неправна кривична дела нечињења регуларно прописана као чињење, с тим што се могу извршити и нечињењем.<sup>282</sup>

Заправо, може се рећи да се неправна кривична нечињења, која подразумевају могућност реализације истог законског описа бића како чињењем тако и нечињењем, јављају као најчешћи феноменолошки облик испољавања релације супсидијарности по наведеном основу. То је управо случај са могућим радњама извршења кривичног дела убиства, које се често испољавају као стицај активних и пасивних активности учиниоца.

<sup>277</sup> J. Cuello Contreras (2009), 679.

<sup>278</sup> Са аспекта нашег законодавног решења, такав закључак се пак не може извести у случају неправог нечињења, које не подразумева могућност ублажавања казне. С друге стране, ову констатацију не би требало посматрати искључиво са аспекта тежине правних последица, односно са правне тачке гледишта, већ полазећи од оцене фактичких, природних деловања на објекат радње.

<sup>279</sup> J. P. Matus Асуња (2000а), 357.

<sup>280</sup> J. Cuello Contreras (2009), 679.

<sup>281</sup> J. P. Matus Асуња (2000а), 357.

<sup>282</sup> З. Стојановић (2018), 108 – 109.

### 6.3. Степени кривице

За разлику од радње извршења, где се супсидијарност заснива на релацијама објективног карактера, у супсидијаритет у ширем смислу, у склопу групе различитих интензитета утицаја на правно добро, спада и однос између умишљаја и нехата као облика кривице, уколико се испоље при реализацији исте инкриминације.

Ове манифестације су присутне у скоро свим доктринарним класификацијама супсидијаритета, где се испољавају у виду правила да је нехатно извршење супсидијарно наспрам умишљајног.<sup>283</sup>

Ради се о колизији норми општег дела кривичног права, која се заснива на предетерминисаном степеновању кривице, у складу са општим правилима која умишљај одређују као тежи облик субјективног деловања учиниоца, односно као регуларну форму кривице. С друге стране, одговорност за нехатно проузроковање, условљена је његовим изричитим предвиђањем као таквог, у виду изузетка.

За квалификацију привидног стицаја закона, релевантан је однос испољавања умишљајног и нехатног деловања учиниоца код оних кривичних дела која предвиђају одговорност за нехат, попут убиства. Тако, већина примера ове манифестације супсидијаритета односи се управо на различите случајеве извршења кривичног дела убиства.

Тако, указује се да је нехатно лишење живота супсидијарно у односу на умишљајно у конкретном примеру случаја када учинилац возилом прегази жртву (нехатно лишење живота чињењем), која умре услед задобијених повреда због тога што је учинилац није одвезао у болницу, иако је био свестан истих (умишљајно убиство пропуштањем).<sup>284</sup> Овде уочавамо још једну правилност у домену утврђивања супсидијарности, која се односи на релације између чињења и нечињења са једне, и умишљајног и нехатног проузроковања са друге стране, из које произлази да предност има субјективни критеријум оличен у степеновању кривице, наспрам оног које условљава супсидијаритет нечињења наспрам чињења.

Осим тога, могуће је да учинилац приликом предузимања исте радње извршења у њеним различитим сегментима, поступи у једном случају са умишљајем, а у другом из нехата. Роксин као пример наводи случај учиниоца који лиши живота жртву предузимањем две комбиноване радње (два пуцња), од којих једна одговара умишљају, а друга нехату. У складу са општим правилом, нехатно лишење живота ће се сматрати супсидијарним.<sup>285</sup>

---

<sup>283</sup> E. R. Zaffaroni, 566; S. Mir Puig (2016), 655 – 656.

<sup>284</sup> C. Roxin (2014), 1010.

<sup>285</sup> *Ibid.*



## VIII ПОГЛАВЉЕ

### КОНСУМПЦИЈА

У теорији (привидног) стицаја закона, одређивање места консумпције као једног од правила преферентности, због његовог наглашеног вредносног карактера, није праћено стриктним правилима индивидуализације, карактеристичним за логички утемељене принципе. Наиме, у овом случају долази до манифестације оних фундаменталних карактеристика института привидног стицаја код којих се наглашавају вредносне оцене, оличене у специфичним правилима обухватања невредности дела. Тако, примена правила консумпције представља најрепрезентативнији пример начела обухватања невредности дела и принципа *безначајности* као основа института привидног стицаја закона.

Осим тога, будући да под своје окриље укључује феноменолошке манифестације накнадног некажњивог дела, у складу са наведеним поставкама, законитости консумпције имају велики значај за дефинисање граница примене (привидног) стицаја закона, али и у проблематици утврђивања јединства радње карактеристичне за привидни идеални стицај, односно његову дистинкцију од форми неаутентичног реалног стицаја. Стога, правна природа накнадног некажњивог дела и услови његовог третирања у склопу разматраног института, што је директно одређено факторима детерминације консумпције као правила преферентности, више него било које друго питање, одређује кључне теоријске оквири примене целокупног института привидног стицаја закона, његову идејну заснованост и место у систему кривичног права.

Поред наведеног, код ових облика испољавања консумпције, долази до изражаја и фактор остваривања ретрибутивних циљева кажњавања, који може деловати у правцу сужавања опсега обухватности накнадног некажњивог дела.

Овај принцип, оличен у правилу „*lex consumens derogat legi consumptae*“, поседује особени материјални садржај који се црпи из вредносне оцене околности конкретног случаја, утемељене на криминолошким, односно емпиријским релацијама између законских норми. Увођење критеријума регуларности испољавања неке радње у односу на другу, односно продужења временског опсега комплетирања предузетог понашања на акте обезбеђења и искоришћавања постигнутог, постављају доста непрецизне параметре, који излазе из оквира апстрактног тумачења конкретних правних концепата и захтевају добро познавање целокупне материје посебног дела кривичног права, односно садржаја и опсега примене појединачних инкриминација, штићених правних добара, као и степеновање интензитета невредности сваке од њих. То захтева додатну опрезност у квалификацији и балансирању опречних захтева кривичног права да се с једне стране обезбеди целовитост кривичноправне заштите, а да се исто тако избегне кршење забране двоструког вредновања, односно неправедно кажњавање учиниоца за стицај инкриминација у условима када једна од њих већ у потпуности обухвата прохибитивни садржај друге у материјалном смислу.

Овако одређене специфичности принципа консумпције, отежавају прецизно утврђивање његовог материјалног садржаја, односно дефинисање услова примене наведеног правила преферентности, због чега се у том контексту може говорити само о својеврсним оријентационим критеријумима општег карактера, чија је примена условљена особеностима испољавања одговарајућих инкриминација на конкретном плану.

То карактерише и сама доктринарна одређења наведеног принципа, која се ограничавају на наглашавање фактора довољности једне од инкриминација да обухвати садржај невредности и кривице испољеног понашања у складу са криминолошким

критеријумима повезаним са њиховим конкретним манифестацијама. У овом случају, кључну улогу у разумевању суштинских аспеката примене описаног правила преферентности имају и његове конкретне феноменолошке манифестације, чија је категоризација у доктрини углавном заснована на броју предузетих радњи у стриктном смислу, односно фактору прогресије у реализацији описаног понашања.

## 1. Фундаменталне поставке

### 1.1. Опште карактеристике и правна природа

Једно од најопштијих одређења принципа консумпције, као случаја када суд о невредности једног дела консумира прохибитивни садржај другог и исхода понашања у целини<sup>1</sup>, указује на наглашеност вредносних параметара који превазилазе логичке поставке и концептуалну обухватност једне инкриминације другом. На темељу ове опште карактеристике поменутог правила преферентности, поставља се питање његове правне природе, односно могућности дефинисања њему својствених критеријума успостављања примата једне инкриминације у односу на другу, а самим тим и разграничења од осталих принципа решења, пре свега супсидијаритета.

Првобитни настанак принципа консумпције везује се за особене манифестације стицаја закона, где се негирала могућност примене принципа супсидијаритета, при чему су постојале извесне дискрепанције у одређивању његовог домашаја, у зависности од конкретне фазе историјског развоја. Ипак, пре рада немачког аутора Хонига, који га декларише на темељу вредносног концепта, овај принцип није наишао на ширу прихватљивост, будући да је период класичних система карактерисало његово непрецизно одређење и ограничавање на случајеве сложених кривичних дела и регуларних пратећих деликата.<sup>2</sup>

Хетерогеност релација криминолошке природе, које се доводе у везу са применом правила *lex consumens derogat legi consumptae*, односно детерминишућих фактора попут регуларности испољавања неког понашања и покривања невредности целокупног исхода применом само једне од формално примењивих инкриминација<sup>3</sup>, постављају питање релевантности принципа консумпције, чије одреднице одударају од правила карактеристичних за фигуру правног карактера, попут оних која важе за специјалитет или супсидијаритет. Осим тога, диспаратет консумирајуће и консумптивне диспозиције, који се огледа у изостанку било каквих формалистичких поклапања њихових елемената, знатно отежава изналажење оправдања искључења стицаја по основу забране *ne bis in idem*, што пак тежиште у тумачењу помера на оцену таквог двоструког вредновања са аспекта материјалне димензије. То с друге стране, у поступку квалификације знатно повећава ризик погрешне оцене о постојању реалног стицаја код појединих манифестација консумпције, онда када очигледно нема формалистичког поклапања елемената датих инкриминација, а уз то је још и оцена компатибилности вредносног садржаја утемељена на недовољно репрезентативним критеријумима са правног аспекта. Ово је донекле и разумљиво, с обзиром да кривично право почива на прецизним правилима формалног карактера, због чега увођење варијабилних параметара, условљених емпиријским и криминолошким факторима, нужно ствара својеврсне сумње у погледу њихове репрезентативности и домашаја. Ако се томе дода и околност да је чак и изван ових случајева, оправдање института привидног стицаја закона постављено на доста рестриктивним основама, јасно је због чега примена принципа

<sup>1</sup> J. D. J. Restrepo, 25.

<sup>2</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 325. Тако и И. Вуковић (2022), 348.

<sup>3</sup> J. Cuello Contreras (2009), 682.

консумпције у овом домену додатно доприноси увећању сложености поступка квалификације.

Описане тешкоће у квалификацији, подједнако важе и у случајевима односа са идеалним стицајем, где се сусрећемо са проблемима другачије врсте, имајући у виду да је тешко поставити јасну границу између захтева за обезбеђењем целовите кривичноправне заштите, кроз уважавање сваке конкретне манифестације невредности која је релеванта за остваривање сврхе кажњавања и неких степеновања значаја две инкриминације са аспекта њиховог међусобног односа. Са те тачке гледишта, тешко је пре свега пронаћи адекватно утемељење искључења стицаја на основу „безначајности“ једне правне норме у односу на другу, тачније случајева тзв. *инклузије* као манифестације консумпције.

Сходно томе, иако се не негира консумпција као један од случајева привидног стицаја норми, у литератури се истиче комплексност релација које су покривене наведеним правилом преферентности, а самим тим и нужност њиховог детаљнијег изучавања и прецизирања.<sup>4</sup> Међутим, и поред тога што би доктринарна настојања дефинитивно требало усмерити ка прецизирању критеријума његове примене у што већој мери, са правом се може поставити питање генералне могућности њиховог *a priori* одређења као општеважећих и несумњивих правила примењивих на све појединачне манифестације консумпције.

Имајући у виду основне карактеристике принципа консумпције, оличене у констатацији да оцена невредности једне инкриминације покрива садржај друге, што произлази из њихове емпиријске повезаности, односно конкретне феноменолошке манифестације, може се указати на постојање извесних практичних тешкоћа у разграничењу случајева који се сматрају регулисаним овим правилом преферентности. Тако, сматра се да су оне условљене позивањем на извесне аксиолошке и вредносне одлуке<sup>5</sup>, односно наглашавањем приступа који произлази из конкретног плана извршења, а не из апстрактног односа између законских описа две инкриминације.<sup>6</sup> Самим тим, механизми констатације релације консумпције, односно тумачења међусобних односа између правних концепата, померају се на терен криминално–политичких фактора, што захтева додатну опрезност у балансирању различитих захтева кривичног права, почев од целовитости кривичноправне заштите и остваривања превентивних и ретрибутивних циљева кажњавања, па до пропорционалности изречене казне и забране двоструког вредновања истих околности.

Оваква правна природа наведеног принципа решења, отворила је пут и појединим концепцијама, које су уместо консумпције једног законског описа другим, говориле о консумпцији самих казнених претњи<sup>7</sup>, чиме би заправо дошло до значајног сужавања опсега његове примене и искључења појединих феноменолошких манифестација заснованих на плуралитету радње у стриктном смислу, а самим тим и измештања накнадног некажњивог дела из опсега института привидног стицаја закона.

Управо су ове недоумице у погледу њене правне природе, довеле до тога да се о консумпцији често говори као о резидуалном и контингентном критеријуму, чија примена долази у обзир само уколико нису испуњени услови за друге принципе решења, у ситуацији када се један законски опис појављује као акцесорни или типични (пратећи) у односу на

<sup>4</sup> G. Bigli, G. Javier, 49 – 50.

<sup>5</sup> O. Artaza, R. Mendoza, L. Rojas, 164.

<sup>6</sup> L. Rojas Morán, 277. Вид. И. Вуковић (2022), 348.

<sup>7</sup> Вид. J. P. Matus Асуња (2000а), 312. Идеја да се код консумпције ради о консумпцији једне казнене претње другом, међутим, показује се као неодржива, уколико се у њене оквире укључи и конструкција накнадног некажњивог дела, односно могла би опстати једино ако се институт стицаја закона схвати у најужем смислу. Стога се са правом указује да хипотеза о ирелевантности висине казне за примену конструкције накнадног некажњивог дела, односно могућност искључења чак и привидног (накнадног) дела са већом казном, чини неодрживом идеју о консумпцији једне казнене претње другом.

други, или пак као безначајан у односу на њега.<sup>8</sup> Према једном од таквих гледишта у литератури, због тешкоћа у примени, заснованих на наглашавању вредносног суда у квалификацији, сматра се да консумпција служи као критеријум којем треба прибећи у ситуацији када нису испуњени услови за неко специфичније решење привидног стицаја закона.<sup>9</sup>

У немачкој доктрини, при разматрању консумпције, указује се да исти представља најконтроверзнији принцип, односно најспорнији облик правног јединства, између осталог и због тога што није логички утемељен попут специјалитета, нити је оријентисан ка јединственој заштити правних интереса, као што је случај са супсидијаритетом.<sup>10</sup> Томе се додаје још и околност да консумпција заправо нема сопствену концептуалну структуру.<sup>11</sup>

Овакво прелиминарно одређење принципа консумпције, прејудицира и потенцијалне проблеме, како у утврђивању његових фундаменталних поставки, тако и у дефинисању услова примене, односно прецизирања правила за решавање конфликта између правних норми као предуслова квалификације привидног стицаја закона.

У сваком случају, полазећи од општег поимања консумпције као принципа чије се оправдање доводи у везу са апсорбовањем невредности једног казненог типа у односу на други и томе својственом искључењу пунитивне функције једног од њих<sup>12</sup>, може се указати на неколико основних карактеристика овог правног концепта.

Пре свега, поред истицања да се релација консумпције не заснива на логичко–формалним спонама, већ на вредновању, које има за циљ спречавање кршења принципа *ne bis in idem*, за квалификацију привидног идеалног стицаја, од кључног значаја је њена утемељеност на *нормативно–социјалном јединству дела*, уместо на природном јединству.<sup>13</sup> Управо то указује на већ поменуто брисање граница између привидног идеалног и привидног реалног стицаја у стриктном смислу, које се повлаче пред јединственом нормативном оценом целокупног понашања. На тај начин се манифестације појединих претходних и накнадних некажњивих дела инкорпоришу у оквиру института привидног идеалног стицаја, у склопу консумпције, водећи се њеним суштинским критеријумима.

Такође, наглашени вредносни суд у утврђивању примата једне инкриминације у односу на другу, знатно отежава прецизно дефинисање критеријума решавања конфликта и фактора детерминације консумпције, због чега се може говорити само о извесним смерницама у квалификацији, које доприносе закључку о постојању наведене релације.

## 1.2. Начелна оправдања

Основ и оправдање консумпције се огледа у идеји да је законодавац, приликом инкриминисања одређеног понашања, иако то не произлази директно из њихових концептуалних елемената, имао у виду и невредност других правних фигура, које се манифестују као његова типична пратећа, односно претходна или накнадна (некажњива)

---

<sup>8</sup> L. Rojas Morán, 285.

<sup>9</sup> J. D. J. Restrepo, 27 – 28.

<sup>10</sup> R. Maurach, K. H. Gössel, H. Zipf (2014), 664; J. Wessels, W. Beulke, 305. И поједина гледишта у домаћој доктрини такође указују да је реч о најспорнијем облику привидног идеалног стицаја, који се чак може свести и на супсидијаритет. Вид. З. Стојановић (2009), 17.

<sup>11</sup> V. V. Henner Apfel, 23.

<sup>12</sup> E. Vacigalupo (1996), 240. Релација консумпције се у најопштијем смислу доводи у везу са ситуацијама када је садржај невредности и кривнице једног законског типа, садржан (укључен) у другом, односно, другим речима, када реализација једног типа (тежег), у складу са општим правилом, укључује реализацију другог (мање тежег).

<sup>13</sup> J. D. J. Restrepo, 27.

дела. На тај начин, долази до изражаја својеврсно рангирање штићених правних добара са аспекта претпостављених криминално–политичких начела, којима се законодавац води у материји кривичног права.

У том контексту, у литератури се указује на постојање одређених инкриминација за које је карактеристично да у себи садрже и биће других кривичних дела, тако да долази до њихове паралелне реализације.<sup>14</sup> Управо ова констатација представља полазну основу у оправдању консумпције као једног од принципа решења привидног стицаја закона, односно његових кључних фактора детерминације, оличених у обухватању садржаја невредности и регуларности испољавања неког понашања.

Иако се ради о општеприхваћеном принципу класичних система, постојале су и извесне доктринарне тенденције управљене ка негирању његовог особеног правног карактера, нарочито спорних манифестација претходних и накнадних некажњивих дела.<sup>15</sup> Ово можемо приписати превасходно недовољно јасним границама у односу на форме супсидијаритета и специјалитета, односно поклапању материјалних основа примене наведених принципа решења. То је и разлог зашто се често у хијерархијској категоризацији принципа решења, због свог вредносног карактера, консумпција условљава претходним искључењем могућности примене логички утемељених принципа – специјалитета и супсидијаритета.<sup>16</sup>

На одређења консумпције, заснована на хијерархијској повезаности штићених вредности, наилазимо и у англосаксонском кривичном праву, где се манифестује у виду доктрине „*lesser included offence*“, а заснива се на релацији између норме која описује већи напад на штићену вредност и оне која описује лакшу повреду, при чему прва има предност над другом, будући да се показује као ефикаснија у заштити одређених вредности.<sup>17</sup> У објашњењу примене поменутог правила у међународном кривичном праву, полази се и од метафоре два круга, од којих је један (мањи) у потпуности обухваћен другим (тежим) и појављује се као неизбежан у конфигурацији његовог материјалног садржаја.<sup>18</sup> Имајући у виду наведена правила, јасно је да се ради о другачије формулисаном принципу консумпције, који је у англосаксонском праву детерминисан као правило генералног карактера за све случајеве искључења стицаја.

На сличан начин се овај принцип схвата и у земљама европско–континенталног кривичног права, мада није увек постојао јасан став о прихватању његовог стриктног вредносног карактера, односно придавању пуног значаја дискреционим оценама у поређењу невредности обухваћене различитим инкриминацијама.

---

<sup>14</sup> Љ. Лазаревић (2011), 284. У том смислу, указује се и на својеврсно екцесивно умножавање казних типова. Вид. Т. Guerrieri, 317.

<sup>15</sup> I. Pussini (2019b), 13. У контексту разматрања претходних и накнадних некажњивих дела, указује се да није реч о аутономним правним фигурама, већ о сегментима *iter criminis*–а.

<sup>16</sup> L. Della Ragione, 276.

<sup>17</sup> Вид. J. A. Shellenberger, J. A. Strazzella, „The lesser included offense doctrine and the constitution: The development of due process and double jeopardy remedies“, *Marquette Law Review* Vol. 79 1/1995, 1 – 189.

Иначе, као услов за примену правила „*lesser included offence*“, наводи се захтев да норма која се односи на лакшу повреду фигурира као нужни елемент друге, шире. При томе се сматра да могућност остваривања свеобухватније (шире) инкриминације, без симултане реализације лакше, указује на то да нису испуњени услови њеног потискивања у коначном исходу квалификације. Вид. К. Huigens, „The Doctrine of Lesser Included Offenses“, *University of Puget Sound Law Review* 16/1992, 186.

Ово доста личи на типичне услове консумпције, односно критеријум регуларности као фактор детерминације наведеног принципа решења.

<sup>18</sup> К. Ambos, *Treatise on International Criminal Law: Volume II: The Crimes and Sentencing*, Oxford University Press 2014, 248. При томе се подразумева да инкриминација представљена у форми ширег круга, поседује и додатне елементе. Као пример се наводи случај релација између крађе и разбојништва.

Ако пођемо од корена настанка наведеног принципа, на непостојање јасне слике о фундаменталном оправдању консумпције, указује и чињеница да првобитни, доста широк и непрецизан концепт, уведен од стране представника класичних система, није наишао на једногласан став у доктрини у погледу његове правне природе, што је условило спорадична одбацавања његовог кривичноправног значаја али и рестриктивна поимања и редуковање примене истог само на случајеве када се један правни концепт појављује као регуларно средство за извршење другог.<sup>19</sup> Међутим, свакако највеће тешкоће у његовој индивидуализацији и развијању самосталног и аутономног значаја, имала је колизија са појединим облицима испољавања супсидијаритета. Већ смо указали на особености феноменолошких манифестација претходног некажњивог дела, где некада није једноставно разграничити да ли повлачење једне диспозиције у односу на другу произлази из аксиолошких или правних критеријума, односно истовремено и из једних и из других. Из тог разлога је дефинисање фактора детерминације једног и другог правног концепта од значаја за њихово разграничење. На релативност ових критеријума и адекватност аргумената у прилог и једној и другој варијанти, указују бројне доктринарне концепције, које сужавају опсег примене једног принципа решења на рачун другог. Тако, својеврсну теоријску конфузију стварају она гледишта која под окриље консумпције сврставају типичне облике супсидијаритета, попут релација између покушаја или припремних радњи и довршеног кривичног дела, односно специфичних односа између деликата конкретне опасности и повреде.<sup>20</sup>

Ипак, тешко је говорити о стриктним диференцирајућим критеријумима изван разматрања конкретних случајева испољавања релација између две инкриминације у пракси, што указује да је приступ проблемског карактера у квалификацији привидног стицаја закона релевантан не само у домену дистинкције од форми аутентичног стицаја, већ такође и када је реч о успостављању граница између различитих принципа решења.

Стога, иако се не слажемо са констатацијом да консумпција представља само једну форму супсидијаритета, што подразумева обухватање више хетерогених случајева<sup>21</sup>, тешко је поставити прецизну линију разграничења у поступку квалификације, која би била лишена могућности истицања контрааргумената у прилог друге варијанте. Сматрамо да материјални садржај консумпције пружа доста шири опсег за квалификацију привидног стицаја закона, због чега би се могло рећи и да задире у правила других принципа решења, где би се такође могло говорити о својеврсном покривању невредности које одговара консумпцији.

Јасно је да овакве особености принципа консумпције, представљају одраз основних начела института привидног стицаја закона, што подразумева пре свега обухватање невредности дела и принцип безначајности, манифестованих у правилу да приликом квалификације, као критеријуме детерминације казне треба узети у обзир све казнене типове, осим уколико је неки од њих остављен по страни због тога што је његова невредност садржана у другом, или је пак безначајна.<sup>22</sup> С друге стране, у примени наведеног правила преферентности, иако не тако очигледно, испољава се и деловање принципа *ne bis in idem*, као једног од кључних начела института привидног стицаја закона. Тако, консумпција се појављује у функцији његове заштите онда када је интегритет понашања неког субјекта

<sup>19</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 325.

<sup>20</sup> Увођење консумпције у теорију стицаја закона, приписује се и неприхватању концепције супсидијаритета од стране појединих теоретичара, што је условило да се његове традиционалне манифестације, попут различитих фаза извршења, односно облика учешћа у делу и релација између деликата конкретне опасности и повреде, пребаце на терен консумпције. Ипак, постојале су дискрепанције у погледу њеног домаћаја, тако да су је поједини теоретичари ограничавали само на претходна довршена дела, законом регулисане припремне акте у односу на припремано дело и релације између деликата конкретне опасности и деликата повреде. Вид. J. P. Matus Acuña (2000a), 325.

<sup>21</sup> J. C. Contreras (1979b), 468.

<sup>22</sup> L. Rojas Morán, 285 – 286.

уклопљен у јединственом вредновању прекора који исти заслужује<sup>23</sup>, што указује да је примена наведеног правила преферентности, заснована на идеји да би неискључивање једне од законских норми конкурентних типова, довело управо до кршења принципа *ne bis in idem*.<sup>24</sup>

Прожимањем свих аспеката поменутих начела, у случају конзумпције, долази до стварања специфичне правне конструкције, означене као *вредносна утемељеност*.<sup>25</sup> У практичном смислу, то указује да ће се у поступку решавања колизије између законских норми, више него код других принципа решења, између осталог, ценити и остваривање сврхе кажњавања са аспекта превенције и ретрибуције. Ово највише долази до изражаја код манифестација накнадног некажњивог дела, где се чак критеријуми њиховог домашаја одређују сходно могућностима накнаде штете причињене оштећеном, као једног од кључних ретрибутивних циљева.

Треба имати у виду да основна карактеристика утемељености на вредносној оцени, произлази из обухватања материјалног садржаја кривичноправне забране, која превазилази њене дескриптивне елементе. Таква концепција имплицира и наглашавање општих начела теорије казне у примени преферентних норми, што подразумева деловање у складу са правилом да се пред описаним стицајним проблемом, судија мора руководити захтевом за уважавањем свих релевантних казних типова, осим у случајевима манифестације пенолошке сувишности, услед околности да је невредност једног од казних типова садржана у другом.<sup>26</sup> Кроз наведену констатацију, испољавају се деловање захтева потпуне обухватности невредности дела са једне, односно забране *ne bis in idem* у таквом материјалном вредновању, са друге стране.

У даљој конкретизацији оправдања преферентности једне законске норме у описаним случајевима, нарочито се истиче и значај једног од можда најспорнијих концепата у овој материји, који се тиче ефеката деловања критеријума „безначајности“, код оних манифестација конзумпције везаних првенствено за случајеве тзв. инклузије, где се незнатна штета нанета приликом извршења тежег кривичног дела сматра конзумираном њиме.<sup>27</sup> Ради се о чистом вредносном, криминално–политичком критеријуму, који је својствен управо конзумпцији. Међутим, његов домашај би требало посматрати рестриктивно, нарочито имајући у виду потенцијалну опасност задирања у кршење неких од основних принципа кривичног права, где се доводе у питање захтеви за пружањем целовите кривичноправне заштите, посебно са аспекта интереса оштећеног, на рачун рационализације у поступку квалификације.

Осим тога, могуће је у склопу привидног стицаја закона, под окриљем конзумпције, идентификовати и одређену улогу принципа пропорционалности казне, уско повезаног са забраном *ne bis in idem*, оличеног у претпоставци да је казна за главно дело довољна, односно да би обједињена примена ове и казне привидног дела била диспропорционална. Наиме,

---

<sup>23</sup> F. M. Peña Castillo, 81 – 82.

<sup>24</sup> O. Artaza, R. Mendoza, L. Rojas, 147. Стога се и указује да је примена принципа конзумпције управо у функцији заштите начела *ne bis in idem*, односно захтева праведности и рационалности правног система. Тако M. Bortoluzzi, 118.

<sup>25</sup> S. Soler, 213 – 214. У том смислу, Солер истиче да се конзумпција успоставља по основу тога што један од казних типова поседује у тој мери супериорнију вредност да, како сам законски опис, тако и предвиђена казна теже правне фигуре, у потпуности остварују и сопствену, и пунитивну функцију другог законског типа.

Слично томе, указује се да се конзумпција своди на вредновање природе и степена неправга садржаног у пратећем делу. Вид. З. Стојановић (2009), 17.

<sup>26</sup> L. Rojas Morán, 288.

<sup>27</sup> *Ibid.*, 286. Принцип *безначајности*, као један од основа утемељености релације конзумпције, у литератури се доводи у везу са конкретним манифестацијама наступања штете, нанете приликом извршења неког тежег кривичног дела, попут убиства (практична манифестација безначајности).

суштина поменутог принципа, заснива се на хипотези да је услед поклапања елемената идентитета активног субјекта, радње (понашања) и самих чињеничних основа предузетог понашања, искључена могућност примене више од једне санкције.<sup>28</sup>

Међутим, са правом се указује да се не сме занемарити чињеница да се наведена забрана у својој суштинској варијанти манифестује као правило које функционише по основу „субсункције“, а не ефеката пондерације казне.<sup>29</sup> Према томе, може се закључити да је поступање у складу са критеријумом обухватања невредности дела, само делимично условљено параметрима балансирања у висини (пропорционалности) предвиђених казни.

С друге стране, релативност оцене фактора садржаја невредности, испољава се не само на квалитативном, већ и на квантитативном плану. Тачније, указује се на могућност да оцена постојања консумпције подразумева довољност обухватања највећег дела садржаја невредности, а не и његовог тоталитета<sup>30</sup>, што је по нашем мишљењу решење које највише одговара стварности, имајући у виду да би очекивања његове потпуне обухватности, одговарала неком идеалном систему и концепцији која би била тешко одбрањива.

Начелна оправданост консумпције, са аспекта теорије казне, има одраз у домену проблематике остваривања превентивних и ретрибутивних циљева кажњавања. Са овог аспекта, у литератури се посебно разматра питање штете која је жртви нанета накнадним делом, односно оправдања квалификације привидног идеалног стицаја, у складу са остваривањем претпостављених ретрибутивних ефеката путем примене само конзумирајуће инкриминације.<sup>31</sup>

Сматрамо да је управо ово питање условило и утицало на дефинисање основних предуслова сврставања накнадног некажњивог дела под окриље привидног идеалног стицаја по основу консумпције. Ако се осврнемо на основне захтеве који се тичу претпоставки да се накнадним делом не проузрокује повреда новог правног добра, односно да не долази до настанка нове штете, јасно је да су ови фактори вођени управо критеријумима остваривања поменутих ретрибутивних циљева. Такав закључак је несумњив у случајевима стриктног јединства радње, онда када је очигледно да пратеће дело не генерише никакву нову штету која би захтевала додатни прекор учиниоцу, нарочито уколико је однос између конзумирајуће и конзумиране инкриминације такав да из њихове релације директно произлази да је једна обухваћена другом, као њена регуларна и паралелна појава.

Међутим, са правом се поставља питање оправданости консумпције невредности са аспекта ретрибутивних тенденција онда када се једна законска норма појављује као безначајна у односу на другу, али се не може негирати да у одређеној мери утиче на повреду права оштећеног, уз аргумент да би законодавац наведену околност узео у обзир приликом саме регулације, да је желео да изостанак кажњивости услови тиме да једно дело нормално прати друго.<sup>32</sup>

На сличан начин се може посматрати и остваривање циљева генералне и специјалне превенције. Тако, сама околност да је на пример накнадним делом дошло до повреде новог правног добра, указује да би остваривање поменутих превентивних ефеката, захтевало примену одредби о стицају кривичних дела, што је условљено и већим степеном кривице учиниоца.

---

<sup>28</sup> Т. С. Campos, 196.

<sup>29</sup> L. Rojas Morán, 287.

<sup>30</sup> *Ibid.*, 288.

<sup>31</sup> F. Szczaronski, 520 – 521.

<sup>32</sup> *Ibid.*, 521. Као типичан пример се наводи штета која прати извршење тешке крађе. Сматра се да то треба тумачити полазећи од хипотезе да се у конкретном случају, штета коју трпи жртва не објашњава путем просте деструкције имовине, већ по основу чињенице да су правна добра вандализована, тако да то генерише другачију врсту повреде. Иако је евидентно да је, на пример, оштећење секундарног карактера, то не искључује околност да оно проузрокује штету жртви, и самим тим повећава аспект прекора и оправдава већу казну.



Сходно томе, ове претпоставке условљавају и одређења консумпције, која у први план стављају управо претпостављене циљеве кажњавања. Такође, указује се да једна од законских инкриминација садржи супериорну вредносну оцену, која обезбеђује да сам законски тип, као и њиме прописана казна у потпуности реализују пунитивну функцију свих норми у конфликту.<sup>33</sup>

Као што смо већ напоменули, основна теоријска заснованост релације консумпције, доводи се у везу и са принципом „безначајности“, репрезентативним за наведено правило преферентности, који привидном идеалном стицају додаје особени материјални садржај у односу на остала фундаментална начела. Исти се дефинише као емпиријска релација између два дела која могу бити квалификована у складу са два или више законских описа, при чему се реализација једног од њих појављује као безначајна наспрам друге, чијим је интензитетом апсорбована.<sup>34</sup> Оваква утемељеност такође имплицира и емпиријски карактер релације консумпције, по којем иста одудара од логичких претпоставки карактеристичних за остале принципе решења, при чему се у литератури посебно истиче његов значај у поступку диференцијације привидног стицаја закона у односу на облике аутентичног стицаја.<sup>35</sup>

Иначе, принцип *безначајности* се најчешће доводи у везу са конкретним манифестацијама незнатне штете нанете оштећеном приликом извршења неког тежег кривичног дела, попут убиства.<sup>36</sup>

Осим поменуте теоријске заснованости, од значаја су и поједини обриси законског утемељења консумпције, који се манифестују у два облика. Пре свега, ради се о већ поменутим регулаторним одредбама другог нивоа, чији је репрезентативни пример одредба чл. 8 шпанског Кривичног законика, која консумпцију дефинише као случај када шири и комплекснији правни концепт апсорбује други, којим су обухваћене у њему конзумиране инкриминације. Међутим, слично као и код осталих принципа решења, оваквим одређењима се замера недовољна прецизност диференцијалних параметара, попут израза „шири правни концепт“, што према владајућем схватању, одудара чак и од основних поставки консумпције, утемељених не на идеји таквог ширег правног концепта, већ на захтеву да исти на комплетнији начин обухвата невредност неког понашања.<sup>37</sup>

Осим тога, законска утемељеност консумпције, доводи се у везу и са већ поменутим регулаторним обрисима принципа забране двоструког вредновања, на које наилазимо у савременим законодавствима.<sup>38</sup> Њихова суштина се огледа у регулисању правног положаја појединих отежавајућих околности онда када се оне појављују као елементи конкретног законског описа, што подразумева да се исте неће уважити, осим уколико превазилазе меру која је неопходна за постојање одређене законске инкриминације.

Сматрамо да одредба члана 53, ст. 3 Кривичног законика Р. Србије, као манифестација забране *ne bis in idem*, представља управо један од имплицитно регулисаних случајева консумпције, чија адекватна примена произлази из саме граматичке

---

<sup>33</sup> J. D. J. Restrepo, 25 – 26.

<sup>34</sup> J. P. Matus Acuña (2000b), 30. Указује се на довољност казне предвиђене за главно дело да укаже на невредност поступања, чиме се избегава и диспропорционално кажњавање за пратеће дело, које нема аутономни значај.

<sup>35</sup> J. P. Matus Acuña (2005), 483.

<sup>36</sup> L. Rojas Morán, 286. Стојановић такође, као један од примера инклузије, наводи доношење штете на одећи жртве приликом убиства, вид. З. Стојановић (2018), 243.

<sup>37</sup> J. P. Matus Acuña (2005), 483. То је у складу и са Хониговом дефиницијом, према којој консумпција постоји онда када услед идентитета штићеног правног добра, једна правна диспозиција пружа том добру комплетнију заштиту од друге. Вид. J. P. Matus Acuña (2000a), 327.

<sup>38</sup> Вид. поглавље Фундаменталне поставке, *supra*, 113 – 114. Према једном од таквих правила, предвиђено је да се неће применити отежавајуће околности, које саме по себи чине посебно кажњиви деликт, као ни оне које су толико инхерентне деликту, да се он без њих не може реализовати. Вид. J. D. J. Restrepo, 27.

интерпретације појединих законских норми.<sup>39</sup> Свакако треба имати у виду да иако би са индивидуалне тачке гледишта требало узети да је реч о примеру консумпције, односно једној од њених феноменолошких варијанти, формулација наведеног правила превазилази поставке наведеног принципа решења, постављајући се као манифестација принципа *ne bis in idem*, односно одражавајући његове суштинске карактеристике у генералном смислу, од којих се и полази у оправдању и постављању граница целокупног института привидног стицаја закона.

### 1.3. Емпиријска заснованост консумпције

На основу претходно изнетих фундаменталних карактеристика принципа консумпције, као особена утемељујућа карактеристика наведеног концепта, по којој се врши његова индивидуализација у оквиру теорије привидног стицаја закона, може се издвојити емпиријска заснованост релација између консумирајуће и консумптивне норме.

На тај начин, она се супротставља правилима о логичкој структури као фундаменталној карактеристици претходно разматраних принципа решења.<sup>40</sup> Међутим, то истовремено условљава и тешкоће у дефинисању услова примене наведеног правила преферентности, који искључује било какав апстрактни приступ на темељу поређења концептуалних елемената законских инкриминација. Тиме се у поступку решавања конфликта излази из домена формалистичких правила и интерпретација усмерава у правцу вредносне оцене са аспекта конкретне манифестације предузетог понашања, које се може квалификовати у складу са различитим правним концептима. Доктринарне концепције се сходно томе, у овој области, заснивају на покушајима изналажења смерница у прецизирању правне природе тако одређених криминолошких релација, на којима се темељи квалификација привидног стицаја закона. Међутим, тешкоће се испољавају у тренутку прецизног утврђивања материјалног садржаја наведене релације, односно критеријума њеног успостављања. То је и условило различита тумачења домашаја феноменолошке димензије наведеног принципа, односно њихов неодређени карактер, где се нарочито одређења опсега примене накнадног некажњивог дела појављују као најспорније питање у овој материји. Стога, може се говорити о великом степену недетерминисаности, односно непрецизности таквих емпиријских спона на која се ослањамо у одређењу консумптивног односа.

Апсорпција једне диспозиције другом, темељи се на вредносно–аксиолошким поставкама, због чега се као једна од суштинских карактеристика принципа консумпције, истиче управљеност ка параметрима вредносног карактера<sup>41</sup>, што истовремено условљава и немогућност било какве генерализације у примени ове релације у односу на апстрактно прописане концепте.<sup>42</sup> Стога је једини начин адекватног сагледавања садржаја материјалне димензије принципа консумпције разматрање његових конкретних феноменолошких облика испољавања, од чега зависи и прецизирање услова примене овог принципа решења.

Иако се феноменолошки критеријуми на којима почива консумпција, према већинском гледишту сматрају довољно релевантним за аутономију наведеног принципа решења, оваква правна природа описане релације условила је и теоријска схватања њеног

<sup>39</sup> У литератури се указује да сама редакција законских типова, као и изрази који су употребљени, у одређеним ситуацијама, могу да укажу да је реч о ефективној консумпцији. Тако, термин „насилно“ код родоскрвњења, може да укаже да су њиме конзумиране и одређене повреде. J. D. J. Restrepo, 27.

<sup>40</sup> J. C. Contreras (1979b), 468. Такође, истиче се да консумпцији недостаје логички принцип који би је условљавао и диференцирао, будући да је интерференција, сходно Клуговој концепцији, резервисана за супсидијаритет. Вид. E. Bacigalupo (1996), 240.

<sup>41</sup> H. Muñoz Norment (1986), 378.

<sup>42</sup> J. P. Matus Acuña (2007), 33.

одбацивања као аутономног принципа стицаја закона, управо из разлога што јој недостаје логички карактер, односно поставке субординације и интерференције.<sup>43</sup>

У најопштијем смислу, емпиријска утемељеност консумпције се може одредити као деловање критеријума регуларности, који чини њен материјални садржај. Иначе, регуларност се дефинише као уобичајена или нормална заједничка реализација два казнена типа, која има значај за привидни стицај закона једино уколико један од елемената преферентне законске норме садржи деликтну невредност другог, упркос околности да постоје случајеви где поменути законски типови не конкуришу обједињено.<sup>44</sup>

У поређењу са структуром специјалитета, уочава се да консумпцију карактерише анализа диспозиција утемељена на конкретном приступу, што подразумева да се иста не заснива на дефинисању основа искључења једне инкриминације у односу на другу, већ баш напротив, апсорпцији карактеристичној за једну од њих.<sup>45</sup> То је и логична последица супротстављања концептуалне и вредносне обухватности, по којима се диференцирају наведена два принципа решења. Самим тим, излази се из домена структуралног поклапања елемената законских описа, који се код консумпције не појављује као релевантан услов решавања конфликта у корист једне од сукобљених норми. У литератури се као типичан пример испољавања специфичности наведене релације наводе повреде настале као продукт силовања<sup>46</sup>, а чија је аутономија искључена, и поред непостојања поклапања структуралних елемената.

Управо у поређењу са специјалитетом долази до изражаја изостанак јасне слике о врсти релације карактеристичне за консумпцију. У том контексту, у литератури се указује да за разлику од специјалитета, где важи правило субординације, не постоји консензус у погледу тога о ком типу релација се ради у случајевима консумпције.<sup>47</sup>

Међутим, док су у односу на специјалитет, тачке разилажења између поменутих релација релативно јасно одредиве у складу са наведеним формалистичким критеријумом, постоје извесне теоријске дилеме када је реч о интерференцији која се сматра карактеристичном за супсидијаритет. Тако, и код консумпције је могуће констатовати претпоставке интерферентног односа између две правне диспозиције, али се као додатни индивидуалистички захтев појављује околност да је уз то неопходно још и да један од законских типова обухвата невредност другог.<sup>48</sup> Управо се у овом феномену вредносног карактера испољава специфичност консумптивног односа, који води ка закључку да је једна диспозиција апсорбована другом, за разлику од супсидијаритета, где се напротив не може говорити ни о искључењу, ни о обухватању једне законске норме другом, већ о условној примењивости, утемељеној на поставкама интерферентног односа.

Међутим, на специфичности интерференције код консумпције, указује и околност да се она везује за случајеве релација између подврста радњи које конфигуришу претпоставке

---

<sup>43</sup> С. Roxin (2014), 1012; Вид. *supra*, 450 фн. 40.

<sup>44</sup> L. Rojas Morán, 289.

<sup>45</sup> A. Z. Schmidt, 105. Упоређујући логичку утемељеност специјалитета са консумпцијом, указује се и да се консумпција представља графички на исти начин као и унилатерални специјалитет (два концентрична круга од којих је један садржан у другом), с тим што се у овом случају не ради о томе да специјална норма обухвата генералну у концептуалном, већ у вредносном смислу.

Вид. M. Bortoluzzi, 118. Исто тако, наводи се да консумпција служи за регулисање односа између норми у односу на које није могуће извршити чисто формално – структурно поређење, али где постоји супстанцијално вредносна релација таквих правних концепата. Управо та констатација одржава суштину дистинкције од специјалитета у формалистичком смислу.

<sup>46</sup> *Periodico Oficial* 86/2017, Organo del Gobierno Constitucional del Estado independiente, libre y soberano de Coahuila de Zaragoza, Saltillo, Coahuila 2017, 46.

<sup>47</sup> O. Artaza, R. Mendoza, L. Rojas, 164.

<sup>48</sup> L. Rojas Morán, 274.

одређене норме<sup>49</sup>, што наводи на закључак да је њено постојање ограничено на манифестације стриктног јединства радње.

Ако се пође од тога да правила оцене невредности дела почивају на критеријумима аксиолошке природе, то нужно претпоставља и уношење криминолошких фактора у утврђивању параметара консумптивног односа. У литератури се стога првенствено говори о регуларности, односно инхерентности испољавања једног понашања у односу на друго<sup>50</sup>, што су ванправни појмови, чија оцена у сваком смислу превазилази апстрактне критеријуме, а спорна је такође и са аспекта предуслова начела *ne bis in idem*, које захтева извесна одступања од уобичајених правила, у констатацији да би паралелна примена консумптивне и консумирајуће норме довела до његовог кршења. Тачније, могло би се рећи да емпиријски основ утемељености консумпције, није својствен регуларном деловању начела *ne bis in idem*, који се у овом случају манифестује на плану другачије процене двоструког уважавања исте околности, и то са аспекта прописане казне.

Међутим, разјашњење консумптивног односа позивањем на емпиријске релације, није лишено свих теоријских дилема. Наиме, иако сама правна природа критеријума регуларности испољавања неког понашања, упућује на конкретни приступ у његовој оцени, поједини теоретичари су се пак залагали за апстрактно поређење законских описа приликом његове констатације, чиме би се превазишле већ поменуте критике везане за тврдње да се овакве релације не изводе директно из принципа *ne bis in idem*.<sup>51</sup> Ипак, иако је тачно да би се на основу самих законских описа бића кривичног дела могло закључити да је једна норма консумирана другом, што подразумева и својеврсну интерференцију инкриминација, чини нам се да се тиме занемарује већ поменути суштински захтев који се тиче саме оцене о покривености невредности дела. Пре свега, и поред могућих спорадичних поклапања суштинских елемената два правна концепта, што олакшава закључак о вредносној обухватности, регуларност није могуће апстрактно ценити, јер би према таквој хипотези, и сам законодавац формално објединио инкриминације. Заправо, тиме би се занемарила правна природа регуларности код консумпције, која није утемељена на апсолутној неопходности, односно безрезервној нужности заједничког остваривања две законске норме, већ на њиховој конкретној повезаности.

Тако, могуће је на пример, тумачењем односа између кривичних дела тешке крађе извршене обијањем врата и штете која је том приликом нанета, закључити да је други правни концепт обухваћен првим самим тим што обијање укључује нужно и неку врсту штете. Међутим, коначна оцена о консумпцији једне инкриминације другом, произлази из закључка да је невредност штете настале у *конкретном случају*, обухваћена тешком крађом.

Слично томе, Роксин као класичан пример типичног пратећег дела (случај јединства радње у стриктном смислу), наводи однос између кривичног дела тешке крађе, где је објекат напада усељени стан, наспрам кривичног дела уништења и оштећења туђе ствари или нарушавања неповредивости стана, која се могу реализовати истом приликом, због чега упућује на примену правила *lex consumens derogat legi consumptae*.<sup>52</sup> Међутим, од значаја је начин на који аутор схвата криминолошки критеријум регуларности, будући да полази од хипотезе да се наведена кривична дела не морају увек извршити заједно са тешком крађом, али се *уобичајено* паралелно извршавају.<sup>53</sup> Према томе, релативизација постављеног критеријума регуларности, у виду концепта који се прецизније може означити као „*уобичајеност*“ (испољавање као таквог у највећем броју случајева), упућује управо на

<sup>49</sup> J. C. Moliné, 4.

<sup>50</sup> L. Rojas Morán, 288.

<sup>51</sup> *Ibid.*, 208 – 288. Као пример се наводи случај наношења одређених повреда, учињених у контексту тешке крађе на дрзак начин

<sup>52</sup> C. Roxin (2014), 1011.

<sup>53</sup> *Ibid.*

зависност неког понашања од начина манифестације емпиријских релација у конкретном случају.

Према томе, криминолошко значење консумпције, манифестује се у околности да ова релација постоји онда када се тежи законски тип не јавља обавезно, али ипак конкурише на регуларан и типичан начин<sup>54</sup>, што подразумева да се основ привидног стицаја закона везује не само за логичке релације између законских норми.

Управо у последњој констатацији треба тражити разлике консумпције од супсидијаритета, које се најједноставније речено, манифестују у диференцирању својства неопходности, карактеристичног за супсидијаритет, и *евентуалности*, која одговара консумпцији.<sup>55</sup>

Може се закључити да се питање апстрактног приступа у констатацији емпиријских релација консумпције поставља једино у случајевима стриктног јединства радње, односно оваква правила би била искључена код накнадних некажњивих дела, где се уопште не може говорити о интерференцији. Слично томе, ако пођемо од примера претходних некажњивих дела, односно оних његових облика које сматрамо релевантним за релацију консумпције – када се претходно дело појављује као средство за извршење главног, под тим подразумевамо да се одређена инкриминација појавила као конкретан феноменолошки модус у функцији реализације друге, изван предетерминисаних релација између правних концепата. Другим речима, одређено кривично дело се само у конкретном случају манифестовало као средство извршења другог и не може се сматрати његовим нужним пратиоцем.

Дакле, поред критеријума криминолошке регуларности, схваћене не као нужност, него „уобичајеност“ испољавања неког понашања паралелно са другим, не могу се занемарити ни својеврсне релације функционалне повезаности између правних концепата, карактеристичне првенствено за накнадна некажњива дела.

Стога, у прилог нашем резонувању, указује и констатација да услов логичко–семантичке релације интерференције, као критеријум констатације консумпције, не би могао да опстане, имајући у виду да се у оквиру овог принципа решења, сврставају и случајеви сукажњивих дела као његових феноменолошких манифестација изван преклапања законских типова.<sup>56</sup> Осим тога, не сме се занемарити да се садржај емпиријске утемељености консумпције не односи само на регуларност испољавања неког понашања у односу на друго, већ долази у обзир и критеријум *безначајности*, где се дефинитивно раскидају евентуалне апстрактне споне између два правна концепта предвиђена као особена кривична дела.

Оваквом закључку одговарају и одређења према којима се консумпција дефинише као резидуални и контингентни критеријум, чија примена зависи од форме реализације неког дела у конкретном случају, где се један законски тип појављује као акцесорни или типични пратећи, односно као безначајан у односу на преферентни.<sup>57</sup>

На крају, у прилог претходно изнетим ставовима, говоре и схватања о правној природи релације консумпције, која одговара екстензији, односно проширењу, у смислу материјалног (вредносног) затварања, чиме се и диференцира од специјалитета, као облика

---

<sup>54</sup> J. C. Contreras (1979b), 468.

<sup>55</sup> J. D. J. Restrepo, 28.

<sup>56</sup> O. Artaza, R. Mendoza, L. Rojas, 164 – 165.

<sup>57</sup> L. Rojas Morán, 285. У том смислу се на конкретном примеру односа између убиства и наношења штете, указује да је реч о примени принципа исцрпности (обухватања невредности дела), као и забране *ne bis in idem*, будући да се убиство обично реализује применом одређених средстава, односно на детерминисан начин. То се превасходно односи на пуцање из ватреног оружја, односно коришћење других средстава која су погодна за уништење и оних ствари које учинилац носи са собом, због чега су и имплицитно садржане у њему, односно представљају регуларну последицу истог.

концептуалне обухватности у апстрактном смислу.<sup>58</sup> На тај начин, испољава се њен карактер одударња од логичко–формалних односа и приближавање вредносним параметрима, који такође могу деловати у духу принципа *ne bis in idem*. Тачније, манифестација наведеног фундаменталног принципа привидног стицаја закона у случају консумпције се испољава чак и код случајева плуралитета радње у природном смислу, када је интегритет понашања учиниоца у складу са јединственом вредносном оценом, сходно целокупном прекору који заслужује.<sup>59</sup>

Поред тога, од значаја је напоменути и да за разлику од специјалитета, где су казнени типови исте правне природе, односно поседују истоветну базу или структуру, код консумпције се поменути правни концепти супстанцијално разликују једни од других, односно не поседују релацију *концептуалне блискости*.<sup>60</sup>

Резимирајући већ изнете закључке, можемо се сложити да је консумпција лишена утемељености на логичким релацијама између законских норми и поред извесних додирних тачака са интерференцијом, која с друге стране може одговарати и идеалном стицају, те да се ограничава само на случајеве емпиријских спона између два или више концепата, уз изостанак просте временске сукцесије, као и симултаног извршења.<sup>61</sup>

Сходно томе, можемо указати на неколико основних карактеристика релације консумпције, које свој пуни одраз добијају у сегменту материјалне димензије наведеног принципа решења: 1) изостанак логичко–формалног карактера; 2) утемељеност на криминолошком параметру „уобичајености“, односно евентуалности у случајевима јединства радње у стриктном смислу (типична пратећа дела); 3) заснованост на функционалним емпиријским спонама између правних концепата (претходна и накнадна некажњива дела); 4) заснованост на вредносном параметру „безначајности“ једног правног концепта у односу на други.

## 2. Концептуална одређења

Специфичности фундаменталних поставки консумпције, а нарочито њена емпиријска утемељеност, манифестују се и на плану концептуалног одређења наведеног принципа решења. Излазак из домена логичких поставки и ослањање на криминолошке критеријуме у детерминацији наведене релације, праћене су и тешкоћама у прецизном одређењу овог правног концепта, односно задовољавању захтева за изналагањем стриктних појмовних одредница и фактора детерминације наведеног правила преферентности.

Разлог за то јесте и широк домашај примене овог принципа решења, који поред манифестација типичних пратећих дела, у складу са критеријумом регуларности испољавања неког понашања, подразумева такође и одређене функционалне релације између правних концепата. На тај начин се основни параметар квалификације, оличен у обухватању невредности дела, испољава на прилично екстензиван начин, односно подложен је различитим тумачењима опсега примене материјалног садржаја релације консумпције.

Условљеност конкретним приступом проблемског карактера, који је заснован на тумачењу околности конкретног случаја у оцени релације консумпције, знатно отежава изналагање прецизних доктринарних дефиниција. Стога, догматска одређења принципа консумпције, ограничавају се на истицање генералних аспеката обухватања невредности

<sup>58</sup> J. D. J. Restrepo, 26; F. M. Peña Castillo, 81. Наиме, указује се да за разлику од специјалитета, један од казних типова консумира други, али не у концептуалном, већ у материјалном смислу.

<sup>59</sup> F. M. Peña Castillo, 80 – 81. То подразумева да норма која обухвата потпуну невредност, замењује ону која се односи само на један њен део.

<sup>60</sup> G. Bighi, G. Javier, 46.

<sup>61</sup> J. P. Matus Acuña (2005), 484 – 485.

дела. То је отворило комплексно питање утврђивања материјалног садржаја консумпције под таквим условима, као и постављање јасних критеријума детерминације наведене релације код свих феноменолошких манифестација поменутог принципа решења. Ово је разлог зашто се концептуално одређење консумпције, односно постављање оквира и услова њене примене, појављује као једно од најкомплекснијих задатака у теорији привидног стицаја закона.

Већина доктринарних дефиниција у том смислу се састоји у наглашавању његових основних постулата, везаних за домашај, односно врсту конкретне релације. Адекватно одређење консумпције као принципа индивидуализације привидног стицаја закона који обухвата скуп правила о преферентности једне законске норме у односу на другу, захтева првенствено јасно утврђивање материјалног садржаја односа између консумптивне и конзумиране норме, што може варирати у зависности од конкретне феноменолошке манифестације, односно од околности да ли је реч о случајевима јединства или плуралитета радње у стриктном смислу. Стога, као неопходна претпоставка постављања оквира примене наведеног правила преферентности, појављује се разматрање специфичности његовог домашаја са аспекта формалистичких елемената индивидуализације, оличених у критеријуму броја предузетих радњи у природном смислу.

## 2.1. Доктринарна одређења

Догматска одређења консумпције као принципа решења привидног стицаја закона, условљена су схватањима о правној природи наведеног концепта и одликује их првенствено истицање општих услова под којима се сматра да једна правна норма конзумира другу, односно наглашавање аспеката вредносне оцене у таквом поступку примене правила преферентности. Најбројније су дефиниције генералног карактера, које истичу кључне елементе, карактеристичне за већ поменуте фундаменталне основе релације консумпције – обухватање садржаја невредности применом преферентне инкриминације (у целини или делимично), наглашавање особеног садржаја материјалне обухватности, односно фактора детерминације консумпције, као и са тим повезане феноменолошке манифестације у функцији одређивања домашаја наведене релације.

У руској литератури се при одређивању релације консумпције говори о стицају „дела“ и „целине“, а само правило преферентности исцрпљује у давању примата оној норми која обухвата све фактичке аспекте довршеног дела.<sup>62</sup> Може се рећи да управо одређење на релацији „део – целина“, најадекватније описује суштину успостављања привидног идеалног стицаја по овом основу.

У сваком случају, може се рећи да постоји општа сагласност теоретичара у погледу одређења консумпције путем аксиолошко – вредносних концепата, док се диференцијални сегменти манифестују у домену интензитета обухватања невредности који се захтева за квалификацију консумпције, односно начину поимања фактора регуларности испољавања неког понашања и простирања његове примене на случајеве типичних пратећих и претходних и накнадних некажњивих дела. Управо највеће модификације постоје у сегменту укључивања категорија накнадног некажњивог дела под окриље консумпције, које директно утиче на скуп фактора детерминације релевантних за констатацију наведене релације, односно на садржај њене материјалне димензије.

У немачкој доктрини се концепт консумпције доводи у везу са таквим релацијама између законских норми где се једно кривично дело не сматра нужно садржаним у другом,

---

<sup>62</sup> А. М. Зацепин (2014), 95; А. И. Рясков, 68; А. М. Геворкян, М. Н. Заводчиков, „Некоторые вопросы квалификации при совокупности преступлений“, *Вестник Кузбасского института* 1/2015, 74. У даљем прецизирању овако постављеног услова, указује се да је реч о случају када једна од норми у стицају обухвата све карактеристике предузетог понашања, а друга само један њихов сегмент.

али се квалификација привидног идеалног стицаја заснива на његовом редовном, односно уобичајеном подударању са извршењем другог, при чему се овај криминолошки предуслов прожима са захтевом обухватања његовог садржаја невредности и кривице.<sup>63</sup> То одговара и нашем приступу у разматрању консумпције.

Тако, једна од најопштијих дефиниција, односи се на везивање консумпције за случајеве када једна законска норма обухвата у потпуности све аспекте друге, тачније када једна диспозиција обухвата садржај невредности одбачених (привидних) концепата<sup>64</sup>, уз наглашавање и да се казна за акцесорно дело адекватно задовољава главним.<sup>65</sup> Томе се додаје и својство функционалности које карактерише привидну инкриминацију у односу на реализацију главног дела.<sup>66</sup> Оваква одређења карактеришу и домаћу доктрину, где се у оцени постојања консумпције наглашава вредносни аспект утврђивања обухватности једне инкриминације другом.<sup>67</sup> У вези са претходно изнетом констатацијом, у литератури се указује и да се оцена о обухватању невредности дела врши у светлу вредновања повређених правних добара по основу критеријума превалентности.<sup>68</sup> То је и разумљиво, имајући у виду да је и прописивање одговарајућих кривичноправних забрана, везано првенствено за заштиту релевантних правних добара. Осим тога, већ смо указали и на значај критеријума идентитета штићеног правног добра у утврђивању самих граница привидног идеалног на рачун идеалног стицаја.

Као што се може закључити, нагласак је на фундаменталном начелу обухватања невредности дела, оличеног у истицању захтева целовитости кривичноправне заштите. На тај начин се издвајају два кључна елемента – критеријум обухватности једне норме другом и покривање невредности целокупног понашања, који се одређују још и као материјално обухватање, односно релација вредности у чијем се духу негативни суд о конкретном делу чини у потпуности укљученим тежом нормом.<sup>69</sup>

Ова два елемента, појављују се као кључна и у другим дефиницијама, где се одређују на сличан начин. Тако, указује се да релација консумпције постоји између два законска типа онда када један од њих „затвара“ други, будући да консумира материјални садржај његове забране<sup>70</sup>, односно када кажњивост консумирајуће норме обухвата целокупну невређност повреде консумиране норме.<sup>71</sup> Додатна појашњења концепта „затварања“ једног казног типа другим, одређују се у компарацији са специјалитетом као опонирање концептуалној обухватности, што дозвољава да се под окриље овог концепта подведу и феноменолошке манифестације накнадног некажњивог дела<sup>72</sup>, у складу са идејом о материјалној садржини забране.

---

<sup>63</sup> J. Wessels, W. Beulke, 305; H. Welzel (2013), 167. У том смислу, указује се да неправда једног, обухвата неправду другог кривичног дела, односно да се казна за пратеће дело надокнађује казном за главно. Тако и H. Otto, 352.

<sup>64</sup> Ради се о одређењу немачког теоретичара Маураха. Вид. J. P. Matus Acuña (2000a), 343.

Такође, Гросо (*Grosso*) и Пелисеро (*Pelissero*), дефинишу консумпцију као способност главне норме да обухвати невређност дела. Вид. C. F. Grosso, M. Pelissero, 564. Тако и I. Pussini (2019a), 229; T. Guertieri, 316; S. Donato Messina, S. Messina, G. Spinnato, 238; L. De Liguori, 377. Сви наведени аутори одређују консумпцију полазећи од услова обухватности невређности дела.

<sup>65</sup> Тако H. Welzel (1956), 229.

<sup>66</sup> G. Marinucci, E. Dolcini, 458.

<sup>67</sup> Ф. Бачић (1995), 314; И. Вуковић (2022), 348. Тако и A. Gianfelice, 45.

<sup>68</sup> C. F. Grosso, M. Pelissero, 564. Стога се услов хомогености правних добара поставља као једна од претпоставки констатације консумпције. Вид. G. Lattanzi, 91.

<sup>69</sup> J. D. J. Restrepo, 26.

<sup>70</sup> E. R. Zaffaroni, 561. Тако, и у шпанској доктрини се истиче да консумпција између две законске норме постоји онда када једна од њих затвара вредносну оцену садржану у другој, што се манифестује у примени правила *lex consumens derogat legi consumptae*. Вид. J. P. Matus Acuña (2007), 33.

<sup>71</sup> J. Cuello Contreras (2009), 682.

<sup>72</sup> H. G. Maldonado, 180.



Сходно томе, у домаћој доктрини се указује да консумпција подразумева апсорпцију ужег од стране ширег прописа, с тим што се паралелно таквим одређењима, углавном наглашавају диференцијални аспекти у односу на специјалитет<sup>73</sup>, мада се уочавају и дефиниције дескриптивног карактера, које постојање привидног идеалног стицаја по овом основу условљавају тиме да је једно кривично дело конзумирано другим.<sup>74</sup>

Остајући у оквирима идеје потпуног обухватања невредности и кривице, поједина одређења истичу и наглашавање аспекта *комплетности заштите* неког правног добра. Тако, према Хонигу, консумпција постоји онда када услед идентитета штићеног правног добра, једна диспозиција том добру пружа комплетнију заштиту од друге<sup>75</sup>, што заправо представља одраз већ поменутог критеријума обухватања невредности.

На материјалну обухватност указују и дефиниције консумпције према којима се сматра да је једно дело обухваћено другим, будући да је оно ширег домашаја, због чега се и примењује уз искључење првог<sup>76</sup>, при чему се наглашава и да оправдање таквог искључења не лежи у логичким спонама између њих, већ у сопственом смислу појединачних концепата, у складу са вредносном интерпретацијом.<sup>77</sup> Истицање садржаја релације консумпције карактеристично је и за случајеве законске регулације наведеног принципа. Тако, према одредбама чл. 8 шпанског Кривичног законика, правни концепт који је шири и комплекснији, апсорбује онај везан за кажњавање у њему садржаних инкриминација.

Осим тога, у догматским одређењима се могу препознати и елементи утврђивања услова примене консумпције, попут захтева да реализација тежег законског типа, по генералном правилу укључује реализацију другог<sup>78</sup>, или пак неки формалистички елементи, оличени у захтеву да конзумирајућа норма у свом садржају обухвата све конститутивне елементе другог деликта мање правне релевантности, што се сликовито представља и као „веће богатство дескриптивног описа“.<sup>79</sup> Међутим, као што ћемо видети приликом разматрања материјалне димензије консумпције, овакви формалистички елементи индивидуализације нису сами по себи довољни да послуже као дистинктивни критеријуми, односно нужно се морају посматрати заједно са факторима детерминације, који чак и услов криминолошке регуларности не посматрају као детерминишући параметар у таквој оцени.

Слично томе, истиче се и да консумпција представља критеријум који се примењује у циљу избегавања реквалификације неког понашања, а подразумева да једна од законских норми поседује вредносни елемент вишег степена, због чега је адекватна да у довољној мери

---

<sup>73</sup> М. Карановић, 418. Карановић напомиње да се код односа између ужег и ширег прописа, у случају консумпције, не ради о специјалитету, који је иначе искључен онда када је реч о различитим објектима и уколико постоји одступање у последицама релевантних инкриминација.

<sup>74</sup> Н. Срзентић, А. Стајић, 170; Ф. Бачић *et al.*, 218; Н. Мрвић Петровић, 233; Љ. Лазаревић (2000), 171. Лазаревић као типичан пример наводи случај убиства које конзумира тешке телесне повреде.

<sup>75</sup> Ј. Р. Матус Асуња (2000а), 327 и 343. Ова основна Хонигова идеја, задржана је и у каснијим дефиницијама консумпције, која се иначе сматра најконфузнијим принципом. Тако, у развојном периоду теорије стицаја закона, између 1954. и 1970. године, консумпција се углавном одређивала као случај када санкција главног дела обухвата потпуну невређност типичног пратећег концепта, или пак оног који се реализује пре или након њега. Поред тога, захтевао се и криминолошки услов регуларности испољавања таквог привидног дела у односу на главно.

<sup>76</sup> R. Plascencia Villanueva, 239. Слично томе, указује се да консумпција постоји онда када је дело предвиђено једним законом или диспозицијом, садржано у неком другом законском типу, који ће се у том случају применити уз искључење првог, с обзиром да је ширег домашаја. Вид. L. J. Asua, 147.

<sup>77</sup> E. Mezger, 346; F. Ravón Vasconcelos, 178. Истицање концепта невређности, као апстрактног критеријума, карактеристично је и за одређење према којем се принцип консумпције примењује онда када одређени законски тип укључује у себи (у складу са сопственим смислом) деликтну невређност другог. Вид. Н. Muñoz Norment (1986), 378. Такође, на овакав карактер консумпције, указује се и у италијанској доктрини. Вид. R. Chiappa, R. Giovagnoli, 53.

<sup>78</sup> Тако Штратенверт (*Stratenwerth*), вид. E. Vacigalupo (1996), 240.

<sup>79</sup> J. D. J. Restrepo, 25.

репрезентује невредност или противправност оба дела.<sup>80</sup> Овакво одређење одговара свим феноменолошким манифестацијама консумпције, због чега су генерализоване дефиниције попут ове погодне за обухватање како случајева типичних пратећих, тако и претходних и накнадних некажњивих дела.

Наглашавање фактора домашаја, карактеристично је и за утврђивање постојања консумпције онда када закон предвиђа да се једним казним типом сматрају конзумиране све фазе радње које су се реално оствариле, а могу бити кажњиве у складу са другим или истим законским типом.<sup>81</sup> Осим тога, полазећи од релевантних феноменолошких манифестација, консумпција се одређује и као случај инкриминисања различитих стадијума остварења бића неког кривичног дела, где се претходни стадијум појављује као релевантан једино уколико не дође до потпуног остварења тог проузроковања.<sup>82</sup> Другим речима, аутономија својеврсне искуствене фазе у извршењу одређеног кривичног дела, која суделује у реализацији свеобухватног инкриминисаног понашања сматра се искљученом у случају када догађај тече својим током и манифестује се у потпуном остваривању одређеног бића кривичног дела. Овај облик прогресије, за разлику од супсидијаритета, карактерише емпиријска спона између различитих сегмената предузетог понашања који се сматрају делом јединствене целине, а не могу се одредити као предетерминисане фазе у реализацији забрањеног понашања, већ је њихово испољавање везано за начин искуственог остваривања одређеног кривичног дела.

На овај начин се даље продубљује претходно изнета генерализована дефиниција и то у два правца: 1) указивање на феноменолошке манифестације консумпције; 2) истицање фактора детерминације карактеристичних за све или само за одређене облике испољавања. То су два кључна елемента у којима се огледа даља разрада општег одређења.

Сходно томе, истиче се да код консумпције, санкција за једно дело обухвата потпуно невредност оног које се реализује као типично пратеће, или се пак испољава у својој реализацији пре или после њега, захтевајући уз то још и услов криминолошке регуларности испољавања.<sup>83</sup>

Савремене дефиниције консумпције су управљене ка прожимању свих претходно наведених фактора, те се указује и да консумпција одговара ситуацији када један правни концепт у потпуности обухвата садржај невредности и кривице другог, који га прати регуларно и типично, или се пак реализује пре или након његовог довршења.<sup>84</sup> Стојановић такође у одређењу консумпције наглашава фактор регуларности, као и општи услов комплетне обухватности невредности дела.<sup>85</sup>

На кристализацију три основна феноменолошка облика консумпције (типично пратеће, претходно и накнадно некажњиво дело), указују и друга догматска одређења, која се првенствено управљају ка навођењу услова констатације релације консумпције, кроз истицање основа оправдања примене овог правила преферентности. Тако, указује се да је примена консумпције као принципа решења привидног стицаја закона условљена околношћу да је законодавац прописујући кажњивост одређене деликтне фигуре, већ узео у обзир и

---

<sup>80</sup> Н. G. Maldonado, 179.

<sup>81</sup> F. Pavón Vasconcelos, 181.

<sup>82</sup> J. Таховић (1961), 263. Вид. Б. Чејовић (2006), 313 – 314. Релевантност претходног стадијума се према овој концепцији доводи у везу са нереализацијом накнадне фазе. Као пример консумпције по том основу, Чејовић наводи релације између прављења лажне исправе и њене употребе, чијим је остваривањем њено претходно прављење конзумирано. Вид. и Љ. Јовановић, Д. Јовашевић, 153; М. Радовановић, 174.

<sup>83</sup> Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, 735; R. Maurach, К. Н. Gössel, Н. Zipf (1978), 317. Вид. *infra*, 462 фн. 93.

<sup>84</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 358.

<sup>85</sup> З. Стојановић (2021), 306 – 307.

тежину (невредност) других кажњивих понашања, која га регуларно прате, односно појављују као његове претходнице, средства, етапе у развоју или последице.<sup>86</sup>

У теорији наилазимо и на извесне модификације оваквих одређења у домену интензитета захтева да једна од примењивих норми обухвата целокупну невређност дела. Тако, у класичним системима су доминирала одређења према којима се за постојање консумпције дозвољавало да законска норма само делимично апсорбује појавне облике и казну друге, што је било у складу са концепцијом правне природе овог принципа одређеног као консумпција једне казнене претње другом.<sup>87</sup>

Из самих доктринарних дефиниција, може се препознати неколико релевантних питања концептуалног одређења, тачније компонената на основу којих се врши његова индивидуализација: 1) *формалистички аспекти* који се односе на критеријум броја радње у природном смислу, што утврђује предуслове домашаја консумпције; 2) *материјални аспекти* – фактори детерминације релације консумпције, који садрже одговарајуће претпоставке примене правила преферентности, условљени претходно дефинисаним домашајем ове релације.

*Консумпција се може одредити као скуп правила, односно законитости којима се утврђује преферентност једне законске норме у односу на другу, полазећи од критеријума њене адекватности да обухвати целокупну невређност предузетог понашања, што проистиче из криминолошко – вредносних или функционално – вредносних релација између правних концепата.* Додатно прецизирање овог правила преферентности захтева детаљно изучавање, како елемената индивидуализације овог принципа решења, у складу са критеријумом јединства и плуралитета радње који се налази у основи поделе његових феноменолошких облика, тако и са тим повезаних кључних фактора детерминације, као специфичних услова његовог утврђивања у склопу општих правила.

## 2.2. Елементи индивидуализације

У утврђивању законитости примене принципа консумпције, односно материјалне димензије наведене релације, неопходно је указати на аспекте који се сматрају релевантним за дефинисање кључних фактора детерминације у примени наведеног правила преферентности.

Пре свега, једно од најспорнијих питања у овој области, које је уједно од значаја и за дефинисање домашаја института привидног стицаја закона, тиче се правне природе феноменолошких манифестација накнадног некажњивог дела, односно услова под којим се могу сматрати садржаним у оквиру правила консумпције. Сходно томе, можемо правити разлику између екстензивних и рестриктивних концепција, у зависности од тога да ли се овим принципом сматрају обухваћени само облици јединства радње у стриктном смислу (типична пратећа дела), или пак и манифестације накнадних и претходних некажњивих дела. Наведену категоризацију сматрамо формалистичким предусловима дефинисања фактора

---

<sup>86</sup> А. Etcheberry, 124. При томе се наглашава да консумпција не захтева да законски опис акцесорних понашања буде изричито формулисан у главном деликтном понашању, будући да се управо по томе диференцира од специјалитета. Као пример се наводи кривично дело тешке крађе, чија квалификација неће подразумевати стицај овог кривичног дела и нарушавања неповредивости стана. Другим речима, полази се од претпоставке да је законодавац прописивањем теже казне за тешку крађу у односу на обичну, као у односу на нарушавање неповредивости стана, већ уважио наведене околности.

<sup>87</sup> Ј. Р. Matus Асиња (2000а), 312. Сходно Биндинговом схватању, концепт консумпције једне казнене претње другом, заснивао се на идеји да је конзумирајућа казна адекватна да обухвати обе колизионе норме, било да је то изричито или прећутно одређено. Осим тога, као један од разлога конзумирања, наводило се и неадекватно утврђивање, односно балансирање казних претњи од стране законодавца.

детерминације принципа консумпције, будући да ће од опредељења за једну или другу варијанту зависити и домашај правила констатације консумираности једне норме другом.

Већ смо закључили да институт привидног идеалног стицаја, у ширем смислу укључује и концепте претходних и накнадних некажњивих дела, односно да се приликом констатације јединства радње (понашања), под одговарајућим условима, морају уважити и случајеви плуралитета радње у природном смислу, у складу са финалистичким и нормативним факторима. Сходно хипотези о њиховој својствениости институту привидног идеалног стицаја, у складу са параметрима на које смо већ указали, очигледно је да се ове манифестације најадекватније описују у склопу законитости принципа консумпције.

С друге стране, материјална димензија наведеног правног концепта се односи на оперативност правила *lex consumens derogat legi consumptae*, а састоји се у утврђивању садржаја релације између консумптивне и консумирајуће норме, чиме се стварају предуслови за коначно детерминисање фактора који се сматрају релевантним за квалификацију консумпције. Наведени фактори укључују две врсте криминолошких релација – регуларност испољавања неког понашања у односу на друго и релације функционалности које постоје између два правна концепта. Утврђивање постојања наведених релација врши се на појединачном плану, а условљене су конкретним феноменолошким облицима консумпције и темеље се на методологији нормативно–социјалног вредновања дела.

Дакле, под елементима индивидуализације, схваћеним као предуслови концептуалног одређења принципа консумпције, подразумевају се како формални аспекти који укључују домашај (екстензивност) наведеног правног концепта у односу на критеријум броја радњи у природном смислу, тако и начин поимања услова обухватања невредности дела као материјалног садржаја релације консумпције.

Поменути елементи индивидуализације, нарочито они који се тичу услова обухватања невредности дела, представљају истовремено и факторе дистинкције привидног од аутентичног стицаја, односно нису специфични само за консумпцију, већ се појављују као неизоставни сегменти поступка квалификације привидног стицаја. У том смислу, може се поћи од Хонигове концепције, према којој се већа екстензивност једне диспозиције у односу на другу, карактеристична за консумпцију, односи на садржај невредности и кривице, тачније на степен заштите правног добра у вези са казном предвиђеном за наведене случајеве, из чега произлази да уколико главно дело не садржи у себи невредност другог, пратећег или накнадног, неће се радити о консумпцији, већ о стицају.<sup>88</sup> Ипак, утврђивање испуњености наведеног услова, односно констатације материјалног садржаја релације консумпције у складу са општим критеријумом обухватања невредности дела, није нимало једноставан задатак, нарочито ако се има у виду да је условљен особеностима конкретног случаја и да зависи од процене емпиријских фактора, а самим тим и од конкретних феноменолошких манифестација.

Према томе, постоје два фактора која су релевантна за индивидуализацију консумпције као концепта привидног стицаја закона: 1) домашај консумпције – екстензивно или рестриктивно гледиште; 2) садржај материјалне димензије – претпоставке примене правила *lex consumens derogat legi consumptae*.

### 2.3. Домашај консумпције

Домашај принципа консумпције може се посматрати са два различита аспекта: 1) формалистичког – односи се на критеријум броја преузетих радњи у природном смислу; 2) материјалног – подразумева садржај релације консумпције.

---

<sup>88</sup> *Ibid.*, 326 – 327.

Већ смо указали на специфичности класификације на унитарне и диференцирајуће теорије домаћаја института привидног стицаја закона, као и на релативност стриктних подела на манифестације привидног идеалног и привидног реалног стицаја у склопу јединственог института привидног стицаја. Ипак, историјски посматрано, нарочито када је реч о немачкој доктрини, која је и најзаслужнија за настанак и развој теорије привидног стицаја закона, ова подела је директно утицала на домаћај принципа консумпције, са аспекта кривичноправног третмана накнадног некажњивог дела, паралелно са одговарајућим опредељењима за унитарне или (стриктне) диференцирајуће теорије.

Посматрано са аспекта домаћаја института привидног стицаја, претпоставка о његовом протезању како на случајеве јединства, тако и плуралитета кривичних дела, отвара пут концепцији о сврставању под окриље консумпције како типичних пратећих, тако и претходног и накнадног некажњивог дела.

Осим тога, треба имати у виду да је ово питање проблем не само граница привидног идеалног и привидног реалног стицаја, већ и односа са супсидијаритетом, када је реч о претходном некажњивом делу.

На релативност овог питања и комплексност односа између наведених правних концепата, указују и друге класификације у литератури. Тако, оне концепције које привидни стицај закона ограничавају на облике стриктног јединства дела, предвиђају диференцирани третман за манифестације накнадног некажњивог дела, што подразумева и могућност његовог поимања као посебног облика негације реалног стицаја, изван кривичноправног третмана привидног стицаја закона.<sup>89</sup> Будући да смо наведено питање већ детаљно размотрили у поглављу које се односи на теорије домаћаја института привидног стицаја закона, у складу са прихваћеним становиштем о протезању привидног идеалног стицаја на случајеве претходног и накнадног некажњивог дела, за домаћај консумпције, релевантно је утврдити да ли се и под којима условима ове две манифестације сматрају обухваћеним консумпцијом, као једним од прихваћених принципа решења.

Према једној од доминантних категоризација, коју заступа немачки аутор Роксин, феноменолошке манифестације консумпције укључују, поред типичних пратећих, још и накнадна некажњива дела, док се манифестације претходних некажњивих дела сматрају супсидијаритетом.<sup>90</sup> Ово се само делимично поклапа са нашом хипотезом у вези решења спорног питања.

Наиме, није увек постојала јасна слика о домаћају консумпције и феноменолошким облицима који се сматрају обухваћеним овим принципом. Тако, у класичним системима, према Биндинговом концепту, консумпција је поред типичних пратећих, обухватала и сложена кривична дела, а у неким случајевима је подразумевала чак и манифестације супсидијаритета – различите степене извршења кривичних дела, односно учешћа у реализацији кривичних дела, као и однос између деликата конкретне опасности и повреде.<sup>91</sup> Слично томе, и у шпанској доктрини, у најранијим фазама развоја института и приликом индивидуализације конкретних принципа решења, било је заступљено доста широко поимање опсега примене принципа консумпције, тако да се поред тзв. прогресивних деликата (претходних и накнадних некажњивих дела), сложених кривичних дела, као и класичних случајева односа између убиства и нанетих телесних повреда, у њене оквиру сврставају још и неки типични примери супсидијаритета, попут: 1) преласка од деликта опасности, ка деликту повреде (последичном), 2) различите форме реализације деликата

<sup>89</sup> J. P. Matus Acuña (2001), 367.

<sup>90</sup> C. Roxin (2014), 1011.

<sup>91</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 325. Осим тога, према појединим гледиштима, консумпција је обухватала претходна довршена дела, припремне акте предвиђене као посебна кривична дела, у односу на припремано дело, као и релације између деликата конкретне опасности и деликата повреде. Ова класификација се приписује немачком теоретичару Томзену.

(покушај, припремање), 3) посебно кажњиве припремне радње, 4) различите форме учешћа у извршењу.<sup>92</sup>

Ипак, савремене дефиниције консумпције, карактерише ограничење ових релација на случајеве када један правни концепт обухвата у потпуности садржај невредности и кривице другог, који га прати, регуларно и типично или се реализује пре или после његовог довршења<sup>93</sup>, чиме ћемо се и водити у давању одговора на кључна питања.

У складу са већ изнетим схватањем о испуњености предуслова привидног идеалног стицаја и у случајевима претходног и накнадног некажњивог дела, мишљења смо да је реч управо о феноменолошким облицима који се решавају применом правила преферентности заснованим на поставкама консумпције. То у апсолутном смислу важи за накнадна некажњива дела, док је у односу на претходна некажњива дела потребно направити дистинкцију између конкретних облика испољавања ових правних концепата. За разлику од већ поменутог гледишта у савременој немачкој доктрини, које све манифестације претходног некажњивог дела сматра случајем супсидијаритета<sup>94</sup>, мишљења смо да је адекватније раздвојити оне својствене материјалном садржају консумпције и оне укључене у супсидијаритет, и то у зависности од начина утврђивања материјалне димензије оба принципа.

## 2.4. Материјална димензија

У складу са дефинисаним формалистичким елементима индивидуализације принципа консумпције, јасно да ће се параметри утврђивања материјалног садржаја релације консумпције, кретати у два правца. То подразумева дефинисање критеријума карактеристичних за случајеве јединства радње у стриктном смислу са једне, и оних који омогућавају њено успостављање онда када се конзумирана норма реализује пре или након главног дела, са друге стране, што укључује и другачија правила квалификације у конкретном случају, односно другачије одређење релевантних параметара односа између конзумирајуће и конзумиране норме.

У сваком случају, у дефинисању услова консумпције, полази се од захтева да степен невредности главног дела истовремено обухвата и покрива оно које је њиме конзумирано, што може, али и не мора у сваком случају бити манифестовано у тежој санкцији предвиђеној за главно дело.

Материјална димензија релације консумпције подразумева скуп фактора детерминације, односно услова постојања овог принципа решења (индивидуализације), а укључује критеријуме утврђивања преферентне норме, у зависности од конкретног феноменолошког облика консумпције.

Неке од савремених дефиниција постављају смернице за одређење критеријума постојања релације консумпције, упућујући пре свега на услов потпуног обухватања

---

<sup>92</sup> J. P. Matus Асића (2007), 33 – 34. Од облика који се сматрају типичним случајевима консумпције у немачкој доктрини, шпански аутори су издвајали првенствено накнадна некажњива дела (на пример, продаја украдене ствари или употреба претходно фалсификованих новчаница), као и типична пратећа дела (на пример, увреде које прате кривично дело клевете).

Према томе, некарактеристично је једино проширење ових случајева на претходна некажњива дела, као и на односе између деликата опасности и деликата повреде, док би се сви остали случајеви поклапали са схватањима из немачке доктрине (накнадна некажњива дела и типична пратећа дела).

<sup>93</sup> Вид. J. P. Matus Асића (2000а), 358.

<sup>94</sup> С. Roxin (2014), 1011.

садржаја невредности и кривице применом само једног од могућих правних концепата<sup>95</sup>, односно потпуне апсорпције чињеница потиснутог закона<sup>96</sup>, при чему се наглашава и критеријум криминолошке регуларности неког понашања.<sup>97</sup>

Међутим, поред општих услова, карактеристичних за све феноменолошке облике консумпције, проширење овог принципа решења и на специфичне манифестације накнадног и претходног некажњивог дела, у складу са екстензивном концепцијом, поред услова регуларности, у домен садржаја материјалне димензије, укључује и неке друге, додатне критеријуме, попут захтева да се ради о типичним актима употребе, искоришћавања, осигуравања позиције или предности добијене главним делом.<sup>98</sup> Функција ових облика се доводи у везу и са стабилизацијом ефеката кривичног дела и постизањем његове претпостављене сврхе.<sup>99</sup>

У сваком случају, за утврђивање материјалне димензије релације консумпције, релевантна су пре свега поједина доктринарна одређења овог принципа решења, која представљају почетни корак и смернице у даљем дефинисању услова примене наведеног правила преферентности. Тако, према једној од дефиниција у шпанској доктрини, консумпција подразумева однос који постоји између два закона онда када један од њих у себи „затвара“ вредносну оцену садржану у другом, чиме се отвара пут примени правила *lex consumens derogat legi consumptae*.<sup>100</sup> Међутим, оваква уопштена одређења не указују на саме специфичности односа који постоји између консумптивне и консумирајуће норме. Околност да је реч о релацијама емпиријског карактера, додатно отежава прецизно утврђивање правила под којима се сматра да је невредност целокупног понашања обухваћена једним од примењивих концепата који консумира други, а у поступку доношења таквог закључка могу фигурирати различити фактори.

Поједина доктринарна настојања, управљена су управо ка покушајима прецизирања садржаја, односно правног карактера релације консумпције, при чему се, између осталог указује и на параметар „обухватања“ или апсорпције, у складу са идејом да је један правни концепт шири и комплекснији од других.<sup>101</sup> Међутим, јасно је да се мора направити дистинкција од „обухватања“ једне норме другом, карактеристичног за специјалитет који је концептуалног карактера, наспрам вредносног потискивања једне норме на рачун друге.

Иначе, у појашњењу појмова „шири“ и „комплекснији“, истиче се да у првом случају једна инкриминација у односу на другу претпоставља изражавање комплетне невредности дела, док се под комплекснијим концептом подразумева онај који прати реализацију другог или других, али није нужно да их и претпоставља логички.<sup>102</sup>

---

<sup>95</sup> Е. Васигалуро (1999), 573 – 574. Слично томе, указује се да консумпција подразумева обухватност једне криминалне количине у другој. Вид. Б. Златарић, 171.

Такође, истиче се да осуда са једног правног становишта, обухвата безвредност целокупног догађаја. Вид. Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, 735.

<sup>96</sup> R. Maurach, K. H. Gössel, H. Zipf (1978), 317.

<sup>97</sup> Поједини теоретичари управо у околности изостанка логичког односа, виде разлику између овог принципа и супсидијаритета. Вид. Н. Н. Jescheck, Т. Weigend (1996), 736.

<sup>98</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 358. То је у складу са схватањем да код ове варијанте, утемељене на претпоставци комплексног ентитета или вредносног јединства, накнадни акт нема никаквог значаја за учиниоца.

<sup>99</sup> F. Accardo, 118.

<sup>100</sup> J. P. Matus Acuña (2007), 33.

<sup>101</sup> J. P. Matus Acuña (2005), 485. То је у складу и са начином на који је концепт консумпције регулисан у одредбама чл. 8 шпанског Кривичног законика. Тако и S. Mir Puig (2016), 673. Наиме, указује се да ће правни концепт ширег и комплекснијег карактера, апсорбовати онај који предвиђа кажњавање за инкриминације садржане у њему.

<sup>102</sup> S. Mir Puig (2016), 657.

Такође, као један од фактора конзумптивности, наводи се и захтев да одређени законски тип садржи у својим интегралним елементима или као пооштравајућу околност све конститутивне елементе другог деликта, мање правне релевантности, односно ригорознију (већу) дескриптивну тежину, при чему реализација конзумирајућег кривичног дела, имплицира извршење неког другог деликта, који услед нормативно–социјалне вредносне оцене бива апсорбован првим.<sup>103</sup> Ипак, захтев да један правни феномен садржи у себи и други, није увек једноставно утврдити, уколико се посматра изван оквира концептуалне обухватности. Међутим, и поред његове неодређености, овај критеријум се у судској пракси користи као образложење прихватања или негирања конзумпције. Тако, негирајући конзумпцију између кривичних дела напада на војно лице у вршењу војне службе из чл. 404 ст. 2 КЗ и злостављања и мучења из чл. 137 КЗ, Врховни касациони суд указује да кривично дело из чл. 137, не садржи у себи прву инкриминацију, с обзиром на непоклапање садржаја радњи извршења.<sup>104</sup>

Упућујући на околност да својство конзумирајуће норме поседују они правни концепти који су ширег домаћаја, у поређењу са другим, сматра се да таква већа амплитуда произлази како из саме природе правног добра које се штити главном нормом, будући да по правилу укључује и оно својствено конзумптивној норми (убиство и наносење повреда), тако и из природе материје и примењених средстава или проузрокованих ефеката, односно из околности да садржи као конститутивни елемент дело предвиђено другом нормом.<sup>105</sup> То указује на комплексност, односно мултидимензионалност релације конзумпције, а самим тим и на различите основе на којима почивају фактори детерминације наведеног правила преферентности.

Осим тога, у литератури, али и у судској пракси се као једна од правилности у детерминацији конзумпције појављује и истицање веће тежине конзумирајућег дела<sup>106</sup>, што је и разумљиво с обзиром на захтев потпуног обухватања невредности дела као кључног параметра за искључење стицаја по овом основу. Ако анализирамо казнене последице типичних феноменолошких манифестација конзумпције, попут релација између лаке и тешке телесне повреде, или пак уништења и оштећења туђе ствари и тешке крађе обијањем, јасно је да преферентне инкриминације нужно карактерише већи распон казне. Ово је још израженије код инклузије, где се и сам основ конзумпције заснива управо на несразмери у тежини релевантних инкриминација.

Када је реч о општим водећим поставкама у детерминацији конзумпције, од значаја је констатација да се за разлику од логички утемељених принципа (специјалитета и супсидијаритета), ова релација утврђује применом вредносне оцене, односно аксиолошких критеријума.<sup>107</sup>

Стога, успостављање јединства које одговара квалификацији привидног идеалног стицаја, нарочито када је реч о облицима плуралитета радње, означеним у теорији као привидни реални стицај, доводи се у везу како са факторима кривичноправног, тако и онима криминолошког и криминално–политичког карактера.<sup>108</sup> Управо наведена карактеристика конзумпције уводи у теорију привидног стицаја параметре аксиолошког карактера, који на неки начин одступају од стандардних процедура квалификације, утемељених на стриктним

<sup>103</sup> J. D. J. Restrepo, 25. То подразумева да суд о невредности једног дела, обухвата и изражава невредност другог, односно конзумира његов прохибитивни садржај.

<sup>104</sup> Пресуда Врховног касационог суда Кзз 443/2020 од 17.06.2020. У конкретном случају, Суд је у образложењу навео да радња кривичног дела злостављања и мучења, не обухвата истовремено и телесно повређивање оштећеног, предвиђено чл. 404, ст. 2 КЗ.

<sup>105</sup> S. R. Diaz, 159; L. J. Asua, 147.

<sup>106</sup> Ф. Бачић *et al.*, 218.

<sup>107</sup> Б. Златарић, 170. Ипак, истиче се да се и даље остаје у домену апстрактног поређења законских описа бића кривичних дела.

<sup>108</sup> J. Таховић (1961), 265.



предетерминисаним правилима. То је нарочито карактеристично за накнадна некажњива дела као један од најспорнијих концепата у овој материји, чије материјално утемељење захтева излазак из стандардних оквира.

Слично томе, указује се да преферентност у примени једне правне диспозиције у односу на другу, заснована на феномену апсорпције, проистиче из њеног већег домашаја, односно околности да садржи у себи други правни концепт, што имплицира да један законски тип материјално „затвара“ (консумира) други.<sup>109</sup> Јасно је да су сличности са начином утврђивања специјалитета само привидног карактера, односно почивају на истој идејној основи, али на различитом материјалном садржају који се користи у оцени обухватности. Наиме, за специјалитет је карактеристично уважавање конкретне дескриптивне амплитуде одговарајуће правне диспозиције, која по основу поседовања специјализирајућег елемента, одбацује генералну. С друге стране, консумпција подразумева већу вредносну амплитуду, која омогућава искључење пенолошких ефеката једне законске норме – због тога што се сматра да је њена невредност адекватно покривена садржајем кривичноправне забране и санкције предвиђене за главну норму.<sup>110</sup> Осим тога, још једна на први поглед видљива диференцијална карактеристика, тиче се околности да у случају специјалитета постоји поклапање базичних (структуралних) елемената две инкриминације, док ће код консумпције, по природи ствари, постојати одударање концепталних елемената. То је сасвим јасно уколико упоредимо, на пример, однос између инкриминација крађе и тешке крађе, међу којима постоји релација специјалитета, наспрам лакших телесних повреда које се сматрају конзумиране убиством или крађом горива чија је невредност покривена неовлашћеним коришћењем туђег возила. У првом случају, два законска описа деле исту структуру, при чему један од њих поседује додатни, специјализирајући елемент, док се код манифестација консумпције, казнени типови суштински разликују, односно изостаје њихова концептуална повезаност.

То је и разлог зашто се не можемо ослонити на апстрактни приступ у квалификацији консумпције, јер не постоје довољно поуздани логички критеријуми оцене садржаности једне инкриминације у другој, изван конкретних емпиријских односа, нарочито ако се узме у обзир већ поменута констатација о утемељености на вредносној интерпретацији поступка повлачења једног правног концепта у односу на други. Стога је и разумљиво зашто у појединим одређењима консумпције, теоретичари такву релацију дефинишу као однос процене, који захтева узимање у обзир конкретног појединачног случаја као полазне тачке у вредновању предузетог понашања.<sup>111</sup>

Осим тога, још једна битна диференцијална карактеристика, по нашем мишљењу чак и суштинска, огледа се у томе да за разлику од специјалитета, консумпција не фигурира на нивоу нужности<sup>112</sup>, што би заправо требало схватити као околност да реализација конзумирајуће норме не подразумева увек и неизбежно остваривање елемената законског описа друге, консумптивне, што није случај са специјалитетом.

С друге стране, разграничење од супсидијаритета, огледа се у другачијем садржају криминалне прогресије карактеристичне за обе врсте релација, у односу на њихове појединачне манифестације, где долази до сукобљавања емпиријских фактора детерминације својствених консумпцији, наспрам предетерминисаних односа између правних концепата

<sup>109</sup> F. Pavón Vasconcelos, 176 – 177.

<sup>110</sup> Вид. *Ibid.*, 178 – 180. Због тога се и указује да се повлачење једног закона у односу на други, изводи из њиховог сопственог смисла, у складу са вредносном интерпретацијом. Уз то, напомиње се још једна значајна диференцијална карактеристика, заснована на томе да је код консумпције сасвим могуће замислити самосталност конзумираног дела, односно његово постојање независно од конзумирајуће норме, док специјална норма увек подразумева истовремено остваривање генералне.

<sup>111</sup> H. Langels, 108.

<sup>112</sup> A. Z. Schmidt, 105.

код супсидијаритета. Осим тога, једна од суштинских разлика огледа се у томе да код супсидијаритета не постоји потпуна обухватност невредности једне инкриминације другом, због чега се и успоставља условна, резервна примењивост једног правног концепта.

Слично нашој хипотези, у литератури се дистинкција од супсидијаритета доводи у везу са криминолошком природом релација између две инкриминације, која се код консумпције не разматра у контексту неопходности, већ евентуалности.<sup>113</sup>

У теорији се указује на још једно догматски интересантно схватање о начину успостављања дистинкције од супсидијаритета, а темељи се на постојању плуралитета субјективних елемената код консумпције, који изостаје код супсидијаритета, где се ради о објективном уклапању предузетог понашања под више казних типова. У том смислу, наводи се пример уништења украдене ствари, где се квалификација консумпције заснива на претпоставци да се може замислити да учинилац поступа са умишљајем у односу на обе инкриминације – крађу и уништење и оштећење туђе ствари.<sup>114</sup> Ово би се делимично могло уклопити у већ описану проблематику „борбе“ консумпције и супсидијаритета на терену квалификације специфичних релација између повреда и убиства, у зависности од контекста реализације забрањеног понашања.

Осим тога, истиче се и да у случају консумпције није неопходно да конзумирана норма буде садржана у законском опису друге, него је довољно да произлази из (претпостављене) воље законодавца да уз главну инкриминацију санкционише и оне правне концепте који је регуларно прате, а укључене су у кажњивост прве.<sup>115</sup> Иако се слажемо са изнетом констатацијом, с друге стране, то не значи да ће реализација конзумирајуће (главне) диспозиције увек подразумевати и нужно остваривање друге, као што је случај са односом специјалности, нити тако треба тумачити изнети доктринарни став. Управо се у томе огледају специфичности консумпције, која се у потпуности ослања на ванправне факторе детерминације преферентности.

Ипак, чини нам се да у судској пракси не постоји уједначен став у смислу јасног разграничења супсидијаритета и консумпције у лимитрофним ситуацијама, те да се чак уочава и тенденција давања примата консумпцији у очигледним случајевима супсидијаритета, када је реч о претходним некажњивим актима. Тако, удруживање ради вршења кривичних дела из чл. 346 КЗ се према појединим судским одлукама, сматра конзумираним како неовлашћеном производњом и стављањем у промет опојних дрога из чл. 246, тако и недозвољеним прелазом државне границе и кријумчарењем људи из чл. 350 КЗ, у случају када се такво удруживање односи на извршење наведених кривичних дела.<sup>116</sup>

Иако се у конкретном случају може говорити о испуњености материјалних услова оличених у обухватању невредности дела и функционалној спони између претходног акта и реализоване главне инкриминације, општи суштински аспекти наведених принципа решења и основи њиховог утемељења, а нарочито констатација интерференције у погледу обележја кривичног дела из чл. 346 и чл. 246, ст. 2 КЗ, говоре у прилог супсидијаритету, односно чак представљају парадигматске примере овог концепта. Ипак, не постоје веће разлике у практичним последицама при опредељењу за једну или другу варијанту, што даје

<sup>113</sup> J. D. J. Restrepo, 27 – 28.

<sup>114</sup> A. Z. Schmidt, 106.

<sup>115</sup> F. Pavón Vasconcelos, 179 – 180.

<sup>116</sup> Вид. Пресуда Апелационог суда у Београду Кж 1 По1 бр. 16/10 од 05.11.2010. године и Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 По1 бр. 4/10 од 12.05.2010. године, *Билтен Вишег суда у Београду* 81/2011, Intermex, Београд 2011, 15 – 16. Такву одлуку, Суд је донео уз образложење да су обележја тада важеће инкриминације злочиначког удруживања, садржана у законском опису бића кривичног дела из чл. 246, ст. 2, те да радње удруживања представљају квалификаторну околност, неопходну за постојање облика из ст. 2. Слично томе, суд је донео оцену и да су у конкретном случају радње кривичног дела из чл. 346, ст. 1 и 2 КЗ, испољене као квалификаторна околност за тежи облик кривичног дела из чл. 350, ст. 3.

легитимност и решењу консумпције, које је и иначе најраспрострањеније у судској пракси. Ово се може приписати и већем простору за тумачење и слободно судијско одлучивање, односно образложење одређења за квалификацију привидног идеалног стицаја које је карактеристично за факторе детерминације консумпције.

Полазећи од конкретног примера, значајније питање је проблематика дистинкције од идеалног стицаја, што је условљено превасходно циљем удруживања инкриминисаног одредбама чл. 346 КЗ, односно околношћу да ли је оно управљено ка вршењу других кривичних дела, поред оног које је у конкретном случају реализовано. Тачније, одлучујуће је утврдити да ли се поменути удруживањем у квантитативном смислу превазилази последица која је у датом случају наступила. Тако, Апелациони суд је у случају остваривања обележја бића кривичног дела из чл. 346 КЗ и продуженог кривичног дела тешке крађе из чл. 204 КЗ, под околностима које су подразумевале да је организована криминална група изворно формирана не само ради вршења тешких крађа, већ и кривичног дела изнуде из чл. 214 КЗ, утврдио да нису испуњени услови привидног стицаја по основу консумпције, с обзиром на циљ организовања.<sup>117</sup>

Исто тако, одлучујући по захтеву заштити законитости, поднетом у корист окривљених који су правноснажном пресудом осуђени за стицај кривичних дела кријумчарења из чл. 236, ст. 1 КЗ и удруживања ради вршења кривичних дела из чл. 346, ст. 2 КЗ, Врховни касациони суд није уважио аргумент браниоца окривљених да кријумчарење, с обзиром на то да је извршено у групи консумира само удруживање ради вршења кривичних дела, истичући да биће кривичног дела из чл. 236, ст. 1 КЗ, не обухвата радњу извршењу инкриминисану у чл. 346, ст. 2 КЗ.<sup>118</sup> И на овом примеру се јасно уочава тенденција судске праксе да у квалификацији консумпције користи критеријум садржаности обележја једног законског описа у другом.

Карактеристично је и да је Апелациони суд одбацио могућност примене консумпције, односно привидног идеалног стицаја у случају окривљених којима је на терет стављено извршење кривичног дела удруживања ради вршења кривичних дела, злоупотреба положаја одговорног лица у продуженом трајању и праће новца, у ситуацији када је такво удруживање било управљено ка вршењу кривичних дела злоупотребе положаја одговорног лица. Аргумент за такво образложење је између осталог, обухватао и околност да се тада важећа инкриминација злочиначког удруживања односи на извршење неодређених кривичних дела, односно да инкриминација злоупотребе положаја одговорног лица не укључује у свом бићу и само удруживање, нити се такво удруживање може сматрати припремном радњом за извршење истог.<sup>119</sup>

Уважавајући претходно изнете ставове у релевантним судским одлукама, фундаменталну утемељеност таквог резонувања, најбоље осликава њихова компарација са опонентним случајевима, где се сматра да су испуњени услови квалификације привидног идеалног стицаја по основу консумпције. Као један од најрепрезентативнијих примера можемо навести случај консумпције између удруживања ради вршења кривичног дела из чл. 346, ст. 5, које се односи на организовану криминалну групу (привидно дело) и неовлашћене производње и стављања у промет опојних дрога из чл. 246, ст. 5 (извршење дела од стране организоване криминалне групе), где је у образложењу одлуке о испуњености услова примене консумпције, нарочито у погледу околности да једно биће садржи у себи друго, суд

<sup>117</sup> Решење Апелационог суда у Београду, Посебног одељења Кж1 По1 бр. 17/12 од 16.10.2012. године.

<sup>118</sup> Пресуда Врховног касационог суда Кзз ОК 27/2019 од 20.02.2020. године.

<sup>119</sup> Пресуда Апелационог суда у Београду, Посебног одељења Кж1 По1 31/16 од 22.09.2017. године. Карактеристично је да се ово питање често појављивало као спорно у судској пракси, при чему је постојао уједначен став суда о немогућности примене консумпције у описаним случајевима. Тако и Пресуда Врховног касационог суда Кзз ОК 20/2014 од 24.03.2015. године.

навео да радње удруживања представљају квалификаторну околност за тежи облик кривичног дела из чл. 246, ст. 5 КЗ.<sup>120</sup>

Овакво резонување је општеприхваћено и у доктрини, уз аргумент да би примена стицаја довела до двоструког вредновања истих чињеничних околности (криминалног удруживања), а самим тим и кршења забране *ne bis in idem*.<sup>121</sup>

Од других релевантних дефиниција које упућују на материјални садржај релације консумпције, можемо издвојити ону која полази од критеријума да услед идентитета штићеног правног добра, једна правна диспозиција пружа том правном добру комплетнију заштиту од друге<sup>122</sup>, односно да одређени законски тип у себи укључује деликтну невредност другог.<sup>123</sup>

Тако, невредност посебног облика кривичног дела из чл. 246, ст. 7 КЗ, који се односи на неовлашћено прављење, набављање, поседовање или давање на употребу опреме, материјала или супстанци за које учинилац зна да су намењене за производњу опојних дрога, ирелевантна је у случају када се такав материјал користи приликом неовлашћеног узгајања психоактивне конопље (чл. 246, ст. 2 КЗ) и одговара идејној основи консумпције.<sup>124</sup> У овом случају, ради се о примеру њене феноменолошке манифестације која одговара концепту типичног пратећег дела, утемељеног на идеји о регуларности, односно уобичајености јављања привидног дела паралелно са главним.

Неки од додатних услова који се сматрају релевантним за констатацију релације консумпције, тичу се и захтева да није прекинут смисао природног јединства радње, јер би то подразумевало да конзумирано дело има своју суштинску садржину.<sup>125</sup> Овај услов тиче се и домашаја наведеног принципа решења, односно могао би се тумачити и са аспекта предуслова констатације привидног идеалног стицаја у складу са финалистичко–нормативним критеријумима. Ово је од нарочитог значаја за дефинисање фактора детерминације накнадног некажњивог дела, односно услова под којима се наведене манифестације могу сматрати обухваћеним релацијом консумпције.

Осим тога, у зависности од конкретног феноменолошког облика консумпције, може се говорити о општим условима, својственим свим његовим манифестацијама, или пак онима који одговарају само неким од њих.<sup>126</sup>

Као што се може уочити, сви наведени параметри материјалног садржаја релације консумпције, одређени су на уопштен и апстрактан начин, полазећи од општих, генерализованих појмова, што указује да је изван навођења примера из конкретног законодавства, односно феноменолошких манифестација консумпције, тешко унапред прецизно утврдити начин примене наведених услова у пракси.

У одређењу садржаја релације консумпције, примењују се и неки параметри односа између главне и привидне норме, који се испољавају у својству кретања од „мањег ка вишем“, од „целине ка делу“, „непотпуности ка потпуности“, односно функције привидне

<sup>120</sup> Пресуда Апелационог суда у Београду, Посебног одељења Кж По1 24/14 од 28.01.2015. године.

<sup>121</sup> N. S. Cordini, „El crimen organizado y el problema de la doble vía de punición“, *Revista de Derecho* 1/2017, 347.

<sup>122</sup> Тако Хониг. Вид. J. P. Matus Асуња (2000а), 327.

<sup>123</sup> E. Mezger, 346; Н. Muñoz Norment (1986), 378.

<sup>124</sup> Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 – 3961/13 од 19.09.2013. године, *Билтен Апелационог суда у Београду* 6/2014, Intermex, Београд 2014, 125.

<sup>125</sup> J. P. Matus Асуња (2007), 33.

<sup>126</sup> Тако, при разматрању консумпције као облика привидног идеалног стицаја, поред услова истоветности правног субјекта, односно истородности кривичних дела, наводи се и услов знатно веће тежине једног од кривичних дела, што би заправо одговарало случајевима инклузије. Вид. Љ. Лазаревић, Н. Срзентић, А. Стајић, 171.

инкриминације да представља средство или циљ реализације главне.<sup>127</sup> Све наведено одговара различитим манифестацијама консумпције, мада се приликом примене наведених смерница морају уважити специфичности овог концепта у односу са другим принципима решења, пре свега са супсидијаритетом, када је реч о фазама довршења кривичног дела. Тако, као што смо већ напоменули приликом разматрања принципа супсидијаритета, и за супсидијаритет и за консумпцију је карактеристично постојање својеврсне прогресије у реализацији одређеног понашања, у складу са релацијама *minus – plus* у односу на повреду конкретног правног добра.<sup>128</sup> Ово се односи првенствено на манифестације претходних некажњивих дела, где се одређено кривично дело појављује као средство извршења другог. У том случају, дистинкција у односу на супсидијаритет, где се закључак о условној примењивости неке инкриминације у односу на другу, изводи из апстрактних односа између њих, испољава се пре свега у домену конкретног приступа карактеристичног за консумпцију, у складу са хипотезом о функционалним релацијама испољеним на индивидуалном плану.

Можда најспорнији случај са аспекта разграничења консумпције и супсидијаритета, чије смо кључне проблеме већ прејудицирали, представља однос између наносења повреда и убиства, где се у оцени постојања једне или друге врсте релација, мора приступити ширем тумачењу контекста реализације целокупног понашања. Стога, по нашем мишљењу, квалификација супсидијаритета је заснована на претпоставци да се наносење повреда појављује као нужна претходна фаза (транзитни деликт) у реализацији кривичног дела убиства, која барем у једном кратком тренутку постоји као аутономни деликт, из чега произлази условна примењивост инкриминације повреда. С друге стране, оцена консумпције, почива на схватању да су повреде конзумиране убиством, због околности да регуларно прате исто и да је њихова невредност обухваћена прохибитивним садржајем друге инкриминације. Стога, поседовање извесног степена аутономије таквих повреда у односу на главно дело, која превазилази степен невредности карактеристичан за убиство, упућује на опредељење за условну примењивост таквих инкриминација (супсидијаритет), онда када нису испуњене претпоставке стицаја. То ће по нашем мишљењу бити случај са наступањем тешких телесних повреда, које се не могу увек сматрати регуларним пратећим актом као фактором детерминације консумпције. С друге стране, код лакших повреда које немају особени аутономни значај, по правилу ће увек бити испуњен услов обухватања невредности.

Прогресија која се доводи у везу са консумпцијом, а тиче се манифестација претходних и накнадних некажњивих дела, разликује се од оне карактеристичне за супсидијаритет, првенствено по томе што није утемељена на предетерминисаним релацијама између конкретних правних концепата, већ проистиче из емпиријских релационих спона на начин на који су се оне испољиле у конкретном случају. Све то указује да је констатација супсидијаритета или консумпције, условљена начином интерпретације конкретног феноменолошког испољавања материјалног односа између две инкриминације.

Концепт „шири“ и комплекснији би стога требало разумети као својство једне законске инкриминације да по основу суштине сопственог законског описа и санкције коју предвиђа за забрањено понашање, обухвати и прохибитивни садржај друге законске норме, иако не постоји формално поклапање њихових елемената. Другим речима, постоји већи опсег невредности главне (консумирајуће) норме, у односу на конзумирану, који се цени искључиво са аспекта испољавања њихових релација у конкретном случају, односно путем констатације емпиријског односа зависности између њих. Могло би се у том контексту говорити и о већем интензитету утицаја на правно добро, које захваљујући својеврсним криминолошким релационим спонама између два правна концепта, покрива невредност целокупног учињеног понашања и не захтева додатно кажњавање за привидно дело.

---

<sup>127</sup> S. Soler, 214.

<sup>128</sup> S. R. Diaz, 159; M. Bortoluzzi, 117.

Такође, то би се могло оправдати и већ поменути чисто вредносним критеријумом „безначајности“ једне инкриминације у односу на другу, која произлази из самог контекста њиховог међусобног испољавања, а требало би да се посматра управо са аспекта остваривање ретрибутивних циљева кажњавања.

Може се закључити да у најопштијем смислу, примена правила *lex consumens derogat legi consumptae*, подразумева да у односу на две концептуално различите правне норме, једна од њих поседује градационо виши интензитет невредности, у односу на повреду одређеног правног добра. Другим речима, једна од њих поседује ширу амплитуду обухватности степена неправда и кривице, те је самим тим довољна за остваривање пунитивне функције у конкретном случају, због чега се, у функцији заштите начела забране двоструког вредновања, појављује као консумирајућа (апсорбујућа) у односу на другу. Такав вредносни ентитет, иначе карактеристичан за случајеве привидног стицаја закона у генералном смислу, јавља се као последица конкретног начина испољавања, тачније међуодноса између спорних инкриминација за које је карактеристично постојање одговарајућих емпиријских релација.

На основу претходно изнетих доктринарних одређења и нашег приступа њиховом тумачењу, може се закључити да материјална димензија принципа консумпције, почива на три релевантна услова: 1) *објективно–субјективни захтев* обухватања садржаја невредности и кривице; 2) „*безначајност*“ једне кривичноправне забране у односу на другу; 3) *криминолошки захтев регуларности* манифестације привидног у односу на главно дело, који се посматра са аспекта три релевантне временске димензије – типично пратеће, претходно и накнадно некажњиво дело.

#### 2.4.1. Методологија утврђивања консумптивности

Адекватно одређење садржаја релације консумпције је од кључног значаја за утврђивање тачке разграничења наведеног правног концепта у односу на остале, логички утемељене принципе решења. Већ смо указали на најзначајнији аспект такве диференцијације, утемељен на емпиријском карактеру релације која постоји између консумирајуће и консумптивне норме. Управо у томе се огледају специфичности методологије утврђивања консумптивног односа између две инкриминације. Док се у случајевима специјалитета и супсидијаритета могло говорити о својеврсним логичким правилима, односно предетерминисаним аспектима односа између сукобљених правних концепата, на плану консумпције, примат добијају вредносни, односно криминално–политички критеријуми оцене привидног стицаја закона.

Имајући у виду наведене особености, јасно је због чега се указује да консумпција заправо почива на својеврсном нормативно–социјалном јединству дела, утемељеном на настојању да се избегне кршење забране *ne bis in idem*, до чега би дошло у случају истовремене примене две законске норме.<sup>129</sup> Тиме уједно долази до изражаја основни фактор консумптивности који се крије иза немогућности симултаног опстанка конкурентних норми – довољност једне законске норме да обухвати социјалну невредност и деликтно значење друге.<sup>130</sup>

Сходно томе, у литератури се случајевима логичко–семантичке структуре субординације (специјалитет) и суштинских релационих односа између казњених типова (супсидијаритет), опонирају и нелогички критеријуми, оличени у обухватању деликтне

<sup>129</sup> J. D. J. Restrepo, 26 – 27; D. Primo Triolo, 50 – 51. Ослањање на правило *ne bis in idem* се доводи у везу управо са фактором подобности једне норме да у потпуности обухвати невредност дела.

Тако и R. Chierra, R. Giovagnoli, 53. Италијански аутори такође указују на утемељеност консумпције на материјалном аспекту принципа *ne bis in idem*.

<sup>130</sup> G. Lattanzi, 91.

невредности, који се паралелно користе приликом оцене кршења забране *ne bis in idem*<sup>131</sup>, чиме се заправо употпуњује слика о привидном идеалном стицају као логичко–вредносном продукту релационих односа између правних диспозиција.

Издазак из домена логички утемељених правила у констатацији релације консумпције, представља нужну последицу укључивања под окриље наведеног правног концепта накнадних некажњивих дела<sup>132</sup>, а најзначајнија карактеристика у функцији усмеравања тока наведеног процеса, огледа се у наглашавању чињенице да искључење једне норме на рачун друге, не произлази из тога што су вредности које се њима штите еквивалентне, већ управо из разлога што једна од њих поседује супериорнију вредност од друге, а самим тим обезбеђује и реализацију њене пунитивне функције.<sup>133</sup> То указује на суштински основ релације консумпције, који за разлику од логички утемељених принципа, почива на компарацији интензитета невредности правних концепата, а не евентуалних преклапања формалистичких елемената, у овом случају ирелевантних онда када се установи постојање одговарајућих емпиријских спона. Самим тим, тежиште се помера на план искуственог тумачења односа између две инкриминације, од којих се једна појављује као носилац већег степена невредности од друге, а услед тога што се манифестује као регуларни пратилац прве, у конкретном случају бива њоме апсорбована. Њен зависни карактер, који условљава тако дефинисану обухватност невредности и кривице, укључујући и саму пунитивну функцију, огледа се у криминолошкој особини регуларности, односно условној нужности испољавања неког понашања паралелно са другим, главним, или пак у околности да се исто у конкретном случају манифестовало као средство извршења у функцији реализације главног, односно у функцији искоришћавања, осигурања и обезбеђења постигнуте користи. Стога, можемо рећи да увек када су испуњене наведене претпоставке, без обзира што нема поклапања формалистичких елемената два законска описа, није оправдано ценити стицај кривичних дела, будући да би у супротном дошло до кршења забране двоструког вредновања.

Ипак, постоје извесне разлике у погледу утврђивања правила преферентности код случајева консумпције који полазе од јединства радње у природном смислу, у односу на манифестације претходних и накнадних некажњивих дела. У првом случају се чак говори и о својеврсној интерференцији казних типова, која се доводи у први план првенствено из разлога наглашавања забране двоструког вредновања, полазећи од изналажења елемената заједничких за конкуренте законске описе. Управо из тог разлога се може говорити о две групе фактора детерминације консумпције, где се изван случајева интерференције у оцени обухватности невредности дела, јављају и одговарајуће функционалне релације, карактеристичне првенствено за манифестације накнадних некажњивих дела.

Стога, гледишта која полазе од везивања консумпције за случајеве логичко–семантичке релације интерференције, а самим тим и за апстрактни приступ у детерминацији наведене релације, нису прихваћена у већинској доктрини, која под окриље наведеног принципа решења сврстава и случајеве сукажњивих аката.<sup>134</sup> У том смислу, указује се да се консумпција не темељи на апстрактном поређењу казних типова, већ се разматра у погледу једног специфичног искуственог дела<sup>135</sup>, са чиме се можемо сложити.

Код манифестација консумпције, полази се од претпоставке о постојању више кажњивих дела у типичној повезаности, односно сматра се да је законодавац приликом прописивања одређеног казненог типа, већ узео у обзир околност да је то дело нормално

<sup>131</sup> O. Artaza, R. Mendoza, L. Rojas, 163.

<sup>132</sup> E. Bacigalupo (1999), 574.

<sup>133</sup> S. Soler, 213.

<sup>134</sup> O. Artaza, R. Mendoza, L. Rojas, 164 – 165.

<sup>135</sup> G. Fernández García, 183. Опредељење за конкретни приступ је карактеристично и за домаћу доктрину. Вид. Т. Живановић, 349.

праћено другим, које поседује инфериорни садржај невредности.<sup>136</sup> У случајевима јединства радње (типичног пратећег дела), није тешко успоставити дистинкцију у односу на специјалитет, имајући у виду да не постоји концептуална обухватност једне инкриминације другом. Међутим, тешкоће могу настати у погледу односа са супсидијаритетом, нарочито код облика претходног некажњивог дела, односно манифестација криминалне прогресије. У том домену, долази до изражаја истицање емпиријског карактера релације консумпције, односно околност да прогресија у реализацији главног дела, проистиче из специфичности повезивања две инкриминације у складу са околностима конкретног случаја, односно њихове ситуационе релационе споне, а не из предетерминисаних релација између општих фаза реализације неког криминалног понашања, карактеристичних за супсидијаритет.

У литератури се указује на два могућа приступа у констатацији релације консумпције – апстрактни и конкретни. У првом случају, полази се од претпоставке да се на нивоу самих законских описа може констатовати таква релација између инкриминација, док из перспективе конкретног приступа уважавају околности конкретног случаја, односно претпостављеног плана учиниоца.<sup>137</sup> Међутим, ако се узму у обзир сви релевантни фактори детерминације консумпције, као и њихов наглашени вредносни карактер, јасно је да за разлику од специјалитета, ослањање на поређење садржаја самих инкриминација, ако би и било могуће у појединим очигледним случајевима консумпције<sup>138</sup>, не би било адекватно за обухватање свих могућих феноменолошких манифестација, с обзиром на диспарат испољавања интензитета невредности.

Стога се са правом указује и да би ослањање на искључиво апстрактни приступ, из консумпције искључило случајеве попут инклузије, као облика утемељеног на чисто вредносном аспекту у детерминацији привидног идеалног стицаја.<sup>139</sup> Јасно је да између инкриминација попут лишења живота и наношења штете на одећи жртве не постоји било какво поклапање на нивоу законских описа бића кривичних дела, нити би се унапред могло говорити о предетерминисаним релацијама које условљавају нужност симултаног испољавања. То је разлог зашто се у случају консумпције, као једини исправан методолошки приступ појављује анализа конкретног случаја, на основу ситуационих фактора.

Међутим, тачно је да се у неким случајевима из самих законских описа појединачних инкриминација, може извести закључак о испуњености услова консумпције, најчешће оног који се односи на обухватност елемената једног законског описа бића кривичног дела другим. На тај закључак упућује и образложење суда у одлуци о постојању привидног идеалног стицаја по основу консумпције, у случају злоупотребе службеног положаја из чл. 359, ст. 3 КЗ и одавања пословне тајне из чл. 240, ст. 2 КЗ, где се наводи да одавање пословне тајне заправо представља радњу извршења злоупотребе службеног положаја, при чему се примат по основу тежине даје кривичном делу из ч. 359 КЗ.<sup>140</sup>

---

<sup>136</sup> Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, 737. Инфериорност садржаја невредности се често доводи у везу и са већом тежином преферентне инкриминације. Вид. А. Pagliaro, 244.

<sup>137</sup> Вид. L. Rojas Morán, 277 – 278. Тако, сматра се да је на пример, неовлашћена употреба оружја конзумирана разбојништвом, будући да је извршење наведеног кривичног дела тешко замислити без употребе оружја.

У овом случају, указује се да се вредносна оцена обухватности једне инкриминације другом, врши апстрактним поређењем самих законских описа појединачних инкриминација. Вид. Ф. Бачић *et al.*, 218.

<sup>138</sup> Могло би се, на пример, сматрати да су повреде конзумиране убиством, будући да на основу тумачења елемената једне и друге инкриминације, долази у обзир закључак да оне увек и регуларно прате извршење главног дела.

<sup>139</sup> Вид. М. Б. Ракић, 49. Полазећи управо од примера инклузије, утемељене на фактору споредности и безначајности, аутор истиче да би апстрактни приступ довео до њеног одбацивања.

<sup>140</sup> Вид. Пресуда Вишег суда у Новом Саду Посл. бр. К. 305/12 од 11.02.2013. године, *Билтен Вишег суда у Новом Саду* 4/2013, Intermex, Београд 2013.



Тако, могуће је да се и упркос аутономији конкурентних законских типова, са аспекта њиховог деликтног значења у апстрактном смислу, констатује релација консумпције, која доводи до тога да један од казних типова бива конзумиран, захваљујући томе што се сматра неизбежним или неопходним за реализацију екстерно примењивог казненог типа.<sup>141</sup> Ипак, иако сматрамо да предност треба дати конкретном приступу у детерминацији релације консумпције, који обезбеђује већи степен дискреционих могућности такве оцене, треба водити рачуна да се у таквом поступку не прекорачи граница са идеалним стицајем. Заправо, као једна од основних критика конкретном приступу, истиче се чињеница да би са аспекта конкретног плана, свака околност могла бити третирана као инхерентна, односно неопходна за реализацију другог, главног дела.<sup>142</sup>

Међутим, управо се у томе огледају специфичности консумпције и њена основна идејна заснованост, оличена у примени вредносних критеријума, који превазилазе апстрактне оцене конкурентних законских типова.

Према томе, оцена релације консумпције, обухвата како квалитативне аспекте – поређење деликтног значаја конкурентних законских типова са аспекта интереса који се штите, тако и квантитативне – невређност повезана са модалитетом напада.<sup>143</sup> Осим тога, важно је поменути још једну значајну карактеристику процеса детерминације консумпције, која се састоји у наглашавању њене утемељености на тумачењу, односно интерпретацији приликом утврђивања обухватности садржаја неправде или кривице.<sup>144</sup>

Осим тога, слично као и код специјалитета, консумпција може бити условљена околностима ситуационог карактера, односно начином остваривања појединих обележја кривичног дела у конкретном случају. Тако, на пример, при остваривању обележја кривичног дела обљубе злоупотребом положаја из чл. 181, ст. 2, где се као извршилац у конкретном случају појављује родитељ, долази истовремено и до остваривања обележја кривичног дела родоскрвнућа из чл. 197 КЗ, које је њиме конзумирано, што неће бити случај ако се као извршилац обљубе појављује неко друго од алтернативно прописаних лица.

Један од најрепрезентативнијих примера ослањања на конкретни приступ у детерминацији консумпције, који се истиче како у доктрини, тако и судској пракси и наводи као парадигматски случај испољавања дистинктивних фактора између аутентичног и привидног идеалног стицаја, јесте однос између преваре и фалсификовања исправе. Тако, квалификација привидног идеалног стицаја по основу консумпције, условљава се околношћу да се с обзиром на специфичне ситуационе карактеристике, превара могла извршити искључиво путем преиначења исправе.<sup>145</sup> По истој логици, наведено правило би се могло применити и у случају када се фалсификовање исправе, односно службене исправе, појављује као начин извршења кривичног дела преваре у обављању привредне делатности из чл. 223 КЗ.

Насупрот томе, у једном случају у пракси, када је извршилац кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица из чл. 227, ст. 2 КЗ (тада важећег чл. 234, ст. 2 КЗ), извршеног на тај начин што је учинилац у својству одговорног лица, задуженог за наплату путарине, од корисника возила наплаћивао услуге без прописаног читавања картице, чиме је избегао приказивање добијеног новчаног износа, а потом у картице ручно уносио неистините податке, остварујући и обележја фалсификовања службене исправе из чл. 357, ст. 3 (као извршилац се појављује одговорно лице у предузећу, установи или другом субјекту), Суд је утврдио да нису испуњени услови привидног идеалног стицаја, имајући у виду да су

<sup>141</sup> O. Artaza, R. Mendoza, L. Rojas, 168.

<sup>142</sup> L. Rojas Morán, 279 – 280.

<sup>143</sup> O. Artaza, R. Mendoza, L. Rojas, 170.

<sup>144</sup> H. H. Jescheck, W. Ruß, G. Willms, 44.

<sup>145</sup> Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Кж 1 397/10 од 19.05.2010. године, *Билтен Апелационог суда у Новом Саду* 1/2010.

радње фалсификовања предузете након довршења злоупотребе положаја одговорног лица, не представљају начин његовог извршења и нису обухваћене његовим бићем.<sup>146</sup> Стога, не може се говорити о стриктним правилима методологије утврђивања консумптивности, изван анализе особености конкретног случаја, од којих ће и зависити исход поступка квалификације, што потврђује претпоставку о утемељености консумпције на конкретном приступу.

Још једна правилност која се уочава у судској пракси, односи се на то да се приликом квалификације привидног идеалног стицаја по основу консумпције, указује да једно кривично дело обухвата друго, или пак да је садржано у истом, без навођења одговарајућег основа такве обухватности. Наиме, треба имати у виду да у том случају није реч о концептуалном поклапању колизионих законских норми, већ о вредносном затварању, по основу постојања одговарајућих криминолошко–вредносних или пак функционално–вредносних релација, што би у образложењу требало прецизно навести.

Један од таквих случајева, представља и добар пример конкретног приступа у детерминацији консумпције, где се оцена о обухватању невредности доноси на основу анализе конкретног начина остваривања, односно садејства две инкриминације. Тако, суд је утврдио да кривичним делом убиства није обухваћена недозвољена производња, држање, ношење и промет оружја и муниције, имајући у виду да у датом случају, окривљени није набавио и држао пушку како би истом извршио убиство, с обзиром на то да се оно може извршити и помоћу других средстава, те самим тим није испуњен услов да биће наведеног кривичног дела редовно и у потпуности обухвата друго.<sup>147</sup> Консумпција између наведене две инкриминације је негирана и случају истовременог остваривања обележја бића кривичног дела тешког убиства из чл. 114, ст. 1, тач. 2 КЗ и недозвољене производње, држања, ножења и промета оружја и експлозивних материја из чл. 348, ст. 4 КЗ (неовлашћено ношење оружја), збод одударања, између осталог, и радњи и начина извршења, као и проузрокованих последица, које обезбеђује задржавање њихове аутономије.<sup>148</sup>

Исто тако, указује се и да услов обухватности једног кривичног дела другим није испуњен ни у случају односа између убиства на мах и изазивања опште опасности из чл. 278, ст. 4 КЗ, у ситуацији када је учинилац испалио више метака, један за другим, на отвореном простору где се налазио већи број људи, имајући у виду различите заштитне објекте, односно околност да је остваривањем обележја кривичног дела изазивања опште опасности, наступила конкретна опасност за живот и тело људи и имовину већег обима.<sup>149</sup>

Такође, анализирајући случај учиниоца који је остварио обележја кривичног дела насилничког понашања из чл. 344, ст. 2 КЗ у једном угоститељском објекту, а након двадесет минута, изашао из истог и нанео оштећеном тешку телесну повреду (чл. 121, ст. 1 КЗ), суд је негирао постојање привидног идеалног стицаја по основу консумпције, уз аргументе да насилничко понашање није садржано у тешкој телесној повреди, као и да се ради о два одвојена догађаја, која не представљају јединствену целину, због чега је на свеукупно понашање примењена квалификација реалног стицаја.<sup>150</sup> На основу саме анализе инкриминације из чл. 344, ст. 2 КЗ, јасно произлази да законски опис кривичног дела тешке телесне повреде, не укључује и обележја тежег облика кривичног дела насилничког

<sup>146</sup> Пресуда Врховног касационог суда Кзз 937/2015 од 12.11.2015. године.

<sup>147</sup> Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж 1 бр. 977/17 од 16.10.2017. године. Такође, иста одлука, у другом предмету, донета је уз образложење да се ради о различитим радњама извршења, те да није испуњен услов да биће једног кривичног дела редовно и у потпуности обухвата биће другог кривичног дела.

На исти начин би требало схватити и гледиште о искључењу консумпције и давању примата решењу аутентичног стицаја у случају разматрања односа између кривичног дела пружања помоћи учиниоцу после извршеног кривичног дела и недозвољеног држања оружја. Вид. Н. Делић (2022), 359.

<sup>148</sup> Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1 – 852/17 од 07.09.2017. године.

<sup>149</sup> Пресуда Врховног касационог суда Кзз 853/2015 од 30.09.2015. године.

<sup>150</sup> Пресуда Врховног касационог суда Кзз 373/2020 од 03.06.2020. године.

понашања, између осталог и због непоклапања заштитног објекта у једном и у другом случају.

Поред тога, често се као оправдање постојања консумпције, наводи и да је једно кривично дело (лакше), садржано у другом (тежем)<sup>151</sup>, односно да је теже кривично дело праћено извршењем лакшег<sup>152</sup>, што имплицира да се као критеријум утврђивања наведене релације, појављује и тежина конкретних кривичних дела. Ово важи првенствено за облике консумпције засноване на критеријуму *безначајности*.

Међутим, као што смо већ напоменули, иза фактора тежине кривичног дела, односно веће казне предвиђене за главну инкриминацију, који иако несумњиво фигурира у решавању конфликта између законских норми, крије се суштински параметар оличен у захтеву за способношћу једног правног концепта да у потпуности обухвати садржај невредности целокупног понашања. Он се не може свести на просто поређење казних одредница, иако оне могу указивати на испуњеност таквих услова, паралелно са другим општим условима.<sup>153</sup>

Поред наведених предуслова, у утврђивању консумптивности, судска пракса упућује и на критеријуме попут давања примата кривичном делу чија су обележја *претежнија*. Тако је у случају учиниоца који је на штету три полицијска службеника извршио кривично дело напада на службено лице у вршењу службене дужности из чл. 323 КЗ, при чему је само једном од њих нанео лаке телесне повреде, остваривши обележја тежег облика из ст. 2 наведеног члана, Врховни касациони суд утврдио да нису испуњени услови за примену идеалног стицаја између кривичног дела из ст. 1 и 2, имајући у виду да с обзиром на околности извршења (иста прилика, иста радња извршења, исто место и време, јединствени умишљај), постоји консумпција као облик привидног идеалног стицаја, док превагу односи кривично дело са претежније испољеним обележјима.<sup>154</sup> Овај услов претежности би требало тумачити као фактор већег интензитета повреде правног добра, које обухвата блаже варијанте испољавања такве повреде.

За предмет нашег разматрања, од значаја је указати и на две основне врсте консумпције које се препознају у доктрини, а испољавају се у концептима комплетне или некомплетне апсорпције. У складу са поменутом хипотезом, комплетна консумпција подразумева следеће предуслове: 1) плуралитет субјективних елемената – умишљај учиниоца обухвата реализацију обе инкриминације, што се сматра кључним дистинктивним параметром у односу на супсидијаритет; 2) непостојање релације неопходности (нужности) између апсорбујуће и апсорбоване инкриминације – апсорбовани законски тип није конститутивни елемент апсорбујућег законског описа; 3) апсорбована норма се појављује као средство или циљ криминалне намере, по чему се диференцира од конструкције продуженог кривичног дела; 4) апсорбовано дело мора бити лакше од апсорбујућег; 5) истоветност пасивног субјекта.<sup>155</sup>

Анализом наведених предуслова, може се закључити да исти адекватно осликавају опште поставке релевантних фактора детерминације консумпције, с тим што је нужно додатно прецизирање појединих параметара који се сматрају условима њеног постојања.

С друге стране, у случају изостанка једне или више од поменутих претпоставки, негира се тотална консумпција, с тим што се чак и за констатацију парцијалне консумпције

<sup>151</sup> Пресуда Врховног Касационог суда Кзз 589/2019 од 11.06.2019. године.

<sup>152</sup> Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж 1 – 1934/13 од 24.05.2013. године, *Билтен Апелационог суда у Крагујевцу* 1/2014, Intermex, Крагујевац 2014. У конкретном случају, таква одлука је донета у погледу односа између неовлашћене производње и стављања промет опојних дрога, наспрам неовлашћеног држања опојних дрога.

<sup>153</sup> У погледу наведених општих услова, истичу се фактори истоветности пасивног субјекта и истоврсности кривичних дела. Вид. Љ. Лазаревић (2000), 171.

<sup>154</sup> Пресуда Врховног касационог суда Кзз 744/2019 од 18.09.2019. године.

<sup>155</sup> A. Z. Schmidt, 107 – 109.

захтева остваривање параметара који се односе на плуралитет субјективних елемената, изостанак релације неопходности, својство аспорбованог деликта да представља средство или циљ криминалне намере, као и већа тежина апсорбујућег дела.<sup>156</sup>

Осим тога, у судској пракси се приликом констатације релације консумпције, поред околности да је претходно дело фаза у извршењу другог, наводи и критеријум да је природа неких кривичних дела таква да у себи садрже и биће неког другог кривичног дела<sup>157</sup>, односно да су радње привидног дела такве да непосредно претходе, врше се у току радње главног дела и у функцији су његовог остварења.<sup>158</sup> Управо наведени фактори указују на кључне критеријуме детерминације консумпције, утемељене на криминолошко–вредносним и функционално–вредносним релацијама.

Пре навођења фактора детерминације које сматрамо кључним за констатацију консумпције, може се закључити да се *материјални садржај наведене релације осликава у идеји постојања ширег и комплекснијег законског типа, који по основу већег интензитета невредности, односно параметра „безначајности“, консумира прохибитивни садржај друге инкриминације*. Међутим, квалификација консумпције захтева додатну конкретизацију наведених општих услова, тачније дефинисање фактора детерминације који се сматрају релевантним за констатацију наведене релације у конкретном случају.

Комплексност релације консумпције се огледа управо у околности да наведени фактори почивају на криминолошким основама, због чега се не могу прецизно утврдити. Другим речима, они полазе од општих, генерализованих критеријума, попут регуларности испољавања неког понашања, које у такву оцену очигледно уноси искуствене елементе, неспецифичне за стриктна правила кривичног права.

## 2.5. Фактори детерминације

Садржај материјалне димензије релације консумпције, који се у најопштијем смислу огледа у довољности једне од конфликтних инкриминација да обухвати садржај невредности и кривице предузетог понашања, односно да обезбеди остваривање пунитивне функције у конкретном случају, због наглашеног вредносног садржаја, сам по себи имплицира извесне тешкоће у прецизном утврђивању индивидуалистичких фактора детерминације наведеног односа. Заправо, код консумпције се сусрећемо са специфичним теоријским захтевима за проналаском адекватних емпиријских критеријума, који би се могли подићи на ранг особених правила у избору преферентног дела између конфликтних диспозиција.

Карактеристично је да се за разлику од специјалитета и супсидијаритета, однос између консумирајуће и консумптивне норме, испољава на конкретном плану и условљен је параметрима ситуационог карактера, што знатно отежава утврђивање општих законитости у дефинисању правила преферентности.

Наиме, постоји велики дискрециони простор, као и диспарат повезујућих криминолошких фактора, на којима се може темељити већа невредност једног правног концепта у односу на други, при чему се и њихова класификација може вршити полазећи од више различитих тачака гледишта. Ситуацију додатно компликује околност да често долази и до преплитања са критеријумима детерминације супсидијаритета. То је и разумљиво, с обзиром да се консумпција у највећем делу заснива на основама, односно општим

---

<sup>156</sup> *Ibid.*, 111. Из наведеног произлази да ће постојати парцијална консумпција онда када није испуњен услов да су повреде управљене ка истом пасивном субјекту.

<sup>157</sup> Пресуда Апелационог суда у Београду, Посебног одељења Кж1 По1 24/14 од 28.01.2015. године.

<sup>158</sup> Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Кж 1 3256/10 од 06.05.2010. године, *Билтен Апелационог суда у Новом Саду*, Intermex, Нови Сад 2010.

фундаменталним поставкама самог института привидног стицаја закона, где постоји велики простор у вредносним оценама неког понашања. Чини нам се да у спорним ситуацијама, кључну улогу има управо супротстављање апстрактног и конкретног приступа у детерминацији наведених релација, али и одређени фактори субјективног карактера који у појединим случајевима могу бити од великог значаја.

У доктрини постоји велики број смерница на основу којих се констатује релација консумптивности, од којих се неке темеље на веома широко постављеним границама консумпције, које задиру у домен класичних манифестација супсидијаритета, али и случајева специфичних облика јединства радње. У сваком случају, наведени фактори детерминације се морају кретати у опсегу јединствене материјалне димензије консумпције као принципа индивидуализације, оличене у апсорпцији невредности једног казненог типа, односно ширем домашају (амплитуди) који поседује преферентни законски тип. Кључно питање јесте на који начин се испољава такав шири вредносни домашај једног правног концепта у односу на други.

Сматрамо да би управо на тај начин требало схватити и захтев да је биће једног кривичног дела садржано у другом, тежем<sup>159</sup>, који се често наводи на првом месту приликом дефинисања принципа консумпције. Наиме, наведена констатација за разлику од специјалитета, не односи се на концептуалну, већ на вредносну обухватност једне инкриминације другом, што отвара доста шире могућности у квалификацији привидног идеалног стицаја у односу на друге принципе решења. То се у пракси манифестовало и доста екстензивном употребом консумпције у случајевима привидног идеалног стицаја, што по нашем мишљењу треба приписати покушајима да се избегну проблеми методолошке природе у оцени испуњености услова других, логички утемељених принципа решења. Наиме, чак смо и на примеру специјалитета као теоријски најјаснијег правила, видели да се утврђивање ове релације неће увек темељити на стриктним поставкама. Ово је још више изражено код супсидијаритета, који се ослања на тумачење смисла и садржине колизионих правних концепата, повезаних релацијом интерференције. Сви ови проблеми се на тај начин избегавају померањем на терен вредносних процена, где постоји доста шири простор за доношење оцена о квалификацији привидног идеалног стицаја.

Често се при разматрању правила преферентности код консумпције, у складу са концепцијом о вредносној оцени законских описа бића кривичних дела, на првом месту, истиче критеријум веће тежине главног кривичног дела, иако се сматра да разлика у тежини сама по себи није довољна, већ се захтевају и други повезујући фактори.<sup>160</sup>

Правило преферентности карактеристично за консумпцију се најчешће одређује наглашавањем својства неког законског типа да се испољава онда када се исти не реализује обавезно, али ипак фигурира на начин да се сматра регуларним и типичним.<sup>161</sup> Међутим, ради се само о једном од фактора детерминације, карактеристичним за најчешће феноменолошке манифестације консумпције – случајеве типичних пратећих дела, док се домашај наведеног правила мора посматрати у ширем смислу, што укључује и одговарајуће релације функционалног карактера.

---

<sup>159</sup> М. Радовановић, „О стицају код кривичних дела против службене дужности“, *Правни живот* 8 – 9/1956, 31; Ј. Јовановић (1995), 214.

Ово је критеријум који се користи и у судској пракси. Вид. Пресуда Врховног касационог суда Кзз 373/2020 од 03.06.2020. године. Тако је на примеру учиниоца који је остварио обележја кривичног насилничког понашања, а потом нанео тешку телесну повреду оштећеном, суд утврдио да нису испуњени услови привидног идеалног стицаја по основу консумпције, имајући у виду да једно кривично дело није садржано у другом.

<sup>160</sup> М. Б. Ракић, 49.

<sup>161</sup> Ј. Р. Матус Асића (2007), 33. За последње одређење је карактеристично да се везује за период развоја теорије стицаја закона у немачкој доктрини после 1940. године.

Ипак, не може се негирати апстрактни карактер овако одређених параметара утврђивања консумптивности, који произлази из саме природе конкретног принципа решења, чиме се поступак решавања конфликта између законских норми, односно утврђивања преферентности, суштински појављује као знатно тежи у поређењу са осталим принципима. Стога, у литератури се са правом указује да је тешко извршити избор норме, примењиве у конкретном случају, што у складу са наглашеним деловањем емпиријских фактора релативног интензитета, са собом носи велики број лимитрофних случајева, који не могу бити *a priori* детерминисани.<sup>162</sup>

У сваком случају, решавање конфликта се врши по основу конкретизованих фактора који се разликују у зависности од тога о ком феноменолошком облику консумпције се ради, уз услов да се исти крећу у оквиру дефинисаних општих смерница – обухватност (апсорпција) невредности и кривице и остваривање утврђених казних функција. Стога, категоризација фактора детерминације консумпције, не може се посматрати одвојено од њених основних облика испољавања.

У оквиру правила да преферентност једне норме у сукобу произлази из њеног ширег вредносног домаћаја, може се правити разлика између општих и специфичних услова утврђивања консумпције, који служе њиховој даљој конкретизацији. Већ смо напоменули да се констатација релације консумпције заснива на конкретном, а не на апстрактном приступу, што подразумева да се и детерминисање специфичних услова постојања наведене релације врши у зависности од начина испољавања забрањеног понашања у конкретном случају.

У домену општих услова квалификације релације консумпције, од којих се полази у утврђивању специфичних фактора детерминације, могу се издвојити два кључна критеријума – емпиријски и критеријум праведности. Критеријум праведности који би требало тумачити са аспекта пропорционалности казне, односно остваривања основних циљева кажњавања, проналази се и у самим елементима дефиниције консумпције, оличеним у истицању околности да примена једне или више норми задовољава невредност реализоване радње или радњи. При томе, алудира се на то да је учинилац који је реализовао једну или више радњи, довољно кажњен тиме што ће се ексклузивно применити само једна од законских норми.<sup>163</sup> Сматрамо да поменута категоризација највише одговара теоријским класификацијама специфичних фактора детерминације од којих смо пошли у овом раду. Тачније, у категорију емпиријских параметара можемо сврстати критеријуме регуларности у испољавању неког понашања, као и функционалних релација које се успостављају између законских норми. С друге стране, критеријум праведности фигурира као кључан у оправдању релација *безначајности*. Свакако, ову поделу не би требало схватити као искључиву, будући да оба општа усмеравајућа услова карактеришу све особене параметре констатације консумпције.

Општи услови консумпције, оличени у идеји да садржај невредности неког законског типа, обухвата такође и садржај невредности другог, на тај начин да се кажњивост за пратеће дело компензује кажњивошћу главног<sup>164</sup>, морају се имати у виду приликом констатације свих посебних фактора детерминације. Стога, паралелно са поменутим критеријумом регуларности, тачније „уобичајености“ у реализацији одређеног понашања, где се у потпуности реализује општи услов обухватања невредности једног правног концепта применом другог, у оквирима консумпције, требало би уважити и криминално–политички критеријум „безначајности“ једне инкриминације у односу на другу.

Осим тога, релација консумпције се у доктрини доводи у везу са факторима, оличеним у захтеву да се апсорбовани деликт појављује као неопходно средство у

---

<sup>162</sup> J. P. Matus Acuña (2005), 486.

<sup>163</sup> J. C. Moliné, 59.

<sup>164</sup> H. Welzel (1956), 229. Тако и M. Bertani, 940.

реализацији главног, или пак да представља нормалну фазу у његовој примени.<sup>165</sup> Управо из ове констатације произлази да као релевантни параметри утврђивања консумпције, фигурирају поменути емпиријски критеријум регуларности у реализацији одређеног правног концепта, или пак својство функционалистичке улоге апсорбованог деликта. При томе, сматрамо да у оквиру функционалних релација релевантних за квалификацију консумпције треба сврстати не само случајеве када се одређена инкриминација појављује као средство реализације друге, већ и онда када представља њено материјално довршење у смислу комплетирања невредности главног дела применом накнадних аката који се сматрају обухваћеним њиме. Основ примене консумпције у наведеним случајевима, може се пронаћи и у хипотези да је законодавац приликом прописивања санкције за одређено понашање, узео у обзир и оне инкриминације које га регуларно прате, као претходнице, као средства, етапе у развоју или последице.<sup>166</sup>

Имајући у виду овако схваћене факторе детерминације консумпције, јасно је да се ради о највишем степену дискреционе оцене у квалификацији привидног стицаја закона. Осим тога, још једна специфичност се огледа и у околности да за разлику од специјалитета и консумпције, ови критеријуми поседују високи степен општости, што захтева и додатну опрезност у постављању границе са идеалним стицајем, где се кључна улога препушта поступку интерпретације, односно примени поменутих критеријума диференцијације.

Ситуацију додатно компликују и опречна доктринарна гледишта о домаћају наведених фактора, што се одражава и на сам поступак квалификације. У том смислу, указује се и да за разлику од специјалитета где постоји прецизно дефинисан однос субординације, у случају консумпције, није јасно о којој се врсти релација се ради.<sup>167</sup> Из тог разлога је у поступку квалификације тешко утврдити која ће од конфликтних норми бити преферентна, будући да то зависи од релативног интензитета карактеристичног за сваку од инкриминација у конкретном случају.<sup>168</sup> Према томе, прецизно утврђивање фактора детерминације консумпције појављује се као тежак теоријски задатак, нарочито ако се има у виду излазак из домена логичких правила, односно бројне критике на рачун њихове прецизности и научне утемељености. Ипак, може се говорити о одређеним смерницама у успостављању правила утврђивања релације консумпције, у складу са поменутом класификацијом.

Оквири у којима се креће класификација фактора детерминације консумпције, условљени су, између осталог, и већ поменути релевантним елементима индивидуализације, утемељеним на подели на случајеве јединства и плуралитета радње у природном смислу. Тако, код јединства радње, говори се и о својеврсној интерференцији између законских типова<sup>169</sup>, иако би то требало условно схватити, будући да је поклапање елемената законског описа, детерминисано материјалном (емпиријском), а не концептуалном обухватношћу казних типова.

У том смислу, као смерницу можемо узети једну од релевантних дефиниција консумпције у доктрини, која полази од класификације на јединство и плуралитет радње. Тако, указује се да консумпција постоји онда када учинилац реализује радњу која се може подвести под оквиру две или више норми првог нивоа, или више од једног пута под исту, односно када учинилац реализује две радње које се могу подвести под две или више норми

<sup>165</sup> A. Z. Schmidt, 106.

<sup>166</sup> L. Rojas Morán, 275.

<sup>167</sup> O. Artaza, R. Mendoza, L. Rojas, 164.

<sup>168</sup> S. Politoff, J. P. Matus, M. C. Ramírez, 462.

<sup>169</sup> J. C. Moliné, 58 – 59. Аутор указује да се емпиријски критеријум испољава у другом елементу дефиниције консумпције, тачније односи се на случајеве јединства радње и констатацију да се услед реализације законског описа бића једног кривичног дела (А), може у одређеној мери остварити и нека особина предвиђена конкурентном нормом (Б). С друге стране, код манифестација плуралитета радње, она радња која реализује елемент описан у норми А, носи са собом вероватноћу истовремене реализације и друге радње, обухваћене нормом Б.

првог нивоа или пак више пута под исту, уз претпоставку да су испуњени услови кажњивости за све примењиве норме.<sup>170</sup>

Постоје извесне разлике у факторима детерминације, у зависности од изнетих фактора индивидуализације, тачније проблематике домашаја принципа консумпције. Тако, док се у једном случају може говорити о функционалистичким спонама између две инкриминације, оличеним у критеријуму да се једна од њих појављује као зависна од друге у смислу да иста без ње не би имала смисао (плуралитет радње), у другом случају се избор врши према критеријуму регуларности у извршењу, како би се утврдило да ли један деликт неопходно захтева или претпоставља реализацију другог, додатног (јединство радње).

Из наведеног произлази да се фактори детерминације консумпције могу класификовати на различите начине, при чему се број предузетих радњи у природном смислу појављује као параметар у њиховој спецификацији. Једна од релевантних констатација у литератури, указује да се конзумираним сматрају претходне или накнадне радње, које су имплицитно или експлицитно одређене као неопходне, односно да консумпција фигурира онда када једна правна фигура конституише оно што се означава као *Quod plerumque accidit*.<sup>171</sup>

Имајући у виду прихваћена гледишта о домашају консумпције, односно привидног идеалног стицаја уопште, постоје две групе релације које сматрамо релевантним за примену поменутог правила преферентности: 1) *криминолошко–вредносне релације* које обухватају критеријуме регуларности у испољавању неког понашања или пак *безначајности*; 2) *функционално–вредносне релације*, које се односе на својеврсне облике криминалне прогресије, а манифестују се у конструкцијама претходног и накнадног некажњивог дела.

### 2.5.1. Криминолошко–вредносне релације

Прва група детерминишућих фактора у констатацији релације консумпције, одговара првенствено феноменолошким манифестацијама типичног пратећег дела, а интегрише два основна критеријума емпиријског карактера, који се манифестују као криминолошка регуларност испољавања привидног (консумптивног) правног концепта у односу на главни (конзумирајући), или пак као његова вредносна „безначајност“.

У првом случају, вредносна обухватност једне инкриминације у односу на другу се изводи из околности да реализација одређеног инкриминисаног понашања подразумева да је са аспекта конкретног случаја, исто уобичајено праћено другим лакшим делом, које пак није њиме концептуално обухваћено. Управо изостанак поменуте концептуалне обухватности, односно поклапања формалистичких елемената правних концепата, диференцира наведене случајеве од манифестација специјалитета и одређује суштину емпиријске утемељености консумптивног односа.

У доктрини се у индивидуализацији поменутог критеријума, користе и одреднице према којима подвођење једне радње под оквире једне норме, често подразумева и остваривање елемената законског описа друге инкриминације<sup>172</sup>, што указује да није реч о апсолутној неопходности, већ о уобичајености таквог испољавања њиховог међусобног

<sup>170</sup> *Ibid.*, 58. Такође, ово подразумева да се једна радња која се може подвести под окриље норме А, такође може обухватити и нормом Б, односно реализација радње обухваћене нормом А, подразумева и реализацију норме Б. При томе, када се ексклузивно примени норма А, сматра се да је њоме обухваћена не вредност целокупног понашања.

<sup>171</sup> S. Soler, 221; Вид. и Tribunal Superior de Justicia (TSJ), Sala Penal, Sentencia n° 152, 10.06.2010. <http://www.profprocesalpenal.com.ar/archivos/9015546d-152-Cuevas-Germ-n-concurso-yabusos-sexual.pdf>, 5. фебруар 2022. године, 1.

<sup>172</sup> J. C. Moliné, 45.



односа. С друге стране, могуће је да конзумптивност почива и на параметру изузетно малог вредносног значаја једне инкриминације у односу на другу, која иако не покрива његову невредност у потпуности, подразумева да би њихова паралелна примена била неправедна, односно да је једна од њих довољна за остваривање претпостављених циљева кажњавања.

Ове случајеве смо издвојили од групе функционалних релација, које се углавном заснивају на облицима плуралитета радње у природном смислу, где су зависне (привидне) инкриминације, управљене ка реализацији одређених функција главне, било да је реч о средствима за њено остварење, или пак о њеном довршењу, односно исцрпљењу намере успостављене главним делом.

### 2.5.1.1. Критеријум регуларности

Дефинисање релације конзумпције, у теорији се најчешће везује за истицање *регуларности* испољавања одређеног кривичног дела у односу на друго, при чему се указује да конзумпција постоји онда када одређени законски тип не наступа неопходно, али се дешава на регуларан и типичан начин.<sup>173</sup> Иначе, у домаћој доктрини се приликом дефинисања конзумпције, односно улоге и својства привидног дела, наглашавају фактори редовности и нужности у његовом испољавању<sup>174</sup>, што је случај и са ставовима у судској пракси.<sup>175</sup>

Са аспекта евентуалног поклапања законских елемената бића кривичног дела, ово би требало тумачити полазећи од материјалне обухватности два правна концепта, која је условљена уплитањем криминолошког фактора, при чему се закључак о регуларности изводи на основу интерпретације искуственог догађаја у конкретном случају. То означава да неће постојати, као код специјалитета поистовећивање обележја бића, констатовано на апстрактном плану, применом одговарајућих логичких критеријума, што би заправо одговорало неопходности (нужности) испољавања, већ се приступа ширем тумачењу конкретног правног концепта, у складу са могућим ситуационим, евентуалним поклапањем, које постоји на нивоу „уобичајености“, односно учесталости.

Већ је на први поглед јасно да оваквом критеријуму недостаје јасна научна и логичка детерминисаност, неопходна за постављање прецизног апсолутног правила, што указује првенствено на тешкоће у успостављању границе у односу на аутентични стицај. Наиме, релативно је питање да ли одређено понашање можемо декларисати као уобичајено својствено другом, без залажења у зону дискреционе оцене, условљене променљивим ситуационим факторима.

У одређењу овог фактора детерминације, у литератури се користи и термин инхеренција (нераздвојна припадност, својственост), при чему се као његова основна карактеристика, истиче утемељеност на конкретној форми реализације неког дела, а не на апстрактном садржају конкурентних типова.<sup>176</sup> То је и разумљиво, имајући у виду његову

<sup>173</sup> J. Cuello Contreras (2009), 682.

И у судској пракси се указује да је у случају конзумпције, остваривање бића другог кривичног дела, које прати главно, нужност, или пак уобичајена појава, у смислу да га по правилу подразумева. Вид. Пресуда Апелационог суда у Београду, Посебног одељења Кж 1 По1 31/16 од 22.09.2017. године.

Такође, и у немачкој доктрини се приликом детерминисања конзумпције, употребљавају одреднице попут „нормалног“, „редовног“, „типичног“. Вид. С. Fahl, 246.

<sup>174</sup> З. Стојановић (2009), 17. Као типични примери описаног редовног, односно нужног испољавања, наводи се случај конзумираности лаке телесне повреде тешком, односно оштећења туђе ствари или нарушавања неповредивости стана кривичним делом тешке крађе.

<sup>175</sup> Вид. Пресуда Апелационог суда у Београду, Посебног одељења Кж1 По1 31/16 од 22.09.2017. године.

<sup>176</sup> L. Rojas Morán, 288.

правну природу, односно ванправни карактер, утемељен на параметрима искуственог облика.

У том контексту, говори се такође и о феноменолошком критеријуму *заједничког појављивања*, у складу са питањем да ли извршење неког кривичног дела, према правилима логике и општег животног искуства, доводи до остваривања обележја другог кривичног дела.<sup>177</sup> Као пример практичне манифестације овог критеријума констатације консумпције, може се навести случај релација између тешке крађе обијањем из чл. 204, ст. 1, тач. 1 КЗ и уништења и оштећења туђе ствари из чл. 212 КЗ, за коју се може рећи да регуларно прати, односно да је инхерентна обијању као радњи извршења.

Анализом овог и сличних парадигматских примера, попут оног који се односи на консумпцију тешке телесне повреде убиством, или пак лаке телесне повреде тешком, јасно се уочава основ искључења стицаја, оличен у вредносној претпоставци о регуларном остваривању пратеће инкриминације приликом реализације радње главног дела.

Овај фактор детерминације делује у складу са основном претпоставком, која се појављује као фундаментална компонента института привидног стицаја закона, а огледа се у хипотези да консумирајућа казнена претња већ има у виду садржај невредности конзумираног дела<sup>178</sup>, што указује да се оправдање конзумираности једне инкриминације другом, врши на вредносном нивоу.

Такође, за разлику од безначајности (утемељене на принципу праведности), критеријум регуларности се заснива на претпоставци да је приликом утврђивања казне за главно дело, законодавац имао у виду такође и околност да се оба деликта регуларно заједнички остварују<sup>179</sup>, што може имати извесне импликације и на плану поштовања забране двоструког вредновања у формалном смислу.

Разматрање критеријума регуларности, врши се на нивоу поређења његових ефеката са другим супротстављеним условом – *неопходности*. Већ смо напоменули да се као један од критеријума за констатацију како апсолутне, тако и парцијалне консумпције, намеће питање да ли између апсорбоване и апсорбујуће норме постоји релација неопходности. Сходно томе, као један од услова, наведено је управо одсуство такве неопходности, што указује да се критеријум регуларности мора тумачити на специфичан начин. Дакле, консумпција постоји само онда када таква релација није неопходна<sup>180</sup>, што истовремено искључује и било какав апстрактни приступ у њеној констатацији.

У том контексту се говори и о диференцирању рестриктивног и екстензивног појма регуларности, у зависности од критеријума да ли се конзумирано кривично дело нужно извршава кроз остваривање главне инкриминације, или је пак могуће замислити да оно није увек праћено његовом реализацијом.<sup>181</sup> Стога се и у образложењу захтева да једно кривично

---

<sup>177</sup> I. Vuletić, „Konsumpcija kao oblik prividnog stjecaја“, Hrvatski ljetopis za kazneno право i praksu (Zagreb) 1/2012, 27. Наводи се пример извршења тешке крађе проваљивањем, у односу на истовремено остваривање обележја кривичног дела нарушавања неповредивости стана.

<sup>178</sup> J. Cuello Contreras (2009), 682. Тако и D. Kienapfel, F. Höpfel, R. Kert, 29. Полазећи од примера оштећења имовине у случају провале, указује се да примарни закон обухвата садржај неправде и кривице сузбијеног дела.

<sup>179</sup> C. A. Paredes Vargas, 62. Један од хипотетичких примера који одговара оваквом резонувању би био случај физичких повреда нанетих приликом извршења кривичног дела силовања, или пак оштећења одеће приликом лишења живота употребом оружја.

<sup>180</sup> A. Z. Schmidt, 108. На то указује и Стојановић, полазећи од примера учиниоца који приликом извршења кривичног дела неовлашћеног коришћења туђег возила, не оствари истовремено и кривично дело ситне крађе у односу на потрошено гориво, будући да о свом трошку сипа гориво у резервоар. Вид. 3. Стојановић (2009), 17.

<sup>181</sup> 3. Стојановић (2021), 307. Тако, иако је у великом броју случајева, извршење кривичног дела убиства, праћено и наношењем тешких телесних повреда, могуће је хипотетички замислити и да дође до наступања моменталне смрти, без аутономног опстанка таквих повреда.

дело у потпуности обухвата друго, поред нужности, алтернативно наводи и услов да „по правилу“ долази до истовременог остваривања бића још неког кривичног дела.<sup>182</sup> Управо се у истицању таквог фактора правилности испољава суштина критеријума регуларности.

На тај начин, параметри утемељености на конкретном приступу и изостанак услова „неопходности“, фигурирају као најзначајније смернице у утврђивању консумптивног односа, при чему, уколико се узме да реализација главног дела не проузрокује нужно и привидно (консумптивно), у смислу општеважећег правила, то истовремено имплицира и негирање апстрактног приступа у овом поступку.

Стога, сматрамо да би у прецизирању услова регуларности, требало користи одреднице попут *евентуалности*<sup>183</sup>, или пак *уобичајености*<sup>184</sup> у реализацији инкриминисаног понашања, које најбоље одражавају суштину односа између главне и привидне норме, тачније околност да за разлику од специјалитета, није нужно да одређено дело неизбежно доводи до реализације типичних законских описа више инкриминација, али да у највећем броју искуствених случајева, реализација једног законског описа подразумева и други.<sup>185</sup>

То је у складу са прихваћеним ставом у литератури према којем консумпција фигурира онда када не постоји релација неопходности, односно када апсорбовани тип није конститутивни елемент апсорбујућег, јер уколико бисмо пошли од претпоставке да је *maius* неопходна етапа за реализацију *plus*, налазили бисмо се пред јединством субјективног елемента, карактеристичног за супсидијаритет, а не пред његовим плуралитетом (консумпција).<sup>186</sup> Сходно томе, у детерминацији консумпције, уносе се и извесни субјективни параметри, што још више наглашава њену условљеност ситуационим факторима и околностима конкретног случаја, а самим тим продубљује проблематику разјашњавања околности под којима се одређено понашање испољило.

По нашем мишљењу, у томе се огледа једна од основних разлика у односу на супсидијаритет, где реално постоји само један субјективни елемент у реализацији недозвољеног понашања, при чему се одређена понашања појављују као нужне, предетерминисане етапе у таквој реализацији. Управо је из тог разлога и дошло до различитих гледишта о начину квалификовања повреда у односу на убиство, у зависности од околности да ли се исте сматрају неопходном (неизоставном) транзитном фазом у реализацији кривичног дела убиства (унапред одређеном апстрактним садржајем законских типова), што би одговарало супсидијаритету, или пак о регуларном, али не и нужном пратећем акту у извршењу кривичног дела убиства, чија је невредност консумирана у конкретног случаја. Свакако, остајемо при ставу да је ово питање малог практичног значаја и у потпуности потиснуто кључном и једином релевантном дилемом, која се односи на разграничење привидног и аутентичног стицаја, мада се могу изнети извесни закључци теоријског карактера у овој области.

---

<sup>182</sup> Пресуда Апелационог суда у Београду, Посебног одељења Кж1 По1 31/16 од 22.09.2017. године.

<sup>183</sup> J. D. J. Restrepo, 27.

<sup>184</sup> С. Roxin (2014), 1011. Полазећи од примера односа између кривичног дела тешке крађе и уништења и оштећења туђе ствари, Роксин истиче да иако се наведено кривично дело не мора увек извршити заједно са крађом, уобичајено долази до њиховог паралелног извршења.

<sup>185</sup> S. Mir Puig (2016), 656. Као парадигматски пример, аутор наводи случај тешке крађе извршене разбијањем прозора, или врата, што нормално проузрокује одређену материјалну штету, која с друге стране није неопходна у стриктном смислу.

Исто тако, у литератури се истиче и карактеристика регуларности, али не и апсолутне неопходности симултане реализације привидног дела. Вид. J. C. Contreras (1979b), 468.

<sup>186</sup> A. Z. Schmidt, 106 – 107. Наводи се да је код консумпције могуће замислити да, на пример, код уништења украдене ствари, учинилац поступа са умишљајем и у односу на крађу и у односу на уништење и оштећење туђе ствари. Код супсидијаритета, са друге стране, тај субјективни елемент је само један, али се објективно уклапа у више казних типова. Иначе, сматра се да таква релација проистиче из легислативних тенденција (сложена кривична дела), или је пак логичког карактера (телесне повреде наспрам убиства).

Наиме, мишљења смо да опредељење за једну или другу варијанту нема битно другачије практичне последице, те да је чисто теоријског карактера и условљено приступом у интерпретацији релација између две спорне инкриминације, где долази до колизије, односно својеврсног поклапања материјалног садржаја супсидијаритета и консумпције. Другим речима, сасвим је легитимно тврдити да постоји интерферентни однос између инкриминације која прописује убиство и оне која одговара телесној повреди, по основу тога што лишење живота нужно пролази кроз стадијум наношења телесних повреда, а самим тим се подиже на ранг предетерминисаних релација утврђених на апстрактном плану. Исто тако, релевантан је и закључак да остваривање законског описа бића кривичних дела повреде, представља типични пратећи акт лишења живота, које га консумира по основу већег степена невредности. Међутим, могу постојати извесне латентне разлике, које усмеравају начин решавања конфликта између два принципа решења, што смо већ размотрили. Ово је уједно и последица неусаглашености теоретичара у утврђивању јасних граница између супсидијаритета и консумпције, што је условљавало и опречна гледишта о начину квалификације појединих феноменолошких облика привидног стицаја закона, а у неким случајевима, подразумевало и негацију једног од поменутих принципа на рачун другог.

Сматрамо да би, уколико се са одређеним степеном сигурности може констатовати да је барем у кратком тренутку, постојао временски јаз између наступања повреда и убиства које је уследило, што би одговарало двоструком субјективном елементу присутном код учиниоца, требало узети да су такве повреде консумиране убиством по основу обухватања невредности. У прилог томе, у домаћој литератури се као најкарактеристичнији пример консумпције наводи управо однос између убиства и наношења тешке телесне повреде, где се као основ такве квалификације наводи да свако убиство подразумева да је у једном тренутку, барем у делу секунде, постојала тешка телесна повреда.<sup>187</sup> Међутим, као што смо већ напоменули, сасвим су оправдани и аргументи о фазном, транзитном карактеру повреда, које се у односу на убиство констатују на апстрактном плану и дефинишу њихову условну примењивост по основу интерферентног односа (супсидијаритет).

Знатно важније питање у домену квалификације у случајевима паралелне реализације убиства и телесних повреда јесте разграничење од стицаја, односно дефинисање услова под којима се сматра да нанете телесне повреде поседују аутономни значај који превазилази опсег привидног стицаја закона и захтева уважавање стицаја.

У сваком случају, може се закључити да је основ консумирања телесних повреда применом казног типа који одговара убиству, као парадигматског примера консумпције, оличен у томе да иако убиство не претпоставља нужно и телесне повреде, то не искључује могућу конкретну неопходност таквих повреда да проузрокују смрт.<sup>188</sup>

Искључење неопходности подразумева да један законски опис може да се реализује без истовремене реализације другог, при чему се суштина квалификације привидног стицаја закона заснива на претпоставци да преферентни законски тип подразумева скоро неизбежну реализацију другог, односно невредност тог другог законског типа се сматра садржаном у другом, на имплицитан начин.<sup>189</sup> За нас је релевантан начин констатације такве релације регуларности, односно минималних предуслова које две инкриминације у конкретном случају морају задовољити како би се донео такав закључак.

Тако, према једном од гледишта, које сматрамо исправним, није довољна проста релација регуларности у смислу стадијумске преваленције, већ се захтева да се консумирани тип реализује у неком елементу преферентног деликта, тако да се може констатовати дупло

---

<sup>187</sup> Ђ. Лазин, 85. Ово је схватање које се заступа и у немачкој доктрини. Тако, указује се да се убиство ни у ком случају не може извршити без наношења тешке телесне повреде оштећеном. Вид. С. Fahl, 245.

<sup>188</sup> S. Mir Puig (2016), 656.

<sup>189</sup> L. Rojas Morán, 283.

вредновање у случају паралелне примене.<sup>190</sup> То је очигледно на већ поменутом примеру односа између повреда и убиства. Осим тога, често се код односа између убиства и повреда, говори о својеврсној деликтној прогресији, сходно претпоставци да се, осим у индивидуалним случајевима, када се моментално проузрокује смртна последица, претпоставља да су повреде претходиле убиству.<sup>191</sup> Ово нас поново враћа на проблематику разграничења између супсидијаритета и консумпције, чији се материјални садржаји могу преклапати у конкретном случају.

Када је реч о основним карактеристикама релационих односа између конзумирајуће и консумптивне норме, оне се огледају у материјалном „затварању“, односно обухватности прохибитивног садржаја у конкретном случају, што је од кључног значаја за утврђивање претпоставки критеријума регуларности, који не проистиче из самих концептуалних елемената две инкриминације. Сходно томе, и критеријум регуларности би требало посматрати са аспекта околности да се негативни суд чини у потпуности укљученим у оквиру норме која предвиђа тежи деликт, тако да би њихова истовремена примена довела до кршења принципа *ne bis in idem*, односно до неоправданог дуплирања санкција.<sup>192</sup> Стога, у складу са односом између општих и посебних услова консумпције, уобичајена или нормална реализација неког казног типа, неће бити релевантна, осим у случају када један од елемената преферентног типа садржи деликтну невредност другог.<sup>193</sup> То је уједно и основни критеријум констатације консумпције, који служи и успостављању граница са аутентичним стицајем.

Оцена материјалне обухватности, у неким случајевима може бити условљена и самом граматичком интерпретацијом употребљених израза, која указује да одређена радња уобичајено укључује и извесна пратећа понашања, иако не постоји потпуно концептуално поклапање између њих.<sup>194</sup> Најкарактеристичнији пример је већ поменути однос између убиства и телесних повреда, мада је то специфично за однос између повреда и свих других инкриминација које претпостављају употребу насиља, попут силовања, разбојништва, принуде и слично.

Као репрезентативан пример из литературе, можемо навести онај који се тиче односа између силовања и наносења лаких телесних повреда као последице примењеног насиља. Тако, указује се да се силовање може учинити и без наносења таквих повреда, али да у случају када до њих дође, оне нису ништа друго до резултат насиља које се захтева за конкретни казни тип.<sup>195</sup>

Свакако, деловање критеријума регуларности као криминолошког, односно емпиријског фактора, мора се посматрати у границама општих услова да је невредност пратећег понашања, већ садржана у главној инкриминацији, што је уједно и главни диференцијални фактор у односу на квалификацију аутентичног стицаја. То нас поново враћа на критеријуме утврђивања материјалне димензије релације консумпције, који излазе из граница концептуалног и протежу се на материјално, односно вредносно „затварање“

---

<sup>190</sup> *Ibid.* Аутор указује да је за такву релацију ирелевантно емпиријско доказивање да се, на пример, уз реализацију већине кривичних дела убиства, такође врше и крађе ствари које припадају жртви (под претпоставком да нису испуњени услови за квалификовани облик разбојништва), јер не постоје елементи законског описа убиства који се на било који начин повезују са елементима крађе.

<sup>191</sup> F. Pavón Vasconcelos, 184 – 185. Те манифестације деликтне прогресије, доводе се у везу и са случајем нарушавања неповредивости стана и тешке крађе.

<sup>192</sup> J. D. J. Restrepo, 26.

<sup>193</sup> L. Rojas Morán, 289.

<sup>194</sup> J. D. J. Restrepo, 27. Аутор истиче да на пример, израз „насилно“ код појединих инкриминација, може да имплицира укљученост извесних повреда.

<sup>195</sup> E. R. Zaffaroni, 562 – 565. Поред овог, наводи се и пример односа између противправног лишења слободе, неопходног ради спречавања бекства приликом извршења кривичног дела разбојништва.

једног правног концепта другим. Управо у том контексту се мора посматрати и критеријум регуларности испољавања неког понашања у односу на друго.

На тај начин се у главној инкриминацији испољавају генерички изрази, чије тумачење укључује могућност обухватања других понашања мање тежине, али не и њихову нужну манифестацију. То је разлог зашто се може говорити о својеврсној *некомплетној интерференцији* код консумпције. У том смислу, облици фактичке неопходности који нису изричито предвиђени, засновани су на идеји да у односу између два концепта, један од њих неопходно поседује неку од карактеристика релевантну за реализацију другог, иако она није изричито описана.<sup>196</sup>

Још једно релевантно питање у вези критеријума регуларности, схваћеног као уобичајено (нормално) испољавање пратећег акта, односи се на ситуације када повреде које су настале предузимањем привидног дела, превазилазе критеријум „нормалности“. У том смислу, негира се консумпција онда када исте превазилазе тежину главног дела<sup>197</sup>, у ком случају се сматра да није испуњен услов регуларности. Наведена констатација управо указује на релативност наведеног фактора у детерминацији релације консумпције.

Закључак је да би дела која се појављују као регуларно пратећа, требало разумети тако да се сматра да су садржана у главном делу, иако нису неопходна. Тачније, узима се да, иако се захтева одређена фактичка повезаност између два правна концепта, то се практично своди на проблем вредносног садржаја конкретних диспозиција. На тај начин, иако постоје разлике у екстензији истих, могуће је да не конкуришу симултано, с тим што би управљеност преферентног типа, имплицитно садржала консумирани законски опис.<sup>198</sup> Ова констатација представља оправдање позивања на кршење начела *ne bis in idem*, што значи да би, у условима када се консумирано дело реализује у конкретном случају (иако оно није неопходно), њихова двострука оцена представљала кршење забране двоструког вредновања.

Постоје, с друге стране, и супротна гледишта, према којима квалификација привидног стицаја закона није условљена релацијом регуларности, већ само *фактичке неопходности* схваћене у апстрактном смислу, што пак није прихваћено у већинској доктрини. Наиме, полази се од хипотезе да иако не стоји релација неопходности, постоје дела која би се, поред тога што су регуларна у извршењу других, могла идентификовати постојањем неког од елемената преферентног типа. Као пример се наводи случај оних деликата који претпостављају неку форму принуде у односу на повреде, где се не може тврдити да се налазимо пред специјалитетом, будући да не постоји релација субординације између казних типова.<sup>199</sup>

Са аспекта регуларности као фактора детерминације, говори се и о својеврсној *преферентности по основу интерференције*, тако да се полази од хипотезе да на пример, казна прописана за убиство садржи невредност оних резултата који јој могу бити инхерентни (својствени), у смислу да су неизбежни за наступање смрти. При томе се указује да једна од инкриминација не поседује аутономни деликтни значај у односу на другу, у складу са претпоставком да се појављује као неизбежна последица у реализацији другог казненог

<sup>196</sup> L. Rojas Morán, 281. Као пример се наводи лишење слободе, неопходно за реализацију силовања.

<sup>197</sup> S. Mir Puig (2016). Тако, указује се да је могуће да на пример, штета која настане на стварима у власништву оштећеног, превазилази невредност обухваћену кривичним делом тешке крађе.

Слично томе, истиче се да неће доћи до примене правила консумпције у случају када зависна инкриминација предвиђа тежу казну, посматрано изоловано у односу на главну. Наиме, сматра се да у наведеним случајевима нису испуњене претпоставке консумпције, будући да казна за главну инкриминацију не укључује и ону својствену привидном делу. Вид. L. Rojas Morán, 276.

<sup>198</sup> L. Rojas Morán, 284.

<sup>199</sup> *Ibid.*, 285. Сматра се да је, у светлу принципа *ne bis in idem*, деликт принуде употребом насиља, компатибилан са повредама које проузрокују генералну неспособност деловања, до одређене тежине. Ако се прекорачи та тежина, у том случају сама инкриминација на име повреда или убиства, не одражава невредност принуде.

типа.<sup>200</sup> Ово би такође требало посматрати са аспекта оцене поштовања забране *ne bis in idem*, што указује да се управо по основу тако представљене интерферентности обезбеђује поштовање наведеног принципа.

У постављању граница конзумпције по основу уобичајености манифестације, односно типичног пратећег дела, релевантан је општи критеријум обухватања невредности, што подразумева да чак и онда када су испуњени предуслови који се сматрају кључним за утврђивање конзумпције, постоје извесна ограничења у примени привидног стицаја закона. Тако, указује се да конзумпција неће постојати онда када се радње толико удаље од типичног дела да их није могуће сматрати субординисаним, што указује на њихову независност. На конкретном примеру кривичног дела силовања, та аутономија се испољава онда када насиље употребљено над пасивним субјектом проузрокује повреде које превазилазе оне рационално неопходне за обљубу. Такође, уколико насиље код силовања проузрокује смрт жене, постојаће паралелно силовање и убиство.<sup>201</sup>

Таква ограничења се доводе у везу и са правилом да се конзумпција не може применити уколико се одступа од нормалног „курса“ и успоставља особени садржај невредности.<sup>202</sup> Управо та околност, као и претходно наведене концепције о начину поимања његовог домашаја, упућују на релативност критеријума регуларности за констатацију конзумпције, што између осталог истиче и специфичности правне природе наведеног принципа решења, чији су фактори детерминације условљени емпиријским релацијама.

На крају, неки аутори услов регуларности захтевају само у случају типичних пратећих дела, или се пак у складу са индивидуалистичким приступом, исти захтева само у одређеним индивидуалним случајевима (на пример, компаративноправне инкриминације озбиљних повреда у односу на повреде проузроковане опасним средством).<sup>203</sup> Поред тога, овај критеријум се доводи у везу и са правним концептом деликтне прогресије, која постоји онда када претходно извршена правна фигура на крају бива конкретизована sukcesивном реализацијом друге. То подразумева да није реч о норми веће амплитуде дескриптивног описа, већ да се налазимо пред sukcesијом понашања, повезаних истим циљем, тако да поступање уклопљено у норми већег вредносног домашаја, апсорбује све претходне које типизирају активности мање правне релевантности.<sup>204</sup> У сваком случају, чак и ако се узме да је „уобичајеност“ реализације неке радње паралелно са другом, последица специфичне криминалне прогресије, нагласак је ипак на криминолошко–вредносној оцени емпиријске повезаности две законске инкриминације и тим критеријумом се треба водити у детерминацији релације конзумптивности.

### 2.5.1.2. Критеријум „безначајности“

Поред фактора регуларности, односно емпиријске уобичајености у испољавању одређеног понашања, акцесорност једног казненог типа у односу на други, из које проистиче губљење аутономног значаја, може произаћи и из „безначајности“, односно малог вредносног значаја те инкриминације у односу на другу. Такође је у питању критеријум карактеристичан за манифестације конзумпције утемељене на јединству радње у стриктном

<sup>200</sup> O. Artaza, R. Mendoza, L. Rojas, 172.

<sup>201</sup> F. Pavón Vasconcelos, 199.

<sup>202</sup> S. Cardenal Montraveta, S. Mir Puig, 1041.

<sup>203</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 343.

<sup>204</sup> F. Pavón Vasconcelos, 186–188. Тако, криминална прогресија претпоставља sukcesију аката мањег или већег вредносног значаја, који заједно конституишу један деликт (на пример радње претходне принуде код силовања, или примена насиља код разбојништва). При томе се као услов наводи да криминална активност прелази од мање ка тежој форми, под претпоставком да се реализује у оквиру истог психолошког јединства, односно да представља материјални одраз намераваног циља.

смислу, који се донекле преклапа са основама оправдања регуларности, с тим што се он ни у ком случају не може довести у везу са било каквом интерференцијом казних типова и томе својственим подударом формалистичких елемената законског описа.

Сматра се да је деловање принципа *безначајности* оличено у томе да се основ конзумпције не изводи из околности да одређени законски опис обухвата други, већ да типичност тог законског типа замењује типичност оног конзумираног по основу безначајности.<sup>205</sup> Дакле, ради се о чистој оцени мањег интензитета напада у заштити неког интереса, односно правног добра. Карактеристично је да се у овим случајевима заправо не може говорити о обухватању невредности једне инкриминације другом, већ о њеном повлачењу пред интензитетом невредности главне из својеврсних криминално–политичких разлога. То указује да се између два концепта не могу утврдити механичке споне у виду било какве садржаности конзумптивне норме у конзумирајућој.

Овај облик одговара тзв. случајевима *инклузије*, који се у домаћој доктрини и судској пракси доводе у везу са стицајем инкриминација диференцираних по основу великог одударања у тежини, што је и разлог зашто се говори о „багателности“, односно занемаривости једне инкриминације у односу на другу.<sup>206</sup>

Констатација инклузије је у том случају условљена интерпретацијом конкретног догађаја и произлази из закључка о неоправданости симултане примене две законске норме на конкретном плану. Међутим, треба имати у виду да је реч о најекстензивнијем критеријуму, који искључење стицаја између самосталних инкриминација заснива на чисто вредносним разлозима и искључиво са аспекта њиховог међуодноса, полазећи од разлога рационалности у изрицању кривичних санкција. Стога, осим применом метода егземплификације, не може се говорити о било каквим апстрактним критеријумима на основу којих би се констатовала релација инклузије између тачно одређених правних концепата.

У прилог томе, Лазин указује да је тешко утврдити када се одређено понашање које остварује обележја конкретног кривичног дела може сматрати безначајним у поређењу са неком другом инкриминацијом, што истовремено упућује на непрецизност критеријума у доктрини.<sup>207</sup>

Такође, у овом случају се не може негирати оправданост уважавања привидног дела као отежавајуће околности, што би, паралелно са случајевима алтернативитета, требало применити као правило у утврђивању правних последица. То је и једино логичко решење, имајући у виду да осим криминално–политичке оцене безначајности, не постоји други основ искључења примене привидног дела.

Могло би се рећи да је у питању оригинарни критеријум фундаменталног утемељења института привидног стицаја закона, из чега произлази и његов општи (генерални) карактер. Идејна заснованост безначајности као једног од фундаменталних принципа института привидног стицаја закона, заснива се на претпоставци да приликом детерминације казне, судија треба да цени све казнене типове, осим у случају када је невредност неког од њих садржана у другом, или је пак безначајна.<sup>208</sup> У поређењу са

---

<sup>205</sup> J. D. J. Restrepo, 30.

<sup>206</sup> Љ. Лазаревић (2011), 285 – 286; И. Вуковић (2022), 352; Ф. Бачић *et al.*, 219. У том смислу, указује се да се једна инкриминација појављује као безначајна, у тој мери да искључује друштвену оправданост кажњавања. Тако и Стојановић, приликом дефинисања инклузије, наводи управо фактор тежине кривичног дела, односно околност да се одређено дело појављује као багателно у односу на теже. Вид. З. Стојановић (2009), 19.

<sup>207</sup> Ђ. Лазин, 124 – 125. Лазин указује да управо та околност води ка несигурности у примени инклузије, нарочито ако се узму у обзир последице у виду исхода и правних ефеката квалификације.

<sup>208</sup> L. Rojas Morán, 285 – 286. Дакле, не захтева се особена суперпозиција принципа *ne bis in idem*, већ је довољно да је један од конкурентних типова безначајан у односу на други.



критеријумом регуларности, где се поставља питање односа наведеног параметра са неопходношћу неког законског типа у односу на други, а самим тим и о реперкусијама таквог разграничења на поштовање забране *ne bis in idem*, безначајност се појављује као једини чисто емпиријски критеријум.

У теорији се указује да се релација консумпције у овим случајевима разликује у односу на претходно наведене манифестације, при чему се као репрезентативан пример наводи случај оштећења ствари жртве приликом извршења кривичног дела убиства<sup>209</sup>, или пак однос између тешке крађе и штете која је приликом њеног извршења нанета.<sup>210</sup>

Његовом компарацијом са фактором регуларности (уобичајености), на конкретном примеру односа између наношења штете и убиства, долази се до закључка да се као основна диференцијална карактеристика, издваја околност да у овом случају консумпција не произлази из околности да казнени тип убиства обухвата штету, већ напротив управо из тога што је незамисливо да убиство садржи штету као један од његових елемената или карактеристика, па макар то било и у материјалном смислу. Другим речима, сматра се да је у конкретном случају реч о повредама које су атипичне по основу безначајности.<sup>211</sup>

Такође, мишљења смо да је квалификација привидног идеалног стицаја у случајевима наношења лаких телесних повреда оштећеном од стране лица које се појављује као извршилац кривичног дела учествовања у тучи из чл. 123 КЗ, условљена управо применом правила инклузије по наведеном основу.

И у овом случају, баш као и код атипичних повреда по основу регуларности, где један казнени тип може обухватити други, потребно је да главно дело поседује већи степен невредности.

Једно од оправдања принципа безначајности се састоји у тврдњи да би обједињена примена конфликтних диспозиција била диспропорционална<sup>212</sup>, што указује да се на овај начин штити принцип пропорционалности у детерминацији казне. Могло би се закључити да у овом случају, наспрам потпуног, фигурира својеврсно делимично (непотпуно) обухватање невредности дела.

Уско повезано са тим, одређене критике које се упућују овом фактору детерминације консумпције, тичу се пре свега претпоставке да је он у супротности са неким другим важећим принципима теорије стицаја, пре свега са захтевом исцрпности, оличеном у неопходности уважавања свих релевантних инкриминација, чиме се доводи у питање његова самосталност, односно репрезентативност карактеристична за друге принципе, попут *ne bis in idem*.<sup>213</sup>

Ове критике су разумљиве, с обзиром на чињеницу да се инклудирани концепт, посматран изоловано и независно од главне инкриминације испољава као аутономни деликт који захтева кривичноправну реакцију, те да је суштина његовог потискивања у споредном

---

<sup>209</sup> E. R. Zaffaroni, 563; З. Стојановић (2018), 243.

У генералном смислу, у литератури се наводи се да је то случај са наношењем штете при извршењу неког деликта. Вид. L. Rojas Morán, 286.

<sup>210</sup> L. Rojas Morán, 286. Међутим, код тешке крађе се сматра да је штета имплицитно садржана у концепту обијања, због чега се не би могла сматрати безначајном, већ њено потискивање на рачун главне инкриминације, проналази оправдање у аргументу да је законодавац сматра садржаном у преферентном законском типу.

<sup>211</sup> E. R. Zaffaroni, 563. Као још један пример, наводи се и случај неупотребљивости вина у власништву жртве, услед тровања.

<sup>212</sup> L. Rojas Morán, 287.

<sup>213</sup> *Ibid.*, 288.

значају само у односу на конкретну чињеничну ситуацију.<sup>214</sup> Тако се и у доктрини, приликом навођења примера привидног идеалног стицаја по основу инклузије, указује да се таква оцена не може вршити *in abstracto*.<sup>215</sup>

Осим тога, на правну природу инклузије утемељену на ослањању на висину предвиђене казне, указује се у судској пракси, где се посебно истиче правило о њеној примени у склопу констатације да утврђена или изречена казна укључује и казну предвиђену за друго кривично дело.<sup>216</sup>

Јасно је да је реч о теоријски најспорнијем основу привидног стицаја закона, који је једини утемељен на стриктно криминолошким и криминално–политичким факторима, због чега се и његовој оцени и уважавању мора приступити обазриво, ценећи све релевантне околности конкретног случаја.

Са практичног аспекта, имајући у виду да је реч фактору детерминације, условљеном феноменолошким манифестацијама инклузије, углавном карактеристичне за наведене примере незнатне штете која настаје наношењем повреда или пак утицајем на имовинска добра, генерално не постоје веће тешкоће у његовој примени, с обзиром на сагласност теоретичара по том питању.

## 2.5.2. Функционално–вредносне релације

За разлику од криминолошко–вредносних релација, утемељеним на факторима регуларности и безначајности, полазећи од феноменолошких манифестација консумпције заснованих на криминалној прогресији, може се говорити и о функционалним спонама између две инкриминације, на којима почива основ обухватања невредности одређеног понашања. Поменути функционалне споне, које одговарају феноменолошким манифестацијама претходног и накнадног некажњивог дела, испољавају се у својству консумптивне норме да се појављује у функцији остваривања главне, претходне или накнадне. При томе, треба имати у виду, нарочито код претходних некажњивих дела, да та функционалност, слично као и код критеријума регуларности, није заснована на апсолутној неопходности, већ на евентуалности, односно појављује се као један од ситуационо испољених фактора у конкретном случају.

Суштина наведеног фактора детерминације се огледа у критеријуму функционалне повезаности главног и пратећег дела, тако да би се могло тврдити да привидни деликт не би имао смисла без реализације другог, секундарног дела. Ово је основни критеријум који се може довести у везу са описаним функционалним релацијама између законских норми.

Иначе, основ наведених функционалних релација треба тражити и у већ поменутиим условима констатације релације консумпције. Тако, у складу са одсуством нужности (неопходности) истовремене реализације две конфликтне инкриминације, као један од услова се појављује и захтев да апсорбовано кривично дело буде средство за реализацију, односно просто исцрпљење криминалне намере другог.<sup>217</sup>

На тај начин се издвајају два основна фактора детерминације функционалног карактера: 1) функција привидног кривичног дела да се појављује као средство реализације

---

<sup>214</sup> Б. Златарић, 172. Сходно томе, инклузија се доводи у везу са приступом *in concreto*, што подразумева да се споредни значај привидног дела, ограничава само на релацију са другом, тачно одређеном инкриминацијом, чија се санкција сматра довољно високом.

<sup>215</sup> Б. Златарић, 195. Аутор полази од примера релација између нарушавања неповредивости стана и силовања.

<sup>216</sup> Вид. Пресуда Врховног суда КЗС 62/86 од 17.11.1991. године.

<sup>217</sup> А. Z. Schmidt, 108.

другог; 2) функција привидног кривичног дела оличена у накнадном искоришћавању ефеката главног дела.

Слично томе, у литератури се указује на две врсте апсорбованих казних типова, за које сматрамо да одговарају функционалистичким релацијама између законских норми. То су: 1) претходни казни типови – конституишу средство за достизање консумпције другог казног типа; 2) накнадни казни типови – конституишу секвенцу радњи управљених ка консумпцији апсорбујућег казног типа.<sup>218</sup> Они се на тај начин издвајају од симултане реализације конфликтних инкриминација, управо по основу тога што консумирана дела поседују специфичну функцију у материјализацији главне инкриминације, чиме се неправо садржано у њима помера на други план. Уочава се такође и особина својеврсне криминалне прогресије у деловању на објекат кривичноправне заштите, услед чега, када је реч о претходним деловањима на такав објекат, може доћи до поклапања са супсидијаритетом.

Специфичност функционалних фактора детерминације, у односу на опште параметре регуларности и безначајности, огледа се у управљености критеријума обухватности невредности дела, односно његовим различитим областима испољавања и начину на који се исцрпљује покривање материјалног садржаја једне инкриминације другом. Међутим, сама природа ових релација захтева додатну опрезност у тумачењу предуслова уклапања у опште услове обухватања невредности дела.

У светлу поменуте констатације, у литератури се указује да се две норме налазе у односу циљ – средство, тако да циљни деликт у склопу криминалне прогресије, апсорбује други онда када се њихова међусобна конекција успоставља на вредносном нивоу. Ипак, истиче се и да наведени критеријум није апсолутан, будући да његова примена претпоставља не само неопходност извршења медијалног деликта, већ укључује и захтев да исти не поседује особени значај са вредносног аспекта.<sup>219</sup>

Полазећи од изнете дихотомне поделе на инструментални, односно допуњујући карактер привидног дела, који га чине зависним од главне инкриминације, прецизирање наведених фактора детерминације се испољава на наведена два плана, чиме се уједно дефинишу услови постојања феноменолошких облика претходног и накнадног некажњивог дела.

Тако, код већ поменутих случајева криминалне прогресије, оличених у конструкцији претходног некажњивог дела, функционалне релације се манифестују у својству привидног кривичног дела да представља средство за реализацију другог, које покрива степен његовог неправу у конкретном случају. При томе, треба имати у виду да се овакав однос црпи из емпиријских спона између конкретних законских типова. Тачније, слично као и код начина утврђивања опсега фактора регуларности, важи правило да се не ради о апсолутној неопходности претходне фазе за реализацију главне, нити о предетерминисаним односима између конкретних диспозиција. Напротив, реч је емпиријској евентуалности својства привидног дела да у конкретном случају послужи као средство реализације другог. При томе се тражи да буде испуњен и општи услов консумпције, оличен у захтеву да је његова невредност, односно остваривање циљева кажњавања, обезбеђено казном прописаном за главно дело, чиме се утврђује испуњеност услова да претходни деликт нема особени значај са вредносног аспекта.

Репрезентативан пример из наше литературе односи се на крађу кључева којима се потом изврши проваљивање у стан.<sup>220</sup> Наиме, јасно је да се главно кривично дело (тешка крађа) може извршити и на други начин, али је његова реализација у конкретном случају,

<sup>218</sup> A. R. Alberto Chacon, S. G. Cisco Barraza, F. S. Hernandez Rosales, 43 – 44.

<sup>219</sup> F. Pavón Vasconcelos, 188.

<sup>220</sup> Вид. З. Стојановић (2018), 243.

остварена управо путем крађе кључева, чији садржај неправа нема аутономни значај и апсорбован је тешком крађом у складу са дефинисаним критеријумима.

Као пример оваквих функционалних релација, може се навести и специфичан случај инкриминације из чл. 397, ст. 3 КЗ, која се односи на избегавање војне обавезе онеспособљавањем или обманом, при чему се као једна од алтернативно прописаних радњи извршења, издваја и употреба лажне исправе. У овом случају на апсорбовање такве употребе по основу консумпције упућује и сам законски опис главне инкриминације, а основ описане обухватности се састоји у негирању њеног особеног значаја за вредновање целокупног понашања. Међутим, у највећем броју случајева консумпције, овакве функционалне релације нису толико очигледне, већ се изводе из тумачења вредносног садржаја релевантних инкриминација.

Осим тога, оне се увек посматрају паралелно са другим, прецизирајућим критеријумима, којима се допуњују, што поред природе и значаја конкретних кривичних дела, укључује и поређење заштитног објекта, природе кривичних дела и њихових обележја, побуде и слично.<sup>221</sup>

Док се дилеме у прецизирању феноменолошких манифестација претходних некажњивих дела односе на већ поменуте специфичности разграничења од супсидијаритета, који се констатује на апстрактном плану, у складу са предетерминисаним релацијама, знатно веће тешкоће у јасном прецизирању домаћаја релације консумптивности, проузрокује правни концепт накнадних некажњивих дела.

Пре свега, не постоји општа сагласност у погледу правне природе наведене конструкције, а самим тим ни њених граница у склопу принципа консумпције. Наиме, према неким гледиштима у литератури, накнадно некажњиво дело се доводи у везу са личним основом искључења казне, што би подразумевало и његово измештање из домена института привидног стицаја закона.<sup>222</sup> Ово је једно од најспорнијих питања материје привидног идеалног стицаја, које је проузроковало суштинске дилеме у успостављању његовог домаћаја.

У сваком случају, за квалификацију привидног идеалног стицаја, кључно је утврдити да ли су испуњени општи услови постојања консумпције, оличени управо у претпоставкама констатације функционалних релација између накнадног и главног дела. Та функционалност која је неопходна за оцену да је примена главне норме довољна да обухвати целокупну невређност предузетог понашања, огледа се у правилима да накнадна етапа консумпције нема други циљ осим да обухвати прохибитивни садржај деликта, што подразумева истовремено и да не производи нову радњу, будући да је уклопљена у концепт јединства понашања.<sup>223</sup> Сматрамо да се у наведеној тврдњи налази срж специфичних релација између главног и накнадног сукажњивог дела, која уједно поставља и границе домаћаја института привидног идеалног стицаја.

У складу са савременом дефиницијом, консумпција обухвата и накнадна некажњива дела, али се за његову примену поставља посебан услов, оличен у употреби, искоришћавању и осигуравању позиције или предности добијене главним делом, при чему се захтева да између наведених правних концепата постоји релација функционалног карактера, сходно

<sup>221</sup> Пресуда Апелационог суда у Београду, Посебног одељења Кж1 По1 13/10 од 20.12.2010. године.

<sup>222</sup> E. R. Zaffaroni, 561 – 562. Тако, Маурах сматра да је у конкретном случају реч о личном основу искључења казне, при чему последице таквог схватања нису само спекулативне. Стога, уколико се узме да је реч о правом (аутентичном) накнадном делу, то утиче на одговорност саучесника, који би се могли сматрати само подстрекачима у накнадном делу. Међутим, ако се пође од тога да је код накнадног некажњивог дела реч о простом довршењу (исцрпљењу) претходног, такво лице се сматра саучесником у јединственом делу.

<sup>223</sup> *Ibid.*, 562.

законској одредби и независно од намере предвиђене у опису главног дела.<sup>224</sup> Све ове карактеристике упућују да се у чисто формалистичком смислу ради о правом плуралитету кривичних дела, јер је изгубљено свако јединство и спона, осим функционалне повезаности. Зато је и споран његов другачији кривичноправни третман од случајева јединства кривичног дела, због чега су и стриктне диференцирајуће теорије ишле у такву крајност да га сматрају посебним обликом стицаја закона, а чак су га и у потпуности издвајале из оквира овог института. Иначе, издвајање ове конструкције као посебног облика стицаја закона, би подразумевало диференцирајући третман.

У оквиру поменутог општег услова, оличеног у правилу да накнадна етапа обухвата прохибитивни садржај деликта, односно да накнадна повреда неког правног добра не поседује садржај невредности који превазилази његову претходну повреду<sup>225</sup>, приступа се и конкретизацији специфичних услова, са својством функционалних фактора детерминације. То су првенствено *истоветност правног добра*, као и *изостанак увећања штете* проузроковане другим деликтом.

Једно од најадекватнијих и најисцрпнијих одређења функционалних веза, подразумева њихово утврђивање као деликата *осигурања* и *употребе*, који се повлаче пред кривичним делом извршеним ради прибављања ствари, као центра криминалне активности, уз услов да није дошло до нове штете, односно да нису управљени против новог правног добра.<sup>226</sup>

Параметри који детерминишу функционалност, могу бити и субјективног карактера, што се односи пре свега на улогу намере у придавању значења неком понашању. Тако, према једној концепцији, уколико се, на пример, украдена ствар уништи, с обзиром да наведена околност превазилази намеру присвајања, такав накнадни акт има правну релевантност, за разлику од случајева када се уништење испољава као последица намере искоришћавања.<sup>227</sup> Међутим, чини нам се да овако детерминисани субјективни фактори могу представљати само индиције постојања функционалних спона, те да је дискутабилно да ли би сами по себи могли да конфигуришу тражено јединство које искључује стицај. То је разлог зашто се не можемо ослонити на њих у таквом поступку.

У склопу поменута два услова – да се ради о истоветности правног добра, односно да није дошло до увећања штете проузроковане главним делом, као репрезентативни пример у литератури се наводи случај употребе фалсификованог документа од стране оног учиниоца који га је фалсификовао.<sup>228</sup> С друге стране, због проузроковања нове штете, управљене ка другом правном добру, сматра се да нису испуњени услови консумпције на примеру уништења украдене ствари, односно накнадне продаје украдене ствари путем довођења у заблуду треће особе у погледу власништва над истом.<sup>229</sup>

Управо на наведеним примерима се испољавају специфичности функционалних релација карактеристичних за манифестације накнадних некажњивих дела, односно њихова условљеност факторима ситуационе природе. Полазећи од случаја када извршилац кривичног дела крађе прода отуђени предмет трећој особи, лажно се представљајући као њен власник, постојање преваре ће зависити од одговарајућих околности. Стога, сматра се да би „добронамерни купац“ био оштећен уколико би власник тражио повраћај ствари, или пак ако би му тај предмет био одузет од стране представника власти. Међутим, другачија ситуација постоји уколико је нови власник конзумирао или уништио украдену ствар, због неадекватне

<sup>224</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 358 – 359.

<sup>225</sup> J. Cuello Contreras (2009), 683.

<sup>226</sup> E. Bacigalupo (1999), 575.

<sup>227</sup> F. Pavón Vasconcelos, 202.

<sup>228</sup> J. C. Moliné, 58; F. Pavón Vasconcelos, 185.

<sup>229</sup> E. Bacigalupo (1999), 575.

употребе, у ком случају се он не би могао сматрати превареним.<sup>230</sup> На тај начин, долази до изражаја околност да ће накнадно дело бити конзумирано главним само уколико испуњава поменуте карактеристике функционалног односа, односно уколико, у најопштијем смислу омогућава искоришћавање ефеката претходног дела. Ипак, поменути изузеци и релативни карактер констатације таквог односа, имплицирају да се дати закључак не може извести из апстрактних односа између правних концепата, већ да је условљен особеностима испољавања конкретног случаја, што је и основна суштинска карактеристика релације консумпције.

Стога, може се закључити да се криминолошка релација функционалности успоставља на основу интерпретације, где се као искључиво питање поставља обухватање невредности дела. Другим речима, садржај емпиријске релације се манифестује управо у блиској функционалној повезаности накнадног и главног дела. Тачно је да би се донекле у том смислу могао уважити већ поменути субјективни критеријум управљености намере у конкретном случају, на чији значај указује и околност да се накнадно некажњиво дело у суштинском смислу и може одредити као својеврсно исцрпљење намере карактеристичне за главно дело, иако у оцени функционалности суделују и други фактори. То је, између осталог, и резултат превазилажења стриктно постављених услова констатације накнадног некажњивог дела, који се ограничава на ситуације материјалног довршења главне радње и своди на проблематику имовинских деликата, конкретно заснивања притежања над отуђеним стварима.

Осим тога, као још један фактор детерминације привидног стицаја по основу консумпције, који по нашем мишљењу може допринети адекватној процени, наводи се околност карактеристична и за претходна некажњива дела, а тиче се (не)одступања од линије извршења неког деликта.<sup>231</sup>

Иначе, на најисцрпније критеријуме успостављања наведених релација, указује немачки аутор Хониг, постављајући следеће услове: 1) идентитет штићеног добра; 2) изостанак увећања штете проузроковане главним делом; 3) истоветност пасивног субјекта.<sup>232</sup> Ово су уједно и критеријуми квалификације (привидног) идеалног стицаја наспрам аутентичног и сматрамо да се на њима и конфигуришу функционално – вредносне релације, карактеристичне за постојање накнадног некажњивог дела.

У складу са тим, сматрамо да ће консумпција по овом основу постојати *ако је накнадно дело предузето у оквиру исте линије извршења*, тачније исте искуствене чињеничне ситуације, што би требало разумети као постојање реципрочне инструменталне споне између главног и накнадног дела у смислу његове функције да обезбеди претпостављене циљеве носиоца квалификације, чиме он добија коначно отелотворење и одговарајући кривичноправни значај, у *условима идентитета штићеног, односно нападнутог правног добра, истоветности пасивног субјекта и задржавања у квантитативном домену штете* нанете главном инкриминацијом. При томе, истоветност чињеничне ситуације не би требало

---

<sup>230</sup> F. Pavón Vasconcelos, 203.

<sup>231</sup> *Ibid.*, 191. Наводи се пример особе која се физички бори са другом и извади ватрено оружје, из којег пуца и проузрокује њену смрт. У том случају, сматра се да ће поседовање оружја бити конзумирано убиством, будући да се ради о акту реализованом у истој линији извршења. Међутим, уколико желећи да убије неку особу, учинилац неколико дана раније прибави оружје, таква радња неће бити конзумирана убиством, јер је учинилац одступио од деликтне линије извршења.

<sup>232</sup> J. P. Matus Асуња (2000а), 344. С друге стране, поједини аутори, попут Јешека, као услов постављају само идентитет повређеног правног добра, уз одговарајуће функционалне релације између конкурентних правних концепата, док други поред тога, захтевају и идентитет самог објекта кривичног дела, чиме се ови случајеви заправо редукују на манифестације имовинских деликата. Такође, указује се и на још екстензивнија гледишта у детерминацији поменутих услова, према којима се не тражи чак ни тотални идентитет штићеног правног добра у формалном смислу, већ само да се сфере заштите закона међусобно материјално покривају.

ограничити само на случајеве материјалног довршења главне радње, нити би услов функционалне споне требало везати искључиво за субјективне факторе. Такође, под условом идентитета штићеног правног добра би требало схватити већ поменуте захтеве неугрожавања, односно неповређивања правног добра трећег лица, што је уско повезано и са захтевом да није дошло до увећања штете проузроковане самим главним делом.

### 3. Феноменолошка димензија

Феноменолошки облици испољавања принципа консумпције, одређени су у складу са дефинисаним општим материјалним условима, као и релевантним факторима детерминације, оличеним у емпиријско–вредносним и функционално–вредносним релацијама између законских норми.

Стога, кључну улогу у класификацији појавних облика привидног стицаја закона, који се решавају применом консумпције као правила преферентности, поред критеријума броја предузетих радњи у природном смислу, има и правна природа релација између консумптивне и консумирајуће норме. При томе, доктринарне категоризације упућују и на својеврсне прогресивне аспекте у реализацији забрањеног понашања. Међутим, у овим случајевима се за разлику од материјалног садржаја супсидијаритета, ради о другачијим облицима прогресије, и то онима утемељеним на факторима вредносног карактера.

Полазећи од оквира већ наведених фактора детерминације, у зависности од конкретног теоријског приступа, домашај феноменолошке димензије консумпције се у доктрини одређује на различите начине, при чему је варијетет таквих категоризација условљен њеном правном природом, односно наглашеним вредносним карактером. У том домену, конструкција сложеног кривичног дела представља један од најдискутабилнијих правних концепата, који се према неким теоријским гледиштима сматра случајем консумпције. Тако, према једној од класификација, полази се чак од дихотомне поделе феноменолошких облика наведеног принципа решења на прогресивне и сложене деликте.<sup>233</sup> При томе, у вези сложених кривичних дела, указује се да исти представљају један од модалитета консумпције, који постоји онда када се више деликата, сингуларно прописаних другим правним нормама, манифестује у јединственом контексту, и то у две варијанте: 1) по основу конститутивних елемената (право сложено кривично дело); 2) по основу конститутивних елемената и отежавајуће околности (неправо сложено кривично дело)<sup>234</sup>, при чему су се од стране појединих теоретичара, сматрали чак и парадигматским примером консумпције.<sup>235</sup> С друге стране, под прогресивним деликтима, подразумевају се случајеви када учинилац реализујући јединствени акт воље, путем иницијалног понашања, предузимањем исте радње, прелази на следећу активност којом се реализује тежа форма деликта.<sup>236</sup>

---

<sup>233</sup> S. R. Diaz, 159.

У контексту примене принципа консумпције на манифестације сложених кривичних дела, под окриљем института, разматра се и случај кривичног дела принуде, које се сматра консумираним разбојништвом или силовањем. Вид. Б. Златарић, 171. Такође, за примену консумпције на случајеве сложених кривичних дела, залаже се и Живановић. Вид. Т. Живановић, 350.

<sup>234</sup> J. D. J. Restrepo, 21. У вези сврставања сложеног кривичног дела у ову категорију, од значаја је и једна дефиниција консумпције, која се везује за немачког теоретичара Маураха. У том смислу, сматра се да консумпција постоји онда када једна законска норма у потпуности обухвата све аспекте других (одбачених), и то тако да у једној диспозицији репрезентује садржај невредности одбачених кривичних дела. На тај начин, примена овог принципа се проширује и на сложена кривична дела. Вид. J. P. Matus Асуња (2000а), 343.

<sup>235</sup> Тако Хиршберг. Вид. J. P. Matus Асуња (2000а), 321.

<sup>236</sup> S. R. Diaz, 159. Као типичан пример се наводе повреде које доведу до смрти, односно проузрокују убиство.

Основна разлика између прогресивних деликата и деликтне прогресије, огледа се у томе да се у првом случају, оцена привидног стицаја закона врши на апстрактном плану (независно од конкретне реализације законских норми). С друге стране, криминална прогресија подразумева да се претходно реализована дела конкретизују путем сукцесивне реализације другог (на пример уништење украдене ствари).<sup>237</sup> У том контексту би требало поматрати и дистинкцију између концепта прогресивног деликта, који одговара супсидијаритету, са једне, наспрам конструкције деликтне прогресије, својствене консумпцији, са друге стране, што се поклапа са већ поменутиим факторима постојања двоструког субјективног елемента код учиниоца.

Иначе, сматра се да су за квалификацију консумпције, од значаја три врсте криминалне прогресије: 1) криминална прогресија у стриктном смислу – када учинилац иницијално оствари једно казнено понашање, а након тога, у склопу своје намере, изврши и друго, теже дело. У овом случају, постојање криминалне прогресије је релевантно због одступања временског и субјективног аспекта, по чему се и разликује од прогресивног деликта, где од самог почетка постоји намера да се почини теже дело (случај када учинилац оштећеном нанесе телесне повреде, а потом одлучи да га убије); 2) претходно некажњиво дело – постоји онда када претходно дело служи као средство за извршење тежег деликта, који је главни циљ учиниоца; 3) накнадно некажњиво дело – када се накнадно дело појављује у линији напада циља чије је остварење замислио учинилац.<sup>238</sup> Слично изнетој категоризацији, у италијанској доктрини се при разматрању феноменолошке димензије консумпције, говори о криминалној прогресији као нападу растућег интензитета на исто правно добро, а која се издваја од облика претходног и накнадног некажњивог дела.<sup>239</sup>

Поред тога, са аспекте временске димензије испољавања забрањеног понашања, истиче се и подела на: 1) облике консумпције који конституишу прогресивне повреде; 2) облике који захтевају усавршавање повреда у односу на одређени казнени тип; 3) облике консумпције који се дефинишу по њиховој структури – сама структура одређеног казног типа садржи неки други законски опис, било на имплицитан или експлицитан начин. У овом случају се указује да постоји извесна темпорална релација између самих понашања укључених у казнене типове, јер понашање предвиђено у консумираној инкриминацији може бити реализовано пре, током и након главног дела, при чему су оба обједињена субјективним елементом, у највећем броју случајева путем намере.<sup>240</sup>

У разматрању феноменолошких облика консумпције, од значаја су још и случајеви изричито предвиђени у закону, који се односе на двоструко вредновање олакшавајућих и отежавајућих околности, а у чијој се основи налази идејна заснованост принципа *ne bis in idem*.

Констатација консумпције може у неким случајевима бити и ситуационог карактера, тако да се у одређењу њених феноменолошких манифестација, полази чак и од конкретних инкриминација у позитивном кривичном законодавству. Један од таквих примера, указује да је кривично дело противправног лишења слободе у привидном стицају са разбојништвом уколико: 1) претходи разбојништву како би га омогућило; 2) дешава се у тренутку његовог

<sup>237</sup> A. Z. Schmidt, 106 – 107.

<sup>238</sup> *Ibid.*, 117. Управо се у описаној управљености субјективног елемента, огледа дистинкција између супсидијаритета и консумпције, при чему се у утврђивању поменуте диференцијације, указује да код прогресивног деликта, постоји само једно фактичко дело, а код деликтне прогресије, плуралитет чињеничних дела, почињених на континуирани начин.

<sup>239</sup> G. Fiandaca, E. Musco, 203; L. De Liguori, 378. Пример растућег деловања на исто правно добро укључује прелазак од узнемиравања ка наношењу телесних повреда. Такође, аутор од криминалне прогресије раздваја случајеве прогресивних деликата, који се односе на неопходни транзит ка остварењу одређеног циља.

<sup>240</sup> Tribunal Superior de Justicia (TSJ), Sala Penal, Sentencia n° 152, 10.06.2010. <http://www.profprocesalpenal.com.ar/archivos/9015546d-152-Cuevas-Germ-n-concurso-y-abuso-sexual.pdf>, 5. фебруар 2022, 1.



извршења; 3) дешава се након извршења разбојништва, како би га омогућило.<sup>241</sup> Ово истовремено одговара и општим теоријским класификацијама облика консумпције, у складу са временском димензијом предузетог понашања.

Према већинском гледишту у доктрини, доминирају гледишта о класификацији консумпције на две категорије – типично пратеће дело и накнадно некажњиво (сукажњиво) дело<sup>242</sup>, односно на накнадно некажњиво дело, сукажњиво дело (типично пратеће), случајеве када је типичност праћена евентуалним резултатом, који је безначајан наспрам главног дела (штета на одећи жртви коју нанесе извршилац убиства или силовања).<sup>243</sup> Осим тога, заступљене су и концепције о проширењу њеног материјалног садржаја на правни концепт претходних некажњивих дела<sup>244</sup>, што је, између осталог, условљено и начином поимања односа између консумпције и супсидијаритета. Посматрано са наведеног аспекта, може се говорити о екстензивном и рестриктивном приступу у утврђивању домашаја поменутог принципа решења.

Један од најекстензивнијих приступа, који чак укључује и типичне облике супсидијаритета, полази од примене правила консумпције у следећим случајевима: 1) када се једно кривично дело појављује као неопходно средство за реализацију другог деликта; 2) када се одређено кривично дело појављује као фаза припремања другог деликта; 3) када се одређено кривично дело појављује као нормална фаза извршења; 4) када је претходно понашање учињено са истим циљем као и накнадни деликт; 5) када је накнадно понашање учиниоца управљено ка истом практичном циљу као и претходно.<sup>245</sup> Проширење опсега примене консумпције, према неким гледиштима, протеже се чак и на примеру истовременог остваривања више облика саучесништва, што такође спада у репрезентативни пример супсидијаритета.<sup>246</sup> Јасно је да се наведеном класификацијом у великој мери проширује опсег примене консумпције на рачун супсидијаритета, чиме се и губе јасне границе између наведена два принципа. Разлог за то је управо интерпретативни карактер института привидног идеалног стицаја, као и делимично поклапање фактора утемељења супсидијарности и консумпције.

Осим тога, проблематика разграничења од супсидијаритета, појављује се не само у случајевима специфичних манифестација претходних некажњивих дела као облика деликтне прогресије, већ и код неких типичних облика супсидијаритета, попут односа између деликата опасности и повреде.<sup>247</sup> Међутим, за разлику од претходних некажњивих дела, који у

---

<sup>241</sup> G. Bigli, G. Javier, 48.

<sup>242</sup> Вид. С. Roxin (2014), 1011; Е. Vacigalupo (1999), 574. Као пример се наводи однос између неовлашћене употребе возила и крађе.

У вези поделе њених феноменолошких манифестација, сматра се да консумпција постоји у следећа два случаја: 1) манифестација одређеног деликта као регуларне форме извршења другог (на пример наношење штете и нарушавање неповредивости стана код тешке крађе) и 2) манифестација накнадног некажњивог дела (искоришћавање везано за моменталне деликте апропријације). Вид. Н. Welzel (1956), 229.

<sup>243</sup> N. J. Conti, 10.

<sup>244</sup> *Ibid.*, 10. Тако, у периоду развоја теорије стицаја закона између 1954. и 1970. године, доминира гледиште да консумпција има три облика: типични пратећи акти, накнадна некажњива дела (осим у случају стриктне диференцирајуће теорије) и претходна некажњива дела (која поједини аутори сврставају у супсидијаритет). Вид. Ј. Р. Matus Acuña (2000a), 344.

<sup>245</sup> A. M. Santos, „Concurso aparente de tipos“, *Revista Judiciária do Paraná* 1/2006, 187.

<sup>246</sup> Ф. Бачић *et al.*, 219. Тако и З. Стојановић (2021), 308. Као једну од манифестација консумпције, утемељену на плуралитету радње, Стојановић наводи и случај истовременог остваривања више облика саучесништва, где тежи облик консумира лакши.

Решавање ових манифестација применом принципа консумпције, заступа и Златарић. Вид. Б. Златарић, 171.

<sup>247</sup> F. Ravón Vasconcelos, 192 – 193. У том контексту, полази се од претпоставке да на пример, повреда консумира просто довођење у опасност, јер укључује у себи њену невредност. Међутим, примена принципа консумпције у описаним случајевима није без изузетка. Тако, деликт опасности може имати аутономни

зависности од конкретног случаја, односно начина поимања њиховог домашаја, могу бити третирани као супсидијаритет или пак као консумпција, где не постоји већи проблеми у успостављању такве дистинкције, сматрамо да није оправдано проширење домашаја наведеног правила преферентности на случајеве сложеног кривичног дела, из већ наведених разлога његове правне природе, условљене самим законодавним решењем, чиме му се придаје карактер особеног правног јединства. С друге стране, иако би се могло говорити о покривању невредности карактеристичном за консумпцију и код релација између деликата опасности и повреде, превагу у квалификацији ипак односе елементи материјалне димензије супсидијаритета, с обзиром на специфични интерферентни однос између правних диспозиција у конфликту. Такође, код истовременог остваривања више различитих облика учешћа у делу, иако се не може негирати испуњеност свих предуслова консумпције, предност би ипак требало дати супсидијаритету, чије изворне поставке више одговарају идеји о условној примењивости лакшег облика саучесништва у односу на теже.

У домаћој доктрини се у разматрању облика испољавања консумпције, издвајају категорије односа између претходног или пратећег и главног дела, означене као привидни идеални стицај, као и однос између главног и накнадног дела, означен као привидни реални стицај.<sup>248</sup> У складу са диференцирањем на облике консумпције означене као привидни идеални или пак као привидни реални стицај, оправдано је говорити и о подели њених феноменолошких манифестација на оне у ужем и ширем смислу. Осим тога, говорећи о „некажњивости“ неког правног концепта, нужно се наговештава и специфична материјална утемељеност облика заснованих на плуралитету радње. То у практичном смислу имплицира да је стицај привидан по основу довољности казне прописане за главно дело да обухвати и невредност садржану у привидној инкриминацији.<sup>249</sup>

Мишљења смо да материјалном садржају релације консумпције и њој релевантним факторима детерминације, одговарају следеће феноменолошке манифестације наведеног принципа решења: 1) типична пратећа дела; 2) претходна некажњива дела; 3) накнадна некажњива дела. При томе, треба имати у виду да је разматрање наведених појавних облика у склопу консумпције, условљено превасходно испуњењем одговарајућих предуслова, својствених дефинисаним емпиријско–вредносним критеријумима. Имајући у виду наглашени вредносни карактер у констатацији релације консумпције, као и изостанак логичких правила, дефинисање граница привидног и аутентичног стицаја, поклапа се са основним претпоставкама наведених појавних облика. Такође, у утврђивању садржаја овако категорисаних облика консумпције, потребно је имати у виду и већ поменуто ограничења, односно тачке преклапања са супсидијаритетом, у циљу јасног раздвајања обима једног и другог правног концепта, иако то неће увек бити једноставно постићи.

Ово је у складу и са већ поменутом Хониговом класификацијом на консумпцију заснована на јединству дела, са једне и облика означених као претходно и накнадно некажњиво дело, са друге стране (консумпција по основу плуралитета дела)<sup>250</sup>, која је релевантна првенствено са аспекта домашаја поменутог правила преферентности, али и самог института привидног стицаја закона.

Иако би се у утврђивању феноменолошких манифестација консумпције, могло поћи од више различитих параметара категоризације, имајући у виду факторе детерминације

---

карактер, због своје управљености ка заштити неодређеног броја особа, тако да чак и у случају проузроковања конкретне штете, опстаје инкриминација опасности, а самим тим и стицај кривичних дела.

На примену принципа консумпције у случају релација између кривичних дела апстрактног и конкретног угрожавања, указује и Златарић. Вид. Б. Златарић, 171.

<sup>248</sup> Ф. Бачић (1995), 314. Осим тога, овако схваћена феноменолошка димензија консумпције, одговара претходно дефинисаним факторима детерминације и манифестује се у својству привидног дела да представља пролазни стадијум у извршењу другог, или пак реализацију (довршење) његове намере. Вид. М. Б. Ракић, 49.

<sup>249</sup> З. Стојановић (2021), 307.

<sup>250</sup> J. P. Matus Асућа (2000а), 327.

наведене релације, определили смо се за приступ заснован на критеријуму својеврсне деликтне прогресије, који се преплиће са специфичним криминолошким факторима, попут регуларности (уобичајености) у испољавању одређеног понашања, или пак безначајности једне инкриминације у односу на другу. То подразумева да ћемо кроз три наведене релевантне категорије размотрити како оне феноменолошке манифестације, традиционално означене као консумпција, тако и случајеве категорисане у домаћој доктрини као инклузија, а које по нашем мишљењу немају аутономан значај и представљају варијанту консумпције утемељену на критеријуму безначајности.

Изван наведених категорија, говори се и о посебним облицима консумпције. То се преваходно односи на кривична дела квалификована тежом последицом<sup>251</sup>, која се приписује нехату учиниоца. У том случају, консумпција би се односила на релације између квалификованог и основног облика. Ако се оставе по страни тешкоће у прецизирању управљености умишљаја, које су релевантне у дистинкцији између идеалног и привидног идеалног стицаја, од чега и зависи постојање кривичног дела квалификованог тежом последицом, не постоје веће дилеме у квалификацији описаних случајева. Међутим, баш као и у случају сложених кривичних дела, у питању је особена законска конструкција са сопственим законитостима, где се примена правила консумпције појављује као сувишна.

У групу особених облика консумпције, за које такође важе претходно наведена правила, могли би се сврстати и случајеви истовремене реализације више квалификаторних околности на основу којих се конституишу различити квалификовани облици истог базичног дела. Тако, у случају обљубе над немоћним лицем из чл. 179 КЗ, могуће је симултано постојање како отежавајућих околности тежег облика из става 2 (тешка телесна повреда, нарочито свиреп или понижавајући начин извршења), тако и оних из ст. 3 (смрт као последица или дете као пасивни субјект), у ком случају се, сходно владајућем гледишту, сматра да предност по принципу консумпције треба дати облику који предвиђа тежу казну.<sup>252</sup>

Осим описаних манифестација, о консумпцији се говори и на примеру истовремене реализације више отежавајућих или олакшавајућих околности, где се коначна квалификација врши искључиво према једној од њих.<sup>253</sup>

На крају, важно је имати у виду и да одређење консумпције на темељу стадијума у реализацији одређеног кривичног дела, може довести до колизије са критеријумима детерминације супсидијаритета по истом основу. То нарочито важи за одређења консумпције где се привидно дело утврђује као пролазни (транзитни) стадијум за реализацију другог.<sup>254</sup> Ово је довело и до разилажења теоретичара приликом квалификације одређених случајева који се често испољавају у пракси, попут прављења и употребе лажне исправе, као и прављења лажног новца и његовог накнадног стављања у оптицај, а нарочито код релација између телесних повреда и убиства.

---

<sup>251</sup> Љ. Лазаревић, Н. Срзентић, А. Стајић, 170; Љ. Лазаревић (2000), 171. Тако и Живановић овај облик наводи као једну од феноменолошких варијанти испољавања консумпције. Вид. Т. Живановић, 350.

<sup>252</sup> М. Шкулић, „Кривично дело обљубе над немоћним лицем – нормативна конструкција, нека спорна питања и могуће будуће модификације“, *Crimen* 1/2018, 55.

Такође и Златарић указује на конституисање релације консумпције у случају остваривања више квалификованих облика истог кривичног дела, где важи правило да тежи консумира лакши. Вид. Б. Златарић, 186.

<sup>253</sup> С. F. Grosso, М. Pelissero, 564.

<sup>254</sup> М. Радвановић (1969), 174; Б. Чејовић (2006), 251. Консумпција се у том смислу одређује преко концепта потпуног довршења, који чине несамостални сегменти неког понашања.

Живановић такође одређује консумпцију као случај када се једно проузроковање у конкретном случају појављује као пролазни стадијум за друго, теже кривично дело. Вид. Т. Живановић, 349.

### 3.1. „Типична пратећа“ дела (симултана реализација)

Већ смо приликом разматрања критеријума регуларности као фактора детерминације консумпције, указали да је исти својствен првенствено феноменолошким манифестацијама означеним у литератури као „типично пратеће дело“.<sup>255</sup> У најопштијем смислу, овај облик испољавања привидног стицаја закона се одређује сходно хипотези да је законодавац приликом креирања и формулисања одређене законске норме имао у виду и друга инкриминисана понашања, која карактерише суштински инфериоран садржај невредности у односу на главно дело. Међутим, оно што одликује овакав релациони однос између консумирајуће и консумптивне норме није концептуална обухватност једне инкриминације другом, већ управо поменути емпиријски фактор регуларности, односно конкретније, уобичајености у реализацији неког понашања. То у практичном смислу значи да се одређено забрањено понашање може реализовати и без симултаног остварења друге, зависне инкриминације, али је њено такво испољавање уобичајено, и у оним ситуацијама када до истог дође, сматра се да је конзумирано невредношћу главне норме. Као један од таквих примера, може се навести однос између кривичних дела насиља у породици и наступања лаке телесне повреде, која је конзумирана истим. У том случају, за постојање главне инкриминације није нужно да је дошло до лаке телесне повреде, али се њено наступање сматра типичним пратећим делом, које ће бити конзумирано.

Сходно томе, у литератури се указује да консумпција постоји онда када извршење неког деликта претпоставља у генералном смислу, иако не увек, извршење другог, лакшег и које као такво, када се аутономно проузрокује, бива обухваћено његовом казненом претњом.<sup>256</sup> Таква симултана реализација се често представља у виду правила *Id quod plerumque accidit*, а односи се на хипотезу о сукажњивости пратећег дела, односно о његовој коегзистенцији са другим, главним правним концептом.<sup>257</sup>

Иначе, парадигматски примери примене консумпције у доктрини неизбежно укључују последице телесних повреда различитог интензитета, у складу са правилом да ће теже повреде конзумирати лакше, онда када су нанете у истој прилици, што води ка квалификацији сходно свеукупној последици.<sup>258</sup> У том случају се манифестују детерминатори привидног идеалног стицаја оличени у стадијумском карактеру наступања коначне (најтеже) повреде, односно нужној реализацији лакше као претходнице теже.

Међутим, нарочито када је реч о кривичним делима против живота и тела, односно релационим односима између лишења живота и наступања телесних повреда или међусобним релацијама између телесних повреда различитог интензитета (лаке и тешке), могу настати бројни проблеми у квалификацији, у зависности од фактора управљености умишљаја учиниоца, што између осталог условљава дистинкцију између идеалног и

---

<sup>255</sup> L. De Liguori, 378; L. Della Ragione, 277. Тако и R. Maurach, K. H. Gössel, H. Zipf (2014), 664. Типичан пример се односи на телесну повреду конзумирану убиством. Овај термин користи и Стојановић. Вид. З. Стојановић (2009), 17.

<sup>256</sup> J. Cuello Contreras (2009), 682. Као пример се наводи случај тешке крађе која конзумира облике нарушавања неповредивости стана, односно могућег наношења штете. Вид. L. Della Ragione, 277. Тако и J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 332. У том смислу, указује се да неко дело није нужно укључено у друго, али се редовно и уобичајено подудара са његовим извршењем. Тако и И. Вуковић (2022), 349.

<sup>257</sup> L. De Liguori, 378. Карактеристично је да аутор као примере консумпције наводи типичне случајеве инклузије, попут односа између крађе и ситне крађе. Тако и T. Guerrieri, 316.

<sup>258</sup> Пресуда Савезног Врховног суда Кз 120/60 од 12.10.1960. године, *Правни живот* 1/1961. У конкретном случају, учинилац је оштећеном најпре задао лаку телесну повреду ножем, а потом му, након што је исти пао на земљу, ударајући га ногом, нанео и тешку телесну повреду. Сматрајући да је одлуком првостепеног суда који је дело квалификовао као стицај лаке и тешке телесне повреде, повређен кривични закон, Савезни суд је у образложењу опредељења за привидни идеални стицај по основу консумпције, указао на околност да је лака телесна повреда само пролазни стадијум у проузроковању теже, а чијем наступању може претходити и више лаких телесних повреда.

привидног идеалног стицаја. Тако, консумпција фигурира и у случају када се кроз покушај тешке телесне повреде реализује само лака.

Поред поменутог екстензивног одређења консумпције, које омогућава да се под наведене појавне манифестације подведу случајеви где остварење једног кривичног дела не подразумева нужно и друго (консумпција у ширем смислу), постоје и случајеви консумпције у стриктном смислу. Наиме, према појединим гледиштима у литератури, критеријум регуларности се поистовећује са нужношћу симултане реализације два законска типа, тако да се привидно дело појављује као неизоставна последица реализације главног, без којег се оно не може замислити.<sup>259</sup> Ово је у складу са хипотезом о претпостављеној намери законодавца да приликом инкриминисања одређеног понашања, такође узме у обзир и околност да се уз то дело редовно извршава и неко друго, које је самим тим зависног карактера и не захтева аутономно кажњавање.<sup>260</sup>

У том смислу, као репрезентативан пример таквог односа, наводе се релације убиства и телесних повреда нанетих жртви, где према овој хипотези постоји неизоставна међусобна условљеност наведене две правне фигуре, што важи како за тешке, тако и лаке телесне повреде, односно угрожавања<sup>261</sup>, док би се у ову категорију могли сврстати такође и парадигматски примери тешке крађе и нарушавања неповредивости стана, које се сматра конзумирано њоме, где се такође ради о репрезентативном феноменолошком облику консумпције, утемељеном на идеји о већој криминалној невредности одређеног деликта, у односу на друго.<sup>262</sup> То би био случај и са недозвољеним полним радњама, које се сматрају конзумираним силовањем.<sup>263</sup>

Поред ових, у домаћој доктрини се као примери консумпције, који припадају овој категорији, наводе још и однос између тешке крађе обијањем и уништења и оштећења туђе ствари.<sup>264</sup> По истом принципу би требало узети да је кривично дело насилничког понашања из чл. 344 КЗ, чија се радња извршења иначе састоји у грубом вређању или злостављању другог, односно вршењу насиља над другим, редовно праћено и остваривањем обележја кривичног дела увреде из чл. 170 КЗ, као и лаке телесне повреде из чл. 122 КЗ, чији вредносни садржај конзумира.

Осим тога, као парадигматски случајеви консумпције у категорији типичних пратећих дела, често се наводе и правни концепти чије се постојање правда релацијама безначајности, попут лаких телесних повреда у односу на силовање, или пак горива

---

<sup>259</sup> Тако Ђ. Лазин, 84. Вид. и З. Стојановић (2021), 307. Ово је интересантно и са аспекта захтева нужности истовременог остваривања (једном радњом у природном смислу) обе инкриминације. У погледу тога, у немачкој доктрини постоји став да чак није апсолутно неопходно ни истовремено извршење две релевантне инкриминације. Вид. Н. Langels, 109.

<sup>260</sup> Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, 737. Одређивање такве зависности се доводи у везу и са околношћу да се једно кривично дело појављује као фаза у извршењу другог, при чему се као пример наводи однос између убиства и тешке телесне повреде. Вид. Љ. Јовановић, Д. Јовашевић, 153 – 154.

<sup>261</sup> Тако Ђ. Лазин, 85; З. Стојановић (2009), 17. Стојановић као пример наводи и случај релација између тешке крађе извршене обијањем и оштећења туђе ствари, односно нарушавања неповредивости стана који је нужно прате.

<sup>262</sup> S. Politoff, J. P. Matus, M. C. Ramírez, 464. Аутор као пример наводи нарушавање неповредивости стана, које редовно прати тешку крађу.

Вид. и Ф. Бачић *et al.*, 219. У вези наведеног примера, указује се и да се функционални карактер нарушавања неповредивости стана, испољава у његовом својству да представља начин извршења тешке крађе, односно начин доласка до ствари које се одузимају. Тако и Љ. Јовановић (1995), 214; Љ. Јовановић, Д. Јовашевић, 153 – 154.

<sup>263</sup> F. Ravón Vasconcelos, 197 – 199. Тачније, указује се да није реч о концептуалном, већ о материјалном или вредносном затварању. Тако, на пример, јасно је да се силовање може починити и без nanoшења лаких повреда као продукта примењеног насиља, али онда када до њих дође, односно када се изводе из насиља неопходног за проузроковање главног дела, ради се о карактеристици која се захтева за постојање типичности главног законског типа.

<sup>264</sup> М. Карановић, 420.

потрошеног приликом неовлашћеног коришћења туђег возила.<sup>265</sup> Овај основ привидног идеалног стицаја би по нашем мишљењу постојао и на примеру истовременог остваривања обележја кривичног дела тешке крађе и повреде гроба из чл. 354 КЗ, где је судска пракса заузела став о постојању консумпције.<sup>266</sup>

Јасно је да се у овим ситуацијама као кључно питање појављује дистинкција од специјалитета, с обзиром на претпоставку о потпуној обухватности бића одређеног кривичног дела другим. Основна разлика произлази из суштинских поставки специјалитета, заснованог на концептуалној обухватности два бића кривичног дела, у стриктно логичком смислу, који се оцењује на апстрактном нивоу. С друге стране, код описаних манифестација консумпције би се евентуално могло говорити о својеврсном интерферентном односу између два правна концепта, где се поклапање елемената законских описа констатује на емпиријском нивоу.

Овој концепцији одговарају одређења консумпције која полазе од тога да је реч о односу субординације између два законска типа, који произлази из нормативне амплитуде правног концепта, где је искључена могућност стицаја због постојећег вредносног јединства.<sup>267</sup>

Као што смо већ напоменули и приликом разматрања релевантних фактора детерминације, код консумпције је могуће да постоји и својеврсна интерференција (да се на пример неки од елемената привидног дела може сматрати садржаним у главној инкриминацији), баш као и потпуна некомпатибилност између две законске норме. У том смислу се указује на две опонентне групе феноменолошких манифестација консумпције: 1) случајеви вишеструких повреда обухваћених само једним таквим деликтом повреде (тешка крађа која апсорбује нарушавање неповредивости стана или разбојништво које апсорбује лаке повреде); 2) некомпатибилни казнени типови, где конкретизација једног консумира друге, чак и онда када они покривају различите повреде, имајући у виду да садржај једног од конкурентних типова већ затвара повредну невредност коју имплицира други (насиље у породици и повреде).<sup>268</sup>

Сматрамо да је најадекватније средишње решење, које под окриље консумпције сврстава како екстензивну, тако и рестриктивну варијанту, што је у складу и са Стојановићевом концепцијом да симултана реализација привидног, уз главно кривично дело, може бити условљена нужношћу или пак правилношћу таквог испољавања њихових релационих односа.<sup>269</sup>

Иначе, у ову категорију се најчешће сврставају повреде правних добара које прате одређене деликте. Као репрезентативни примери, у литератури се наводе случајеви родоскрвњења, праћеног повредама гениталног подручја, разбојништва које консумира наступеле лаке телесне повреде, или пак ношења штете на одећи жртве приликом извршења убиства.<sup>270</sup>

У последњем примеру, долази до изражаја деловање криминолошког фактора „безданности“, где се у конструисању релације консумптивности, у условима суштинског

<sup>265</sup> Ф. Бачић (1995), 314; Н. Мрвић Петровић, 233.

<sup>266</sup> Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1 1536/15 од 14.01.2016. године, *Билтен Апелационог суда у Крагујевцу* 1/2016, 71 – 72. Супротно одлуци првостепеног суда, који је у случају када су окривљени у намери стицања противправне имовинске користи, обијали гробнице, учињено дело квалификовао као стицај, Апелациони суд је утврдио да је тиме повређен закон, те да је реч о привидном идеалном стицају по основу консумпције.

<sup>267</sup> F. Pavón Vasconcelos, 197 – 198.

<sup>268</sup> *Periodico Oficial* 86/2017, Organo del Gobierno Constitucional del Estado independiente, libre y soberano de Coahuila de Zaragoza, Saltillo, Coahuila 2017, 51.

<sup>269</sup> З. Стојановић (2018), 242.

<sup>270</sup> J. D. J. Restrepo, 29 – 30.

непоклапања елемената законског описа бића кривичних дела, испољава параметар малог вредносног значаја одређене инкриминације у односу на другу. У домаћој доктрини се ове појавне манифестације консумпције означавају као инклузија, при чему се у њиховом одређењу указује на критеријум багателности једног у односу на друго дело.<sup>271</sup> Такође, у образложењу квалификације привидног идеалног стицаја, између осталог се указује и на неоправданост особеног кажњавања за пратеће дело с обзиром на однос безначајности, посматрано у спрези са другом инкриминацијом.<sup>272</sup>

Ово је став који заузима и судска пракса, констатујући да постоји инклузија у случају наношења лаких телесних повреда приликом извршења разбојништва.<sup>273</sup>

Имајући у виду да се оцена привидног идеалног стицаја код наведених феноменолошких манифестација заснива на релативним појмовима, попут уобичајености или регуларности испољавања привидног дела, у поступку квалификације могу настати извесне дилеме у погледу разграничења од идеалног стицаја. Ово долази до изражаја на примеру силовања и родоскрвнућа, где се посебно наглашава да је привидни идеални стицај искључен због изостанка услова типичности истовремене реализације родоскрвнућа паралелно са силовањем.<sup>274</sup>

У сваком случају, постоји општа сагласност о укључењу ових случајева у оквиру консумпције<sup>275</sup>, при чему се у одређењу некажњивог пратећег дела, полази првенствено од компарације невредности конфликтних инкриминација, што такву оцену помера на план остваривања пунитивних функција, чиме се, нарочито код манифестације инклузије, наглашава криминално–политички карактер оцене постојања консумпције.

Сходно томе, може се закључити да постоје две основне варијанте испољавања типичног пратећег дела: 1) типично пратеће дело утемељено на фактору регуларности; 2) типично пратеће дело по основу фактора безначајности.

Квалификација једног од поменутих облика типичног пратећег дела, у складу са дефинисаним критеријумима, у одређеним ситуацијама ће бити условљена околностима конкретног случаја. Тако, на типичном примеру нелегалног поседовања оружја којим је извршено кривично дело разбојништва, постојање консумпције ће бити условљено околношћу њихове моменталне симултане реализације, односно условом да не постоји самостални временски и просторни тренутак у којем је учинилац поседовао оружје, изван извршења кривичног дела разбојништва.<sup>276</sup>

Други примери типичних пратећих дела, односе се на неовлашћено коришћење туђег возила и крађу горива до које том приликом долази, као и недозвољени прекид трудноће и проузроковане повреде под таквим околностима.<sup>277</sup> Међутим, ово се доводи у везу и са околношћу да је једно дело неопходно средство за реализацију другог (на пример у случају недозвољеног прекида трудноће)<sup>278</sup>, где заправо може доћи до комбинације више фактора детерминације – критеријум регуларности испољавања и функционалних релација

<sup>271</sup> Вид. З. Стојановић (2018), 243.

<sup>272</sup> Н. Мрвић Петровић, 233. Као пример се наводи оштећење кошуље оштећеног приликом убиства пуцањем из ватреног оружја.

<sup>273</sup> Пресуда Врховног суда Кж 1099/86 од 23.11.1992. године.

<sup>274</sup> З. Стојановић (2009), 18. У овом случају, фигурира и општи диференцијални фактор, оличен у (не)истоветности објекта напада.

<sup>275</sup> Е. Васигалупо (1996), 241.

<sup>276</sup> G. Bighi, G. Javier, 48. На пример, уколико је учинилац купио нелегално оружје неколико дана пре него што је извршио убиство (држао га у илегалном поседу), а затим критичног дана кренуо ка кући оштећеног у намери да га убије, кривично дело неовлашћеног држања, односно ношења се сматра конзумираним само у односу на тај дан.

<sup>277</sup> Е. Васигалупо (1996), 242.

<sup>278</sup> *Ibid.*

између законских норми. Као други класични примери инклузије, у литератури се наводе и наношење лаке телесне повреде из нехата приликом извршења разбојништва, односно лака телесна повреда из нехата нанета приликом силовања, нарушавање неповредивости стана извршено приликом силовања<sup>279</sup>, као и оштећење одеће жртве, услед пуцања из ватреног оружја, које је за последицу имало лишење живота.<sup>280</sup>

Јасно је да се оправдање манифестација пратећих дела покривених релацијом инклузије не доводи у везу са нужношћу, односно регуларношћу извршења једне инкриминације паралелно са другом. Ако пођемо од примера лаке телесне повреде нанете приликом извршења кривичног дела силовања, јасно је да се њена консумираност не приписује нужном симултаном испољавању уз главну инкриминацију, већ да се једино може ценити са аспекта малог практичног значаја, с обзиром на висину казне. Међутим, описана ситуација је на танкој граници са квалификацијом идеалног стицаја, а често се решење привидног идеалног стицаја појављује као последица телеолошког тумачења. Тако, према једном гледишту, полазећи од околности да је нехатно проузроковање тешке телесне повреде предвиђено као квалификовани облик силовања, сматра се да је лака телесна повреда (из нехата) обухваћена његовим основним обликом.<sup>281</sup> Свакако, не може се донети адекватан закључак без анализе околности конкретног случаја, што је и иначе карактеристично за инклузију као једну од манифестација консумпције. Уплитање субјективних елемената у поступку квалификације, појављује се као детерминишући фактор за констатацију привидног идеалног стицаја по основу консумпције, или пак аутентичног стицаја, али истовремено отежава доношење генерализованих правила. Тако, преовлађује схватање да уколико је лака телесна повреда нанета са директним умишљајем, нема основа за примену привидног идеалног стицаја.<sup>282</sup> Ипак, треба имати у виду да је оваква оцена условљена како факторима ситуационе природе, тако и природом и тежином главног дела.

На слично резонување наилазимо и у појединим доктринарним и судским решењима случајева категорисаних као инклузија. Тако, Златарић анализирајући судску одлуку донету у предмету наношења лаке телесне повреде приликом извршења кривичног дела угрожавања јавног саобраћаја, указује на ефекте приступа *in concreto*, манифестоване у прихватању решења привидног идеалног стицаја на основу свих чињеничних околности у датој ситуацији, али уз напомену да стицај ипак није *a priori* искључен.<sup>283</sup>

Сматрамо да консумпција по основу инклузије постоји и на примеру наношења лаке телесне повреде приликом остваривања обележја кривичног дела учествовања у тучи, што такође произлази из телеолошког тумачења наведене инкриминације, која у случају наступања тешке телесне повреде, квалификацију усмерава у другом правцу.

Поред наведених примера, квалификација консумпције у складу са фактором регуларности, постојала би у случају односа између кривичног дела неовлашћене производње и стављања у промет опојних дрога, наспрам неовлашћеног држања опојних дрога, чија је невредност консумирана главним делом. Ова хипотеза, коју потврђује и судска пракса, уз напомену да радња извршења кривичног дела из чл. 246, ст 1 КЗ, подразумева или

---

<sup>279</sup> Ф. Бачић *et al.*, 220. Аутор указује на наведене феноменолошке манифестације инклузије, позивајући се на одређене судске одлуке. Тако и Б. Златарић, 191.

<sup>280</sup> З. Стојановић (2018), 298.

<sup>281</sup> Б. Златарић, 191.

<sup>282</sup> *Ibid.*, 192. Међутим, квалификација ће бити условљена и одређеним процедуралним правилима. Стога, аутор указује да ће се питање стицаја поставити једино уколико је поднет предлог за кривично гоњење за лаку телесну повреду.

<sup>283</sup> У питању је одлука НРС Кж 1412/54 од 19.11.1954. године. Вид. Б. Златарић, 195. На конкретном примеру, аутор указује да с обзиром на околности конкретног случаја, лака телесна повреда нема самосталну криминалну количину, али да у погледу релација између наведених инкриминација у генералном смислу, не треба искључити могућност стицаја, нарочито имајући у виду њихове последице.



претпоставља, односно уобичајено садржи радњу држања<sup>284</sup>, могла би се уклопити и у фактор детерминације консумпције оличен у безначајности једне инкриминације у односу на другу (инклузија), баш као што би се истовремено могло говорити и о испуњености функционалног услова, оличеног у околности да се држање предмета извршења (опојне дроге), предузима у циљу извршења кривичног дела из чл. 246, ст. 1 КЗ.

По истом принципу је донета и одлука о конзумирању неовлашћеног држања опојне дроге кривичним делом из 246, ст. 2 (неовлашћено узгајање мака или психоактивне конопље или друге биљке), уз истицања фактора веће тежине главне инкриминације.<sup>285</sup> Такође, истичући да је поседовање материјала за производњу опојне дроге, као лакше кривично дело, предвиђено сада важећим чл. 246, ст. 7, обухваћено тежом инкриминацијом из чл. 246, ст. 2 (узгајање психоактивне конопље), Апелациони суд је утврдио да у конкретном случају када је окривљени истовремено производио психоактивну конопљу и поседовао семенке за њену производњу, постоји привидни идеални стицај по основу консумпције.<sup>286</sup>

У неким случајевима, својство регуларности, односно паралелне и симултане реализације две инкриминације као основ консумпције, произлази и из самог телеолошког тумачења релевантних одредби. Тако, реализација тежег облика кривичног дела недозвољене производње, држања, ношења и промета оружја и експлозивних материја из чл. 348, ст. 2 КЗ, који се односи на оружје чија израда, продаја, набавка, иначе нису дозвољени грађанима, нужно укључује и остваривање обележја кривичног дела из ст. 1 истог члана, чиме оно губи свој аутономни значај, имајући у виду довољност друге, теже инкриминације да обухвати невредност целокупног предузетог понашања. Осим тога, анализом законског описа, може се закључити да је законодавац инкриминисањем облика из става 2 и прописујући за исто тежу казну, имао у виду и околност симултане реализације радњи инкриминисаних у ст. 1.

Исто тако, исправна је квалификација привидног идеалног стицаја по основу консумпције између кривичних дела из чл. 348, ст. 1 и чл. 348, ст. 4 КЗ, имајући у виду да је ношење оружја регуларно праћено и његовим држањем, што је законодавац и уважио, прописујући тежу казну за облик из ст. 4.<sup>287</sup>

Такође, у судској пракси се као пример консумпције наводе још и однос између трговине људима и посредовања у вршењу проституције.<sup>288</sup>

У квалификацији типичног пратећег дела, указује се и на извесна ограничења, која су од значаја за разграничење од манифестација аутентичног стицаја. У том смислу, истиче се да апсорбована типична понашања морају бити мање тежине и морају се сматрати „придруженим“ деловању учиниоца у реализацији главног дела, при чему пратећи деликт не сме да изађе изван регуларног „курса догађаја“ и да представља особени садржај

---

<sup>284</sup> Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Кж1 4457/12 од 21.02.2013. године, *Билтен Апелационог суда у Новом Саду* 5/2013, 191 –192 и Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу 4 – К 108/12 од 14.02.2013. године, *Билтен Апелационог суда у Крагујевцу* 1/2014, 89.

Такође, вид. и Пресуда Врховног суда Србије Кж 2137/04 од 12.05.2005. године, *Билтен Округног суда у Београду* 69/2005. Оваква одлука је донета у случају када је окривљени нудио опојну дрогу ради продаје, а после четрдесет дана, исту неовлашћено држао.

<sup>285</sup> Вид. Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1 – 1999/13 од 08.05.2013. године, *Билтен Апелационог суда у Крагујевцу* 1/2014, 88 – 89.

<sup>286</sup> Вид. Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 – 3961/13 од 19.09.2013. године.

<sup>287</sup> Тако је у једној одлуци, Апелациони суд утврдио да недозвољено ношење оружја, као тежи облик кривичног дела из чл. 348, ст. 4 КЗ, конзумира лакшу инкриминацију из чл. 348, ст. 1 КЗ, имајући у виду да свако ношење оружја, подразумева истовремено и држање, те да је прописивање теже казне за такво ношење, условљено и већом опасношћу коју оно подразумева у односу на само држање. Вид. Пресуда Апелационог суда у Нишу 17 Кж.1. 1293/16 од 24.11.2016. године.

<sup>288</sup> Вид. Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1406/2017 од 06.02.2018. године, *Билтен Врховног касационог суда* 2/2018, 44.

невредности.<sup>289</sup> Овај услов најјасније долази до изражаја на већ поменутом примеру нелегалног поседовања оружја и разбојништва, где не сме постојати временско и просторно одступање у погледу таквог поседовања оружја, наспрам извршења главног дела.

Иначе, као што смо већ напоменули, поменути захтев још очигледније долази до изражаја код случајева консумпције утемељених на функционално–вредносним параметрима, где фигурира као кључни детерминатор јединства карактеристичног за привидни стицај.

### 3.2. Претходна некажњива дела

Једна од најдискутабилнијих феноменолошких манифестација консумпције, доводи се у везу са функционалним релацијама између главног и привидног дела, које се испољавају у домену односа циљ – средство. Основна идеја такве функционалне међузависности, сходно томе, рефлектује се, поред општег услова, оличеног у околности да је једно кривично дело (привидно) редовно средство за реализацију другог, такође и у посебном захтеву да је реч о неопходном транзитном стадијуму, односно да зависни деликт нема особени правни значај<sup>290</sup>, због чега се његов незаконит садржај надокнађује казном за последично деловање.<sup>291</sup> Овај посебни услов се цени полазећи од начина испољавања односа са главним делом у конкретном случају, с тим што се мора имати у виду да и у овим ситуацијама, истовремено делује и емпиријски критеријум криминолошке регуларности, тачније уобичајености. Другим речима, потребно је да се у конкретном случају реализација одређеног кривичног дела манифестовала као средство у функцији остваривања главног циља, при чему такав однос није утемељен на генералној нужности и неопходности, већ на конкретној зависној улози претходно реализованог правног концепта.

Теоријском разматрању манифестација претходног некажњивог дела се у домаћој доктрини не придаје већа пажња, а указује се да се ради о ретким случајевима, малог практичног значаја, уз навођење типичног примера претходне крађе кључа, помоћу којег се касније изврши кривично дело тешке крађе проваљивањем.<sup>292</sup>

Такође, слично као и на примеру накнадног некажњивог дела, постоје и рестриктивни приступи утврђивању домашаја овог правног концепта у склопу института привидног идеалног стицаја, тако да се поред услова функционалног карактера (омогућавање и олакшавање извршења каснијег кривичног дела), његова констатација везује за манифестације имовинских деликата (одузимање туђе покретне ствари).<sup>293</sup> Међутим,

---

<sup>289</sup> J. D. J. Restrepo, 30. Тако, уколико извршилац, на пример, уништи ствар посебне вредности, како би извршио тешку крађу, у том случају, таква штета се неће сматрати апсорбованом тешком крађом. По нашем мишљењу, ово би требало посматрати у контексту одступања од регуларног тока извршења кривичног дела.

<sup>290</sup> *Periodico Oficial* 86/2017, *Organo del Gobierno Constitucional del Estado independiente, libre y soberano de Coahuila de Zaragoza, Saltillo, Coahuila* 2017, 51. Као пример се наводе употреба фалсификованог документа и превара, односно случај када неко искористи бланко чек, што бива апсорбовано процесном преваром, уколико учинилац попуни документ и захтева његово извршење.

Такође, указује се да се незаконити садржај првог дела, надокнађује казном за последично деловање. Тако Н. Н. Jescheck, W. Ruß, G. Willms, 45.

<sup>291</sup> Н. Н. Jescheck, W. Ruß, G. Willms, 45.

<sup>292</sup> З. Стојановић (2021), 307. Такође, аутор указује и на пример предузимања преварних радњи од стране учиниоца, ради омогућавања извршења кривичног дела проневере. Овај пример се наводи и у немачкој доктрини. Вид. J. Wessels, W. Beulke, 307.

Напомињемо да се на конкретном примеру крађе кључа, која претходи извршењу кривичног дела тешке крађе, манифестује и критеријум безначајности као фактор детерминације консумпције, паралелно са критеријумом функционалне повезаности две инкриминације.

<sup>293</sup> Ђ. Лазин, 108 – 109.

сматрамо да се тиме превише сужава опсег конструкције претходног некажњивог дела и садржај функционално–вредносних релација по основу којих се констатује.

Одређивање претходног некажњивог дела као једне варијанте феноменолошког испољавања консумпције, условљава се претходном негацијом супсидијаритета, а у материјалном смислу доводи у везу са омогућавањем, односно олакшавањем извршења главног дела управљеног против истог правног добра.<sup>294</sup>

Питање релација са супсидијаритетом се поставља управо због околности стадијумског карактера у извршењу неког кривичног дела. Тачније, код консумпције се не ради о нужним (предетерминисаним стадијумима), већ о томе да се претходно дело испољило као функционално у односу на главно, с тим што у неким случајевима постоји и поклапање са другим типичним критеријумима детерминације консумпције, попут безначајности једне инкриминације у односу на другу. Управо је то случај са парадигматским примером ситне крађе чија обележја остварује учинилац крађом кључа, помоћу којег касније изврши тешку крађу проваљивањем.

Међутим, за разлику од облика претходног сукажњивог дела који се подводе под супсидијаритет, где се заправо ради о предетерминисаној (претпостављеној) условној примени зависне норме, оцена консумпције је условљена специфичним искуственим (емпиријским) релационим односима. Тако, полазећи од репрезентативног примера крађе кључа, а потом извршења тешке крађе проваљивањем<sup>295</sup> служећи се истим, јасно је да је реч о ситуационом карактеру функционалних спона између две инкриминације, која се не може констатовати на апстрактном нивоу.

Управо због оваквог емпиријски условљеног односа између спорних правних концепата и утицаја варијабилних ситуационих фактора, долази до изражаја значај дистинкције од аутентичног стицаја. Тако, указује се да у одређеним ситуацијама, на први поглед може изгледати да је са аспекта критеријума циљ – средство, реч о међусобно искључујућем односу између две инкриминације, али да су исте у стварности компатибилне, будући да обухватају различите повреде, те не постоји вредносно „затварање“ путем примене само једне од њих.<sup>296</sup> Сходно томе, поменути функционални критеријум је сам по себи недовољан да обједињени два различита понашања и захтева додатно укључивање поменутих материјалних услова констатације консумпције, оличених у обухватању невредности дела. Тачније, за констатацију консумпције у облику претходног сукажњивог дела, захтева се кумулативно испуњење услова функционалне повезаности и обухватања невредности дела.

На конкретном примеру односа између нелегалног ношења оружја, које претходи разбојништву извршеним њиме<sup>297</sup>, иако се може говорити о функционалним спонама између две инкриминације, условљеним околношћу да је оружје послужило као средство извршења, фактор субјективне управљености намере учиниоца приликом ношења истог, које има

---

<sup>294</sup> Ф. Бачић (1995), 314. Као пример се наводи случај када учинилац пре изазивања пожара, разбије (уништи) предмете који су му потребни за потпалу.

<sup>295</sup> Вид. З. Стојановић (2018), 243; В. Heinrich, 644. Хајнрих (*Heinrich*) као пример наводи случај учиниоца који на забави узме кључ од аутомобила оштећеног, сутрадан провали у његову гаражу и изврши крађу аутомобила, што је и био његов план од самог почетка.

<sup>296</sup> *Periodico Oficial* 86/2017, Organo del Gobierno Constitucional del Estado independiente, libre y soberano de Coahuila de Zaragoza, Saltillo, Coahuila 2017, 52. Као пример се наводи случај када учинилац фалсификује јавни документ и стави га у правни саобраћај (повреда јавног саобраћаја), а потом исти искористи за извршење преваре на штету имовине одређене особе. Слично резонување се доводи у везу и са отмицом и силовањем.

Такође, у том контексту се помиње и хипотетички пример извршиоца који са собом иначе нелегално носи оружје (не само у намери крађе), па евентуално њиме почини и крађу.

<sup>297</sup> *Ibid.*, 52.

аутономну невредност по основу тога што његово ношење није било искључиво везано за извршење разбојништва, указује на стицај тако постављених инкриминација.

Дакле, основна идејна заснованост консумпције по основу претходног некажњивог дела, утемељена је на околности да исто представља средство за реализацију другог казненог типа<sup>298</sup>, при чему је јасно да се у случају консумиране норме ради о иначе аутономно кажњивим делима.

Већ смо напоменули да је релација која постоји између несвршеног покушаја и довршеног кривичног дела, карактеристични облик претходног некажњивог дела по основу супсидијаритета. С друге стране, у оним случајевима када је такав покушај свршен и када је резултирао директним наступањем последице, по правилу ће се радити о релацији консумпције, јер не постоји самостални карактер повреда који би поседовао особену невредност. Поред тога, у овим случајевима би се могло говорити чак и о специфичном облику јединства радње.

Са аспекта разграничења феноменолошких облика консумпције и супсидијаритета, може такође бити релевантно и питање односа између кривичних дела конкретне опасности, наспрам повреде одређеног правног добра. Тако, сматра се да ће примена једног или другог правила преферентности зависити од околности конкретног случаја. Полазећи од примера транспорта токсичних супстанци, када једна токсична емисија доведе у конкретну опасност интегритет одређене групе особа, а уз то проузрокује и лишење живота друге особе која није била доведена у конкретну опасност, указује се да је прво довођење у опасност безначајно у односу на повредни резултат проузрокован другом емисијом.<sup>299</sup>

Управо се у домену правне природе претходних некажњивих односа, испољава проблематика разграничења између супсидијаритета и консумпције, чију границу некада није једноставно успоставити, тим пре што ни доктрина није једногласна по том питању.<sup>300</sup> Тако, сусрећемо се и са екстензивним концепцијама претходних сукажњивих дела које полазе од његовог протезања и на следеће манифестације привидног стицаја: 1) покушај који претходи делу које се извршава, уколико је управљен ка истом објекту напада и под условом да између оба стадијума постоји јединство путем особене врсте продуженог умишљаја 2) претходни посебно кажњиви припремни акти (на пример поседовање средстава за фалсификовање и само фалсификовање)<sup>301</sup>, док се према неким схватањима, томе додају још и консумпција деликата конкретне опасности наспрам деликата повреде, као и лакши облици учешћа у извршењу у односу на теже.<sup>302</sup>

Слично томе, у шпанској доктрини, под категоријом претходних некажњивих дела, сматрају се: 1) реализација форме учешћа која претходи извршењу одређеног кривичног дела (прелазак од подстрекавања ка саизвршилаштву или обичног саучесништва ка неопходном); 2) неуспели покушаји извршења неког деликта, наспрам његовог довршења, под условом да се задржава иста криминална воља, и где не варира материјални објекат покушаног деликта; 3) посебно кажњиве припремне радње у релацији са покушајем и довршењем припреманог деликта; 4) релације између деликата конкретне опасности и деликата повреде у односу на правна добра која су доведена у опасност, под условом да није реч о случају

<sup>298</sup> S. Soler, 221.

<sup>299</sup> J. P. Matus Асуња (2005), 487. Поред тога, код деликата апстрактне опасности, када је само дошло до довођења у опасност конкретног стања ствари или интереса, које је на крају повређено, проузрокована штета се може сматрати довољном да искључи генералну опасност.

<sup>300</sup> Поред типичних пратећих и накнадних некажњивих дела, као могући облик консумпције, појављује се и претходно (су)кажњиво дело. Међутим, у том домену фигурира питање односа са супсидијаритетом, за чију примену се у конкретном случају залажу одређени теоретичари, попут Гирдса. Вид. J. P. Matus Асуња (2000a), 344.

<sup>301</sup> Тако Госел (Gössel), вид. J. P. Matus Асуња (2001), 367 – 368.

<sup>302</sup> J. P. Matus Асуња (2000a), 328.

супсидијаритета; 5) релације између прогресивних деликата (транзитних, према немачкој терминологији) и деликта до којег они доводе (на пример, умишљајне или нехатне повреде, праћене умишљајним убиством).<sup>303</sup>

Супротно поменути екстензивним концепцијама, у савременој доктрини наилазимо и на гледишта о потпуном искључењу категорије претходног некажњивог дела из домена консумпције и његово разматрање искључиво као феноменолошке манифестације привидног стицаја закона која се решава применом правила преферентности супсидијаритета.<sup>304</sup>

У сваком случају, тачно је да постоји поклапање у материјалној димензији супсидијаритета и консумпције с обзиром на претпостављене односе прогресије (*minus – maius*).<sup>305</sup> Разлика од супсидијаритета се огледа у томе да се код њега пореде саме законске норме, док се код консумпције пореде конкретна понашања, уз услов да су испуњени поменути фактори детерминације, оличени првенствено у домену функционалних релација (једно кривично дело се појављује као средство за извршење другог).

У одређењу претходних некажњивих дела, полази се како од функционалних релација, тако и од наглашавања вредносних критеријума, оличених у обухватању невредности целокупног понашања применом главне инкриминације. Сходно томе, могло би се рећи да *претходна некажњива дела представљају феноменолошки облик консумпције, који постоји онда када се привидни карактер једног дела у односу на друго, заснива на околности да исто представља средство за реализацију главног, чија је казна довољна да изрази неправу предузетог понашања.*

Као репрезентативни примери претходног некажњивог дела, наводе се случајеви нарушавања неповредивости стана, ради извршења силовања<sup>306</sup>, фалсификовања документа (исправе) и накнадно извршене преваре.<sup>307</sup> Такве доктринарне ставове, потврдила је и судска пракса. Према правном схватању кривичног одељења Врховног суда Србије, у случају учиниоца који је попунио туђе чекове и потписао власника, а потом их употребио у правном саобраћају и извршио превару у односу на примаоца чека, сматра се одговорним само за кривично дело преваре.<sup>308</sup> По истом принципу се прављење лажне исправе сматра конзумираним њеном употребом<sup>309</sup>, с тим што се у овом случају указује и на стадијумски карактер међусобних релационих односа између две инкриминације, полазећи од концепта потпуног довршења и стадијума у његовој реализацији.<sup>310</sup>

На исти начин би требало квалификовати и случај када учинилац кривичног дела повреде тајности писма и других пошиљки из чл. 142, ст. 1 КЗ, истовремено оствари и обележја кривичног дела из ст. 2, које се односи на саопштавање другом садржине коју је неовлашћено сазнао, односно служење таквом садржином. У овом случају се реализација облика из става 1, појављује као претпоставка накнадног саопштавања, тачније служења садржином таквог писма, односно пошиљке, што представља функционалну спону наведена два концепта. Такође, испуњен је и услов покривања невредности дела, имајући у виду да је

<sup>303</sup> J. P. Matus Асуња (2005), 487 – 488.

<sup>304</sup> Тако С. Roxin (2014), 1006 – 1007.

<sup>305</sup> Случајем некажњивих претходних дела, неопходних за конфигурисање деликата веће тежине (*maius*), сматрају се инструментална или транзитна кривична дела (на пример, ношење оружја ради извршења убиства). Вид. J. S. Castro, „Concurso aparente de normas“, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás* 4/1980, 32.

<sup>306</sup> L. J. Asua, 148.

<sup>307</sup> G. Bighi, G. Javier, 48. Сматра се да деликт преваре поседује језгро одређене еластичности, које апсорбује или конзумира претходна дела.

<sup>308</sup> Правно схватање кривичног одељења Врховног суда Србије од 14.09.1992. године, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије* 4/2008, 36.

<sup>309</sup> Ф. Бачић (1995), 315. Тако и J. Ђ. Таховић (1956), 186. Таховић указује да употреба лажне исправе конзумира њено претходно прављење.

<sup>310</sup> Б. Чејовић (2006), 251.

у оба случаја предвиђена иста казна (новчана казна или затвор до две године). Ови услови су испуњени и у случају истовремене реализације облика из ст. 1 и 2, чл. 143 КЗ, који инкриминише неовлашћено прислушкивање и снимање.

Међутим, у одређеним ситуацијама, функционална спона која условљава привидни идеални стицај по овом основу, може бити потиснута услед превалентности неких других фактора, попут природе и тежине претходног дела, односно његовог кривичноправног значаја. Тако, у судској пракси је у случају давања мита које је претходило извршењу кривичног дела преваре, установљено да нису испуњени услови привидног реалног стицаја, без обзира што се прибављање лажних записника кроз давање мита сматра прибављањем средстава за извршење преваре, имајући у виду да се давање мита због свог значаја не може сматрати конзумираним преваром.<sup>311</sup> Из тога произлази да се у оцени постојања ове феноменолошке варијанте конзумпције, морају имати у виду сви релевантни аспекти испољавања међуодноса две инкриминације. Поред наведених фактора, суд је у образложењу претходно цитиране одлуке, анализирао и поклапање обележја наведене две инкриминације, укључујући последицу и побуде, односно намеру конкретних кривичних дела.

Са истим образложењем бисмо могли оправдати и правно схватање Врховног суда Србије, усвојено на седници од дана 19.03.1997. године, према којем неовлашћено држање ватреног оружја, након претходно извршене крађе истог, испуњава услове квалификације аутентичног стицаја између инкриминација које покривају наведена забрањена понашања.<sup>312</sup>

### 3.3. Накнадна некажњива дела

Једна од најспорнијих феноменолошких манифестација привидног идеалног стицаја по основу конзумпције, утемељена на факторима детерминације функционалног карактера, јесте концепт накнадног некажњивог дела. Заправо, питање његове правне природе и услова под којима се може сматрати случајем привидног идеалног стицаја, били су предмет бројних теоријских дискусија, релевантних, између осталог и за сам домашај института привидног стицаја закона. Наиме, његово суштинско одређење и утврђивање, налази се у средишту подела на унитарне и диференцирајуће теорије, у чијој је основи хипотеза о различитом кривичноправном третману случајева привидног стицаја закона, у зависности од тога да ли је реч о јединству или плуралитету радње у стриктном смислу. Међутим, као што смо закључили, привидни идеални стицај почива на специфичном поимању јединства радње, који укључује и ове облике накнадног деловања, чиме се брише граница између концепата привидног идеалног и привидног реалног стицаја.

Будући да смо се наведеном питању детаљно посветили у поглављу које се односи на теорије домашаја, чиме смо делимично истакли и на неке материјалне услове постојања накнадног некажњивог дела као облика привидног идеалног стицаја, на овом месту преостаје да се укаже на основне феноменолошке манифестације наведеног правног концепта у складу са дефинисаним предусловима његове констатације.

Паралелно са продуктима функционалних релација утемељених на критеријуму „средство – циљ“, карактеристичним за претходна некажњива дела, примена конзумпције као правила преферентности, укључује и случајеве када учинилац, након што је извршио

<sup>311</sup> Пресуда Апелационог суда у Београду, Посебног одељења Кж 1 По1 13/10 од 20.12.2010. године, *Билтен Апелационог суда у Београду* 3/2011. У конкретном случају, установљено је да је одлука донета на основу оцене природе и значаја одређеног кривичног дела, заштитног објекта, природе конкретних кривичних дела и њихових обележја.

<sup>312</sup> Правно схватање кривичног одељења Врховног суда Србије, усвојено на седници 19.03.1997. године, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије* 4/2008, 44 – 45.

одређено кривично дело, реализује друго понашање, које је привидно типично у односу наштићени објекат, на чију је доступност титулару, остварен утицај још од саме конкретизације консумирајућег типа.<sup>313</sup> Сматрамо да је ово најадекватнија дефиниција поменуте феноменолошке манифестације, која најбоље одражава зависни карактер привидног (накнадног) дела, што проистиче и из конкретних примера њеног емпиријског испољавања, где се у првом плану истиче да је повреда одређеног правног добра остварена почев од прве радње, при чему би санкционисањем другог понашања дошло до реквалификације у односу на претходну повреду.<sup>314</sup>

*Накнадна некажњива дела се могу одредити као узастопно, секвенцијално деловање, које је усмерено ка индивидуализацији претходне, главне инкриминације, под одговарајућим условима. У процедуралном смислу, реч је о актима који су накнадни у односу на главно дело и који би без постојања одговарајућих функционалних спона са главним делом, били аутономно кажњиви. То је свакако условљено и већом амплитудом невредности консумирајућег дела. Самим тим, у поступку квалификације привидног идеалног стицаја, по основу некажњивог накнадног деловања, неће увек бити једноставно разграничити описане случајеве од оних који захтевају примену аутентичног стицаја, с обзиром да различите ситуационе околности могу деловати на раскидање поменутих функционалних спона.*

У том смислу, као репрезентативан се може узети пример из немачке доктрине који приказује услове квалификације преваре као накнадног некажњивог дела, у односу на претходно извршену крађу. Тако, на примеру учиниоца који је у супермаркету отуђио ЦД и ставио га у торбу, а приликом проласка кроз касу, на питање благајника да ли има нешто у торби, исто негирао и прошао касу, аутор накнадну превару сматра случајем привидног стицаја, имајући у виду да је она намењена обезбеђењу претходно предузете радње. Међутим, ако се предузимањем накнадног акта, нанесе нова штета, или пак оштете друга лица, попут добронамерног купца украдене ствари, којем није познато порекло исте, то ће водити квалификацији аутентичног стицаја.<sup>315</sup>

Разграничење привидног и аутентичног стицаја у случајевима накнадног некажњивог деловања, у доктрини се најчешће врши управо навођењем примера релација између крађе и преваре, где најочигледније долазе до изражаја основни диференцијални фактори, попут истоветности повређеног правног добра и пасивног субјекта, односно изостанка наступања нове штете. Тако, до истог закључка, као и на претходном примеру из немачке доктрине, долази се и у случају учиниоца кривичног дела крађе који потенцијалног купца предмета извршења доведе у заблуду да је он власник истих, чиме се и самом купцу наноси штета у виду изостанка могућности успостављања права својине.<sup>316</sup>

За разлику од претходног некажњивог дела, конструкцији накнадног некажњивог дела се посвећује већа пажња у теорији, нарочито када је реч о утврђивању основа и ограничења његове конзумираности главном инкриминацијом. У најопштијем смислу, ова

---

<sup>313</sup> *Periodico Oficial* 86/2017, Organo del Gobierno Constitucional del Estado independiente, libre y soberano de Coahuila de Zaragoza, Saltillo, Coahuila 2017, 52.

Слично томе, у домаћој доктрини се указује да накнадно деловање на објекту главне инкриминације, неће конституисати самостално кривично дело. Вид. М. Радовановић (1969), 175.

<sup>314</sup> То су насилни акти, извршени како би учинилац побега или задржао оно што је украдено, деструктивни акти над објектима који су присвојени извршењем кривичног дела, преварни акти извршени како би се обезбедило искоришћавање ствари прибављених претходно реализованим деликтом, као и уништење украдене ствари. Вид. *Periodico Oficial* 86/2017, Organo del Gobierno Constitucional del Estado independiente, libre y soberano de Coahuila de Zaragoza, Saltillo, Coahuila 2017, 53.

Основ некажњивости накнадног понашања се у овом случају своди на констатацију о његовој обухватности главним делом. Вид. Б. Чејовић (2006), 322. На исти начин се накнадно некажњиво дело одређује и у италијанској доктрини. Вид. G. Fiandaca, E. Musco, 203.

<sup>315</sup> В. Heinrich, 645.

<sup>316</sup> И. Вуковић, „О извесним недоумицама у погледу кривичноправне заштите од прања новца“, *Crimen* 2/2019, 136.

конструкција се формално одређује као случај када учинилац након реализације главне инкриминације, новом радњом оствари обележја бића другог кривичног дела, чија је самосталност искључена због његовог зависног карактера у односу на претходно дело.<sup>317</sup> У прилог искључењу његове аутономије, говори и чињеница да се оно не уважава у конфигурисању конструкције продуженог кривичног дела, односно не улази у његов састав<sup>318</sup>, што се може сматрати и последицом негирања његове самосталности и својства феноменолошке манифестације привидног стицаја.

Исто тако, у складу са савременом дефиницијом, консумпција обухвата и накнадна некажњива дела, али се за његову примену поставља посебан услов, оличен у употреби, искоришћавању и осигуравању позиције или предности добијене главним делом<sup>319</sup>, при чему се истиче да се не тражи нека криминолошка релација између тих дела, већ релација функционалног карактера, сходно законској одредби и независно од намере предвиђене у опису главног дела.<sup>320</sup>

Управо ове кључне улоге накнадног некажњивог дела, оличене у функцијама искоришћавања и осигуравања резултата главног дела, представљају основ утврђивања његових феноменолошких облика, односно специфичних услова примене консумпције као правила преферентности привидног стицаја закона. У том правцу ће се кретати и дефинисање оквира појавних манифестација ове конструкције.

Са чисто формалистичког аспекта, о накнадном некажњивом делу се говори и као о концепту који се надовезује на претходно реализовану радњу, између осталог и у случају када службено лице прими мито, а потом злоупотреби службени положај<sup>321</sup>, што би заправо требало посматрати у оквиру хипотезе о реализацији (исцрпљењу) намере претходно предузете радње. Примена консумпције у описаном случају, била је и иначе предмет бројних дилема, нарочито са аспекта временске димензије предузетих радњи. Остављајући за сада по страни спорна питања квалификације у зависности од наведеног фактора, под претпоставком да је учинилац најпре примио новац или другу корист, а потом у вези таквог чињења, предузео, односно пропустио радњу која се сматра злоупотребом службеног положаја, испуњени су сви релевантни услови примене правила консумпције по том основу, те би сходно томе предност требало дати инкриминацији примања мита из чл. 367 КЗ. Између осталог, на апсорбовање невредности дела, упућује и већа казна прописана за наведено кривично дело (затвор од две до дванаест година), у односу на злоупотребу службеног положаја (затвор од шест месеци до пет година). Тачније, пажљивом анализом описаних инкриминација, може се извести закључак о поклапању њима обухваћеног искуственог чињеничног опсега, чија би симултана примена довела до двоструког вредновања испољеног забрањеног понашања. Међутим, за разлику од већине других инкриминација из групе против службене дужности, у односу на које се злоупотреба службеног положаја појављује као општа инкриминација, његова веза са примањем мита је функционалног карактера, тако

---

<sup>317</sup> З. Стојановић (2021), 307 – 308. Тако и Б. Чејовић (2006), 256. У том контексту се за означавање ових случајева, користи и термин „идеални стицај по основу јединства последице“. Вид. Т. Живановић, 353.

<sup>318</sup> М. Никитовић, „Продужено кривично дело у новом КЗ Србије“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине* 2/2011, 93.

<sup>319</sup> Ј. Р. Матус Асиња (2000а), 358. Тако и Бачић као услов поставља да је накнадно дело послужило да се осигура, задржи, искористи и реализује оно што је добијено главним делом. Вид. Ф. Бачић (1995), 314. Вид. и Ј. Таховић (1961), 265. Таховић полази од захтева да накнадно дело не представља нову повреду заштитног објекта, што је услов који се помиње и у немачкој доктрини. Тако Н. Langels, 108.

Такође, од значаја је и констатација да се накнадним кривичним делом само обезбеђује оно што је претходно постигнуто, тако да не долази до нове повреде заштитног објекта. Вид. Б. Чејовић (2006), 256 – 257.

<sup>320</sup> Ј. Р. Матус Асиња (2000а), 359. Тај функционални карактер би се могао изразити и констатацијом да без накнадног дела, главно дело не би имало значај за починиоца. Тако Н. Н. Jescheck, W. Ruß, G. Willms, 45. У вези релевантности фактора протезања намере као субјективног обележја бића кривичног дела за конфигурисање накнадног некажњивог дела, вид. И. Вуковић (2022), 352.

<sup>321</sup> Љ. Лазаревић (2011), 286.



да се испољава као продукт претходног примања новца или друге користи, ка којем је намера учиниоца примарно управљена. Ова функционална спона, уз истовремено прописану тежу казну и неиспуњеност услова примене других логички утемељених принципа решења, нужно доводи до примене вредносно утемељене консумпције, односно закључка да је целокупна невређност понашања обухваћена самим примањем мита.

У доктрини се накнадна некажњива дела одређују и путем истицања исте линије напада у којој се испољавају главно и привидно дело, односно околности да се један деликт појављује као реализација намере другог, због чега се сматра ирелевантним у односу на проузроковану повреду.<sup>322</sup> Целовито одређење накнадног некажњивог дела пак захтева нешто шире сагледавање специфичности поменутих релација, што укључује, као што ћемо видети, не само исцрпљење намере, већ и друге аспекте функционалне повезаности, попут осигурања или искоришћавања погодности прибављене претходним актом, односно аката самоприкривања.

Један од најјаснијих примера који осликава описану идејну утемељеност накнадних некажњивих дела, јесте и случај кривичног дела прикривања предмета прибављених претходно извршеном крађом, од стране истог учиниоца.

Већ смо указали на поједине термилошке дилеме у означавању предметног концепта, што се превасходно односи на опредељења за израз „сукажњива“ или „некажњива“ накнадна дела, иако из такве категоризације не произлази већи практични значај.<sup>323</sup> Посматрано са аспекта историјског развоја у немачкој доктрини, карактеристично је да је након првобитног прихватања израза „некажњиво дело“, у радовима немачких аутора тридесетих година XX, преовладао израз „сукажњиво“, те је први одбачен као погрешан због хипотезе да накнадно дело остаје без санкције, не због тога што није кажњиво, већ зато што је његова санкција већ садржана у главном делу.<sup>324</sup> При томе, треба имати у виду да је оправдање јединствене оцене резултата условљено већ поменутих функционалним спонама између две инкриминације, оличеним у томе да без накнадног дела, главно дело нема значај за учиниоца.<sup>325</sup> Ово је уједно и најизраженији фактор повезаности између главне и привидне инкриминације.

Ипак, сматрамо да су оба израза подједнако управљена ка разјашњењу суштине накнадног акта, која се састоји у конструисању особеног јединства у реализацији главног и привидног дела, те да иако би се могли испољити извесни аспекти утицаја једног и другог термина са проблематиком поменутих теорија домаћаја института<sup>326</sup>, не постоје суштинске разлике у опредељењу за једну или другу варијанту.

Првобитно сврставање накнадних некажњивих дела у консумпцију у немачкој доктрини, било је везано за начин инкриминисања кривичног дела крађе, који се не разликује од савремене регулације, а предвиђао је да се као учинилац основног кривичног дела крађе кажњава онај ко у намери присвајања одузме туђе покретну ствар. То указује да је ефективно присвајање раздвојено у односу на такву намеру, те се појављује као накнадно некажњиво дело у односу на крађу и то у форми прихватања, неовлашћеног присвајања и штете над

---

<sup>322</sup> J. S. Castro, 33. То се може довести у везу и са конструкцијом материјалног довршења кривичног дела схваћеног у контексту коначне реализације намере извршиоца. Вид. И. Вуковић (2008), 143.

<sup>323</sup> E. Vacigalupo (1996), 243.

<sup>324</sup> J. P. Matus Асуња (2000а), 317.

<sup>325</sup> Вид. Н. Н. Jescheck, W. Ruß, G. Willms, 45. Тако и J. Wessels, W. Beulke, 307. Полазећи од примера крађе, указује се да она има смисла за учиниоца једино уколико исти може користити незаконито стечене приходе.

<sup>326</sup> Могло би се рећи да је његов третман у оквиру консумпције оправдан уколико би се као приоритетан употребљавао израз „сукажњиво“, док би накнадно некажњиво дело, више одговарало неком особеном принципу, односно особеном правилу у односу на остала решења, сходно диференцирајућим теоријама.

одузетом ствари, чија се независна санкција не чини адекватном у криминално–политичком смислу.<sup>327</sup>

Слично томе, и у домаћој доктрини наилазимо на рестриктивна одређења ових облика консумпције, која се свде искључиво на касније својинско располагање у односу на предмет крађе, што се правда поклапањем нанете штете, односно ирелевантношћу оне настале предузимањем привидног дела.<sup>328</sup> Међутим, постоје и бројни други примери примене ових конструкција код кривичних дела која штите и друга правна добра, попут квалификације накнадног некажњивог деловања код релација између посебног облика кривичног дела приказивања, прибављања и поседовања порнографског материјала и искоришћавања малолетног лица за порнографију из чл. 185 КЗ (ст. 4) у односу на његове облике из ст. 2 и 3.<sup>329</sup>

Дакле, може се закључити да се у том смислу накнадно дело доводи у везу са реализацијом циља учиниоца одређеним главним делом, због чега губи на самосталности и негира му се карактер аутономне невредности, што одговара и основном дистинктивном фактору у односу на манифестације аутентичног стицаја (истоветност правног добра, односно покривеност невредности дела).

На овакво резонување, наилазимо и у домаћој доктрини, где се у разматрању односа између крађе и накнадног оштећења украдене ствари, указује да последица примарне инкриминације (крађе), обухвата и нанету штету, због чега нема основа за успостављање додатне одговорности учиниоца.<sup>330</sup>

Као пример, Роксин наводи случај када неко украде чековну картицу, а потом скине новац са ње, где се сматра да је превара накнадно некажњиво дело у односу на крађу, при чему се као оправдање наводи то што је накнадно узимање новчане вредности која се налази на картици, већ садржано у казни предвиђеној за крађу.<sup>331</sup>

Међутим, то је уско повезано са проблематиком довршења кривичног дела крађе, тачније условом да објекат радње дође у притежање учиниоца<sup>332</sup>, што би у овом случају било могуће испунити једино ако се накнадно изврши и неко додатно кривично дело – превара у наведеном примеру. У супротном се сматра да постоји само покушај крађе.<sup>333</sup> Другим речима, овде се извршење тог накнадног кривичног дела, појављује као претпоставка довршења главног, чиме се најнеспорније види релација између главног и накнадног дела и услов неаутономног кажњавања накнадног. Најзначајнија практична последица оваквог поимања правне природе накнадног некажњивог дела, огледа се у начину уважавања његовог утицаја у поступку одмеравања казне, у светлу два опонентна приступа, заснована на потпуном искључењу ефеката привидног дела, или пак прихватању његових одређених ефеката.

---

<sup>327</sup> J. P. Matus Aсућа (2000a), 326 и 352. У том контексту се указује и да се неправда накнадног дела надокнађује казном предвиђеном за главно дело.

<sup>328</sup> Т. Живановић, 352.

<sup>329</sup> Вид. В. Делибашић, „Приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију“, *Crimen* 3/2017, 564 – 565. И у овом случају се околност прибављања, поседовања, продаје, приказивања, јавног излагања, односно електронски или на други начин чињења доступним предмета порнографске садржине, насталих предузимањем радњи из ст. 2 и 3, као накнадно некажњиво деловање, може третирати као отежавајућа околност, што одговара општеприхваћеним правним последицама наведене конструкције.

<sup>330</sup> М. Карановић, 421. Тако и З. Стојановић (2021), 307 – 308. Полазећи од кривичног дела крађе, аутор указује да је по основу консумпције, искључена самосталност инкриминације прикривања, као и уништења и оштећења туђе ствари.

<sup>331</sup> С. Roxin (2014), 1011. По истом принципу се сматра и да накнадна продаја или оштећење украдене ствари, не представљају основ за аутономно кажњавање. Вид. Н. Welzel (2013), 167.

<sup>332</sup> З. Стојановић, Н. Делић, 139.

<sup>333</sup> *Ibid.*

У шпанској доктрини, у периоду друге половине XX века, наилазимо на особено поимање услова постојања накнадног некажњивог дела, при чему се раскида са поменутом оригинарном идејом из немачке доктрине, која ове појавне манифестације ограничава на деликте против имовине, дозвољавајући чак и њихово простирање на случајеве аката самоприкривања, као и напада на различита правна добра.<sup>334</sup>

Поимање накнадног некажњивог дела као феноменолошке манифестације привидног идеалног стицаја, која подразумева решавање конфликта између две инкриминације применом принципа консумпције, фигурира у оквиру рестриктивног схватања његовог домаћаја, што је став заступан и у домаћој литератури. Тако, Лазин, иако га издваја као самостални облик привидног идеалног стицаја, независан од правила консумпције, услове његове констатације поставља веома уско и ограничава га само на манифестације одузимања туђе покретне ствари у намери стицања права својине, односно на случајеве располагања, искоришћавања или осигуравања користи прибављене претходним делом.<sup>335</sup> Осим тога, у немачкој доктрини се помиње и ограничење таквог деловања које иде у правцу онога што би и иначе законитом власнику било дозвољено на основу његовог права да располаже предметом радње.<sup>336</sup>

Исто тако, према појединим гледиштима у страниј литератури, сматра се да ће накнадно дело бити некажњиво само у случају када сходно стриктним правилима, може бити схваћено као такво, што подразумева да се мора радити о правом накнадном акту, а не о аутономној радњи, која је управљена у другом правцу. Тачније, подразумева се да та накнадна радња не представља додатак наспрам описа који садржи правна фигура.<sup>337</sup> Ово захтева додатну опрезност у квалификацији, нарочито имајући у виду и доктринарне концепције према којима се случајеви сукажњивих дела разумеју као облици плуралитета радње, без пунитивних ефеката реалног стицаја.<sup>338</sup>

Иако на први поглед произлази да је граница накнадног некажњивог дела јасно постављена, јављају се бројни проблеми у теоријској примени наведеног правила. То се пре свега односи на ослањање на субјективну управљеност учиниоца приликом предузимања конкретне радње, што указује да је оцена постојања накнадног некажњивог дела условљена околностима конкретног случаја. Тако, на релевантност субјективног елемената у квалификацији накнадног некажњивог дела, указује и околност да иако се генерално сматра да уништење украдене ствари није конзумирано самом крађом, ограниченом на присвајање неког правног добра, ипак се таква консумпција дозвољава онда када учинилац одређену ствар украде из мотива који превазилазе комерцијалну употребу, попут освете власнику.<sup>339</sup>

У сваком случају, пре утврђивања конкретних феноменолошких манифестација накнадног некажњивог дела, неопходно је указати на два основна предуслова констатације

---

<sup>334</sup> J. P. Matus Aciña (2007), 38 – 39. Наиме, то је карактеристично за период развоја теорије стицаја закона између 1944. и 1978. године, а као конкретан пример накнадног некажњивог дела, наводи се случај односа између убиства детета и тада важеће инкриминације нелегалног сахрањивања (накнадно дело). Сматра се да је оправдана квалификација накнадног некажњивог дела, иако се нелегално сахрањивање не може сматрати актом искоришћавања или употребе ефеката главног дела. Наиме, полази се од тога да је у конкретном случају реч о самоприкривању, те да се нелегално сахрањивање појављује као довршење кривичног дела убиства детета.

Тако и Стојановић указује да се прикривање украдених предмета, сматра конзумираним претходно извршеним кривичним делом крађе. Вид. З. Стојановић (2021), 307.

<sup>335</sup> Ђ. Лазин, 105.

<sup>336</sup> H. H. Jescheck, W. Ruß, G. Willms, 45.

<sup>337</sup> S. Soler, 221. Наводи се Белингов пример накнадне преваре коју реализује извршилац крађе онда када превари власника да купи украдену ствар. Вид. Tribunal Superior de Justicia (TSJ), Sala Penal, Sentencia nº 152, 10.06.2010. <http://www.profprocesalpenal.com.ar/archivos/9015546d-152-Cuevas-Germ-n-concurso-y-abuso-sexual.pdf>, 5. фебруар 2022, 2.

<sup>338</sup> J. Cuello Contreras (2009), 683.

<sup>339</sup> J. D. J. Restrepo, 29.

релације консумпције 1) покривеност невредности дела (карактеристичан за консумпцију у општем смислу); 2) функционална повезаност главног и привидног дела (специфична за накнадно некажњиво дело), која захтева додатно прецизирање основних компонената такве релације.

У складу са тим, по нашем мишљењу, закључак о сврставању накнадног некажњивог дела под окриље консумпције, подразумева како опште услове (покривање невредности дела), тако и специфичне, који се у овом случају, баш као и код претходног некажњивог дела, односе на функционалне релације (релације емпиријског карактера).

Наиме, сматрамо да у дефинисању специфичних услова који одређују домашај наведене појавне манифестације, треба поћи од рестриктивне концепције, сходно већ утврђеним претпоставкама привидног идеалног стицаја у формалном смислу (услов јединства радње). Тачније, треба имати у виду да када говоримо о накнадним некажњивим делима у смислу феноменолошких манифестација консумпције, мислимо првенствено на случајеве где је испуњен услов јединства понашања које се захтева за квалификацију привидног идеалног стицаја.

Такође, у склопу дихотомне класификације на опште и специфичне услове, поред захтева да накнадно дело не поседује садржај невредности који превазилази претходно повређено правно добро (општи услов), оно мора бити управљено ка повреди истог правног добра, тако да не доприноси увећању проузроковане штете путем претходног дела, односно да не доводи до проузроковања нове штете, што се заправо своди на деликте осигурања и материјализације.<sup>340</sup> Ово би свакако требало посматрати у контексту већ изнетих услова на које је указао Лазин, што се пре свега односи на својинско располагање над отуђеним предметима, где би у изостанку намере присвајања, наносење штете на претходно украденим стварима изашло из оквира консумпције, односно накнадног некажњивог дела.

Тако, можемо се сложити са констатацијом да у случају накнадног некажњивог дела постоји реализација новог казног типа, чији се садржај исцрпљује у осигуравању или пак употреби ствари прибављене неким деликтом, на основу чега се тумачењем изводи закључак да релација која постоји између главног и накнадног дела, конституше такво јединство да се сматра да је довољна казна за само једно дело.<sup>341</sup> То с друге стране наводи на закључак да је реч о својеврсном продужењу довршења главног дела, што доста личи и на већ поменути однос између формалног и материјалног довршења одређеног кривичног дела, иако се, као што смо већ поменули, мора екстензивније тумачити, у светлу функционалних релација. Другим речима, са аспекта припадности институту привидног идеалног стицаја, накнадно некажњиво дело би се могло означити и као *исцрпљење (довршење) главног дела*, што је основ консумираности његове казне другом.

Имајући у виду да се конструкција накнадног некажњивог дела доводи у везу првенствено са реализацијом имовинских деликата, где се крађа појављује као главно кривично дело<sup>342</sup>, сходно критеријуму да се ради о деликтима осигурања или

---

<sup>340</sup> J. Cuello Contreras (2009), 683. На оваква ограничења у примени накнадног некажњивог дела, наилазимо и код других теоретичара. Тако, Бачић као услов успостављања релације консумпције, наводи околност да не долази до повреде новог правног добра, односно да нанета штета не превазилази штету која је проузрокована главним делом. Овом услову се додају још и захтеви истоветности нападног објекта, односно титулараштићеног правног добра. Вид. Ф. Бачић (1995), 314 – 315.

Тако и J. P. Matus Асуња (2000а), 326. Као услов постојања накнадног некажњивог дела, наводи се захтев да се накнадним актом не проузрокује нова штета. Томе се додаје и околност да привидно дело не утиче на нове титуларе индивидуалног правног добра. Тако С. Fontan Balestra, 119.

<sup>341</sup> E. Vasigalupo (1999), 574 – 575.

<sup>342</sup> Ђ. Лазин, 105. Тако, сматра се да манифестација накнадног некажњивог дела постоји онда када, на пример, учинилац украде одређени предмет како би се окористио њиме. Наиме, полази се од претпоставке да се не може прихватити постојање два деликта, будући да се поменути облик преваре третира као исцрпљење крађе или тешке крађе. Вид. L. J. Asua, 148.

материјализације и типични примери ове појавне манифестације се свде на релације између таквих инкриминација. Тако, као један од репрезентативних примера накнадног некажњивог дела, у литератури се наводи случај накнадне преваре реализоване од стране учиниоца кривичног дела крађе, који превари другог да купи украдену ствар<sup>343</sup>, као и случај извршиоца кривичног дела крађе који прикрије украдену ствар.<sup>344</sup>

Може се рећи да се ради о нападу на правно добро које је већ повређено претходним делом, тако да се третира као његово „исцрпљење“, што је апсолутно важећи услов на примеру уништења украдене ствари.

Осим тога, сматра се да реализација накнадног некажњивог дела, зависи од околности испољавања конкретног случаја, и то у најрепрезентативнијим примерима учиниоца кривичног дела крађе, који у односу на украдену ствар поступа на један од следећих начина: 1) уништи украдену ствар; 2) користи украдену ствар, уживајући у њој или конзумирајући је; 3) прода је трећој особи ради искоришћавања њеног продукта.<sup>345</sup> Као што се може уочити, ово је у складу са већ поменутом констатацијом о поступању према објекту радње, односно његовим располагањем у границама овлашћења самог власника.

У области теорије накнадног некажњивог дела и проблематике његовог домашаја, нарочито су спорни случајеви уништења или оштећења украдене ствари у односу на претходно извршену крађу. С једне стране, насупрот оним схватањима која полазе од тога да је и у овим ситуацијама реч о накнадном некажњивом делу, у савременој немачкој доктрини, преовлађују супротна гледишта, у складу са претпоставком да наношење штете на ствари, или пак њено уништење, конституише другачију повреду у односу на само присвајање.<sup>346</sup> Ово би требало тумачити у светлу већ поменутог услова идентитета штићеног правног добра, односно евентуалног одступања од интензитета његове повреде. То је у складу и са Роксиновом дефиницијом која случајеве накнадног некажњивог дела, ограничава само на осигуравање или искоришћавање позиције обезбеђене претходним делом.<sup>347</sup>

Насупрот томе, у шпанској доктрини се заузима становиште да код деликата против имовине, треба узети да уништење одузете ствари представља накнадно сукажњиво дело, имајући у виду да се у шпанском кривичном закону директно говори о апропријацији, а која према грађанском закону подразумева и могућност располагања одузетом ствари, што укључује и њено уништење.<sup>348</sup>

Поред ових типичних примера, сматра се да су претпоставке накнадног некажњивог дела испуњене и код фалсификовања новца или документа (исправе) и њиховог накнадног стављања у промет (употребе)<sup>349</sup>, што по нашем мишљењу такође може одговарати

---

Сматра се да се ове радње код накнадних некажњивих дела не могу сматрати аутономним, будући да су директно везане за претходно инкриминисано понашање (накнадни ирелевантни акти), што укључује пре свега апропријацију (присвајање) украдене ствари. Вид. S. Soler, 216.

<sup>343</sup> Овај пример наводи Белинг. Вид. F. Pavón Vasconcelos, 204.

<sup>344</sup> Ф. Бачић (1995), 314. Сматра се да у тим случајевима не долази до примене кривичног дела прикривања, будући да је исто конзумирано.

Такође, схватање о квалитацији накнадног некажњивог дела на наведеном примеру, заузима и Мрвић Петровић. Вид. Н. М. Петровић, 234.

<sup>345</sup> F. Pavón Vasconcelos, 202. Такође, и на примеру присвајања туђе покретне ствари, која се потом уништи, сматра се да постоји само крађа. Вид. F. M. Peña Castillo, 80.

Као оправдање за апсорбовање накнадног акта, предузетог над отуђеним предметом, наводи се и околност да је у конкретном случају релевантна једино штета која је нанета титулару правног добра (крађа), али не и корист коју од тога има учинилац, будући да он плаћа казном предвиђеном за главно кривично дело. Из тог разлога је ирелевантно да ли ће он отуђену ствар користити или уништити, све док не повређује ново правно добро. Вид. С. Fontan Balestra, 119.

<sup>346</sup> С. Roxin (2014), 1015. Вид. и I. Vuletić, 23 – 24.

<sup>347</sup> С. Roxin (2014), 1011.

<sup>348</sup> J. P. Matus Асућа (2005), 489.

<sup>349</sup> F. M. Peña Castillo, 80. Овај став заузима и Стојановић. Вид. З. Стојановић (2021), 813.

поменутој идејној концепцији накнадног сукажњивог дела, нарочито у сегменту исцрпљења, односно материјалног довршења главног дела, али би требало имати у виду извесне специфичности једног и другог феноменолошког облика, како у сегменту односа између супсидијаритета и консумпције, тако и између оправданости примене конструкција претходног или накнадног некажњивог дела.

Међутим, у овом случају може доћи до колизије са неким другим принципима решења, попут супсидијаритета, на шта смо већ указали, односно до колизије потпуно равноправних разлога за примену сваког од њих. Ово спада у домен специфичности самог поступка квалификације, где се корекције у примени конкретног принципа решења, онда када су испуњени услови више њих, врше углавном на нивоу суптилних криминално–политичких фактора. То најбоље долази до изражаја на примерима попут односа између фалсификовања исправе и њене накнадне употребе, или пак фалсификовања новца и његовог стављања у промет. Но, ипак, сама квалификација у једном или другом правцу неће довести до већих практичних разлика у кривичноправном третману, нарочито ако се узме у обзир да је у наведеним примерима реч о алтернативно прописаним радњама у оквиру исте инкриминације.

Ипак ако анализирамо суштинске аспекте утемељености прихваћених принципа решења класичног система, може се доћи до одређених смерница у погледу давања предности једном од њих. Тако, иако су у конкретном случају испуњене претпоставке како супсидијаритета, тако и консумпције (облик накнадног некажњивог дела), у избору принципа решења, треба се окренути суштинским аспектима истих, њиховом начелном оправдању и претпостављеном улогом која им се приписује. До таквог закључка се долази између осталог и анализом разлога њиховог настанка и претпостављеним проблемима ка чијем су решавању управљени.

Као један од најчигледнијих примера накнадног некажњивог дела, где долази до изражаја функционално–вредносна релација између два правна концепта, може се навести случај истовременог остваривања обележја бића кривичног дела фалсификовања новца из чл. 241, ст. 1 КЗ (прављење или преиначење лажног новца, у намери његовог стављања у оптицај као право) и ст. 2 истог члана (стављање лажног новца у оптицај). Облик из става 2, у овом случају фигурира као довршење намере првог дела, чија се невредност може сматрати конзумираном првим делом, имајући у виду да је и сам законодавац приликом прописивања оба облика предвидео тежу казну за први облик (затвор од две до дванаест година и новчана казна), полазећи управо од претпоставке да се прављењем лажног, односно преиначењем правога новца обухвата и невредност његовог стављања у промет, за који је прописана блажа казна (затвор од једне до десет година и новчана казна). Управо на овом примеру долази до изражаја значај тумачења смисла и суштине појединачних инкриминација у поступку квалификације и примене појединачних принципа решења. Иако би се у конкретном случају могло говорити о испуњености услова примене супсидијаритета, његову колизију са претпоставкама консумпције које су такође испуњене би требало решити у корист другог наведеног принципа, у светлу начела праведности.

На изнети закључак упућује и владајуће гледиште у доктрини. Тако је на конкретном примеру учиниоца који је након прављења лажног, односно преиначења правога новца, исти потом и ставио у оптицај, искључена могућност супсидијаритета, иако су његови предуслови у општем смислу такође испуњени, будући да се исход примене овог принципа коси са општим начелима института привидног идеалног стицаја, односно доводи до неправедног решења. Наиме, оправдано се сматра да би давање примата облику из ч. 241, ст. 2 КЗ, као нужној последици примене принципа супсидијаритета, довело до неприхватљивог

---

Такође, као примери се наводе фалсификовање картице, са циљем да се њоме купе одређена добра, као и фалсификовање документа и његова употреба. Вид. J. D. J. Restrepo, 29.

результата да учинилац што бржим стављањем у промет претходно фалсификованог новца, може себи умањити казну.<sup>350</sup>

Управо у овом домену, долази до изражаја значај верификације, као последње фазе у поступку квалификације привидног идеалног стицаја, на коју смо већ указали. Њен задатак је управо да укаже на евентуалне недоследности у процесу избора релевантног принципа решавања конфликта између норми, а самим тим и да се створе претпоставке за евентуалне корекције. Ова фаза је нарочито значајна код конструкција попут накнадног некажњивог дела, где се највише одступа од уских релационих спона између колизионих правних концепата.

По истом принципу, сматра се да постоји накнадно некажњиво дело у случају истовременог остваривања облика из ст. 1 и 2 кривичног дела неоснованог добијања и коришћења кредита и других погодности из чл. 209 КЗ.<sup>351</sup> И на овом примеру се лакши облик, који се односи на коришћење добијеног кредита или других погодности супротно намени за коју му је одобрен, исправно сматра конзумираним тежом инкриминацијом из ст. 1, у случају њихове симултане реализације.

С друге стране, нешто мање недоумица проузрокује законски опис фалсификовања исправе, где се такође може поставити питање релационих односа између преиначења такве исправе и њене накнадне употребе, имајући у виду исту висину казне, односно околност да је реч о алтернативно прописаним радњама извршења. У овом случају, одређење за супсидијаритет или консумпцију неће имати велики практични значај, мада би у поступку одмеравања казне требало узети као отежавајућу, околност симултане реализације алтернативно прописаних радњи. Иако постоје и другачија гледишта у домаћој доктрини<sup>352</sup>, мишљења смо да би се у овом случају приликом квалификације требало одредити за варијанту консумпције по основу третирања преиначења исправе као претходног некажњивог дела.

Такође, остваривање посебног облика из ст. 4, чл. 185 КЗ, односно кривичног дела приказивања, прибављања и поседовања порнографског материјала и искоришћавања малолетног лица за порнографију, који се односи на прибављање, поседовање, продају, приказивање, јавно излагање или електронски или на други начин чињење доступним предмета порнографске садржине, од стране извршиоца облика из ст. 2 и 3 истог члана, сматра се конзумираним тим облицима.<sup>353</sup> И на овом примеру долази до изражаја функционална спона између главне и привидне инкриминације, будући да се облик из ст. 4 може сматрати искоришћавањем ефеката претходно предузетих радњи, због чега не поседује сопствену аутономију, уколико се посматра обједињено са одредбама ст. 2 и 3.

У складу са претходно утврђеним домашајем конструкције накнадног некажњивог дела, може се закључити да најадекватнија класификација његових феноменолошких облика испољавања, укључује следеће категорије: 1) искоришћавање ефеката предузетог кривичног дела (случајеви деликата против имовине); 2) исцрпљење намере предвиђене преферентним деликтом (на пример употреба фалсификованог документа од стране учиниоца који га је фалсификовао); 3) акти самоприкривања.<sup>354</sup> Ова три феноменолошка облика одговарају и Хониговој класификацији, који говорећи о накнадним некажњивим делима, поред истицања да је реч о повреди истог правног добра, где не долази до увећања штете проузроковане главним делом, нити наношења штете другој особи, указује да је у конкретном случају реч о

<sup>350</sup> Вид. З. Стојановић, О. Милорадовић, М. Радисављевић, 111 – 112.

<sup>351</sup> *Ibid.*, 133.

<sup>352</sup> Н. Мрвић Петровић, 234. Сматра се да је реч о накнадном некажњивом делу.

<sup>353</sup> Вид. З. Стојановић, Н. Делић, 93.

<sup>354</sup> S. Politoff, J. P. Matus, M. C. Ramírez, 464. Под таквим актима би се подразумевала, на пример, нелегална употреба добара која произлазе из недозвољене трговине опојним средствима, од стране оног ко реализује поменуте радње недозвољене трговине.

накнадним актима потврђивања (осигурања), попут сакривања неовлашћено присвојене ствари, или пак аката искоришћавања деликта (конзумирање украдене ствари).<sup>355</sup> Док се као парадигматски пример исцрпљења намере предвиђене преферентним деликтом, у литератури углавном наводи случај употребе претходно фалсификованог документа, варијанта аката самоприкривања, доводи се у везу са нелегалном употребом моторног возила, након извршења кривичног дела против имовине.<sup>356</sup>

Такође, као пример накнадног деловања на објекту, управљеног ка искоришћавању, односно осигуравању погодности остварених претходном радњом, може се навести случај консумпције између крађе, проневере или другог кривичног дела којим се прибавља новац и накнадних радњи, чијим предузимањем се остварују обележја посебног облика кривичног дела прања новца из чл. 245, ст. 3 КЗ.

Сматрамо да наведена три случаја најбоље одражавају суштину консумпције у варијанти накнадног некажњивог дела, те да његово везивање само за конкретне облике кривичних дела против имовине (крађе), неоправдано ограничава примену наведеног правила преферентности. Наиме, ограничавање консумпције (у варијанти накнадног некажњивог дела) само на случајеве изричито одређених имовинских деликата, по нашем мишљењу има своје корене у оним концепцијама које полазе од стриктног схватања јединства радње, где се накнадно понашање појављује као апсолутно несамостално, односно атипично, јер се сматра делом јединствене радње. Међутим, то би уједно подразумевало и губитак релевантности накнадног некажњивог дела као особене манифестације привидног стицаја закона, а самим тим и оставило нерешена бројна друга питања ситуационог карактера у односу између појединих инкриминација, што укључује, између осталог, и бројне варијабилне факторе од утицаја на успостављање његовог вредносног домаћаја.

Пре свега, теоријске дилеме настају у тренутку дефинисања граница овако одређених претпоставки постојања накнадног некажњивог дела. Наиме, ако пођемо од хипотезе да је привидно дело конзумирано главним у случају када представља одраз његове коначне материјализације или осигурања, одступања од квалификације накнадног некажњивог дела, везују се углавном за промене пасивног субјекта ка којем су управљена накнадна деловања, односно одговарајуће ситуационе околности везане за присутне субјективне елементе код тог пасивног субјекта.<sup>357</sup> То се односи првенствено на већ поменуте примере крађе накнадно управљене ка другом пасивном субјекту, који се сматра оштећеним кривичним делом преваре, где ће проширење квалификације крађе бити условљено постојањем заблуде код истог о власништву над поменутом ствари, односно о начину њеног искоришћавања. Стога, у случају продаје украдене ствари трећој особи, сматра се да би требало узети да постоји аутономно кривично дело преваре само уколико је та особа деловала „добронамерно“, сматрајући да је учинилац заиста и њен власник.<sup>358</sup>

Тако, узима се да не постоји накнадно некажњиво дело у оним случајевима када дође до уништења украдене ствари или њене накнадне продаје, којом се превари трећа особа у односу на власништво над истом.<sup>359</sup>

---

<sup>355</sup> J. P. Matus Aсuћа (2000a), 328.

<sup>356</sup> F. Liszt, 489.

<sup>357</sup> S. Soler, 216. Указује се да постоје извесне недоумице о постојању наведеног облика онда када радња која уследи након крађе, буде управљена против другог пасивног субјекта (на пример, онда када учинилац крађе прода украдену ствар другој особи, лажно се представљајући као њен власник).

Такође, ограничења накнадног некажњивог дела се доводе у везу са случајевима када се накнадним актом повређује ново правно добро (на пример, продаја украдене ствари другој особи). Вид. G. Bighi, G. Javier, 57.

<sup>358</sup> S. Soler, 216. У случају продаје украдене ствари трећој особи, сматра се да би требало узети да постоји превара једино онда када „добронамерни купац“ задржи ствар. С друге стране, уколико је такав купац, на пример, конзумирао купљену ствар, сматра се да самим тим и није оштећен.

<sup>359</sup> E. Vacigalupo (1996), 243.



Поред тога, ограничења његове правне природе не тичу се само његовог евентуалног кривичноправног третмана као комплексног јединства радње са апсорбујућим ефектом, већ у теорији постоје и потпуно другачија гледишта његовог идејног конципирања, утемељена на хипотези о плуралитету аката без ефеката реалног стицаја, односно о накнадном делу као личном основу искључења кажњивости.<sup>360</sup>

Предуслови констатације накнадног некажњивог дела се доводе у везу са околношћу да накнадни акт не увећава ни квалитативно ни квантитативно опсег првобитног акта<sup>361</sup>, што сматрамо кључним за примену консумпције као правила преференције у наведеном случају, у складу са дефинисаним општим и посебним условима. Међутим, тешкоће настају у тренутку дефинисања параметара према којима се сматра да је квалитативно, односно квантитативно превазиђен опсег претходног (главног) дела. Можемо се сложити да ће то бити случај уколико се накнадним актом повређује правно добро другог пасивног субјекта, као и онда када долази до увећања постојеће, односно наступања нове штете услед предузимања накнадног акта.

Управо се у том правцу крећу и доктринарне концепције о ограничењу некажњивости накнадних аката, које се, делујући у складу са општим поставкама консумпције, свде на следеће случајеве: 1) када главно дело повређује индивидуална правна добра, а накнадно колективна правна добра; 2) када накнадно дело напада правно добро које је исто као и код првог деликта, али има различитог титулара; 3) када је накнадно дело управљено против оштећеног првим актом, али је његов резултат тежи или пак повређује шире правно добро у односу на први.<sup>362</sup> Слично томе, у немачкој доктрини се за класичне акте осигурања и употребе, који се искључују главним деликтом, поставља услов да не проузрокују нову штету, нити квантитативно увећавају постојећу, односно да нису управљена против новог правног добра или интереса.<sup>363</sup>

Једна од најисцрпнијих категоризација поменутих претпоставки некажњивости накнадног дела, укључује следећа ограничења: 1) јединство активног субјекта; 2) јединство правног добра (неће постојати ако први акт повређује индивидуално, а други колективно правно добро); 3) исти титулари правног добра; 4) проширење, односно квантитативно увећање проузроковане штете; 5) мора се радити о накнадном делу у правом смислу речи; 6) постојање иницијалне управљености намере учиниоца.<sup>364</sup>

Све претходно наведене критеријуме треба посматрати као смернице у успостављању линије разграничења од аутентичног (реалног) стицаја, при чему је у таквом диференцирању од посебног значаја услов идентитета штићеног правног добра, односно прекорачења нанете штете.

Предуслов (не)истоветности правног добра, долази до изражаја на примеру извршиоца кривичног дела крађе, који након што је отуђио робу у радњи, превари касирку сакривајући ту робу (истоветност правног добра), што се супротставља случајевима када учинилац ту исту ствар прода трећој особи, чиме се таквом преваром повређује потпуно

<sup>360</sup> F. Pavón Vasconcelos, 205.

<sup>361</sup> *Ibid.*, 206. То је у складу и са условом да накнадни акт не проширује значајно већ учињену штету, односно не крши нови правни интерес. Вид. J. Wessels, W. Beulke, 307.

<sup>362</sup> F. Pavón Vasconcelos, 206.

<sup>363</sup> E. Bacigalupo (1996), 243. У питању је гледиште немачког аутора Штратенверта (*Stratenwerth*).

Такође, Роксин наводи три предуслова које мора да испуни накнадно некажњиво дело: 1) не сме да повређује ново правно добро; 2) не сме да проузрокује нову штету; 3) мора се радити о истом објекту (не сме се нанети штета другом лицу). Вид. C. Roxin (2014), 1014.

Слично томе, у немачкој доктрини се наглашава услов да није дошло до повреде новог правног интереса, односно да нанета штета у квантитативном смислу не прелази ону која је нанета претходном радњом. Вид. H. H. Jescheck, T. Weigend, 736.

<sup>364</sup> J. D. J. Restrepo, 29.

другачије правно добро у односу на правно добро власника од којег је отуђена ствар, где поменути услов није испуњен.<sup>365</sup>

С друге стране, као типичан пример квантитативног прекорачења штете проузроковане главним делом, у првом плану се истиче већ поменути случај уништења или оштећења претходно украдене ствари. Наиме, сматра се да се оштећењем, односно уништењем те ствари, правно добро повређује на начин потпуно другачији од њеног присвајања, будући да се задире у право власника украдене ствари да је поврати нетакнуту.<sup>366</sup>

На крају, важно је поменути и једно од теоријски најспорнијих питања када је реч о последицама накнадног некажњивог дела, у смислу његовог утицаја на кривичну одговорност. Према владајућем гледишту у јуриспруденцији, сматра се да накнадно дело није у потпуности ирелевантно са аспекта кривичног права, због чега се може узети у обзир приликом примене казне<sup>367</sup>, односно да постоји могућност његовог уважавања у случају да је из процесних разлога искључена кажњивост претходног дела.<sup>368</sup> Ипак, наилазимо и на нешто другачија схватања у погледу уважавања ефеката привидног дела у домаћој доктрини, везана првенствено за рестриктивна поимања његовог домашаја под окриљем привидног идеалног стицаја, која искључују деловање привидног дела као отежавајуће околности. Реч је о већ поменутој концепцији о ограничавању накнадног некажњивог дела на случајеве имовинских деликата, тачније, одузимање туђе покретне ствари како би се успоставила својина над истом, што је предуслов констатације привидног идеалног стицаја у случају њеног накнадног оштећења.<sup>369</sup>

Међутим, такво рестриктивно схватање које иде у правцу разграничења манифестација накнадног некажњивог дела која се квалификују као привидни идеални и оних која се одређују као привидни реални стицај, представља неоправдано раздвајање облика истоветне правне фигуре, чије предуслове детерминације треба схватити управо сходно претпоставкама постојања релевантних функционалних релација у условима јединства радње у ширем смислу. Самим тим ће и оцена крајњих ефеката зависити од начина испољавања поменутих функционалних спона у конкретном случају, на начин на који смо их већ дефинисали.

---

<sup>365</sup> С. Roxin (2014), 1014 – 1015. Роксин напомиње да то важи и у случају када неко путем преваре дође у посед ствари која је резервисаног власништва, а потом је прода као наводни власник трећој особи, будући да превара садржана у продаји, представља нови концепт у односу на претходно учињену превару.

<sup>366</sup> *Ibid.*, 1015.

<sup>367</sup> Н. Welzel (1956), 230. Тако, упућује се на својеврсне облике кажњивог учешћа у делу, у случају када не постоји покривеност главним делом (на пример особа А не зна да је ствар коју купује од особе Б украдена, али зна да не припада особи Б). При томе, особа А чини саучесништво у превари, уколико и сама купи такву ствар. Такође, особа Б чини ефективну превару, која је у односу на њу већ садржана у крађи, али особа А може бити саучесник у превари, која је за њу кажњива.

<sup>368</sup> С. Roxin (2014), 1021; Ј. Р. Matus Асуџа (2000b), 44.

<sup>369</sup> Ђ. Лазин, 105.

## IX ПОГЛАВЉЕ

### АЛТЕРНАТИВИТЕТ

Проблем алтернативитета као могућег критеријума индивидуализације представља још једно од спорних питања у квалификацији привидног стицаја закона, имајући у виду карактер претпостављених релација између законских норми, односно (не)усклађеност његових правила са фундаменталним поставкама института и захтевима успостављања дистинкције од аутентичног стицаја. Ипак, у литератури се указује да је реч о принципу који је најмање изучаван, а уз то још и неправедно остављен по страни, будући да се сматра да је неоперативан у тренутку када треба да послужи за решавање интерпретативних проблема.<sup>1</sup>

У сваком случају, можемо се сложити да, иако алтернативитет сам по себи не поседује самосталност која му обезбеђује својство суштинског правила преференције, карактеристичног за остале принципе решења, његов значај у квалификацији привидног стицаја закона треба посматрати са аспекта специфичног испољавања релационих односа између конфликтних диспозиција. Такве релације, које у складу са општим поставкама института привидног стицаја закона, искључују примену одредби о стицају кривичних дела, захтевају с друге стране, у највећем броју случајева, додатне критеријуме у избору главне инкриминације, у виду посебних норми другог нивоа. Управо су се у том правцу кретала чак и нека законодавна настојања оличена у формулацији правила најтеже казне, предвиђеног управо за феноменолошке манифестације привидног стицаја закона који се сматрају случајевима алтернативитета.

Међутим, треба имати у виду и да је развој овог принципа био праћен суштинском променом основа његове функције у теорији привидног стицаја закона. Другим речима, у утврђивању значења које му се приписује у савременој доктрини, мора се имати у виду његова првобитна улога, оличена првенствено у исправљању одређених законодавних грешака. То је само по себи захтевало особено правило изван суштинског садржаја релације алтернативитета као такве, што је и отворило пут формулисању принципа најтеже казне.

У феноменолошком смислу, однос између две диспозиције који се квалификује као проблем алтернативно прописаних инкриминација, односи се на ситуације када се одређено понашање легитимно може квалификовати у складу са више правних концепата, чија је симултана примена искључена, првенствено по основу деловања принципа *ne bis in idem*.

У теорији се указује да је реч о релацији која проузрокује највише сумње и дискрепанција у примени, утемељених превасходно на питању да ли је у наведеним случајевима уопште реч о привидном стицају закона.<sup>2</sup> Ово питање се са правом поставља, нарочито имајући у виду да за разлику од осталих принципа, алтернативитет решење конфликта између законских диспозиција не црпи из самог садржаја такве релације, већ захтева екстерно дефинисана правила, односно екстензивна тумачења (интерпретацију) конкретног чињеничног склопа испољеног понашања. Стога, централна тачка примене принципа алтернативитета, оличена је у његовом везивању за одговарајућа правила решавања конфликта, која су нужно криминално–политичког карактера (принцип најтеже казне), или пак сведена на дискрециона овлашћења у избору преферентне законске норме. У одређеним ситуацијама, то може захтевати чак и примену регулаторних норми другог нивоа, које би у овом случају, за разлику од осталих принципа решења, имале конкретан

<sup>1</sup> R. Carnevali Rodríguez, C. Salazar Zenteno, 9.

<sup>2</sup> G. Bigli, G. Javier, 39.

оперативни значај. Једино под таквим условима има смисла говорити о алтернативитету као особеном принципу привидног стицаја закона. У супротном, имајући у виду изостанак особеног материјалног садржаја, ради се о описној констатацији конкретно испољених релационих односа.

## 1. Фундаменталне поставке

### 1.1. Опште карактеристике настанка и развоја

Надовезујући се на теорију (привидног) стицаја закона, концепт алтернативитета је настао и развијао се немачкој доктринарној мисли и његове поставке се везују за теоретичаре попут Биндинга, Хонига и Листа<sup>3</sup>, чије су се концепције издвојиле као модели на основу којих су се развијале накнадне модификације.

Увођење алтернативитета у систем теорије привидног стицаја закона, везује се за немачког аутора Биндинга<sup>4</sup>, који га је осамдесетих година XIX века, први пут издвојио као један од принципа коришћених у овој области. Међутим, та првобитна концепција била је базирана више на отклањању конкретних дискрепанција у тадашњем немачком законодавству, пре свега у погледу таксативно наведених кривичних дела и прописивања могућности блаже казне за одређено понашање, које само по себи треба да има карактер поштравајуће околности.<sup>5</sup> На тај начин, алтернативитет је првобитно конципиран као средство за исправљање грешака законодавца, које се доводе у везу са ситуацијама када је потпуно исто чињенично стање предвиђено различитим казним типовима, при чему се они конфигуришу као две пресецајуће законске норме.<sup>6</sup>

Овакво поимање принципа алтернативитета, међутим, одудара од концепција у савременој доктрини, будући да је временом дошло до потпуно другачијег схватања његовог смисла и суштине, што је отворило бројне теоријске дилеме у домену његове релевантности као особеног правила преференције у решавању конфликта између законских норми.

Ипак, првобитна концепција алтернативитета, којим се оправдава тзв. „грешка законодавца“, иако је у савременој доктрини модификована и реформулисана у потпуно другачијем правцу, одражава основну идејну утемељеност овог принципа решења, засновану на чињеници да се невредност јединственог понашања може феноменолошки испољити на различитим плановима, односно у виду варијетета испољавања напада на правна добра. По тој логици, могуће је да законодавац у настојању обезбеђења покривености свих облика таквих напада, двоструко вреднује исто чињенично стање.

Стога, основно питање које се поставља приликом констатације такве дупле инкриминисаности, јесте на који начин извршити квалификацију, а да се остане у оквирима начела законитости, те којој од законских норми треба дати предност, као и да ли је заиста ирелевантно да ли ће се применити једна или друга. Оно што је евидентно и несумњиво, то је да се због забране двоструке санкције, у светлу принципа *ne bis in idem*, оне не могу симултано применити.

<sup>3</sup> Вид. F. Pavón Vasconcelos, 216 – 217.

<sup>4</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 307. У овој варијанти, изложеној од стране Биндинга, алтернативитет се појављује као одраз „грешке“ законодавца, услед које је једна иста противправна радња узета од стране законодавца са различитих тачака гледишта.

<sup>5</sup> Типичан пример јесте тадашње кривично дело убиства принца Федерације, као специјално у односу на убиство, а које је прописивало блажу санкцију од другог, мада су се у истом односу налазила и нека друга кривична дела. Вид. *Ibid.*, 308.

<sup>6</sup> J. P. Matus Acuña (2000b), 32.

У доктринарним одређењима алтернативитета, говори се и о релацијама неидентитета, односно хетерогености, при чему се поред концепције засноване на евентуалним „грешкама“ законодавца, истиче и својство односа између два деликта чији концепти обухватају супротне елементе.<sup>7</sup> И у овом случају се наглашава немогућност паралелног опстанка две инкриминације, односно њихов ексклузивитет (међусобно искључење). Заправо, уместо о алтернативитету, сасвим је легитимно говорити и о ексклузивитету у односу између два концепта, иако се употребом првог термина ставља нагласак управо на начин избора преферентне норме у поступку квалификације.

Без обзира на различите концепције о његовој правној природи, највише теоријских дилема изазива управо проблематика успостављања критеријума за избор примарног кривичног дела, онда када се констатује постојање релације алтернативитета. Јасно је да због истакнутих специфичности, оличених првенствено у недостатку њему својственог материјалног садржаја, фактори детерминације алтернативитета сами по себи нису у функцији решавања постојећег конфликта између инкриминација.

## 1.2. Правна природа алтернативитета

Имајући у виду наведене специфичности алтернативитета, утврђивање његове правне природе у контексту особеног принципа решења привидног стицаја закона, представља сложен теоријски задатак. Наиме, кључно питање које се поставља јесте да ли се алтернативитет може сматрати принципом решења конфликта између законских норми, односно да ли поседује својство аутономног правног концепта у оквиру теорије привидног стицаја.

Потврђивању особености алтернативитета у односу на остале модалитете привидног стицаја, говори у прилог и констатација да у овом случају није реч о обухватању различитих аспеката неког понашања применом две инкриминације, већ о томе да свака од њих исцрпно покрива све кривичноправно релевантне околности.<sup>8</sup>

Иако је првобитно прихватање овог принципа у склопу теорије привидног стицаја закона, било везано за утемељење интерпретативног карактера института<sup>9</sup>, ако се узме у обзир нужност деловања привидног дела у утврђивању пунитивних ефеката предузетог понашања, као и савремене тенденције у прихватању управо таквог решења, јасно је да се не могу избећи стицајни ефекти у утврђивању правних последица алтернативитета. То доводи до контрадикторности у самом почетном одређењу овог правног концепта на темељу неодрживости симултане примене инкриминација у односу алтернативности, што се истиче као главни аргумент против његове аутономије.<sup>10</sup> У том смислу, релевантно је одређење алтернативитета као случаја када се две или више диспозиција појављују као подједнако примењиве на исто дело, али су такве природе да примена једне искључује примену друге<sup>11</sup>,

---

<sup>7</sup> Ради се о концепцији коју заступа немачки аутор Лист. Вид. J. P. Matus Асуња (2000а), 330. Као пример, наводи се однос између кривичних дела крађе и утаје, и то у погледу елемената „одузимања“ код крађе и „предаје“ код утаје.

<sup>8</sup> E. Gimbernat Ordeig (1990), 437 – 438. То је уско повезано и са диференцирањем две концепције алтернативитета, од којих се једна односи на истицање алтернативности самих казних типова, док друга указује на то да је реч о једној истој радњи, обухваћеној са различитих тачака гледишта. Вид. H. G. Maldonado, 182.

<sup>9</sup> Тако Кинапфел (*Kienapfel*), вид. J. P. Matus Асуња (2000а), 349. У литератури се истиче да су чак и они аутори који су прихватили стицајни карактер института, заузимали став да је детерминација ове врсте релација, пре свега интерпретативно питање, што искључује свако стицајно решење. Као пример се наводи случај продаје или употребе украдене ствари, где према изнетој концепцији, не би могло да постоји накнадно некажњиво дело, будући да је оно већ садржано у кривичном делу крађе.

<sup>10</sup> S. Mir Puig (2016), 658.

<sup>11</sup> L. J. Asua, 145.

што указује на контрадикторности у самој теоријској конструкцији наведеног правног концепта.

Специфичност алтернативитета, односно закључци о његовој правној природи, изводе се из доктринарних правила за решавање конфликта између законских норми. Тако, за разлику од осталих принципа решења, који сами по себи нуде одређена правила преферентности, алтернативитету недостаје особени материјални садржај. Стога, у решавању конфликта између законских инкриминација, захтева се примена екстерних, пре свега криминално–политичких критеријума, што важи како за утврђивање преферентности у складу са принципом најтеже казне, тако и за индиферентност у избору инкриминације која ће бити носилац квалификације. Најзначајнија последица оваквог резоновања, оличена је у губљењу на квалитету и правној снази наведеног принципа решења, будући да је исти лишен репрезентативних суштинских карактеристика.

Оно што је битно нагласити, то је да се алтернативитет мора посматрати са аспекта стицајног карактера, односно да нужно подразумева уважавање одређених плуралних правних ефеката и последица дела које је у квалификацији означено као привидно. Ово је у складу са нашом хипотезом о алтернативитету као једином принципу решења, који да би имао такав карактер, мора укључивати корекције у домену индивидуализације казне. У супротном би, без обзира на критеријуме у утврђивању примарног алтернативно прописаног концепта, дошло до кршења основних принципа кривичног права, пре свега начела законитости, али и праведности у утврђивању казне.

С друге стране, прихватање концепције о стриктно интерпретативном карактеру института привидног стицаја закона, у складу са схватањем да је једна искључива норма довољна да обухвати невредност дела у целини (принцип стриктне ексклузивности преферентног дела), довела би до одбацивања алтернативитета као особеног принципа решења.

Са логичко–формалног аспекта, алтернативитет се доводи у везу са релацијама хетерогености између законских норми, иако се истовремено указује и да је реч о релацији идентитета, чије је постојање условљено идентичним опсегом примене два правна концепта, без обзира на одударање у законским описима бића кривичних дела.<sup>12</sup>

Релација идентитета у конкретном случају подразумева да је реч о односу између два концепта чији је опсег примене идентичан, иако између њих не постоји поклапање у лингвистичком смислу, док се са практичног аспекта, то испољава у виду правила да се сви случајеви који се могу подвести под један од њих, такође сврставају и у други и обрнуто.<sup>13</sup> Друго је питање чему се дугује такво специфично вредносно поклапање.

Једна од теоријских хипотеза, овакав идентитет, који се одређује и као хомогеност, доводе у везу са продуктом својеврсне „грешке“ законодавца.<sup>14</sup> Оправдање алтернативитета као концепта који омогућава избор само једне од таквих норми, између којих не постоје суштинске диференцијалне разлике, нити материјални основ њихове дистинкције, се у том случају темељи управо на таквој претпоставци. Међутим, са правом се може поставити питање правне судбине једног кривичноправног правила чије би се фундаменталне поставке темељиле на претпоставци својеврсне грешке, што би отворило и дилеме у погледу релевантних критеријума за констатацију постојања исте, а самим тим га претворило у утилитаристички принцип, склон и извесним злоупотребама.

Свакако, најзначајнија, а уједно и најспорнија карактеристика алтернативитета, огледа се у околности да у вредносном смислу постоји апсолутно идентичан опсег примене

---

<sup>12</sup> J. P. Matus Acuña (2001), 365.

<sup>13</sup> J. P. Matus Acuña (2005), 480.

<sup>14</sup> M. A. Torrez López, 152.

две законске норме. То значи да ниједна од конфликтних инкриминација сама по себи не поседује примат у односу на другу, већ подједнако, у истоветној мери, одражавају невређност искуственост понашања.

Ово нас нужно наводи на закључак да алтернативитет не подразумева искључење самих законских описа бића кривичног дела, који подједнако одговарају чињеничном стању, већ њихових санкција. Управо то је разлог зашто се балансирање ефеката различитих правних концепата, успоставља управо на нивоу казних последица, остављајући могућност утицаја привидног дела на висину казне, уз истовремено задовољавање захтева принципа *ne bis in idem*, који на нивоу квалификације не дозвољава њихов паралелни опстанак.

Према томе, по нашем мишљењу, индиферентност у избору инкриминације о којој се говори код алтернативитета, заправо представља индиферентност у погледу примене казне, али само под условом да се утицај привидног дела адекватно вреднује у домену одмеравања казне.

У шпанској доктрини, одређење принципа алтернативитета, у складу са Биндинговим концептом, заснива се на констатацији да је реч о случајевима када се једно исто дело (акт), посматра од стране законодавца са различитих тачака гледишта, при чему два концепта имају заједничку зону, али нису садржани један у другом, односно нису у питању концентрични кругови, већ „кругови који се секу“.<sup>15</sup>

Међутим, не постоји једногласност у доктрини у погледу значења које се придаје метафори „два круга која се секу“. Тако, указује се да је одређење алтернативитета засновано на наведеној концепцији, заправо погрешно. У прилог томе, истиче се да се на основу конкретних Биндингових примера алтернативитета<sup>16</sup>, тешко може тврдити да је реч о релацији оличеној у хипотези да су објекти у оквиру заједничког подручја случајеви који се могу подвести под две законске норме. Сходно томе, наглашава се постојање и независних подручја, односно случајева који се могу подвести под једну или под другу инкриминацију чија примена долази у обзир, али не и под обе истовремено. На тај начин, издваја се хипотеза да заједничко подручје два круга не одговара случајевима који се могу подвести под једну или другу категорију, већ заједничким типичним елементима за једну и другу законску норму.<sup>17</sup>

Питање позиционирања алтернативитета у оквирима теорије привидног стицаја закона, не може се разматрати без претходног јасног дефинисања логичко–концептуалних поставки овог института, односно логичких релација које се сматрају релевантним за његово постојање. То је и разлог зашто смо се најпре осврнули на првобитну Биндингову концепцију. Наравно, предуслов за констатацију на том плану је и дефинисање његове правне природе. Јасно је да јединство законских норми, које је покривено правилима стицаја закона, мора почивати на одређеним утемељујућим претпоставкама. Управо на томе су се заснивали различити приступи његовом дефинисању у теорији. Међутим, треба имати у виду и чињеницу повезаности таквих одређења са конкретним проблемима са којима су се сусретала поједина законодавства, у одређеном периоду, што је и условљавало одређивање правне природе алтернативитета, тачније његове функције.

<sup>15</sup> J. P. Matus Асиња (2007), 40. Ово одређење се приписује шпанском теоретичару Антону, а ради се о периоду развоја теорије стицаја закона између 1944. и 1978. године, према прихваћеној временској категоризацији од стране аутора.

<sup>16</sup> Ради се кривичном делу убиства принца Федерације, у односу на обично убиство, које је било предвиђено у немачком законодавству. Вид. J. P. Matus Асиња (2000а), 307.

<sup>17</sup> *Ibid.*, 307. Међутим, исто тако се истиче да Биндинг заправо не анализира заједничке особине (типичне елементе) норми у конфликту, већ конкретне случајеве који се у исто време могу подвести под две или више законских норми. Према овом модалитету приступа, алтернативитет постоји у два случаја: 1) када се у потпуности исти чињенични догађај кажњава различитим законским нормама (ретко); 2) када се два догађаја понашају као „два круга која се секу“ (чешћи случај).

И у домаћој доктрини, указује се да је алтернативитет споран случај привидног идеалног стицаја, при чему се наглашавају извесне недоумице теоретичара, у погледу тога да ли је уопште реч о самосталном принципу привидног идеалног стицаја.<sup>18</sup> Стога, као кључно се појављује питање да ли исти има самосталност (аутономију) у односу на остале принципе решења.

У компаративном законодавству, такође се истиче његов резидуални карактер, што проистиче и из одредбе чл. 8 шпанског Кривичног законика, која изричито упућује на примену алтернативитета само уколико нису испуњени услови других принципа решења. Стога, иако сматрамо да му не би требало негирати аутономију у смислу једног од репрезентативних принципа привидног стицаја закона, управо због изостанка особеног материјалног садржаја, у хијерархијском смислу је у поступку квалификације, адекватно дати предност специјалитету, супсидијаритету и консумпцији, имајући у виду да је реч о релацијама које произлазе из саме правне природе конкретних законских норми. Управо од таквог резонувања полазе и доктрина и судска пракса, што у поступку квалификације поставља задатак да се пре примене алтернативитета, чак и у парадигматским примерима, претходно искључи могућност примене неког другог принципа решења. Један од најбољих практичних примера таквог резонувања јесте и давање предности специјалитету наспрам алтернативности, у случају када су испуњени услови примене две квалификаторне околности од којих је само једна довољна за констатацију тешког убиства из чл. 114 КЗ, и то лишење живота из користољубља и лишење живота при извршењу разбојништва или разбојничке крађе. Ово такође долази до изражаја код феноменолошких манифестација алтернативитета између аутономних инкриминација, попут непријављивања кривичног дела и учиниоца и помоћи учиниоцу после извршеног кривичног дела, где се поставља могућност примене принципа консумпције, мада би се на наведеном примеру, са убедљивим аргументима, могло бранити и решење алтернативитета, што указује на релативност поступка квалификације.

Ако се упореди логичка утемељеност алтернативитета и других принципа решења, такође се долази до закључака о њиховом разилажењу на том плану. Пре свега, релација идентитета која се приписује алтернативно предвиђеним инкриминацијама, супротставља се како логичким односима субординације и интерференције, тако и онима емпиријског карактера, релевантним за консумпцију.<sup>19</sup>

Треба имати у виду да се поменути идентитет не односи на поклапање самих елемената законског описа бића кривичних дела, већ на *истовестност у регулисању чињеничне ситуације* на коју се његова правила примењују. У том смислу, и Хониг указује да је основна карактеристика алтернативитета оличена у некомпатибилности типичних елемената, што је и основни диференцијални аспект у односу на остале принципе решења.<sup>20</sup> Све то нас наводи да закључак да се у случају алтернативитета не ради о релацијама особеног квалитета, довољним за самосталну интерпретацију, што имплицира нужност увођења додатних правила решавања конфликта између законских норми.

---

<sup>18</sup> Тако Ј. Таховић (1961), 264. Таховић напомиње да је према неким теоријским гледиштима, алтернативитет одређен као случај специјалитета.

<sup>19</sup> Ј. Р. Матус Асуња (2005), 481. То је схватање које се везује како за немачку доктрину (Клуг), тако и за шпанску, где се принцип алтернативитета такође поистовећује са релацијом идентитета. У том контексту, према схватању Гимберната, идентитет може произаћи не само из садржаја законских норми (диспозиција), већ и из његове комбинације са модификујућим околностима одговорности.

<sup>20</sup> Ј. Р. Матус Асуња (2000а), 350. Наиме, истиче се да се код специјалитета, супсидијаритета и консумпције, увек реализују две инкриминације, које се налазе у једној од наведених релација, док код алтернативитета то није случај.



### 1.3. Начелна утемељеност

На основу претходно изнетих карактеристика правне природе алтернативитета, јасно је да његова концепција у великој мери одудара у односу на остале принципе решења, нарочито када је реч о основама утврђивања правила преференности. Ипак, и у овом случају, примена само једне инкриминације у случају двоструког вредновања истог чињеничног стања од стране законодавца нужна је последица деловања принципа *ne bis in idem*, односно појављује се као неизбежно отелотворење његове материјалне забране.

Међутим, проблем се јавља у домену поступка квалификације, будући да алтернативитет сам по себи не представља никакво правило преференције. Наиме, док други принципи на основу констатације својеврсних релација између законских норми у себи садрже и одговарајућа правила за решавање конфликта, у виду материјалне димензије, попут *lex consumens derogat legi consumptae* и два основна градивна елемента, (примарна и секундарна норма као исходи таквих правила), код алтернативита изостаје суштинска спона две норме која омогућава одабир носиоца квалификације у конкретном случају.

Један од начина за решавање описаних проблема, јесте и прибегавање правилу разјашњавајуће функције идеалног стицаја, мада је у том случају реч о проблематици пондерисања различитих ефеката привидног и аутентичног стицаја у поступку квалификације.

Општи принципи на којима се темељи алтернативитет, могу се поделити на законом утемељене и теоријске. Иако сматрамо да је реч о области где би норме другог нивоа у конкретном законодавству имале велики значај у решавању конфликта између алтернативно предвиђених правних концепата, то ипак није праћено одговарајућом законском регулативом у савременом законодавству. Осим шпанског законодавства, где је, историјски посматрано, препознат значај одредби управљених у том правцу, што је и резултирало већ поменутиим принципом најтеже казне, иза чије основаности се крију управо покушаји исправљања грешака које се везују алтернативне инкриминације, ретки су случајеви законског регулисања овог принципа. У одредбама чл. 8 шпанског Кривичног законика, прописивање алтернативитета паралелно са специјалитетом, супидијаритетом и консумпцијом, огледа се у наглашавању његових резидуалних ефеката, у односу на остале принципе, при чему је исти заснован на криминално–политичком критеријуму најтеже казне.

У поменутој одредби, истиче се захтев за постојањем идентитета између опсега примене конкурентних закона, како би дошла у обзир примена правила о инкриминацији са најтежом предвиђеном казном. Полазећи од тумачења исте, у шпанској доктрини се она доводи у везу са поимањем дупле санкције као резултата неусаглашености или немара законодавца, који се компензује управо поменутиим правилом. При томе се указује да тако конципирано решење није у супротности са имплицитним гаранцијама принципа легалитета, будући да се применом теже казне не крше ни принципи одређености (детерминисаности) и законитости, баш као ни принцип *non bis in idem*, већ се насупрот томе, омогућава његово поштовање.<sup>21</sup> Јасно је да овакво решење отклања теоријске дилеме у погледу начина кривичноправног третмана описаних случајева и у функцији је директне заштите забране двоструког вредновања.

Често се приликом разматрања алтернативитета истовремено говори и о деловању принципа најтеже казне, што је према одређеним концепцијама довело и до његовог поистовећивања управо са поменутиим принципом. Иначе, иако је ово питање, историјски посматрано, било релевантно за законско утемељење самог института привидног стицаја закона, правило најтеже казне се појављује управо у функцији испољавања алтернативитета.

---

<sup>21</sup> J. P. Matus Асуња (2005), 481.

У том смислу, карактеристична је већ поменута одредба чл. 68 шпанског Кривичног законика, уведена у наведено законодавство 1944. године, која се према неким гледиштима сматрала чак и независном формулацијом алтернативитета, у варијанти када две инкриминације поседују заједничку зону, али се разликују по висини казне.<sup>22</sup> Иако је у савременом законодавству ова регулаторна одредба модификована на начин да јој се придаје секундарни, резидуални, а не апсолутни карактер, ипак је од значаја за дефинисање правца у којем се креће решавање проблема алтернативних инкриминација.

Међутим, у већини случајева, не постоји стриктно опредељење законодавца за одговарајући приступ у решавању проблема алтернативитета у кривичном праву, што може отворити бројне теоријске дилеме о могућим правцима у његовом кривичноправном третману и уплитања супротстављених захтева кривичног права. Ово укључује, између осталог, и могућност деловања правила *in dubio mitius*, као опонента варијанти најтеже казне, али и ослањање на недовољне прецизне ситуационе критеријуме *претежности* испољавања појединих обележја обухваћених конфликтним инкриминацијама.

Стога, сматрамо да је баш као и у случају специјалитета, супсидијаритета и консумпције, постојање оваквих, донекле таутолошких законских одређења принципа решења, заправо више управљено ка генералном признавању института привидног стицаја закона као особеног института кривичног права и његових општих смерница, него ка формулисању стриктних правила решавања сукоба између законских норми. Сходно томе, кључна улога у решавању наведених конфликта, препуштена је доктринарним решењима, чији је значај у домену принципа алтернативитета додатно наглашен, чиме се уједно конституише и већи степен одговорности у формулисању таквих правила.

Поред описаних случајева регулисања алтернативитета у општем, ширем смислу, што је заправо више везано за само утемељење института привидног стицаја закона, у литератури се указује и на његове појединачне законске облике, тачније индивидуалистички приступ у решавању конфликта алтернативно прописаних норми. Као пример за то, наводи се једна одредба из шпанског законодавства, која се тумачи као случај изричитог алтернативитета (важећи чл. 382 Кривичног законика). Наиме, у складу са истом, предвиђено је да ће се код деликта опасности у домену безбедности саобраћаја, када се поред предвиђеног ризика, проузрокује и повреда, узети у обзир само тежа инкриминација.<sup>23</sup> Међутим, поред ових индивидуалних случајева, у савременој кривичноправној доктрини не наилазимо на стриктна опредељења законодавца за овакве приступе у његовом утврђивању.

Имајући у виду такво стање у законодавству, иако би се са правом могло поставити питање његове самосталности као особеног принципа решења, јер сам по себи не садржи никакво оперативно правило за решавање конфликта, нема сумње да је реч о једном од случајева привидног идеалног стицаја, чије оправдање произлази из потребе заштите принципа „*ne bis in idem*“, односно забране двоструког вредновања. Иако је његов првобитни основ, утемељен на потреби корекције грешака законодаваца, временом превазиђен, постоје извесна оправдања за његовим изучавањем у оквиру теорије привидног стицаја закона. Околност да се алтернативитет појавио како би исправио конкретне легислативне грешке,

---

<sup>22</sup> J. P. Matus Асуња (2007), 41. У шпанској доктрини је присутно и схватање по којем тај принцип (одредба члана 68), није ништа друго до независна формулација једне од форми алтернативитета и то оне када два дела имају заједничку зону, али се успостављене казне разликују по висини. Наиме, сматра се да је реч само о другом називу за принцип алтернативитета, будући да су како опис наведене одредбе, тако и њен кривичноправни третман, исти.

<sup>23</sup> J. P. Matus Асуња (2005), 473. Аутор даље истиче да се у конкретном случају дело квалификује као изричити алтернативитет, а не као супсидијаритет. Разлог за то је чињеница да се наведено правило не исцрпљује у преференцији једне норми, уз искључење друге, већ је реч о успостављању правила сличном оном из важеће одредбе чл. 8.4 шпанског Кривичног законика (генерално правило, испољено на појединачном плану), са отвореном сврхом избегавања примене стицајних правила.

Дакле, реч је о примени генералног правила, са индивидуалистичког аспекта.

управо указује да се у том правцу мора посматрати његова корективна функција, односно функција да као резидуални принцип реши одређене проблеме других принципа решења, онда када њихова примена због недостатка специфичности није могућа, а истовремено није оправдано применити правила идеалног стицаја.

На сличан начин као и разјашњавајућа функција идеалног стицаја у немачкој доктрини, задатак алтернативитета је да обезбеди проналажење извесне равнотеже између конфликтних правних фигура, што оправдава и њему својствен специфичан аспект утицаја правних последица, оличених у уважавању ефеката привидног дела. То у практичном смислу, као што ћемо видети, захтева и балансирање путем одговарајућих корективних правила на плану одмеравања казне, како би се постигло целовито обухватање неврдности дела.

#### 1.4. Домашај алтернативитета

Постоји неколико спорних питања у погледу утврђивања домашаја примене принципа алтернативитета у оквиру теорије привидног стицаја закона, на шта смо делимично указали и приликом разматрања његове правне природе. У сваком случају, пре одговора на кључно питање његове репрезентативности, односно аутономног или пак несамосталног карактера у односу на остале принципе решења, осврнућемо се и на једну од значајних теоријских дилема, која се тиче употребе правила алтернативитета у квалификацији накнадног некажњивог дела.

Иако се у складу са појединим гледиштима у доктрини, алтернативитет може применити како у случајевима јединства радње, тако и код накнадних некажњивих дела<sup>24</sup>, спорно је довођење у везу ове последње манифестације привидног стицаја закона са његовим поставкама. Пре свега, ради се о проблему који се тиче правне природе накнадних дела, у смислу њихове типичности, или пак атипичности, и то полазећи од конкретног примера односа између концепта „одузимања“, тачније двоструког присвајања, изведеног из домашаја термина „у намери присвајања“, а карактеристичан је превасходно за немачку доктрину. Атипичност (несамосталност) тако схваћеног накнадног дела, која би отворила пут алтернативитету – ексклузивитету, самим тим би искључила евентуално уважавање („поновно оживљавање“) накнадног дела, управо због гледишта о његовој ексклузивној примени. С друге стране, супротна теза, дозвољавала би такву могућност, у складу са поимањем типичности накнадног дела, који формира (валоративно) јединство са главним.<sup>25</sup> Сходно усвојеној концепцији о правној природи накнадног некажњивог дела, као продукту функционално–вредносних односа између норми, мишљења смо да нема места његовом разматрању у склопу алтернативитета, имајући у виду прихваћено гледиште о некажњивости накнадног дела, у складу са специфичним јединством понашања утемељеним на зависном карактеру у односу на претходно (главно) дело, које га консумира.

Када је реч о тенденцијама третирања алтернативитета као једног од принципа решења, прихваћеног у класичним системима, у немачкој теорији се паралелно са развојем института привидног стицаја закона, развијају гледишта у прилог његовом одбацивању. У том процесу долазило је истовремено и до измене у начину поимања његовог садржаја, у односу на првобитну Биндингову концепцију<sup>26</sup>, што имплицира да је одговор на ово питање,

<sup>24</sup> Као пример, наводи се однос између кривичних дела крађе и накнадног присвајања украдене ствари. Тако, одузимање, као елемент крађе се манифестује у реализацији намере присвајања, и као такав проистиче из истог концепта присвајања. Стога, накнадни акт искоришћавања не може бити поново третиран као присвајање. Вид. J. P. Matus Асиња (2000а), 330.

<sup>25</sup> *Ibid.*, 345 – 346.

<sup>26</sup> *Ibid.*, 319. Када је реч о броју прихваћених принципа решења, само мањи број аутора у периоду развоја теорије стицаја закона између 1885. и 1953. године, задржава сва четири традиционална принципа

између осталог, условљен и самом концепцијом алтернативитета која се у теорији заступа, односно начином утврђивања његових феноменолошких манифестација.

У сваком случају, имајући у виду већ поменути савремене тенденције у немачкој доктрини, а нарочито у домену разјашњавајуће функције идеалног стицаја, чини нам се да је улога алтернативитета у теорији привидног стицаја закона сведена на минимум. Међутим, као што смо већ напоменули, имајући у виду другачија законодавна решења у регулацији правних последица идеалног стицаја, баш као што би са резервом требало прихватити продукте разјашњавајуће функције идеалног стицаја, исто тако би требало имати у виду да у неким другим законодавствима, попут нашег, његово потпуно одбацивање не би било адекватно. Наравно, то не значи да нема простора додатном прецизирању предуслова решавања конфликта код алтернативитета, односно разматрању нових законодавних решења, која би *de lege ferenda* требало применити у поступку квалификације.

Остављајући за сада по страни проблематику решавања конфликта између законских норми код алтернативитета, на овом месту је важно указати да се домашњег овог принципа решења, сходно његовој правној природи, односно питању да ли у себи садржи особене карактеристике и законитости које оправдавају његов аутономни третман, креће од прихватања такве самосталности, па до оних концепција које у потпуности негирају аутономију алтернативитета у том смислу.

#### 1.4.1. Питање правне (не)аутономије

При одређењу алтернативитета у теорији, често се указује да је реч о спорном случају привидног идеалног стицаја, чија се аутономија доводи у питање нарочито у компарацији са другим принципима решења<sup>27</sup>, због чега се говори и о његовој супсидијарности у том контексту.<sup>28</sup>

Једна од крајности у поимању доктринарног принципа алтернативитета, манифестовала се у виду његовог одбацивања као посебног концепта теорије привидног стицаја закона, што је и условило пребацивање ових феноменолошких случајева или на терен других принципа решења, најчешће специјалитета<sup>29</sup>, или пак у категорију идеалног стицаја.<sup>30</sup> Дакле, у првом случају, то би значило задржавање основних идејних поставки

---

(специјалитет, супсидијаритет, консумпција, алтернативитет), док се специфичности манифестују управо у схватању правне природе принципа алтернативитета. Тако, немачки аутор Баумгартен (*Baumgarten*), иако сматра да алтернативитет пре представља средишњи концептуални феномен између идеалног и привидног идеалног стицаја, него што се може сматрати случајем привидног идеалног стицаја, ипак прихвата дефиницију коју му приписује Биндинг.

Такође, поменута четири принципа задржавају и Хониг и Мецгер, иако они алтернативитету приписују потпуно другачији садржај. Ипак, као већинско гледиште, издваја се оно које искључује принцип алтернативитета из стицаја закона.

<sup>27</sup> Ј. Таховић (1961), 264; Б. Чејовић (2006), 252. Слично томе, указује се да долази до његовог одбацивања из разлога што исти не поседује логичку аутономију, карактеристичну за друге принципе. Вид. Н. G. Maldonado, 182; F. Pavón Vasconcelos, 216; A. M. Santos, 193.

<sup>28</sup> A. Obregón García, „Los concursos entre delitos contra la seguridad vial y delitos de resultado lesivo tras las últimas reformas penales: estudio del artículo 382 del Código penal“, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* 25/2012, 161.

<sup>29</sup> Вид. Б. Чејовић (2006), 314. Сматра се да алтернативитет не постоји као посебан облик привидног идеалног стицаја, већ да је обухваћен специјалитетом.

Такође, у разматрању његове оправданости, наилазимо и на доктринарне ставове према којима је исти сувишан, с обзиром на то да се сви његови претпостављени облици могу подвести под друге варијанте привидног идеалног стицаја. Вид. М. Б. Ракић, 50.

<sup>30</sup> Ј. Р. Matus Асуња (2000а), 345. Ради се о периоду развоја теорије стицаја закона између 1954. и 1970. године.

привидног стицаја, уз другачију оцену његових суштинских аспеката, која не захтева издвајање особеног принципа решавања конфликта између норми, у односу на већ постојеће.

Једна од таквих хипотеза, одређује алтернативитет као специфичан случај консумпције, доводећи његову примену превасходно у везу са случајевима мешовитих правних фигура које у себи садрже више примењивих радњи извршења.<sup>31</sup>

Међутим, негирање аутономије принципа алтернативитета у суштинском смислу може се правдати немогућношћу опстанка у савременом кривичном праву његове првобитне концепције о постојању својеврсне „грешке законодавца“ која захтева исправљање и појединих доктринарних ставова да је једино у том контексту и могуће говорити о алтернативитету<sup>32</sup>, с обзиром на непостојање прецизних детерминанти о особеном правном квалитету поменутог принципа решења.

Аргументи против прихватања принципа алтернативитета, условљени су између осталог и прихваћеном концепцијом о правној природи наведеног принципа. Тако, у складу са Листовим схватањем о алтернативитету као релацији између две инкриминације са супротстављеним елементима (хетерогеност), аргумент против његове аутономије се своди на истицање да исти не представља никакву форму стицаја закона, будући да недостаје чак и иницијални стицај између законских норми. С друге стране, Биндинговој концепцији („грешка законодавца“) се замера недовољна раздвојеност и диференцираност од других принципа решења, али и непрецизно утврђен домашјај теорије која је утемељена на грешкама законодавца.<sup>33</sup>

Као један од најзначајнијих аргумената против аутономије алтернативитета, издваја се и неодрживост његове основне концепције, односно контрадикторне констатације о примењивости две норме на исто чињенично стање *prima facie*, уз истовремену тврдњу о њиховом реципрочном искључењу.<sup>34</sup>

Дакле, у првом случају, с обзиром на супротстављене елементе спорних правних концепата, сматра се да нема никаквог стицаја норми који би се решавао у корист једне од њих, с обзиром на то да оне као такве не могу паралелно фигурирати, чиме се аутоматски искључује било какав стицај. Могло би се рећи да одбацивање овог принципа решења од стране појединих теоретичара, има своју подлогу управо у немогућности примене ефеката стицајног карактера, јер би то значило директну повреду принципа *ne bis in idem*. Идеја да су две правне фигуре истовремено и паралелне и искључујуће, представља специфичну правну ситуацију, некарактеристичну за принцип правне сигурности. Стога, имајући у виду да је тешко пронаћи адекватан основ у вољи законодавца да однос између неке две правне фигуре постави на наведеним правним основама, јасно је због чега се доводи у питање оправданост самосталног карактера алтернативитета.

Поред владајућег гледишта у немачкој доктрини, на приступ који негира аутономни карактер алтернативитету, наилазимо и у шпанској литератури. Тако, према неким теоријским концепцијама, алтернативитет није ништа друго до особено изражавање принципа консумпције, у складу са вредносно–аксиолошким критеријумима.<sup>35</sup> Слично томе, сматра се и да исти не поседује карактер самосталног принципа, будући да је обухваћен

<sup>31</sup> A. Etcheberry, 128.

<sup>32</sup> S. Mir Puig (2016), 657. У доктрини постоје схватања која правну природу алтернативитета везују искључиво за хипотезу „грешке законодавца“. Вид. Т. F. Villavicencio, *Derecho penal básico*, Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial 2019, 154.

<sup>33</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 345 – 346. Већина теоретичара не прихвата алтернативитет као стицај закона, будући да таква радња може бити оцењена искључиво са тачке гледишта једног од конкурентних типова. Стога, имајући у виду да долази у обзир примена само једног од њих, у домену постојања хетерогености, не може се уопште говорити о стицају. М. А. Arce Aggeo, 167.

<sup>34</sup> F. Pavón Vasconcelos, 219 – 220.

<sup>35</sup> H. Muñoz Norment (1986), 380.

супсидијаритетом и специјалитетом.<sup>36</sup> Овакво поимање (не)аутономије алтернативитета, карактерише и владајуће гледиште у италијанској доктрини.<sup>37</sup>

Такође, негирање аутономног карактера алтернативитета приписује се и неодрживости концепције о истовременој примени и искључењу две законске норме, што једино може опстати као последица грешке законодавца.<sup>38</sup> Ово би требало повезати и са хипотезом о ограничавању релација стицаја закона на случајеве интерференције и субординације, која се приписује немачком аутору Клугу<sup>39</sup>, што би заправо искључило хетерогеност својствену алтернативитету, у складу са Листовом концепцијом, будући да иста одудара од логичко–концептуалне основе стицаја закона.

И у домаћој литератури налазимо на дискрепанције у начину сагледавања домашаја алтернативитета као случаја привидног идеалног стицаја. Таховић указује на теоријске дилеме у његовом разматрању као случаја специјалитета или пак посебног облика привидног идеалног стицаја.<sup>40</sup> Његов однос са специјалитетом би требало посматрати са аспекта правне природе поменутог принципа, односно његових прихваћених феноменолошких облика испољавања. Стога, уколико се пође од стриктног логичког карактера специјалитета и захтева концептуалне обухватности, јасно је да се код алтернативитета, због непоклапања законских обележја бића, не ради о случају специјалитета у правом смислу. Евентуално би се могло говорити о његовом неправом облику, посматрано не са аспекта поклапања елемената законских описа, већ својеврсне правне (теоријске) варијанте истог, проистекле из тумачења околности обухваћених двома инкриминацијама, у односу на које се констатује релација суштинског идентитета.

У складу са Клуговом поделом свих релација стицаја закона на интерференцију и субординацију, прихватање решења о субординацији код Биндинговог концепта, алтернативитета, имплицира и наглашава да се дистинкција од специјалитета састоји не у конкретној логичкој структури, већ по правилу у различитим последицама које произлазе из једног и другог правног концепта, односно обавези да се код алтернативитета примени кривично дело са тежом санкцијом.<sup>41</sup> Међутим, јасно је да се у савременим законодавствима, где су отклоњене поменуте грешке законодавца на темељу којих је и формулисан првобитни концепт алтернативитета, овакво решење показује као неодрживо.

Још мање би се могло тврдити да је реч о супсидијаритету, или пак консумпцији. Наиме, на основу саме анализе класичних манифестација алтернативитета, попут остварења више квалификованих облика исте инкриминације, јасно је да се не може говорити о условној примењивости једног концепта у односу на други, нити пак о својеврсним емпиријским или функционално–вредносним релацијама на којима би се заснивала консумпција једне казнене норме другом. Исто тако, не би се могло прихватити ни решење идеалног стицаја, које би било у супротности са општеприхваћеним принципима чија се заштита настоји обезбедити применом правила привидног идеалног стицаја.

С друге стране, у потпуно другачијем правцу, крећу се оне концепције према којима је алтернативитет једини суштински принцип привидног стицаја закона, док сви остали

<sup>36</sup> Тако Шонке (Schönke), вид. E. Mezger, 347.

<sup>37</sup> Вид. F. Accardo, 57. У вези тога, указује се и да овај принцип никада није у потпуности прихваћен у италијанској доктрини.

<sup>38</sup> M. A. Arce Aggeo, 167.

<sup>39</sup> Тако Клуг. Вид. J. P. Matus Асуња (2001), 366.

<sup>40</sup> J. Таховић (1961), 264. Разлика од специјалитета се пак огледа у томе што код тог принципа, посебан пропис обухвата једно кривично дело са гледишта његових посебних обележја, док алтернативитет обухвата једно кривично дело, посматрано са неког другог законског гледишта, што је и разлог прописивања другачије казне.

<sup>41</sup> J. P. Matus Асуња (2001), 365. То и јесте основна идеја првобитног Биндинговог концепта. Међутим, проблем у овом случају представља њена практична сувишност, с обзиром да је савремено немачко законодавство лишено таквих грешака, које су отклоњене.

представљају само просту интерпретацију закона<sup>42</sup>, што указује на потребу његовог сагледавања са аспекта стицајног карактера, односно стицајних ефеката привидног дела. Оваква гледишта су и продукт начина тумачења принципа најтеже казне, који је фигурирао у појединим законодавствима у виду особеног правила, а сматрао се управо манифестацијом алтернативитета, чија је примена долазила у обзир чак и када су били испуњени предуслови других принципа решења.<sup>43</sup> Међутим, јасно је да то не одговара савременим концепцијама алтернативитета, где је он, чак и у оним законодавствима где је изричито регулисан, конципиран као принцип резидуалног карактера.

#### 1.4.2. Место алтернативитета у теорији привидног стицаја

Имајући у виду изнете карактеристике односа алтернативитета са другим принципима решења, односно суштинског непоклапања са материјалним садржајем осталих правила преферентности, јасно је да исти захтева особени приступ у решавању конфликта између законских норми, који одудара од специјалитета, супсидијаритета и консумпције. Стога, преостаје опредељење за варијанту самосталног правног концепта у склопу института привидног идеалног стицаја. Међутим, да би алтернативитет представљао особени принцип решења, неопходно је увођење додатних правила његове индивидуализације, који могу бити како квантитативног, тако и квалитативног карактера. На који начин ће наведена правила бити формулисана, зависи од више фактора, укључујући и тежину алтернативно прописаних инкриминација, али и усвојену концепцију о његовој правној природи.

Специфичности алтернативитета се огледају у томе да се у таквом процесу не може избећи уношење криминално–политичких фактора, на шта се указује и у домаћој литератури.<sup>44</sup>

Према томе, када је реч о теоријској оправданости алтернативитета, може се изнети неколико закључака. Пре свега, јасно је да се не може негирати његова релевантност у поступку квалификације, имајући у виду да ниједан од прихваћених принципа решења по свом материјалном садржају не покрива у потпуности случајеве обухваћене алтернативитетом. С друге стране, не би било адекватно ни отићи у другу крајност и третирати алтернативитет као једини и апсолутни принцип привидног стицаја закона, за шта су се залагала поједина теоријска гледишта.<sup>45</sup> Сматрамо да као најадекватније фигурира средишње решење, које прихвата његову аутономију, али истовремено и резидуални карактер у односу на друге принципе. Другим речима, примена алтернативитета је условљена неиспуњеношћу услова квалификације у складу са специјалитетом, супсидијаритетом и консумпцијом. То је и логично, нарочито ако се има у виду наглашени утицај криминално–политичких фактора, попут висине предвиђене казне за конфликтне инкриминације у формулисању законитости алтернативитета.

Такав резидуални карактер алтернативитета, проистиче и из одредби већ цитираног чл. 8 шпанског Кривичног законика, који истиче управо такав његов карактер.<sup>46</sup>

<sup>42</sup> Тако Бернер (Berner), вид. J. P. Matus Асуња (2000а), 319.

<sup>43</sup> J. P. Matus Асуња (2007), 40. То је случај са одредбом некадашњег чл. 68, која је у шпанско законодавство уведена 1944. године.

<sup>44</sup> Вид. J. Таховић (1961), 264.

<sup>45</sup> J. P. Matus Асуња (2000а), 319.

<sup>46</sup> Према одредби члана 8.4 важећег шпанског Кривичног законика, предвиђено је да ће се на дела која могу бити квалификована у складу са две или више законских норми, у случају да нису испуњени услови специјалитета, супсидијаритета и консумпције, применити правило по којем најтежа инкриминација искључује оне које предвиђају мању казну.

Ради се о очигледном случају законског регулисања принципа алтернативитета, као сегмента законске заснованости института (привидног) стицаја закона.

Међутим, не може се негирати да се концепт алтернативитета по својој правној природи, у великој мери разликује од материјалне димензије осталих принципа. Стога, констатација релације алтернативитета се разликује од скупа законитости који се сматрају обухваћеним истоименим правилом преферентности. Начин формулисања таквих правила, условљен је превасходно конкретним феноменолошким обликом алтернативитета, а као један од почетних параметара, појављује се фактор тежине конфликтних инкриминација. Свакако највећи изазов представљају случајеви када су за алтернативно предвиђене концепте прописане идентичне санкције, где не постоји могућност прибегавања криминалополитичким факторима индивидуализације, и у ком случају је утврђивање прецизних критеријума преферентности комплексан теоријски задатак, који се препушта околностима конкретног случаја. Управо из тог разлога се, по нашем мишљењу, равнотежа између супротстављених захтева успоставља на нивоу балансирања казних ефеката, односно уважавања привидног дела као обавезне отежавајуће околности, што у први план ставља већ поменути корективну функцију привидног стицаја у поступку квалификације.

Целовито сагледавање домашаја алтернативитета, могуће је пак једино разматрањем његове основне функције у систему привидног стицаја закона, која се историјски посматрано, кретала од првобитне везаности за исправљање грешака законодавца, ка решавању спорних конфликтних ситуација, граничних са идеалним стицајем, а што је пронашло свој одраз и у захтевима за балансирањем на нивоу казних ефеката.

Релевантност утврђивања места алтернативитета у теорији привидног стицаја закона, односно његове (не)аутономије у односу на остале принципе, као и правила на основу којих се утврђује избор преферентне инкриминације, огледа се, између осталог и у значају исхода таквог поступка за утврђивање граница између идеалног и привидног идеалног стицаја. У том смислу, правила алтернативитета треба разматрати и у контексту оправданости примене разјашњавајуће функције идеалног стицаја, на чије смо основне карактеристике већ указали.

Ово указује да се у поступку квалификације алтернативитета, више него код осталих принципа решења, истиче проблематика успостављања демаркационе линије у односу на идеални стицај и параметара на основу којих ће се таква дистинкција вршити.

## 2. Концептуална одређења

Комплексност теоријског одређења алтернативитета, условљена је дискрепанцијама у погледу његове правне природе и функције која му се приписује у теорији привидног стицаја закона. Тачније, постоји диспарат у доктринарним схватањима у погледу домашаја наведеног принципа, односно његових могућности да одговори на захтеве решавања конфликта између алтернативно прописаних инкриминација.

Полазну тачку представљају већ поменуте опонентне концепције о утемељењу алтернативитета на хипотези „грешке законодавца“, која доводи до неправедних решења, у сукобу са општим принципима кривичног права и оне која подразумева подвођење истог чињеничног понашања под две потпуно различите инкриминације, чија је симултана примена искључена услед деловања принципа *ne bis in idem*. То је условљено и правном природом релације која се сматра релевантном за конституисање односа алтернативитета.

У најопштијем смислу, алтернативитет се конституише на претпоставци о његовом везивању за случајеве када два различита бића обухватају исто деликтно чињенично стање<sup>47</sup>,

---

<sup>47</sup> М. А. Torrez López, 150.



при чему се међусобно искључују.<sup>48</sup> Међутим, оваква концепција више одговара опису почетног проблема квалификације, будући да је суштина алтернативитета заправо оличена у особеном правилу за решавање конфликта у условима када се може применити само једна од алтернативних примењивих законских норми. То је разлог зашто су значајнија одређења која се ослањају на такве материјалне критеријуме.

Свакако, приликом теоријског одређења алтернативитета, треба имати у виду да његова констатација више одговара дескриптивном одређењу релационих односа између концепата, него што указује на критеријуме избора преферентне норме. Сматрамо да управо иза тога стоје гледишта која доводе у питање репрезентативност алтернативитета као аутономног принципа решења. Осим тога, позивање на индиферентност у избору инкриминације која ће бити носилац квалификације, у појединим случајевима алтернативитета, чини се доста нестабилним фактором у примени норми посебног дела кривичног права. Тој прецизности пак не доприносе ни криминалнополитички критеријуми оличени у принципу најтеже, односне најблаже казне.

У сваком случају, скуп законитости које се сматрају садржаним у алтернативитету као правилу преферентности, одликује ослањање на прихваћене доктринарне ставове, или пак евентуалне законодавне смернице, утемељене на критеријуму висине казне. Стога, имајући у виду да се материјални садржај наведеног принципа не изводи директно из саме природе алтернативног односа, концептуална одређења алтернативитета представљају продукт прихваћене теоријске концепције, који је независан од правила избора преферентне норме.

Постоје два кључна питања која су релевантна за концептуалне поставке принципа алтернативитета. Прво се односи на дефинисање природе таквих релација, које су уједно и основи његове примене. Наиме, оне нису утемељене на везама логичког карактера, односно правилима субординације или интерференције, већ имају потпуно другачији основ. Тако, одређене норме се не налазе, односно не преегзистирају у неком алтернативном односу, него се у самом поступку квалификације, зарад неких интереса оличених у претпоставци примата одређених правних принципа на рачун других, указује на постојање алтернативитета.

Друго питање, тиче се правила избора законског бића које ће се у конкретном случају сматрати преферентним, што услед недостатка фундаменталних критеријума, утемељених на суштинским елементима бића кривичних дела, успостављање равнотеже у решавању конфликта, помера на терен правних последица. Дакле, алтернативитет се може одредити и као принцип правних последица, односно једини од принципа решења, где се избор између два кривична дела врши на основу критеријума тежине предвиђене казне у конкретном случају.

У сваком случају, дефинисање алтернативитета, односно утврђивање услова његовог постојања, као и ефекти ових релација, условљени су опредељењем за једну од релевантних теоријских концепција, било да се ради о тенденцијама исправљања легислативних грешака приликом инкриминисања неког понашања, или пак о подвођењу истоветног понашања под инкриминације чији елементи међусобно одударају. На тај начин се формулише опис проблема у односу на који се одређују правила преферентности.

---

<sup>48</sup> J. Pradel, *Droit pénal général: à jour au 18 aout 2014*, Éditions Cujas, Paris 2014, 291. У француској доктрини се описани случајеви означавају као условне или алтернативне квалификације.

## 2.1. Доктринарне дефиниције

Одређење алтернативитета у теорији, као и оправдање његове примене у светлу аутономног принципа решења, условљено је првенствено прихваћеним феноменолошким облицима испољавања наведених релација.

Према једном од доктринарних гледишта, алтернативитет постоји онда када се две правне фигуре реципрочно искључују, због њихове некомпатибилности у односу на истоветно предузето дело, које се може подвести и под једну и под другу норму.<sup>49</sup> Сматрамо да ова дефиниција одговара случајевима алтернативитета у правом смислу речи, утемељеном на апсолутном непоклапању инкриминација које регулишу исто чињенично стање. У истом правцу, крећу се и она одређења која наглашавају међусобно искључење релевантних правних концепата, сходно њиховим модалитетима и карактеристикама, тачније на основу анализе правне природе хипотеза у конфликту.<sup>50</sup> У најопштијем смислу, релевантне су дефиниције које алтернативитет, полазећи од његове феноменолошке димензије, одређују као случај када је иста радња од стране законодавца узета у обзир са различитих аспеката.<sup>51</sup>

Слично томе, и у домаћој литератури се проблематика алтернативитета доводи у везу са ситуацијом истовременог остваривања више самосталних инкриминација којима се може обухватити исто забрањено понашање, при чему се одговорност учиниоца успоставља само на основу једне од њих.<sup>52</sup> Такође, с обзиром на различите приступе у поимању аутономије алтернативитета, постоје схватања која га дефинишу путем компарације са другим принципима. Тако, сматра се да за разлику од специјалитета, где се привидни идеални стицај успоставља по основу тога што један правни концепт поседује обележја посебног карактера, алтернативитет подразумева да се једно исто понашање обухвата са различитих законских, односно криминално–политичких аспеката, што за последицу има постојање више законских описа бића кривичних дела, управљених ка заштити истог правног добра.<sup>53</sup>

И у немачкој доктрини се приликом дефинисања алтернативитета, указује да исти представља пандан специјалитету, а да обухвата ситуације када две правне норме садрже опречне законске описе, који условљавају њихово међусобно искључење.<sup>54</sup> Ова дефиниција је специфична и по томе што наглашава елементе контрадикторности у детерминисању међусобног односа између конфликтних диспозиција, што одговара доктринарној струји која указује на немогућност било каквог паралелног опстанка две инкриминације у релацији алтернативитета.

Фактор истоветности штићеног правног добра против којег је управљена предузета радња, истиче се као предуслов констатације алтернативитета и у другим доктринарним дефиницијама, попут оних које његово постојање доводе у везу са раздвајањем ефеката испољавања обележја бића неког кривичног дела у природном и у кривичноправном

---

<sup>49</sup> М. А. Arce Aggeo, 166; М. А. Чуринова, 168. У том смислу, указује се и да алтернативитет постоји у случају када се једно дело може подвести под две или више кривичноправних норми, које се међусобно искључују.

<sup>50</sup> J. J. Hernández Sánchez, 52.

<sup>51</sup> F. Accardo, 57.

<sup>52</sup> Љ. Лазаревић (2011), 285. Као пример алтернативитета, наводи се случај када при извршењу кривичног дела тешке телесне повреде, учинилац истовремено уништи важан део тела или орган и проузрокује трајно и тешко нарушавање здравља.

<sup>53</sup> Вид. J. Таховић (1961), 264; Н. G. Maldonado, 182. Функција заштите истоветног правног добра, и поред одударања конститутивних елемената две инкриминације, описује проблем алтернативитета као случај еквивалентности или једнакости вредности садржаних у различитим казним законима.

<sup>54</sup> Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, 734. И у италијанској доктрини се указује на концепцију алтернативитета према којој се поменути принцип решења односи на различите (контрадикторне), а самим тим и међусобно искључујуће елементе. Вид. F. Accardo, 58.

смысле<sup>55</sup>, или се једноставно указује да алтернативитет подразумева више привидно примењивих законских описа, у функцији заштите једног правног добра.<sup>56</sup> На основу тога, у првом плану се очигледно истиче параметар подобности једне норме да обезбеди бољу правну заштиту истом правном интересу, у поређењу са другом која му такву заштиту обезбеђује на другачији начин. Последњи наведени критеријум, оличен у околности адекватније правне заштите која се обезбеђује једним од алтернативних концепата, могао би се сматрати и водећим фактором у избору преферентне инкриминације.

С друге стране, у неким случајевима се наглашава и формалистички аспект наведене релације, те се указује да алтернативитет постоји у случају када конкурентне норме штите исто правно добро, иако њихови конститутивни елементи нису исти<sup>57</sup>, из чега произлази наглашавање изједначености вредносног садржаја конкурентних правних концепата.

Поред ових генерализованих дефиниција, у теорији наилазимо на одређења која уплићу и факторе утврђивања примата једне од алтернативно предвиђених норми, у складу са конкретном феноменолошком манифестацијом истог. Тако, Мецгер одређује алтернативитет као случај када се иста радња може подвести под више закона, у складу са различитим правним критеријумима, а која предвиђају различите казне, уколико се пође од тога да би сваки од тих закона био примењен под условом да други не предвиђа неку тежу казну.<sup>58</sup> На исти начин се тумачи и законско одређење алтернативитета у шпанском законодавству, које изричито упућује на примену правног концепта са већом казном.<sup>59</sup> Међутим, јасно је да се ово односи само на ситуације када алтернативно прописана кривична дела предвиђају казне различите тежине, у чему се не исцрпљују све варијанте релације алтернативитета.

У ову категорију можемо сврстати и одређења из домаће доктрине, која су насупрот претходно наведеним примерима, утемељена на истицању равноправности два правна концепта, истоветног казненог домаћаја, а самим тим и индиферентности у избору носиоца квалификације.<sup>60</sup> Међутим, постоје извесне дилеме у погледу начина детерминације такве претпостављене индиферентности, због којих употреба наведеног појма није адекватна за теоријски релевантна и прецизна одређења алтернативитета.

Фактор ирелевантности у поступку квалификације још очигледније долази до изражаја у констатацији да је у ситуацији конфликта између две норме које регулишу исто чињенично стање, имајући у виду идентичан пунитивни третман, законодавцу на располагању могућност примене било које од њих<sup>61</sup>, или пак да ниједна није преферентна у односу на другу.<sup>62</sup>

Ипак, поједина одређења, иако доста непрецизно и двосмислено, наговештавају и у ком правцу треба да се креће начин избора преферентне инкриминације. Тако, говорећи о тзв. „алтернативним квалификацијама“, једна дефиниција из француске доктрине полази од тога да ће се код оваквих међусобно искључујућих квалификација, применити само она која више одговара претпостављеној вољи законодавца.<sup>63</sup> Међутим, тиме се не доприноси много прецизирању стриктних критеријума избора примарне норме, већ се као и у претходним случајевима, само наглашава кључни значај поступка тумачења у процесу квалификације.

<sup>55</sup> J. Ђ. Таховић (1956), 187. Тако, аутор истиче да се исто биће у природном смислу разматра са различитих криминално–политичких аспеката.

<sup>56</sup> С. Вуковић, Г. Станојчић, 102.

<sup>57</sup> Н. G. Maldonado, 181.

<sup>58</sup> E. Mezger, 347.

<sup>59</sup> S. Mir Puig (2016), 657.

<sup>60</sup> Вид. З. Стојановић (2021), 308; J. Ђ. Таховић (1956), 187; З. Стојановић (2009), 19.

<sup>61</sup> Вид. F. Pavón Vasconcelos, 224.

<sup>62</sup> J. Cuello Contreras (2009), 686.

<sup>63</sup> D. Bchéraoui, 161.

## 2.2. Модели алтернативитета

Основна идејна утемељеност алтернативитета, заснована на претпоставци да одређени правни концепти, у вредносном смислу, одговарају другим, њима некомпатибилним правним фигурама, оличена је у опонентним теоријским концепцијама, које и условљавају већ поменута различита схватања о правној природи наведене релације, односно њеној логичкој заснованости.

У теорији се указује на две основне варијанте алтернативитета, које су у настале у току његовог развоја у оквиру теорије привидног стицаја закона. То су првобитна Биндингова концепција о алтернативитету у функцији исправљања „грешке законодавца“ са једне, односно каснији модели класичног система, засновани на поимању две инкриминације као различитих средстава за остваривање истог циља (Хонигов модел). Ова два модела су једина релевантна за изучавање алтернативитета на начин на који се поима у савременој доктрини и једина омогућавају адекватно сагледавање релационих односа између две колизионе правне фигуре, у складу са концепцијом да алтернативност у примени произлази из контекста њиховог заједничког појављивања, а не из неутралности. Међутим, када је реч о Биндинговој концепцији, постоје извесне тешкоће у погледу одрживости неких од предвиђених манифестација, имајући у виду првобитне разлоге увођења ових решења у кривично право.

Наиме, увођење алтернативитета у систем теорије привидног стицаја закона, везује се за немачког аутора Биндинга, који га је осамдесетих година XIX века, први пут издвојио као један од принципа који се користе у овој области. Међутим, та првобитна концепција била је базирана више на отклањању конкретних дискрепанција у тадашњем немачком законодавству, пре свега у погледу одређених кривичних дела, односно њима предвиђене могућности блаже казне за одређено понашање, које само по себи треба да има карактер поопштравајуће околности.<sup>64</sup> Свакако ту околност треба тумачити у складу са ауторовим ставом о примени најтеже казне код релација алтернативитета, чиме се омогућава корекција таквих неусаглашености.

Ако се проблем посматра из тог угла, јасно је због чега је првобитно одређење алтернативитета било устоличено на идеји „грешке законодавца“, јер се она, као што можемо закључити, вероватно везивала за поменуте случајеве. Стога, у условима када не постоје описане очигледне неусаглашености, чини се да је и таква концепција неодржива. Осим тога, тешко је говорити о корективном механизму, уколико у првом плану није критеријум теже казне у решавању конфликта између норми у релацији алтернативитета.

На нешто другачије одређење наилазимо код Листа, по коме се алтернативитет односи на релацију између два деликта чији концепти обухватају супротне елементе<sup>65</sup>, што се заправо односи на релацију неидентитета или хетерогености. Може се рећи да је ово супротстављено гледиште, ишло управо у супротном правцу, у односу на Биндингов концепт алтернативитета, тачније са намером да негира његов аутономни карактер, правдајући то релацијама хетерогености, које нису у складу са стицајним карактером института.

Теоретичари који полазе од ове концепције указују на фактор формалног искључења, односно инкомпатибилности елемената две законске норме, због које се оне никада не могу применити истовремено, што је пак у супротности са хипотезом стицаја

---

<sup>64</sup> J. P. Matus Асуња (2000а), 307 – 308. Типичан пример који се наводи, јесте тадашње кривично дело убиства принца Федерације, по својој природи специјално у односу на убиство, али које је предвиђало блажу санкцију од њега.

<sup>65</sup> *Ibid.*, 330. Као пример, наводи се однос између кривичних дела крађе и утаје, тачније разматрање елемента „одузимања“ код крађе и „предаје“ код утаје.

закона.<sup>66</sup> Другим речима, тиме би се искључио стицај закона, чија је основна претпоставка идеја о подвођењу једног истог дела под две правне фигуре.

Стога, разлог због којег се овај модел не може прихватити, јесте управо чињеница да се исти доводи у везу са фундаменталном идејом о реципрочном искључењу правних норми у заштити истог правног добра<sup>67</sup>, што би онемогућило било какве стицајне ефекте у утврђивању ефеката привидног дела. Стога, са правом се износи аргумент о немогућности опстанка концепције о контрадикторним елементима две инкриминације, јер би то значило да се два казнена закона не могу применити на исто дело.<sup>68</sup>

За позиционирање алтернативитета у оквиру теорије привидног стицаја закона, односно његово формулисање у варијанти која одговара савременим кривичноправним системима, од посебног значаја је Хонигово гледиште. Наиме, у складу са ставом поменутог аутора, релација алтернативитета се одређује као однос између правних диспозиција, утемељен на констатацији о различитим средствима за остварење истог циља, у условима идентитета штићеног правног добра, где се као најзначајнија карактеристика издваја управо одступање у елементима законских описа бића кривичних дела.<sup>69</sup> Исто као и Биндингов модел, припада доктринарној струји према којој алтернативни правни концепти садрже еквивалентне вредносне садржаје.

Поред тога, од значаја је поменути и Мецгерово поимање алтернативитета, као случаја када више законских норми регулише исту радњу, уз следеће особености: 1) присуство другачијих правних критеријума; 2) могућност примене било које од њих ако су казне идентичне; 3) примена законске норме која предвиђа тежу казну уколико су оне различите.<sup>70</sup> Ово одређење одговара и нашем схватању правне природе алтернативитета, такође утемељеном на различитим правним критеријумима од којих се полази у регулисању истоветног чињеничног стања.

### 2.2.1. Биндингов модел

Хипотеза о алтернативитету као случају дуплог вредновања истог дела, утемељеном на идеји „грешке законодавца“, везује се за немачког аутора Биндинга<sup>71</sup>, а манифестује се посредством неколико феноменолошких варијанти: 1) када је потпуно исто дело кажњиво по основу две различите законске норме; 2) када се два дела метафорично налазе у односу „два круга која се међусобно секу“. <sup>72</sup> Анализирајући наведена два случаја, у теорији се указује и да иста заправо представљају манифестације основне концептуалне идеје о алтернативитету као средству за превазилажење грешака у законодавству, чији се садржај исцрпљује управо кроз ове модалитете његове феноменолошке димензије.<sup>73</sup>

---

<sup>66</sup> J. Cuello Contreras (2009), 684. На тај начин се долази до закључка да алтернативитет, схваћен на описани начин, искључује стицај закона

<sup>67</sup> S. Soler, 211. Као пример се наводи случај присвајања одређене ствари, које се према овој концепцији може квалификовати као крађа или као утаја, али не као и једно и друго. У том смислу, указује се да се два деликта, која штите исто правно добро, реципрочно искључују због поседовања контрадикторних карактеристика.

<sup>68</sup> L. J. Asua, 144 – 145.

<sup>69</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 330. Управо у том одступању се огледа и његова диференцијација од осталих принципа решења.

<sup>70</sup> E. Mezger, 347.

<sup>71</sup> A. J. Sanz Morán, 13.

<sup>72</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 307. Тако и R. Plascencia Villanueva, 237.

<sup>73</sup> S. Politoff, J. P. Matus, M. C. Ramírez, 460. Међутим, управо се у утемељености на идеји грешке законодавца, препознају и основни недостаци овакве концепције, оличени у њеној неоперативности.

Овакав Биндинггов концепт прихвата се и у шпанској доктрини, где је његово поимање засновано на тврдњи да се једно исто дело од стране законодавца посматра са различитих тачака гледишта, при чему концепти у релацији алтернативитета имају заједничку зону, али нису садржани један у другом, тако да се не ради о концентричним, већ о „круговима који се секу“.<sup>74</sup> Управо околност да је искључена могућност садржинског подвођења привидне инкриминације под другу (главну), указује на особености алтернативитета у односу на остале принципе решења. Изостанак како концептуалне, тако и вредносне обухватности, захтева особени приступ у балансирању пенолошких ефеката конфликтних законских норми.

У теоријском смислу, за одређење домашаја принципа алтернативитета, од посебног је значаја употреба метафоре „два круга која се секу“, која се тумачи на различите начине. Према првој варијанти, сматра се да у случају две алтернативне инкриминације, постоји једно заједничко подручје, као и независне зоне, односно сегменти који потпадају под један или други правни концепт. Друга могућа интерпретација полази од тога да се заједничка зона не односи на случајеве (сегменте) који се могу подвести и под једну и под другу инкриминацију), већ на заједничке типичне елементе, односно заједничке особине коришћене у њиховој формулацији.<sup>75</sup> Јасно је да последње тумачење наведене релације одудара од концептуалног основа алтернативитета и као такво не одговара његовом утемељењу на идеји о вредновању истог чињеничног стања са различитих аспеката, што не зависи од евентуалног (не)поклапања законских обележја бића.

Међутим, сама идеја о утемељености алтернативитета на концепцији „два круга која се секу“, убрзо се међу теоретичарима показала као неодржива, с обзиром да иста одговара конституцији идеалног стицаја.<sup>76</sup> То је по нашем мишљењу и разлог зашто алтернативитет захтева особена правила решавања сукоба, како би се могао сматрати једним од принципа решења у теорији привидног идеалног стицаја.

У сваком случају, наведена два оквира у чијем опсегу Биндинг одређује испољавање релације алтернативности, указује на диференцирање случајева потпуног алтернативитета, иза којег стоји идентитет правних диспозиција (у смислу подобности обухватања забрањеног понашања) наспрам његове непотпуне варијанте, оличене у само делимичном поклапању релевантних елемената. При томе, први случајеви су ретки и практички тешко замисливи у позитивном законодавству, због чега и не проузрокују веће проблеме. Насупрот томе, парцијална коинциденција захтева особена правила за решавање конфликта, изван којих се не може говорити о алтернативитету као особеном принципу привидног идеалног стицаја.

Ако имамо у виду већ поменути идејну основу овог модела алтернативитета, јасно је зашто се његове феноменолошке манифестације доводе у везу како са ситуацијама потпуног идентитета између законских норми, која подразумева поклапање њиховог садржаја, тако и парцијалног идентитета у виду релација правило – изузетак („два круга која се секу“).<sup>77</sup> Јасно је да се у савременом законодавству тешко може замислити да постоји апсолутно поклапање између два правна концепта, односно да је њихов садржај идентичан у целости.

Треба имати у виду да је овај првобитни концепт алтернативитета био фундаментално заснован на Биндингговој концепцији о средству за корекцију грешака законодавца, првенствено оних оличених у привилегованом третману околности које по

---

<sup>74</sup> J. P. Matus Acuña (2007), 11. Под таквим околностима су могуће две ситуације – да норми предвиђају исту казну, што води ка томе да судија може по својој вољи применити једну или другу, или пак да су предвиђене различите казне, када долази у обзир примена оне теже.

<sup>75</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 307.

<sup>76</sup> S. R. Diaz, 161. Указује се да је управо овим аргументом, који се приписује италијанском аутору Гриспињију (*Grispigni*), задат „смртоносни ударац“ алтернативитету.

<sup>77</sup> L. J. Asua, 144.

својој природи спадају у отежавајуће.<sup>78</sup> Сама таква концепција пак упућује да он представља чист продукт теоријске мисли, односно правдање специфичног приступа у тумачењу постојећих законодавних регулација, како би се добило задовољавајуће криминално–политичко решење у поступку квалификације, што истовремено упућује да изван тога нема особени материјални садржај. С обзиром на такву правну природу, не може се рећи ни да он представља исход претпостављене намере законодавца да две правне норме доведе у позицију да се могу сматрати истовремено примењивим, на темељу његове сопствене грешке, оличене у несразмерним санкцијама предвиђеним за квалификоване у односу на базичне облике одређених инкриминација.

Стога, у условима корекција таквих легислативних грешака у савременим законодавствима, са правом се поставља питање опстанка наведене идејне утемељености функције алтернативитета, чији је заправо циљ обезбеђење примене теже казне онда када постоје несагласности у односу између генеричких и квалификованих правних фигура. Из тог разлога, као једина релевантна концепција алтернативитета преостаје она која могућност алтернативне примене вредносно еквивалентних инкриминација приписује околности да је било која од њих довољна за достизање одговарајућег степена кажњивости.<sup>79</sup>

Ипак, не може се негирати утицај овог модела на прихваћене савремене концепције алтернативитета, односно манифестације његовог испољавања у савременим законодавствима, нарочито када је реч о претпоставци кажњивости истог понашања по основу две различите законске норме, што у неким случајевима може довести и до делимичног преклапања зона обухватности конфликтних инкриминација.

Међутим, разлог због којег се овај модел не може прихватити, поред већ поменутог аргумента о превазилажењу описаних легислативних грешака у савременом кривичном законодавству, јесте и чињеница да се исти доводи у везу са фундаменталном идејом о реципрочном искључењу правних норми које штите исто правно добро.<sup>80</sup>

То би свакако требало раздвојити од критеријума избора преферентног дела, који за разлику од ове концепције, није искључиво везан за примат правила најтеже казне, нити се феноменолошке манифестације алтернативитета исцрпљују у односу између правних фигура утемељених на санкцијама различите тежине.

### 2.2.2. Хонигов модел

Као другу варијанту детерминације алтернативитета, коју сматрамо релевантном за његово концептуално одређење у савременој доктрини, издвојићемо Хонигов приступ решавању наведеног проблема.

Овај немачки аутор се опредељује за развој Листовог концепта, који у одређењу алтернативитета инкорпорише елемент *идентитета штићеног правног добра* у представљању некомпатибилности типичних елемената. Тако, алтернативитет се одређује као однос између правних диспозиција, утемељен на констатацији о различитим средствима за остварење истог циља, у условима идентитета штићеног правног добра, где се као

---

<sup>78</sup> J. P. Matus Асуња (2000b), 32 – 33. Ради се о специјалним и квалификованим правним фигурама, које су грешком законодавца проглашене лакшим од генеричких фигура на које се односе.

<sup>79</sup> S. Soler, 211.

<sup>80</sup> S. R. Diaz, 160. У том смислу, указује се да се два деликта која штите исто правно добро, реципрочно искључују због поседовања контрадикторних карактеристика.

најзначајнија карактеристика издваја управо одступање у елементима законских описа бића кривичних дела.<sup>81</sup>

Према томе, однос алтернативитета између две законске норме, према овој концепцији, карактеришу следећи параметри: 1) идентитет штићеног правног добра, 2) одступање у законским елементима бића (некомпатибилност); 3) различита средства за остваривање истог циља. Најзначајнија суштинска карактеристика, огледа се у истицању некомпатибилности типичних елемената, на којој се темељи његова дистинкција у односу на друге принципе решења.

Сматрамо да је приступ утемељен на хипотези о алтернативним правним концептима схваћеним као различита средства за остваривање истог циља, суделујући у заштити истог правног добра, једини адекватан у примени наведеног принципа решења, из неколико разлога. Та аргументација је пре свега заснована на негативној компоненти, оличеној у схватању о неприхватљивости концептуалне идеје о реципрочно искључујућим, односно контрадикторним правним концептима. Наиме, таква идеја би негирала аутономију алтернативитета као самосталног принципа решења. С друге стране, његово поимање полазећи од овог модалитета јесте и једино које омогућава примену релевантних правила привидног идеалног стицаја, у складу са хипотезом о почетном стицају две правне норме, а самим тим и једино праведно решење о уважавању привидне инкриминације као отежавајуће околности. Јасно је да би таква могућност била у потпуности искључена код модела који заступа хипотезу о контрадикторним правним концептима.

Овде више него на било ком другу примеру, долази до изражаја практична последица опредељења за стриктно интерпретативни приступ у изучавању института привидног идеалног стицаја. Наиме, хипотеза о реципрочном искључењу алтернативно постављених правних концепата, може опстати као критеријум решавања конфликта између норми једино ако се, како са аспекта почетне хипотезе о симултаном постојању две инкриминације чији се сукоб решава, тако и са аспекта утицаја привидног дела на коначне казнене ефекте, искључи било каква стицајна компонента. Иначе, ово би у потпуности одударало од наше концепције о правној природи алтернативитета и правилима примене у поступку квалификације, утемељеним на корективним механизмима у виду привидног дела као отежавајуће околности, који припадају стицајним ефектима института. То је разлог зашто супротну концепцију, утемељену на идеји различитих средстава за остваривање истог циља, сматрамо једином исправном.

### 2.3. Материјална димензија алтернативитета

На основу претходно изнетих теоријских концепција, може се закључити да релацију алтернативности одликује низ специфичности, које директно утичу на начин примене правила преферентности у конкретном случају.

Пре свега, ако пођемо од анализе структуралних елемената алтернативитета, може се закључити да они подразумевају суштинске аспекте релација између правних фигура, које се манифестују у домену постојања индиферентности. Међутим, та *индиферентност се испољава на нивоу казnenих претњи, а не самих законских описа*, што сматрамо кључном констатацијом. Наиме, она се испољава само у немогућности симултане примене казnenих ефеката једне и друге правне фигуре и по томе је треба разликовати од неутралности. Сматрамо да је то кључна тачка материјалне димензије, која уједно обезбеђује и аспект

---

<sup>81</sup> J. P. Matus Асуња (2000а), 330. Управо у том одступању се огледа и његова диференцијација од осталих принципа решења. Хониг дефинише алтернативитет као релацију конфигурисану између оних диспозиција, које се у светлу заштите истог правног добра, међусобно повезују као различита средства за остваривање истог циља. Вид. S. R. Diaz, 160.



дистинкције у односу на правило идеалног стицаја. Тачније, може се рећи да законски концепти нису неутрални (иако не постоје одговарајуће релације), баш као што с друге стране, не постоје ни релације специјалитета, супсидијаритета и консумпције. Међутим, правило *ne bis in idem* спречава њихову симултану примену по основу констатације материјалног елемента немогућности примене истовремене казнене претње, која би довела до кршења забране двоструког вредновања.

Пре свега, полази се од тога да се на основу поређења елемената законског описа, не може констатовати никаква спона између две законске норме, утемељена на оним релацијама које одговарају осталим принципима решења. Међутим, оне поседују заједничке особине, које се огледају у томе што пружају исту квалитативну заштиту идентичном правном добру, само са различитих аспеката. Управо у том сегменту долази до изражаја особина привидног стицаја.

Наиме, иако су алтернативно постављене норме у потпуности некомпатибилне у смислу обележја, њихово паралелно уважавање би довело до двоструког инкриминисања истог чињеничног стања, али не на нивоу карактеристичном за остале принципе решења, по којима једна од норми, због својих обележја дерогира другу, у поступку интерпретације. Напротив, овде се међусобно искључење две законске норме, врши на још вишем нивоу, који превазилази упоређивање законских обележја, односно њихових релација. Уместо конкретних законских обележја, који се не могу поредити због своје некомпатибилности, на апстрактном нивоу се врши особено тумачење у складу са целокупним смислом и сврхом две законске норме. Тако, уколико се дође до закључка да у складу са начелима кривичног права, није могућа њихова паралелна примена, долази до стварања неспецифичне ситуације – да се на основу самих законских норми, не може констатовати која од њих има приоритет у односу на другу. Тада се каже да се оне налазе у релацији алтернативитета. Дакле, алтернативитет не представља посебну правну конструкцију, односно особену врсту релација између две законске инкриминације, јер он као такав не преегзистира у кривичном праву, у смислу особене законитости, попут на пример специјалитета.

Другим речима, у кривичном праву не постоји никакво особено правило по којем се констатује релација алтернативитета, односно законодавац приликом прописивања појединачних инкриминација, није ишао за тим да две норме стави у релацију алтернативитета, тако да остави слободан избор у погледу примене једне или друге. Ипак, полазећи од тога да није могуће савршено уклапање свих инкриминација, тако да се дефинише јасан опсег примене сваке од њих, због разноврсних облика напада на исто штићено добро, са различитих аспеката, односно у различитим сегментима, у пракси може доћи до поклапања у погледу заштите истог правног добра, из различитих углова, који нису међусобно повезани. Компарација у смислу примата једног аспекта у односу на други, није могућа на општем плану, у квалитативном смислу. Сходно томе, не може се рећи да један од њих покрива невредност оног другог.

Као нужна последица оваквих релација, јавља се констатација алтернативитета у погледу примене једне или друге законске норме, која је условљена: 1) околношћу немогућности паралелне примене две норме; 2) околношћу непостојања повезујућих фактора на основу којих би се могла констатовати супериорност једне на рачун друге.

Под таквим условима се може рећи да постоји алтернативитет у квалификацији две законске норме, при чему он сам по себи, није релација особеног квалитета, него последица фактора нужног преклапања два правна концепта у појединачним аспектима са којих се приступа заштити кривичноправних вредности. Погрешно је, по нашем мишљењу, такву ситуацију тумачити као грешку законодавца, будући да се тешко може одржати концепција о заснованости неког правила и примене законских норми кривичног права на постојању одређене грешке. Напротив, могло би се тврдити да је реч о прећутној дозвољености

преклапања аспеката кривичноправне заштите, која се коригује у поступку тумачења, односно примене норми.

Сходно томе, алтернативитет не представља врсту релација између норми, него констатацију о алтернативно прописаним модусима заштите идентичног правног добра, од којих је довољно применити само један од њих. То има за последицу да се у релацији алтернативитета, самој по себи (јер она представља исход тумачења), не крију особена правила за утврђивање примата једне норме у односу на другу, будући она нема свој посебан квалитет. У таквим условима, за квалификацију у конкретном случају, као релевантна се појављују нека друга правила, криминално–политичког карактера, која се могу кретати у два правца: 1) констатовање ирелевантности у примени једне од алтернативних инкриминација; 2) примена критеријума висине казне.

Могуће је да сам законодавац предвиди да ће се под наведеним околностима применити норма са блажом или тежом казном. Оваква изјашњавања, која се могу сматрати и прихватањем принципа алтернативитета, ретка су у савременим законодавствима. Као пример таквог регулисања, уз истовремено давање алтернативитету карактера једног од принципа стицаја закона, издваја се шпанско законодавство. Чак и пре увођења одредбе чл. 8, где је овај принцип прихваћен заједно са осталима, и некадашња одредба чл. 68, прописивала је принцип најтеже казне под истим условима, чиме се разрешава дилема која ће норма под таквим околностима бити примењена.

Међутим, свакако највећу полемику изазива препуштање дискреционој одлуци околности констатације преферентне законске норме, што имплицира да кључна питања остају неразјашњена. То свакако није у интересу правне сигурности и захтева примену одговарајућих корективних механизма.

У условима када се законодавац не изјашњава изричито о том питању, тешко је говорити о особеном, односно аутономном принципу решења, јер он тада и не нуди решење конфликта присутног између законских норми, већ само констатацију да се оне налазе у алтернативном односу, који се мора решити позивањем на неке друге принципе, попут принципа најтеже казне. Ово је у складу са чињеницом да *алтернативитет није врста релације, него исход тумачења односа између две законске норме.*

Сматрамо да алтернативитет може имати карактер принципа привидног стицаја закона у правом (формалном) смислу речи једино уколико је таква могућност изричито предвиђена, заједно са правилом које ће бити примењено (на пример, принцип најтеже казне). Наиме, за разлику од осталих принципа, где се тумачењем може констатовати која је норма примарна, што је уједно и особеност института, алтернативитет захтева одговарајуће законско опредељење. У том правцу би требало и усмерити модификацију законских решења.

То свакако не значи да би требало одбацити алтернативитет као релевантан концепт у теорији привидног стицаја закона, јер се његов суштински карактер не може негирати, баш као ни околност да релација алтернативности представља један од феноменолошких облика привидног стицаја закона. Међутим, да би представљао особено правило преферентности, односно принцип решења, неопходне је продубити његов материјални садржај у виду јасних опредељења за утврђивање примата једне инкриминације у односу на другу.

Одговор на овај задатак зависиће и од конкретних облика његових појавних манифестација. Стога, пре опредељења за одговарајући приступ у решавању описаног проблема, потребно је размотрити могуће феноменолошке облике алтернативитета, од чега ће зависити решавање проблема преферентности. Иако ћемо то питање детаљно размотрити у делу овог поглавља које се односи на алтернативитет у поступку квалификације, може се указати на одређене смернице у том правцу.

Пре свега, у случају када постоји потпуно поклапање вредносног садржаја спорних инкриминација у алтернативном односу, једини начин за решавање таквог конфликта, огледа се у предвиђању искључивог правила (најтеже или најблаже казне). С друге стране, парцијално поклапање дозвољава примену екстензивнијих критеријума, што укључује: 1) квалитет и интензитет повреде одређеног правног добра; 2) интензитет начина извршења – процена штете, 3) интензитет управљености умишљаја; 4) интензитет повреде пасивног субјекта (питање шта је више погодило добра пасивног субјекта).

Ради се о квалитативном процесу који је условљен околностима конкретног случаја и захтева обједињену оцену. Судија је слободан у томе, али је у обавези да корекцију изврши у домену казне, што је предуслов адекватног комплетирања поступка квалификације. То је уједно и најзначајнија диференцијална карактеристика алтернативитета, а у практичном смислу се, према једној од могућности коју сматрамо најадекватнијом, своди на предвиђање *обавезне отежавајуће околности*.

Овакав приступ имплицира поделу на апсолутни и релативни алтернативитет, од које ћемо и поћи у разматрању његове феноменолошке димензије.

### 3. Феноменолошка димензија алтернативитета

#### 3.1. Теоријске класификације

Алтернативитет се у теорији доводи у везу са више различитих феноменолошких конструкција, што је условљено и усвојеним схватањем о његовој правној природи. Сходно томе, може се говорити о ужим и ширим концепцијама у утврђивању домаћаја наведеног принципа.

Пре свега, доктринарне класификације, баш као и на њима утемељена правила за решавање конфликта између законских норми, у генералном смислу, разликују се у зависности од прихваћеног модела алтернативитета. Тако, ако се пође од Биндингове концепције (хипотеза грешке законодавца), указује се на две генералне групе ових случајева, који се могу посматрати и као услови његове констатације: 1) када је потпуно исто чињенично стање кажњиво са аспеката различитих законских норми; 2) када се два дела посматрају као два круга која се међусобно секу.<sup>82</sup>

У складу са наведеном хипотезом, према Биндинговој концепцији, утемељеној на тадашњој законској регулативи, издвајају се следећи феноменолошки облици алтернативитета: 1) случај када једна околност, која се иначе сматра поштравајућом, на крају испадне привилегујућа, тиме што за њу законодавац успоставља казну погоднију од базичног кривичног дела под одређеним околностима. Као конкретан пример, наводи се кривично дело проузровања пожара са циљем наплате осигурања (преваре), наспрам проузроковања пожара као базичног кривичног дела; 2) умишљајни напади у односу на живот, интегритет, односно слободу и част одређене категорије пасивног субјекта, наспрам одговарајућих базичних деликата убиства, повреде, односно противправног лишења слободе; 3) стицај различитих разлога за поштравање казне (више отежавајућих околности), при чему ће, ако сви воде ка истој казни, бити индиферентно који ће се применити, док ће се у супротном, применити онај са тежом казном; 4) стицај више квалификованих облика истог базичног кривичног дела (на пример различити облици тешке крађе).<sup>83</sup>

<sup>82</sup> J. P. Matus Асуња (2000а), 307.

<sup>83</sup> *Ibid.*, 308 – 309.

Као што се може уочити, у прва два случаја, реч је о конкретним примерима из тада важећег немачког законодавства, где се конструкција алтернативитета користила ради исправљања грешака законодавца у домену неоправданог привилеговања учиниоца и противречности у заштити основних принципа кривичног права. Јасно је да се ради о спорадичним примерима, карактеристичним за ситуациони приступ законодавца у инкриминисању забрањених понашања, где је дошло до неусаглашености у интензитету заштите одређеног правног добра. То је и суштина поимања алтернативитета са становишта грешке законодавца.

Критеријуми класификације у овом случају, утемељени су на поклапању концептуалног опсега примене две инкриминације. Већина наведених феноменолошких облика, међутим, није релевантна у савременом законодавству, будући да су неусаглашености у висини казне исправљене, из чега произлази да наведени основ алтернативитета губи на значају.

Једна од најопсежнијих теоријских категоризација, сажима неколико релевантих група испољавања релација алтернативности, кроз које се изражавају сви претходно поменути модалитети овог принципа: 1) реципрочно искључење два казнена типа због некомпатибилности и следствена примена само једне од таквих инкриминација; 2) реципрочна еквивалентност вредносних оцена садржаних у алтернативним законским типовима, што са аспекта циљева кажњавања упућује на индиферентност у примени једне или друге законске норме.<sup>84</sup>

Заправо, целокупна проблематика примене принципа алтернативитета би се могла свести на наведене две групе случајева. Са аспекта приступа од којег смо пошли у овом раду, за нас је релевантна првенствено друга категорија, коју сматрамо јединим адекватним теоријским оквиром за утврђивање феноменолошке димензије наведеног принципа решења. Другим речима, о алтернативитету се може говорити једино у случају претпостављене еквивалентности правних концепата у примени на идентичну правну ситуацију и у том светлу ћемо и приступити разматрању његових облика испољавања. Наиме, уважавајући чињеницу да се аспект вредносне еквивалентности преваходно односи на пунитивну адекватност једне од алтернативно прописаних инкриминација да оствари циљеве кажњавања, можемо говорити о *алтернативитету аутономних инкриминација*, или пак о *алтернативитету обележја истог кривичног дела*.

Случајеви потпуне аутономије правних концепата, примењивих на идентичну искуствену ситуацију, у случајевима испуњености услова привидног идеалног стицаја, ретки су у пракси, због чега се проблематика примене наведеног принципа решења, своди углавном на категорију алтернативитета између више квалификованих облика истог базичног дела. Ово су уједно и облици алтернативитета који се примарно разматрају у нашој доктрини.

С друге стране, догматски су посебно релевантни случајеви стицаја више квалификованих облика истог базичног кривичног дела, које сматрамо једним од најрепрезентативнијих манифестација алтернативитета у правом смислу речи, прихваћеним и у домаћој литератури.<sup>85</sup> Овај облик спада у ширу групу појавних категорија алтернативно прописаних инкриминација за које је предвиђена иста висина казне, уједно и наспорнијих са у погледу начина избора преферентног кривичног дела. Са аспекта нашег законодавства и теорије, ради се о најчешћем случају алтернативитета, који се наводи као његов парадигматски пример. Међутим, постоје извесне дилеме да ли је у конкретном случају уопште реч о привидном идеалном стицају, или је пак његова правна природа другачија,

---

<sup>84</sup> S. Soler, 211 – 212.

<sup>85</sup> Вид. Ђ. Лазин, 100.

будући да се ради о квалификованим облицима истог базичног кривичног дела и да не постоји разлика у казни, која би представљала предуслов примене правила преферентности.

У сваком случају, за све феноменолошке облике алтернативитета је карактеристично да се доводе у везу са висином предвиђених санкција за забрањено понашање, односно увек се разматрају полазећи од наведеног криминалополитичког критеријума, који представља полазну тачку у детерминисању правила квалификације.

Стога, поред наведених суштинских квалификација алтернативитета, у литератури се често указује и на категоризацију, која полази управо од критеријума висине казне, при чему се у већини случајева истовремено указује и на начин решавања конфликта између норми.

Једна од таквих класификација у шпанској литератури, заснована на казним ефектима две законске норме, које се налазе у релацији алтернативитета указује на два феноменолошка модалитета наведених релација: 1) случајеви када конкурентне норме предвиђају исту казну, што суду оставља могућност равноправног избора једне или друге; 2) случајеви када два концепта подразумевају кривична дела различита по тежини – када суд мора да одабере тежи облик.<sup>86</sup> Оваква подела нужно отвара питање услова који се захтевају за принцип алтернативитета, тачније питања да ли је неопходно да санкције код алтернативних кривичних дела буду сличне или идентичне. Управо из тог разлога је принцип најтеже казне имао највећи утицај на поимање и домашај алтернативитета.

Осим наведених случајева, које сматрамо *алтернативитетом у правом (ужем) смислу*, постоје и гледишта према којима се у ову категорију сврставају чак и алтернативно прописане радње извршења.<sup>87</sup> Међутим, јасно је да ове манифестације заправо представљају специфичне облике јединства радње, који условљавају унитарну квалификацију.

У погледу класификације на прави и неправи алтернативитет, на коју указују поједини аутори<sup>88</sup>, сматрамо да би исту требало довести у везу и са могућношћу примене одговарајућег правила преферентности у конкретном случају, што зависи од околности да ли су за алтернативно прописане инкриминације предвиђене различите или истоветне санкције. Од ове категоризације полази и Стојановић, који исту темељи на критеријумима избора преферентног бића, односно релевантношћу или ирелевантношћу опредељења за конкретни облик.<sup>89</sup>

---

<sup>86</sup> J. P. Matus Aсуña (2007), 40. Други случај се доводи у везу са некадашњом одредбом члана 68, која се односи на примену принципа најтеже казне, иако је за време њеног важења, било спорно на шта се заправо односи.

За шпанску јуриспруденцију у наведеном периоду је било карактеристично да су се случајеви стицаја закона сматрали регулисаним одредбама чл. 68 (принцип најтеже казне), који се означавао чак и као принцип алтернативитета, односно кажњивости највишег степена. Ради се о пенолошким принципима које је јуриспруденција користила чак и за означавање других класичних облика стицаја закона (специјалитет, супсидијаритет, консумпција). Управо из тог разлога се о алтернативитету говори као о догматски непрецизном концепту.

<sup>87</sup> Ђ. Лазин, 96; F. Pavón Vasconcelos, 226.

<sup>88</sup> З. Стојановић (2009), 19. У детерминацији да ли је реч о правом или неправом алтернативитету, аутор полази од критеријума да ли се избор преферентне инкриминације препушта суду у поступку квалификације, или је пак могуће препознати извесне параметре који упућују на примарност једног правног концепта у односу на други, попут случаја релација између тешког убиства из користољубља и оног извршеног приликом разбојништва или разбојничке крађе, где би требало применити правила принципа специјалитета.

Постоје и нешто другачија одређења концепата правог и неправог алтернативитета. Тако, сматра се да неправи алтернативитет постоји у случају када две диспозиције симултано регулишу исто понашање, где се у погледу кривичноправног третмана прави разлика у зависности од тога да ли су њихове санкције исте или различите. С друге стране, прави алтернативитет се доводи у везу са грешкама у конфигурацији закона („два идентична концентрична круга“). Тако J. D. J. Restrepo, 12 – 13.

<sup>89</sup> З. Стојановић (2009), 19.

С друге стране, у суштинском, материјалном смислу, садржај феноменолошке димензије алтернативитета, по нашем мишљењу, чине следеће манифестације: 1) алтернативитет самосталних инкриминација; 2) алтернативитет обележја истог кривичног дела.

У светлу ове категоризације би требало посматрати и облике испољавања алтернативитета на које се указује у домаћој доктрини. Тако, на постојање ове релације упућује се како у случају када један законски опис бића кривичног дела садржи алтернативно постављена обележја, на основу којих се формирају његови различити облици, тако и онда када се из криминално–политичких разлога успостављају самосталне инкриминације које покривају истоветно понашање.<sup>90</sup>

Ипак, у највећем броју случајева, баш као и код правила решавања конфликта између законских норми, у домаћој теорији изостају стриктна класификациона правила у детерминацији феноменолошке димензије алтернативитета и полази се од метода егземплификације.<sup>91</sup>

Разматрању поменутих облика испољавања приступићемо имајући у виду дистинкцију између алтернативитета у формалном смислу, који заправо представља констатацију релационих односа између две инкриминације, наспрам алтернативитета као принципа привидног стицаја закона, који подразумева скуп законитости за утврђивање правила преферентности. Другим речима, како би алтернативитет имао својство особеног правила преферентности, потребно је да постоје одговарајући критеријуми избора главне инкриминације, који се не изводе директно из саме природе односа између конфликтних законских норми.

### 3.1.1. Алтернативитет самосталних инкриминација

Случајеве када се исто чињенично стање може подвести под две самосталне инкриминације у посебном делу кривичног права, које одударају једна од друге у лингвистичком смислу, односно формално су у функцији заштите различитих правних добара, сматрамо *алтернативитетом у правом смислу речи*. У овом случају не постоји никакав облик интерференције између два правна концепта, тако да се њихова компатибилност у примени на исто чињенично стање огледа једино у вредносном поклапању садржаја алтернативних правних концептата, које по основу деловања правила *ne bis in idem* спречава симултану примену истих.

Репрезентативни пример наведених појавних манифестација представљају релациони односи између кривичних дела давања лажног исказа или непријављивања кривичног дела и учиниоца са једне, наспрам помоћи учиницу после извршеног кривичног дела, са друге стране, који се у домаћој литератури наводе као карактеристични примери алтернативитета.<sup>92</sup> Јасно је да у овим случајевима фигурира потпуно непоклапање елемената законских описа бића кривичних дела, али се тумачењем долази до закључка да се исто искуствено понашање може подвести и под једну и под другу инкриминацију. Међутим, у том случају долази до конфликта између захтева да се обезбеди потпуно поштовање начела законитости са једне, односно да се спречи двоструко вредновање истих околности, са друге стране.

<sup>90</sup> Вид. Б. Чејовић (2006), 315; Љ. Јовановић, Д. Јовашевић, 154.

<sup>91</sup> Вид. С. Вуковић, Г. Станојчић, 102; Н. Мрвић Петровић, 233.

<sup>92</sup> Ј. Таховић (1961), 264; М. Радовановић, 174; Ј. Ђ. Таховић (1956), 187; С. Вуковић, Г. Станојчић, 102; Б. Чејовић (2006), 252. Тако и Ђ. Лазин, 97. Лазин као типичан пример алтернативитета, наводи однос између кривичних дела пружања помоћи учиниоцу после извршеног кривичног дела и непријављивања кривичног дела или учиниоца.

Феноменолошки облици алтернативитета засновани на паралелном постојању симултаних инкриминација, у контексту претходно наведених примера, објашњавају се утемељеношћу на различитим разлозима криминално–политичког карактера због којих се законодавац определио за успостављање таквог релационог односа, уз истовремено имплицирање да ће се по основу тог критеријума и извршити избор преферентне инкриминације.<sup>93</sup>

Ако пођемо од примера односа између кривичних дела давања лажног исказа и помоћи учиниоцу после извршеног кривичног дела, јасно је да постоји одступање како у законском опису (не постоји интерференција), тако и у криминалнополитичким захтевима на основу којих је успостављена једна и друга инкриминација, односно правним добрима који се примарно штите једним и другим правним концептом. Разлог за такво преклапање јесте околност да се некада не могу у потпуности раздвојити правни и искуствени концепти, због чега у настојању да се одређене вредности заштите са различитих тачака гледишта, долази до појаве ситуационог подударарања чињеничне обухватности две правне фигуре у конкретном законодавству. Међутим, њихова симултана примена је искључена услед деловања принципа *ne bis in idem*. Друго је питање по основу чега ће се у конкретном случају извршити избор преферентне законске норме.

Ради се о случајевима алтернативитета у правом смислу речи, за који важе следећа правила: 1) аутономија конфликтних инкриминација; 2) непоклапање елемената законског описа бића кривичног дела; 3) равноправан кривичноправни положај спорних правних концепата.

Осим тога, указује се да у овим случајевима, законодавац из криминално–политичких разлога одређује једно кривично дело као особени вид другог кривичног дела.<sup>94</sup> На основу ове констатације, јасно је да испољавање алтернативности настаје као продукт конкретног приступа законодавца у заштити штитењених вредности, који може довести у неким случајевима и до неизбежног преклапања правних конфигурација употребљених у ту сврху. То свакако не значи да су оне својеврсне „грешке“ законодавца, јер не постоје противречности у начину њихове конфигурације. Заправо, оне су нужни пратилац сваког позитивноправног система, имајући у виду хетерогеност правних добара којима се настоји пружити заштита, што некада може условити колизију између правних концепата формулисаних у том циљу и искуственог понашања.

Са аспекта алтернативитета самосталних инкриминација, карактеристичан је и однос између кривичних дела непријављивања кривичног дела и учиниоца из чл. 332 КЗ и помоћи учиниоцу после извршеног кривичног дела из чл. 333 КЗ, који се у великом броју случајева и наводи као пример алтернативитета.<sup>95</sup> Међутим, иако постоје схватања да би требало применити принцип алтернативитета и предност по основу критеријума сложенијег начина извршења, дати инкриминацији из чл. 333 КЗ, оправдано се сматра да је у конкретном случају реч о проблематици квалификације у домену оцене испуњености елемената законских описа бића једног или другог кривичног дела.<sup>96</sup> На исти закључак упућује и гледиште које у детерминацији алтернативитета наглашава фактор криминално–политичких

---

<sup>93</sup> Б. Чејовић (2006), 252. Чејовић такође полази управо од примера односа између непријављивања кривичног дела и учиниоца и помоћи учиниоцу после извршеног кривичног дела.

<sup>94</sup> М. Радовановић (1969), 174; Ј. Ђ. Таховић (1956), 187.

<sup>95</sup> Б. Чејовић (2006), 315; М. Радовановић (1969), 174.

<sup>96</sup> М. Карановић, 419. Аутор у том смислу указује на околност да се кривично дело непријављивања кривичног дела и учиниоца извршава нечињењем, те да, уколико се учинилац заустави на самом непријављивању, та криминална количина искључује начин извршења кривичног дела помоћи учиниоцу. Наиме, сматра се да је начин извршења кривичног дела помоћи учиниоцу после извршеног кривичног дела, шири од начина извршења непријављивања кривичног дела и учиниоца.

разлога предузимања радње извршења, уз констатацију да је кључно разлучити обележја извршеног кривичног дела.<sup>97</sup>

На првом месту, јасно је да би ова колизија дошла у обзир само код одређених кривичних дела, с обзиром на услов у инкриминацији из чл. 332, везан за предвиђену казну за кривично дело које се не пријављује (доживотни затвор), што подразумева да се питање алтернативитета појављује једино у случају релација између облика из чл. 332, ст. 1 и чл. 333, ст. 3 КЗ (пружање помоћи учиниоцу кривичног дела за које је прописан доживотни затвор). По нашем мишљењу, у случају када учинилац осим непријављивања, није предузео друге радње (чињења) које би се могле сматрати помагањем, кривично дело би требало квалификовати сходно одредбама чл. 332 КЗ. С друге стране, у случају када су предузете радње чињења, управљене ка помоћи учиниоцу, сматрамо да би предност требало дати инкриминацији из чл. 333, ст. 3 КЗ. Самим тим, ово би могло да одговара, па чак и да представља репрезентативан пример критеријума *претежности* неког обележја у односу на друго у пракси, који је с обзиром на анализираних примере инкриминација, уочљив већ на апстрактном нивоу, али и супсидијарности по основу примата чињења у односу на нечињење.

Међутим, овде би у поступку квалификације могло да дође и до извесне колизије између различитих фактора детерминације привидног идеалног стицаја, с обзиром на висину казне предвиђену у једном и у другом случају. Наиме, за пружање помоћи учиниоцу кривичног дела за које је прописан доживотни затвор, предвиђена је казна затвора од једне до осам година, док та казна у случају непријављивања кривичног дела и учиниоца подразумева затвор до три године. У том смислу, тешко се може говорити о алтернативитету у условима такве дискрепанције у висини предвиђене санкције, која би посматрано са апстрактног нивоа, по принципу *lex gravis derogat legi levi*, аутоматски искључила могућност примене инкриминације из чл. 332 КЗ, јер се у супротном не би могла остварити основна претпоставка привидног идеалног стицаја, оличена у обухватању невредности дела.

У сваком случају, решење овог проблема треба тражити у анализи начина испољавања забрањеног понашања у конкретном случају, тачније тежиште се помера на конкретни план у поступку квалификације. Тако, сходно већ изнетим разлозима, сматрамо да, уколико је предузета радња чињења која се може сматрати пружањем помоћи, уважавајући и предвиђене пенолошке ефекте, примат у квалификацији треба дати инкриминацији из чл. 333, ст. 3 КЗ, и то по основу принципа консумпције. Аргументи у прилог томе се односе на испуњеност основних материјалних претпоставки консумпције, оличених у хипотези о непријављивању кривичног дела и учиниоца као типичног пратећег дела у односу на пружање помоћи, што се уклапа и у услов довољности примарног кривичног дела да обухвати невредност предузетог понашања. Овде долазимо до специфичне ситуације, где упркос формалној испуњености претпоставки принципа алтернативитета, колизију са правилима консумпције решавамо у корист другог наведеног принципа, из разлога праведности и рационалности, односно из вредносних разлога, који су условљени казненом политиком нашег законодавца у конкретном случају, односно великом несразмером у висини казне у једном и у другом случају. Управо то је разлог одступања од алтернативитета, иако су испуњене његове претпоставке и иако се слажемо да релација између наведена два кривична дела представља репрезентативан пример овог принципа решења.

Такође, подразумева се да се на нивоу правних последица адекватно може вредновати околност остваривања обележја обе инкриминације у оквиру распона предвиђене кривичне санкције, чиме се комплетира вредносна оцена забрањеног понашања у датом случају.

---

<sup>97</sup> Љ. Јовановић (1995), 214.



Ако се томе дода и околност да у опредељењу за једну или другу варијанту, нужно фигурирају и субјективни елементи, односно управљеност умишљаја учиниоца, јасно је зашто је ово добар пример комплексности поступка квалификације привидног идеалног стицаја, условљеног мноштвом различитих фактора, које је осим у виду основних смерница, тешко прецизно утврдити.

За разумевање случајева алтернативитета самосталних инкриминација, од значаја је поменути и једну од класификација у литератури, утемељену на диференцијацији случајева правога и неправог алтернативитета. Сходно томе, указује се да *неправи алтернативитет* постоји онда када две законске норме регулишу исто понашање на симултан начин, тако што га дефинишу два пута. Као пример се наводе ситуације када се једно исто понашање регулише као кривично дело и као неки други преступ.<sup>98</sup> Својство „неправог“ алтернативитета се доводи у везу са двоструком инкриминисаношћу, што је заправо питање легислативне технике, у складу са чињеницом да је потпуно легитимно подвођење неког понашања под један или други правни концепт, чиме су условљена истовремено и недовољно диференцирана правила утврђивања преферентности. Ово је по нашем мишљењу једини случај где би се евентуално могло говорити о потпуном поклапању, односно идентитету правних диспозиција на које је указивао и Биндинг, с обзиром на то да је у посебном делу кривичног права тешко замислити постојање два концепта која у потпуности испуњавају такве услове.

Иако сматрамо да не постоји велика разлика у односу на претходно описане случајеве, барем не у суштинском смислу, у групи феноменолошких облика алтернативитета заснованих на самосталним инкриминацијама, у теорији се под називом *алтернативитет у правом смислу*, разматрају и манифестације два различита законска типа која штите исто правно добро, у другачијој форми, при чему садрже некомпатибилне субјективне или објективне елементе, односно разликују се по модалитетима напада. Овај принцип се представља у виду два круга која се секу, а као пример, наводи се однос између кривичних дела разбојништва (квалификованог по основу примене насиља) и преваре. Некомпатибилни елемент је примена насиља, које се не може испољити у исто време као и превара.<sup>99</sup> У сваком случају, и ове манифестације одговарају идејној концепцији алтернативитета, која подразумева хетерогеност конфликтних инкриминација управљених ка заштити одређеног правног добра.

Међутим, сматрамо да би уважавање и ових појавних манифестација, неоправдано проширило опсег примене алтернативитета као особеног принципа решења, али и самог привидног идеалног стицаја, имајући у виду да се ради о потпуно другачијим деликтима, и поред тога што штите иста правна добра.

Стога, можемо се сложити са констатацијом да принцип алтернативитета (у правом смислу), иако у ретким случајевима може послужити за решавање привидног стицаја закона, има дескриптивни значај при приказивању на који начин се различити типови, у функцији заштите истог правног добра, модификују у складу са свакодневним околностима.<sup>100</sup>

У ову категорију алтернативитета би се могли сврстати и случајеви већ поменутог билатералног специјалитета, када дође до симултане реализације квалификованог и

---

<sup>98</sup> J. D. J. Restrepo, 12. Тада, уколико је предвиђена иста вредност казне, судија може да изабере, према свом арбитрерном схватању, било коју од законских норми. Међутим, ако се казне разликују по тежини, примениће се правило *in dubio pro reo*.

Дакле, овде имамо потпуно супротно гледиште, у односу на оно које иначе утемељује принцип алтернативитета, заснован на примату најтеже санкције, што указује на сукобе неких опонентних принципа кривичног права.

<sup>99</sup> *Ibid.*, 13–14. Наиме, за два наведена случаја, користе се метафоре кругова који се преклапају или пак секу.

<sup>100</sup> *Ibid.*, 15.

привилегованог облика одређеног кривичног дела, где би квалификацију требало извршити применом суштинских материјалних критеријума, углавном претежности. Јасно је да се на ову феноменолошку варијанту не могу применити криминално–политички фактори, због саме природе конфликтних диспозиција.

Ово питање пак отвара и друге релевантне теоријске дилеме, превасходно у погледу концепта деликта *sui generis*, што је конструкција која представља исход особеног тумачења односа између базичног дела и његових модификованих варијанти (квалификованих и привилегованих законских типова). Најједноставније речено, одређење неког правног концепта као конструкције *sui generis*, односи се на поменуте модификације базичног дела за које се сматра да су у потпуности независне од истих, тачније да њихово присуство искључује наведене генеричке облике, што је предуслов успостављања релације алтернативитета између њих.<sup>101</sup>

Иначе, везивање алтернативитета за феноменолошку варијанту која се односи на симултану реализацију неког квалификованог и привилегованог облика истог базичног дела представља најкомплекснији и најспорнији случај у примени овог принципа решења. Стога и не чуди због чега долази до раскорака у начину његовог третирања и опонирања супротстављених захтева кривичног права.

Тако, неки од предлога у доктрини упућују на примену привилегованог облика као преферентног, уз уважавање квалификованог правног концепта као отежавајуће околности<sup>102</sup>, а сасвим легитимно је и супротно решење.

Одлучујућу улогу у овом случају, поред суштинских, материјалних критеријума које треба тумачити на исти начин као и у случају осталих феноменолошких варијанти, има пре свега примена адекватних корективних механизма, односно уважавање стицајних ефеката у погледу утицаја привидног дела. У сваком случају, погрешне би биле једино концепције о опредељењу за привилеговани или квалификовани тип, без уважавања утицаја оног другог у домену казне. Управо на овом примеру највише долази до изражаја значај успостављања равнотеже у домену одмеравања казне.

Сматрамо да се као једино исправно решење описаног проблема појављује утврђивање елемената који преовлађују, односно доминирају у конкретном случају, у зависности од чега ће се донети закључак о примарном носиоцу квалификације. Следећи корак би подразумевао кориговање утицаја друге инкриминације у домену одмеравања казне, њеним уважавањем као отежавајуће или олакшавајуће околности. Другим речима, уколико је као преферентан одређен квалификовани облик, утицај привилегованог ће се одразити у виду олакшавајуће околности и евентуално ограничења посебног максимума. С друге стране, уколико је носилац квалификације привилеговани облик, квалификовани ће се уважити као отежавајућа околност, уз истовремено ограничење посебног минимума.

На овај начин, више него код других принципа решења, уочава се спрега између правила квалификације и правних последица као две различите димензије института.

Случајеве алтернативитета по основу самосталних инкриминација, као манифестација привидног стицаја закона, требало би ограничити само на ситуације када у условима некомпатибилности типичних елемената, постоји подударање у домену чињеничне, искуствене обухватности испољеног забрањеног понашања, које покривају обе инкриминације. Стога, такво поклапање спречава њихову симултану примену, доводећи конфликтне инкриминације у равноправан положај приликом квалификације. Управо се у томе огледа поменути дескриптивни карактер алтернативитета, који служи констатацији таквих релационих односа. Међутим, његово поимање као принципа решења у оквиру

---

<sup>101</sup> J. Cuello Contreras (2009), 684.

<sup>102</sup> *Ibid.*, 682.

теорије привидног стицаја закона, захтева формулисање одговарајућег правила преферентности, чиме се, услед изостанка суштинских критеријума утврђивања примата једног од алтернативних концепата, нужно мора прибећи екстерним критеријумима.

Стога, када говоримо о овом, баш као и о другим случајевима алтернативитета, мисли се на феноменолошке облике испољавања релација алтернативности које конфигуришу једну од манифестација привидног стицаја закона. То се мора посматрати одвојено од алтернативитета као принципа решења, који садржи одговарајућа правила преферентности, по основу додатних критеријума, другачијих од саме феноменолошке димензије.

### 3.1.2. Алтернативна обележја истог кривичног дела

Поред односа између самосталних инкриминација, постоје и случајеви алтернативитета који се манифестују у виду алтернативно постављених обележја бића истог кривичног дела. Овде се заправо ради о квалификацији истоветног генеричког дела, у различитим варијантама у којима се, сходно законодавној техници у конкретном законодавству, оно може испољити. Најрепрезентативнији примери подразумевају најчешће различите варијанте реализације квалификованих облика одређених кривичних дела, попут тешког убиства или пак тешке крађе.

Овај феноменолошки облик алтернативитета се одређује и у контексту више различитих начина извршења истог кривичног дела<sup>103</sup>, или пак описује као случај када се биће једног кривичног дела састоји из више алтернативно одређених обележја.<sup>104</sup>

Тако, у домаћој доктрини се као пример алтернативитета наводи случај истовременог остваривања обележја тешке крађе извршене обијањем или проваљивањем, и од стране лица које је при себи имало какво оружје или опасно оруђе, односно случај када у остваривању обележја кривичног дела тешке телесне повреде, учинилац уништи важан део тела или орган оштећеног и проузрокује трајно и тешко нарушавање његовог здравља.<sup>105</sup> У описаном случају, који је чест пример у судској пракси, као образложење за примену конструкције привидног идеалног стицаја, истиче се околност да није реч о стицају више кривичних дела тешке крађе, већ о паралелном постојању више квалификаторних елемената, односно отежавајућих околности у функцији конституисања наведене инкриминације.<sup>106</sup>

По истом принципу, сматра се и да сваки од квалификованих облика убиства из чл. 114, ст. 1, тач. 1 – 10 КЗ, представља по једно самостално кривично дело тешког убиства, чије истовремено остваривање води ка примени принципа алтернативитета.<sup>107</sup> Ради се о најчешћим случајевима алтернативитета, где се истовремено испољава и највише специфичности у самом поступку квалификације у зависности од тога у којим варијантама су се испољиле комбинације међуодноса појединачних модалитета реализације.

<sup>103</sup> Љ. Јовановић (1995), 215.

<sup>104</sup> Б. Чејовић (2006), 252. Вид. и Ђ. Лазин, 96.

<sup>105</sup> Љ. Лазаревић (2011), 285. Тако и З. Стојановић (2021), 308. Такође, могуће су и друге комбинације различитих начина извршења кривичног дела тешке крађе, попут оне извршене обијањем касе динамитом, чиме се стичу обележја тешке крађе обијањем из чл. 204, ст. 1 тач. 1 и тешке крађе на нарочито опасан начин из чл. 204, ст. 1, тач. 3 КЗ. Вид. Љ. Јовановић (1995), 215.

<sup>106</sup> Извод из пресуде Врховног суда НР БИХ Кж 43/53 од 23.03.1953. године, *Правни живот* 9/1953, 22 – 23. У том смислу, наглашава се да су само једном остварена обележја бића кривичног дела тешке крађе, као и да постојање више квалификаторних елемената треба третирати као отежавајућу околност.

Такође, указује се и да је у конкретном случају заправо реч о стицају више квалификаторних околности. Вид. Б. Чејовић (2006), 252.

<sup>107</sup> Пресуда Апелационог суда у Београду КЖ1 5053/13 од 18.11.2013. године, *Билтен Апелационог суда у Београду* 8/2016, 57 – 58. Вид. и Н. Делић, 25.

Пре свега, важно је напоменути да се у разматрању релација између појединих манифестација облика тешког убиства, уочава и колизија овог принципа са претпоставкама специјалитета, што представља још један показатељ релативности у детерминацији алтернативитета, односно линији разграничења са другим принципима решења и условљености особеностима конкретног случаја. Ово је и разумљиво, имајући у виду да је реч о теоријски најнепрецизнијем правилу решавања конфликта између законских норми. Наиме, постоји општа сагласност да се у случају када су испуњени услови за примену облика из чл. 114, ст. 1, тач. 5 КЗ (лишење живота из користољубља), а истовремено и облика чл. 114, ст. 1, тач. 4 КЗ (лишење живота при извршењу кривичног дела разбојништва или разбојничке крађе), што у практичном смислу представља лако оствариву хипотетичку ситуацију, с обзиром на природну повезаност наведених инкриминација, треба применити правило специјалитета и по том основу дати примат облику из чл. 114, ст. 1, тач. 4. КЗ.<sup>108</sup> Ради се о једном од примера конкретног специјалитета, односно специјалитета по основу екстензије (дodatка) у погледу начина извршења (лишење живота приликом извршења разбојништва или разбојничке крађе), где се користољубље појављује као елемент који фигурира у оба случаја, на изричит или прећутан начин. Јасно је да на наведеном примеру не изостаје ни материјални основ алтернативитета, који се темељи на паралелном постојању више квалификаторних обележја истог нивоа у оквиру јединствене инкриминације, као различитих средстава за постизање истог циља у заштити одређеног штићеног правног добра. Исто тако, могло би се говорити о *претежности* обележја које укључује извршење разбојништва или разбојничке крађе у остварењу наведеног циља, као јаче израженог елемента са објективног или субјективног аспекта. Међутим, управо у овом случају долази до изражаја акцесорни карактер алтернативитета и његова улога резервног принципа у теорији привидног стицаја закона. Осим тога, иако се на први поглед чини да не би било практичне разлике у примени специјалитета или алтернативитета, с обзиром да би се у оба случаја дошло до истог закључка о примарности правног концепта из чл. 114, ст. 1, тач. 4 КЗ, постоји још један фактор који негира оправданост овакве констатације. У питању је неадекватност алтернативитета да примарној правној норми обезбеди својство покривања целокупне невредности предузетог понашања, због чега се захтевају корективни механизми у одмеравању казне и то у виду деловања привидног дела у својству отежавајуће околности. Такве правне последице у овом случају не би биле оправдане, превасходно из разлога што би тиме дошло до двоструког вредновања исте околности (елемент користољубља), а самим тим и кршења начела *ne bis in idem* у материјалном смислу. Принцип специјалитета стога делује управо у функцији заштите овог начела и појављује се као једино могуће решење конфликта између норми. Ово је још један од примера где сам поступак верификације као једна од релевантних фаза у поступку квалификације, може да укаже да ли изабрано решење задовољава све начелне поставке института, односно да истакне евентуалне недоследности и неусаглашености.

Осим овог изузетка, у осталим случајевима симултаног испољавања више облика тешког убиства из чл. 114 КЗ, делује правило алтернативитета, а у избору носиоца квалификације важи правило претежности, чији су критеријуми детерминације условљени особеностима конкретног случаја.

За разлику од облика алтернативитета у правом смислу, код ових манифестација, ради се о испољавању алтернативности у оквиру истоветне инкриминације, и то углавном квалификованог облика, који се може испунити на више алтернативно прописаних начина. Разлика у односу на претходно поменуте случајеве се огледа у томе да није реч о различитим врстама забрањеног понашања, са другачијим заштитним објектима и успостављеним ради

---

<sup>108</sup> З. Стојановић, Н. Делић, 12. Тако и М. Марковић, „Убиство из користољубља“, *Право – теорија и пракса* Vol. 26 9 – 10/2009, 21 – 35. Сматра се да у овом случају постоји апсолутна важност специјалитета и у домену правних последица, тако да се привидно дело неће разматрати ни у својству отежавајуће околности.

заштите другачијих криминалнополитичких интереса, већ о истом облику квалификованог кривичног дела, са варијабилним начином остваривања. То подразумева и истоветност предвиђених санкција за све алтернативне концепте, што додатно отежава начин избора преферентног кривичног дела.

Дакле, оправдање примене алтернативитета у описаним случајевима би требало тражити у околности да је штићено правно добро повређено само једном, тачније да је његова заштита постигнута применом самог једног од алтернативно прописаних обележја, на шта посредно указује и иста висина кривичних санкција предвиђених за различите варијанте утицаја, чије самостално предвиђање има за циљ искуствено, али не и правно проширење релевантних забрањених понашања.

Штавише, могло би се рећи да у одређеним случајевима, паралелно остваривање плуралитета алтернативно предвиђених облика, више одговара субјективној компоненти предузетог понашања, него објективним захтевима за аутономним кажњавањем. Тако, уколико учинилац изврши тешко убиство из користољубља, остварујући и елементе тешког убиства на свиреп начин, наведене околности указују на субјективни склоп учиниоца на основу којег исти заслужује већу казну, али не и на објективни захтев за успостављањем аутономне појединачне одговорности за сваки од ових квалификованих облика, будући да је једном радњом постигнута сврха забрањеног понашања у деловању на један заштитни објекат. Супротно резонување би ишло у правцу неоправданог репресивног деловања, а самим тим и довело у питање остваривање циљева кажњавања, што је фактор који се такође уважава у квалификацији привидног идеалног стицаја.

У домаћој литератури постоји општа сагласност о подвођењу поменутих манифестација под појавни облик алтернативитета, који се одређује као случај када бића извршених кривичних дела садрже алтернативно постављена обележја, попут тешког убиства или тешке крађе<sup>109</sup>, односно када је извршење једног кривичног дела могуће на више начина.<sup>110</sup> Овде свакако треба имати у виду да је реч о специфичној законодавној техници, која у оквирима јединствене инкриминације обједињује могуће варијанте његовог испољавања, у зависности од одговарајућих субјективних или објективних фактора. У том смислу, говори се на пример о тешкој крађи извршеној обијањем или проваљивањем, наспрам оне где вредност отуђених ствари прелази одређени новчани износ. Између алтернативно предвиђених обележја, по правилу, не постоји никакав преферентни однос попут специјалитета, већ се ради о потпуно различитим основама успостављања истог квалификованог облика, који се услед деловања забране двоструког вредновања не могу паралелно применити.

Ипак, у нашем законодавству, као што смо већ поменули, постоје и спорадични случајеви где се између више алтернативних обележја, може уочити и својеврсни однос специјалитета. Тако, и у доктрини постоји став да би у случају истовременог остваривања обележја кривичног дела тешког убиства из користољубља и при извршењу разбојништва или разбојничке крађе, требало применити правило специјалитета и по том основу дати примат облику тешког убиства из чл. 114, ст. 4.<sup>111</sup> Управо на овом примеру долази до изражаја споредни карактер принципа алтернативитета у односу на остале принципе решења,

---

<sup>109</sup> Ј. Таховић (1961), 264; М. Радовановић (1969), 172. Као пример се наводи случај кривичног дела тешког убиства, као и тешке крађе. Тако, уколико неко на свиреп начин, из користољубља, лиши живота друго лице и при томе са умишљајем доведе у опасност живот још неког лица, постојаће само једно дело тешког убиства, а не идеални стицај, иако извршено дело садржи обележја више врста тешких убистава, која су алтернативно одређена.

<sup>110</sup> Љ. Јовановић, Д. Јовашевић, 154.

<sup>111</sup> З. Стојановић (2009), 19. Оно што је важно напоменути, јесте да се у наведеном случају примена правила специјалитета појављује не као могућност, већ као нужна последица испољавања односа између релевантних правних концепата на апстрактном нивоу.

али и релативни карактер индиферентности на коју се указује у решавању конфликта између инкриминација.

То одговара и Лазаревићевој концепцији према којој привидни идеални стицај по основу алтернативитета, постоји код оних кривичних дела која се могу испољити посредством више самосталних феноменолошких облика, а та могућност се и реализује у конкретном случају. При томе се кривичноправни третман манифестује као формална квалификација у складу са једним од њих, уз узимање у обзир другог као отежавајуће околности.<sup>112</sup>

Поред наведених репрезентативних примера алтернативитета, под окриље овог концепта, сврставају се и случајеви алтернативно предвиђених радњи извршења у оквиру исте инкриминације, при чему је само једна од њих довољна за постојање основног или квалификованог облика.<sup>113</sup> Тако, указује се да остваривање обележја тежег облика кривичног дела обљубе над немоћним лицем из чл. 179, ст. 2 КЗ, извршеног истовремено од стране више лица и уз наступање тешких телесних повреда, представља случај привидног идеалног стицаја по основу алтернативитета.<sup>114</sup>

У нашем законодавству постоји велики број примера потенцијалних случајева овако схваћеног алтернативитета, које теоретичари сматрају привидним идеалним стицајем по наведеном основу. У том контексту се помиње и кривично дело злоупотребе положаја одговорног лица из чл. 227 КЗ, где се у случају остваривања више од једне алтернативно предвиђених радњи извршења (искоришћавање положаја или овлашћења, прекорачење граница овлашћења, невршење дужности), сматра да постоји привидни идеални стицај по основу алтернативитета.<sup>115</sup> Међутим, ове случајеве би требало раздвојити од алтернативитета у правом смислу речи. Иако се слажемо да је реч о релацији алтернативности и да би тако и требало вршити квалификацију, овде нема потребе за применом правила решавања конфликта између законских норми, с обзиром да је реч о особеном облику јединства, који произлази из саме законодавне технике, где се и не поставља питање идеалног стицаја.

Дакле, у овом случају се принцип алтернативитета везује за конкретне феноменолошке облике, оличене у испољавању алтернативног прописивања обележја одређених кривичних дела. Чињеница да је остварено и више његових тежих модалитета, према овој концепцији, неће означавати идеални стицај, већ само још једну његову додатну потврду. И даље је то, на пример, само један случај тешког убиства, будући да сврха прописивања наведених квалификаторних одредби, није била да се удвостручи невређност и тиме аутономно предвиде посебна кривична дела исте концепције, већ да укаже да се то кривично дело може извршити, односно да може постојати у више различитих ситуација, које ће увек претпостављати такву квалификацију. Њихов плуралитет је управљен ка екстензивности такве инкриминације у квалитативном, а не у квантитативном смислу.

Кривичноправно релевантно питање постављено у том случају, јесте како се примењује законска одредба онда када постоји више околности које су уз њу законски прописане као алтернативни услови њеног постојања. Наиме, важно је нагласити да такав плуралитет не повећава број главних инкриминација, него квалитет њихове тежине, из чега би као једино адекватно тумачење, произашло да постоји квалификација наведеног дела, уз ирелевантност основа формалне декларације, али уз уважавање више реализованих околности као отежавајућих у самом поступку одмеравања казне.

<sup>112</sup> Љ. Лазаревић (2011), 285.

<sup>113</sup> Тако Ђ. Лазин, 96; F. Pavón Vasconcelos, 226.

<sup>114</sup> М. Шкулић (2018), 55.

<sup>115</sup> М. Шкулић, „Злоупотреба положаја одговорног лица, *Ratio legis* и неки недостаци постојеће инкриминације“, *Привредна кривична дела* (ур. И. Стојановић, В. Чоловић), Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд 2017, 77.

На тај начин се обезбеђује равнотежа између супротстављених захтева поштовања забране двоструког вредновања с једне и обухватања целокупног чињеничног стања са друге стране. Према томе, овде имамо специфичну ситуацију ефеката привидног кривичног дела. Наиме, иако по овој концепцији, оно неће имати формалан утицај у домену декларације кривице, ипак утиче на јединствену казну, делујући као отежавајућа околност. Међутим, таква отежавајућа околност фигурира у оквирима исте квалитативне квалификације, по основу чињенице да се остварило више обележја законског описа.

#### 4. Алтернативитет у поступку квалификације

Претпостављена улога алтернативитета као принципа решења привидног стицаја закона, подразумева скуп законитости на основу којих се врши избор преферентног кривичног дела у случајевима када се констатује релација алтернативности, било да се ради о алтернативитету самосталних инкриминација, или пак алтернативитету обележја истог кривичног дела.

Већ смо напоменули да ова релација не поседује особени материјални садржај по основу којег би се извршио избор носиоца квалификације, што захтева увођење додатних критеријума у остварењу наведеног циља. Другим речима, за разлику од осталих принципа решења, констатација алтернативитета не значи истовремено и аутоматски одређење природе релација између норми, у односу на коју би било могуће, већ по основу њених преегзистирајућих интерних карактеристика, извршити избор преферентног концепта као носиоца квалификације. Стога, алтернативитет захтева предвиђање посебних правила, екстерног карактера, на основу којих ће се извршити квалификација.

То имплицира да за његову примену мора бити испуњено неколико услова: 1) поклапање невредности два концепта која штите исто правно добро, а предвиђена су у одвојеним инкриминацијама; 2) заснованост на принципу *ne bis in idem* – немогућност истовремене примене алтернативно предвиђених норми; 3) постојање правила за решавање сукоба норми.

Постоји разлика у погледу решавања конфликта између законских норми, у зависности од тога да ли оне прописују истоветне или различите кривичне санкције. У зависности од наведеног критеријума ћемо формулисати и наше предлоге за решавање овог значајног проблема.

Поред једног од најкомплекснијих питања у теорији привидног стицаја, које се тиче начина избора преферентног дела код алтернативитета, за поступак квалификације је од посебног значаја још и дистинкција између ефективног стицаја и стицаја закона, где значајну улогу има позивање на разјашњавајућу функцију идеалног стицаја.

Стога, у литератури се указује и на значај особеног методолошког поступања у поступку квалификације алтернативитета, који сходно његовом резидуалном карактеру, подразумева да се најпре оцењује испуњеност услова за примену аутентичног стицаја (идеалног или реалног), након чега следи оцена испуњености услова за специјалитет, супсидијаритет и консумпцију, док се тек на крају разматра решење алтернативитета.<sup>116</sup>

Значајно питање у поступку квалификације алтернативитета, представља успостављање дистинкције у односу на идеални стицај, имајући у виду поклапање њихове идејне основе, односно околност да ни једна ни друга норма не обухвата у потпуности невређност дела, будући да обе подједнако покривају чињенично стање. Кључни

---

<sup>116</sup> A. Obregón García, 69.

дистинктивни параметар у овом случају се пак испољава путем деловања принципа *ne bis in idem*, који спречава њихову симултану примену.<sup>117</sup>

Наиме у поступку квалификације алтернативитета полази се од хипотезе стицаја између алтернативних инкриминација, чија је симултана примена искључена услед деловања начела *ne bis in idem*, при чему не долази до одбацавања свих пенолошких ефеката привидних норми.<sup>118</sup> Истицање описаног стицајног карактера института, нарочито у домену правних последица, посебно долази до изражаја код алтернативитета, што утиче и на границу са идеалним стицајем, која је у овом случају недовољно прецизно одређена. Сходно томе, јасно је због чега принцип стриктне ексклузивности преферентног дела, карактеристичан за приступ који полази од интерпретативног карактера института, не одговара прихватању алтернативитета као особеног принципа решења.

Иначе, прихватање алтернативитета као једног од принципа решења у теорији привидног идеалног стицаја, захтева одговоре на неколико питања, која између осталог подразумевају и суштинска (материјална) правила за решавање конфликта између законских норми. Међутим, проблем се испољава у томе што алтернативитет сам по себи нема особени материјални садржај, путем којег би се разрешио такав сукоб у квалификацији, већ представља само назив проблема, односно специфичне кривичноправне ситуације.

Могло би се рећи да у случају када се ради о правним концептима исте тежине, заправо и не постоји никакав конфликт, већ двоструко инкриминисање истог чињеничног стања, које пак не треба посматрати као грешку законодавца, већ као одраз екстензивног приступа у тумачењу релационих односа и остављања веће слободе интерпретатору да, сагледавајући све околности конкретног случаја, донесе одлуку о примату једног правног концепта у односу на други. Такав релативни конфликт се заправо решава на нивоу самих законских описа, по основу *фактора претежности*.

С друге стране, у случају када постоји разлика у висини санкција предвиђених за алтернативно повезане инкриминације, укључују се и криминално–политички критеријуми, базирани на давању примата најтежој или најлакшој норми, иако се можемо сложити да је њихова примена релативног карактера. Међутим, како би се могло говорити о алтернативитету као особеном принципу решења, уколико то питање није решено применом посебних легислативних техника, потребно је да постоји изричито регулаторно правило о начину утврђивања примарне норме. У супротном, могла би се створити извесна ситуација правне несигурности.

У нашем законодавству су изостала оваква правила, тако да је питање избора препуштено тумачењу особености конкретног случаја, што се практично своди на процес интерпретације релевантне чињеничне ситуације, односно на суштинске материјалне критеријуме. Ово је прихватљиво са аспекта тренутне законодавне ситуације, где не постоји велики број оваквих случајева који се свде на феноменолошку варијанту алтернативитета самосталних инкриминација.

Међутим, тиме се не решава суштински проблем алтернативитета на вишем теоријском нивоу, који по својој природи захтева извесне модификације у домену правила преферентности.

---

<sup>117</sup> J. C. Moliné, 55 – 56. Указује се да би примена идеалног стицаја под наведеним околностима, довела до директног кршења правила *ne bis in idem*.

<sup>118</sup> R. Carnevali Rodríguez, C. Salazar Zenteno, 8.



#### 4.1. Решавање проблема алтернативитета

Специфичност релације алтернативитета, оличена у чињеници легитимне примене било које од могућих законских норми које инкриминишу конкретно забрањено понашање, иако наизглед конфигурише једноставно решење, због могућности отвореног избора носиоца квалификације, ипак представља једно од најкомплекснијих питања у овој материји. Наиме, условљеност околностима конкретног случаја и препуштање судији одлуке о примени једног или другог кривичног дела, ставља важан задатак пред доктрину, нарочито када је реч о смерницама у којима ће се таква квалификација вршити и одабиру релевантних параметара за одлучивање.

Област дефинисања законитости по којима се врши избор примарне инкриминације, заснована је на критеријуму висине казне. Путоказ у изналагању адекватног решења, испољава се и код првобитне Биндингове концепције, која је предвиђала два модела за превазилажење грешке законодавца: 1) ирелевантност у избору главне норме (случај поклапања висине казне); 2) принцип најтеже казне (случај различитих казних последица).<sup>119</sup>

Иако би се аргументовано могло бранити решење о примату теже санкционисаног кривичног дела, у светлу основних идеја о захтевима за покривањем целокупне невредности дела, ипак нам се чини да оно неће увек бити релевантно за све случајеве алтернативитета, а поставља се и питање његове оперативности онда када су предвиђене казне идентичне, или пак приближне тежине.

Ако се пође од наведене категоризације, јасно је да постоје два могућа правца формулисања наведеног принципа решења. Један од њих је условљен криминално–политичким критеријумима, а полази од две могућности: 1) давање примата концепту са најтежом казном; 2) давање примата концепту са најблажом казном.

Иако и у првом случају постоје бројне теоријске дилеме и недоумице у погледу правца кретања у избору главне норме, знатно су комплекснији случајеви решавања проблема алтернативитета код инкриминација са истом казном, што се преваходно односи на облик алтернативитета заснован на различитим обележјима истог кривичног дела. Мада се у доктрини решење углавном проналази у констатацији да је ирелевантно која ће се од конфликтних законских норми применити у конкретном случају, ипак се не можемо ослонити на тако поједностављена и непрецизна схватања.

Осим тога, као један од релевантних критеријума у избору преферентне инкриминације, у доктрини се наводи и параметар значаја правног добра које се њима штити<sup>120</sup>, или се пак указује на примат инкриминације ширег опсега, у односу на ужу.<sup>121</sup>

У сваком случају, имајући у виду правну природу ових релација, нарочито када је реч о варијантама њиховог испољавања које се манифестују у различитим последицама алтернативно прописаних инкриминација, проблем алтернативитета захтева изричито законско правило, како би се разрешио сукоб два подједнако важна принципа – праведности, односно спречавања неоправданог привилеговања учиниоца, као и тумачења предузетог понашања у складу са начелом *in dubio pro reo*. У супротном би спорно питање криминално–политичког карактера могло да се тумачи на различите начине и створило би својеврсну конфузију и недоумице у примени, а самим тим негирало својство алтернативитета као аутономног принципа решења.

<sup>119</sup> J. P. Matus Асуња (2000а), 307.

<sup>120</sup> Н. Муњоз Нормент (1986), 380. Истиче се да поклапање два законска типа у једном или више заједничких елемената, условљава примену оне законске норме која штити важније правно добро.

<sup>121</sup> М. Карановић, 418.

Међутим, принцип алтернативитета, оличен у наведеним правилима је споран, између осталог и због делимичне неусаглашености са аспекта основне идејне концепције стицаја закона, утемељене на постављању захтева да се једном законском нормом у потпуности обухвати чињенично стање (захтев за потпуним обухватањем невредности дела), у домену деловања његових основних начела. Изостанак стриктних критеријума у избору преферентног дела, који се често своди само на утврђивање превласти одређених елемената, или пак правила најтеже/најблаже казне, не обезбеђују потпуно покривање невредности дела применом само једне од тако утврђених примарних норми.

У сваком случају, применом једне од три могућих варијанти, остаје део забрањеног понашања који није обухваћен таквим сагледавањем невредности, чиме се доводи у питање остваривање сврхе привидног стицаја закона. То са друге стране, отежава и питање разграничења од идеалног стицаја, односно довољне репрезентативности и адекватности овако формулисаног правила да обезбеди квалификацију привидног на рачун аутентичног стицаја.

Кључну улогу у решавању описане дилеме има позивање на начело *ne bis in idem*, односно постављање питања да ли би квалификација идеалног стицаја довела до двоструког вредновања истих околности, при чему се мора нагласити и значај методологије поступка квалификације, нарочито у домену верификације изабраног резултата, што је у овом случају нарочито наглашено.

Пре указивања на основне критеријуме које сматрамо релевантним за решавање проблема алтернативитета, важно је напоменути да се они више него у случају других принципа решења, ослањају на казнене ефекте колизионих правних концепата, што истовремено, поступак квалификације условљава оценом остваривања сврхе, односно циљева кажњавања. Наиме, као полазна тачка у квалификацији, јавља се питање (не)истоветности казних последица предвиђених за правне норме у релацији алтернативитета. Тако, ако се диференцирају по наведеном основу, а било која од алтернативних инкриминација је примењива на конкретну искуствену ситуацију, критеријуми избора се нужно померају на криминално–политички план, мада, по нашем мишљењу, чак и у овим случајевима могу фигурирати материјални детерминатори, уколико не постоји велика несразмера у висини прописаних санкција.

С друге стране, уколико постоји вредносно поклапање, односно еквивалентност казних ефеката, реч је о алтернативитету у правом смислу речи, при чему непостојање диференцијалних карактеристика у домену предвиђених санкција за предузето понашање, указује на потпуни изостанак било каквих законодавних назнака које би говориле у прилог једног или другог решења. На том плану, фигурирају суштински материјални критеријуми, у највећем броју случајева сведени на тврдње да је ирелевантно која ће инкриминација бити одабрана да буде носилац квалификације. Међутим, сматрамо да у овим случајевима није реч о потпуној индиферентности, већ у ослањању на тумачења међуодноса између релевантних правних концепата са аспекта њиховог испољавања у конкретној чињеничној ситуацији и избор оног који више одговара ситуационим околностима.

Стога, полазећи од тренутног стања у доктрини, адекватније је говорити о критеријумима *релативне индиферентности*. Ипак, теоријска решења у овој области, више него у случају других принципа решења, захтевају примену посебних легислативних механизма у поступку квалификације, у вези чега ћемо изнети неколико предлога *de lege ferenda*.

#### 4.1.1. Криминално–политички критеријуми

Разматрање алтернативитета као једног од принципа решења привидног идеалног стицаја, нужно је праћено и питањем истоветног или диференцираног пенолошког третмана правних концепата у таквом односу, у зависности од чега се и успостављају различити критеријуми решавања конфликта између норми. Иако је тешко пронаћи и одговарајућу материјалну утемељеност давања примата једној од алтернативних норми у ситуацији када су за исте предвиђене истоветне казне, што представља важно теоријско питање, са криминално–политичког аспекта је знатно више недоумица проузроковала супротна ситуација. Наиме, теоретичари се у условима изостанка изричитог опредељења законодавца, разилазе у тумачењу утицаја опонентних принципа кривичног права поводом опредељења за решење које фаворизује учиниоца, или пак настоји да пружи целовиту заштиту штићеном правном добру и испуни основни предуслов квалификације привидног идеалног стицаја – обухватање невредности дела.

Сходно томе, искристалисала су се два модела преферентности – *принцип најтеже* и *принцип најблаже казне*, с тим што је њихова примена у поступку квалификације условљена и постојањем формалног опредељења законодавца за једно или друго решење. Наиме, сматра се да би у условима изостанка таквог опредељења, најадекватније било применити правило *in dubio pro reo*.<sup>122</sup> Иако сматрамо да би се у светлу фундаменталних поставки института привидног идеалног стицаја, првенствено захтева за обухватањем невредности дела, аргументовано могао бранити став о примату инкриминације са најтежом санкцијом, не треба заборавити да привидни идеални стицај није никакав казнени принцип, те да већа тежина казне, може да представља само један од показатеља обухватања такве невредности. Уосталом, висина санкције за конкретна кривична дела, условљена је усвојеном казненом политиком, односно криминално–политичким опредељењима. Стога, са правом се као равноправна оставља и могућност примене правила *lex levis derogat levi gravi*. То је и један од разлога због чега се залажемо за усвајање особених законодавних механизма у решавању наведених проблема, како би се избегле такве дилеме.

Ове дилеме су у одређеним случајевима условиле и интервенције законодавца, у погледу правила којима се решава конфликт између норми под тим условима. Тако се у већ поменутој одредби из шпанског законодавства алтернативитет конфигурише као резидуални принцип и за разлику од специјалитета, супсидијаритета и консумпције, код којих се примарност једног правног концепта утврђује по основу, суштинских, материјалних појмова, успоставља применом критеријума тежине казне. Остављајући по страни прецизност и практичну примењивост правила која важе у претходна три, примарна принципа, могућност примене правног концепта са најтежом казном у случају када се на други начин не може решити конфликт између инкриминација, представља опредељење криминално–политичког карактера.

Исто тако, не треба заборавити да је број инкриминација у релацији алтернативитета, сходно његовој феноменолошкој димензији, као и са тим повезана висина предвиђених санкција за сваку од њих, условљена и самом казненом политиком, због чега постоје адекватни механизми за избегавање великих дискрепанција на овом плану, које би захтевале законодавне интервенције. Стога, изван претпостављених „грешака“, које су у савременом кривичном праву углавном превазиђене, законодавац ће по правилу избегавати да код различитих инкриминација, вредносно и искуствено поклапајућег опсега примене, управљених ка заштити истог правног добра, предвиди несразмерно велике разлике у тежини санкција. Управо та разлика би по нашем мишљењу могла чак и да укаже на неиспуњеност услова примене алтернативитета. Јасно је да се ово питање уопште неће поставити код оних

---

<sup>122</sup> М. А. Torrez López, 153.

феноменолошких манифестација које смо одредили као алтернативитет (квалификаторних) обележја истог кривичног дела, имајући у виду истоветност казне, као и околност да се већ приликом њиховог инкриминисања и полази од претпоставке алтернативности. Стога би ове критеријуме требало везати превасходно за облике алтернативитета између самосталних инкриминација, где се иначе и јављају највећи проблеми у самој детерминацији ове релације, што се донекле компензује околношћу да су ови случајеви и иначе ретки, а да су се наша доктрина и судска пракса углавном изјасниле на која се кривична дела то односи и на који начин се решава конфликт у датим околностима.

#### 4.1.1.1. *Lex gravis derogat legi levi*

Принцип *најтеже казне* има своје корене у најранијим концепцијама карактеристичним за увођење принципа алтернативитета у теорију привидног стицаја закона. Тако, Биндингова хипотеза о алтернативитету као средству за исправљање грешака законодавца, темељила се управо на идеји о дерогирању једне законске норме другом, применом једноставног критеријума висине казне. Алтернативитет се сходно томе појављује као отелотворење поменутог принципа најтеже казне. Карактеристично је да се ради о правилу које је у неким случајевима подигнуто чак и на ранг особеног законодавног правила, као што је случај са шпанским законодавством.

Оно што се уочава и што се може сматрати релевантним за целокупан процес развоја овог принципа, јесте да се акценат ставља на тежину конкретног кривичног дела, у смислу да се примена теже законске инкриминације, оправдава управо принципом алтернативитета, који се у том смислу појављује као отелотворење принципа најтеже казне. То се уочава и у случају законског регулисања института у шпанском законодавству, где наилазимо на специфичну ситуацију у одређењу института привидног стицаја закона. Наиме, за разлику од специјалитета, супсидијаритета и консумпције, једино се код алтернативитета нуди конкретно решење конфликта између сукобљених правних норми. Тако, одредбама члана 8.4, предвиђа се да ће у недостатку других, претходно изнетих критеријума (специјалитета, супсидијаритета и консумпције), тежи концепт искључити оне који предвиђају блажу казну.<sup>123</sup>

Доктринарни норматив о примату норме са најтежом санкцијом, са историјског аспекта, изводи се и из некада важеће одредбе у шпанском законодавству, која је предвиђала искључиво ово правило, као облик законског алтернативитета, иако је било извесних дилема у њеном тумачењу.<sup>124</sup>

Слично томе, према Мецгеровом схватању, алтернативитет се дефинише управо полазећи од разлика у висини казне, односно у складу са концепцијом да се иста радња може подвести под више закона, сходно различитим правним критеријумима, који прописују различите казне, истовремено утврђујући да је примена једног од њих условљена околношћу да други не предвиђа тежу казну.<sup>125</sup>

То нужно произлази из чињенице да се код алтернативитета не ради о природном односу између наведених норми, где се тумачењем може доћи до закључка о успостављању преферентности, у складу са претпостављеном вољом законодавца. Напротив, не постоји суштинска спона која би уопште омогућила интерно решавање конфликта. То је и разлог зашто се концепција о алтернативитету као једном од концепата привидног стицаја закона,

<sup>123</sup> J. P. Matus Асућа (2005), 480.

<sup>124</sup> Одредба чл. 68 шпанског Кривичног законика из 1944. године, предвиђала је примену правног концепта са најтежом казном, уколико се конкурентна дела могу подвести под два или више правних концепата.

<sup>125</sup> E. Mezger, 347.

показује као неодржива у случајевима прихватања гледишта о стриктно интерпретативном карактеру института.

Дакле, правило за решавање конфликта између законских норми, не произлази из природе самих релација, већ се заснива на увођењу додатног криминално–политичког, а не правног критеријума, оличеног у правилу примене најтеже казне. Уско повезано са тим, јесте и питање евентуалних ефеката привидног дела, које се надовезује на поменуто правило. Тако, услед саме природе наведеног критеријума, и недостатка суштинске самосталности, јављају се захтеви за његовом корекцијом, која се врши на плану одмеравања казне, односно огледа се у третирању привидног дела као отежавајуће околности.

Имајући у виду оба аспекта утицаја, алтернативитет се може одредити као принцип правних последица, односно једини од принципа решења, где се избор између два кривична дела врши на основу критеријума тежине предвиђене казне у конкретном случају.

Међутим, када је реч о принципу најтеже казне, постоје бројне критике, односно аргументи против његове примене, који се огледају првенствено у истицању неконзистентности, ирелевантности, као и противуставности, чак и у случају његовог стриктног регулисања.<sup>126</sup> Иако је то донекле тачно, овакво решење се пак мора посматрати у контексту поставки института привидног стицаја, који у условима изостанка других фактора материјалне природе, захтева компензацију ове врсте, како би остварио претпостављену сврху у систему кривичног права. Стога смо и мишљења да се као једини начин за утврђивање преферентне норме у духу општих начела теорије привидног стицаја, под описаним условима и претпоставкама феноменолошких манифестација на које се евентуално примењује, појављује управо овај критеријум, иако остајемо при ставу да исти захтева адекватну формализацију. Међутим, исто тако, постоје и бројни начини за адекватно балансирање поменутих аргумената и контрааргумената, тим пре што се правило најтеже казне појављује као *ultima ratio*, имајући у виду да у највећем броју случајева уопште и неће бити потребе за његовом операционализацијом. То проистиче из већ поменуте околности да су изузетно ретки случајеви када ће у неком законодавству однос између две норме битно различитих фенолошких ефеката, бити такав да се у потпуности уклапају у чињенично стање, а да ниједна не поседује макар једно својство суштинског карактера на основу којег се може детерминисати претежност исте.

У сваком случају, приступ заснован на искључивом опредељењу законодавца за решење проблема алтернативних правних фигура, без обзира да ли је реч о прихватању опције најблаже или најтеже казне, под горе наведеним стриктним условима велике дискрепанције у висини казне инкриминација у конфликту, што ће пак бити ретки случајеви у пракси, сматрамо јединим исправним за адекватно конфигурирање алтернативитета као једног од принципа привидног стицаја закона. Међутим, као што ћемо видети, постоје и други механизми за адекватно балансирање у поступку квалификације алтернативитета, који иду у правцу одбацивања оваквих криминално–политичких критеријума, што се односи како на правило најтеже, тако и најблаже казне. Овакви механизми иначе одговарају стварном стању ствари са аспекта феноменолошке димензије алтернативитета у нашем законодавству.

#### 4.1.1.2. *Lex levis derogat legi gravi*

Принцип најблаже казне који се означава још и као „*in dubio benignius*“, појављује се као опонент принципу најтеже казне. Међутим, за разлику од њега, није прихваћен у већинској доктрини, при чему се као најубедљивији аргумент износи околност да би примена овог принципа довела до нежељених резултата, нарочито у домену постизања максималне

<sup>126</sup> А. Obregón García, 65 – 66.

пропорционалности између тежине дела и мере казне.<sup>127</sup> Ипак, разматрање његове оправданости се у одређеним ситуацијама доводи у везу и са различитим теоријским модалитетима, односно концепцијама алтернативитета. Тако, они теоретичари који полази од хипотезе „грешке законодавца“, сматрају да законодавац треба да сноси последице такве грешке, односно да се не би смело дозволити да учинилац трпи било какве последице због тога.<sup>128</sup>

Такође, спорни би били и случајеви стицаја квалификованих и привилегованих облика истог базичног дела, ако се сврстају у феноменолошке модалитете алтернативитета, где се у неким случајевима брани став о примату привилегованог концепта.<sup>129</sup> Међутим, по нашем мишљењу, чак иако би се у овим ситуацијама дозволио примат привилегованог концепта, то не би произлазило директно из максиме *lex levis derogat legi gravi*, већ из примене суштинских материјалних критеријума, који би указивали да у конкретном случају, по правилу претежности, предност има лакше кривично дело. Осим тога, увек би се и други, привидни концепт, уважио као отежавајућа околност. Сходно томе, не може се говорити о деловању наведеног правила у апсолутном смислу.

Можемо се сложити и са тим да би примена само лакшег кривичног дела била спорна са аспекта основних поставки института привидног стицаја закона, нарочито захтева за потпуним обухватањем невредности дела, што би релативизовало и деловање корективних механизма привидног дела.

#### 4.1.2. Суштински (материјални) критеријуми

##### 4.1.2.1. *Правило релативне индиферентности*

Испољавање алтернативности између правних концепата који предвиђају исту висину казне, као најчешћих случајева алтернативитета, у теорији се везује углавном за правило *индиферентности*, тако да се указује да је свеједно која ће од инкриминација бити изабрана да буде носилац квалификације.<sup>130</sup> Сматрамо да иза ове концепције стоји управо особено поимање правне природе алтернативитета, које најбоље одражава идеја о везивању ових релација за продукте законодавне технике, утемељене на простом легислативном понављању истих чињеничних супстрата, што се не тумачи као постојање више норми, већ као постојање само једне норми, формулисана на различите начине.<sup>131</sup> Ако се томе дода и околност непостојања раскорака у погледу висине предвиђених санкција, јасно је зашто се уопште приступа разматрању могућности недетерминисаног правила у избору преферентне инкриминације.

Пре указивања на основне карактеристике правила које смо означили као *релативна индиферентност* у поступку избора преферентне норми, важно је назначити суштинске аспекте на које се такав појам односи. Наиме, у светлу усвојене концепције алтернативитета од које смо пошли у овом раду, од значаја су две констатације. Прва се односи на околност да се индиферентност у суштинском смислу односи на подобност једног од алтернативно прописаних концепата да оствари постављене циљеве кажњавања, док се друга тиче претпоставке о условљеној односно реципрочной индиферентности, која се, за разлику од

---

<sup>127</sup> *Ibid.*, 77.

<sup>128</sup> A. J. Sanz Morán, 13.

<sup>129</sup> J. Cuello Contreras (2009), 687.

<sup>130</sup> З. Стојановић (2009), 19.

<sup>131</sup> F. Accardo, 57.

неутралности, констатује у тренутку симултане примене две инкриминације.<sup>132</sup> У том светлу, за разлику од ситуација када су испуњени услови за примену извесних криминално–политичких критеријума, иза којих стоји и опредељење законодавца у избору казних претњи, овај фактор се код инкриминација са идентичним пенолошким ефектима, испољава на нешто другачији начин. Наиме, сматрамо да фактор индиферентности на који се указује приликом разматрања алтернативитета, треба тумачити искључиво са аспекта примењивих казних норми, што и произлази из њихове истоветности, а сама ирелевантност у опредељењу за један или други правни концепт наступа по природи ствари онда када се већ констатује немогућност њихове симултане примене по основу постојања привидног идеалног стицаја.

Међутим, поступак квалификације превазилази искључиви домен практичних ефеката, због чега се не можемо сложити са тврдњама да је небитно за коју ћемо се инкриминацију на крају одредити, с обзиром да то ништа не мења са аспекта одговорности учиниоца. Било какво резонување у оваквом правцу и казуистички приступ, неспојиви су са основним поставкама кривичног права, чија правила, између осталог, треба да пруже адекватно решење за сваку варијанту конфликта између законских норми, било путем општих правила, на основу којих се поступком интерпретације изводе релевантни закључци, било путем примене одговарајућих легислативних механизма у ситуацији када се такав циљ не може постићи претходним методом.

Осим тога, у највећем броју случајева, начин испољавања конкретне чињеничне ситуације, сам по себи ће указивати на претежност манифестације одређених обележја у односу на друге.

Међутим, иза прихватања релевантности овако неодређеног правила, заправо стоји могућност успостављања равнотеже на нивоу одмеравања казне, тако да привидна инкриминација фигурира као отежавајућа околност. То значи да се не ради о апсолутној индиферентности, него о *нужном опредељењу* за једну од инкриминација које се налазе на истом нивоу правне релевантности са аспекта међусобног односа. Дакле, индиферентност се испољава само у немогућности симултане примене једне и друге правне фигуре у фази квалификације, док се као накнадно правило намеће обавеза уважавања привидног дела као отежавајуће околности. Ово је и разлог зашто је исправније говорити о правилу *релативне индиферентности*, што потврђује и наш предлог *de lege ferenda* за решавање случајева, односно проблема алтернативитета.

Тако, у одређењу алтернативитета као посебног случаја привидног идеалног стицаја, Стојановић указује да се два бића појављују као потпуно равноправна, односно на истом нивоу релевантности, што такође одговара идеји индиферентности, будући да се узима да је свеједно које кривично дело ће бити носилац квалификације.<sup>133</sup>

Ово правило ипак није стриктног карактера, тако да је углавном праћено и допуњујућим критеријумима, оличеним у не тако прецизном параметру да се као преферентна норма уважава она чија су обележја претежнија<sup>134</sup>, односно да је преферентно оно кривично дело које више одговара испољавању његовог бића у природном смислу.<sup>135</sup>

---

<sup>132</sup> Вид. S. Soler, 212. То подразумева да се оцена о индиферентности врши са аспекта реципрочног односа између две инкриминације, односно у тренутку њихове симултане примене. С друге стране, неутралност подразумева да су две правне фигуре индиферентне у апстрактном смислу.

<sup>133</sup> З. Стојановић (2009), 19. Стојановић као типичне појавне облике алтернативитета, истиче остваривање више квалификованих облика једног кривичног дела (на пример, тешка крађа извршена проваљивањем и тешка крађа условљена околношћу да вредност ствари превазилази одређену вредност).

<sup>134</sup> Вид. З. Стојановић (2021), 308.

<sup>135</sup> Ј. Ђ. Таховић (1956), 187.

Поред тога, у судској пракси се употребљава и термин „доминантност“ радњи, којим је условљен избор преферентног правног концепта.<sup>136</sup>

Овакво одређење заправо полази од хипотезе да је тешко замислити да ниједан од елемената конфликтних инкриминација нема никакву превагу у односу на други, односно да ће се један увек испољити у интензивнијој форми у односу на други и на тај начин омогућити решавање конфликта. Посебно је карактеристично претходно поменуто наглашавање ванправног фактора, оличеног у сагледавању инкриминације са аспекта њеног аутентичног („природног“), односно суштинског значења, што такође упућује на значај тумачења инкриминација посматраних појединачно и у погледу њиховог међуодноса.

Тако, у домаћој литератури се као параметри преферентности наводе и утврђивање обележја које је у конкретном случају претежније, односно доминирајуће<sup>137</sup>, или се пак указује да је преферентно оно кривично дело које више одговара криминално–политичким разлозима прописивања одређених инкриминација.<sup>138</sup> Осим тога, пажњу заслужује и критеријум који у први план ставља однос између уже и шире инкриминације, при чему се детерминатори тако схваћене екстензивности манифестују у самом начину извршења једног и другог колизионог правног концепта, односно њиховој сложености.<sup>139</sup>

Анализом изнетих смерница у поступку утврђивања примарне норме, закључује се да је тежиште на садржају релевантних законских описа и материјалне суштине на коју се они односе. У овом случају, више него код других принципа решења, наглашава се значај телеолошког приступа, односно интерпретације свих кључних аспеката једног правног концепта, почев од самих елемената законског описа, па до њиховог криминално–политичког значаја и сврхе инкриминисања, али и начина испољавања у конкретним ситуационим околностима. Стога, можемо закључити да у суштини није реч о било каквом правилу индиферентности, нити се у кривичном праву можемо ослонити на такве параметре, већ о проблематици квалификације, која захтева синтезу свих релевантних правила у таквом поступку, уз могућност располагања адекватним корективним механизмима за успостављање равнотеже између супротстављених захтева.

Јасно је да у овим случајевима, за разлику од феноменолошких манифестација утемељених на казнама различите висине, долази до примене квалитативних критеријума, који могу бити различити, а у великој мери су утемељени на процени околности конкретног случаја. Ипак, због недовољне прецизности и одређености, њима се не придаје својство потпуне обухватности забрањеног понашања, због чега се и конструише својеврстан утицај привидног дела на одмеравање казне, првенствено применом правне конструкције отежавајућих околности. То у процедуралном смислу значи да је неопходно утврдити који од реализованих квалификованих облика преобладава (који је доминантан), а остале, према њиховим преовлађујућим елементима, третирају као отежавајуће околности.

Судска пракса је такође окренута примени правила претежности. Као један од најбољих и најјаснијих примера деловања овог принципа у пракси, може се навести пресуда донета у предмету колизије између инкриминација ратних злочина против ратних заробљеника, ратних злочина против рањеника и болесника и ратних злочина против цивилног становништва. Наиме, Апелациони суд се у поступку квалификације предузетог забрањеног понашања, определио за инкриминацију ратног злочина против ратних заробљеника, полазећи од образложења да је највећи број убијених особа припадао овој категорији, због чега наведена обележја доминирају и претежнија су у односу на друге

<sup>136</sup> Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 5053/13 од 18.11. 2013. године.

<sup>137</sup> З. Стојановић (2009), 19. Тако и И. Вуковић (2022), 353.

<sup>138</sup> Ј. Таховић (1961), 264; Љ. Јовановић, Д. Јовашевић, 154.

<sup>139</sup> М. Карановић, 418. У том смислу се указује да шира инкриминација подразумева сложенији начин извршења.



извршене радње.<sup>140</sup> Карактеристично је да се у цитираној одлуци, поред објективних околности, указује и на субјективне факторе који су допринели доношењу такве одлуке. Тако, указује се да је овом решењу допринела и околност да је код учиниоца постојала свест о лишењу живота оштећених у контексту чињенице да их исти сматра ратним заробљеницима.

Према томе, може се закључити да се критеријум претежности доводи у везу како са објективним, тако и субјективним параметрима у оцени, односно да обухвата широк дијапазон могућих релевантних особености испољавања забрањеног понашања.

Поред примера примене описаног правила на случајевима феноменолошке варијанте коју смо означили као алтернативитет самосталних инкриминација, оно још чешће долази до изражаја код манифестација алтернативитета квалификаторних обележја, што су уједно и најчешће репрезентације примене овог принципа у судској пракси. Тако је суд у случају окривљених који су извршили кривично дело тешког убиства из чл. 114 КЗ, остварујући истовремено квалификаторне околности лишења живота из користољубља (чл. 114, ст. 1, тач. 5. КЗ) и лишења живота са умишљајним довођењем у опасност још неког лица (чл. 114, ст. 1, тач. 3 КЗ), дело квалификовао као тешко убиство из користољубља, уз образложење да се ова околност јавља као *претежнија* и *интензивније изражена* у датој ситуацији, водећи се изведеним доказима, као и исказима окривљених из којих произлази примат намере стицања имовинске користи.<sup>141</sup> У оцени претежности, суд се у овом случају водио превасходно субјективним факторима, што је још један показатељ различитих основа детерминације претежности једне инкриминације у односу на другу, односно њене условљености особеностима конкретног случаја.

Међутим, док је садржај овог критеријума детерминације преферентне норме тешко одредив у генералном смислу, изван анализе појединачних случајева, попут претходно наведених примера, судска пракса, разматрајући најчешће феноменолошке варијанте, полазећи од ситуационог приступа, указује и на одређене смернице у његовој примени у поступку квалификације. Тако, Апелациони суд се у једној одлуци изричито изјашњава да код симултаног остваривања обележја умишљајног лишења живота више лица из чл. 114 ст. 1, тач. 11 КЗ са једне и неког другог квалификаторног облика из чл. 114 КЗ, предност увек треба дати умишљајном лишењу живота више лица.<sup>142</sup> Међутим, овде се врло јасно уочава утемељеност параметра претежности у давању примата наведеној инкриминацији, а она се огледа управо у квантитативном интензитету деловања на заштитни објекат.

Слично томе, разматрајући случај учиниоца који је остварио обележја кривичног дела тешке крађе из чл. 204, ст. 1, тач. 1 КЗ (обијањем или проваљивањем), у шест наврата, на штету оштећених у различитим појединачним вредностима, при чему укупна вредност отуђених ствари прелази износ од 450.000 динара, чиме су такође испуњени услови и за облик из чл. 204, ст. 2 КЗ, Апелациони суд је изнео став о коначној квалификацији предузетог понашања сходно одредбама чл. 204, ст. 1, тач. 1 КЗ.<sup>143</sup>

Оно што можемо закључити из наведених смерница, јесте да постоји велики простор за различита тумачења у разматрању фактора претежности, с обзиром на његову условљеност ситуационим околностима. Ипак, поједини случајеви алтернативитета, са којима се судска пракса најчешће и сусреће, пронашли су отелотворење у виду особених, општеприхваћених правила квалификације, попут примера тешке крађе обијањем или проваљивањем, уз истовремено остваривање обележја ове инкриминације по основу

<sup>140</sup> Пресуда Апелационог суда у Београду, Већа за ратне злочине Кж1 По2 1/10 од 23.06.2010. године.

<sup>141</sup> Пресуда Апелационог суда у Београду, Посебног одељења Кж1 По1 бр. 4/17 од 06.09.2017. године.

<sup>142</sup> Пресуда Апелационог суда у Београду Кж 1 5053/13 од 18.11.2013, *Билтен Апелационог суда у Београду* 8/2016, 57 – 58.

<sup>143</sup> Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж 1 2303/13 од 17.05.2013. године, *Билтен Апелационог суда у Крагујевцу* 1/2014, 85.

вредности украдених ствари. То би указивало на давање предности одређеној врсти обележја наспрам другог, чије се особености могу издвојити међусобном компарацијом. Тако, могуће је диференцирати субјективне и објективне околности, или пак начин извршења наспрам других обележја правне и криминално–политичке природе, као што је граница вредности прибављене имовинске користи која конфигурише неки тежи облик.

Остављајући могућност и другачијих решења у зависности од особености конкретног случаја, сматрамо да би у генералном смислу, у утврђивању претежности као најрелевантнијег правила испољавања релативне индиферентности, примат требало дати објективним наспрам субјективних обележја, у ситуацији када су они јасно утврдиви, као и ванправним, попут начина извршења, наспрам криминално–политичких критеријума. Свакако, то захтева и утврђивање смисла и сврхе прописивања сваког појединачног облика.

Док је с једне стране јасно да остваривање више квалификаторних облика, прописаних у истој инкриминацији, у квалитативном смислу, треба да води ка горњој граници предвиђене казне, утврђивање варијанте која ће бити носилац квалификације, неће увек бити једноставно. Проблем може настати у оним ситуацијама када су квалификовани облици утемељени на одређеним критеријумима, које није једноставно упоређивати у складу са критеријумом претежности. Пример за то је кривично дело тешке крађе извршено обијањем или проваљивањем и онда када вредност отуђене ствари прелази одређену границу, где није у потпуности јасно на основу чега би се беспоговорно могло рећи да је једно обележје доминантније од другог. Стога, суд се у конкретном случају опредељује за утврђивање примарне норме у зависности од емпиријских чињеничних аспеката.

Ипак, могле би се формулисати одређене смернице у решавању наведеног проблема. Тако, могао би се дефинисати примат, на пример, обележја која указују на начин извршења, односно оних која полазе од објективних околности извршења, а везана су за саму радњу конкретног кривичног дела, у односу на правно постављене нормативе, попут објективних услова инкриминације. Такође, могло би се уважити и евентуално постојање особене релације специјалности између конфликтних концепата.

Осим наведених, у литератури се помиње још један фактички критеријум, процесне природе, који се оправдано може сматрати релевантним у овој области. У питању је критеријум лакшег доказивања одређеног алтернативног обележја.<sup>144</sup> Иако би се могли изнети аргументи против оваквог утилитаристичког приступа и поједностављења процедуре квалификације, између осталог и због релативности концепта лакшег доказивања, ипак се ова могућност са аспекта ефикасности, појављује као потпуно легитимна.

Такође, посебну напомену заслужује и други несуштински критеријум, оличен у истицању да ће се сматрати преферентним оно кривично дело које одговара криминално–политичким разлозима због којих је и учињено.<sup>145</sup> Међутим, ово се своди на поступак тумачења смисла и сврхе прописаних инкриминација у контексту предузетог понашања у конкретном случају, односно разграничења њихових обележја, чиме се пак не доприноси много прецизирању начина решавања конфликта, изван генералних правила квалификације.

Међутим, могло би се указати и на неколико решења *de lege ferenda* у овој области, на основу којих би алтернативитет добио карактер особеног принципа решења привидног стицаја закона.

---

<sup>144</sup> Н. Мрвић Петровић, 233.

<sup>145</sup> Љ. Јовановић (1995), 214; Љ. Јовановић, Д. Јовашевић, 154.

### 4.1.3. Критеријуми *de lege ferenda*

#### 4.1.3.1. Правило преферентности

Конфигурација алтернативитета као особеног принципа решења у теорији привидног стицаја закона, захтева прецизирање услова његове примене у складу са прихваћеним феноменолошким облицима испољавања. То је нужна последица околности да алтернативитет нема сопствени материјални садржај.

Пре свега, оно што је битно за квалификацију алтернативитета, као и за успостављање границе у односу на идеални стицај, то је хипотеза да ниједна од алтернативно прописаних инкриминација није довољна да обухвати целокупну невредност дела, нити је њихова симултана примена могућа, будући да би то довело до директног кршења принципа *ne bis in idem*, односно забране двоструког вредновања. Под таквим околности, постоје два кључна проблема која се манифестују у поступку квалификације: 1) избор кривичног дела које ће бити носилац квалификације; 2) дефинисање корективних механизма, неопходних ради потпуног обухватања невредности дела.

Избор преферентног кривичног дела код феноменолошке манифестације алтернативности између самосталних инкриминација, стога захтева формулисање особеног правила, које се може кретати између опредељења за принцип најтеже или најблаже казне. У доктрини се као апсолутно доминирајуће појављује правило утемељено на решењу најтеже казне, односно истиче се да код алтернативитета, где постоји могућност подвођења неког понашања под два еквивалентна законска типа, долази до примене тежег.<sup>146</sup>

Сматрамо да алтернативитет, за разлику од осталих принципа решења, захтева такво изричито правило, чију би конфигурацију требало успоставити у домену посебног дела кривичног права, на нивоу појединачних инкриминација, имајући у виду да не постоји велики број таквих правних концепата у алтернативном односу.

У супротном, без постојања стриктне одредбе попут оне у шпанском законодавству, ни једно ни друго решење не би се могло правдати довољно ваљаним аргументима.

У случају феноменолошких манифестација алтернативитета заснованих на алтернативно прописаним обележјима истог кривичног дела (квалификованог), утврђивање преферентног правног концепта као носиоца квалификације, према већ поменутом, владајућем гледишту у доктрини, заснива се на индиферентности у избору, односно неодређеном критеријуму утврђивања претежности, тачније доминације једног правног концепта у односу на други. Ипак, јасно је да ће решавање овог проблема, у складу са наведеним параметрима бити условљено факторима ситуационе природе.

Стога, конфигурација алтернативитета као особеног принципа решења захтева додатно прецизирање правила у избору доминантне инкриминације. Сматрамо да постоји више могућих приступа у решавању описаних проблема.

Пре свега, требало би утврдити да ли се у конкретном случају испољава релација специјалности између два спорна обележја. На то указује и Стојановић, полазећи од примера односа између тешког убиства из користољубља и тешког убиства при извршењу разбојништва и разбојничке крађе, где сматра да по односу специјалитета треба дати предност овом другом.<sup>147</sup> Наиме, резидуални карактер алтернативитета имплицира да неће

<sup>146</sup> H. Welzel (1956), 229; A. R. Alberto Chacon, S. G. Cisco Barraza, F. S. Hernandez Rosales, 38.

<sup>147</sup> З. Стојановић (2009), 19. Међутим, Стојановић напомиње да заправо није реч о правом алтернативитету, имајући у виду однос специјалитета, те да самим није свеједно како ће се извршити квалификација, без обзира на истоветну казну.

увек бити једноставно у потпуности раздвојити његове аспекте од осталих релевантних релација, због чега је у процесу тумачења неопходно уважити све сегменте релационих односа.

Такође, иако се у описаним случајевима ради о правним концептима који штите иста правна добра, могуће је извршити и вредновање по основу степеновања квалитативног утицаја на правно добро, са аспекта гледишта учиниоца. Тако, може се тврдити да би предност требало дати квалификаторним околностима заснованим на објективним чиниоцима, попут начина извршења, наспрам оних који наглашавају субјективне аспекте. Овај критеријум би се могао формулисати као давање преферентности оној правној фигури која у квалитативном смислу више погађа правно добро у конкретном случају, што ће се углавном поклапати са већ поменутиим критеријумом претежности неког обележја у односу на друго. Иако је тешко у апстрактном смислу дефинисати који су то случајеви, у пракси се до таквог закључка, са мањим или већим степеном сигурности, може једноставно доћи сагледавањем целокупног контекста предузетог понашања.

Доктрина може у одређеној мери допринети прецизирању поменутих критеријума, иако не постоје апсолутни параметри за недвосмислено утврђивање правила преферентности. У сваком случају, сматрамо да би предност требало дати квалификаторним околности материјалног, а не правног карактера (на примеру тешке крађе извршене проваљивањем и када околност превазилази одређену вредност). То подразумева примат оних које истичу радњу учиниоца (начин предузимања радње), наспрам оних које обухватају неке друге околности, попут субјективних елемената кривичног дела, правно одређених износа или других правних категорија.

Поред тога, могуће је и да се на нивоу појединачних законских описа бића неког кривичног дела, изричито предвиди који ће од њих имати примат у квалификацији у случају симултане реализације, иако бисмо се у том случају сусрели са сличним проблемима као и приликом утврђивања доминантног обележја сходно критеријуму претежности.

У том смислу, требало би приликом квалификације, поћи од неколико правила: 1) обележја која указују на начин извршења, односно она која полазе од објективних околности извршења, а везана су за саму радњу конкретног кривичног дела, требало би да имају предност у односу на правно постављене нормативе, попут објективних услова инкриминације; 2) уколико између квалификаторних околности, постоји неки други однос, попут специјалитета, проблем би требало решити у складу са наведеним правилима.

Стога, овде заправо није реч ни о каквој индиферентности у избору преферентне правне фигуре. Напротив, увек ће из особености испољавања конкретног случаја, сагледавајући деловање учиниоца у искуственом контексту, као и квалитативни утицај на правно добро, доћи до изражаја централна управљеност реализованог кривичног дела. Управо је једна од најкарактеристичнијих особености института привидног стицаја закона, оличена у великом дискреционом простору за тумачење свих релевантних аспеката чињеничне ситуације и успостављање равнотеже између инкриминација у складу са кључним захтевима кривичног права.

На крају, важно је напоменути да се таква оцена нужно мора вршити са аспекта кривичноправне стварности, односно из угла испољавања понашања у конкретној чињеничној стварности.

При томе, треба имати у виду да се наведено опште правило претежности, увек допуњује у домену корекције казнених ефеката, тако да ће привидно дело бити уважено као отежавајућа околност. Ово је нужна последица основних поставки института привидног стицаја закона и захтева да се обухвати целокупна невредност дела.

#### 4.1.3.2. Корективни механизми

Сходно дефинисаним смерницама у избору концепта који ће бити носилац квалификације, преостаје да се установе правила крајњих корективних ефеката у домену одмеравања казне. Ова правила произлазе из основних поставки института привидног стицаја, тачније околности да одабрана инкриминација мора представљати одраз невредности конкретног забрањеног понашања.

Најпрецизније речено, да би алтернативитет имао квалитет особеног принципа решења, у складу са дефинисаним стицајним карактером института, неопходно је, поред правила утврђивања главне правне фигуре, решити проблем утицаја привидног дела, будући да алтернативитет захтева примену адекватних корективних механизма.

Важно је напоменути да у овом сегменту нарочито долазе до изражаја прихваћене концепције утицаја привидног дела у конкретном законодавству. Тако, у Немачкој, где постоји општа сагласност о примени принципа комбинације, односно различитим модалитетима утицаја „одбаченог“ дела на јединствену казну, који се испољава чак и у фази утицаја на главну казну, знатно лакше ће се успоставити тражена равнотежа. То је уједно и последица танке границе са идеалним стицајем. Осим тога, у литератури се наводе и одређене смернице у погледу утврђивања минимума и максимума казне, те се сматра да није адекватно применити најнижу меру казне, односно да она мора бити већа од посебног минимума привидног дела.<sup>148</sup>

С друге стране, у домаћој доктрини постоји сагласност у погледу уважавања привидног дела као отежавајуће околности<sup>149</sup>, чиме се успоставља равнотежа у односу на претходно извршени избор примарне инкриминације, која самостално не задовољава услове обухватања невредности целокупног предузетог понашања. Ово је уједно и став који је прихваћен у судској пракси.<sup>150</sup>

Све то указује да је неопходно детаљно тумачење свих релевантних аспеката утицаја у конкретном случају, односно да постоји широк дијапазон могућности адекватног балансирања и компензовања свеукупних последица, у случају одређења за једну од подједнако релевантних и примењивих инкриминација. Управо у томе се у поступку квалификације привидног стицаја и испољава корективна функција наведеног института.

Један од начина деловања поменутих корективних механизма, који сматрамо најнеадекватнијим се односи на прописивање *обавезне отежавајуће околности* у наведеним случајевима, било као општег, генералног правила, или пак у области посебног дела кривичног права, у оквиру регулисања појединачних инкриминација.

Ово се нарочито односи на алтернативна квалификована обележја истог кривичног дела. У тим случајевима, проблем би могао бити решен и прописивањем посебног квалификованог облика, у случају симултане реализације више квалификаторних околности, за који би био предвиђен особен распон казне, што би решило истовремено и питање квалификације.

На крају, важно је напоменути да захтеви за успостављањем описаних корективних механизма, заправо доводе до приближавања ефеката привидног и аутентичног стицаја,

<sup>148</sup> А. Obregón García, 80.

<sup>149</sup> Љ. Лазаревић (2011), 285; И. Вуковић (2022), 353; Н. Мрвић Петровић, 233.

<sup>150</sup> Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 5053/13 од 18.11.2013. године. На примеру учиниоца који је остварио више обележја кривичног дела тешког убиства из чл. 114 КЗ, сматра се да ће се поред примарне инкриминације, одабране на основу фактора доминантности радње, приликом одмеравања казне, уважити и околност остваривања друге квалификаторне околности.

односно интегрисаном вредновању дела, што је нарочито карактеристично у оним системима који прихватају принцип комбинације и у случајевима привидног стицаја закона.

Стога је потребно пронаћи адекватно средишње решење, односно деловати у оквиру правила да се вреднују само они елементи који нису обухваћени преферентним концептом, што се у домену одмеравања казне одражава путем утицаја на њен распон.<sup>151</sup>

Можемо закључити да се критике које се односе на кршење принципа интегрисаног вредновања у случајевима примене само једног од алтернативно прописаних концепата, превазилазе компензацијом у домену самих казних ефеката. Иако стицај закона не представља особену законску конструкцију са посебним правилима одмеравања казне, због чега није у потпуности теоријски одбрањиво изједначавање његових последица са казним ефектима идеалног стицаја, код алтернативитета се пак јавља потреба за уважавањем извесних стицајних ефеката. Мада постоји одређени простор да се и у случају осталих принципа решења адекватно уваже карактеристике привидног дела, код алтернативитета се то појављује као нужност. Управо из тог разлога сматрамо да код ових манифестација привидног стицаја закона, утицај привидног дела фигурира у виду *обавезне отежавајуће околности*.

То је једино исправно решење, нарочито у системима који, попут нашег, правне последице идеалног стицаја изједначавају са реалним. С друге стране, на нешто другачији приступ наилазимо у немачком законодавству, где се недостатак потпуног вредновања дела, компензује решењем идеалног стицаја, односно применом конструкције разјашњавајуће функције идеалног стицаја, која је пак непримењива са аспекта конфигурације нашег кривичноправног система и владајућих доктринарних гледишта управљених ка давању предности привидном стицају у случају сумње у квалификацији. Овакво резонување, утемељено на давању предности идеалном стицају, довело је до одбацивања алтернативитета као једног од релевантних принципа решења привидног стицаја закона и примене идеалног стицаја у описаним случајевима.<sup>152</sup>

Ово је уско повезано и са изостанком изричитог регулаторног правила о начину поступања код алтернативно прописаних инкриминација. Стога, указује се да, све док се не изврши неопходна корекција од стране самог законодавца, суд ће бити у обавези да примени оба законска типа, будући да је то јасна воља закона.<sup>153</sup> Очигледно је да се ради о варијанти стриктног поштовања начела законитости.

Насупрот томе, у складу са решењем које заступамо, привидно дело неће имати формалан утицај на нивоу декларације кривице, односно формалне квалификације, али ће се оно одразити у виду обавезне отежавајуће околности. Другим речима, ради се о квантитативном поштравању, уз искључење двоструке квалификације, карактеристичне за идеални стицај.

---

<sup>151</sup> А. Obregón García, 80. Уколико је остварено више квалификаторних околности истог базичног дела, то ће условити и већу казну.

<sup>152</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 345.

<sup>153</sup> J. C. Contreras (1979b), 469.

## Х ПОГЛАВЉЕ

### ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ

Диференцирање интерпретативног и стицајног приступа у одређивању правне природе института привидног стицаја закона највише долази до изражаја у материји његових правних последица. Почетна хипотеза о паралелном постојању две или више законских норми, а потом искључењу једне од њих у поступку квалификације, услед деловања одређених начела, представља предуслов за уважавање специфичних ефеката привидног дела које, иако није носилац квалификације, може задржати утицај на плану казне.

Овакво резонување је утемељено на схватању да се код привидног идеалног стицаја, приликом решавања својеврсног сукоба између законских норми, унитарна квалификација заснива на искључењу кажњивости једног од њих, посматрано са аспекта односа са другим, главним делом у конкретном случају, али не и његовог правног ентитета, чији се ефекти ипак у одређеној мери манифестују у виду утицаја на главну казну, или пак могућности његове секундарне примене.<sup>1</sup> Област правних последица представља домен у којем се испољавају крајњи ефекти дистинкције привидног и идеалног стицаја, и њихов значај би требало сагледати управо са аспекта подобности да обезбеде репрезентативност института привидног идеалног стицаја у односу на облике јединства и плуралитета кривичних дела.

Већ смо приликом разматрања кључних правила примене института, односно његових фундаменталних поставки, правне природе и принципа решења који се користе за решавање конфликта између законских норми, уочили извесне обресе њиховог садејства са димензијом правних последица. Наиме, низ законитости које важе у теорији привидног идеалног стицаја, директно су условљене коначним пенолошким ефектима примене института. Свакако, најзначајнија функција која се приписује овој димензији разматране правне фигуре, манифестује се у домену примене правних последица ради успостављања релевантних корективних механизма, у циљу обезбеђења ефективности и функционалности одређених принципа решења. То нарочито важи у случају алтернативитета, где се с обзиром на нашу хипотезу о примени привидног дела као обавезне отежавајуће околности и ограничења у погледу посебног минимума и максимума, најочигледније испољава спона између општих поставки и правила института и правних ефеката које проузрокује.

Осим тога, ово је једна од области где постоје највеће недоумице, али и највећи простор и флексибилност у тумачењу начина уважавања релевантних аспеката садејства главне и привидне инкриминације, помоћу чега се и утврђује место института привидног идеалног стицаја у систему кривичног права.

Иначе, питање правних последица примене института привидног стицаја у кривичном праву, представља најсложенији сегмент његовог изучавања, који се мора посматрати у зависности од више различитих аспеката, укључујући схватање о правној природи института, теоријама његовог домашаја, принципима решења, али и ефектима стицајних категорија, нарочито идеалног стицаја. То упућује да је реч о сегменту теорије казне, чији је задатак да успостави равнотежу, односно критеријуме разграничења правних последица института привидног идеалног стицаја, у односу на друге правне фигуре, пре свега манифестације плуралитета кривичних дела.

---

<sup>1</sup> Вид. Ђ. Лазин, 46. У том смислу, Лазин указује на хипотезу о утемељености привидног идеалног стицаја управо на својеврсном искључењу кажњивости, а не самих законских описа привидних дела, приликом квалификације привидног идеалног стицаја.

Сходно томе, питање разграничења између различитих облика стицаја, што укључује и успостављање граница са привидном идеалним стицајем, условљава важење правних последица у конкретном случају, односно казнене оквира у којима ће се кретати одговорност учиниоца.<sup>2</sup>

Према томе, детерминација правних последица привидног идеалног стицаја представља читав склоп хетерогених аспеката правних последица главног и привидног дела, чије је разумевање, с обзиром на полазну хипотезу о стицајном карактеру института, условљено и познавањем различитих принципа одмеравања казне за које су се определила поједина законодавства. У идеалном систему и склопу кривичноправних правила, то би подразумевало постојање изричитих регулаторних одредби, које би покривале манифестације овог института, баш као што је случај са концептима идеалног и реалног стицаја. Међутим, проблем се састоји у истовременом прихватању описаних стицајних ефеката и изостанку стриктних правила која би утврдила начин њиховог испољавања и утврдила разлике у односу на стицајне ефекте, карактеристичне за манифестације аутентичног стицаја. Управо у овом домену долази до контрадикторности и разилажења у теоријским тумачењима.

Као најприхватљивије се јавља средишње решење, које искључује унапред детерминисане аспекте утицаја казног оквира привидног дела, чиме се пак не негира могућност његовог уважавања на неком другом плану, попут домена отежавајућих и олакшавајућих околности као факултативне или обавезне опције. На тај начин се ствара мост између два опречна решења – потпуног негирања и потпуног прихватања свих ефеката привидног дела приликом примене института, односно утврђивања његових коначних правних последица.

Међутим, треба имати у виду да чак ни све категорије које се сврставају под окриље института, не захтевају исти кривичноправни третман, већ се уважавају на различите начине, у зависности од околности конкретног случаја. Управо због тог варијетета и особености феноменолошких облика, не би било пожељно, нити би се могло замислити креирање правила општег и генералног карактера, примењивог у свим случајевима. Штавише, очигледно је да у овој области постоје доста широка овлашћења суда у начину уважавања ефеката привидног дела.

Стога се у утврђивању крајњих ефеката примене института, судија мора бавити тумачењем, тачније једном врстом систематског тумачења, које подразумева уважавање постојећих стицајних норми у конкретном законодавству, водећи рачуна да се на адекватан начин обезбеди дистинкција од идеалног стицаја. Оно што је несумњиво, то је да недостатак регулаторних одредби у овој области, не сме водити ка претпоставци да је законодавац прописивањем правила одмеравања казне за дела у стицају настојао њима да обухвати и случајеве (привидног) стицаја закона.

Ипак, постављање адекватне казнене методологије у условима изостанка конкретних законских правила, представља сложен задатак, који захтева изналажење равнотеже између последица стицајног и интерпретативног карактера, што је, између осталог, одређено и конкретним позитивноправним законодавним решењима у материји аутентичног стицаја.

Насупрот приступу стриктног ексклузивитета и негирању било каквих ефеката привидног дела на коначан исход примене института привидног стицаја закона, постоје модели кривичноправног третмана који дозвољавају својеврсне манифестације његовог утицаја. Они се могу поделити на две главне групе: 1) утицај привидног дела на главну казну; 2) секундарна примена привидног дела.

---

<sup>2</sup> F. Szczeranski, 277.



Наведеној дипартитној класификацији ћемо додати још и проблематику одговорности саучесника, чије се специфичности испољавају пре свега у односу на конструкцију накнадног некажњивог дела.

У поглављу које третира проблематику правних последица привидног стицаја закона, поменути институт се разматра са аспекта теорије казне, што укључује и питање његовог оправдања у домену остваривања превентивних, односно репресивних и ретрибутивних циљева, што смо делимично и навестили приликом разматрања фундаменталних поставки привидног идеалног стицаја. На овом месту, поменута општа правила добијају конкретно отелотворење.

## 1. Фундаменталне поставке

### 1.1. Опште карактеристике

Правне последице привидног идеалног стицаја, односно њихове различите манифестације, увек се разматрају у светлу једног од најзначајнијих фундаменталних принципа института, који се односи на забрану двоструког вредновања (*ne bis in idem*). Његове реперкусије могу бити различите, у зависности од тога о ком феноменолошком облику се ради, а условљене су тумачењем околности конкретног случаја. Тако, утицај привидног дела на јединствену казну као централна тачка у изучавању правних последица института, различито ће се одразити у зависности од примењеног принципа решења. Највећи простор за такву врсту утицаја, испољава се код алтернативитета, чија правна природа нужно захтева својеврсне стицајне ефекте у домену казне.

У сваком случају, ово правило остварује свој утицај како у самом поступку квалификације, односно приликом фундаментовања казне, тако и са аспекта верификације исхода квалификације, како би се проверило да ли је коначном одлуком о казни дошло до кршења наведене забране. Фаза детерминације казне води се управо забраном двоструког вредновања, а може бити условљена различитим факторима утицаја привидног дела, чији релевантни сегменти морају бити у границама поштовања овог начела. То долази до изражаја у свим могућим аспектима деловања привидног дела, почев од утицаја на казну, преко услова његове секундарне примене.

Свакако да се најзначајнији аспекти његовог деловања манифестују у домену компарације правних последица привидног и идеалног стицаја, где посебно долази до изражаја релевантност примене принципа комбинације, који доводи до брисања граница између поменутих правних фигура.

Међутим, област правних последица института привидног идеалног стицаја се ни у ком случају не може сматрати скупом јединствених генералних правила, примењивих на све феноменолошке манифестације овог института. Напротив, његова основна карактеристика је управо разноврсност и прилагођеност различитих стицајних ефеката особеностима испољавања појединих принципа решења, па чак и ситуационим околностима у којима се они појављују. Чак се са правом може поставити питање да ли се и у оквиру разматрања једног истог принципа решења могу утврдити идентичне правне последице за све могуће варијанте његовог испољавања. Ово је превасходно последица конкретног приступа у детерминацији привидног идеалног стицаја.

У најопштијем смислу, могло би се рећи да правне последице привидног идеалног стицаја представљају скуп правила која обухватају како ефекте карактеристичне за унитарне квалификације (квалификације јединства), тако и оне типичног стицајног карактера,

примењиве на концепте аутентичног стицаја. На тај начин се формира јединствени склоп законитости који одговара аутентичном институту.

Оно што је несумњиво, то је да квалификација привидног идеалног стицаја подразумева заснованост на једној законској норми, која је на основу примене одређеног принципа решења, у складу са правилима тумачења, одређена као примарна (главна). Самим тим, њоме предвиђена казна, односно кривична санкција, одговара оној која се примењује у конкретној феноменолошкој манифестацији привидног идеалног стицаја. Другим речима, полазна основа је увек она казна предвиђена главним кривичним делом. Међутим, за разлику од регуларне, унитарне квалификације, оличене у реализацији само једног законског описа кривичног дела, тачније јединственог дела, са једне и квалификације правог стицаја са друге стране, која подразумева примену особених правила одмеравања казне уз уважавање свих реализованих инкриминација, код привидног стицаја, отвара се питање односа главног и привидног дела. Таква релација између две поменуте категорије је особеног карактера, будући да се не може изједначити са односом кривичних дела у стицају, а исто тако не одговара ни једноставном приписивању одређеном понашању казне која је предвиђена само једном од инкриминација, означеном као примарна. То значи да је решавање конфликта између законских норми, само почетни корак у квалификацији привидног идеалног стицаја, који има за исход диференцирање *примарне (главне)* и *привидне* норме. Кључно питање које се даље поставља, јесте каква је улога и утицај привидног дела у поступку утврђивања јединствене казне.

У погледу његове природе и оправдања утицаја на коначну казну, већинско гледиште полази од схватања да иако се код (привидног) стицаја закона, као релевантна узима само казна прописана за главно дело, сматра се да и привидно дело постоји, јер су испуњени и његови елементи.<sup>3</sup> Заправо, може се рећи да се ради о хипотези паралелног опстанка две законске норме, на апстрактном нивоу, од којих само једна добија предност при квалификацији и конституисању оквира коначне правне последице, због чега се њени елементи појављују као носиоци конструкције привидног идеалног стицаја. Међутим, унутар тако одређених оквира, привидно дело потврђује своје постојање путем различитих начина остваривања утицаја на казну, чиме се обезбеђује потпуно покривање невредности дела, уз истовремено поштовање забране двоструког вредновања.

То у практичном смислу значи да ће се сваки ефекат привидног кривичног дела реализовати само у оној мери у којој се остаје у домену поштовања правила забране двоструког вредновања, односно када су испуњене претпоставке за то. Стога, јасно је да било који разлог искључења примене главног дела, отвара могућност примене привидног, јер тада нема дуплог вредновања. Исто тако, приликом утврђивања висине казне, дозвољава се узимање у обзир оне мере невредности споредног дела, која представља вишак, необухваћен главном инкриминацијом. На крају, одговорност саучесника, односно подстрекача и помагача у складу са општим правилима, не зависи од одговорности учиниоца, тако да је њихово учешће само у привидном делу, довољно да одговарају у границама свог умишљаја, односно умишљаја и нехата, без обзира што нису учествовали у главном делу.

Ово су најзначајнији аспекти утицаја привидног дела, који представљају предмет изучавања правних последица института привидног стицаја закона и конфигуришу се као: 1) утицај привидног дела на главну казну; 2) секундарна примена привидног дела; 3) одговорност саучесника.

Пре свега, у погледу саме правне природе тзв. *привидног* дела, у доктрини се указује да је, имајући у виду све његове могуће ефекте на казну, према владајућем гледишту, тешко

---

<sup>3</sup> C. Fahl, 317; C. Roxin (2014), 1017 – 1025.

говорити о неком „искљученом“ кривичном делу, када он заправо само прелази у други план, са којег остварује значајан утицај на главно дело, при ефектима детерминације казне.<sup>4</sup>

Полазна тачка су свакако основне смернице оснивача ове теорије о правним последицама привидног идеалног стицаја, које се исцрпљују у домену ефеката привидног кривичног дела, питања односа тежине између главног и привидног дела и примењивости у конкретном случају специјалног закона, који искључује општи (генерални). У том смислу, према Меркелу, код стицаја закона, одбачено кривично дело нема никакав утицај на детерминацију казне, нити у домену привилегујућих околности и ефеката поврата. Друго, прихвата се могућност примата специјалног закона, чак и уколико предвиђа блажу казну у односу на генерални. На крају, истиче се једно ограничење примене принципа специјалитета, тиме што је предвиђено да специјални закон може искључити генерални, само ако је примењив у конкретном случају, у складу са општим и процесним условима.<sup>5</sup>

Међутим, од првобитне концепције, теорија привидног стицаја закона је прешла дуг развојни пут, који је био праћен и проширењем феноменолошких облика обухваћених наведеним институтом и прихваћеним принципима решења, што је условило и измене у домену правних ефеката, а у неким случајевима и приближавање ефектима идеалног стицаја.

Иначе, један од разлога за раздвајање феноменолошких облика привидног стицаја закона од принципа решења, јесте и то што смо у овом раду пошли од хипотезе да за утврђивање правних последица није релевантно о ком принципу решења се ради, мада у том правцу могу постојати одређене опште смернице, већ од начина испољавања његове феноменолошке димензије. У питању је индивидуалистички приступ, утемељен на везивању правних последица за конкретне појавне манифестације института. При томе, у теорији привидног стицаја закона се дефинишу опште смернице о правцу кретања казнених ефеката, што не укључује стриктна правила, већ само наглашавање релевантних начела и принципа којима се суд мора водити. Тако, у пракси, разликоваће се, на пример, правне последице алтернативитета који захтева широк дијапазон утицаја привидног дела, наспрам оних предвиђених за специјалитет.

У домаћој литератури наилазимо на различита гледишта о правним последицама привидног идеалног стицаја, у зависности од тога о ком облику релације се заправо ради. Тако, сматра се да у случају специјалитета, неће бити утицаја привидног дела на одмеравање казне, што важи и за већину случајева супсидијаритета, за разлику од алтернативитета, где квалификација по претежнијем обележју, заснована на квантитативним критеријумима, захтева да се алтернативни концепт уважи као отежавајућа околност.<sup>6</sup>

Ипак, може се закључити да у поређењу са владајућим гледиштем у немачкој доктрини, где је и настала теорија привидног стицаја закона, а за које је карактеристично да се значај самосталних правних последица привидног идеалног стицаја, редукује на минимум, с обзиром на прихваћен принцип комбинације, карактеристичан и за идеални стицај<sup>7</sup>, у нашој доктрини се доста рестриктивно схватају ефекти привидног дела.

У сваком случају, када је реч о кривичноправним ефектима привидног идеалног стицаја, постоји широк дијапазон могућности успостављања равнотеже између главног и

---

<sup>4</sup> J. C. Contreras (1979b), 470.

<sup>5</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 300. У складу са другим аргументом, Меркел истиче да би примена кривичног дела са тежом казном, уместо специјалног, довела до тога да се прогласе апсолутно непримењивим сви специјални закони који предвиђају блажу казну у односу на генерални. Исто тако, указује се да је примена специјалног закона у односу на генерални могућа само ако су испуњени услови за његову примену у конкретном случају.

<sup>6</sup> Ђ. Лазин, 139.

<sup>7</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 335.

привидног дела, тако да везивање за стриктна правила не би било оправдано, нити се она могу формулисати тако да важе за све појединачне случајеве.

## 1.2. Законска и доктринарна утемељеност

Имајући у виду да је привидни идеални стицај доктринарни институт, област његових правних последица, лишена је стриктних законских регулација, што важи и за она законодавства која садрже норме другог нивоа у регулисању принципа специјалитета, супсидијаритета, консумпције и алтернативитета. То је између осталог последица и већ поменуте правилности о нејединствености, тачније хетерогеном скупу правила у функцији описивања кривичноправних ефеката института, која се разликују у зависности од тога о ком феноменолошком облику је реч, али и од конкретних ситуационих околности испољавања забрањеног понашања. У најопштијем смислу се може рећи да су правне последице привидног идеалног стицаја утемељене на комбинацији ефеката јединственог кривичног дела и аутентичног стицаја.

Стога, утврђивање законитости његових ефеката, врши се путем поређења са онима својственим идеалном стицају. Са тог аспекта, успостављени су опонентни приступи, који се крећу између негирања ефеката аутентичног стицаја, са једне, наспрам изједначавања њихових последица са друге стране, односно примене принципа комбинације и код случајева привидног стицаја.

Може се рећи да је најзначајнији задатак теорије привидног стицаја да установи који су то критеријуми диференцијације између привидног идеалног и идеалног стицаја, док би њен циљ и сврха, по правилу требало да се манифестује у особеном кривичноправном третману једне и друге правне фигуре. Стога, не смемо мешати критеријуме дистинкције са њиховим последицама, до чега управо долази уколико се пође од тога да се разлика установљава тек у домену правних последица. Наиме, ефекти једног и другог института у смислу мере казне, могу се и поклапати, али то не утиче на њихову правну природу. Ипак, та граница је веома танка, због чега је и тешко у одређеним ситуацијама успоставити адекватну равнотежу.

По нашем мишљењу, последица описане диференцијације не сме бити параметар да ли ће се обе законске норме узети у обзир приликом одмеравања, односно утврђивања казне, или пак у потпуности искључити, јер би то представљало поједностављење проблема, а осим тога не би се могло бранити довољно убедљивим аргументима, као што ћемо видети приликом појединачног разматрања стриктне варијанте једног и другог модела. Дакле, оставља се могућност утицаја обе законске норме и у једном и у другом случају, само на различите начине и уз другачија правила, прилагођена особеностима конкретног случаја. Истина, у неким индивидуалним ситуацијама, хипотетички би било могуће изједначавање правних последица, али не треба заборавити да увек постоји простор у оквиру којег је могуће успоставити равнотежу. То је свакако и неизоставан фактор када је реч о привидном стицају закона, који се не може у потпуности утемељити на неким генералним, општеважећим правилима, с обзиром на условљеност околностима конкретног случаја и потребом за тумачењем релација између законских описа бића кривичних дела, променљивим са више различитих аспеката.

Доктрина може поставити одређене смернице, али се не могу избећи извесна одступања од општих правила у зависности од околности конкретног случаја. То значи да се не може говорити о унификацији правних правила на којима се заснива примена института, нити би доктрина тиме требало да се бави. Његова примена у конкретном случају захтева познавање целокупне материје позитивног кривичног права, као и правила примене одређених института.

У том контексту, са доктринарног аспекта, од значаја је констатација да је област примене института привидног идеалног стицаја најпогодније тло за испољавање различитих аспеката теорије казне, полазећи од претпоставке да су претходно адекватно идентификоване примењиве норме, као и њима одговарајуће санкције, при чему једино преостаје утврђивање адекватне форме испољавања њихових ефеката.<sup>8</sup>

Ако пођемо од примера стриктног регулисања института привидног стицаја, попут одредби чл. 8 шпанског Кривичног законика, уочава се да законодавац, осим што за случај алтернативитета предвиђа да ће се применити законска норма са најтежом казном, не успоставља особени систем правних последица. То значи да не постоје посебне норме другог нивоа, попут оних карактеристичних за идеални и реални стицај, којима би се дефинисало његово правно дејство. Ипак, у шпанској доктрини се сматра да привидно дело производи правне ефекте под одговарајућим условима, што укључује како уважавање његовог посебног минимума, тако и укључивања његових акцесорних санкција, односно мера безбедности.<sup>9</sup>

Стога, као једна од кључних дилема у примени института привидног стицаја закона, појављује се питање, уско повезано и са већ поменутом дилемом о интерпретативном или стицајном карактеру института, а то је треба ли прихватити одређене стицајне ефекте у домену утицаја привидног дела, или пак поћи од хипотезе стриктног јединства кривичног дела, у складу са унитарном квалификацијом. Иако је за различита позитивноправна решења карактеристично приближавање једној или другој варијанти, одговор свакако није апсолутног карактера и може зависити од низа фактора, попут кривичноправног третмана случајева аутентичног стицаја, нарочито идеалног, или пак конкретног феноменолошког облика испољавања привидног стицаја. Тако, не може се занемарити да се у условима изостанка стриктних законских правила, опредељење за конкретан приступ у дефинисању законитости правних последица привидног идеалног стицаја, врши на основу компарације са прописаним ефектима, пре свега идеалног стицаја.

Чини нам да у сваком случају, без обзира на конкретан кривичноправни систем, правне последице привидног идеалног стицаја, укључују примену својеврсног принципа комбинације казних ефеката, што је и разумљиво, имајући у виду да по својој правној природи представља мешовиту правну фигуру, која се налази између случајева јединства и плуралитета кривичног дела. Ипак, треба имати у виду да су ефекти поменутог принципа комбинације продукт доктрине, те да су прилагођени конкретном кривичноправном систему, због чега могу постојати извесна неслагања у компаративном смислу.

### 1.3. Фактори од утицаја на правне последице

Различити модели кривичноправног третмана привидног идеалног стицаја, условљени су одређеним суштинским факторима на којима се темеље и фундаменталне поставке института, што је од значаја за разумевање њима обухваћеног скупа законитости.

На првом месту, долази до изражаја основна дилема која је пратила институт привидног идеалног стицаја у свим етапама његовог развоја, и кроз све сегменте његовог изучавања, а то је да ли треба поћи од стицајног или интерпретативног карактера истог. Заправо, са правом се може рећи да се њени ефекти доминантно испољавају тек у домену правних последица, где се заправо и манифестује релевантност опредељења за једну или другу варијанту.

---

<sup>8</sup> F. Szczaronski, 502.

<sup>9</sup> J. Cuello Contreras (2009), 687. Претходно наведена регулаторна одредба се тумачи у контексту примата принципа најтеже казне, који истовремено искључује другу, блажу.

Осим тога, посматрано са аспекта стицаја закона као условно речено, шире категорије од привидног идеалног стицаја, специфичан утицај на кретање у једном или другом правцу, може имати и опредељење за унитарну или пак диференцирајућу теорију домашаја института. Јасно је да ефекти привидног дела, у случајевима стицаја закона утемељеног на плуралитету радње, могу остваривати донекле другачији утицај на казнене последице.

Трећи фактор утицаја је законска регулатива у материји стицаја. Као што смо већ напоменули, регулисање идеалног стицаја у оквиру система јединствене казне, засновано је на његовом изједначавању са реалним и подразумева истоветни кривичноправни третман. У том смислу, постављање адекватних критеријума диференцијације привидног идеалног стицаја од овог облика, јавља се као круцијалан фактор за позиционирање наведеног института у систему кривичног права, а питање практичног значаја његових правних ефеката, постаје директно зависно од начина регулисања облика аутентичног стицаја.

На крају, особени фактор утицаја, тиче се конкретних логичких релација између норми, тачније примењеног принципа решења њиховог конфликта. Овај параметар се испољава у прихватању ефеката секундарне примене привидног дела код свих или само одређених принципа.

## 2. Модели кривичноправног третмана

У складу са дефинисаним факторима утицајима на правне последице, у доктрини се искристалисало неколико модела кривичноправног третмана привидног идеалног стицаја. У њиховој основи се заправо налазе законитости стицајних ефеката карактеристичних за облике аутентичног стицаја, који служе као полазни параметри у дефинисању скупа законитости у овој области.

У том смислу, од значаја је већ поменута дилема о истоветном или диференцираном третману идеалног и реалног стицаја, која се директно одражава на крајње ефекте института привидног идеалног стицаја у компарацији са аутентичним стицајем. Карактеристично је да се неки од аргумената против таквог диференцирања, доводе у везу са истицањем у први план самог конкретног понашања које треба да буде предмет оцене, као темељ детерминације невредности.<sup>10</sup> Оваква тврдња донекле релативизује прецизност граница између различитих врста понашања која се квалификују у складу са наведене три категорије – идеалним, реалним и привидним стицајем.

Осим тога, у теорији се указује и на извесна настојања управљена ка успостављању особених казних система за случајеве привидног идеалног стицаја, попут предлога о својеврсном принципу искључења.<sup>11</sup> Међутим, оваква настојања се показују као неодржива, из већ наведених разлога.

Стога, познавање различитих модела кривичноправног третмана облика аутентичног стицаја, на шта смо детаљно указали у одговарајућем поглављу, представља неизбежан и почетни корак у утврђивању ефеката привидног стицаја. Тачније, сагледавање тих модела, омогућава нам да извршимо поређење и паралелну анализу поменутих решења са могућим ефектима привидног стицаја закона. За нас су од значаја пре свега варијанте правних последица предвиђене у различитим законодавствима за идеални стицај.

Постоје два екстремна правца у решавању описаног правила, при чему се као кључно питање поставља евентуални утицај дефинисаних стицајних ефеката на

---

<sup>10</sup> Вид. Ф. Бачић *et al.*, 227.

<sup>11</sup> E. R. Zaffaroni, 513.

кривичноправни третман привидног идеалног стицаја, што је у практичном смислу од значаја и за успостављање дистинкције од аутентичног стицаја, пре свега идеалног.

## 2.1. Опште карактеристике (стриктни и релативни ексклузивитет)

Правна природа института привидног стицаја закона, која је оличена у дебати да ли се налазимо пред правим стицајем закона, или је он пак само привидан, карактеристична је за компаративну доктрину и усмерава правац кретања две основне струје у овој области: 1) хипотеза о правом стицају закона 2) хипотеза о привидном стицају.<sup>12</sup> Ове концепције имају директан утицај на аспект правних последица института, а манифестују се у виду две струје – *стриктни* и *релативни ексклузивитет*, што је условљено суштинским (начелним) поимањем утицаја привидног дела у домену утврђивања казних ефеката.

Ово је уско повезано и са самим домаћајем института привидног стицаја закона, чији феноменолошки облици испољавања у највећем броју случајева искључују потпуну инклузију казних ефеката.

Стриктни ексклузивитет се у генералном смислу доводи у везу са поштовањем забране двоструког вредновања, која је пак, у складу са владајућим теоријским гледиштима, донекле релативизована.<sup>13</sup> Оваква дихотомна класификација могућих правних ефеката, односно њена релативизација у одређеној мери, заправо произлази из саме природе појединих принципа решења и њима својствених феноменолошких облика. Наиме, јасно је да постоје одређене манифестације привидног идеалног стицаја, које захтевају искључење привидног дела у потпуности, а исто тако и оне које захтевају њихово уважавање у другим ситуацијама.

То је разлог зашто се не може прихватити стриктна подела на наведене две теорије, при чему се као адекватно појављује мешовито решење, оличено у модификованој варијанти релативног ексклузивитета, што подразумева да ће правни ефекти зависити првенствено од конкретног феноменолошког облика привидног идеалног стицаја. Сходно томе се врши и индивидуализација правних последица.

За такву индивидуализацију је поред поделе на стриктни и релативни ексклузивитет, релевантна још једна карактеристика правних ефеката, оличена у примени принципа комбинације, који се појављује као својеврстан норматив у сагледавању кривичноправних последица привидног идеалног стицаја.

Имајући у виду поменуте особености, постоје две варијанте у кривичноправном третману привидног стицаја закона: 1) *принцип преферентне инкриминације*, уз тотално искључење привидног дела, услед некомпатибилности између две норме и интерпретативног карактера који му се приписује (потпуна апсорпција); 2) *принцип комбинације* – не искључује се у потпуности привидно дело, већ се оно може узети у обзир у светлу принципа резидуалног ефекта блажег закона, онда када исти поседује казени оквир са строжим посебним минимумом од доминантног типа, или ако поседује одређене казнене ефекте попут секундарних санкција или мера безбедности.<sup>14</sup>

Слично томе, у немачкој доктрини се указује на неколико варијанти, односно приступа у уважавању ефеката привидног закона, које се крећу између потпуног

<sup>12</sup> R. Carnevali Rodríguez, C. Salazar Zenteno, 19.

<sup>13</sup> J. P. Matus Acuña (1997), 429.

<sup>14</sup> J. P. Matus Acuña (2007), 42.

неуважавања потиснутих закона и друге крајности, оличене у приближавању ефектима идеалног стицаја.<sup>15</sup>

Овом класификацијом, која одговара подели на стриктни и релативни ексклузивитет ћемо се водити приликом разматрања модела кривичноправног третмана.

У вези са наведеном проблематиком, као релевантна се заправо појављују три кључна питања: 1) да ли треба уопште прихватити овакве ефекте привидног дела, односно његове правне последице? 2) да ли треба прихватити све или само поједине утицаје? 3) на који начин се испољава домашај оваквих ефеката на конкретне феноменолошке облике привидног стицаја закона?

Сходно томе, поћи ћемо од класификације која се заснива управо на одговорима на наведена кључна питања. У вези првог и најзначајнијег прелиминарног питања, које се тиче прихватања ефеката привидног дела, размотрићемо две варијанте, оличене у екстензивном и рестриктивном моделу.

## 2.2. Стриктни ексклузивитет привидног дела

Једна од екстремних варијанти у кривичноправном третману привидног идеалног стицаја, подразумева потпуно искључење свих правних ефеката привидног дела. То обухвата изједначавање са ефектима редовне, унитарне квалификације, које полази од једне релевантне инкриминације. Ово подразумева потпуно издвајање института привидног стицаја закона од манифестација аутентичног стицаја, односно његов искључиви интерпретативни карактер.

У најопштијем смислу, рестриктивни модел (стриктни ексклузивитет) подразумева да је примењива једино казна примарног деликта која замењује остале, што подразумева потпуну апсорпцију путем једне од њих. Предности оваквог приступа огледају се у његовој погодности да адекватно постави границу у односу на правне последице идеалног стицаја.<sup>16</sup> Заправо, могло би се тврдити да је његова идејна утемељеност заснована управо на потреби успостављања дистинкције од идеалног стицаја у домену правних последица, будући да нужно води ка одбацивању било какве стицајне компоненте, односно искључује све сегменте принципа комбинације карактеристичне за овај облик аутентичног стицаја.

Заступници гледишта о потпуном искључењу ефеката привидног дела, попут немачког аутора Гирдса, полазећи од доктрине материјалног кажњавања, указују на недопустивост уважавања изузетог закона приликом изрицања пресуде, што се односи чак и на тзв. *оклузивни ефекат* блажег кривичног дела.<sup>17</sup> Такође, овакво резонување се правда и потребом успостављања јасне дистинкције од идеалног стицаја, односно избегавања изједначавања ефеката наведене две правне фигуре.<sup>18</sup>

На обресе стриктног ексклузивитета наилазимо и у домаћој доктрини. У том смислу, можемо издвојити констатацију утемељену на једном генерализованом правилу, референтном за привидни стицај уопште (привидни идеални или привидни реални), према

<sup>15</sup> С. Fahl, 317. Као најзначајнија последица другог поменутог приступа, фигурира губљење границе између идеалног и привидног идеалног стицаја.

<sup>16</sup> Н. А. Carranza Tagle, „La individualización judicial de la pena frente a un concurso ideal de delitos“, [https://www.academia.edu/36113410/La\\_individualizaci%C3%B3n\\_judicial\\_de\\_la\\_pena\\_frente\\_a\\_un\\_concurso\\_ideal\\_de\\_delitos](https://www.academia.edu/36113410/La_individualizaci%C3%B3n_judicial_de_la_pena_frente_a_un_concurso_ideal_de_delitos), 5. фебруар 2022, 6.

<sup>17</sup> С. Fahl, 316 – 317. Сматра се да привидно дело треба да буде искључено како са материјалног (из пресуде у кривници), тако и са аспекта утврђивања казне.

<sup>18</sup> Е. Bacigalupo (1996), 239.



којем се у тим случајевима сматра да постоји само једно кривично дело, те се и одмеравање казне врши према регуларним правилима сходно таквом закључку.<sup>19</sup>

У шпанској доктрини је све до осамдесетих година XX века преовладавало мишљење о потпуном искључењу привидног дела, и то првенствено због доминантног гледишта о интерпретативном карактеру института.<sup>20</sup> Може се рећи да је велики утицај на то имало и присуство законске регулаторне одредбе, која се заиста и може тумачити у духу принципа просте апсорпције. Наиме, одредба чл. 8 шпанског Кривичног законика не предвиђа услове примене принципа специјалитета, супсидијаритета и консумпције, већ наглашава искључиво својство преферентности неке норме у односу на другу, што се може тумачити као њено апсолутно апсорбујуће дејство. Међутим, у том правцу још више иде и правило по којем ће тежа законска норма искључити ону са предвиђеном блажом казном. Ради се о решењу које је било присутно и у ранијем шпанском законодавству, и то као једина варијанта стицаја закона. Због тога и није тешко разумети зашто је доктринарно мишљење, сматрало принцип комбинације неприхватљивим, у ситуацији када апсолутни примат има висина казне.<sup>21</sup> Наиме, то по логици ствари, само по себи подразумева да се тежом санкцијом обезбеђује потпуно покривање невредности дела, а успоставља се и адекватна дистинкција од последица идеалног стицаја. Међутим, по нашем мишљењу, садашња одредба не представља никакву препреку да се приликом одмеравања казне узме у обзир и привидно дело, под условом да се не прекрши забрана двоструког вредновања исте околности. Стога, сматрамо да је адекватније тумачење по којем је сврха наведених регулаторних одредби да утврде примарну казну, а не да искључе утицај привидног дела.

Заступник ове концепције, иначе мањинске у доктрини, је и немачки аутор Мецгер, који стицај закона везује за стриктно искључење одбаченог закона, без испољавања било каквог ефекта.<sup>22</sup> Може се рећи да је управо идеја о потпуном искључењу привидног дела из казног система за идеални стицај, била један од аргумената за успостављање монистичких система, попут оног који предлаже Пупе, утемељеног искључиво на принципу специјалитета схваћеном у логичко–формалном смислу.<sup>23</sup> Наиме, суштина је да се полази од тога да би у свим другим случајевима релација између конкретних норми, потпуна апсорпција довела до неоправданог привилеговања учиниоца.

Иако се ради о монистичкој концепцији која је утемељена на формирању особене теорије идеалног стицаја и прихватању специјалитета као јединог релевантног принципа решења привидног идеалног стицаја, у разматрању конструкције стриктног ексклузивитета, не може се избећи гледиште немачке ауторке Пупе. Наиме, ауторка сматра да би у случају (привидног) стицаја закона, за разлику од аутентичног стицаја, вишеструко вредновање кривице било супротно начелу праведности и управо на том разлогу и темељи искључење категорија попут супсидијаритета и консумпције из опсега стицаја закона и њихово изједначавање са правним последицама идеалног стицаја.<sup>24</sup> Јасно је због чега се ова полазна тачка јавља као једина могућа варијанта у којој се може говорити о прихватању стриктног ексклузивитета.

---

<sup>19</sup> J. Ђ. Таховић (1956), 185. Општа правила одмеравања казне, доводе се у везу са регуларним ситуацијама, односно редовним поступком, примењивим онда када се учиниоцу суди за само једно кривично дело, што се супротставља случајевима стицаја инкриминација, за које важе особена правила. Вид. Ф. Бачић *et al.*, 216.

<sup>20</sup> J. P. Matus Acuña (2000b), 48.

<sup>21</sup> *Ibid.*, 49. Тако, шпански аутор Куерда (*Cuerda*), полазећи од одредбе чл. 68 шпанског Кривичног законика из 1944. године, указује да је принцип комбинације непотребан и неприхватљив, будући да се из поменуте одредбе, утемељене на примату норме са најтежом санкцијом, несумњиво изводи закључак да санкције које предвиђа привидно дело, немају никакво дејство.

<sup>22</sup> E. Mezger, 347.

<sup>23</sup> J. P. Matus Acuña (2001), 371.

<sup>24</sup> I. Puppe, „Funktion und Konstitution der Ungleichartigen Idealkonkurrenz GA 1982“, *Strafrechtsdogmatische Analysen* (ed. W. H. Roth), Vandenhoeck & Ruprecht, 2006, 160 – 161.

Слично томе, поједина гледишта у мањинској доктрини су настојала да кривичноправни третман привидног идеалног стицаја вежу за тзв. „стриктни ексклузивитет“, у смислу апсолутног искључења привидног дела, за разлику од идеалног стицаја, где се сходно принципу комбинације, морају имати у виду све инкриминације. Међутим, превагу је ипак однео аргумент да би на тај начин дошло до неоправданог привилеговања учиниоца.<sup>25</sup> Стога, велики број аутора се није слагао са овим једностраним схватањем.<sup>26</sup>

С друге стране, поједини теоретичари су чак и упркос прихватању стицајног карактера института, полазили од ове концепције, износећи за такво опредељење два кључна аргумента, која се односе на схватање о постојању само једног права државе на кажњавање и неприхватљивост концепта о искључењу могућности примата лакшег кривичног дела, до чега би дошло уколико би се реализовао утицај привидног дела у свим наведеним сегментима.<sup>27</sup> Насупрот томе, чак и у законодавствима која су се у регулисању стицаја закона определила за систем најтеже казне, што имплицира уважавање само једне норме, прихватили су се поједини ефекти привидног дела, односно његово уважавање у случају када поседује тежи посебни минимум од главног дела, или пак ако садржи казнене ефекте, секундарне последице или мере безбедности које главно дело не поседује, у смислу да казна не може бити нижа од посебног минимума искљученог дела (принцип апсорпције се модификује принципом комбинације).<sup>28</sup>

Стога, може се закључити да је разлог због чега је у међувремену дошло до промене ових рестриктивних ставова, оличен и у проширењу броја принципа решења који се сматрају релевантним за стицај закона, што за нужну последицу, за разлику од првобитног принципа најтеже казне, има и захтев за адекватним вредновањем и друге, секундарне норме.

У такво резонавање, уклапа се и хипотеза о подели на праве случајеве стицаја закона, код којих је једино могуће применити варијанту одбацивања било каквог ефекта привидног дела (специјалитет, супсидијаритет), наспрам манифестација утемељених на вредносним аспектима, попут консумпције, означених као неправни идеални стицај.<sup>29</sup>

Док код појединих релација између норми, с једне стране то не би било спорно, чисто интерпретативно гледиште код одређених феноменолошких облика привидног стицаја закона, захтевало би продубљивање проблематике, у циљу оправдања потпуног искључења привидног кривичног дела. Најтипичнији пример за то је управо накнадно некажњиво дело, или случајеви алтернативитета, где је тешко замислити потпуни интерпретативни приступ.

Међутим, с друге стране, оно је и нужно у одређеним ситуацијама, јер се у складу са телеолошким тумачењем воље законодавца, негде мора одустати од паралелне примене привидног дела, односно његових ефеката на одмеравање казне, или пак од споредне примене у случају неиспуњења услова за главно дело. Типичан пример за то је привилеговани облик основног кривичног дела (специјалитет), где се не може узети у обзир базично дело приликом одмеравања казне, нити пак секундарна примена када је због материјалних или процесних разлога немогуће применити специјално (главно). Свако супротно тумачење би било у супротности са вољом законодавца.

---

<sup>25</sup> J. P. Matus Acuña (2000b), 38.

<sup>26</sup> J. Cuello Contreras (2009), 685. Аутор се међутим не слаже са таквим тумачењем одредбе чл. 8 шпанског Кривичног законика.

<sup>27</sup> То је схватање шпанског теоретичара Гирдса. Вид. J. P. Matus Acuña (2000b), 39. У том смислу, аутор напомиње да је Гирдс отишао у другу крајност, наводећи као оправдање одбацивања било каквих ефеката привидног кривичног дела, управо пример немогућности његове примене у случајевима специјалитета по основу привилегованог облика, будући да би то значило потпуно дерогирање свих привилегованих кривичних дела.

<sup>28</sup> J. C. Contreras (1979b), 469.

<sup>29</sup> J. P. Matus Acuña (2000b), 40 фн. 13.

Иако стриктна интерпретативна струја подразумева да се код стицаја закона у потпуности негира могућност било каквог комбиновања казних претњи предвиђених за релевантне законске норме, ипак се уочавају и извесна одступања од таквог једностраног поимања правне природе института, тако да се у немачкој доктрини, указује на неизбежност поклапања са идеалним стицајем. Међутим, то се доводи у везу пре свега са констатацијом изузетака. Тако, Јешек указује да у ситуацији када околности доводе до истог третирања идеалног стицаја и стицаја закона, увек ће се радити о изузетима, који у будућности треба да буду решени од стране праксе.<sup>30</sup>

Све то указује да када је реч о институту привидног стицаја закона као сложенем ентитету, није могуће прихватање једностраних концепција, што је заправо последица разноврсности њиме обухваћених феноменолошких облика, који се не могу подвести под јединствени скуп правила. То се јасно уочава из гледишта према којем чак ни прихватање стицајног карактера института не означава нужно уважавање ефеката привидног дела, односно принципа комбинације у домену правних последица. То ће зависити, између осталог, и од броја прихваћених принципа решења у оквиру теорије привидног стицаја закона.

У сваком случају, приступ утемељен на стриктном ексклузивитету, не одговара конфигурацији теорије привидног стицаја закона, односно прихваћеним принципима решења и феноменолошким облицима испољавања института, као ни судској пракси у овој области, имајући у виду да би негирао све модалитете деловања привидног дела, прихваћене у савременој теорији. Стога, сматрамо да је адекватније решење *релативног ексклузивитета*, које у одређеним случајевима, у зависности од конкретне манифестације привидног идеалног стицаја, дозвољава такве утицаје споредне инкриминације.

### 2.3. Релативни ексклузивитет

Принципу ексклузивитета, карактеристичном за стриктни интерпретативни приступ у утврђивању правне природе привидног идеалног стицаја, супротставља се правило комбинације казних последица, које подразумева уважавање ефеката привидног дела у различитим сегментима, почев од утицаја на казну, преко његове секундарне примене у случајевима када због материјалних и процесних разлога није могућа примена главног дела.

Наиме, решавањем најспорнијег проблема у примени привидног идеалног стицаја у кривичном праву, који се тиче избора преферентне инкриминације, односно оне која ће бити носилац квалификације, још увек се не разрешава целокупна проблематика института. Осим тога, већ смо закључили да се не можемо ослонити на поједностављене концепције у детерминацији крајњих пенолошких ефеката, попут оне која упућује на стриктни ексклузивитет привидног дела. Исто тако, подсетићемо на још један релевантан закључак у погледу правне природе института, а то је да се он не односи на унитарност казних ефеката са аспекта релација између две инкриминације, од којих је само једна означена као примарна. Другим речима, констатација привидног идеалног стицаја не значи да ће се у потпуности избрисати казни ефекти привидног дела, нити је то могуће теоријски оправдати.

Ово произлази из саме правне природе института, који као што смо већ закључили, почива не на апсолутном, аутономном искључењу неког правног концепта, већ на реципрочном искључењу са аспекта конкретних релационих односа успостављених са неком другом правном фигуром, што га и разликује од других облика јединства. Стога, и даље остаје на снази сегмент његовог утицаја изван таквих релација, који се не може занемарити,

---

<sup>30</sup> Вид. J. Cuello Contreras (1979a), 53.

осим у ретким случајевима где би то било у супротности са сврхом и смислом успостављања одређеног правног концепта, као на примеру привилегованих инкриминација. Управо та резидуална компонента, која и даље опстаје на апстрактном плану, условљава различите сегменте његовог деловања на коначну последицу.

Самим тим, правне последице привидног идеалног стицаја, успостављају се на специфичном димензионалном плану, који се налази између апсолутних стицајних ефеката и стриктног ексклузивитета, уз истовремену условљеност конкретном манифестацијом релационих односа између релевантних законских норми.

Овај приступ утврђивању правних ефеката смо означили као *релативни ексклузивитет*, који се од стриктног разликује по томе што упркос формалној квалификацији утемељеној на избору једне од норми у формалној декларацији кривице, истовремено подразумева да привидно дело може у зависности од конкретног феноменолошког облика испољавања привидног идеалног стицаја, имати утицаја у домену правних последица.

То се може оправдати већ поменутиим гледиштем да у случају привидног стицаја долази само до искључења кажњивости привидног дела, али не и његовог суштинског ентитета, што отвара пут његовим различитим пенолошким утицајима.<sup>31</sup>

Сматра се да под условима одбацивања стриктног ексклузивитета, за који смо иначе установили да није примењив у свом чистом облику, једина преостала могућност у циљу избегавања двоструког кажњавања, а самим тим и заштите принципа *ne bis in idem*, јесте да се констатује антиномија правних последица успостављених казним нормама сваког од законских типова.<sup>32</sup>

И у овом случају је могуће донекле задржати дистинкцију од идеалног стицаја, нарочито у домену могућности привидног дела да утиче директно на утврђивање главне казне, мада се она све више губи, нарочито у системима који, попут немачког, идеални стицај конфигуришу на бази јединства дела. Пре свега, важно је напоменути да је прва тачка њиховог разилажења у формалној декларацији кривице, тачније у квалификацији, која се код привидног идеалног стицаја, увек врши у складу са примарном (главном) законском нормом<sup>33</sup> и унитарног је карактера, за разлику од идеалног стицаја, где се наглашава плуралитет повређених кривичноправних забрана, тако што се јасно дефинише свака од њих.

На први поглед се чини да би таква диференцијација на плану формалне квалификације, водила и ка другачијим правним последицама. Међутим, показало се, као што ћемо видети, да је наглашавање стицајног карактера института привидног идеалног стицаја, а самим тим и значаја привидног дела, довело до ситуације да се на овом плану бришу стриктне границе између две правне фигуре, барем када је реч о крајњем исходу примене једне и друге, односно кривичноправним последицама по учиниоца. Овакав резултат се може посматрати са две тачке гледишта, односно могуће је тврдити да је разлог опредељења за такав кривичноправни третман идеалног стицаја, управо његово поимање као својеврсног стицаја закона<sup>34</sup>, а с друге стране да је реч о приближавању привидног идеалног

<sup>31</sup> Вид. Ђ. Лазин, 46 – 47. Аутор конкретно помиње утицај привидног дела на одмеравање казне односно његову супсидијарну примену. Наиме, управо се у искључењу кажњивости, а не саме законске инкриминације као такве, види оправдање могућности утицаја привидног дела на одмеравање казне.

<sup>32</sup> F. Szczaronski, 502. У том смислу се указује да чак ни најједноставнији случајеви реитерације, не могу бити адекватно решени без разматрања независних фактора конкретних норми.

<sup>33</sup> Вид. С. Roxin (2014), 1017. Роксин напомиње да се у свим случајевима стицаја закона, примењује само казна прописана главним делом, тако да се привидно кривично дело не наводи у декларацији кривице.

<sup>34</sup> Већ смо указали на теоријска схватања која су полазила од тога да је идеални стицај заправо само стицај закона, у складу са максимумом „једна радња – једно кривично дело“. Међутим, као што смо већ напоменули, ради се о превазиђеним гледиштима, будући да се у савременим законодавним и доктринарним ставовима, очигледно прихвата да стицај кривичних дела, може бити заснован и на само једној радњи.

стицаја правим стицајним категоријама, чинећи га једном од њихових варијанти. То указује на релативност граница између поменутих правних концепата, које су условиле и својеврсно подударане у домену правних последица, а самим тим и отвориле питање сврхе спровођења комплексног поступка диференцијације, имајући у виду да исти на крају резултира истоветним правним последицама.

Међутим, због поменутих додирних тачака, које произлазе из идеалног стицаја утемељеног на принципу апсорпције, у литератури се истиче да се, осим у случајевима када се ради о специјалној инкриминацији, манифестованој у привилегованом кривичном делу, кривичноправни третман привидног и правог идеалног стицаја, у потпуности изједначава.<sup>35</sup> Јасно је због чега је овај изузетак везан једино за привилегујућа кривична дела, која као примарну инкриминацију стављају блажу, јер квалификована, због примата теже казне, доводи до истог резултата као и идеални стицај, према немачком законодавном решењу. Тачније, у складу са принципом апсорпције, било да се ради о идеалном стицају, или о привидном идеалном стицају по основу специјалитета, код квалификованих облика неког кривичног дела, поступак ће бити исти.

Ситуација је нешто другачија код законодавних система који не полазе од принципа прости апсорпције, где се задржава могућност довољно репрезентативне диференцијације од идеалног стицаја, чак и у случају прихватања поменутих ефеката, сведених на принцип комбинације.

У сваком случају, овакво поистовећивање, супротставља се чисто интерпретативном карактеру разматраног института, односно искључењу било какве могућности утицаја привидног дела на јединствену казну која би се увек одређивала у распону предвиђеном за главно дело. Међутим, ни ову другу варијанту не би требало схватити као стриктно дефинишућу и разграничавајућу у смислу односа између привидног идеалног и идеалног стицаја у домену правних последица. Пре свега, и даље остаје могућност, која по свој прилици треба да има карактер неписаног правила, да се привидно дело уважава као релевантна, првенствено отежавајућа околност приликом одређења мере казне у оквиру прописаног распона. Тачније, чак и да не постоји доктринарно утемељена обавеза уважавања његовог посебног минимума, која се приписује привидном идеалном стицају, у пракси је тешко замислити да би дошло до потпуног занемаривања привидне инкриминације, јер би се то сводило на непотпуно утврђивање чињеничног стања. Ово представља одраз баланса између различитих захтева кривичног права и начина да се превазиђу проблеми опречних циљева, без заласка у једну или другу крајност.

Стога, адекватно решење произлази из међусобно допуњујућег карактера привидног идеалног и идеалног стицаја. Чињеница да може доћи до истоветних правних последица по учиниоца у једном и у другом случају, не значи да разматрани институт губи на својој релевантности. Она је дубоко укорењена у његовој суштинској природи, и увек ће остваривати својеврстан утицај на коначан одговор кривичног права на предузето забрањено понашање.

Према једном од гледишта у литератури, искључује се генерално важење ефеката привидног дела код свих манифестација стицаја закона, у складу са поимањем да у сваком појединачном случају треба оценити какав ефекат може имати привидно дело. Ипак, његова

---

<sup>35</sup> J. P. Matus Acuña (2000b), 37 – 39. Исто важи и за специјалитет заснован на односу између основног и квалификованог облика, као и за случајеве супсидијаритета и консумпције, где се као главно дело појављује увек оно са тежом казном. Међутим, у вези са тим, у литератури се указује на још једну могућност утицаја привидног дела на детерминацију казне у случају релација између привилегованог и основног облика неког кривичног дела. Реч је о тзв. „грешкама законодавца“, када се неоправдано привилегује нека околност која би требало да буде отежавајућа, у ком случају се примењује казни распон примарног дела. Ипак, ово схватање се сматра неприхватљивим са аспекта начела законитости, будући да би подразумевало дерогирање свих привилегованих правних фигура.

примена је дефинитивно искључена у следећим случајевима: 1) код привилегованих деликата, јер би то значило трансформисање једне привилегујуће околности у њену супротност, 2) код накнадних некажњивих дела, уколико је за то дело предвиђена тежа казна од претходног – главног.<sup>36</sup> Управо се у томе огледа релативност наведеног приступа.

Описаној варијанти релативног ексклузивитета, припадају и гледишта из домаће доктрине, која разматрајући појединачне манифестације утицаја привидног дела (утицај на одмеравање главне казне, супсидијарне примена), његову релевантност прихватају у једним, а одбацују у другим случајевима.<sup>37</sup> Управо ова констатација оправдава употребу термина „релативни“ у означавању усвојеног модела кривичноправног третмана института привидног идеалног стицаја. Та релативност проистиче управо из хетерогености пенолошких ефеката који се разликују у зависности од примењеног принципа решења. Сматрамо да је ово једини исправан приступ у третирању различитих аспеката утицаја привидног дела на главно, у складу са релевантним областима деловања.

И у немачкој доктрини, где је општеусвојен принцип комбинације<sup>38</sup>, наглашава се постојање изузетака од утицаја потиснутог закона, у случајевима када примарни садржи привилегију која би била изгубљена у случају његовог уважавања<sup>39</sup>, што се практично своди на манифестације специјалитета, мада се у литератури наводе и други примери оваквих ситуација. У том контексту се превасходно помиње добровољни одустанак од покушаја, где се сматра да се одлука о ослобођењу од казне, протеже и на припремне радње предузете пре самог покушаја.<sup>40</sup>

На то указују чак и гледишта, која полазећи од хипотезе стриктног ексклузивитета, како би оправдала такво опредељење и лишила га свих евентуалних неусаглашености и критика, искључују све друге принципе решења из опсега привидног идеалног стицаја, сем специјалитета.<sup>41</sup>

Иако се паралелно са случајевима ексклузивитета, у погледу утицаја привидног дела на коначне правне ефекте квалификације, појављују чак и облици нужне инклузије, па макар то било и у домену отежавајућих околности (алтернативитет), определили смо се за стављање у први план термина који наглашава искључење таквих утицаја као почетно правило, првенствено због владајућих ставова у нашој доктрини, заснованих на негацији стицаја приликом одређења самог института. Међутим, то свакако не значи одбацивање различитих аспеката уважавања привидног дела у утврђивању главне казне, односно његове секундарне примене. Такво терминолошко опредељење је више формалистичког карактера и служи, између осталог, и да нагласи да је реч о средишњем решењу у односу на другу крајност карактеристичну за немачку доктрину, која истиче тзв. принцип комбинације, односно појачано изражене стицајне ефекте.

У дефинисању законитости овако схваћеног релативног ексклузивитета, први корак је свакако препознавање оних принципа решења код којих долази до потпуног искључења

---

<sup>36</sup> J. P. Matus Асуња (2000b), 39 – 40. С друге стране, поједини теоретичари су правили диференцијацију и према појединачним категоријама трипартитне поделе. Тако, ефекат посебног минимума се везивао за све феноменолошке облике привидног стицаја, док се само за случајеве сукажњивих дела везивао њихов утицај на детерминацију казне.

<sup>37</sup> Ђ. Лазин, 48 – 52.

<sup>38</sup> L. Della Ragione, 278. Његови репрезентативни аспекти се испољавају у виду уважавања посебног минимума привидног дела, као и у примени секундарних санкција.

<sup>39</sup> H. H. Jescheck, T. Weigend, 733; L. Della Ragione, 278; A. J. Sanz Morán, 14.

<sup>40</sup> J. Cuello Contreras (2009), 687.

<sup>41</sup> I. Puppe, „Die Erfolgseinheit, eine verkappte Form der Idealkonkurrenz“, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 6/2007, 256. Пупе сматра се да се код консумпције и супсидијаритета, нужно морају уважити стицајни ефекти који одговарају идеалном стицају, попут ефекта „блокаде“ лакшег кривичног дела, односно посебног минимума, или пак изрицања помоћних казни, док специјалитет фигурира као једини прави случај стицаја закона.

било каквих ефеката привидног дела. Иако ћемо се приликом разматрања различитих модалитета утицаја привидног дела, осврнути на сваки од појединачних принципа решења, на овом месту се може указати на неколико генералних правила.

Пре свега, постоји сагласност да код феноменолошких облика привидног идеалног стицаја код којих је констатована релација специјалитета, привидно дело по правилу неће остварити било какав утицај на коначне пенолошке ефекте, што важи како за утицај на главну казну, тако и друге аспекте деловања, попут укључивања споредних казни прописаних за привидно дело.<sup>42</sup> У осталим случајевима, долази у обзир разматрање различитих модалитета утицаја привидног дела, кроз чију призму се манифестује јединствени склоп правних последица института.

## 2.4. Модалитети утицаја привидног дела

Доминација стицајних карактеристика код разматране правне фигуре, са собом нужно носи својеврсно преклапање ефеката са облицима стицаја, пре свега идеалним, што у зависности од начина регулисања овог облика стицаја у конкретном позитивном законодавству, може да доведе чак и до идентичних правних последица. На тај начин, сви аспекти њиховог диференцирања на општем плану, поред тешкоћа у постизању таквог циља, добијају само декларативни карактер, јер је забрањена казна у сваком случај иста. Наравно, хипотетички је могуће адекватно балансирати однос између две правне фигуре у домену одмеравања казне. Међутим, одсуство изричитих параметара таквог поступка, формално гледано, чини ирелевантним било какво почетно диференцирање.

Стога, разноврсност регулаторних одредби о стицају, у позитивним законодавствима европско–континенталног кривичног права, на чије смо специфичности и указали, још више отежава постављање ефеката института привидног идеалног стицаја на јединственим правилима општег карактера, имајући у виду да ће његов кривичноправни третман увек зависити од специфичних фактора. Из тог разлога, иако је могуће указати на општи скуп карактеристичних закономерности привидног идеалног стицаја у домену теорије казне, у зависности од конкретног приступа, доктринарно разматрање његових реалних правних последица, увек се мора вршити на индивидуалном плану, са аспекта конкретног законодавства. Тако, неће бити исти исход његове примене у немачком или шпанском, наспрам француског или српског законодавства.

За разлику од интерпретативне струје, варијанта стицајног карактера (већинско гледиште), подразумева да ће се привидно дело узети у обзир у одређеним ситуацијама, и то када оно има посебни минимум виши од доминантног кривичног дела, односно уколико има казнене ефекте (секундарне санкције и мере безбедности) које нема доминантни тип. Тачније, ради се о принципу апсорпције, који је модификован принципом комбинације.<sup>43</sup> Управо наглашавање спреге између поменути два опонентна приступа (апсорпција и комбинација казних ефеката), који се репрезентују кроз својеврсну модификовану варијанту, представља основну карактеристику јединственог система казних ефеката својствених институту привидног идеалног стицаја.

Осим тога, истиче се да релевантност привидног дела, долази у обзир и уколико се главно дело не може применити због постојања личног основа искључења кажњивости, односно чињенице да се ради о делу за које се гони по предлогу оштећеног, а такав предлог

<sup>42</sup> Ј. Ђ. Таховић (1956), 186; З. Стојановић (2009), 15; И. Вуковић (2022), 344.

<sup>43</sup> Ј. С. Contreras (1979b), 469. Треба имати у виду да ово схватање потиче од некада важеће одредбе члана 68 шпанског Кривичног законика из 1944. године, те да се одређује у складу са њеним правилом о најтежој санкцији, чиме се супротставља другој варијанти (мањинском гледишту), заснованој на чистом принципу апсорпције.

не постоји.<sup>44</sup> Тиме се указује на релевантност корективних механизма, што систематику правних последица своди заправо на особени мешовити систем, где долази у обзир домаћа тумачења релевантних кривичноправних интереса, односно на двоструку утемељеност правне природе института привидног стицаја закона.

Основна карактеристика принципа комбинације, својствена првенствено немачкој доктрини и јуриспруденцији, огледа се у идеји да казна треба да се одреди према доминантном типу, али да је принцип апсорпције модификован принципом комбинације, тако да се не искључује у потпуности друго дело, већ се оно може узети у обзир у светлу принципа резидуалног ефекта блажег закона, онда када он поседује казни оквир са строжим посебним минимумом од доминантног типа или ако поседује одређене казнене ефекте попут секундарних последица или мера безбедности.<sup>45</sup> Други аспект принципа комбинације, тиче се секундарне примене привидног дела, што се у немачкој доктрини означава и као „оживљавање“ привидног дела онда када из било ког разлога није могуће применити главно дело<sup>46</sup>, при чему се мисли првенствено на случајеве када је из материјалних или процесних разлога искључена примена главног дела. У том смислу, истиче се да ће бити искључена кажњивост одређеног (примарног) кривичног дела, уколико постоји лични основ искључења казне, односно уколико недостаје неки процесни услов, због чега долази у обзир примена искљученог деликта, са изузетком случајева када примарна норма иначе представља привилегију за учиниоца.<sup>47</sup>

Случајеви који се у шпанској доктрини наводе као примери оваквих казних ефеката су: 1) секундарна примена кривичног дела нарушавања неповредивости стана, онда када је учинилац тешке крађе проваљивањем истовремено у сродству са власницима – што би представљало лични основ искључења кажњивости; 2) довршени основни облик код случајева добровољног одустанка од квалификованог покушаја (покушај убиства од којег учинилац одустане након што је нанео повреде жртви); 3) немогућност примене доминантног типа због тога што, на пример, постоји неки лични основ искључења кажњивости или се пак ради о деликту које се гони по предлогу оштећеног, а оштећени не прихвата ту могућност, уз изузетак предвиђен онда када преферентни закон успоставља одређену привилегију.<sup>48</sup>

Ипак, највећи утицај се испољава у могућности деловања привидног дела не само на казни оквир (минимум и максимум), већ и на саму детерминацију казне, под условом да тај искључени деликт не поседује неки елемент који је уважен у главном.<sup>49</sup> Јасно је да се ради о стриктној варијанти стицајних ефеката, која донекле утиче и на губљење јасне границе са идеалним стицајем.

Ове три врсте утицаја ћемо појединачно размотрити приликом утврђивања евентуалних ефеката које привидно дело може имати на исход коначне квалификације, у складу са прихваћеним моделом кривичноправног третмана.

Најзначајнији и најкомплекснији сегмент правних ефеката, који се мора размотрити у свим случајевима привидног идеалног стицаја, тиче се управо првог нивоа, односно утврђивања конкретне казне, и оличен је у задатку доктрине да утврди правила утицаја и међусобног односа главног и привидног дела у детерминацији правних последица. При томе,

---

<sup>44</sup> *Ibid.*, 470. Сматра се да у таквим ситуацијама нема никаквих препрека да се учинилац казни за одбачено дело, иако постоје одређени изузеци.

<sup>45</sup> J. P. Matus Acuña (2007), 42.

<sup>46</sup> *Ibid.*, 42 – 43. Шпанска јуриспруденција је у периоду развоја теорије стицаја закона између 1944. и 1978. године, такође генерално прихватала могућност кажњавања за привидно дело, уколико је из материјалних или процесних разлога била искључена примена привидног дела.

<sup>47</sup> J. D. J. Restrepo, 33 – 34.

<sup>48</sup> J. P. Matus Acuña (2007), 43.

<sup>49</sup> J. D. J. Restrepo, 34.



треба имати у виду да се због изостанка стриктних законских одредби, може говорити само о општим смерницама, усклађеним са позитивноправним регулаторним одредбама које се тичу идеалног и реалног стицаја. Ради се сегменту на који највише утицаја има одређење за стицајни или интерпретативни карактер института.

Секундарна (условна) примена привидног дела истиче својство паралелног опстанка две законске норме на једном апстрактном нивоу, иако је међусобни конфликт решен у корист једне од њих – главне. Тиме се дефинитивно потврђује стицајни ефекат ове правне фигуре. На крају, веома важно питање које можда и отклања евентуалне недоумице о значају уважавања свих привидно реализованих кривичних дела, јесте и проблем кривичне одговорности саучесника, онда када се њихове радње могу довести у везу само са оном инкриминацијом одбаченом у корист главне, реализоване од стране непосредног извршиоца.

Свака од поменутих компонената јединственог скупа правних последица садржи значајне особености, као и различите појавне манифестације и заслужује детаљно разматрање. При томе, важно је напоменути да се, паралелно са деловањем на аспект казног распона (посебни минимум и максимум), као и особеним својством привидног дела да дејствује чак и у домену утврђивања мере казне, може издвојити још један, секундарни стицајни ефекат, оличен у третирању плуралитета реализованих законских описа бића као отежавајуће околности, што се манифестује при самом одмеравању казне. Таква могућност је увек на располагању и представља најадекватније средство за успостављање равнотеже између различитих захтева приликом конкретизације правних последица забрањеног понашања.

Јасно је да се прихватање наведених ефеката, за разлику од стриктног ексклузивитета, везује искључиво за приступ утемељен на стицајном карактеру института, што је једино могуће оправдање за прихватање оваквих последица.

И у француском моделу, за који се иначе указује да оставља највише простора за дискреционо закључивање у домену успостављања равнотеже између привидног и аутентичног стицаја, напомиње се да се релевантни облици манифестације утицаја привидног дела, испољавају како на плану одмеравања казне, тако и са процесног аспекта.<sup>50</sup>

Сматрамо да у случају привидног стицаја закона, генерално треба прихватити могућност утицаја наведених ефеката, све док се крећу у домену поштовања забране двоструког вредновања, по аналогији са већ поменутих правилу прописаним у одредби чл. 54, ст. 3 Кривичног законика Р. Србије, као и у складу са општим правилима тумачења смисла и сврхе прописивања појединих инкриминација, односно имајући у виду оправдане изузетке. То се превасходно односи на примену специјалитета у случају привилегованих кривичних дела.

У вези тога, у литератури се напомиње да осим у случајевима специјалитета, везаног за привилегована кривична дела, није забрањено законом, нити чињеницом да је дата предност само једној норми, да се цене све казно–правно релевантне особине привидног дела, које се не налазе садржане у главном делу, као околности релевантне за конкретну детерминацију казне, у складу са предвиђеним правилима.<sup>51</sup> Такође, указује се и на одређене феноменолошке облике где се појављују особености у утицају одбаченог дела. Пре свега, код тзв. клаузула супсидијаритета, указивало се на одређене дефекте у њиховој примени, иако су предвиђене изричитим законским одредбама. То је условило чак и њихово одбацивање на рачун идеалног стицаја, уколико би примена супсидијаритета довела до контрадикторних последица које не одговарају смислу закона. У том погледу, истиче се и једно гледиште по којем се код случајева изричитог супсидијаритета задржава могућност да се примене

---

<sup>50</sup> L. Della Ragione, 279.

<sup>51</sup> J. P. Matus Acuña (2000b), 60.

одређене санкције, пре свега мере безбедности одбаченог дела, задржавајући за њих став о релацији специјалитета.<sup>52</sup>

Такође, посебно је интересантно и питање ефеката накнадног некажњивог дела, у случају изостанка кажњивости главног, где се указује на два опонента приступа, што се према неким гледиштима доводи у везу и са дистинкцијом на материјалне и процесне сметње за примену главне казне. Тако, сматра се да за разлику од материјалних препрека, где постоји могућност примене накнадног дела чак и ако је главно дело атипично, код процесних препрека постоје извесне недоумице у погледу таквих ефеката, иако преовлађује схватање да би у овом случају требало уважити накнадно дело, осим уколико се тиме иде против неке привилегије садржане у забрани.<sup>53</sup>

Ипак, на основу излагања о принципима решења који се сматрају релевантним за теорију привидног стицаја закона, може се закључити да је највећи простор за испољавање наведених утицаја карактеристичан за принцип алтернативитета.

Све то указује да разматрање модалитета утицаја привидног дела, који се манифестују у особеном скупу правних последица привидног стицаја закона, захтева мултидимензионални приступ и зависи од прихваћених концепција о домаћају института и његовим феноменолошким облицима испољавања.

### 3. Утицај привидног дела на главну казну

Најзначајнији и уједно најспорнији аспект утицаја привидног дела, који конфигурише правне последице института привидног стицаја закона, представља његово деловање на коначну казну, односно на споредне санкције које уз њу могу бити изречене. Описани утицај се може испољити на два нивоа, при чему први подразумева деловање на казни распон, односно на одређивање посебног минимума и максимума, док се други односи на конкретну казну.

У немачкој доктрини, указује се на три релевантне последице привидног дела, од којих је најзначајнија уважавање његовог посебног минимума приликом утврђивања јединствене казне, док се друге две односе на његово вредновање приликом детерминације мере казне, као и на примену њиме предвиђених споредних казни и мера безбедности.<sup>54</sup>

Практично, ради се о разматрању ефеката својствених идеалном стицају, постављеног у немачком законодавству у складу са принципом апсорпције, за разлику од реалног стицаја, за који су предвиђена особена правила одмеравања казне. Због концепције

<sup>52</sup> J. P. Matus Асуња (2000a), 341. То је гледиште које заступа немачки аутор Кох (*Koch*).

<sup>53</sup> R. Pariona Агана, 13 – 15. Такође, код накнадног некажњивог дела, као што смо већ указали, испољавају се бројне специфичности у домену правних последица, у зависности од тога на који начин се схвата његова правна природа. Уколико се пође од већинског гледишта, заснованог на његовој некажњивости због вредносног јединства са главним делом, генерално се прихвата могућност утицаја одбаченог дела. Насупрот томе, та могућност се негира уколико се пође од хипотезе да се оно са главним делом налази у односу алтернативитета (ексклузивитета). Наиме, то друго схватање, засновано је на поставци да између главног дела и накнадног, постоји релација ексклузивитета, при чему се одбацује могућност да се накнадни акт искоришћавања претходно одузете ствари сматра обухваћеним намером присвајања. Вид. J. P. Matus Асуња (2000a), 357.

<sup>54</sup> C. Roxin (2014), 1017. Исто тако и J. P. Matus Асуња (2000b), 38. Наиме, полази се од схватања немачког теоретичара Шнајдера (*Schneider*), који указује на сличну трипартитну поделу ефеката, и то на следеће варијанте: 1) ограничење казног распона путем примене посебног минимума предвиђеног привидним кривичним делом; 2) примена главних и акцесорних казни које предвиђа привидно дело; 3) узимање у обзир реализације привидног кривичног дела у детерминацији коначне казне.

И у шпанској доктрини се на сличан начин одређује класификација поменутих утицаја, па се у први план стављају, пре свега, ефекат посебног минимума привидног дела, као и његово вредновање приликом детерминације казне. Вид. J. P. Matus Асуња (2000b), 50.

идеалног стицаја као јединства дела, утемељеног на оној инкриминацији која предвиђа најтежу казну, уз ограничење посебног минимума најлакшег кривичног дела, чини се да се заправо ради о процесу практичног изједначавања међусобних ефеката ове две правне фигуре. То је разлог зашто се наведена проблематика мора разматрати заједно са законодавним решењем идеалног стицаја.

Ипак, постоје извесна одступања и од овако прихваћеног принципа комбинације, што указе на релативност и неодрживост једностраних концепција о изједначавању правних ефеката свих феноменолошких облика привидног идеалног стицаја, нарочито у домену утицаја привидног дела на главну казну. Поменути изузеци важе првенствено у случајевима одређених облика привилеговања учиниоца преферентним делом наспрам привидног, што се везује за неке облике специјалитета, супсидијаритета и сукажњивих дела. У том смислу, можемо се сложити са констатацијом да то важи у свим случајевима специјалитета, имајући у виду да би у супротном дошло до контрадикторног исхода да је за учиниоца повољнија варијанта уколико прекрши две забране уместе једне, као и код изричитог супсидијаритета и неспорних случајева прећутног супсидијаритета.<sup>55</sup>

Када је реч о утицају привидног дела на главну казну, могуће је говорити о две струје, од којих једна подразумева примену описаног принципа комбинације, односно уважавања свих наведених ефеката, док се друга везује за принцип апсорпције, утемељен на ексклузивитету преферентног дела.

У складу са рестриктивним гледиштем, указује се да је код привидног идеалног стицаја, дошло до реализације само једног кривичног дела, због чега је искључена могућност примене принципа комбинације.<sup>56</sup> Међутим, треба имати у виду да се то искључење могућности примене наведеног принципа, доводи у везу пре свега са начином регулисања идеалног стицаја у немачком законодавству, који је утемељен управо на ефектима принципа комбинације. С друге стране, полазећи од примера нашег позитивног законодавства, ово би требало посматрати са другачијег аспекта у погледу дозвољености појединих ефеката поменутог принципа, тим пре што њиховом применом не долази до колизије са правним последицама идеалног стицаја.

Јасно је да се не може негирати оправданост наведених ефеката у коначној формулацији правних последица, али се као кључно питање поставља успостављање равнотеже у односу на супротстављене захтеве везане за конкретне феноменолошке манифестације привидног стицаја закона и њихов однос са кривичноправним ефектима идеалног стицаја.

Комплексност наведене проблематике је условљена њеном зависношћу од начина детерминације казне за идеални стицај у конкретном законодавству. Стога, адекватно сагледавање релевантних чињеница, захтева индивидуалистички приступ, заснован на репрезентативним примерима законодавстава као представника кључних модела регулисања идеалног стицаја.

Тако, у одређеним случајевима, ефекти карактеристични за привидни стицај закона неће одударати од оних предвиђених за идеални стицај, нарочито уколико је он регулисан у складу са концепцијом јединства дела и базиран на темељу прости апсорпције. Дакле, треба имати у виду да је ово последица опредељења законодавца за конкретно решење у домену казне, у складу са предвиђеном казненом политиком, а не питање правне природе које може бити унапред детерминисано.

Стога, иако је с аспекта њихове правне природе јасно у чему је разлика између идеалног и привидног идеалног стицаја, на законодавцу је да то разграничи у домену казне,

<sup>55</sup> Тако Зајер (*Seir*). Вид. J. P. Matus Асуња (2000b), 40.

<sup>56</sup> *Ibid.*, 49.

односно санкција, што се чини управо кроз прихватање одговарајућег решења за идеални стицај. Тачније, то што је неки законодавац одлучио да идеални стицај утемељи на принципу просте апсорпције, не значи да би требало мењати целокупну логичку и доктринарну основу института привидног стицаја закона. Она као таква проистиче чак и из самог телеолошког тумачења. Према томе, ово питање је директна последица одговарајуће казнене политике, баш као што је то случај и са опредељењем за истоветан или различит кривичноправни третман идеалног и реалног стицаја.

Међутим, исто тако не би требало дозволити ни обрнути процес, као што је мењање целокупне систематике стицаја, у ком правцу се крећу неке доктринарне струје, попут оне коју заступа немачка ауторка Пупе.<sup>57</sup>

Оно што се уочава, јесте да треба правити разлику између утицаја привидног дела на детерминацију казне, наспрам његовог утицаја на одмеравање казне. У складу са поменутом класификацијом, у прву категорију се сврстава параметар посебног минимума и акцесорних последица, док се одмеравање казне тиче свих других аспеката, укључујући и забрану двоструког вредновања.

### 3.1. Утицај на утврђивање казне (казнени распон)

Релевантни аспекти утицаја привидног дела на главну казну, тичу се превасходно одређивања посебног минимума и примене њему својствених акцесорних последица. Ради се о најрепрезентативнијим ефектима принципа комбинације, које треба разликовати од конкретног утицаја на главну казну, и где се стицајни ефекти испољавају у највећој мери, с обзиром да се ради о правним последицама карактеристичним за конфигурацију аутентичног стицаја.

Ове манифестације утицаја, означавају се у литератури и као ефекти „одбаченог“ дела, односно резидуални ефекти, разматрају се у оквиру деловања привидног дела на главну казну и испољавају у следећим правилима: 1) казна изречена за свеукупно понашање не сме бити нижа од посебног минимума привидног дела; 2) уколико привидно дело обухвата казнене ефекте попут акцесорних санкција, које главна инкриминација не садржи, оне ће се такође укључити у јединствену казну.<sup>58</sup>

Ради се о аспекту утицаја који је општеприхваћен у немачкој доктрини и делује у оквиру концепције о принципу комбинације, иначе својствене правним ефектима идеалног стицаја, због чега се и појављује као најспорнији модалитет, с обзиром на преклапање са правним последицама овог облика аутентичног стицаја.

Немачки теоретичари се у погледу одређених принципа решења изричито изјашњавају о ефектима „блокаде“ потиснутог закона, у смислу коришћења његовог посебног минимума приликом утврђивања казне, односно о примени свих секундарних мера и казни везаних искључиво за привидно дело. Тако, истиче се да се у случају консумпције,

---

<sup>57</sup> Ова ауторка полази од стицајног система утемељеног на случајевима „дела обједињених у својој невредности“, за које предвиђа потпуну апсорпцију, односно примену најтежег деликта, јер би у супротном дошло до понављањем уважавања елемента невредности, који повезује оба дела.

Случајеви повезани у невредности су управо они деле најмање један заједнички елемент (на пример елемент обмане код преваре и фалсификовања докумената), или пак оне где је елемент једног од њих специјалан у односу на елемент другог. Стога, у случајевима стриктног логичког специјалитета, било би довољно применити само специјалну норму, која би обухватила целокупан садржај невредности неког дела, без потребе да се привидна норма инкорпорише у одмеравању казне. Вид. I. Purpe (2007), 254 – 259.

<sup>58</sup> J. Cuello Contreras (2009), 687. Вид. и С. М. Monteiro, *Do concurso de crimes ao «concurso de Ilícitos» em direito penal*, Dissertação de doutoramento em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, 235.

одбацује сама казнена претња привидног дела, али да се приликом одређивања казне, уважавају наведена два аспекта његовог утицаја.<sup>59</sup>

Такође, приликом разматрања правних последица алтернативитета, наглашава се да се и код ових феноменолошких манифестација, између осталог, утицај привидног правног концепта испољава у виду акцесорних казни и мера које не садржи привидно дело, односно у виду ограничења посебног минимума предвиђеног истим.<sup>60</sup>

Када је реч о домаћој доктрини, теоретичари се углавном не изјашњавају изричито о начину на који треба сагледати овај модалитет деловања потиснутог закона. Међутим, сматрамо да његове манифестације, оличене у наведена два модалитета, остварују извесни утицај на коначне ефекте примене института, иако не у потпуности равноправно.

### 3.1.1. Ограничење посебног минимума

Правило ограничења посебног минимума привидног дела код случајева привидног идеалног стицаја, условљено је предвиђеним начином одмеравања казне за идеални стицај. У немачком законодавству, оно је отелотворено у виду стриктне одредбе о тзв. оклузивном ефекту блажег дела, што у складу са принципом апсорпције, подразумева да се не може изрећи нижа казна од посебног минимума лакшег кривичног дела које улази у састав конструкције идеалног стицаја.

Сходно владајућим доктринарним гледиштима, овај принцип се аналогно примењује и у случајевима привидног стицаја закона. Позивајући се на судске одлуке у овој материји, Роксин истиче да правило ограничења посебног минимума важи и онда када је учинилац реализовао више законских описа, али од којих један није примењив због специјалитета, и захтева ексклузивне примене само једног од њих.<sup>61</sup> Слично томе, наглашава се да иако се потиснути закон не појављује у пресуди о кривници, минимална казна коју он предвиђа не може бити одбачена, осим уколико је реч о *lex specialis*-у.<sup>62</sup>

Једно од оправдања оваквог утицаја, који се означава и као „оклузивни ефекат“, везује се за констатацију да повреда више од једног закона, не сме бити мотив да се одступи од посебног минимума једне од предвиђених казни.<sup>63</sup> Овај аргумент, који се тиче забране неоправданог привилеговања учиниоца само зато што је уместо једног, испунио обележја два бића кривичног дела, отвара пут ка томе да се узме у обзир релевантност ових поставки. Међутим, тај услов, чак и да није посебно наглашен, у пракси је скоро редовно и испуњен, па се појављује као констатација већ очигледног. Стога, може се рећи да једини прави ефекат има у спорадичним ситуацијама, које се са правом могу означити као изузеци.

Јасно је да се прихватањем овог правила не утиче на конкретну меру казне, већ на постављање оквира казних распона у којима ће се она изрећи.

С друге стране, ако пођемо од нашег законодавног решења, одмеравање казне за идеални стицај подразумева примену одговарајућег принципа асперације, за који важе нешто другачија правила у постављању посебног минимума, при чему се полази од најтеже

<sup>59</sup> Н. Н. Jescheck, W. Ruß, G. Willms, 47.

<sup>60</sup> А. J. Sanz Morán, 13.

<sup>61</sup> С. Roxin (2014), 1023.

<sup>62</sup> J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 333.

<sup>63</sup> J. P. Matus Acuña (2000b), 50. Постоји схватање по којем се оклузивни ефекат везује чак и за кривична дела квалификована тежом последицом, како би се тиме избегли случајеви неоправданог привилеговања учиниоца. Поред тога, указује се да поједини теоретичари проширују овај ефекат такође и на случајеве стицаја између покушаја убиства и тешких телесних повреда које из тога проистичу, тако што се као примарно одређује кривично дело убиства, али се као посебни минимум, поставља онај предвиђен за ефективно проузроковане повреде.

утврђене казне, што подразумева да ће она по правилу свакако бити виша од посебног минимума лакшег кривичног дела, иако то није изричито предвиђено.

Код привидног идеалног стицаја напротив, не долази до примене принципа асперације, већ се узима у обзир једино разматрање својеврсне апсорпције казних ефеката, због чега се оправдано поставља питање утицаја висине привидног дела.

Разлог зашто се иначе говори о искључењу стицаја код манифестација привидног идеалног стицаја, јесте немогућност примене принципа асперације, који је законом предвиђено правило одмеравања казне. Међутим, то у домену казних ефеката не искључује друге стицајне принципе, односно уважавање стицајних ефеката иначе карактеристичних за принцип комбинације. Ово је и у складу са прихваћеним стицајним карактером института. Друго је питање да ли ограничења предвиђена за казни распон одбачене инкриминације, у пракси уопште заслужују посебно наглашавање у ситуацијама када у највећем броју случајева, преферентне инкриминације и иначе поседују виши посебни минимум. Стога се као важније и релевантније питање поставља утицај привидног дела на главну казну.

Сматрамо да би и у случајевима привидног идеалног стицаја, код свих његових феноменолошких манифестација, требало уважити правило о ограничењу посебног минимума привидног дела, што је у складу са захтевима за потпуним обухватањем невредности дела. Међутим, у највећем броју случајева, нема потребе за таквим наглашавањем овог аспекта утицаја, имајући у виду критеријуме избора преферентног дела, који су углавном праћени и већом мером казне.<sup>64</sup>

То је очигледно изражено у случајевима квалификованих облика кривичног дела по основу специјалитета, као и у случајевима алтернативитета, који, иако је то питање из домена утицаја на главну казну, по својој концепцији чак захтева и уважавање привидног дела као отежавајуће околности. Самим тим је и логично да главна казна не треба да буде успостављена испод посебног минимума привидног дела.

Јасно је да ће изузетак постојати код специјалитета успостављеног на основу примата привилегованог кривичног дела, где се искључује могућност утицаја привидног дела за које је предвиђена тежа казна, у складу са самом правном природом наведених правних фигура. Хипотетички би то важило и у случајевима изричитог супсидијаритета, мада се у пракси, примат одређених инкриминација углавном заснива на условној примени блажег у односу на теже кривично дело.

Немачка доктрина се изричито изјашњава о деловању „блокирајућег“ ефекта постиснутаг закона, између осталог, и у случајевима супсидијаритета.<sup>65</sup>

Иако је то условљено конкретним казним оквиром кривичних дела, која се налазе у неким од релацијама релевантним за квалификацију привидног идеалног стицаја, по правилу је, осим уколико се преферентним делом не успоставља одређена привилегија за учиниоца, предвиђен виши казни распон за главно кривично дело. То је и логично, имајући у виду фундаменталне поставке и предуслове квалификације привидног стицаја закона, који су, осим у наведеним изузецима, у складу са условом потпуног обухватања невредности реализованог понашања, праћени и вишим казним распонем.

Ако појемо од класичног примера супсидијаритета у случају односа између кривичног дела убиства и учествовања у тучи, уочава се да је посебни минимум код

---

<sup>64</sup> У немачком законодавству постоје примери где би ово ограничење имало практично дејство. Тако, Роксин наводи случај покушаја силовања (чл. 177 II, 22 где је посебни минимум 6 месеци), који је специјалан закон у односу на довршене принудне сексуалне радње (чл. 177 I, где је посебни минимум 1 година). Вид. С. Roxin (2014), 1024.

<sup>65</sup> Н. Н. Jescheck, W. Ruß, G. Willms, 42.

учествовања у тучи затвор до 3 године или новчана казна, односно 30 дана као општи минимум, нижи у односу на преферентно кривично дело (убиство), где износи 5 година. То међутим неће спречити да се код убиства, у предвиђеном опсегу, као релевантна отежавајућа околност оцени и учествовање у тучи, чиме се залази у домен утицаја на конкретну казну. Иста ситуација је и код учествовања у тучи и тешких телесних повреда.

Сматрамо да се из наведеног чак може изнети и закључак о фундаменталном утемељењу, односно оправдању привидног идеалног стицаја као посебног института кривичног права, што је засновано на хипотези да је сам законодавац прописујући одговарајуће казнене оквире, узео у обзир обухваћеност појединих инкриминација другим.

При томе, за разлику од немачког законодавства, где би то могло да буде спорно са аспекта дистинкције од идеалног стицаја, нема никаквих препрека да се прихвати наведени утицај привидног дела. То је свакако у складу и са схватањем да поменуто решење не одражава тенденцију изједначавања привидног идеалног са идеалним стицајем, већ представља јединствени оквир испољавања утицаја обе правне фигуре, под чијим окриљем се могу вршити корекције, односно модификације у једном или другом правцу, у зависности од околности конкретног случаја.

### 3.1.2. Акцесорне последице и мере безбедности

У категорију генералних утицаја привидног дела на утврђивање почетне казне, који се разликује од његовог деловања у самом поступку медијације, треба сврстати и аспект уважавања споредних казни, односно акцесорних последица и мера безбедности. Наиме, ако пођемо од хипотезе да се релевантни утицај привидног дела у односу на јединствену санкцију, манифестује кроз отелотворење вишка невредности које није обухваћено главним делом, нити је довољно за самосталну квалификацију, на први поглед се чини оправданим да се и овакве секундарне последице узму у обзир.

Овај приступ је такође утемељен на хипотези о стицајном карактеру института привидног стицаја закона, који се манифестује управо у области детерминације и медијације казне, отварајући пут примени принципа комбинације.

У немачкој доктрини се прихвата у апсолутном смислу да код стицаја закона остану на снази могућности примене поменутих секундарних санкција предвиђених привидним делом, што се сматра одразом стицајног карактера института и схватањем да би у супротном дошло до привилеговања учиниоца који је реализовао обе инкриминације.<sup>66</sup> Тако, разматрајући правне последице принципа супсидијаритета, немачки теоретичари, између осталог указују и да привидно дело задржава правно дејство у домену свих последица које не предвиђа примарни закон.<sup>67</sup>

Међутим, иако сматрамо да треба прихватити стицајни карактер института привидног идеалног стицаја, ефекте који из тога произлазе би требало ограничити на утицаје који не излазе из оквира врсте санкције предвиђене за главно дело. Заправо, суштина избора преферентне норме се манифестује управо у одабиру правне фигуре која ће бити носилац квалификације, што укључује и ограничења на њене казнене последице. У супротном, нарушио би се ентитет привидног идеалног стицаја у односу на аутентични.

Дакле, не треба мешати дозвољене стицајне ефекте који се испољавају у оквирима санкција прописаних за преферентну инкриминацију, у односу на оне који превазилазе суштинске границе основа квалификације. Осим тога, чак и ако би се таква хипотетичка

<sup>66</sup> С. Roxin (2014), 1025.

<sup>67</sup> Н. Н. Jescheck, W. Ruß, G. Willms, 42.

могућност прихватила, тешко би се могло замислити да привидна инкриминација садржи додатне последице у односу на главну.

Међутим, оваква забрана није апсолутног карактера. Наиме, можемо се сложити са Лазиним гледиштем, према којем би таква могућност ипак остала отворена уколико дође до секундарне примене привидног дела, онда када се главно кривично дело не може применити из материјалних или процесних разлога.<sup>68</sup>

### 3.2. Утицај на конкретну казну

Најзначајнији аспект правних ефеката привидног дела, за који се са правом може рећи да важи као генерално правило већине феноменолошких манифестација привидног идеалног стицаја проистекле из прихваћених принципа решења, испољава се у виду његовог утицаја на конкретну казну, тачније на меру исте у оквиру прописаног распона. У практичном смислу, код привидног идеалног стицаја, такав поступак се одвија на исти начин као и у случају редовног одмеравања казне код јединства кривичног дела, односно испољава се углавном кроз третирање привидног дела као отежавајуће околности.

У литератури се овај облик утицаја јасно диференцира од детерминације посебног минимума и максимума, као конкретнији и одређује као област у којој долазе до изражаја олакшавајуће и отежавајуће околности.<sup>69</sup> Ово је уједно и сегмент који нас највише интересује и који је најрелевантнији са аспекта позитивних законодавних решења и доктринарних схватања.

За разлику од ограничења посебног минимума, односно могућности примене акцесорних санкција, за које се може рећи да представљају апстрактни ниво сагледавања утицаја привидног дела на главну казну, одмеравање конкретне казне је заправо област где се на најконкретнији и најспецифичнији начин испољавају последице примене института привидног идеалног стицаја, односно одговарајућег принципа решења. Значај ове фазе у утврђивању казне се огледа у њеној функцији извесног корективног механизма, којим се обезбеђује успостављање равнотеже између главног и привидног дела, у зависности од ситуационих фактора и чињеничних околности, али и испуњење захтева за адекватним обухватањем целокупне невредности дела уз истовремено поштовање забране *ne bis in idem*. То је уједно и домен где се испољава највише дискреционих могућности у погледу варирања различитих ефеката које судија сматра релевантним.

Оваква могућност чак и обезбеђује опстанак једног принципа решења – алтернативитета, у склопу теорије привидног идеалног стицаја, који без корекција у области одмеравања казне, не би могао да оствари основну функцију.

Спуштањем привидног дела на ниво отежавајуће околности, заправо се успоставља равнотежа између супротстављених захтева да се најнеутралније обезбеди изражавање основне фундаменталне карактеристике института, оличене у прихватању његовог стицајног карактера на апстрактном нивоу и потребе да се остане у оквирима деловања материјалне забране *ne bis in idem*. Реч је о нижем ступњу утицаја у односу на варијанту ограничења посебног минимума, мада се не може говорити о њиховим стриктним границама, имајући у виду латентне, прећутне обриси деловања принципа комбинације у појединим случајевима.

Ово је директна последица концепције релативног ексклузивитета, односно уважавања релевантних стицајних ефеката института, који противрече стриктном искључењу привидног правног концепта. Једини изузетак се односи на специјалитет чија

<sup>68</sup> Ђ. Лазин, 50. Према Лазину, то важи за случајеве свих споредних казни, мера безбедности и правних последица осуде.

<sup>69</sup> J. Cuello Contreras (2009), 687 – 688.



правна природа и основне поставке не дозвољавају такве утицаје и који је конципиран на темељу стриктног ексклузивитета.

У доктрини се као ограничење уважавања привидног дела приликом детерминације конкретне казне, наводи и околност да искључени деликт не представља елемент главне диспозиције<sup>70</sup>, што би се могло посматрати као водећа смерница у постављању лимитационих линија таквог деловања.

Иако се у генералном смислу може говорити о принципима решења код којих постоји обавеза уважавања привидног дела као отежавајуће околности, попут алтернативитета, са тенденцијом добијања карактера општег правила и оних где је таква обавеза искључена (специјалитет), могли бисмо сасвим оправдано тврдити да околност остваривања обележја привидног дела, увек треба да има својеврстан утицај на висину конкретне казне ако се то не противи самом смислу и сврси примарне инкриминације.

При томе се као једино ограничење описаног утицаја, појављује критеријум забране двоструког вредновања истих околности, односно (не)поштовања принципа *ne bis in idem* схваћеног у материјалном смислу. Све док се остаје у оквирима овог ограничења, нема никакве опасности у таквом приступу ефектима привидног дела, нарочито имајући у виду да је суд ионако слободан у оцени свих релевантних околности, односно њиховом вредновању, делујући у складу са идејом о подели улога између њега и законодавца.

### 3.2.1. Утицај на одмеравање казне и забрана двоструког вредновања

По нашем мишљењу, најзначајнији аспект утицаја привидног дела, где се заправо суштински и испољавају ефекти стицајног карактера института, представља уважавање привидног дела приликом одмеравања конкретне казне. То се у суштини своди на његово третирање као отежавајуће околности која утиче на већу меру казне, под условом да се остаје у оквиру забране двоструког вредновања.

У литератури се ови аспекти утицаја означавају и као резидуални ефекти привидног дела.<sup>71</sup> Једно од најпрецизнијих одређења овог сегмента деловања „одбаченог дела“, полази од његовог дефинисања по аналогији са забраном двоструког вредновања, што одговара и одредби чл. 54, ст. 3 Кривичног законика Р. Србије.

Тако, Роксин полази од гледишта да привидно (искључено) кривично дело, може имати утицаја на детерминацију казне на штету осуђеног у мери у којој отежавајуће околности не припадају елементима типа преферентног деликта.<sup>72</sup> Осим тога, велики значај располагања таквом могућношћу, огледа се у обезбеђењу доследног придржавања правила решавања конфликта између законских норми, који се крију иза појединачних принципа решења, онда када би они имали за исход примену правног концепта са блажом казном, чиме се успоставља равнотежа са релевантним криминално–политичким циљевима.

Ово ће свакако бити условљено конкретним феноменолошким обликом привидног идеалног стицаја. Тако, ако пођемо од оних који се решавају применом принципа специјалитета, схваћеног у стриктном логичком смислу, где по правилу долази до поклапања законских обележја бића кривичног дела, додатно уважавање главног дела би представљало

---

<sup>70</sup> J. D. J. Restrepo, 34. Ово би се односило превасходно на специјалитет, а могло би се довести у везу и са појединим облицима консумпције.

<sup>71</sup> С. М. Monteiro, 229.

<sup>72</sup> С. Roxin (2014), 1023. На исти начин се ефекти утицаја привидног дела постављају и у домаћој доктрини, где се дозвољава његово уважавање као отежавајуће околности, само под условом да свеукупна невредност понашања превазилази меру неопходну за квалификацију одређеног кривичног дела, сходно правилу садржаном у чл. 54 ст. 3 КЗ. Вид. И. Вуковић (2022), 342.

очигледан пример кршења принципа *ne bis in idem* у материјалном смислу. Управо у овом сегменту долази до изражаја и одредба чл. 54, ст. 3 Кривичног законика Р. Србије.

С друге стране, ово је најјасније изражено код оних манифестација, утемељених на својеврсном природном плуралитету радње. Тако, сматра се да у случају конструкције накнадног некажњивог дела, важи правило о његовом уважавању приликом одмеравања казне.<sup>73</sup> Подразумева се да је то у складу са концепцијом ове правне фигуре према којој се накнадно дело сматра аутономном категоријом, а не довршењем радње претходне, главне инкриминације. Тај фактор утицаја се испољава у виду отежавајуће околности и сматрамо да би исти, уз адекватно балансирање мере дејства у оквиру конкретне казне, требало да важи у свим случајевима када су сходно већ наведеним критеријумима, испуњени услови широко схваћеног јединства радње које конфигурише привидни идеални стицај.

Међутим, Лазин, сходно хипотези о диференцирању манифестација накнадног некажњивог дела који спадају у категорију привидног идеалног и оних третираних као привидни реални стицај, по основу тога утврђује релевантност утицаја привидног дела на одмеравање казне, у виду отежавајуће околности, негирајући такву могућност у првом случају.<sup>74</sup> Ово је у складу са већ поменутиим рестриктивним схватањем домаћаја накнадног некажњивог дела као облика привидног идеалног стицаја, који пак не одговара суштини успостављања функционалног јединства карактеристичног за институт (привидног) стицаја закона. Ипак, сматрамо да критеријум уважавања или искључивања ефеката накнадног (привидног) дела, није утемељен на фактору претпостављеног јединства, односно плуралитета радње у природном смислу, већ његовим манифестацијама у конкретном случају, тачније начином на који су се испољиле функционално–вредносне релације између инкриминација у конкретном случају. Тако би на пример, утврђивање предуслова констатације накнадног некажњивог дела у појединим ситуацијама, код којих се обезбеђује, односно искоришћава погодност главног дела, због тесне међусобне условљености две инкриминације, чак и искључила могућност његовог разматрања као отежавајуће околности. На исти начин би требало схватити и претпостављено садејство претходног некажњивог и главног дела, мада постоје извесне специфичности карактеристичне за наведене феноменолошке манифестације (привидног) стицаја закона.

Аспекти привидног дела се у том случају испољавају као фактори градације унутар јединственог казног оквира и у односу на исте, у генералном смислу постоји могућност уважавања таквих релевантних аспеката приликом утврђивања мере казне. Јасно је да се ради о факултативној могућности која је примењива у највећем броју случајева феноменолошких манифестација привидног идеалног стицаја.

То практично значи да ће све околности карактеристичне за привидно дело бити уважене, осим уколико су оне већ у потпуности обухваћене главним делом. Из тог разлога, не можемо унапред тврдити да ли ће ти услови уопште бити испуњени, односно изражени у већој или мањој мери, а самим тим ни поћи од искључивих тврдњи о њиховом уважавању или ирелевантности приликом утврђивања коначне казне. Ово ће бити условљено конкретним релацијама између норми, односно примењеним принципом за решавање њиховог конфликта. Управо се из тог разлога овакав утицај манифестује као факултативни, а не као обавезни.

Забрану двоструког вредновања, у духу принципа *ne bis in idem*, већ смо одредили као важан критеријум диференцијације од идеалног стицаја. Стога, његова делотворност најбоље се одражава на примеру поступка утврђивања казне, када због законског решења долази до преплитања између две правне фигуре и потребе да се утврди линија њиховог међусобног разграничења. Наиме, код идеалног стицаја, уважавање свих могућих аспеката

---

<sup>73</sup> Н. Welzel (2013), 167.

<sup>74</sup> Вид. Ђ. Лазин, 106.

законских норми, због њихове особене и аутономне невредности, неће довести до кршења наведене забране. С друге стране, код привидног идеалног стицаја, то је могуће само до одређене мере, која се може означити и као „*вишак невредности*“, занемарен у корист главног дела. Управо је тај вишак оно што се узима у обзир приликом утврђивања мере казне, а не привидно дело у целини, тачније онај његов део који се сматра већ обухваћеним, односно у потпуности замењеним главном инкриминацијом. Ово је и разлог зашто се акцесорне последице и мере безбедности привидног дела неће уважити приликом коначне квалификације, будући да оне не припадају преферентном делу, а самим тим не могу бити оцењене као могући допунски фактор утицаја којим привидно дело може утицати на санкцију изречену у конкретном случају.

Тако, на пример, у неким случајевима консумпције или супсидијаритета, биће неопходно да се поједини сегменти привидних инкриминација уваже, иако смо се определили за главно дело.

За разлику од појединих рестриктивних концепција према којима се утицај привидног дела на детерминацију казне, везује само за сукажњива дела (претходна и накнадна),<sup>75</sup> или пак само за консумпцију<sup>76</sup>, сматрамо да би такву могућност требало оставити отвореном и у другим случајевима.

Пре свега, из саме концепције алтернативитета од које смо пошли у овом раду, јасно је да се оправданост његовог разматрања у оквиру теорије привидног стицаја закона доводи у везу управо са својством привидног дела да делује као отежавајућа околност, и то *обавезна отежавајућа околност*. На тај начин се описани утицај на конкретну казну појављује као легитимни корективни механизам за успостављање привидног идеалног стицаја који се решава применом алтернативитета.

Као што смо већ закључили, сматрамо да се уважавање привидног дела које прати одмеравање казне, испољава и код појединих облика консумпције, тачније код претходног и накнадног некажњивог дела, док ће код типичног пратећег дела то зависити од околности конкретног случаја, мада сматрамо да генерално нема никаквих препрека за његовим уважавањем, уколико се остаје у домену забране двоструког вредновања. Ово је у складу са нашим схватањем о садржају материјалне димензије консумпције, коју одликује инхерентност, односно регуларност или уобичајеност у испољавању привидне инкриминације.<sup>77</sup> Међутим, тачно је да поједини облици стриктне консумпције, где се привидно дело појављује као неизбежан пратилац у реализацији главне инкриминације, попут повреда које се сматрају конзумиране убиством, искључују примену фактора отежавајуће околности.

Исто важи и за материјални супсидијаритет, где се релевантност утицаја привидног дела у доктрини, доводи у везу и са фактором тежине привидне супсидијарне инкриминације у односу на главну.<sup>78</sup> Исто тако, и у случајевима изричитог супсидијаритета би требало обазриво приступити оцени релевантности привидног дела.

---

<sup>75</sup> То је схватање немачких теоретичара Колрауха и Ланга (*Kolrauch/Lange*), вид. J. P. Matus Асуџа (2000b), 39 фн. 10.

<sup>76</sup> Тако Зауер (Sauer), *ibid.*, 39 фн. 10.

<sup>77</sup> То се опонира концепцијама о конзумирајућој норми као редовном, нужном пратиоцу главне инкриминације. Вид. Ђ. Лазин, 84. Наиме, Лазин искључује могућност утицаја привидног дела као отежавајуће околности, полазећи управо од нужности његове паралелне реализације са главним делом.

<sup>78</sup> *Ibid.*, 49. Тако, утицај привидног (супсидијарног) дела, аутор доводи се у везу са околношћу да исто предвиђа већу казну од главне инкриминације.

#### 4. Секундарна примена привидног дела

За разлику од утицаја привидног дела на одмеравање казне (резидуални ефекти), сматра се да не постоје догматски и концептуални проблеми да се примени привидно дело онда када је искључена таква могућност у односу на главно, мада се указује да и овде постоје одређени изузеци.<sup>79</sup> Најрепрезентативнији домен испољавања стицајног карактера института привидног идеалног стицаја представља управо резервна могућност важења привидног дела, који може постати носилац квалификације уколико се за то испуне одговарајући услови.

У доктрини се за означавање ових облика утицаја, често употребљава и сликовити термин „оживљавање“ привидног дела<sup>80</sup>, мада је технички исправније говорити о секундарној или условној примени привидног дела.

У теорији се поменути ефекти испољавају у виду следећих правила: 1) немогућност примене главног дела из материјалних разлога, попут постојања личног основа искључења кажњивости; 2) немогућност примене главног дела из процесних разлога, попут изостанка предлога оштећеног, уколико је исти неопходан.<sup>81</sup>

Суштина је у томе да секундарна примена привидног дела, постаје релевантна онда када, упркос решавању конфликта у корист неке друге законске норме, услед постојања формалноправних разлога који онемогућавају њену примену, долази у обзир могућност да се покривање невредности понашања, обезбеди путем те одбачене инкриминације. Оправданост таквог поступка, лежи искључиво у схватању о паралелном постојању два хипотетички примењива кривична дела на једном претквалификационом нивоу. При томе, иако је искључена њихова паралелна примена, у случају када је из материјалних или пак процесних разлога, главна норма непримењива, долази у обзир могућност кажњавања за привидно дело, чиме се остварују захтеви целовитости кривичноправне заштите.

Наиме, по нашем мишљењу, није у питању само могућност, већ и обавеза такве супституције, будући да је искључење привидне инкриминације, било условљено применом друге, главне норме, због специфичних међусобних релација, које не дозвољавају двоструку квалификацију. У тренутку када је она изгубила својство преферентног концепта, губи се и релевантност релације између њих, а њиховим брисањем, поново се отвара простор за примену друге хипотетичке законске норме, јер више не постоје разлози за њено измештање у секундарну димензију.

Немогућност примене главног дела у конкретном случају, може се заснивати како на материјалним, тако и на процесним разлозима, те се под таквим околностима, поставља питање његове замене привидним делом, које се трансформише у аутономни објекат кажњавања.<sup>82</sup> Дакле, примена привидног кривичног дела, условљена је постојањем одређених околности које искључују главно дело. Тиме се наглашава условни, односно секундарни карактер привидног кривичног дела, што је могуће управо захваљујући хипотези о стицајном карактеру института. Јасно је да би супротно становиште, у складу са интерпретативном концепцијом, искључило такву могућност.

Међутим, сматра се да је могућност примене секундарног дела под таквим условима искључена, уколико оно предвиђа теже последице за учиниоца. Тако, разматрајући правило у вези ограничења посебног минимума предвиђеног привидним делом, Роксин истиче да

<sup>79</sup> J. P. Matus Acuña (2000b), 60.

<sup>80</sup> S. Politoff, J. P. Matus, M. C. Ramírez, 464; M. A. Terragni, *Estudios sobre la parte general del derecho penal*, Universidad Nacional del Litoral 2000, 228.

<sup>81</sup> J. Cuello Contreras (2009), 687; J. D. J. Restrepo, 33.

<sup>82</sup> C. Roxin (2014), 1017.

постоји један изузетак, што се односи на дозвољеност секундарне примене привидног дела само уколико то иде у корист учиниоца.<sup>83</sup>

И у шпанској доктрини, полази се од тога да неће постојати могућност примене привидног дела уколико нису испуњени услови за главно, онда када главна законска норма представља привилеговани тип. Као главни аргумент се наводи то да би било неправедно довести учиниоца у тежи положај само зато што примарни тип не може бити санкционисан. Пример је случај када је искључена кажњивост за покушај неког кривичног дела, јер је учинилац одустао од њега, услед чега не може бити кажњен ни за припремне акте.<sup>84</sup>

Јасно је да се ситуација када је привидно дело теже од преферентног, односи на принцип специјалитета, који омогућава примат привилегованог кривичног дела, односно његову искључиву примену у односу на главно. Такво својство неког законског описа, произлази директно из воље законодавца, који је одлучио да особене околности третира као разлог блажег кажњавања одређеног понашања. Стога, уколико се из одређених разлога искључи његова примена као таквог, односно са привилегујућим својством, остављање могућности за опстанак основног облика, у потпуности би негирало сврху постојања свих таквих инкриминација. Ово је репрезентативан пример чињенице да се не може говорити о чисто стицајном или пак интерпретативном карактеру института, јер се ова два његова аспекта преплићу и морају бити узета у обзир приликом сваке квалификације.

Искључење примене принципа комбинације код релација између привилегованог и основног облика, оправдава се и чињеницом да се у супротном не би узеле у обзир партикуларне околности које је законодавац имао у виду приликом прописивања базичног кривичног дела.<sup>85</sup>

Управо се при истицању овог изузетка уочава дистинкција између привидног и аутентичног стицаја, упркос прихватању стицајног карактера и у првом случају. Он заправо код привидног идеалног стицаја делује у правцу омогућавања условне примене друге, резервне инкриминације. Из тог разлога се о привидном стицају може говорити као о једној врсти условног, а не обавезног јединства, на којем се заснива један казни систем неодређеног карактера.

Постоји више феноменолошких манифестација привидног идеалног стицаја где може доћи до испољавања секундарног стицаја привидног дела на главну казну. Тако, у складу са концепцијама из немачке доктрине, ови феноменолошки облици су доста широко постављени и обухватају следеће случајеве: 1) недостатак кажњивости за главно дело због личног разлога (добровољни одустанак од квалификованог покушаја), 2) када недостаје неки предуслов за гоњење преферентног деликта (пријава, друга процесна или материјална препрека, попут објективног услова кажњивости), 3) када застарелост преферентног деликта наступа пре застарелости привидног. При томе се као изузетак наводи немогућност секундарне примене онда када се тиме дерогира привилегија установљена преферентним деликтом, или пак интерес жртве који произлази из неучествовања у суђењу, ако је опција да се прикључе гоњењу установљена управо ради заштите таквог интереса.<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup> *Ibid.*, 1024. Тако и J. D. J. Restrepo, 34. Указује се да неће доћи до примене одбачене норме, уколико се њеним изостављањем учинилац привилегује.

<sup>84</sup> J. C. Contreras (1979b), 472.

<sup>85</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 348.

<sup>86</sup> J. P. Matus Acuña (2000b), 55 – 56. У шпанској доктрини се такође указује и на једну неутралну позицију, према којој, осим у случајевима постојања личног основа искључења или ублажавања казне (одустанак од квалификованог покушаја), у свим осталим варијантама (укључујући и непостојање објективних услова за кривично гоњење), постоје важне дискрепанције, које једнострано опредељења чине непожељним.

С друге стране, у вези кривичноправног ефекта заблуде са аспекта привидног стицаја закона, прихватају се и неки други случајеви секундарне примене привидног дела, и то: 1) уколико је учинилац у заблуди у погледу одређеног елемента специјализирајућег карактера, дозвољава се санкционисање за

Такође, као једна од релевантних појавних манифестација где долази у обзир секундарна примена привидног дела, може се навести случај заблуде код учиниоца у погледу одређеног елемента преферентног деликта који искључује његову примену и отвара могућност примене другог, привидног дела, што нарочито долази до изражаја код специјалитета.

Домашај ефеката секундарне примене привидног дела, зависиће првенствено од тога да ли се прихвата интерпретативни или стицајни карактер института. Наиме, та околност условљава оправданост (фундаменталне поставке) оваквог поступка. Међутим, чак и прихватање стицајног карактера, захтева одређене изузетке, чији се темељ изводи управо из интерпретације. Све то указује на међусобну условљеност и нераздвојивост поменутих концепција о правној природи института.

Тако, поједини аутори, који полазе од интерпретативног приступа, негирају принцип оживљавања привидног дела, како би се избегла некажњивост у случају недостатка неких процесних услова да се примени главно дело, или изостанка објективних услова кажњивости. Као аргумент се истиче чињеница да у таквим ситуацијама нема секундарне примене привидног дела, будући да недостаје прави стицај норми, који би постојао само у случајевима када прекршене законске норме обједињују све материјалне и формалне услове. С друге стране, ако би се прихватило да постоји стицајни карактер (да се ради о стицајној ситуацији), закључак који обавезује на прихватање „оживљавања“ је практично неизоставан.<sup>87</sup>

Овакво резонување најадекватније долази до изражаја у случају накнадних некажњивих дела, где је могућност секундарне примене привидног дела условљена преваходно начином поимања његове правне природе и (не)аутономије у односу на главно дело. Тако, ако би се пошло од стриктно интерпретативног карактера института и прихватања накнадног некажњивог дела као облика привидног идеалног стицаја у контексту његове својствености главној радњи, тачније њеног продужења и довршења, код таквог апсолутног негирања његове аутономије, тешко би се могло говорити о „оживљавању“ истог у случају када се констатује да нису испуњени материјални или процесни услови главног дела. Међутим, у склопу нашег поимања правне природе поменуте конструкције, сматрамо исправним супротно гледиште, према којем у случају немогућности кажњавања за главно дело, услед застарелости или пак процесних разлога везаних за претпоставке кривичног гоњења, долази до поништавања разлога искључења некажњивости накнадног дела.<sup>88</sup> Самим тим, под описаним условима, не постоје препреке за искључивање његове некажњивости, које су биле везане за специфичне релационе односе успостављене између овог и главног дела.

То нас поново враћа на констатацију о конкретном приступу, у складу са ситуационим факторима и начином испољавања забрањеног понашања у конкретном случају, не само када је реч о поступку квалификације привидног идеалног стицаја и избора примарног правног концепта, већ и у погледу детерминације правних последица.

---

умишљајно базично дело; 2) уколико постоји ексцес главног учиниоца у погледу онога што је договорено са саучесником, а који доводи до модификације кривичног дела у правцу другог, тежег специјалног облика, на саучесника се примењује само санкција за привидно дело.

Међутим, напомиње се да се ови ефекти негирају од стране шпанског теоретичара Гимберната, према којем би у случајевима привидног стицаја закона, интерпретативно разграничење између конкретних норми, указивало да када се један деликт замени другим, у стварности ефективно постоји само преферентна, главна инкриминација.

<sup>87</sup> *Ibid.*, 54.

<sup>88</sup> Н. Otto, 352.

Такође, и на примеру алтернативитета, сматра се да у случају када се из било ког разлога не може применити доминантни законски тип, долази у обзир примена привидног, искљученог дела<sup>89</sup>, са чиме се такође можемо сложити.

У сваком случају, у домену секундарне примене привидног дела, најзначајније је утврдити садржај материјалних и процесних разлога због којих долази до искључења привидног дела.

#### 4.1. Материјални разлози

Пре свега, за релацију односа између главног и привидног дела, код конструкције привидног идеалног стицаја, релевантан је случај када постоје кривичноправни разлози за искључење главног дела, који су материјалног карактера, односно произлазе из материје општег дела кривичног права.

У литератури се указује на неколико таквих феноменолошких манифестација, а заједничко им је то што као релевантне издвајају следеће категорије: добровољни одустанак од покушаја<sup>90</sup>, лични основи искључења кажњивости<sup>91</sup>, заблуда, као и немогућност да се на саучесника примени нека специјална карактеристика која је релевантна само за учиниоца, амнестија у односу на преферентни деликт<sup>92</sup>, застарелост кривичног гоњења.<sup>93</sup> Томе се може додати још једна околност – престанак постојања одређене законске норме.<sup>94</sup>

Највише пажње у доктрини посвећује се добровољном одустанку од покушаја као репрезентативном и најчешћем случају секундарних ефеката привидног дела, који се у немачкој доктрини неизоставно наводи приликом детерминисања њихових облика испољавања, паралелно са аспектима принципа комбинације, односно уважавања посебног минимума и прописаних секундарних санкција.<sup>95</sup> Осим тога, и у домаћој доктрини се посебно наглашава правилност узимања у обзир као отежавајуће околности самосталног кривичног дела до чије је реализације дошло код добровољног одустанка од покушаја.<sup>96</sup>

За испољавање таквих ефеката добровољног одустанка од покушаја, од значаја је одредба чл. 32, ст. 4 Кривичног законика Р. Србије, којом је предвиђено да ће суд, уколико одлучи да учиниоца ослободи од казне за покушај кривичног дела од којег је одустао, истог казнити за дело довршено кроз тај покушај. Ова одредба је од значаја и са аспекта фундаменталних поставки института привидног идеалног стицаја, односно његове посредне законске утемељености. Ради се о директној манифестацији правила секундарне примене привидног дела, што указује и на дефинитивно прихватање стицајног карактера института.

Као пример би се могао навести случај добровољног одустанка учиниоца од покушаја убиства, којом приликом је довршено кривично дело тешке телесне повреде. Још неки од примера који се наводе у литератури, укључују добровољни одустанак од покушаја тешке крађе проваљивањем, када остаје на снази могућност његове одговорности за

<sup>89</sup> A. J. Sanz Morán, 13. Аутор као пример наводи процесни разлог, оличен у изостанку тужбе.

<sup>90</sup> J. C. Contreras (1979b), 470. При томе, као један од парадигматских примера, наводи се одустанак од кривичног дела квалификованог тежом последицом. Вид. J. P. Matus Acuña (2000b), 61; M. A. Terragni, 228.

<sup>91</sup> J. C. Contreras (1979b), 470. Наиме, у случају постојања неког личног основа искључења кажњивости, или пак процесног основа, попут предлога оштећеног, указује се да нема препреке да се учинилац казни за привидно дело. Као аргумент се наводи апсурдност искључења кажњивости само по основу тога што је учинилац додатно реализовао и неко теже дело.

<sup>92</sup> J. P. Matus Acuña (2000b), 61.

<sup>93</sup> Ђ. Лазин, 50.

<sup>94</sup> J. D. J. Restrepo, 33.

<sup>95</sup> W. Gropp, 619; H. Langels, 107; J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 333.

<sup>96</sup> Ђ. Лазин, 111.

оштећење и нарушавање неповредивости стана, иако неће бити кажњен за тешку крађу због добровољног одустанка.<sup>97</sup>

У складу са већ поменутих случајевима изузетака од секундарне примене привидног дела, који се односи на искључење такве могућности онда када оно предвиђа теже последице за учиниоца, у домену добровољног одустанка од покушаја у доктрини се указује и на ограничења ове врсте. Тако, као пример се наводи случај удруживања ради вршења кривичних дела тешке крађе (кажњива припремна радња), при чему у тренутку када учинилац започне са извршењем, претходне припремне радње постају супсидијарне. Уколико би тада учинилац одустао од покушаја, према општим правилима, дошла би у обзир примена привидног дела. Међутим, таква могућност је од стране доктрине одбијена из разлога што би то широко дерогирало привилегију одустанка, између осталог и зато што се подразумева да добровољни одустанак укључује и одустанак од свих до тада предузетих радњи.<sup>98</sup>

С друге стране, постоје и инкриминације код којих се долази до другачијег закључка. У немачкој доктрини, наводи се случај односа између кривичног дела које инкриминише припрему за фалсификовање новца и само фалсификовање, при чему се сматра да добровољни одустанак од покушаја фалсификовања не значи и искључење привидног дела, будући да то не елиминише глобалну опасност, јер створене могућности за фалсификовање, оправдавају њихову кажњивост.<sup>99</sup> Сматрамо да је то исправно гледиште које са аспекта нашег законодавства одговара односу између кривичних дела прибављања, набављања и давања другом средстава за фалсификовање из чл. 244б и кривичног дела фалсификовања новца из чл. 241 Кривичног законика Р. Србије.

Према томе, може се закључити да је могућност секундарне примене привидног дела код добровољног одустанка од покушаја, генерално, али не без изузетка, искључена у случајевима супсидијаритета који се испољава у виду посебно кажњивих припремних радњи. Свакако, у дефинисању ограничења треба уважити и већ поменуто опште правило да учинилац у том случају не сме бити подвргнут тежим последицама<sup>100</sup>, при чему се мора имати у виду и правна природа аутономног деликта припремних радњи, односно начин њеног протезања у функцији заштите штићених правних добара. Сматрамо да је у случају посебно кажњивих припремних радњи, овакво резонување оправдано и произлази из саме правне природе таквих инкриминација и криминално–политичких циљева њиховог прописивања.

Ипак, посматрано са аспекта материјалних разлога искључења главног дела у целини, указује се и на мали практични значај остављања могућности примене привидног дела у тим случајевима.<sup>101</sup> Међутим, сматрамо да описани примери добровољног одустанка од покушаја могу имати релевантан практични значај у квалификацији. На то упућује и стриктна регулаторна одредба у нашем законодавству која такву опцију изричито наглашава.

## 4.2. Процесни разлози

Поред материјалних разлога због којих је искључена примена главног дела у саставу конструкције привидног идеалног стицаја, предуслови „оживљавања“ привидне

<sup>97</sup> С. Roxin (2014), 1018.

<sup>98</sup> *Ibid.*, 1018 – 1019. Међутим, истиче се да тај изузетак ипак неће важити у неким другим ситуацијама.

<sup>99</sup> *Ibid.*, 1020.

<sup>100</sup> Ђ. Лазин, 51 – 52.

<sup>101</sup> *Ibid.*, 51. Лазин указује на застарелост као један од материјалних разлога искључења главног дела, истичући да ће само у ретким случајевима рок за застарелост привидног дела бити дужи од главног.



инкриминације, исцрпљују се такође и у својеврсним процесним претпоставкама непримењивости истог.

То су превасходно односи на услове који се захтевају за предузимање кривичног гоњења, а манифестују се у виду препрека попут недостатка предлога оштећеног за такво гоњење у односу на главно дело. И у овом случају, баш као и код материјалних основа, испољава се стицајни карактер института који је утемељен на полазној хипотези о паралелној одрживости две инкриминације на апстрактном нивоу.

Као један од спорних случајева прихватања деловања привидног дела по основу постојања процесних разлога за искључење главног, у литератури се истиче дејство таквих ефеката код накнадног некажњивог дела. Стога, владајуће гледиште, прихватајући такву могућност, полази од претпоставке да исто ступа у први план чак и онда када се за претходно дело не може казнити из процесних разлога, што проистиче и из њихове правне природе, односно идеје да је њихова некажњивост условљена кажњавањем за главно дело.<sup>102</sup>

Ипак, постоје и супротна гледишта по којима накнадно кривично дело (привидно) не би могло да се примени уместо главног у случају када за исто нису испуњени услови за кривично гоњење. Као разлог се истиче чињеница да претходно и накнадно дело представљају јединство вредновања, где претходно дело конституише фундамент вредносне обухватности (ексклузивне) за целокупно чињенично дешавање. По овом гледишту, не ради се о томе да једна казна замењује другу, већ је ингеренција у правној сфери фундамент ексклузивног вредновања и искључује аутономну правну оцену осигурања и искоришћавања предности обезбеђене претходним делом.<sup>103</sup> Међутим, то питање је уско повезано са класичном и компликованом дилемом у вези кривичноправног третмана накнадног дела и значења „јединства вредновања“, односно чињенице да је претходно дело фундамент и основ за обједињену вредносну оцену.

Мишљења смо да би и у описаним ситуацијама генерално требало дозволити могућност „оживљавања“ потиснуте инкриминације, уколико то није у супротности са општим смислом и сврхом успостављања одређене процесне забране, што је условљено, између осталог и природом релационих спона између две инкриминације.

### 4.3. Условљеност принципима решења

У одређеним ситуацијама, ефективност секундарне примене привидног дела, доводи се у везу са конкретним принципима решења, тачније полази се од претпоставке другачијег домашаја ове последице, у зависности од врсте релација између законских норми.

Јасно је да сама идејна утемељеност такве секундарне примене, одговара идеји супсидијаритета, који полази управо од условне примене привидног кривичног дела. То је и био разлог зашто се ова могућност према неким гледиштима, ограничавала само на супсидијаритет, а имплицитно и на консумпцију, уз искључење таквих ефеката код специјалитета и алтернативитета.<sup>104</sup>

У немачкој доктрини се приликом разматрања правних последица супсидијаритета, генерално прихвата примењивост привидног дела у свим случајевима када се примарно не може применити из чињеничних или процесних разлога, али се посебно наглашава да се погодности које би учинилац имао у случају примене блажег примарног закона не могу

---

<sup>102</sup> С. Roxin (2014), 1021.

<sup>103</sup> *Ibid.*, 1022.

<sup>104</sup> J. P. Matus Асућа (2000b), 52.

искључити.<sup>105</sup> Ову констатацију би свакако требало тумачити имајући у виду специфичности конкретног законодавства и казнене политике, односно услов да се у конкретном случају супсидијарно дело појављује као теже, што је тешко замислити са аспекта нашег позитивног законодавства.

Такође, један од модалитета специјалитета подразумева да се код истог прихвата ефекат привидног дела само онда када специјални закон није примењив због процесних препрека, али уколико није испуњен један од материјалних предуслова, не прихвата се таква могућност.<sup>106</sup> Јасан је разлог оваквог резонувања, имајући у виду да би то у случају привилегованих кривичних дела, у потпуности дерогирало њихову сврху и смисао постојања.

Првобитно Меркелово одређење стицаја закона (засновано само на специјалитету), полазило је од тога да одбачено дело не треба да се узме у обзир ни приликом детерминације казне, ни приликом уважавања споредних ефеката санкција. У томе се састојала кључна разлика од идеалног стицаја.<sup>107</sup> Међутим, овај аутор је ипак прихватио секундарну примену одбаченог дела, када нису испуњени (процесни) услови за главно. Тако, истиче се да према њему, код стицаја закона, специјални закон може искључити генерални једино уколико је могућа његова примена у конкретном случају. Стога, ако недостаје неки од предуслова његове примене (процесни разлози), онда долази у обзир примена генералног.<sup>108</sup>

С друге стране, код консумпције, односно претходних, пратећих и накнадних сукажњивих дела, прихвата се примена привидног дела, како у случају процесних, тако и код материјалних препрека које условљавају искључење главног<sup>109</sup>, што сматрамо оправданим, имајући у виду њене феноменолошке облике.

Ипак ово правило треба схватити условно и у тумачити у складу са већ изнетим општим ограничењима да се не сме дерогирати привилегија по учиниоца која је успостављена главним делом. Такође, можемо се сложити са ставом из домаће литературе да би секундарну примену привидног дела требало искључити онда када је искључено постојање кривичног дела, односно кривична одговорност, као и уколико је учинилац ослобођен од казне.<sup>110</sup>

## 5. Одговорност саучесника

Иако то делимично спада у проблематику квалификације привидног идеалног стицаја, питање одговорности саучесника чије се радње везују само за привидно кривично дело, представља једно од спорних у овој материји.

На првом месту, указује се на случајеве када у радњама саучесника изостане одређени елемент који условљава постојање неке од релација релевантних за квалификацију привидног идеалног стицаја, попут случаја убиства детета при порођају, уколико код

---

<sup>105</sup> Н. Н. Jescheck, W. Ruß, G. Willms, 43. Аутори наводе пример релација између неовлашћеног коришћења туђег возила и крађе бензина, указујући да учинилац који неовлашћено користи туђе возило, у случају да оштећени не поднесе кривичну пријаву као услов за гоњење истог, не може бити кажњен ни за крађу бензина.

<sup>106</sup> J. P. Matus Асућа (2000b), 42.

<sup>107</sup> J. P. Matus Асућа (2000a), 300.

<sup>108</sup> *Ibid.*, 300.

<sup>109</sup> J. P. Matus Асућа (2000b), 42 – 43.

<sup>110</sup> Ђ. Лазин, 50 – 51. Сматра се да одлука да је учинилац ослобођен од казне, може да покрије и казну за привидно дело, што је у складу са криминално–политичким захтевима.

саучесника – подстрекача не постоје околности релевантне за квалификацију специјалног (привилегованог) облика убиства, односно посебно својство пасивног субјекта.<sup>111</sup>

Сматрамо да у описаним ситуацијама, нема никаквих препрека да подстрекач одговора за базични, односно тежи облик базичног кривичног дела, с обзиром да код њега није испуњен услов за примену специјалне привилеговане инкриминације, што је став који се прихвата и у нашој домаћој литератури.<sup>112</sup>

Исто тако, у доктрини се као репрезентативан пример наводи и случај тешке крађе извршене проваљивањем, којом се истовремено остварују и елементи нарушавања неповредивости стана. Наиме, уколико учинилац тешке крађе превари другог (помагача) да му придржава мердевине како би ушао у туђи стан и наводно се видео са девојком која ту живи, против воље њених родитеља, у том случају ће тај помагач одговорати само као саучесник у нарушавању неповредивости стана, иако ће квалификација у конкретном случају, због примене привидног стицаја бити заснована само на тешкој крађи.<sup>113</sup> У описаном случају, реч је о уважавању релевантности субјективних елемената, тачније обухватности умишљаја саучесника.

И у судској пракси наилазимо на примере специфичног деловања правних последица у одговорности саучесника, односно саизвршилаца онда када се квалификација врши сходно правилима института привидног идеалног стицаја, као и његових принципа решења, где се мора водити рачуна о начину утврђивања казних ефеката за сваког од појединачних учесника у делу. Тако, у случају консумпције између кривичних дела удруживања ради вршења кривичних дела из чл. 346 КЗ и неовлашћене производње и стављања у промет опојних дрога из чл. 246, ст. 5 (дело извршено од стране организоване криминалне групе), ослобођење од казне једног од саизвршилаца у односу на само удруживање (али не и за основни облик из чл. 246 КЗ), није довело до истоветних последица код другог окривљеног (организатор организоване криминалне групе) код којег је констатована релација консумпције, а самим тим дело квалификовано сходно чл. 246, ст. 5.<sup>114</sup>

Стога, у шпанској доктрини се указује и да је реч о особеном случају „оживљавања“ привидног дела, који се везује за ситуације када саучесници не могу бити кажњени за главно дело, као што је случај са учешћем у тзв. накнадним некажњивим делима. Овај ефекат се заправо везује за тзв. *персонални карактер привидног стицаја закона* и омогућава оправдање различитог третмана између извршиоца и саучесника, а заснива се на хипотези да код сукажњивих дела постоје изолована кажњива дела, те да се иста у обједињеној процени приписују кажњивости главног дела, чиме се, између осталог, отвара могућност кажњавања саучесника који нису учествовали у главном, већ само у накнадном делу.<sup>115</sup>

Питање одговорности саучесника, уско је повезано и са другим правилима поступка квалификације привидног идеалног стицаја, што укључује и утицај субјективних елемената. У том контексту, недостатак умишљаја управљеног ка преферентном деликту, до чије је реализације дошло, може да спречи његово уважавање у конкретном случају, а самим тим и

<sup>111</sup> J. P. Matus Асућа (2000b), 62.

<sup>112</sup> З. Стојановић, Н. Делић, 19. Сходно наведеној концепцији, саучесник ће одговорати за тешко убиство.

<sup>113</sup> С. Roxin (2014), 1025. Роксин као пример наводи и случај учиниоца кривичног дела крађе, који након што је отуђио одређене предмете из продавнице, чини накнадно некажњиво дело тако што превари касирку приликом изношења истих, чиме заправо осигурава „плен“. С друге стране, његов пријатељ, који није учествовао у крађи, па знајући шта се догодило (да је његов пријатељ извршио крађу ствари), учествује у накнадној превари касирке, сматраће се одговорним за кривично дело преваре.

<sup>114</sup> Пресуда Апелационог суда у Београду, Посебног одељења Кж1 По1 24/14 од 28.01.2015. године.

<sup>115</sup> J. P. Matus Асућа (2000b), 47. Први теоретичар који је указао на хипотезу о персоналном карактеру стицаја закона, био је Маурах, иако га је он везивао само за претходна и накнадна некажњива дела

стави у први план привидни правни концепт. Као пример се наводи случај подстрекача који наведе извршиоца да удари оштећеног, услед чега му он задаје више удараца са крајњим смртним исходом.<sup>116</sup> Јасно је да ће услед примене принципа консумпције, непосредни извршилац одговарати само за лишење живота, а не и за наношење телесне повреде. Међутим, имајући у виду недостатак умишљаја код подстрекача у погледу наступања смртог исхода, без обзира што је наношење телесне повреде у случају непосредног извршиоца потиснуто, ово привидно дело се појављује као релевантно за његову кривичну одговорност, иако је целокупно понашање квалификовано као убиство.

Ово питање спада у домен проблематике поступка квалификације, која је као што можемо закључити, прожета скупом различитих правила и аспеката разматрања института. Јасно је да је оваква могућност условљена прихватањем својеврсних стицајних ефеката привидног дела, а одговара и општим схватањима о правној природи саучесништва.

## 6. Однос са идеалним стицајем

Након што смо указали на најзначајније аспекте коначних правних последица које прате квалификацију привидног идеалног стицаја, односно различите сегменте могућег утицаја привидног дела у таквом поступку, преостаје да се укаже на релевантне компаративне аспекте у односу на идеални стицај. То је посматрано са тачке гледишта правних последица најспорније, а уједно и практично најбитније питање када је реч о примени института.

Комплексност ове проблематике проистиче из различитих законодавних решења предвиђених за правне ефекте идеалног стицаја, праћене могућношћу подударања са привидним идеалним стицајем, нарочито у домену примене принципа комбинације, који чак подразумева и утицај привидног дела на конкретну казну.

На карактеристике оваквих компаративних односа смо већ детаљно указали приликом разматрања различитих аспеката института. Свакако је за разумевање описаних релација од значаја познавање компаративноправних законодавних решења, која указују да ће крајњи ефекат, односно различите или истоветне правне последице два института зависити од криминално–политичких опредељења за одговарајући систем одмеравања казне код идеалног стицаја. По нашем мишљењу, не би се смели дозволити такви утицаји законодавних решења на само одређивање правних последица привидног идеалног стицаја, које би одступало од фундаменталних поставки института, само да би се постигло разграничење од овог облика аутентичног стицаја.

Заправо, чак и у оним случајевима када из прихваћених концепција произлази да су ефекти једне и друге правне фигуре идентични, обично на располагању стоје различите могућности у варирању коначне висине казне, уважавајући околност да ли је реч о привидном или пак о аутентичном стицају.

Према томе, казнену политику за коју се определио конкретни законодавац не би требало мешати са правном природом ефеката привидног стицаја. Стога, аргументовање потпуног одбацивања ефеката привидног дела чињеницом да је то неопходно како би се његов третман диференцирао од идеалног стицаја, не може се прихватити. Овакав утилитаристички приступ, није довољан основ мењања правне природе неке фигуре. Чињеница да у одређеним ситуацијама може доћи до поклапања њихових ефеката, не значи да би требало одбацивати неке релевантне последице привидног стицаја закона. Изостанак законске регулативе у материји привидног стицаја закона, захтева чврсте доктринарне

---

<sup>116</sup> A. J. Sanz Morán, 14.

темеље, који не смеју бити условљени начином дефинисања правних последица идеалног, односно реалног стицаја у домену теорије казне.

Привидни стицај закона карактерише особени скуп правила у погледу правних последица, који захтева како тумачења различите усмерености, односно релација између конкретних законских норми, тако и уважавање одређених стицајних ефеката. То подразумева креирање посебног система, са јасно одређеним правилима и изузецима, који представљају доказ да се морамо ослонити истовремено и на интерпретацију закона, у складу са претпостављеном вољом законодавца, односно са аспекта општеприхваћених начела кривичног права, као и на уважавање стицајног карактера тамо где је то неопходно. Разлог оваквог мешовитог приступа, проналази се управо у својеврсном проширењу опсега примене теорије привидног стицаја закона. Тачније, неће свака релација, базирана на логичком утемељењу, условити потпуно дерогирање ефеката друге законске норме и у складу са тим, морамо прилагодити релевантне последице привидног идеалног стицаја.

Јасно је да под одређеним условима, примена принципа комбинације, доводи до изједначавања са идеалним стицајем, што значи да су превагу ипак однели други интереси, пре свега аргументи против неоправданог привилеговања учиниоца.<sup>117</sup> Треба имати у виду и да поређење ефеката привидног идеалног и идеалног стицаја, у области одмеравања казне, не утиче на промену правне природе разматраног института, са аспекта опште теорије кривичног права. Исто то важи и за однос између идеалног и реалног стицаја, без обзира да ли се прави диференцијација између ова два облика стицаја.

Неспорно је да, уколико се за кривичноправни третман привидног идеалног стицаја, прихвати принцип комбинације, у појединим законодавствима, попут немачког, то би довело до изједначавања правних последица са идеалним стицајем, а диференцијацију ограничило само на обухватање једног од конкурентних закона у пресуди, односно каснијих ефеката у домену института поврата.<sup>118</sup>

Стога, у погледу немачког законодавног решења, истиче се да диференцијација у пракси заправо не постоји, будући да је доктрина једногласна да се на привидни стицај закона аналогно примењују одредбе чл. 52, које регулишу идеални стицај. Самим тим, дистинкција између ове две правне фигуре, сведена је на минимум, односно редукује се на просту инкорпорацију формалне декларације у пресуди да су реализована два кривична дела, симплификацију кривице, као и немогућност узимања у обзир поврата.<sup>119</sup> Све то указује колико примена одређеног казног решења може да утиче на однос између идеалног и привидног идеалног стицаја. Из тог разлога, навођење у пресуди да је дошло до реализације више повреда, показатељ је несуштинског, декларативног аспекта диференцирања две правне фигуре.

На ову правилност у изједначавању ефеката идеалног стицаја и стицаја закона указује и немачка ауторка Пупе, која у циљу њеног превазилажења, својом теоријском концепцијом не иде у правцу њиховог диференцирања по сваку цену, предвиђањем особених правних последица за стицај закона, већ напротив, иде у правцу сужавања опсега његове примене на једини принцип где важи стриктни ексклузивитет – специјалитет.<sup>120</sup>

<sup>117</sup> Вид. J. P. Matus Acuña (2000b), 38.

<sup>118</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 338. На то се указује и у немачкој доктрини, уз напомену да је разлика између привидног и стварног стицаја у немачком законодавству изгубила на значају. Вид. Н. Н. Jescheck, W. Ruß, G. Willms, 37.

<sup>119</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 354.

<sup>120</sup> I. Puppe (2007), 257. Пупе напомиње да прихватање супсидијаритета и консумпције под окриље стицаја закона, чини разлику између привидног и идеалног стицаја теоријски и практично бесмисленим.

С друге стране, дистинкцију између две правне фигуре отежава и предвиђање система просте апсорпције за идеални стицај<sup>121</sup>, чиме се такође јављају проблеми и дилеме у погледу успостављања равнотеже, како између привидног идеалног и идеалног стицаја, тако и између ових правних концепата и случајева простог јединства. Управо поменути фактори указују на који начин област казних последица може да утиче на релације између кључних правних фигура, односно да релативизује њихове суштинске материјалне разлике.

Са тиме се управо сусрећемо у немачкој доктрини, где је практично тешко успоставити било какве веће разлике у кривичноправном третману ових правних концепата, чиме се потискују у други план сви теоријски напори да се пронађу фундаментална оправдања и критеријуми разграничења у поступку квалификације.

Иначе, у немачкој доктрини постоји општа сагласност о обухватању пресудом свих прекршених законских норми, што се дефинише и као декларативна (разјашњавајућа) функција идеалног стицаја.<sup>122</sup> Управо такво становиште говори у прилог његовом приближавају реалном стицају, односно неопходности наглашавања плуралитета повреда кривичноправних забрана, за разлику од привидног стицаја закона, где је акценат на јединственој повреди, као резултату постојања одређених фактора који чине неприхватљивим паралелни опстанак више евентуално примењивих норми.<sup>123</sup>

Употреба принципа комбинације за привидни идеални стицај, оправдано поставља питање начина успостављања равнотеже између ове две правне фигуре, што се мора решити у домену одмеравања казне. Ако се примени принцип просте апсорпције, као што је случај са немачким законодавством, осим формалне декларације повреде више законских норми, не постоји ниједна друга обавезујућа диференцијална компонента.

С једне стране, у практичном смислу би се могло тврдити да ће код идеалног стицаја изречена казна бити ближа законском максимуму најтеже, која је одређена као горња граница, али је карактеристично да не постоји никаква обавеза поштравања казне код овог облика<sup>124</sup>, из чега проистиче да се формално дозвољава могућност изједначавања кривичноправног третмана ова два института. То се нарочито односи на случајеве хомогеног идеалног стицаја, где се као релевантан појављује искључиво један казни оквир, тако да се уопште не постављају питања евентуалног утицаја посебног минимума другог кривичног дела у идеалном стицају, односно примена акцесорних санкција, укључујући и мере безбедности. Исто тако, неће бити релевантно ни колико је пута прекршена иста законска норма, јер ће опсег одмеравања казне увек бити идентичан. Тиме се практично бришу границе са привидним идеалним стицајем, будући да, иако се може ценити околност стварне реализације плуралитета кривичних дела (хомогеног карактера), наспрам само привидног фигурирања више законских норми, као отежавајућа и релевантна за приближавање горњој граници, ипак се у стриктном формалноправном смислу, ради само о факултативној могућности.

Међутим, са аспекта диференцирања од привидног идеалног стицаја, доста већи значај има хетерогени идеални стицај, где долази у обзир њихово поклапање у домену ограничења посебног минимума, које према законском решењу важи код идеалног, а у складу са прихваћеним доктринарним концепцијама и у случају привидног идеалног стицаја. Из тог разлога је јасно да је тешко успоставити било какву почетну линију разграничења, јер ће у практичном смислу увек постојати хипотеза о њиховом поклапању. То важи и за остале аспекте принципа комбинације, укључујући и примену акцесорних казни и других санкција,

<sup>121</sup> Н. А. Carranza Tagle, 10.

<sup>122</sup> С. Roxin (2014), 978. Код хомогеног идеалног стицаја, то се манифестује у навођењу броја повређених инкриминација, док хетерогени идеални стицај подразумева њихово појединачно истицање.

<sup>123</sup> Ти фактори се могу односити на забрану двоструког вредновања, односно кршења принципа *ne bis in idem* и слично.

<sup>124</sup> С. Roxin (2014), 978.

попут мера безбедности, које нису предвиђене главним, односно у случају идеалног стицаја, најтежим кривичним делом. У том смислу, једина могућа диференцијација, везује се за поменуте изузетке код привидног стицаја закона.

Потпуно другачији принцип је карактеристичан за законодавства која за идеални стицај предвиђају принцип асперације, због чега се диференцијација од идеалног стицаја може адекватније успоставити, полазећи од поменутих модалитета утицаја привидног дела.

## XI ПОГЛАВЉЕ

### ФЕНОМЕНОЛОШКА ДИМЕНЗИЈА

Циљ издвајања феноменолошке димензије привидног стицаја закона, независно од самих принципа индивидуализације, чије изучавање нужно подразумева и навођење појавних облика на која се односе, огледа се у настојању да се такве манифестације прикажу обједињено, на основу синтетичког приступа, уважавајући све сегменте института, укључујући и дилеме у поступку квалификације. Те дилеме се могу односити како на проблематику дистинкције између идеалног и привидног идеалног стицаја, тако и на саме сукобе између појединих принципа решења, који се могу појавити као релевантни за решавање конфликта између законских норми код конкретних чињеничних ситуација. Осим тога, овакав приступ омогућава доношење коначних закључака о оперативности примењених принципа решења и приказује домашај, тачније области њихове примене у зависности од нивоа, односно ранга конкретних норми у сукобу, према њиховој систематизацији у кривичном праву. На тај начин долазе до изражаја особености специфичних, спорних случајева.

Такође, приликом разматрања принципа решења, указали смо на различита поимања њиховог домашаја са аспекта монистичких и плуралистичких система, који заправо представљају различите приступе третирању феноменолошких облика привидног стицаја закона. Из тог разлога, указивање на ове појавне манифестације, може утицати директно и на број, односно конфигурацију таквих принципа, што захтева њихово прелиминарно оквирно одређење.

Још један релевантан фактор који условљава издвајање феноменолошке димензије, односи се на специфичне правне фигуре, чији кривичноправни третман може варирати између манифестација привидног идеалног и неаутентичног реалног стицаја, због чега њихово самостално одређење изван наведених категоризација може допринети разумевању правног положаја и последица истих.

Пре свега, најзначајнију област примене правила индивидуализације института у поступку квалификације представља материја посебног дела кривичног права, као својеврсни норматив, који чини срж његове феноменолошке димензије. У том смислу, на конкретном плану, говори се о односима између појединачних кривичних дела као правних категорија. Јасно је да у овом случају није могуће навођење свих релевантних облика испољавања, с обзиром на огроман број варијанти, односно комбинација односа кривичних дела прописаних у посебном делу. Због тога су принципи решења формулисани управо на основу њихових класификација у шире, генерализоване групе, попут односа између кривичних дела опасности и повреде, основних и привилегованих, односно базичних кривичних дела, што може бити условљено и одређењем конкретних емпиријских релација између њих.

Осим тога, постоје одређене феноменолошке манифестације које формулисање правила принципа решења заснивају на поставкама института општег дела кривичног права, што се односи на случајеве односа између појединих облика учешћа у извршењу кривичног дела, попут супсидијарности подстрекавања у односу на непосредно извршилаштво, или пак на стадијуме извршења, односно релације између покушаја или припремних радњи и довршења. Такође, у поступку квалификације, правила појединих института општег дела кривичног права, попут добровољног одустанка, могу утицати на њен исход.



Значај утврђивања свих релевантних облика испољавања забрањеног понашања обухваћених институтом привидног идеалног стицаја, као и њима граничних случајева, произлази и из заступљених гледишта о његовом егзистирању управо кроз такве феноменолошке манифестације, без којих не би имао особени садржај.<sup>1</sup>

*Скуп свих наведених манифестација испољавања односа између различитих правних фигура, чини феноменолошку димензију института привидног стицаја закона, на коју се примењују принципи решења као правила за решавање сукоба норми различитог нивоа у систематизацији материје кривичног права.*

У овом делу рада, настојаћемо да направимо синтезу између општих правила поступка квалификације, првенствено оних који се тичу дистинкције између идеалног и привидног стицаја, са једне, и практичних исхода међусобног разграничења принципа решења са друге стране, што је предуслов формирања коначне слике о примени института привидног идеалног стицаја у пракси. Наиме, аспект феноменолошке димензије института представља трећи и последњи емпиријски елемент поступка квалификације привидног идеалног стицаја, поред критеријума диференцијације и принципа који се користе у поступку решавања конфликта између законских норми.

## 1. Опште карактеристике феноменолошке димензије

Институт (привидног) стицаја закона, може се изучавати полазећи од два различита плана – апстрактног и конкретног. У првом случају, то подразумева формулисање општих, апстрактних критеријума на основу којих ће се сви могући феноменолошки облици испољавања објединити у својеврсне генеричке категорије, са заједничким особинама. Међутим, реч је о идеалу који је тешко остварити у пракси. Тачније, није немогуће успоставити неке опште смернице за категоризацију наведених феноменолошких облика, али је њихов основни недостатак у томе што су непрецизне и недовољно специфичне за обухватање свих појединачних случајева.

Стога, изучавање феноменолошке димензије привидног стицаја закона, иако може бити усмерено и одређеним правилима општег карактера, због своје утемељености на релацијама између појединачних законских норми посебног дела кривичног права, захтева нужно и својеврстан индивидуалистички приступ, заснован на конкретним позитивноправним примерима између којих се ова релација најчешће и испољава. Дакле, то подразумева истовремено и да ће се проширити круг и опсег општих правила, у зависности од закључака до којих се може доћи изучавањем појединачних, индивидуалних случајева.

Значај привидног идеалног стицаја, огледа се у томе да представља неизоставни сегмент сваког процеса квалификације и подвођења предузетог понашања под норме позитивног кривичног права одређеног законодавства. Индивидуалистички приступ заправо представља приступ утемељен на егземплификацији, односно утврђивању законитости решавања појединачних случајева, што отежава дефинисање општих правила. Највећи проблем представља и чињеница да у различитим законодавствима не постоји поклапање у материји посебног дела, тако да и незнатне разлике у погледу формулисања бића кривичног дела, могу довести до извесних одступања. Стога, приликом изучавања компаративноправних решења у овој материји, морамо бити опрезни, јер су доктринарна правила настала у страним теоријама, често одраз позитивног законодавства. Доказ за то су управо различите концепције аутентичног стицаја, нарочито идеалног, које су довеле до својеврсне конфузије у покушајима изналажења општих, заједничких правила.

---

<sup>1</sup> М. Б. Ракић, 48.

Ипак, највећи број базичних кривичних дела (пре свега кривичних дела против живота и тела) се поклапају у елементима основних облика, у већини законодавстава, тако да је донекле могуће доћи до одређених заједничких, уопштених закључака. Осим тога, и сам настанак института привидног стицаја везује се управо за проблеме у погледу тих базичних кривичних дела.

Може се закључити да до општих правила, односно категоризација феноменолошких облика, можемо доћи једино у виду општих смерница, док се у пракси захтева добро познавање материје посебног дела кривичног права, како би се на индивидуалном плану извршило извајање конкретних феноменолошких манифестација. Наиме, примена теорије привидног стицаја закона у пракси, прилагођена је начину на који се формулише материја посебног дела у конкретном законодавству. Управо из тог разлога, у први план приликом разматрања његових феноменолошких облика, долазе управо конкретни примери појединачних релација између одређених инкриминација.

Када је реч о феноменолошким облицима испољавања привидног стицаја закона, потребно је имати у виду неколико чињеница. Пре свега, таква квалификација није апсолутног карактера, имајући у виду да се у поменути категорију сврставају случајеви који могу бити како облик (привидног) стицаја закона, тако и облик аутентичног стицаја. Управо из тог разлога је питање феноменологије уско повезано са критеријумима њиховог међусобног разграничења и условљава усмеравање поступка у једном или у другом правцу, из чега произлази да наведени критеријуми представљају део ширег процеса поступка квалификације.

У чисто формалистичком смислу бисмо могли извршити категоризацију на оне манифестације које несумњиво представљају облике привидног стицаја закона, са једне и оне које такву квалификацију могу добити само под одређеним условима. Стога, феноменолошка димензија привидног стицаја закона није апсолутни и затворени категоријални круг, већ скуп релативних категорија, које зависе од усвојених критеријума дистинкције. Полазећи од наведених диференцијалних критеријума, настојаћемо да приликом утврђивања феноменолошке димензије, укажемо на спрегу између диференцијалних критеријума и опсега примене института.

На крају, важно је указати и на уску повезаност феноменолошке димензије са релевантним принципима који се користе у решавању конфликта између законских норми. Тачније, може се рећи да они представљају другу страну медаље, односно да садрже скуп законитости од којих се полази у коначној формулацији манифестација института.

Може се закључити да је утврђивање феноменолошких манифестација привидног идеалног стицаја, условљено низом фактора који, између осталог, зависе од систематике посебног дела одређеног позитивног законодавства, односно од околности конкретног случаја. Тиме заправо долази до изражаја већ поменути индивидуалистички приступ изучавању института, чија је најзначајнија последица немогућност генералног прелиминарног утврђивања свих могућих манифестација ове правне фигуре.

## **2. Категоризација феноменолошких облика**

Феноменолошка димензија привидног идеалног стицаја, уско је повезана са систематиком принципа решења који се користе у поступку решавања конфликта између законских норми, али исто тако и са појединим методолошким аспектима процеса квалификације, што укључује критеријуме индивидуализације института. То је разлог зашто се ова три сегмента у изучавању института – поступак квалификације, принципи индивидуализације и облици испољавања, не могу посматрати раздвојено.

Када је реч о сукобима појединачних правних ентитета, у литератури се на првом месту указује на поделу између стицаја норми које припадају истом закону и оних садржаних у различитим законима.<sup>2</sup> За нас је релевантна првенствено прва категоризација, у оквиру које се у домену позитивног кривичног законодавства, врши својеврсна нормативна класификација, у складу са поделом на општи и посебни део кривичног права.

Већ смо приликом излагања о појединачним принципима решења, дошли до закључка о релативном карактеру њихове међусобне дистинкције. Међутим, осим незнатног утицаја таквог разликовања у домену појединих аспеката правних последица, попут могућности секундарне примене привидног дела, односно већег или мањег утицаја привидног дела на висину коначне казне, доста значајније је питање издвајања феноменолошких облика овог института као посебног емпиријског ентитета, у односу на облике аутентичног стицаја, пре свега идеалног. Управо је то сврха указивања на граничне случајеве у којима се испољава примена института.

Наиме, неће увек бити једноставно утврдити који принцип решења одговара неком феноменолошком облику, чиме се у сам поступак квалификације уплиће и фактор конфликта другог нивоа, односно сукоба између принципа индивидуализације. Ипак, суштина примене института подразумева јасно диференцирање случајева привидног и аутентичног стицаја.

Када је реч о самој категоризацији емпиријских облика испољавања привидног идеалног стицаја, могуће је издвојити више критеријума, што је условљено првенствено схватањима о правној природи, као и о домаћају института. Тако, у зависности од броја радњи у природном смислу које се сматрају релевантним за квалификацију привидног идеалног стицаја, може се говорити о његовим манифестацијама заснованим на јединству или плуралитету таквих радњи. У том смислу, претходна и накнадна некажњива дела се опонирају осталим случајевима привидног идеалног стицаја који се заснивају на јединству радње у стриктном смислу. Овде долази до изражаја и релативност дистинкције између појединих принципа решавања конфликта, односно до поклапања њихових основних поставки, тако да је код претходних некажњивих дела оправдано могуће полемисати о супсидијаритету, односно о консумпцији.

Осим овог значајног разлога, у прилог нашем схватању о неопходности разликовања феноменолошке димензије принципа решавања конфликта између законских норми, која је ширег домаћаја, наспрам саме феноменолошке димензије привидног идеалног стицаја (кривичних дела), постоје још нека додатна оправдања ове дистинкције. Заправо, када говоримо о специјалитету, супсидијаритету или пак консумпцији, не мисли се само на релационе односе између инкриминација у посебном делу конкретног кривичног законодавства, што је често и узрок бројних теоријских дилема у овој области. Законитости утемељене овим конструкцијама, служе истовремено и за обухватање других правних категорија, попут релација између одређених концепата општег дела кривичног права, односно оних који спајају категорије општег и посебног дела. То смо могли уочити приликом указивања на феноменолошке манифестације супсидијаритета, попут оних које обухватају релационе односе између различитих облика учешћа у извршењу (подстрекавања, помагања, саизвршилаштва), односно супсидијарности нехата у односу на умишљај, или пак код специјализације више отежавајућих околности чија примена долази у обзир у конкретном случају.

Поменуте манифестације само су неки од примера деловања законитости наведених принципа у кривичном праву, док њихова примена код решавања конфликта између појединачних инкриминација у посебном делу, која је заправо примарни предмет нашег интересовања, представља само један од њихових појавних облика. Међутим, комплексност наведене проблематике се заправо огледа у томе да се ова питања у поступку квалификације

---

<sup>2</sup> S. R. Diaz, 157.

не могу раздвојити, будући да их одликује међусобна зависност и условљеност. Стога се може говорити о њиховом нужном прожимању у склопу поступка квалификације, због чега их је немогуће појединачно разматрати.

Важно је напоменути да код примене поменутих принципа решења у случајевима појединачних инкриминација у посебном делу кривичног права, долази до изражаја индивидуалистички (конкретни) приступ, који зависи од низа особених фактора, тешко утврдивих на апстрактном нивоу. Због тога, ове феноменолошке манифестације представљају скуп свих могућих комбинација међусобног испољавања појединачних законом санкционисаних понашања, чији се конфликт решава применом једног од понуђених принципа решења као средстава за решавање сукоба. Из тог разлога, није могуће набројати све облике испољавања привидног идеалног стицаја кривичних дела. То није ни потребно, будући да је за исправну квалификацију довољно познавање систематике посебног дела, односно конкретних законских описа и њихових елемената, као и законитости обухваћених поменутих принципима решења, чија је примена у таквим условима сведена на тумачење конкретног спорног случаја.

У складу са изнетим схватањима, нормативна класификација облика привидног стицаја норми, где долази у обзир примена законитости релевантних принципа решења, обухвата следеће категорије: 1) сукоб између норми општег дела кривичног права; 2) сукоб између норми општег са једне и посебног дела са друге стране; 3) сукоб између норми посебног дела кривичног права.<sup>3</sup> У руској доктрини се указује на особену категоризацију, која укључује следеће категорије: 1) стицај опште и специјалне норме; 2) стицај специјалних норми; 3) стицај дела и целине.<sup>4</sup> Томе се, према неким гледиштима, додаје још и стицај основне и квалификоване норме, стицај квалификоване и привилеговане норме, стицај две квалификоване, или пак две привилеговане норме.<sup>5</sup> На тај начин се додатно конкретизује општа класификациона подела и залази у појединачне феноменолошке манифестације института. Стога, ови облици могу да укажу на релевантне облике испољавања привидног идеалног стицаја и спорне случајеве квалификације у пракси, али и правила на основу којих се решава конфликт између законских норми (правила преферентности).

Тако, под окриљем феноменолошке манифестације стицаја „дела“ и „целине“, сматрају се обухваћеним случајеви када једно дело потпада под две или више норми, при чему га једна од њих обухвата у целини а друга делимично, што имплицира да се конфликт решава у корист прве (потпуније). С друге стране, у случају стицаја више специјалних норми (више квалификованих или стицаја између олакшавајућих или отежавајућих околности),

---

<sup>3</sup> Ради се о категоризацији на коју се указује у страниј литератури. Вид. Н. Muñoz Norment (1986), 374.

<sup>4</sup> А. М. Климанов, 125; Ж. С. Дмитриева, В. М. Чупров, 15; А. М. Зацепин (2014), 85.

Слично томе, према једној другој категоризацији, диференцирају се стицај норми посебног и стицај норми општег дела кривичног права. Вид. Ш. В. Борисович, *Преодоление конкуренции уголовно – правовых норм при квалификации преступлений*, Московский государственный университет, Москва 2004, 7 – 8.

У погледу феноменолошке манифестације која се односи на стицај „дела и целине“, у руској литератури се указује да се иза ње заправо крије правило о давању примата у поступку квалификације оној норми која најбоље одговара свим фактичким околностима извршења конкретног дела. Тако В. Т. Гайков, „Спорные вопросы квалификации преступлений, связанные с совокупностью преступлений и конкуренцией части и целого“, *Известия вузов, Северо – Кавказский регион* S3/2006, 44 – 47. Тиме се између осталог, указује и на значај конкретног приступа у квалификацији привидног стицаја. Вид. и И. В. Семкин, „Конкуренция уголовно – правовых норм при квалификации деяния, предусмотренного статьей 335 УК РФ“, *Вестник магистратуры* 5(56)/2016, 17 – 19.

<sup>5</sup> А. М. Зацепин (2014), 85. Слично томе, указује се и на поделу на стицај општих и посебних норми, олакшавајућих и отежавајућих околности, односно дела и целине. Вид. Г. П. Лозовицкая, Н. Н. Лапунина, 121; А. М. Зацепин (2011), 153.

примењују се особена правила.<sup>6</sup> Иако ово питање спада у проблематику поступка квалификације, наведене класификационе поделе могу да укажу на релевантне феноменолошке облике испољавања привидног идеалног стицаја.

Са тог аспекта је интересантно и да се као врсте стицаја норми препознају и случајеви када до таквог стицаја долази у процесу квалификације, наспрам оног који фигурира приликом изрицања казне.<sup>7</sup> У сваком случају, разлог издвајања наведених класификационих подела, управљен је ка сагледавању свих релевантних феноменолошких манифестација привидног стицаја, које се не исцрпљују само на нивоу релација између правних концепата посебног дела, већ обухватају и комплексне односе између категорија општег, или општег и посебног дела кривичног права.

У домаћој доктрини не наилазимо на поменуте категоризације, мада се приликом разматрања принципа решења, означених као облици привидног идеалног стицаја, наводе и неке од типичних манифестација које спадају у неке од друге две категорије.<sup>8</sup> Дакле, нагласак је првенствено на принципима решења, што је и оправдано, будући да они представљају основ конфигурисања феноменолошке димензије привидног идеалног стицаја.

У сваком случају, конкретни феноменолошки облици института привидног идеалног стицаја, условљени су појединачним манифестацијама релационих односа између конкретних кривичних дела, због чега није могуће унапред одредити све појединачне комбинације испољавања специјалитета, супсидијаритета, консумпције и алтернативитета на апстрактном плану. Из тог разлога ћемо настојати на укажемо на случајеве који су спорни првенствено са два аспекта: 1) разграничења привидног и аутентичног стицаја; 2) разграничења између појединачних принципа решења.

На крају, важно је напоменути и да ће склоп таквих феноменолошких манифестација зависити од конкретног кривичног законодавства, мада код кривичних дела управљених против најзначајнијих правних добара, попут живота и тела, не постоје већа одступања у компаративним системима.

## 2.1. Конфликт између норми општег дела кривичног права

У склопу нормативне категоризације од које смо пошли ради лакшег разумевања феноменолошке димензије института привидног стицаја закона, као прву област примене принципа решења у поступку решавања конфликта између релевантних категорија, издвојићемо област решавања сукоба између правних категорија у оквиру систематике општег дела кривичног права. Заправо, и у овом случају се издвајају извесне реперкусије у области избора између конкретних кривичних дела, у зависности од начина испољавања релевантних општих категорија, попут облика кривице или учешћа у извршењу кривичног дела. У овом случају, поступак утврђивања преферентног концепта некада није одређен само анализом појединачних инкриминација, већ и *начином на који су оне реализоване са аспекта општих института кривичног права.*

Тако, од манифестација конфликта између норми општег дела кривичног права, које се решавају применом принципа привидног стицаја закона, као најрелевантније, могу се издвојити: 1) стицај облика учешћа у делу (саучесништва); 2) стицај више отежавајућих и

---

<sup>6</sup> Е. В. Круглова, 158. Код стицаја више квалификованих норми, примењује се она са најстрожом казном, док се у случају стицаја између отежавајућих и олакшавајућих околности, примењује она која се односи на олакшавајуће околности.

<sup>7</sup> А. М. Зацепин (2011), 153.

<sup>8</sup> Стојановић као пример супсидијаритета наводи стицај између покушаја и довршеног кривичног дела, односно угрожавања и повреде. Вид. З. Стојановић (2018), 242.

олакшавајућих околности<sup>9</sup>, чему би требало додати и: 3) стицај умишљајних и нехатних реализација и 4) стицај инкриминација реализованих чињењем и нечињењем.

Једна слична, исцрпнија категоризација, у утврђивању феноменолошких манифестација ове врсте, укључује сегменте који се односе на нападе различитог интензитета, што подразумева две групе: 1) релације између различитих форми учешћа у делу; 2) релације између различитих форми реализације деликата, који се односе на исти објекат, и то: а) прелазак од нехата ка умишљају – преферира се умишљај (то очигледно захтева да се ради о кажњивости нехатног облика – на пример код убиства). б) пропуштање наспрам чињења – преферира се чињење (пропуштање пружања помоћи, праћено убиством); в) право пропуштање наспрам неправог пропуштања (преферира се неправо) – на пример, пропуштање пружања помоћи, праћено убиством извршеним нечињењем (не само непружање помоћи, већ и спречавање других да то учине).<sup>10</sup>

Случајеви истовременог испољавања више облика учешћа у извршењу кривичног дела, који се сходно правилима, већ поменути приликом разматрања супсидијаритета као једног од принципа решења, решавају у корист тежег, односно интензивнијег концепта, представљају један од најзначајнијих и најрепрезентативнијих конфликта ове врсте. Ово је у складу са општеприхваћеном концепцијом у савременој доктрини, према којој се не може истовремено применити више облика саучесништва у условима различитих манифестација учешћа једног лица у реализацији истог кривичног дела.<sup>11</sup>

Тако, подстрекавање ће бити потиснуто извршилаштвом, односно саизвршилаштвом, уколико се исто лице појављује истовремено у улози пострекача и непосредног извршиоца. По истом принципу се решава и сукоб између помагања као лакшег и подстрекавања, односно (са)извршилаштва као тежег облика учешћа у делу.

Стицај различитих облика учешћа у делу, односне његове феноменолошке манифестације које су релевантне са аспекта примене правила привидног стицаја, најчешће подразумевају случајеве када се једном радњом извршења остваре обележја подстрекавања и помагања као облика саучесништва. Сходно општеприхваћеном правилу, подстрекавање, као тежи облик саучесништва, има примат у односу на помагање.<sup>12</sup> Међутим, могу постојати извесне дилеме у погледу тога да ли је реч о супсидијаритету или пак консумпцији. Тако, главни аргумент против решења супсидијаритета, огледа се у томе да се релације између подстрекавања и помагања не заснивају на логичкој анализи, карактеристичној за супсидијаритет, већ управо на вредносној оцени која одговара консумпцији.<sup>13</sup>

Сматрамо да иако постоје извесни аргументи у прилог консумпцији, имајући у виду да помагање и подстрекавање фигурирају као аутономни институти особеног садржаја и значаја, предност ипак треба дати решењу супсидијаритета. До таквог закључка се између осталог долази и због наглашеног вредносног аспекта карактеристичног за консумпцију, а који би требало нарочито избећи код конфликта између норми општег дела кривичног права. Ово произлази и из саме правне природе наведених института.

Осим тога, решење супсидијаритета више одговара идејној основи примени наведених облика саучесништва где се не може говорити о томе да један од њих консумира невређност другог. С друге стране, постоји знатно већи основ за одбрану аргумента условне примењивости, на којем се темељи супсидијаритет.

<sup>9</sup> F. Pavón Vasconcelos, 92.

<sup>10</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 357.

<sup>11</sup> М. Шкулић, „Однос организованог криминалитета у кривичноправном смислу и саучесништва“, *НБП – Наука, безбедност, полиција* 3/2014, 12.

<sup>12</sup> J. Таховић (1961), 260; Тако и Љ. Јовановић (1995), 315 – 316.

<sup>13</sup> М. Б. Ракић, 55.

Поред стицаја подстрекавања и помагања, у литератури се указује и на специфичности квалификације у случајевима стицаја самих подстрекавања, односно помагања, што може условити како решење привидног, тако и идеалног или реалног стицаја, у зависности од тога да ли је учинилац подстрекао другог на извршење више кривичних дела предузимањем једне (идеални стицај), или више радњи (реални стицај), односно помогао му на исти начин.<sup>14</sup>

Углавном, ове манифестације не проузрокују веће проблеме у пракси и решавају се сходно правилима супсидијарности. Исто важи и за стицај умишљајних и нехатних инкриминација, односно чињења и нечињења, где се конфликт решава у корист тежег облика кривице, односно кривичних дела извршених чињењем.<sup>15</sup> Тако, као пример односа између инкриминација реализованих чињењем и нечињењем, наводи се примат убиства наспрам непружања помоћи, у случају наступања смртног исхода.<sup>16</sup>

С друге стране, у погледу манифестација где постоји стицај отежавајућих и олакшавајућих околности, приликом њихове примене, решење треба тражити у успостављању равнотеже између наведених околности у конкретном случају, како би се адекватно оценио степен утицаја између опонентних фактора.

Поред набројаних случајева, у ову категорију се сврстава примат неправог над правим пропуштањем, попут релација између непружања помоћи, праћеног убиством извршеним нечињењем<sup>17</sup>, као и манифестације конфликта између више разлога за поштравање или ублажавање казне<sup>18</sup>, односно различитих облика испољавања воље за извршење кривичног дела.<sup>19</sup>

## 2.2. Конфликт између норми општег и посебног дела кривичног права

За разлику од сукоба између категорија општег дела кривичног права, где углавном не постоје веће тешкоће у избору преферентног концепта, поступак квалификације привидног идеалног стицаја у случајевима конфликта између категорија својствених општем и посебном делу, праћен је одређеним теоријским дилемама. Осим тога, начин испољавања ових феноменолошких манифестација, зависиће и од конкретног позитивноправног система.

Као типичне манифестације овог облика конфликта, у литератури се наводе: 1) случајеви стицаја основа искључења одговорности предвиђених општим и посебним делом кривичног права;<sup>20</sup> 2) укључивање отежавајућих или олакшавајућих околности предвиђених

<sup>14</sup> *Ibid.*, 56; Љ. Јовановић (1995), 316. У том смислу, указује се да је могуће да помагач једном радњом допринесе извршењу више кривичних дела, у ком случају ће постојати идеални стицај помагања.

<sup>15</sup> Вид. поглавље Супсидијаритет, *supra*, 436 – 440.

С друге стране, у литератури се чак постављало и питање дистинкције између намере покушаја и намере довршења, што је омогућило разматрање примене решења стицаја. Међутим, овакав исход се показао као неприхватљив, те је општеусвојено гледиште о испуњености услова привидног стицаја на примеру учиниоца који најпре одлучи да лиши живота оштећеног и у тој намери уperi пиштољ ка њему, а потом случајно испали метак пре времена (нехат). Вид. П. Новоселец, „Разграничење припремних радњи и покушаја“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци* 2/1991, 723.

<sup>16</sup> J. P. Matus Acuña (2000a), 357.

<sup>17</sup> *Ibid.*, 357. Ово се односи на ситуације када, не само да изостане пружање помоћи од стране учиниоца, већ се поред тога и други спречавају да то учине.

У погледу специфичности кривичних дела нечињења, вид. Н. Јованчевић, „Извршилаштво и саучесништво кроз нечињење“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2011, 345 – 366.

<sup>18</sup> Н. Welzel (1956), 230. То условљава примену најблаже диспозиције у случају постојања више основа ублажавања казне, односно најтеже када постоји више поштравајућих.

<sup>19</sup> Вид. F. Pavón Vasconcelos, 92.

<sup>20</sup> *Periodico Oficial* 86/2017, *Organo del Gobierno Constitucional del Estado independiente, libre y soberano de Coahuila de Zaragoza, Saltillo, Coahuila* 2017, 49; F. Pavón Vasconcelos, 86. Углавном се као примери наводе

општим делом кривичног права као елемената законских описа бића кривичног дела<sup>21</sup>; 3) стицај норми посебног дела које предвиђају кажњавање за довршено кривично дело, наспрам оних из општег дела које предвиђају одговорност за покушај.<sup>22</sup>

Са аспекта нашег законодавства, посебно су релевантне последње две категорије, које заслужују особено разматрање у поступку квалификације. У случају поклапања између законом предвиђених олакшавајућих и отежавајућих околности и истих тих концепата који се појављују као елементи законског описа појединих кривичних дела, важи већ поменуто правило забране двоструког вредновања, предвиђено одредбом чл. 54 Кривичног законика Р. Србије. Ова забрана у теорији привидног стицаја закона представља оличење принципа *ne bis in idem*, а састоји се у истицању да околности које чине обележја одређеног кривичног дела, не могу бити вредноване истовремено као отежавајуће или олакшавајуће. На значај ове одредбе, односно њене суштинске утемељености смо већ указали у различитим деловима рада.

У вези поменуте забране, указује се да је одредба која исту регулише заправо јасна манифестација једног од правила (принципа решења) привидног идеалног стицаја у домену детерминације казне.<sup>23</sup> Ипак, као спорно се појављује питање по основу којег од прихваћених принципа се обезбеђује решавање конфликта између конкретних законских норми. У овом случају, могли би доћи у обзир специјалитет, супсидијаритет или консумпција.<sup>24</sup> Сматрамо да би се пажљивом анализом наведене одредбе, као и законитости које се односе на конкретне принципа решења, ипак требало одредити за консумпцију, сходно хипотези о довољности конкретне инкриминације предвиђене посебним делом да обухвати целокупност невредност дела.

Такође, на релевантност овог питања указује и околност да се сам законодавац определио за његово изричито регулисање, с обзиром на учесталост случајева где може доћи до наведених поклапања.

На крају, од посебног значаја је такође и феноменолошка манифестација која се испољава у виду евентуалног стицаја између норме која регулише довршено кривично дело (посебни део) и оне која прописује кажњавање за покушај у општем делу.

Ради се о једном од најспецифичнијих проблема у квалификацији, при чему се као најчешћи облик испољавања истог, истиче однос између довршеног кривичног дела наносења телесних повреда, наспрам покушаја убиства<sup>25</sup>, које је кажњиво у складу са општом одредбом. Наиме, према важећој одредби у нашем законодавству, кажњава се за покушај кривичних дела за која је прописана казна затвора од 5 година или тежа казна, што се уклапа у наведени пример.

Као решење поменутог конфликта, предлаже се примарност инкриминације обухваћене конструкцијом тзв. квалификованог покушаја, а самим тим и квалификација привидног идеалног стицаја. Према владајућем гледишту у нашој доктрини, она подразумева тежу врсту покушаја, која постоји онда када је кроз покушај тежег, довршено неко лакше кривично дело, при чему се сматра да као носиоца квалификације треба одабрати покушај тежег кривичног дела, док чињеница да је истовремено реализовано и неко лакше кривично

---

случајеви из страног законодавства, где постоје услови за примену крајње нужде, наспрам појединих инкриминација које у свом законском опису садрже радње крајње нужде, попут посебних облика крађе извршених ради задовољења основних егзистенцијалних потреба. Сматра се да у тим ситуацијама, делује правило специјалитета у корист норме посебног дела.

<sup>21</sup> J. Pradel, 291.

<sup>22</sup> F. Pavón Vasconcelos, 90.

<sup>23</sup> E. B. Jimenez, 187.

<sup>24</sup> *Ibid.*, 188 – 189.

<sup>25</sup> F. Pavón Vasconcelos, 90.



дело, фигурира као отежавајућа околност приликом одмеравања казне.<sup>26</sup> Сматрамо да је поменуто решење најадекватније са аспекта фундаменталних поставки института, те да се и у описаној ситуацији ради о консумпцији, мада могу настати извесне дилеме у зависности од релевантних фактора утицаја на квалификацију, што ћемо детаљно размотрити.

У ову групу феноменолошких облика испољавања конфликта између законских норми, које одговара квалификацији привидног идеалног стицаја, можемо сврстати и случајеве релација између манифестација саучесништва и појединих кривичних дела као законом инкриминисаних облика саучесништва. Тако, на конкретном примеру кривичног дела прављења, набављања и давања другом средстава за фалсификовање из чл. 244б, што може укључивати и радње помагања, сматра се да предност по принципу супсидијаритета, треба дати помагању као облику саучесништва.<sup>27</sup> Другим речима, то би подразумевало да се конкретно кривично дело квалификује као помагање у неком од кривичних дела фалсификовања (фалсификовања новца из чл. 241 КЗ, фалсификовања хартија од вредности из чл. 242 КЗ, фалсификовања и злоупотребе платних картица из чл. 243 КЗ, фалсификовања знакова за вредност из чл. 244 КЗ).

Ефекти подстрекавања, под истим правилима, постоје и у случају разматрања релација између овог облика саучесништва и инкриминације позивања на насилну промену уставног уређења из чл. 309 КЗ.<sup>28</sup>

Ова врста релација још очигледније долази до изражаја у случају предузимања радњи које се могу сматрати помагањем као обликом саучесништва и остваривања обележја кривичног дела помоћи учиниоцу после извршеног кривичног дела. То је првенствено условљено околношћу да ли је помагач непосредном извршиоцу дао обећање пружања помоћи након извршеног кривичног дела. Уколико је то случај, под таквим околностима, поставља се питање да ли ће се предност дати концепту општег или посебног дела кривичног права. Према владајућем гледишту у доктрини, са којим се можемо сложити, конфликт ће се решити у корист помагања као облика саучесништва.<sup>29</sup>

Исто тако, у ову групу можемо сврстати и релације између правних концепата означених као *oksilium post delictum*, где превасходно спада кривично дело прикривања, наспрам различитих облика учешћа у делу. Тако, према владајућем гледишту, сматра се да по основу консумпције, примат треба дати облицима учешћа у делу, што би на конкретном примеру подстрекавања на извршење кривичног дела крађе, а потом прикривања предмета прибављених наведеним кривичним делом, подразумевало да предност у квалификацији има подстрекавање као облик саучесништва.<sup>30</sup> На сличан начин се тумачи и однос кривичног дела прикривања са помагањем као обликом саучесништва, које се у зависности од своје конкретне манифестације, може искуствено поклапати са радњом извршења инкриминације из чл. 221 КЗ.<sup>31</sup> У том смислу, у доктрини се наводе одређене смернице у поступку

<sup>26</sup> Вид. З. Стојановић (2018), 223. Аутор као пример наводи и однос између покушаја силовања и недозвољених полних радњи које су том приликом реализоване.

<sup>27</sup> З. Стојановић, О. Милорадовић, М. Радисављевић, 125 – 126. Вид. и З. Стојановић (2021), 825.

<sup>28</sup> З. Стојановић, Н. Делић, 262. Као карактеристичан пример привидног стицаја, у овој феноменолошкој варијанти, може се навести и релациони однос између подстрекавања на давање лажног исказа и спречавања и ометања доказивања из чл. 336 КЗ, које се у односу на њега појављује као специјално. Вид. и З. Стојановић (2021), 1024 – 1025.

<sup>29</sup> Љ. Јовановић (1995), 323.

<sup>30</sup> М. Б. Ракић, 55.

<sup>31</sup> Љ. Радуловић, „Допринос остварењу кривичног дела – основ за разграничење саучесништва (помагања) од делатности које се предузимају после извршења кривичног дела“, *Анали Правног факултета у Београду* 5/1983, 959 – 960.

У том смислу, у литератури се указује на специфичности релација између помагања и прикривања, односно недоумице у погледу коначне квалификације у различитим историјским периодима, што је повезано и са самим устоличењем прикривања као посебног кривичног дела. Вид. Ј. Ђ. Таховић, „Прикривање ствари које су прибављене кривичним делом“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/1958, 1 – 18.

разграничења помагања као облика саучесништва и прикривања, од којих се могу издвојити – мотив предузимања релевантне радње, управљеност ка интересима учиниоца претходног дела или пак деловање у сопственом интересу, предмет помагања, односно прикривања и др.<sup>32</sup>

У сваком случају, услов примене аутономне инкриминације прикривања, условљен је околношћу да учинилац није имао својство помагача у претходном делу, што подразумева да у супротном случају треба узети да постоји привидни стицај између концепта општег дела кривичног права (помагања), који је преферентан, и концепта посебног дела кривичног права (прикривања).

Сматрамо да такво решење произлази из фундаменталних поставки консумпције као вредносног принципа, односно већег степена невредности и негативног утицаја наштићено правно добро које учинилац остварује радњом подстрекавања, наспрам оног произашлог из прикривања предмета предузетог кривичног дела.

На конкретном плану, такође се могу издвојити примери који иду у правцу детерминације случајева сукоба норми општег и посебног дела кривичног права, што спада у проблематику законитости поступка квалификације. Један од таквих многобројних примера јесте и случај помагања у nanoшењу тешке телесне повреде приликом учествовања у тучи, од стране истог лица. На тај начин, имамо ситуацију да исти активни субјект истовремено подлеже одговорности за само учествовање у тучи, као и за помагање извршиоцу тешке телесне повреде, код којег је по основу супсидијаритета искључена одговорност за учествовање у тучи. Сматра се да и у овом случају, дело треба квалификовати као помагање у nanoшењу тешке телесне повреде<sup>33</sup>, са чиме се можемо сложити, из истих разлога као и у претходно наведеним случајевима.

### 2.3. Конфликт између норми посебног дела кривичног права

Примена института привидног идеалног стицаја кривичних дела, у правом смислу речи, превасходно подразумева уважавање његових правила у случају односа између самих казних типова, односно појединачних инкриминација. То са методолошког аспекта захтева јасно прецизирање, односно рашчлањавање свих елемената конфликтних законских норми и утврђивање врсте релација које постоје између њих.

Иако се у квалификацији ове врсте не могу занемарити ни описане манифестације конфликта норми општег дела, односно општег и посебног, када се говори о привидном идеалном стицају кривичних дела, мисли се на правила која долазе до изражаја у испољавању односа између појединачних инкриминација садржаних у материји посебног дела. Ради се о најчешћем проблему са којим се надлежни органи сусрећу у квалификацији<sup>34</sup>, а подразумева претходну анализу самих законских описа конкретних казних концепата и утврђивање постојећих релација између њих.

Феноменолошка димензија је у овом случају заснована на многобројним комбинацијама различитих кривичних дела, до чијег истовременог остваривања може доћи предузимањем одређене радње. Све оне су покривене одговарајућим принципима решења који служе за решавање конфликта између законских норми. Тачније, свакој комбинацији симултано реализованих правних концепата посебног дела, одговара одређени принцип

<sup>32</sup> *Ibid.*, 10.

<sup>33</sup> С. Никитовић, *Кривично дело учествовање у тучи из чл. 123. Кривичног законика Србије*, Ужице 2010, 68. На практичном примеру, то би се односило на случај када један учесник у тучи дода нож другом, помоћу којег исти нанесе тешку телесну повреду оштећеном.

<sup>34</sup> F. Pavón Vasconcelos, 77.

решења – специјалитет, супсидијаритет, консумпција или алтернативитет. У апстрактном смислу, није могуће унапред утврдити све варијанте испољавања ових односа, за шта и нема потребе, имајући у виду да се тумачењем законитости које важе у примени појединачних принципа решења, долази до закључка о начину њихове квалификације. Управо на томе се заснива сегмент интерпретативног карактера института.

*Стога, феноменолошка димензија привидног идеалног стицаја кривичних дела представља скуп различитих комбинација симултано реализованих кривичних дела, чији се конфликт, у условима постојања предуслова унитарне квалификације, решава применом неког од предвиђених принципа решења.*

Будући да смо већ указали на правила, односно законитости примене принципа индивидуализације, а исто тако и на њихове основне феноменолошке аспекте, чиме смо поставили темеље процедуре поступка квалификације привидног идеалног стицаја, закључак о облицима испољавања, изводи се примарно из примене наведених правила у пракси. Имајући у виду немогућност сагледавања свих могућих облика испољавања релевантних релација између законских норми, на овом месту ћемо указати на најспорније случајеве, који су изазвали највише дилема у теорији.

### **3. Спорна питања квалификације**

Приликом разматрања општих критеријума диференцијације између привидног и аутентичног стицаја, указали смо на одређене дилеме у поступку квалификације, нарочито када је реч о опредељењу за идеални или привидни идеални стицај. Пре свега, важно је напоменути да не постоје стриктна правила за разрешење наведеног сукоба, те да ће опредељење за једну или другу варијанту зависити од бројних фактора, укључујући и оне субјективног карактера. То је условљено самом природом процеса квалификације, који није увек утемељен на јасним границама између релевантних правних фигура, што нарочито важи у случају привидног идеалног стицаја као мултидимензионалне правне фигуре.

У домену односа са идеалним стицајем, најзначајнију улогу имају феноменолошки облици где долази у обзир примена конструкције разјашњавајуће функције идеалног стицаја, која искључује принципе теорије привидног стицаја закона, на што смо указали приликом разматрања критеријума диференцијације две релевантне правне фигуре. Међутим, иако се ради о савременим тенденцијама у немачком законодавству, где је ова варијанта омогућена превасходно законодавним решењем у области правних последица идеалног стицаја, јасно је да је она условљена конкретним криминално–политичким тенденцијама, те да директно утиче на домаћај привидног идеалног стицаја.

У сваком случају, феноменолошка димензија поменутог института, не може се посматрати независно од концепата који се граниче са идеалним стицајем. Ове две крајности, третирају се као две стране истог новчића и у поступку квалификације, имају подједнак степен релевантности као и примена одговарајућих принципа решења (индивидуализације). Стога, може се говорити о екстерним и интерним сукобима у примени привидног идеалног стицаја.

Поред случајева екстерних сукоба, где је спорно да ли ће квалификација ићи у правцу идеалног или привидног стицаја закона, сукоби интерних норми посебног дела кривичног права, манифестују се и у виду примене одговарајућих правила преферентности. Према томе, овај најзначајнији феноменолошки облик привидног идеалног стицаја, подразумева уважавање наведене две димензије, од којих ће и зависити његова манифестација у конкретном случају. Сходно томе, може се закључити да феноменолошка димензија привидног идеалног стицаја, зависи како од начина регулисања његовог односа са идеалним стицајем, тако и од релевантних правила преферентности, оличених у принципима

решења класичног система, који су у функцији утврђивања домашаја његове примене. Заправо, оправдано се може тврдити да је за квалификацију привидног идеалног стицаја, значајније успоставити границе односа са идеалним стицајем, тачније разрешити примену спорних, граничних случајева, него утврдити међусобне границе самих принципа решења.

Разматрање феноменолошке димензије института привидног идеалног стицаја представља комплексан задатак, условљен систематиком посебног дела кривичног права позитивног законодавства. Пре указивања на конкретне манифестације односа између појединих инкриминација, које ћемо издвојити као неке од најрепрезентативнијих примера института, уз напомену да се тиме не исцрпљују сви могући феноменолошки облици истог, размотрићемо и спорна питања у поступку квалификације, релевантна преваходно са аспекта дистинкције од идеалног стицаја, али и у погледу разграничења између конкретних принципа решења. Управо у том домену долази до изражаја релативност и варијабилност у примени правила привидног идеалног стицаја, што представља још један доказ о условном карактеру института, а између осталог се може сматрати и оправдањем за изостанак стриктних регулаторних одредби, односно ослањање на поступак тумачења (интерпретације).

У случају симултане реализације два квалификована или два привилегована концепта, поједини теоретичари су решењу наведеног питања приступали полазећи од криминално–политичких решења, оличених у критеријуму веће тежине казне (код квалификованих облика), односно најблаже казне (код привилегованих облика).<sup>35</sup> Међутим, сматрамо да се наведени случајеви у потпуности уклапају у претпоставке алтернативитета, који обезбеђује да се избор преферентне норме врши на основу преовлађујућих елемената у конкретном случају (критеријум претежности), док се на плану одмеравања казне, постиже адекватна равнотежа са захтевом обухватања невредности дела.

С друге стране, нешто комплексније проблеме у образложењу истоветног решења, узрокују феноменолошке манифестације стицаја квалификованог и привилегованог облика, које захтевају особено разматрање.

### **3.1. Стицај квалификоване и привилеговане инкриминације**

Једно од најспорнијих питања у квалификацији привидног идеалног стицаја, које заслужује посебно разматрање, тиче се феноменолошке манифестације стицаја квалификованих и привилегованих фигура истог базичног кривичног дела. Ово питање се у литератури доводи у вези са применом принципа алтернативитета и специјалитета, односно одражава проблематику њиховог разграничења, али отвара и неке од суштинских дилема у примени института привидног идеалног стицаја, на темељу опонентних криминално–политичких захтева.

Проблематика особеног кривичноправног третмана, односно примене принципа решења у случајевима када је реч о стицају инкриминација квалификованих и привилегованих облика истог базичног дела, наспрам стицаја аутономних деликата, појавила се као спорно питање још у најранијим фазама развоја теорије привидног стицаја закона.<sup>36</sup> У сваком случају, овај феноменолошки облик је значајан не само са аспекта разграничења

<sup>35</sup> Ж. С. Дмитриева, В. М. Чупров, 16–17.

<sup>36</sup> Ј. Р. Матус Асуња (2000а), 315. Тако, једна од значајних дискусија у периоду развоја теорије стицаја закона између 1885. и 1953. године, везује се за ограничење примене принципа решења стицаја закона искључиво на стицај аутономних деликата, резервишући другачији кривичноправни третман за случајеве када таква аутономија не постоји (ситуације квалификованих и привилегованих облика, који се не сматрају аутономним).

појединачних принципа решења, већ се директно тиче и домаћаја самог института привидног идеалног стицаја у односу на форме аутентичног стицаја.

На сличну проблематику наилазимо и код стицаја више квалификованих облика истог кривичног дела, које спада у феноменолошку димензију алтернативитета, с тим што у овим случајевима постоји и фактор дискрепанције између две крајности, оличене у давању предности квалификованој или привилегованој инкриминацији, имајући у виду да су оне са аспекта кривичноправне релевантности на истом нивоу. Специфичности избора преферентне норме засноване су на неодређеном карактеру таквог поступка, услед изостанка усмеравајућих правила и потреба за успостављањем равнотеже између различитих, супротстављених захтева кривичног права. Оно што је несумњиво, то је да је у овим случајевима реч о питању које треба третирати у домену теорије привидног стицаја. Ово произлази из општеважећег принципа *ne bis in idem*, који не дозвољава двоструко вредновање истих околности.

Овај облик испољавања института, практично се везује за област кривичних дела против живота на тела, тачније на инкриминисање различитих манифестација лишења живота, у односу на које је законодавац предвидео теже или лакше специјалне облике. Срж правног третмана наведених релација се разматра у односу на аспект односа поменутих специјалних инкриминација са основним, базичним делом.

Као један од спорних феноменолошких облика из ове категорије, истиче се стицај елемената помагања у самоубиству и тешког убиства, као правних фигура које се појединачно налазе у односу специјалитета са основним обликом кривичног дела убиства. Једна од варијанти кривичноправног третмана опредељује се за примену принципа специјалитета у наведеним случајевима, уз различите аргументе да ли би такав специјалитет требало успоставити на рачун теже или лакше правне фигуре.<sup>37</sup>

Исто тако, на примеру испуњености услова кривичних дела лишења живота из самилости и тешког убиства (из користољубља), поједини аутори у шпанској доктрини су проширили примену принципа специјалитета и у овим случајевима, позивајући се на околност да су обе правне фигуре специјалне у односу на заједничко базично кривично дело (обично убиство).<sup>38</sup>

Међутим, иако је несумњиво да постоји однос специјалитета између обичног убиства са једне и тешког убиства или пак лишења живота из самилости са друге стране, у теорији није у потпуности разјашњено питање евентуалног стицаја између једног квалификованог и привилегованог концепта, који деле исту врсту односа са заједничким базичним делом. Погрешно је стога ослањати се на специјалитет који фигурира у релацији сваке од наведених појединачних правних фигура са базичним кривичним делом, будући да у њиховом међусобном односу недостаје фактор специјализације.

Други предлози, сходно констатацији релације интерференције (парцијалног поклапања) између спорних правних концепата, полазе од хипотезе прећутног супсидијаритета, која је с друге стране, услед недостатка критеријума утврђивања преферентне и супсидијарне законске норме, захтевала увођење додатних правила, попут тзв. *оклузивног ефекта* блажег кривичног дела.<sup>39</sup> Јасно је да се спорно питање не може

<sup>37</sup> J. P. Matus Aсуња (2007), 28. Према једном од релевантних гледишта, уколико би се, на пример, помагању у самоубиству додала нека околност која условљава квалификацију тешког убиства (убиство из користољубља), могла би се конституисати специјална фигура у корист тешког убиства. У том случају, тако одређеној преферентној инкриминацији, не би могла да се припише ниједна околност у везу са пристанком неопходним за помагање у самоубиству.

<sup>38</sup> J. P. Matus Aсуња (2008), 21 – 22.

<sup>39</sup> *Ibid.*, 22. Сукоб између законских норми се сходно томе решава давањем примата привилегованој правној фигури, док се приликом детерминације казне, узима у обзир чињеница да је учинилац реализовао облике квалификоване правне фигуре. Такође, треба имати у виду и да се давање примата привилегованој

решити у оквиру интерних поставки појединачних принципа решења, без увођења додатних прецизирајућих правила, што само по себи указује да нису испуњени услови супсидијаритета, имајући у виду да се ниједан од релевантних концепата не може сматрати супсидијарним у односу на други. Исто тако, могу се упутити озбиљни аргументи против решења које даје примат тежој инкриминацији, везани за кршење начела деловања у корист учиниоца, баш као што би се супротно решењу могло приговорити да не обезбеђује покривање целокупне невредности дела, као суштинског захтева привидног стицаја закона, будући да нема простора за деловање принципа специјалитета.

Стога, адекватно решење би требало тражити у већ поменутих правилима принципа алтернативитета, оличеним у утврђивању претежности појединачних обележја у конкретном случају, односно доминирајућих, преовлађујућих карактеристика, по основу којих ће се утврдити носиоци квалификације, уз задржавање корективних ефеката на плану одмеравања казне у виду третирања одређених околности као олакшавајућих или отежавајућих. Наравно, долази у обзир и примена другачијих *de lege ferenda* правила која се везују за могућа решења случајева алтернативитета, попут изричитог предвиђања посебне мере казне онда када се констатује истовремена реализација наведених правних концепата.

Ипак, иако је хипотетички могуће замислити, под одређеним околностима, евентуално истовремено остваривање привилегованог и квалификованог облика убиства, ретки су случајеви када ће сви поменути услови за то бити испуњени. Стога, значајније питање се тиче проблематике реализације више квалификованих облика истог базичног кривичног дела, који се према ставу владајуће доктрине, дефинитивно решавају применом принципа алтернативитета.

Осим тога, иако се може довести у питање оправданост таквих решења и упутити критике неоснованог ослањања на криминално–политичке факторе, у теорији наилазимо чак и на стриктна одређења у начину квалификације таквих спорних случајева. Тако, у случају стицаја квалификованих и привилегованих инкриминација, упућује се на давање предности привилегованим концептима.<sup>40</sup> Међутим, оваква решења, без стриктних законских регулаторних одредби, могу бити спорна са аспекта фундаменталних начела кривичног права, као и поставки теорије привидног стицаја.

Управо на примеру наведених феноменолошких манифестација, долази до изражаја конкретни план у примени института привидног идеалног стицаја, условљен тумачењем испољавања релевантних инкриминација у складу са околностима конкретног случаја. Специфичности наведених појавних манифестација, огледају се превасходно у тешко одрживој концепцији о паралелном опстанку отежавајућих и олакшавајућих фактора који условљавају постојање квалификованог и привилегованог облика<sup>41</sup>, што знатно отежава оправдање решења идеалног стицаја.

У сваком случају, остајемо при ставу да се као најадекватније решење појављује примена већ описаних правила конструкције алтернативитета.

### **3.2. (Квалификовани) покушај и довршено основно кривично дело**

Једно од питања које је изазвало бројне дилеме у квалификацији привидног стицаја закона, првенствено са аспекта његовог односа са идеалним стицајем, представља случај покушаја теже инкриминације уз проузроковање довршења лакшег кривичног дела, исте или

---

инкриминацији, у шпанској доктрини по аналогији доводи у везу са важећим одредбама о стицају између више отежавајућих и олакшавајућих околности.

<sup>40</sup> А. М. Зацепин (2014), 93; А. М. Климанов, 126; А. И. Рясков, 69.

<sup>41</sup> J. C. Contreras (1978), 74.

различите врсте, при чему нису испуњени услови примене института добровољног одустанка. Овај феноменолошки облик може се испољити у хомогеној или хетерогеној варијанти, у зависности од тога да ли су намеравана и реализована инкриминација варијанте истог базичног кривичног дела.

На самом почетку, потребно је разјаснити да се не ради о манифестацијама односа између несвршеног покушаја и довршења одређеног кривичног дела, као јасном примеру супсидијаритета, где нема дилема у начину квалификације, с обзиром на прихваћено правило решавања конфликта између норми у таквим случајевима<sup>42</sup>, где је и испуњен услов обухватања невредности дела.

Међутим, доктрина је препознала проблем оличен на примеру када реализација основног (базичног) кривичног дела које је учинилац намеравао да оствари, остане у покушају, а истовремено дође до остваривања обележја тежег кривичног дела исте врсте, или обрнуто. Као пример се наводи случај покушаја обичне крађе, који резултира реализацијом квалификованог облика тешке крађе, где настају проблеми у квалификацији, односно покушаја тешке крађе која се манифестује у реализацији обичне.<sup>43</sup> То је још један доказ мултидимензионалног карактера разграничења привидног од аутентичног стицаја, који се не може успоставити на дефинитивним, прецизним критеријумима, а између осталог је условљен и субјективним факторима, попут управљености умишљаја учиниоца или пак утицаја заблуде, односно девијација узрочног тока. Управо су наведени конфликти у немачкој доктрини отворили пут формулацији конструкције разјашњавајуће функције идеалног стицаја.

У сваком случају, приликом решавања описаних проблема квалификације, морамо се водити правилом о преферентној примени оне норме која најбоље обухвата све фактичке карактеристике предузетог понашања<sup>44</sup>, што је и водећа смерница у примени института привидног идеалног стицаја и његовој диференцијацији од сродних правних концепата, а нарочито долази до изражаја у једном од најспорнијих питања у овом домену – стицаја довршеног основног и покушаја тежег облика кривичног дела.

У овом домену се као репрезентативни примери описаних односа, могу навести релације између кривичног дела убиства и наношења телесних повреда, чије различите варијанте међусобног деловања, указују на варијације у квалификацији привидног стицаја закона и његове дистинкције од идеалног стицаја.

Поједине дилеме у односу између наведених кривичних дела, испољавају се већ на плану избора конкретног правила преферентности, које се крећу између опредељења за консумпцију или супсидијаритет, сходно схватањима о повредама као неопходном транзитном стадијуму за извршење убиства. У литератури се стога негира могућност квалификације идеалног стицаја у наведеним случајевима, а дискрепанције у доктринарним гледиштима се испољавају у супротстављању поменута два принципа.<sup>45</sup>

Међутим, док у описаним случајевима, када је и дошло до реализације кривичног дела убиства, не постоје значајније разлике у практичном смислу у опредељењу за један или други принцип решења, за питање квалификације је релевантан аспект релација између варијанти остварења покушаја и довршеног кривичног дела, што ћемо, полазећи од примера убиства и наношења телесних повреда, размотрити на нивоу хомогених и хетерогених квалификација.

<sup>42</sup> Тако Хониг. Вид. J. P. Matus Асуња (2000а), 324.

<sup>43</sup> *Ibid.* Према неким од предлога у доктрини, у овим случајевима се одбацује како варијанта стицаја, тако и привидног стицаја, па се формулише правило према којем учинилац одговара за довршено кривично дело, али му се изриче казна предвиђена за покушај тежег.

<sup>44</sup> Ж. С. Дмитријева, В. М. Чупров, 17.

<sup>45</sup> С. Pramps, 461.

### 3.2.1. Хомогене квалификације

Први проблем у квалификацији привидног идеалног стицаја, који заслужује посебно разматрање, везује се за случајеве особеног контекста реализације инкриминација квалификованог и базичног облика истог кривичног дела, што се у практичном смислу испољава на репрезентативном доктринарном примеру покушаја тешког убиства и последице манифестоване у довршењу обичног убиства.

Један од најбољих примера утицаја контекста реализованих инкриминација који може бити од значаја за квалификацију, био је предмет анализе у шпанској доктрини. Наиме, полази се од примера проузроковања смрти, које започиње као тешко и завршава као обично убиство. Према анализираној пресуди, ради се о ситуацији у којој учинилац најпре пуца на оштећеног (тешко убиство на подмукао начин), али промаши, након чега реализује обично убиство, када се жртва врати и супротстави нападачу. Крајње решење је била примена само законске норме довршеног убиства (обичног), при чему се указује да је реч о примеру квалификованог покушаја без (добровољног) одустанка, које се решава давањем предности довршеном кривичном делу.<sup>46</sup> Међутим, јасно је да је у овом случају одлука о таквој квалификацији условљена обједињеним уважавањем субјективних елемената, оличених у околности да је коначно наступање последице било праћено умишљајем који одговара обичном убиству, као и објективним околностима под којима је дошло до реализације кривичног дела. Стога, не могу се, нити је то неопходно, унапред утврдити правила за решавање описаних ситуација, имајући у виду да је коначна одлука о исходу квалификације, условљена синтезом поменутих субјективно–објективних параметара.

Слично томе, на примеру односа између покушаја тешке крађе и крађе, сматра се да примена решења привидног идеалног стицаја одговара опредељењу за довршену крађу као инкриминације која ће бити носилац квалификације.<sup>47</sup> Исто као и код претходне спорне феноменолошке манифестације забрањеног понашања, ово гледиште би требало прихватити са резервом, односно у контексту субјективних и објективних фактора присутних приликом извршења, за које је карактеристично да се чак користе и приликом разграничења самих конкурентних инкриминација.<sup>48</sup>

Осим тога, поједина доктринарна гледишта, у описаним случајевима, чак виде и простор за примену разјашњавајуће функције идеалног стицаја, тачније сматрају их репрезентативним примером наведене конструкције<sup>49</sup>, што представља још један показатељ релативности прихваћених параметара квалификације. Тако, полазећи од горе наведеног начина испољавања односа између тешког и обичног убиства, заузима се став да је исправна квалификација идеалног стицаја, као једина форма која може да обухвати потпуни садржај невредности ефективно реализованог деликта, што се доводи у везу и са ограничењем домашаја теорије привидног стицаја закона на случајеве дела у истим стадијумима реализације.<sup>50</sup>

Ипак, и поред аргумената да једна инкриминација не обезбеђује интегрисано вредновање целокупног догађаја, са правом се указује да примена обе правне фигуре, доводи

<sup>46</sup> E. Gimbernat Ordeig (1967), 195 – 204.

<sup>47</sup> J. C. Contreras (1978), 83.

<sup>48</sup> Вид. Извод из пресуде Врховног суда НР БиХ Кж 352/52 од 31.03.1952. године, *Правни живот* 1/1952, 27.

<sup>49</sup> J. P. Matus Асуња (2000а), 353.

<sup>50</sup> J. P. Matus Асуња (2007), 27. Управо је то гледиште од којег полази Гимбернат. Наиме, овај аутор одбацује пре свега реални стицај, јер „постоји само једна радња у конкретном случају“, а одбацује и решење стицаја закона, јер ако би се пошло од такве хипотезе, постојала би два могућа исхода: 1) кажњавање учиниоца за покушај тешког убиства (покушај квалификованог деликта), остављајући без вредновања „остатак – *cabo suelto*“, оличен у довршењу базичног дела; 2) кажњавање за довршено убиство, у ком случају би одређене околности такође остале без адекватног вредновања.



до опасности од повреде начела *ne bis in idem*.<sup>51</sup> У том случају, сматрамо да је исправно одредити се за решење привидног идеалног стицаја, утемељено на примату довршеног убиства, уз задржавање могућности успостављања равнотеже на плану одмеравања казне, само уколико су за то испуњени одговарајући услови, водећи се субјективно–објективно факторима реализације забрањеног понашања. То подразумева да се не може *a priori* искључити ни решење које предност даје покушају квалификованог облика, што нас поново враћа на више пута истицани закључак о конкретном, ситуационом приступу у поступку квалификације привидног идеалног стицаја.

### 3.2.2. Хетерогене квалификације

Пре разматрања релевантних односа између убиства и телесних повреда, важно је напоменути да се ради о инкриминацијама које штите правна добра различите вредности, те да управљеност квалификације може зависити како од степеновања њиховог вредносног значаја, тако и од начина испољавања интензитета повреде истих у конкретном случају, што сматрамо кључном констатацијом.

Овај феноменолошки облик привидног стицаја се доводи у везу са претпоставком да се једна радња (телесна повреда), може сматрати како једним довршеним кривичним делом попут тешке телесне повреде, или пак покушајем извршења друге теже инкриминације (убиства). При томе се одређења за једну или другу варијанту, доводе у везу са уважавањем различитих релевантних фактора, који између осталог укључују и субјективне критеријуме, попут намере или мотива извршења.<sup>52</sup> У том смислу, посебно се издваја фактор управљености умишљаја, којем се чак приписује својство кључног диференцирајућег фактора у поступку квалификације.<sup>53</sup>

Међутим, теоријски критеријуми попут управљености умишљаја учиниоца, у условима изостанка последице, у пракси фигурирају као недовољно репрезентативни, имајући у виду њихов релативни карактер и тешкоће у доказивању.<sup>54</sup>

Сукоб хетерогених квалификација у примени института привидног идеалног стицаја, са аспекта специфичних релација између покушаја и довршеног кривичног дела, полазећи од примера кривичних дела убиства и наношења телесних повреда, у практичном смислу, манифестује се кроз две варијанте: 1) када је услед покушаја (несвршеног) убиства дошло до реализације кривичног дела телесних повреда; 2) када су услед таквог покушаја изостале последице оличене у телесним повредама оштећеног.<sup>55</sup>

У доктрини се указује на правилност да ће у случају покушаја убиства, често доћи и до наступања лаке или тешке телесне повреде<sup>56</sup>, што може отворити дилеме у погледу

<sup>51</sup> J. Cuello Contreras (2009), 680.

<sup>52</sup> М. Чубински, 181; Тако и З. Стојановић, Н. Делић, 8.

<sup>53</sup> Д. Коларић, *Кривично дело убиства*, Службени гласник, Београд 2008, 185. Вид. и Н. Делић (2022), 24 – 25.

У том контексту, у теорији се помињу и хипотезе о обухватности умишљаја повреде умишљајем лишења живота, или пак негације такве могућности, од чега ће зависити квалификација привидног или идеалног стицаја. Вид. F. Suárez Pérez, „Los delitos de lesiones. Especial referencia a las lesiones al feto“, *Lecciones de Derecho Sanitario* (eds. M. J. Sánchez et al.) 1999, 508.

<sup>54</sup> Вид. З. Стојановић, Н. Делић, 8.

У том смислу, напомиње се и да се приликом утврђивања усмерености умишљаја као фактора субјективне природе, судска пракса ослања превасходно на доказе посредног карактера, у складу са оценом објективних и субјективних околности. Вид. Д. Коларић (2008), 185.

<sup>55</sup> S. Cardenal Montraveta, S. Mir Puig, 1011. На то се указује и у домаћој литератури, уз напомену да ови случајеви изазивају највеће дилеме у пракси, с обзиром на изостанак објективних фактора детерминације. Вид. Д. Коларић (2008), 186. Вид. и З. Стојановић (2021), 445.

<sup>56</sup> Д. Коларић (2008), 185.

разграничења између наведених правних концепата из групе против живота и тела, у односу на чије решавање је тешко пронаћи предетерминисане објективне критеријуме.

У другом случају је јасно да не постоје проблеми у квалификацији, која ће бити утемељена на инкриминацији покушаја убиства. Међутим, за примену института привидног идеалног стицаја, могу настати недоумице у његовој квалификацији, паралелно са проблематиком разграничења од идеалног стицаја код прве варијанте испољавања забрањених понашања. Заправо, право питање јесте да ли се уопште ради о привидном стицају или пак треба применити решење аутентичног стицаја, а у случају потврдног одговара, коју инкриминацију треба сматрати преферентном.

У теорији се указује на неколико аспеката који су у конкретном случају релевантни за квалификацију – дистинкција између умишљаја убиства и умишљаја повреде, дистинкција између фаза покушаја и довршења, постојање добровољног одустанка.<sup>57</sup> Наведена три фактора, односно уважавање њихове релевантности и тумачење начина испољавања у конкретном случају ће указати у ком правцу ће се кретати квалификација.

Осим тога, поједина гледишта, у опредељењу за једну или другу варијанту полазе од фактора озбиљности повреда, на основу којих се утврђује да ли исте могу да апсорбују невредност покушаја убиства и обрнуто.<sup>58</sup> То се практично своди на примену релативног критеријума подобности једне или друге квалификације да обухвати невредност дела, што истовремено искључује могућност било каквих предетерминисаних правила, примењивих на све могуће емпиријске варијанте испољавања релационих односа између наведених инкриминација.

Тако, у случају када је (умишљајни) покушај убиства праћен истовременом реализацијом телесних повреда, унитарна квалификација утемељена на искључивој примени инкриминације покушаја убиства, оправдава се и околношћу међусобног искључења умишљаја убиства и умишљаја повреде, што се пак критикује у савременој доктрини, која њихов однос квалификује као релацију инклузије.<sup>59</sup> Уколико би се прихватило наведено гледиште, то би подразумевало немогућност квалификације привидног идеалног стицаја у сваком случају када су испуњени услови обе инкриминације, а самим тим и неадекватну оцену невредности предузетог понашања. Међутим, сматрамо да ни решење идеалног стицаја, из истог разлога, не би омогућило исправну квалификацију, с обзиром да би водило кршењу забране двоструког вредновања.

Хипотеза стицаја закона (привидног идеалног стицаја) се чини најадекватнијом варијантом, која би отворила пут могућности успостављања равнотеже између супротстављених захтева, у зависности од начина испољавања субјективних фактора у конкретном случају. На тај начин, у случају утврђивања да је умишљај учиниоца био управљен ка извршењу убиства, решење консумпције том приликом проузрокованих повреда, заснива се на идеји о њиховом третирању као типичног пратећег дела, уз истицање да оне нису обавезни пратилац убиства, али се регуларно манифестују заједно са истим. Сматрамо да решење консумпције у наведеним случајевима најбоље одражава захтеве за адекватним покривањем невредности предузетог понашања, уз истовремено поштовање начела *ne bis in idem*.

Дистинкцију у односу на случајеве када покушај убиства није резултирао и наношењем било каквих повреда, требало би успоставити на плану одмеравања казне, односно уважавањем околности реализације таквих повреда као отежавајуће. У вези успостављања равнотеже у описаним случајевима, у односу на ситуације када покушај убиства није био праћен наступањем повреда, у доктрини се указује да се она може

<sup>57</sup> S. Cardenal Montraveta, S. Mir Puig, 1011 – 1013.

<sup>58</sup> C. Prambs, 469.

<sup>59</sup> S. Cardenal Montraveta, S. Mir Puig, 1019.

испољити како у конкретизацији мере казне, тако и у домену ефеката принципа комбинације, што укључује и оклузивни ефекат блажег кривичног дела.<sup>60</sup> Са тиме се можемо сложити, нарочито са аспекта деловања посебног минимума инкриминације која се односи на повреде.

У сваком случају, квалификација привидног идеалног стицаја ће на првом месту бити условљена оценом управљености намере учиниоца, што је релативно питање, условљено тумачењем (интерпретацијом) околности конкретног случаја<sup>61</sup>, које представља још један доказ интерпретативног карактера института. Стога, сматра се да ће констатација умишљајног деловања учиниоца управљеног ка лишењу живота, у случају када је предузео све неопходне радње за наступање истог, водити ка одговорности за убиство у покушају.<sup>62</sup>

Међутим, морамо се сложити са констатацијом да околност да се у највећем броју случајева, приликом реализације покушаја убиства, остварују и повреде, те да би услед тога неизоставно требало прихватити решење консумпције, не указује да су оне у својој целини њиме обухваћене, нити би се у случају прихватања такве хипотезе могле на адекватан начин вредновати различите нијансе у испољавању њиховог интензитета.<sup>63</sup> Тиме се у поступку квалификације појављује захтев за изналагањем равнотеже између различитих детерминишућих фактора, условљених начином и интензитетом утицаја на штићено правно добро.

Оваква релативна решења доста личе и на правила кривичноправног третмана која се примењују код заблуде, односно алтернативног умишљаја, где је такође у првом плану субјективна усмереност понашања учиниоца, због чега се и доводи питање адекватност искључиве примене довршеног дела да обухвати невредност предузетих радњи.

Ово питање је било спорно и у судској пракси, те се суд сусретао са извесним дилемама у квалификацији, које су решаване оценом објективних фактора, односно околности испољавања забрањеног понашања. Тако је једном приликом, у условима наступања тешких телесних повреда оштећеног, првобитну одговорност учиниоца за покушај убиства, другостепени суд преквалификовао на једно довршено кривично дело тешких телесних повреда из чл. 121 КЗ, позивајући се на околност да је учинилац познавалац борилачких вештина, те да је с обзиром на околности случаја, односно употребљено средство извршења (мачета), могао да га лиши живота, што се није десило у конкретном случају.<sup>64</sup> У другој одлуци, суд је оцену релевантних субјективних елемената донео узимајући у обзир интензитет замаха ножем од стране окривљеног.<sup>65</sup>

Ово су само неки од примера уважавања спољних околности у утврђивању управљености умишљаја. На тај начин се питање разграничења умишљаја повреде и лишења живота, а самим тим и квалификација привидног идеалног стицаја, појављује као једно од најкомплекснијих питања у овој материји.

---

<sup>60</sup> *Ibid.*, 1037.

<sup>61</sup> Уколико је учинилац деловао са намером повреде, сматра се да је реч о довршеном кривичном делу телесних повреда. Тако, оцена умишљаја убиства може бити условљена околностима конкретног случаја, попут одабраног оружја, при чему се заступа став да немогућност несумњиво утврђивања намере треба ценити у корист учиниоца, у складу са правилом *in dubio pro reo*, што подразумева квалификацију довршених повреда. Вид. Е. Gimbernat Ordeig (1990), 426 – 428.

<sup>62</sup> F. Pavón Vasconcelos, 279 – 280. Подразумева се да ће у супротном, односно уколико учинилац није имао намеру да лиши живота жртву, постојати само инкриминација која обухвата телесне повреде.

<sup>63</sup> S. Cardenal Monraveta, S. Mir Puig, 1041. До недоследности у вредновању би нарочито дошло у случајевима када је за телесне повреде предвиђена већа казна. Стога, у том контексту се указује да умишљајне повреде имају аутономни правни значај, који се може исказати једино ефективном применом обе инкриминације.

<sup>64</sup> Пресуда Апелационог суда у Београду Кж. 1 број 5812/11 од 31.01.2012. године, *Билтен Апелационог суда у Београду* 82/2012, Intertex, Београд 2012.

<sup>65</sup> Пресуда Апелационог суда у Београду Кж 1 бр. 7077/12 од 15.01.2013. године, *Билтен Вишег суда у Београду* 84/2014, 12.

С друге стране, констатација добровољног одустанка од покушаја убиства као тежег кривичног дела, према владајућем гледишту, дозвољава опстанак инкриминације телесних повреда.<sup>66</sup> Постојање особене регулаторне одредбе која предвиђа овакав исход квалификације, сама по себи имплицира прихватање релације привидног стицаја закона између наведених правних концепата. Сходно томе, у складу са одредбом чл. 32, ст. 4 Кривичног законика Р. Србије, предвиђено је да уколико суд одлучи да ослободи учиниоца од казне за покушај кривичног дела од којег је одустао, казниће га за дело које је довршено кроз покушај истог. Сматрамо да је на конкретном примеру односа између покушаја убиства од којег се одустало и нанетих телесних повреда, исправно прихватити одговорност за телесне повреде, иако се ради о питању релативног карактера, зависном од природе конкретне инкриминације.<sup>67</sup> У доктрини се пак у случају добровољног одустанка од квалификованог покушаја, даје негативан одговор на ово питање, сходно идејној концепцији о изостанку самосталности правног концепта телесних повреда онда када би оне под регуларним условима биле конзумиране покушајем убиства. Међутим, баш као што је тешко утврдити субјективну управљеност умишљаја учиниоца која одређује разлику између покушаја убиства (које конзумира довршене повреде) и самих довршених повреда, исто тако је тешко у случају примене правила добровољног одустанка, на основу истог параметра, одлучити о (не)самосталности повреда.

Међутим, тиме се не исцрпљују све могуће варијанте испољавања релација између повреда и лишења живота, чија квалификација може зависити чак и од облика кривиче, односно од тежине повреда праћених умишљајним или нехатним лишењем живота. Тако, полазећи од примера када је умишљај учиниоца управљен ка повредама, а дође до нехатног лишења живота, постоје недоумице у погледу квалификације на релацији привидни идеални – идеални стицај.

Можемо се сложити са схватањем да ће опредељење за варијанту стицаја између нанетих повреда и нехатног лишења живота, или пак консумпције у корист друге инкриминације, зависити од интензитета проузрокованих повреда, због чега ће се у неким ситуацијама, примена инкриминације нехатног лишења живота сматрати довољном да обухвати невредност предузетог понашања, не због недетерминисаности умишљаја учиниоца или повредног резултата, већ због ефекта апсорпције, односно супституције повреда.<sup>68</sup>

Све то указује да се испуњеност услова за примену привидног идеалног стицаја мора ценити са аспекта више различитих фактора, где је примена релевантних принципа решења условљена целокупним контекстом предузетог понашања и параметрима који се користе у поступку разграничења са идеалним стицајем. Управо то је доказ да квалификација привидног идеалног стицаја, не може почивати на стриктним правилима, нити се унапред могу одредити сви његови феноменолошки облици испољавања, а још мање да се дефинисањем законитости релевантних принципа решавају све дилеме у његовој примени.

### 3.3. Деликти апстрактне опасности и деликти повреде

Приликом разматрања принципа супсидијаритета, указали смо на проблематику феноменолошких облика привидног идеалног стицаја, који се испољавају на примеру односа деликата конкретне, односно апстрактне опасности и деликата повреде. Док се у условима

<sup>66</sup> S. Cardenal Montraveta, S. Mir Puig, 1025.

<sup>67</sup> У том смислу, сматра се да уколико суд одлучи да учиниоца ослободи од казне за покушај силовања, неће га казнити ни за кривично дело принуде. Тако З. Стојановић (2018), 230.

<sup>68</sup> E. R. Ribas, „El Homicidio Preterintencional“, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 3/2010, 162. Тако на пример, повреде у виду гурања или шамара, које су претходиле нехатном лишењу живота, неће се сматрати довољним за квалификацију стицаја.

истоветности штићеног правног добра, реализација конкретне опасности сматра супсидијарном у односу на саму повреду, правне фигуре које инкриминишу апстрактно довођење у опасност објекта заштите, карактерише нешто другачије резонување у погледу квалификације на релацији привидни идеални – идеални стицај.

Наиме, деликти апстрактне опасности сматрају се проблематичним са аспекта догматских питања, будући да њихово постојање не захтева ни повреду, ни излагање конкретном ризику (конкретна опасност).<sup>69</sup>

Концепт опасности се доводи у везу са вероватноћом повреде одређеног правног добра, а кривична дела која инкриминишу наведене врсте утицаја на исто, категоришу се на деликте апстрактне, конкретне и апстрактно–конкретне опасности, уз напомену да се код свих поменутих облика, као заједнички елемент истиче околност да се њихова невредност не састоји у повреди неког правног добра.<sup>70</sup>

На примеру односа између апстрактне опасности и повреде, долазе до изражаја кључни аспекти разграничења, односно успостављања дистинкције између идеалног и привидног идеалног стицаја. Разлог издвајања овог феноменолошког облика, паралелно са случајевима стицаја квалификованих и привилегованих концепата, односно специфичности односа квалификованог покушаја и довршеног кривичног дела, огледа се у његовој погодности за индиректно представљање кључних фактора детерминације привидног идеалног стицаја, тачније параметара којима се интерпретатор мора водити у поступку квалификације.

Пре свега, иако се на први поглед може чинити да је апстрактна опасност конзумирана или пак супсидијарна оствареним повредама, испољеним у истим ситуационим околностима, у поступку квалификације, превагу ипак односе други фактори, попут неиспуњености основног услова оличеног у обухватању целокупне невредности дела, али и непоклапању објекта заштите једне и друге инкриминације.

У том смислу, од значаја је питање релације између колективних и индивидуалних правних добара, тачније потребе да се предвиди особени облик заштите у првом случају, чија аутономија захтева независно уважавање, а самим тим и искључење варијанте привидног идеалног стицаја. Приговор кршења забране двоструког вредновања стога не може опстати, будући да је од самог почетка јасно диференцирање две различите управљености деловања учиниоца – оне усмерене ка реализацији концепата који инкриминишу довођење у апстрактну опасност (угрожавање) и оних манифестованих у повреди индивидуалног правног добра.

У случају односа између апстрактне опасности и повреде, две норме на некомплетан начин апсорбују невредност понашања, при чему штићено правно добро није идентично, нити је једно инструментално у односу на друго. У супротном, уколико се ради о идентичним правним добрима, деликт повреде ће апсорбовати деликт опасности, што је случај са конкретном опасношћу, где ће умишљај повреде увек апсорбовати умишљај опасности, имајући у виду да конкретна опасност представља наговештај казнене заштите у односу на претходне опасне радње.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> G. Bascur Retamal (2019), 564. Ако се пође од тога да апстрактна опасност конфигурише све деликте који нису категоризовани као повреда или конкретна опасност, сматра се да је веома тешко успоставити генералне формуле општег третмана.

<sup>70</sup> U. Kindhäuser, „Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal (превод дела *Struktur und Legitimation strafrechtlichen Gefährdungsdelikte*)“, *InDret, Revista para el análisis del derecho* 1/2009, 3.

<sup>71</sup> G. O. Madrid, 108 – 109. Указује се стога да ће одлука да ли један деликт на комплетан, или некомплетан начин апсорбује невредност радње, зависити од тога да ли је реч о истом правном добру.

Постоје бројни примери испољавања описаних релација у позитивном, као и у компаративном законодавству. Као манифестације наведених односа, истичу се поједине инкриминације из групе кривичних дела против животне средине, чији је заштитни објекат право човека на очувану животну средину<sup>72</sup>, попут оштећења објеката и уређаја за заштиту животне средине из чл. 263 КЗ Р. Србије, где се инкриминише управо довођење у апстрактну опасност поменутог објекта, у односу на наступање одређене конкретне повреде индивидуалног правног добра. Исто тако, као релевантне се наводе и инкриминације у вези безбедности на раду, где се као одлучујући критеријум појављује диференцирање случајева када је предузимањем радњи извршења наступила апстрактна опасност по све раднике, без наступања конкретне повреде, или пак њиховог наступања само у односу на неке од њих, наспрам ситуација када је дошло до повреде свих радника у односу на које је наступила и сама апстрактна опасност.<sup>73</sup>

Међутим, питање разграничења привидног идеалног и идеалног стицаја у случајевима деликата опасности и повреде, зависиће од околности испољавања забрањеног понашања у конкретном случају, односно исхода предузетог понашања у односу на коначну последицу и објекте који су погођени предузетим радњама. Тако, у неким ситуацијама ће и наступање конкретне опасности у односу на повреду захтевати квалификацију идеалног стицаја, што је уско повезано са повређеним правним добрима у конкретном случају.

Као један од репрезентативних примера оваквог резоновања, може се навести судска пресуда из шпанске јуриспруденције, односно случај произвођача вина који је приликом третирања вина у складишту, уместо дозвољене помоћне супстанце, сипао отровне супстанце, а потом га пустио у промет. На тај начин, једанаест особа је претрпело штету по здравље. Међутим, поставља се питање односа довођења у опасност изношењем у промет таквих штетних производа и конкретних повреда које су наступиле у односу на одређена оштећена лица. Наиме, уколико постоји неодређено довођење у опасност колектива, односно већег броја лица, изван оних у односу на које су наступиле повреде (смрт или телесне повреде), сматра се да накнадне штете не могу апсорбовати невредност деликта опасности, због чега ће постојати стицај кривичних дела.<sup>74</sup> У описаном случају, постоје различита правна добра којима се пружа заштита, односно јавно здравље и физички интегритет, због чега се не може сматрати да је кажњавањем за деликт повреде апсорбована целокупна невредност предузетог понашања, што искључује квалификацију привидног стицаја.

И у нашој судској пракси наилазимо на оваква резоновања. Тако, на примеру истовременог остваривања обележја бића кривичног дела убиства на мах из чл. 115 КЗ и изазивања опште опасности из чл. 278 КЗ, долазе до изражаја фактори диференцијације у поступку квалификације, утемељени на поређењу опсега штићених, односно повређених правних добара, у случају односа између настанка конкретне опасности и повреде заштитног објекта. У случају када је окривљени, уз остваривање обележја кривичног дела убиства на мах, испалио два метка у правцу оштећеног на месту где се налазио већи број окупљених људи, један од предлога квалификације, кретао се у правцу привидног идеалног стицаја по основу консумпције, давањем примата убиству на мах. Међутим, суд је, одлучујући о захтеву за заштиту законитости утемељеном на наведеном аргументу, са правом одбацио ову могућност, позивајући се на опште услове констатације консумпције као правила преферентности. Наиме, сматра се да услов садржаности једног кривичног дела у другом, није испуњен у конкретном случају, те да постоји дискрепанција у погледу штићених

<sup>72</sup> З. Стојановић, Н. Делић, 218.

<sup>73</sup> J. C. Moliné, 44 – 45. У том светлу би требало разумети и домаћај инкриминације непредузимања мера заштите на раду из чл. 169 КЗ.

<sup>74</sup> M. Corcoy Bidasolo, „Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo Sección dirigida por Santiago Mir Puig, Resultados de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 1/1989, 339.

објеката. Код изазивања опште опасности, генерише се конкретна опасност за живот и тело људи и имовину већег обима, не ограничавајући се само на једног од оштећених, као што је случај са убиством на мах.<sup>75</sup> По нашем мишљењу, то је кључни критеријум за разграничење аутентичног и привидног стицаја на примеру односа између наведена два кривична дела.

Још један чест случај који се наводи у доктрини, односи се на релације између недозвољеног ношења оружја и убиства извршеног поменутиим оружјем. Сматра се да прва инкриминација представља деликт апстрактне опасности, који се потом конкретизује у повреди одређеног правног добра.<sup>76</sup> Међутим, квалификација привидног идеалног или идеалног стицаја, такође је условљена околностима конкретног случаја и модификаторним факторима попут субјективних елемената, што се оцењује на основу објективних параметара, укључујући и временски размак између недозвољеног ношења оружја и извршења убиства.

Сматра се да уколико се утврди да учинилац стално носи оружје са собом, те да ношење није имало за циљ лишење живота употребом истог, постоји стицај кривичних дела. У супротном, оно се појављује као претходно некажњиво дело, односно има функцију средства за реализацију главног дела.<sup>77</sup> Таква функција се у судској пракси доводи у везу и са околношћу да је недозвољено држање оружја послужило за извршење кривичног дела убиства.<sup>78</sup>

Према томе, у случају када недозвољено ношење оружја поседује одређену аутономију, односно уколико се може закључити да његово извршење није стриктно везано за само убиство које се накнадно реализовало, већ да је створена и независна апстрактна опасност по друга правна добра (безбедност), требало би се приклонити квалификацији аутентичног стицаја.

На такво резонување упућује и судска пракса. Наиме, одлучујући о захтеву за заштиту законитости, поднетом против пресуде којом је окривљени осуђен због стицаја кривичних дела убиства у покушају из чл. 113 КЗ и недозвољене производње, држања, ношења и промета оружја и експлозивних материја из чл. 348, ст. 4 (неовлашћено ношење оружја), уз аргумент да се поменута два кривична дела налазе у привидном идеалном стицају по основу консумпције, Врховни касациони суд Р. Србије је потврдио претходну правноснажну пресуду засновану на квалификацији стицаја. Као образложење је наведена околност да је окривљени радњу извршења кривичног дела из чл. 348, ст. 4 КЗ, предузео пре извршења убиства у покушају, током вршења, као и након извршења истог, због чега се по оцени Врховног касационог суда, не може радити о привидном стицају у конкретном случају.<sup>79</sup> Као аргумент у прилог решењу стицаја, у судској пракси се наводи и околност да се ради о кривичним делима са различитим радњама извршења, где је искључена примена принципа консумпције, будући да наведени принцип решења подразумева да биће једног кривичног дела редовно у потпуности обухвата друго.<sup>80</sup>

<sup>75</sup> Пресуда Врховног касационог суда Кзз 853/2015 од 30.09.2015. године.

<sup>76</sup> G. A. Villanueva (1999), 61.

<sup>77</sup> F. Pavón Vasconcelos, 280 – 281. Вид. и Н. Делић (2022), 392,

<sup>78</sup> С. Вуковић, Г. Станојчић, 104. Ради се о пресуди Апелационог суда у Нишу Кж 1 163/10 од 29.09.2010. године.

<sup>79</sup> Пресуда Врховног касационог суда КЗЗ 589/19 од 11.06.2019. године. Такође, и у пресуди Врховног суда Кж III 3/06 од 15.09.2006. године, прихваћено је решење стицаја. Вид. и Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 бр. 121/12 од 10.05.2012. године, *Билтен Апелационог суда у Београду* 4/2012, 92.

<sup>80</sup> Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1 – 852/17 од 07.09.2017. године. На конкретном примеру учиниоца који је лишио живота оштећеног у алкохолисаном стању, након вербалне расправе, на тај начин што је потегао и репетирао, а потом и пуцао из пиштоља који је носио са собом, суд је квалификовао дело као стицај убиства из чл. 113 КЗ и недозвољене производње, држања, ношења и промета оружја и експлозивних материја из чл. 348 КЗ, уз образложење да нису испуњени услови за консумпцију, имајући у виду да из околности случаја произлази да је оштећени илегално носио оружје како приликом извршења убиства, тако и након напуштања места догађаја.

И друга образложења у домаћој судској пракси се такође крећу у истом правцу, при чему се истиче да кривично дело из чл. 348 није обухваћено инкриминацијом убиства или тешког убиства, односно да употреба оружја од стране учиниоца приликом извршења наведених кривичних дела, не значи да је он исто набавио и држао искључиво у ту сврху<sup>81</sup>, мада се таква могућност не може искључити. Ипак, сматрамо да ће то бити ретки случајеви у пракси.

То указује да ће у погледу релација између наведена два кривична дела, коначна квалификација забрањеног понашања, зависити од оцене међуодноса између релевантних инкриминација, сходно контексту њиховог феноменолошког испољавања. Стога, постоји више објективних околности и фактора који говоре у прилог квалификацији привидног идеалног стицаја, што укључује и категорију самог оружја.

Тако, на примеру кривичног дела разбојништва из чл. 206 КЗ, извршеног употребом аутоматске пушке, за коју грађани иначе не могу добити дозволу, суд је установио да не постоји консумпција која би отворила пут решењу привидног идеалног стицаја, у околностима када је оптужени поменуто оружје поседовао више месеци, те да је реч о реалном стицају овог и кривичног дела из чл. 348, ст. 4 КЗ.<sup>82</sup>

Са аспекта односа између различитих облика и интензитета угрожавањаштићеног правног добра, од значаја је указати и на специфичности релационих односа између кривичних дела угрожавања и одговарајућих прекршаја, где може до својеврсног преплитања наведених правних концепата у поступку квалификације забрањеног понашања. На тај начин, проблематика привидног стицаја излази из оквира кривичноправних норми и испољава се на једном вишем нивоу, под окриљем казненог права.

У практичном смислу, ова проблематика највише долази до изражаја код релација између кривичног дела угрожавања јавног саобраћаја из чл. 289 КЗ и одговарајућих саобраћајних прекршаја из Закона о безбедности саобраћаја на путевима, где могу настати проблеми у делимитацији степена неправда који заслужује кривичну или прекршајну санкцију. У том смислу, у литератури се у решавању наведених конфликта, упућује управо на дистинкцију између конкретне опасности, карактеристичне за угрожавање јавног саобраћаја, детерминисане применом критеријума попут веће вероватноће наступања повреде или уништења правног добра и апстрактне опасности као последице прекршаја, која се пак не уноси у њихово биће, али представља законодавни мотив инкриминисања.<sup>83</sup>

#### 4. Сукоб норми посебног дела кривичног права

Када се говори о институту привидног идеалног стицаја кривичних дела, што нарочито важи за домаћу доктрину, мисли се превасходно на конкретне инкриминације у посебном делу кривичног права, што значи да се у склопу наведеног института углавном не разматра проблематика осталих варијанти конфликта норми или се пак не разјашњава њихов

---

<sup>81</sup> Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1 бр. 977/17 од 16.10.2017. године, *Билтен судске праксе Апелационог суда у Крагујевцу* 1/2019, Intermex, Београд 2019. године, 99 – 100. Такође, вид. Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1 бр.1107/17 од 21.12.2017. године, *Билтен судске праксе Апелационог суда у Крагујевцу* 1/2019, Intermex, Београд 2019. године, 100.

Решење стицаја прихвата се и у Пресуди Апелационог суда у Београду Кж1 27/11 од 08.02.2011. године. Вид. *Билтен Апелационог суда у Београду* 3/2011, Intermex Београд 2011. године, 100 – 101.

<sup>82</sup> Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Кж.1 2860/12 од 16.01.2012. године, *Билтен Апелационог суда у Новом Саду* 5/2013, 188.

<sup>83</sup> Д. Р. Атанацковић, „Проблем разграничења дела угрожавања јавног саобраћаја из чл. 271. ст. 1. КЗ од одговарајућих прекршаја“, *Правни живот* 3/1961, 49 – 51. Аутор указује да је дистинкција између угрожавања јавног саобраћаја и одговарајућих прекршаја, условљена квантитетом последица које су наступиле, те да је реч о фактичном питању.



положај у односу на ове облике. Тако, иако се, нарочито код супсидијаритета, указује на однос између покушаја и довршеног кривичног дела<sup>84</sup>, односно умишљајно и нехатно реализованих инкриминација<sup>85</sup>, изостају одређења о њиховој правној природи и односу са другим феноменолошким манифестацијама које се наводе као примери специјалитета, супсидијаритета, консумпције, односно алтернативитета.

У сваком случају, сукоби између инкриминација посебног дела кривичног права, представљају привидни идеални стицај кривичних дела у правом смислу речи, који треба разликовати од стицаја норми, иако у поступку квалификације није могуће раздвојити међусобне утицаје поменутих концепата.

Приликом разматрања спорних питања квалификације, указали смо и на неке од конкретних феноменолошких манифестација привидног идеалног стицаја, попут односа између убиства и повреда, у чијој квалификацији долази до уплитања више релативних фактора. Такође, већ смо напоменули да у утврђивању феноменолошке димензије није могуће унапред одредити све могуће манифестације које произлазе из примене утврђених принципа решења. Стога, ограничићемо се на разматрање најкарактеристичнијих, типичних примера привидног идеалног стицаја, на основу чије анализе се егземплификацијом долази до закључака о суштинским правилима примене института, као и њему својствених принципа решења (индивидуализације).

#### **4.1. Кривична дела против живота и тела и привидни идеални стицај**

Најчешћи, а уједно и најспецифичнији феноменолошки облици привидног идеалног стицаја, испољавају се код релација карактеристичних за кривична дела против живота и тела. Разматрајући спорна питања квалификације, указали смо на најзначајније особености испољавања таквих односа, у домену стицаја квалификованих и привилегованих инкриминација, као и односа између покушаја и довршеног кривичног дела, где се управо на примерима правних фигура које инкриминишу напад на живот и тело, манифестују најкомплекснија питања феноменолошке димензије института.

На првом месту, за анализу правила примене принципа решења привидног идеалног стицаја, од значаја су различити облици испољавања квалификација тешког убиства из чл. 114 КЗ. Тако, као једно од спорних питања, намеће се проблематика релације између тешког убиства из чл. 114, ст. 1, тач. 4 КЗ, које инкриминише лишење живота при извршењу разбојништва и разбојничке крађе са једне, односно тешког убиства из користољубља, из чл. 114, ст. 1, тач. 5 КЗ, са друге стране. На конкретном примеру, уочава се постојање заједничког елемента, оличеног у мотиву извршења убиства, који се испољава у стицању имовинске користи. Другим речима, стицај је искључен по основу концепције користољубља као заједничког елемента, присутног код свих наведених инкриминација.<sup>86</sup>

Већ смо напоменули да се на примеру стицаја више квалификованих облика истог базичног кривичног дела, манифестује релација алтернативитета. Међутим, посматрано са аспекта међуодноса наведена два феноменолошка облика, иако су испуњени услови примене правила поменутог принципа решења, постоје својеврсни специјализирајући елементи између користољубља и околности да је дело извршено приликом разбојништва или разбојничке крађе, који захтевају решавање конфликта применом принципа специјалитета и то у корист друге наведене правне фигуре. Користољубље се у поменутом контексту

---

<sup>84</sup> З. Стојановић (2018), 242.

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> Ф. Бачић, З. Шепаровић, *Кривично право – Посебни део*, Информатор, Загреб 1997, 60.

појављује као општи, генерални елемент, односно конкретизација мотива извршења разбојништва или разбојничке крађе.

Стога, можемо се сложити са аргументом у прилог решењу специјалитета, имајући у виду да не би било оправдано применити одређене последице алтернативитета, који, између осталог, захтева и да се привидна инкриминација уважи као отежавајућа околност<sup>87</sup>, будући да би у конкретном случају то довело до кршења принципа *ne bis in idem*, односно двоструког вредновања исте околности, везане за мотив извршења.

У сваком случају, остваривање више квалификованих облика тешког убиства, подразумева да свака од наведених квалификација фигурира као једно самостално кривично дело. За разлику од односа са лишењем живота при извршењу разбојништва или разбојништва или разбојничке крађе, где је очигледна релација специјализације између елемената законског описа, судска пракса код истовремене реализације обележја тешког убиства из користољубља и тешког убиства више лица, прихватајући решење привидног идеалног стицаја, даје предност другој инкриминацији.<sup>88</sup>

Осим тога, делимитациони проблеми у квалификацији тешког убиства, односно лишења живота при извршењу разбојништва или разбојничке крађе, која се супротставља решењу стицаја између разбојништва и нехатног лишења живота, условљени су уважавањем релативних критеријума субјективне природе, попут управљености умишљаја учиниоца.<sup>89</sup> Ово је иначе карактеристично за проблематику квалификације различитих облика тешког убиства, који могу доћи у конфликт са другим инкриминацијама чији се елементи поклапају са поменутиим квалификаторним елементима.

Посебну пажњу заслужује и релација између облика тешког убиства који се односи на умишљајно довођење у опасност живота још неког лица (чл. 114, ст. 1, тач. 3 КЗ) и оног који инкриминише умишљајно лишење живота више лица (чл. 114, ст. 1, тач. 11 КЗ), односно његов покушај. За адекватну квалификацију, од значаја је утврђивање управљености умишљаја учиниоца. И на овом примеру би такву оцену требало донети уважавајући особености конкретног случаја, с тим што се можемо сложити са констатацијом да би се у случају дилеме у погледу постојања умишљаја управљеног ка покушају убиства, требало одредити за квалификацију у складу са чл. 114, ст. 1, тач. 3 КЗ.<sup>90</sup> У сваком случају, у доктрини се као кључни диференцијални фактор наводи већ поменути параметар садржаја, односно управљености умишљаја учиниоца, који се посматра са аспекта варијанти умишљаја лишења живота или умишљаја угрожавања<sup>91</sup>, што је и поред његове релативности, једини водећи показатељ у квалификацији.

Стога, у практичном смислу, не може се унапред утврдити решење наведеног проблема у квалификацији, нити дати предност једној или другој варијанти, без сагледавања свих детерминишућих фактора у таквом поступку, који су условљени разматрањем особености конкретног случаја. Комплексност одређивања преферентне инкриминације у наведеним случајевима, произлази из ослањања на субјективне факторе, чије утврђивање може бити релативног карактера.

---

<sup>87</sup> З. Стојановић, Н. Делић, 12. У прилог решењу специјалитета, вид. и Д. Јовашевић, *Кривична дела убиства*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд 2017, 51. У том смислу, говори се о конкретизацији намере користољубља, која одговара специјалитету. Међутим, наглашава се да уколико у односу на лишење живота другог лица постоји нехат, фигурира решење стицаја између нехатног лишења живота и разбојништва.

<sup>88</sup> Пресуда Врховног суда Кж III 3/06 од 15.09.2006. године.

<sup>89</sup> Д. Јовашевић, „Убиство при извршењу кривичног дела разбојништва“, *Правни живот* 9/2009, 599. Ово даље продубљује проблематику квалификације у случају различитих варијанти управљености умишљаја и наступелих последица.

<sup>90</sup> З. Стојановић, Н. Делић, 11.

<sup>91</sup> М. Ђорђевић, „Покушај кривичног дела убиства више лица“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/1967, 99 – 100. Вид. и Н. Делић (2022), 32 – 33.

Аспект управљености умишљаја, чини се да има доминантну улогу и у случају опредељења за примарну инкриминацију у условима када је остварено више облика тешког убиства, при чему се један од њих односи на лишење живота више лица, као специфичан правни концепт, који по својој природи упућује на већи степен невредности предузетог понашања. Иначе, у доктрини постоје неусаглашени ставови у погледу начина квалификације онда када долази у обзир примена како умишљајног лишења живота више лица (довршеног или покушаног), тако и тешког убиства на свиреп или подмукао начин. Остављајући за сада по страни практичне ефекте опредељења и могућности корекције на нивоу одмеравања казне, прелиминарно питање није лако решити у условима таквог преплитања.

Тако, на примеру учинилаца који су из заседе пуцали на два лица од којих је једно побегло, док су другог лишили живота на свиреп начин, суд је донео одлуку о постојању стицаја кривичног дела тешког убиства на свиреп или подмукао начин и покушаја тешког убиства више лица.<sup>92</sup> Ово је најбољи пример деловања како субјективних критеријума у квалификацији (фактора јединственог умишљаја управљеног на лишење живота више лица), тако и уважавања релевантних фаза реализације кривичног дела. Осим тога, специфичност квалификације произлази и из саме концепције умишљајног лишења живота више лица, са аспекта штићених правних добара, што у описаним ситуацијама, отвара проблематику разграничења између идеалног и привидног идеалног стицаја. Ипак, кључни фактор у поступку квалификације, огледа се у утврђивању постојања јединственог умишљаја, који обухвата лишење живота више лица, а самим тим одређује услове примене института привидног идеалног стицаја.

Овај фактор релативног карактера је од кључног значаја и у поступку разграничења између облика тешког убиства и квалификованих облика других инкриминација посебног дела кривичног права (кривична дела квалификована тежом последицом). Један од најкарактеристичнијих случајева, представља и колизија између тешког убиства из чл. 114, ст. 10 (лишење живота члана породице којег је учинилац претходно злостављао) и кривичног дела из чл. 194, ст. 4 (насиље у породици које је довело до смрти члана породице).

Иако тешко убиство из чл. 114, ст. 10 КЗ, не захтева да су остварена обележја кривичног дела насиља у породици, начин на који су постављена законска обележја овог кривичног дела, може се поклапати са злостављањем као претпоставком тешког убиства. У таквим случајевима, одлучујуће је утврдити да ли је учинилац у односу на лишење живота поступао са умишљајем или из нехата.

У генералном смислу, када дође до остваривања обележја више посебних облика тешког убиства из чл. 114 КЗ, по правилу се примењује принцип алтернативитета, а избор преферентне инкриминације, врши се по основу испољавања претежности једног од примењивих облика, ценећи околности конкретног случаја, односно субјективне и објективне факторе који долазе до изражаја у испољавању забрањеног понашања.<sup>93</sup> У том смислу, из саме правне природе лишења живота више лица, већ на апстрактном нивоу, може

---

<sup>92</sup> М. Перовић, „Проблем тумачења одредбе „Ко лиши живота више лица“ из чл. 135. ст. 2. КЗ“, *Правни живот* 7/1956, 11. С друге стране, на примеру учиниоца који је на подмукао начин лишио живота три лица, сматра се да постоји само једно кривично дело тешког убиства (више лица). С друге стране, по тој логици, сматра се да у случају када је учинилац на подмукао начин лишио живота једно лице и на исти начин покушао да лиши живота друго, постоји стицај једног довршеног кривичног дела (тешко убиство на свиреп или подмукао начин) и покушаја тешког убиства више лица.

Међутим, јасно је да ће у случају управљености умишљаја учиниоца ка лишењу живота више лица и предузимање радњи у том правцу, што на крају резултира смртним исходом само у односу на једног од потенцијалних оштећених, фигурирати покушај тежег облика (лишење живота више лица), при чему се искључује варијанта стицаја довршеног и покушаног кривичног дела. Вид. Д. Јаковљевић, „Кривично дело убиства више лица“, *Анали Правног факултета у Београду* 3 – 4/1970, 399.

<sup>93</sup> Пресуда Апелационог суда у Београду Кж 1 По1 4/17 од 06.09.2017. године.

се уочити деловање фактора претежности, утемељено на броју повређених правних добара, ако се ради о фази довршења.

Тако, у једној пресуди, Апелациони суд се у случају истовременог остваривања обележја тешког убиства из користољубља (чл. 114, ст. 1, тач. 2) и тешког убиства из безобзирне освете (чл. 114, ст. 1, тач. 5), предузимањем једне радње, констатујући постојање привидног идеалног стицаја, определио за давање примата квалификаторној околности безобзирне освете, у складу са констатацијом претежности мотива оличеног у психолошким побудама учиниоца, несумњиво утврђеним у конкретном случају док је другу, везану за начин извршења, узео као отежавајућу околност.<sup>94</sup>

Неки од најчешћих примера привидног идеалног стицаја, укључују и многобројне релације различитих инкриминација са кривичним делима лаке и тешке телесне повреде, што отвара питање граница између идеалног и привидног идеалног стицаја. У неким случајевима, неће бити једноставно утврдити да ли се последице оличене у nanoшењу телесних повреда могу сматрати обухваћеним другим кривичним делима која подразумевају примену насиља. То долази до изражаја, између осталог, и на примеру кривичног дела злостављања и мучења, где се у генералном смислу, хипотетички може прихватити паралелни опстанак инкриминације лаких и тешких телесних повреда, с обзиром на околност да злостављање, сходно самом законском опису, не мора увек подразумевати и наступање таквих повреда.

С друге стране, наступање тешке телесне повреде, често је праћено и претходним остваривањем обележја бића неког другог кривичног дела, попут учествовања у тучи или пак угрожавања опасним оруђем при тучи или свађи. На специфичности односа са учествовањем у тучи, где се примењују правила супсидијаритета смо већ указали. С друге стране, у случају када су истовремено остварена обележја бића кривичног дела из чл. 124 КЗ, испуњени су услови за примену консумпције, тачније претходног некажњивог дела.

Осим тога, инкриминација из чл. 124 КЗ је интересантна и са аспекта релација са кривичним делом учествовања у тучи, где се може поставити питање начина квалификације предузетог понашања у случајевима када су остварена обележја оба кривична дела. Сматрамо да ово питање треба сагледати пре свега сходно условима постојања учествовања у тучи, односно наступања тешке телесне повреде или смрти. Стога, можемо се сложити са схватањем да изостанак поменутог објективног услова инкриминације, условљава примену кривичног дела из чл. 124 КЗ.<sup>95</sup> То произлази и из саме сврхе прописивања кривичног дела из чл. 124 КЗ, где се као релевантна особина средства извршења појављује управо његова подобност да нанесе тешку телесну повреду или тешко нарушавање здравља.

С друге стране, уколико су истовремено остварена обележја кривичних дела из чл. 123 и 124 КЗ, сматрамо да ће у највећем броју случајева, учествовање у тучи конзумирати угрожавање опасним оруђем при тучи или свађи, нарочито уколико су тешка телесна повреда или смртни исход наступили услед коришћења таквог оруђа. Међутим, не би требало искључити могућност стицаја уколико то није случај, односно уколико се према оцени особености испољавања забрањеног понашања, може закључити да такво угрожавање има аутономни значај.

Као пример се може навести и кривично дело разбојништва, које такође подразумева употребу насиља, при чему се повреде сматрају конзумираним наведеним кривичним делом уколико се манифестују као неопходно средство за присвајање.<sup>96</sup> У том смислу, од значаја је

<sup>94</sup> Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Кж.1 3450/11 од 10.11.2011. године, *Билтен Апелационог суда у Новом Саду* 4/2012, 157 – 159.

<sup>95</sup> С. Никитовић (2010), 75.

<sup>96</sup> С. Loranca Muñoz, *Individualización Judicial de las Penas y Medidas de Seguridad*, Consejo de la Judicatura Federal, México 2008, 27 – 29. Тако, уколико приликом извршења кривичног дела разбојништва, дође до лишења живота или nanoшења повреда које се не могу сматрати резултатом радње карактеристичне за

констатација да је искључен стицај између разбојништва и лаких телесних повреда, уколико су оне настале услед примене силе која је саставни део радње разбојништва, што се сматра случајем привидног идеалног стицаја по основу *инклузије*, како у доктрини, тако и у судској пракси.<sup>97</sup> Сходно идејној концепцији инклузије, у овом случају се ради о схватању да су лаке телесне повреде у односу на разбојништво, безначајне у криминално–политичком смислу, чиме се заправо оправдава искључење стицаја. С друге стране, у судској пракси не наилазимо на прецизније одреднице о оправдању привидног стицаја, сем указивања да између наведена два кривична дела постоји релација консумпције.<sup>98</sup>

Сматрамо да решење инклузије свакако треба тумачити у светлу изнете констатације да се наступеле лаке телесне повреде могу сматрати укљученим у радњу извршења кривичног дела разбојништва, што одговара поменутој идејној концепцији о телесним повредама као неопходном средству за присвајање ствари, односно својеврсном типичном пратећем делу као основу консумпције. У прилог решењу привидног идеалног стицаја и оваквом гледишту, говори и констатација да у случају наступања тешких телесних повреда, постоји квалификовани облик разбојништва. Тумачењем оваквог законодавног решења, долази се до закључка да основни облик укључује и наношење лаких телесних повреда, али уз напомену да то важи само под условом да је испуњен услов безначајности, што практично значи да је стицај могућ онда када лаке телесне повреде поседују особен садржај невредности у односу на силу потребну за извршење разбојништва.

Слично томе, сматра се да је принуда употребом силе компатибилна само са оним повредама које проузрокују генералну немогућност деловања до одређене тежине, што условљава привидни стицај решен у корист кривичног дела принуде. У супротном, превазилажење поменуте границе ће захтевати квалификацију повреда, односно убиства, ради изражавања невредности дела.<sup>99</sup> Осим тога, мучење се може појавити и као квалификаторна околност неког од облика тешког убиства, у ком случају се искључује могућност стицаја поменута два кривична дела.<sup>100</sup>

Такође, уколико се вратимо на већ указане специфичности инкриминације учествовања у тучи, јасно је због чега се наступање лаке телесне повреде, које је проузроковао извршилац кривичног дела из чл. 123 КЗ (под претпоставком да се истом не може приписати последица у виду тешке телесне повреде, односно смрти оштећеног), оправдано сматра конзумираним по основу инклузије у склопу кривичног дела учествовања у тучи.<sup>101</sup>

Иако смо то питање већ размотрили у светлу репрезентативног примера начина спровођења поступка квалификације, односно процеса диференцијације и особених законитости које се у том поступку примењују, у утврђивању специфичности примене института привидног идеалног стицаја код кривичних дела против живота и тела, не може се изоставити ни однос између убиства и телесних повреда. Мада не постоје дилеме о испуњености услова примене привидног идеалног стицаја у случају када је лишење живота праћено наношењем телесних повреда, доктринарна мисао се разилази превасходно у погледу принципа решења до чије примене долази у конкретном случају, при чему се

---

употребу силе код разбојништва, сматра се да неће постојати ово сложено кривично дело, већ стицај обичне крађе и убиства, односно телесних повреда. Вид. А. Bascuñán Rodríguez, „El robo como coacción“, *REJ – Revista de Estudios de la Justicia* 1/2002, 88.

<sup>97</sup> Пресуда Врховног суда Кж 1099/86 од дана 23.11.1992. године. Тако, Лазаревић истиче да у случају наступања лаких телесних повреда приликом извршења разбојништва, постоји инклузија. Вид. Љ. Лазаревић (2011), 285.

<sup>98</sup> Пресуда Врховног суда НР Србије Кж 814/52 од 12.05.1952. године, *Правни живот* 2/1953, 25.

<sup>99</sup> А. Bascuñán Rodríguez, 87.

<sup>100</sup> З. Стојановић, Н. Делић, 51. Вид. и Н. Делић (2022), 59.

<sup>101</sup> Д. Дракић, „Кривично дело учествовања у тучи“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* (ур. Д. Дракић) 1 – 2/2007, 247 – 248. Вид. и З. Стојановић (2021), 489.

углавном разматрају, односно супротстављају супсидијаритет и консумпција.<sup>102</sup> Свакако, треба имати у виду да је решење привидног стицаја условљено одговарајућом управљеношћу умишљаја учиниоца ка наступању смртне последице, што заправо спада у проблематику општих правила квалификације.

Као један од специфичних случајева у поступку квалификације, где настају дилеме у избору преферентне инкриминације, односно разграничењу између идеалног и привидног идеалног стицаја, могу се издвојити ситуације покушаја квалификованог облика тешког убиства из чл. 114, ст. 4 (лишење живота при извршењу кривичног дела разбојништва или разбојничке крађе), наспрам довршених квалификованих облика разбојништва из чл. 206, ст. 2, или разбојничке крађе из чл. 205, ст. 3 КЗ (наношење тешке телесне повреде са умишљајем). На хипотетичком примеру, то би се односило на случај када приликом извршења кривичног дела разбојничке крађе, учинилац у намери да задржи украдену ствар, покуша да лиши живота особу која је настојала да га спречи у томе, али јој нанесе само тешку телесну повреду. И овде долази до изражаја суделовање особених фактора детерминације, попут оних који важе у домену релација између убиства и телесних повреда. Другим речима, мора се ценити управљеност умишљаја учиниоца, али и других околности под којима је извршено кривично дело у конкретном случају, при доношењу одлуке да ли ће се дело квалификовати као покушај тешког убиства или довршени тежи облик разбојничке крађе. Међутим, не би се требало ослањати на поједностављена решења, попут оних која квалификацију условљавају врстом последице која је заиста наступила.

У старијој судској пракси, на сличном примеру, иако под нешто другачијим законодавним решењима, односно у условима постојања квалификованог облика разбојничке крађе, у случају наступања смртне последице, преовлађује став о примату облика који инкриминише покушај најтеже инкриминације<sup>103</sup>, што би на нашем примеру подразумевало давање предности покушају тешког убиства, под условом да се докаже субјективна управљеност учиниоца, односно да томе у прилог говоре и друге околности конкретног случаја. Осим тога, постоје и релевантне разлике у домену правних последица, које обезбеђују да примена решења покушаја, на адекватан начин обухвати невредност дела, док се последице у виду тешких телесних повреда, уколико су наступиле, могу ценити као отежавајућа околност.

За проблематику разграничења аутентичног и привидног стицаја, од значаја је указати и на пример односа између кривичних дела угрожавања сигурности из чл. 138 КЗ и тешке телесне повреде из чл. 121 КЗ. Можемо се сложити са ставом из судске праксе да се искључивом применом тешке телесне повреде као преферентне инкриминације, не обезбеђује покривање целокупне невредности дела, те да претње које су претходиле наношењу тешких телесних повреда, манифестоване у виду изазивања осећаја страха и несигурности код оштећене, имају аутономни карактер.<sup>104</sup>

---

<sup>102</sup> С. Pramps, 465. За немачку доктрину је карактеристично приклањање решењу супсидијаритета.

<sup>103</sup> Вид. М. Ђорђевић, „Покушај сложеног кривичног дела“, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право* 2/1971, 295 – 297. Аутор анализира пресуду Врховног суда Југославије односно случај оптуженог који је, након што је затечен приликом извршења кривичног дела крађе, од стране лица које је настојало да га спречи у томе, покушао да лиши живота истог, али је уместо тога дошло до наступања тешких телесних повреда. У том смислу, одлучујући о захтеву за заштиту законитости, поднетом против првостепене пресуде којом је дело квалификовано као покушај квалификованог облика разбојничке крађе (са смртним исходом), Врховни суд је одбацио аргументе изнете у захтеву, који су се темељили на хипотези о утицају наступеле последице на одређивање правца квалификације и потврдио првостепену одлуку, дајући предност управљености умишљаја учиниоца.

<sup>104</sup> Пресуда Врховног касационог суда Кзз 675/2015 од 02.09.2015. године, *Билтен Врховног касационог суда* 1/2017 Intertex, Београд 2017. године, 287 – 288. Суд је у овом случају донео одлуку да се не може прихватити предлог браниоца окривљеног да између угрожавања сигурности и тешке телесне повреде постоји релација супсидијаритета, потврђујући првобитну одлуку о стицају наведена два кривична дела.

Комплексност односа између различитих инкриминација из ове групе, нарочито долази до изражаја на примеру кривичног дела учествовања у тучи и његових релација са квалификацијама убиства и тешке телесне повреде. У овом домену, примена принципа супсидијаритета, условљена је правилима поступка интерпретације (тумачења). Наиме, одредбом члана 123 Кривичног законика Р. Србије, прописано је да ће се новчаном казном или затвором до три године, казнити онај учинилац који учествује у тучи у којој је неко лишен живота или тешко телесно повређен.

Већ из саме анализе поменуте законодавне одредбе, произлази проблематика односа овог кривичног дела са кривичним делом тешке телесне повреде и убиства, чији се изостанак појављује као објективни услов инкриминације. Стога, поставља се питање њиховог међусобног односа са аспекта разграничења идеалног и привидног идеалног стицаја.

У случају наступања тешке телесне или смртног исхода, учествовање у тучи, према владајућем гледишту, представља инкриминацију супсидијарног карактера, до чије примене долази искључиво уколико се не може утврдити ко је од учесника у истој извршилац примарних кривичних дела. Под таквим околностима, испуњени су општи услови квалификације привидног идеалног стицаја, оличени у довољности једне од примарних инкриминација да обухвати целокупну невредности дела, при чему из саме природе постављених односа између наведених инкриминација произлазе карактеристике релације супсидијаритета. Оне су оличене у условној примени учествовања у тучи, која је детерминисана немогућношћу утврђивања одговорности за проузроковање последице тешке телесне повреде, односно смртног исхода.

Тако, у случају када су три учиниоца учествовала у тучи у којој је оштећени задобио тешку телесну повреду, при чему су се међусобно ударали песницама и шутирала ногама, а није се могла утврдити јасна узрочно – последична веза између радње окривљеног и наступеле последице (тешке телесне повреде), суд донео одлуку о одговорности окривљених за кривично дело из чл. 123 КЗ<sup>105</sup>, што указује на постојање привидног идеалног стицаја.

Сходно томе, за поступак квалификације привидног идеалног стицаја је релевантна констатација да извршиоци кривичног дела учествовања у тучи могу бити само они учесници којима се не може приписати одговорност за убиство, односно тешку телесну повреду. То подразумева да је учесник у тучи, за којег је утврђено да је проузроковао телесну повреду или лишења живота, одговоран само за другу инкриминацију, имајући у виду да се ради о привидном идеалном стицају по основу супсидијаритета.<sup>106</sup> С друге стране, остали учесници туче по правилу одговарају за кривично дело из чл. 123 КЗ, што је у складу са савременом концепцијом о самосталној одговорности.<sup>107</sup>

---

Вид. и З. Стојановић (2021), 521 – 522. Ипак, Стојановић са правом указује на релативност ситуационих фактора коришћених у судској пракси приликом утврђивања тежине последице угрожавања сигурности.

<sup>105</sup> Пресуда Апелационог суда у Београду Кж 1 6366/12 од 22.01.2013. године.

С друге стране, суд је негирао постојање узрочно – последице везе између учествовања у тучи и наступеле тешке телесне повреде онда када је оштећени, након започињања туче, покушао да се сакрије, оклизнуо и задобио тешке телесне повреде. Вид. Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 број 6079/10 од 10.02.2011. године.

<sup>106</sup> З. Стојановић, Н. Делић, 37. У погледу одговорности лица које је задобило тешке телесне повреде, сматра се да и такав оштећени сноси одговорност за учествовање у тучи, имајући у виду да је и он предузео акте који су могли довести у опасност живот осталих учесника. Вид. Пресуда Врховног суда НРС Кж 686/52 од 25.04.1952. године, *Правни живот* 2/1952, 20 – 21. Тако и М. Вражалић, 16 – 17.

<sup>107</sup> На то упућују и решења из судске праксе. Тако је Врховни суд НРС, у једном таквом случају одбио жалбу браниоца који се позвао на супротно решење, уз образложење да за постојање учествовања у тучи није неопходно да се не зна ко је нанео тешку телесну повреду оштећеном или га лишио живота. Вид. Пресуда Врховног суда НРС Кж 686/52 од 25.04.1952. године, *Правни живот* 2/1952, 20 – 21. Овакво решење се пак супротставља одређеним старијим концепцијама о супсидијарној одговорности за кривично дело учествовања у тучи, која наступа једино ако није могуће утврдити ко је проузроковао назначене последице.

Један од примера из судске праксе где долазе до изражаја обе законитости, односи се на случај туче у којој је учествовало пет лица, при чему је утврђено да је један од њих нанео другом тешку телесну повреду, чиме је испуњен објективни услов инкриминације. Практични исход коначне квалификације, на основу одлуке Врховног суда, испољио се на два значајна плана – учесник који је нанео тешку телесну повреду проглашен је одговорним само за наведено кривично дело (привидни идеални стицај), док је у случају остала четири лица утврђена одговорност за учествовање у тучи.<sup>108</sup>

Исто тако, сматра се да онај учинилац који је проузроковао телесне повреде, а уз то имао намеру да лиши живота оштећеног, сноси одговорност за покушај убиства.<sup>109</sup>

Међутим, у домену релевантног принципа индивидуализације, иако се учествовање у тучи наводи као репрезентативни пример супсидијаритета, сходно идеји о условној примењивости једне инкриминације у односу на другу, у теорији наилазимо и на схватања да је у конкретном случају реч о релацији консумпције. То се оправдава околношћу да се наступање тешке телесне повреде појављује као објективни услов инкриминације, те да ће таква последица конзумирати лакшу, оличену у самом учествовању у тучи, где до такве последице није дошло.<sup>110</sup> Ипак, иако се не може негирати релевантност донетих закључака по том основу, сматрамо да превагу ипак односе претпоставке супсидијаритета, што произлази и из саме анализе законског описа инкриминације на апстрактном плану, имајући у виду јасно дефинисан објективни услов инкриминације, чиме се ово кривично дело појављује као репрезентативан пример конкретног супсидијаритета.

Кривично дело тешке телесне повреде се често појављује као квалификаторна околност, на основу чијег наступања се конфигуришу посебни (тежи) облици одређеног кривичног дела. У том контексту, у пракси се могу јавити извесне дилеме приликом квалификације у домену релација између привидног и правог стицаја. Један од таквих примера је и однос са кривичним делом насилничког понашања на спортској приредби или јавном скупу из чл. 344а, односно његовог тежег облика, предвиђеног у ст. 4, који се односи на случајеве када је дошло до нереда у коме је неком лицу нанета тешка телесна повреда или оштећена имовина веће вредности. Полазећи од тумачења садржаја и смисла наведене одредбе, суд се у ситуацији наношења тешких телесних повреда оштећеном ударцима песницом у пределу лица и тела за време трајања спортске приредбе, констатујући изостанак изазивања нереда у конкретном случају, определио за квалификацију стицаја насилничког понашања на спортској приредби или јавном скупу из чл. 344а КЗ и тешке телесне повреде из чл. 121, ст. 1 КЗ.<sup>111</sup> Исто тако, према схватању Врховног касационог суда, дозвољава се могућност стицаја између наведене две инкриминације, с тим што ће опредељење за ово решење или примену одредбе чл. 344а, ст. 4, зависити од околности конкретног случаја.<sup>112</sup>

<sup>108</sup> Из пресуде Врховног суда НР БиХ Кж 566/52 од 07.10.1952. године, *Правни живот* 2/1953, 22 – 23.

<sup>109</sup> А. Salas Holgado, „El delito de homicidio y lesiones en riña tumultuaria“, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 3/1987, 683 – 684.

<sup>110</sup> С. Никитовић (2010), 68. У светлу таквог гледишта, указује се чак и на могућност примене правила инклузије, сходно концепцији према којој учествовање у тучи конфигурише знатно нижи степен невредности и криминалне количине.

<sup>111</sup> Тиме је суд одбио захтев за заштиту законитости браниоца, који је утемељен на аргументу да у конкретном случају постоји само облик из чл. 344а, ст. 4 КЗ. Вид. Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1123/2014 од 20.11.2014. године, *Билтен Врховног касационог суда* 1/2017, Београд 2017. године, 285 – 287.

<sup>112</sup> Правно схватање Кривичног одељења Врховног касационог суда, *Билтен Апелационог суда у Крагујевцу* 1/2015, Intermex, Крагујевац 2015, 52. Тако и Одговор Кривичног одељења Врховног касационог суда, усвојен на заједничкој седници одржаној у Апелационом суду у Крагујевцу дана 12.12.2014. године, *Билтен Апелационог суда у Новом Саду* 7/2016, Intermex, Београд 2016, 171. Указује се на могућност постојања стицаја између кривичних дела из чл. 344а и чл. 121 КЗ, када се вршењем насиља према учеснику спортске приредбе истовремено оствари и последица из чл. 121 КЗ.



Исто важи и за случајеве када је под условима остваривања обележја бића кривичног дела из чл. 344а КЗ наступила лака телесна повреда.<sup>113</sup>

Такође, наступање тешких телесних повреда, појављује се као квалификаторна околност за конституисање тежих облика одређених кривичних дела, што отвара питање њихових релација са умишљајним тешким телесним повредама. Ради се о посебним правилима квалификације у случајевима манифестација кривичног дела квалификованог тежим последицом, где ће констатација стицаја бити условљена управљеношћу умишљаја учиниоца. Иако у теоријском смислу не постоје веће дилеме у примени наведеног правила, код појединих кривичних дела у пракси, због њихове правне природе, могу се јавити извесне недоумице, са аспекта њиховог односа са кривичним делом тешке телесне повреде из чл. 121 КЗ, које произлазе из тешкоћа у утврђивању субјективног аспекта деловања учиниоца. Управо то је случај са тежим обликом кривичног дела насиља у породици из чл. 194, ст. 3 КЗ, чије се постојање доводи у везу са околношћу да је услед основног облика наведеног кривичног дела наступила тешка телесна повреда. Његова примена је могућа једино уколико се установи да је учинилац у односу на тежу последицу поступао из нехата, што подразумева да је у таквим случајевима искључена одговорност за кривично дело тешке телесне повреде.<sup>114</sup>

Ове специфичности фигурирају и у случају кривичног дела разбојништва из чл. 206, ст. 2 КЗ, које пак тежи облик темељи на услови наносења тешке телесне повреде са умишљајем, где могу настати дилеме у квалификацији у случају када таква телесна повреда наступи, а само разбојништво остане у покушају. Према владајућем гледишту у доктрини, са којим се можемо сложити, сматра се да ће одлучујућу улогу у опредељењу за адекватно решење имати околности предузимања радње извршења у конкретном случају, односно релационе споне између повреда и разбојништва, између осталог и са темпоралног аспекта.<sup>115</sup>

На крају, од значаја је указати и на извесне особености поступка квалификације код истовременог проузроковања повреда различите тежине на истом пасивном субјекту, иако не постоје веће дилеме у теорији и судској пракси у погледу решавања тих феноменолошких манифестација. Наиме, у доктрини се као спорно релевантно питање издвојио начин квалификације случајева истовременог наступања лаке и тешке телесне повреде приликом предузимања једне радње извршења, што се решава опредељењем за привидни идеални стицај и преферентну примену кривичног дела које покрива најтежу повреду.<sup>116</sup> Проблематику наступања повреда различите тежине смо детаљно размотрили приликом утврђивања критеријума диференцијације између аутентичног и привидног стицаја, где смо

---

<sup>113</sup> У питању је Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 32/06 од 31.01.2006. године. Вид. Д. Калаба, „Кривично дело насилничко понашање на спортској приредби, чл. 344а КЗ – законодавство, судска пракса, дилеме“, *Билтен Апелационог суда у Крагујевцу* 1/2011, Intermex, Крагујевац, 25.

<sup>114</sup> Ово разграничење се појавило као предмет спора у судској пракси. Тако, Врховни касациони суд је одлучујући у предмету кривичног дела насиља у породици, услед којег је дошло до наступања тешке телесне повреде, утврдио да је првостепени суд повредио кривични закон тиме што је оптуженог огласио кривим за кривично дело из чл. 194, ст. 3, с обзиром да из утврђеног чињеничног стања произлази да је телесна повреда нанета са умишљајем. Вид. Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1081/2015 од 15.12.2015. године.

Насупрот томе, у другој одлуци, Врховни касациони суд је прихватио решење привидног стицаја, односно постојање само квалификованог облика из чл. 194, ст. 3 КЗ, уз образложење да је окривљени у конкретном случају поступао са директним умишљајем једино у односу на основни облик кривичног дела насиља у породици. Вид. Пресуда Врховног касационог суда Кзз 133/2020 од 12.02.2020. године.

<sup>115</sup> З. Стојановић, Н. Делић, 149.

<sup>116</sup> На то указује Радовановић. Вид. М. Радовановић (1956), 27. Као пример се наводи случај када учинилац након вербалне расправе, зада неколико удараца оштећеном, услед чега код њега наступи лака и тешка телесна повреда. Полазећи од претпоставке да се лаке телесне повреде јављају као саставни део тешке телесне повреде, судска пракса прихвата решење привидног идеалног стицаја. Тако Пресуда Савезног Врховног суда Кз 48/56 од 16.05.1956. године.

указали и на специфичне околности које се уважавају у поступку квалификације. У сваком случају, ради се о једном од најкомплекснијих питања у теорији привидног стицаја, условљеним великим бројем фактора субјективног и објективног карактера, тако да се не може унапред говорити о генерализованим решењима.

Према једном од критеријума, услов примене привидног стицаја код симултане реализације лаких и тешких телесних повреда, везује се за околност да је реч о узастопно предузетим радњама (објективни фактор), односно да су исте нанете у спровођењу јединственог умишљаја учиниоца.<sup>117</sup>

Са аспекта феноменолошке димензије института привидног идеалног стицаја, релевантно је размотрити и специфичности квалификације у случајевима када се наступање тешке телесне повреде појављује као основ примене привидног стицаја, било да је реч о квалификованом облику одређеног базичног дела, који се у том случају искључује, или пак о објективном услову инкриминације, као на примеру учествовања у тучи. Наиме, постављање одговарајућих правила примене привидног стицаја у описаним случајевима, одражава се и на кривичноправни третман лаких телесних повреда. У области кривичних дела против живота, то би се превасходно односило на инкриминацију из чл. 123 КЗ, где нашоње тешке телесне повреде, искључује одговорност за учествовање у тучи. Међутим, наступање лаке телесне повреде, тумачи се на другачији начин, а може условити чак и решење стицаја са учествовањем у тучи, што зависи од конкретног облика испољавања инкриминације из чл. 122 КЗ.

У том смислу, можемо се сложити са схватањем да би основни облик лаке телесне повреде из чл. 122, ст. 1 КЗ требало тумачити у светлу правила консумпције, тачније инклузије, уколико је до њеног наступања дошло истовременим остваривањем обележја кривичног дела учествовања у тучи, што се не би могло рећи за облик лаке телесне повреде из ст. 2 истог члана, која поседује аутономни степен невредности и не може се сматрати безначајном у односу на кривично дело из чл. 123 КЗ.<sup>118</sup>

#### 4.2. Кривична дела фалсификовања и привидни идеални стицај

Поред кривичних против живота и тела, проблематика примене института привидног идеалног стицаја, посебно је изражена у случајевима односа кривичних дела против правног саобраћаја са појединим инкриминацијама које штите друга или иста правна добра. У том смислу, посебно је релевантан однос између облика фалсификовања исправа и кривичног дела преваре, али и између различитих облика фалсификовања.

На првом месту, предмет интересовања доктрине је управљен ка тумачењу релација између фалсификовања и преваре, уколико се предузето понашање може подвести под обе инкриминације. За однос између наведених кривичних дела се иначе указује да представља догматски најкомплекснији проблем у овој области.<sup>119</sup> Карактеристично је да се ради о правним фигурама које штите различита правна добра, при чему је једна у функцији заштите правног саобраћаја, док друга штити имовину. Специфичности односа између поменутих инкриминација, манифестују се у широком опсегу могућности реализације преваре, тачније довођења у заблуду, што укључује у одређеним случајевима и употребу фалсификованих докумената (исправа), као средства извршења, те се поставља питање коју норму треба

<sup>117</sup> Пресуда Савезног Врховног суда Кз 120/60, од 12. октобра 1960. године, *Правни живот* 1/1961, 79. Сматра се да, уколико су испуњени наведени услови, кривично дело се квалификује према свеукупној последици, а не према појединачним повредама.

<sup>118</sup> С. Никитовић (2010), 71 – 72. Вид. и Н. Делић (2022), 59.

<sup>119</sup> М. García Cantizano, „De la relación concursal entre los delitos de estafa y falsedad documental (nuevas soluciones a un viejo problema)“, *Derecho & Sociedad* 11/1996, 195.

сматрати носиоцем квалификације, односно на који начин се решава конфликт између сукобљених правних концепата, у случају када се фалсификатор појављује као извршилац преваре почињене употребом таквог средства. Сматрамо да би генерално требало прихватити могућност привидног идеалног стицаја између фалсификовања исправе и преваре извршене њеном употребом, уз јасно дефинисање услова такве квалификације. Тачније, није могуће *a priori* опредељење за решавање описаних проблема, без уважавања свих релевантних околности конкретног случаја, укључујући управљеност намере учиниоца, правна добра која су повређена предузимањем забрањених радњи, као и оцену довољности једне од инкриминација да обухвати невређност предузетог понашања.

Иначе, у страног доктрини се поменути предуслови чак доводе у везу са околношћу да ли је реч о фалсификовању јавног или приватног документа, при чему се у првом случају искључује могућност аспорбовања фалсификовања путем преваре.<sup>120</sup>

Уколико пођемо од радње извршења кривичног дела преваре, манифестоване у довођењу у заблуду, односно одржавању у заблуди другог, које се може извршити лажним приказивањем или прикривањем чињеница, уочава се да она покрива широк опсег могућих испољавања преварних понашања, што укључује и преиначење одређене исправе, уколико она може послужити у ту сврху.

У погледу могућности квалификације привидног идеалног стицаја у наведеним случајевима, мишљења смо да је она условљена околностима испољавања забрањеног понашања. Тачније, имајући у виду могућа одступања у идентитету штићеног правног добра, целокупно покривање невређности дела је обезбеђено једино у случају нераскидиве релационе споне између преваре и фалсификовања, тачније уколико се превара у конкретном случају не може извршити на други начин. То је став који се заступа и у нашој доктрини и јуриспруденцији<sup>121</sup>, а јасно је да је у тим случајевима квалификација привидног идеалног стицаја у корист преваре као преферентне инкриминације неопходна ради заштите забране двоструког вредновања. Услов консумпције као правила преферентности је условљен околношћу да се превара не може извршити на други начин, те да се фалсификовање исправе појављује као једино могуће средство њене реализације.<sup>122</sup> Као један од примера из судске праксе, где се суд определио за решење привидног идеалног стицаја, утврђујући преферентност преваре као правне фигуре која се појављује као носилац квалификације, може се навести случај довођења у заблуду потенцијалног купца возила уз помоћ фалсификоване јавне исправе (саобраћајне дозволе).<sup>123</sup>

У генералном смислу, у судској пракси се прихвата могућност стицаја између фалсификовања исправе и преваре, с тим што је он искључен у случају употребе фалсификоване исправе, уколико таква употреба представља истовремено радњу извршења преваре, што указује да ће привидни стицај постојати онда када се кривично дело преваре врши употребом фалсификоване исправе.<sup>124</sup> Тако, постојање стицаја је прихваћено и у

<sup>120</sup> *Ibid.*, 197.

<sup>121</sup> З. Стојановић, Н. Делић, 154. Вид. и З. Стојановић (2021), 707.

<sup>122</sup> Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Кж I 397/10 од 19.05.2010. године, *Билтен Апелационог суда у Новом Саду*, Intertex, Нови Сад 2010, 132 – 133. У конкретном случају, превара манифестована у продаји возила оштећеном, могла се реализовати једино фалсификовањем саобраћајне дозволе за предметно возило, због чега је Апелациони суд преиначио првобитну квалификацију стицаја између наведена два кривична дела.

<sup>123</sup> З. Стојановић, О. Милорадовић, М. Радисављевић, 34 – 35. Указује се да је употреба тако фалсификоване саобраћајне дозволе био једини начин за извршење преваре.

<sup>124</sup> Пресуда Врховног суда Кж.1. 1267/87 од 15.04.1999. године. У случају фалсификовања исправе, дело се сматра довршеним самим прављењем лажне или преиначењем праве исправе, у намери да се употреби као права, при чему је управљеност такве намере ирелевантна. Од преваре се разликује по томе што поседују различите објекте заштите, као и радње извршења. С друге стране, указује се да је искључен идеални стицај између употребе лажне или преиначене праве исправе и преваре, уколико таква употреба истовремено представља радњу извршења преваре.

случају окривљеног који је фалсификовао претходно украдена лична документа, на тај начин што је уместо фотографије оштећеног, ставио своју, а потом остварио обележја кривичног дела преваре, тако што се идентификовао као власник исте и реализовао чекове.<sup>125</sup>

Остављање могућности за примену стицаја између наведене две инкриминације, у доктрини се пак доводи у везу са околношћу да оне штите два различита правна добра, те да се искључивом логичком интерпретацијом односа између њих не може утврдити да је стицај само привидан, због чега се и истиче да је реч о криминалним количинама које се међусобно не искључују.<sup>126</sup> Међутим, померање такве логичке оцене на конкретни план, у случају констатације извесних функционалних спона, отвара пут условном решењу привидног стицаја. Такав услов је постављен на темељу различитих аргумената, који фигурирају у оквиру општег услова свестраног оцењивања предузетог понашања.<sup>127</sup>

Тако, као један од аргумената за квалификацију привидног идеалног стицаја, где се превара појављује као преферентна инкриминација, наводи се и тумачење управљености намере учиниоца који је предузео радњу фалсификовања. Сходно томе, негира се стицај наведена два кривична дела онда када је учинилац прављењем лажне или преиначењем праве исправе, настојао да прибави имовинску корист, карактеристичну за превару, која се у конкретном случају само на описани начин могла реализовати.<sup>128</sup>

Свакако, потребно је да је извршење преваре у конкретном случају условљено употребом фалсификованог документа (исправе) као средства за довођење у заблуду, чиме радња фалсификовања губи аутономни значај и подређена је главној инкриминацији, која је консумира. Уколико такви услови нису испуњени, постојаће стицај наведених кривичних дела. У прилог стицају, говори и околност да, генерално посматрано, извршење кривичног дела фалсификовања исправе генерише апстрактну опасност по правни саобраћај, што указује да проузровање повреде у виду преваре, осим у наведеним случајевима, не може покрити невредност прве инкриминације управљене ка очувању тако дефинисаног објекта заштите. Ово нарочито важи у случајевима када је објекат радње јавна исправа.

Дакле, као кључни аргументи за прихватање, односно одбацивање решења стицаја, могу се навести преваходно различити заштитни објекти, као и фактор нужности фалсификовања исправе за реализацију кривичног дела преваре у конкретном случају.<sup>129</sup>

Иначе, значај утврђивања односа између фалсификовања и преваре, огледа се између осталог и у домену примене института добровољног одустанка, будући да би решење стицаја условило прихватање могућности кажњавања за реализовано самостално кривично дело.

И у строј доктрини се указује да неће увек постојати привидни идеални стицај онда када је фалсификовање исправе (документа) послужило као средство за извршење преваре, те да оба деликта у појединим случајевима могу и задржати своју аутономију. Тако,

---

Решење стицаја, прихвата се и у доктрини. Вид. Б. Златарић, 160.

<sup>125</sup> Н. Делић (2013), 149.

<sup>126</sup> М. Б. Ракић, 58 – 59.

<sup>127</sup> М. Комненић, Ж. Бјелајац, Ж. Спалевић, „Стицај између облика извршења кривичног дела фалсификовања исправе и однос кривичног дела фалсификовања исправе са другим кривичним делима“, *Право, Теорија и пракса* 7 – 9/2012, 105.

<sup>128</sup> Пресуда Врховног суда Кзз 36/90 од 02.04.1998. године. Сматра се да у случају када фалсификовање исправе фигурира као средство извршења преваре, нема стицаја, чак ни ако се ради о ситном делу преваре.

<sup>129</sup> М. Комненић, Ж. Бјелајац, Ж. Спалевић, 104 – 105. Сматра се стога да нису испуњени услови привидног стицаја у случају када је приликом заснивања радног односа, учинилац употребио фалсификована сведочанства и тиме довео у заблуду послодавца, те да би дело требало квалификовати као стицај фалсификовања исправе и преваре. Карактеристично је да је у примеру који наводи аутор, предмет фалсификовања јавна исправа.

на примеру оптуженог који је фалсификовао потпис директора ради креирања документа у његову корист, иако је то урадио са циљем постизања одређене користи путем преваре, сматра се да обе правне фигуре задржавају свој ентитет.<sup>130</sup> Осим тога, постоје и гледишта заснована на томе да би предност у квалификацији требало дати деликту фалсификовања, под условом да употреба фалсификованог документа није праћена актима који наглашавају превару.<sup>131</sup> Управо то говори у прилог нашем схватању о релативном карактеру института привидног стицаја када је реч о својеврсним конфликтима норми посебног дела кривичног права, где у процесу квалификације суделују фактори различите правне природе. То значи да ће квалификација бити условљена околностима конкретног случаја.

И у домаћој судској пракси наилазимо на решења која не прихватају увек исход привидног стицаја између фалсификовања исправе и преваре. На примеру преиначења штедне књижице у намери да се иста касније употреби као права, праћеног и њеном употребом која је омогућила подизање већег износа од фактички уложеног, Врховни суд је одбацио наводе из жалбе да се ради о привидном идеалном стицају по основу консумпције, указујући да иако фалсификовање исправе стоји у односу средства према циљу, не постоји ниједан од релевантних односа (специјалитет, супсидијаритет, консумпција, алтернативитет) неопходан за примену правила привидног стицаја.<sup>132</sup> С друге стране, иако се у конкретном случају радило о односу између кривичног дела фалсификовања службене исправе и преваре, за који иначе важе иста правила, суд је у другој одлуци прихватио могућност примене консумпције, где је превара означена као преферентно кривично дело.<sup>133</sup> Стога, може се закључити да ће квалификација привидног идеалног стицаја код релација између фалсификовања (службене) исправе и преваре, зависити од процене околности испољавања предузетог забрањеног понашања, што је уско повезано и са законитостима постојања консумпције као једног од принципа решења поменутог института, тачније претпоставкама примене конструкције претходног некажњивог дела.

Као један од репрезентативних примера из судске праксе, где се испољава начин деловања наведених фактора детерминације привидног стицаја, односно осликава принцип по којем се врши квалификација, јесте и одлука донета о искључењу стицаја између фалсификовања службене исправе и преваре, и давање примата превари као преферентној инкриминацији. Иако је то више питање значаја утврђивања свих релевантних објективних околности за доношење одлуке, аргумент изнет у овој одлуци, тиче се околности да се лажном исправом сматра она која не потиче од особе на њој означене као издавач, што на конкретном примеру издавања лажних потврда од стране овлашћеног складиштара није случај, због чега се, према мишљењу суда, радње оптуженог не могу сматрати фалсификовањем исправе, већ улазе у састав преваре.<sup>134</sup>

Један пример квалификације привидног идеалног стицаја, утемељен на аргументу да се фалсификовање исправе појављује као начин извршења другог кривичног дела, постоји и у случају односа са кривичним делом неоснованог добијања и коришћења кредита и друге погодности из чл. 209, ст. 1 КЗ. Тако, сматра се да ће, уколико учинилац остварујући обележја кривичног дела фалсификовања исправе из чл. 355, ст. 1 КЗ, на тај начин што лажне исправе (картицу и решење о административној забрани) које је претходно набавио,

<sup>130</sup> F. Pavón Vasconcelos, 276 – 277.

<sup>131</sup> A. S. Madariaga, „¿Existe Concurrencia Delictual Entre la Falsificación y Uso de Documentos Privados y La Estafa?: Controversia Jurisprudencial“, *Nuevo Foro Penal* 31/1986, 96.

<sup>132</sup> Пресуда Врховног суда Србије Кж 244/88 од 31.08.1988. године.

<sup>133</sup> Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 По 13/10 од 20.12.2020. године.

<sup>134</sup> Пресуда Врховног суда НР Хрватске Кж 724/53 од 03.06.1953. године, *Наша законитост* 1/1954,

употреби приликом подношења захтева за добијање готовинског кредита, а исти му на основу тога буде одобрен, постојати само кривично дело из чл. 209, ст. 1 КЗ.<sup>135</sup>

Осим наведеног примера, питање привидног идеалног стицаја код кривичних дела против правног саобраћаја, поставља се и у случају односа између фалсификовања службене исправе из чл. 357 ст. 1 КЗ Р. Србије и тежег облика, предвиђеног у ставу 2 истог члана, који се односи на њену употребу у служби од стране извршиоца кривичног дела из ст. 1.

У домаћој литератури постоји сагласност у прихватању привидног идеалног стицаја у наведеним случајевима, мада се теоретичари разилазе у погледу опредељења да ли је реч о супсидијаритету, консумпцији или пак алтернативитету.<sup>136</sup>

Сматрамо да уколико је службена исправа употребљена од стране учиниоца, који је истовремено остварио обележја кривичног дела из ст. 1 наведеног члана, неће постојати стицај кривичног дела, већ би прву инкриминацију требало сматрати супсидијарном у односу на другу, будући да је њена примена условљена околношћу да није дошло до реализације друге (употребе), што одговара основним предусловима примене наведеног принципа решења.

Евентуално би се могла размотрити и могућност третирања фалсификовања службене исправе као претходног некажњивог дела, конзумираног главним, мада сматрамо да наведене релације више одговарају супсидијаритету, који наглашава самосталност привидне инкриминације, остављене по страни у случају истовремене употребе, чиме се у већој мери истиче особени кривичноправни значај самог фалсификовања. Свакако, иако не би било веће разлике у прихватању супсидијаритета или консумпције, алтернативитет би требало искључити, будући да у случају употребе претходно фалсификоване службене исправе, не би било потребе за додатним уважавањем претходне инкриминације као отежавајуће околности, ради покривања невредности дела, које се везује за феноменолошке манифестације овог принципа решења. Тим пре, ово важи и за однос између прављења, односно преиначења исправе и њене употребе, који су инкриминисани у члану 355 КЗ (кривично дело са мешовитим бићем).

Решење супсидијаритета, у складу са претходно изнетим резонавањем би се могло прихватити и у случајевима када је сходно одредбама чл. 355 КЗ (фалсификовање исправе), лажну или преиначену исправу употребило исто лице које ју је направило. Међутим, у овом случају се због специфичне конструкције кривичног дела са мешовитим бићем, оправдано јавља дилема о давању примата самом прављењу, односно преиначењу исправе, или пак њеној употреби, што води ка разматрању могућности примене конструкције накнадног некажњивог дела (употреба).<sup>137</sup> Ипак, сматрамо да би примат требало дати самој употреби,

---

<sup>135</sup> Пресуда Апелационог суда у Београду Кж 1 1901/10 од 27.09.2011. године, *Билтен Апелационог суда у Београду* 3/2011, Intermex, Београд 2011. године, 172 – 173.

<sup>136</sup> Ђ. Лазин, 139 – 140. Аутор указује на различита гледишта у прилог сваком од наведених принципа, при чему прихвата супсидијаритет као најприхватљивије решење конфликта, полазећи од аргумента да је фалсификовање службене исправе претходни природни стадијум за њену употребу.

<sup>137</sup> Ђ. Лазин, 137. То је схватање које се заступа и у немачкој доктрини. Тако, Јешек сматра да употреба фалсификованог документа у описаним ситуацијама представља накнадно дело, без којег првобитно фалсификовање не би имало смисла. Ово се доводи у вези са идејним поставкама консумпције, оличеним у њеном постојању онда када садржај невредности и кривице типичне радње достиже и укључује друго дело или други други законски тип. Вид. А. S. Madariaga, 103.

У судској пракси се такође заузима став да у случајевима када је исти окривљени сачинио лажне исправе, у вези остваривања одређеног права (доказ о намирењу потраживања), а потом исте предао надлежном суду, који је на основу тога донео одлуку у његову корист (брисање заложног права на непокретности), постоји једно кривично дело фалсификовања исправе. Вид. Пресуда Врховног касационог суда Кзз 422/2015 од 11.06.2015. године.

У том смислу, ова концепција се приписује гледишту о употреби лажне исправе као реализацији намере претходног поступања. Вид. И. Вуковић (2019), 136.

што је и владајуће гледиште у доктрини<sup>138</sup>, при чему у наведеним случајевима долази до примене консумпције у феноменолошкој варијанти претходног некажњивог дела.<sup>139</sup> Ово правило би требало прихватити и у случају симултане реализације инкриминација из чл. 243, ст. 1 (прављење лажне или преиначење праве платне картице) и ст. 2 (употреба лажне или преиначене платне картице) КЗ.

Међутим, остају на снази извесне недоумице у погледу тога да ли у конкретном случају фигурира решење консумпције (прављење или преиначење исправе се сматра претходним некажњивим делом) или пак варијанта супсидијаритета (условна кажњивост претходног стадијума).<sup>140</sup> Иако то неће имати већи практични значај, сматрамо да би предност требало дати решењу консумпције, с обзиром да се ради о различитим радњама у оквиру истоветног концепта у вредносном смислу, тако да се са практичног аспекта и не може говорити о условној примењивости. На исти начин би требало схватити и однос између прављења лажног новца и његовог стављања у оптицај, који фигурирају у оквиру кривичног дела фалсификовања новца.

Поред тога, као један од очигледних, па чак и репрезентативних примера специјалитета, од значаја је напоменути и релације између инкриминација фалсификовања исправе и фалсификовања службене исправе, где се специјализирајући елемент манифестује у својству активног субјекта, односно објекта радње. Међутим, иако не постоје дилеме у погледу примене привидног идеалног стицаја у наведеном случају, одређени проблеми у квалификацији могу настати у погледу утврђивања испуњености услова под којима се одређена исправа сматра фалсификатом у службеној дужности.<sup>141</sup>

На крају, за примену института привидног идеалног стицаја код кривичних дела против правног саобраћаја, релевантан је однос између фалсификовања службене исправе и злоупотребе службеног положаја из чл. 359 КЗ, као општег кривичног дела против службене дужности. С обзиром на општи карактер правне фигуре која инкриминише злоупотребу службеног положаја, условно речено, може се тврдити да постоји поклапање између наведена два кривична дела, те да би примена стицаја довела до двоструког вредновања истих чињеничних околности, односно кршења забране *ne bis in idem* онда када између њих постоји релевантна функционална релација. Та функционална релација је оличена у околности да се фалсификовање службене исправе појављује као нужно средство извршења злоупотребе службеног положаја, која се са аспекта конкретног случаја, на други начин није могла извршити и води ка утврђивању преферентности инкриминације из чл. 359 КЗ. Када је реч о принципу решења по чијим правилима се утврђује овакво решење и привидни карактер фалсификовања службене исправе, јасно је да основ његовог потискивања, утемељен на описаним функционалним релацијама емпиријског карактера, указује на испуњеност предуслова консумпције, сходно детерминисаним критеријумима, иако доктрина није једногласна по том питању.

---

<sup>138</sup> З. Стојановић, Н. Делић, 320 – 321. Такође, указује се да је прављење фалсификата повезано са самом употребом, односно да се врши у том циљу. Вид. С. Кличек, „Да ли је могућ стјецај кривичних дјела фалсификата службене исправе“, *Наша законитост* 6 – 7/1955, 282; М. Комненић, Ж. Бјелајац, Ж. Спалевић, 100.

<sup>139</sup> Н. Делић, „Кривична дела фалсификовања предвиђена у глави кривичних дела против привреде, у светлу новела из 2012. и 2016. године“, *Финансијски криминалитет* (ур. Ј. Костић, А. Стевановић), Институт за упоредно право, Београд 2018, 70 – 71. Сматрамо да би исто правило требало применити и у случају односа између фалсификовања исправе и проневере.

<sup>140</sup> Н. Делић (2013), 118.

<sup>141</sup> Вид. Ј. Таховић, „Фалсификовање исправе (чл. 306. Кривичног законика) и Фалсификовање у службеној дужности (чл. 319. Кривичног законика)“, *Анали Правног факултета* 3/1954, 329 – 331. У том смислу, прави се разлика између интелектуалног фалсификовања (фалсификовања службене исправе) и материјалног фалсификовања.

Овакво резоновање је прихваћено и у судској пракси, где се примена правила привидног идеалног стицаја доводи у везу са околношћу да се фалсификовање у односу на злоупотребу службеног положаја појављује као средство за остварење циља.<sup>142</sup> Поред тога, у доктрини се чак истиче и услов, иначе карактеристичан за примену консумпције као принципа решења – да је у конкретном случају фалсификовање службене исправе фигурирало као нужно за реализацију злоупотребе службеног положаја.<sup>143</sup> Међутим, за разумевање наведеног оправдања примене привидног стицаја, кључно је имати у виду да се то посматра искључиво са аспекта ситуационих фактора, односно околности конкретног случаја, будући да за остваривање злоупотребе службеног положаја, није нужно да учинилац увек и без изузетка изврши фалсификовање службене исправе, па чак ни на нивоу „убичајености“ њихове симултане реализације.

С друге стране, сматра се да услов примене наведеног института није испуњен у случају када је фалсификовање службене исправе извршено ради олакшања, односно прикривања кривичног дела злоупотребе службеног положаја, што искључује услов консумпције да биће једног кривичног дела редовно и у потпуности обухвата биће другог.<sup>144</sup> Сходно томе, сматра се да се реализација додатног дела којим се обезбеђује покривање претходно извршеног, не може третирати по правилима конструкције накнадног некажњивог деловања.<sup>145</sup>

Међутим, ова констатација није лишена појединих противречности у поступку квалификације, тачније у његовој фази означеној као процес индивидуализације (решавања конфликта између законских норми).

Ако анализирамо садржај законских описа једне и друге инкриминације на апстрактном нивоу, уочава се да код злоупотребе службеног положаја, радња извршења, која се састоји у искоришћавању, односно прекорачењу службеног положаја или овлашћења, коинцидира са фалсификовањем службене исправе као особеним обликом испољавања такве злоупотребе. Самим тим, ради се о типичном примеру релације специјализације између два елемента. Међутим, проблем у констатацији специјалитета као принципа решења којим се решава конфликт између сукобљених законских норми, састоји се у постојању додатног елемента законског описа код злоупотребе службеног положаја, оличеног у намери прибављања себи или другом физичком или правном лицу какве користе, наносењу штете, односно у тежој повреди права другог, што се коси са општим условима примене специјалитета као стриктно логичког принципа, односно захтевом да специјални правни концепт обухвата све елементе генералног. Изостанак поклапања елемената релевантних законских инкриминација, који се на први поглед може уочити, на конкретном примеру ипак није препрека за констатацију наведене релације. Наиме, приликом разматрања принципа специјалитета, указали смо на значај тумачења (интерпретације) у утврђивању испуњености услова специјализације, што укључује и излазак из стриктних опсега приликом констатације обавезне присутности неког од елемената законских описа. Управо на примеру односа између наведена два кривична дела, односно приликом утврђивања да фалсификовање службене исправе увек и нужно подразумева својеврсно наносење штете као једну од алтернативно предвиђених намера, без обзира што је услед примењене легислативне технике

<sup>142</sup> Пресуда Врховног суда Србије Кж 285/85, *Правни живот* 10/1986, 133; Вид. и Д. Јовашевић, *Злоупотреба службеног положаја и корупција*, Номос, Београд 2005, 91 – 92.

<sup>143</sup> Вид. Љ. Лазаревић, „Однос кривичног дела фалсификовања службене исправе са неким блиским кривичним делима“, *Анали Правног факултета у Београду* 1 – 2/1960, 179 – 180.

<sup>144</sup> Пресуда Врховног касационог суда Кзз 841/2017 од 26.10.2017. године. Слично томе, у старијој судској пракси, суд је у једној одлуци одбацио решење привидног идеалног стицаја између фалсификовања службене исправе (сачињавање рачуна са неистинитом садржином) и злоупотребе службеног положаја, уз образложење да радња извршења првог наведеног кривичног дела не улази у састав радње другог. Вид. Пресуда Врховног суда НР Србије Кж 3215/55 од 15.06.1955. године, *Правни живот* 1/1956, 25 – 26.

<sup>145</sup> Вид. И. Вуковић (2019), 137.



изостављена у формалистичком смислу, долази до изражаја наведено правило. Међутим, иако сматрамо да би се решење специјалитета могло бранити у овим случајевима у чисто формалистичком смислу, будући да преферентна специјална инкриминација (фалсификовање службене исправе), садржи све елементе опште, генеричке правне фигуре злоупотребе службеног положаја, сматрамо да због изражене условљености исхода квалификације функционалним релацијама између наведене две инкриминације, предност у већини случајева ипак треба дати консумпцији, што би више одговарало практичним аспектима испољавања релационих односа између наведена два правна концепта.

То с друге стране, указује на другачији исход у избору преферентне инкриминације. У практичном смислу, ово подразумева да се у фази процеса диференцијације, у оба случаја долази до истог закључка – примене решења привидног стицаја онда када су испуњени предвиђени услови сходно критеријумима и правилима таквог поступка. У највећем броју случајева, радиће се о нужним последицама примене принципа *ne bis in idem*. Међутим, ово је један од репрезентативних примера специфичних правила спровођења поступка индивидуализације, где долази до преплитања основа примене различитих принципа решења. Ако пођемо од практичних ефеката опредељења за једно или друго решење, они се испољавају на плану нижег посебног минимума предвиђеног за кривично дело фалсификовања службене исправе (затвор од три месеца наспрам затвора од шест месеца), односно немогућности уважавања привидног дела као отежавајуће околности, у случају прихватања специјалитета.

Стога, прихватањем привидног идеалног стицаја у описаним ситуацијама, нису пак решене све дилеме у погледу принципа решења који би требало применити у конкретном случају, а самим тим ни инкриминације која се сматра преферентном. Тако, поред специјалитета који је у спорадичним случајевима прихваћен у доктрини<sup>146</sup>, постоје и схватања да је у конкретном случају реч о консумпцији, односно да је фалсификовање конзумирано злоупотребом службеног положаја онда када се оно појављује као начин извршења истог.<sup>147</sup> Другим речима, ово гледиште, уместо на формалистичке, ставља акценат на функционалне споне између два правна концепта, те самим тим прихвата злоупотребу службеног положаја као преферентну инкриминацију онда када је фалсификовање службене исправе једини начин за извршење овог општег кривичног дела. Поменути специфичности у квалификацији, указују да није могуће унапред утврдити дефинитивна правила о решавању сукоба норми у конкретном случају, те да ће коначни исход зависити од тумачења специфичности испољавања наведених инкриминација у конкретном случају. Тиме се најочигледније испољава значај поступка тумачења међуодноса између два правна концепта, односно конкретни приступ у детерминацији привидног идеалног стицаја.

У доктрини и судској пракси, када је реч о односу између наведене инкриминације, акценат је стављен на детерминисање фактора разграничења између привидног идеалног и идеалног стицаја, полазећи од функционалних релација (критеријум фалсификовања као неопходно средство извршења злоупотребе службеног положаја), што је резултат владајуће концепције о примени консумпције као релевантног принципа решења. Стога, не посвећује се већа пажња његовом супротстављању специјалитету као варијанти од које полазе поједини теоретичари, дајући примат фалсификовању службене исправе. То је, по нашем

---

<sup>146</sup> М. Б. Ракић, 53. Сматра се да у том случају, намера прибављања користи, која је битан елемент злоупотребе службеног положаја, такође улази и у оквире бића кривичног дела фалсификовања, односно да се појављује као његов редован елемент.

Тако и Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 2038/93 од 09.02.1994. године, наведено према Д. Јовашевић (2005), 96. У том смислу, истиче се да у конкретном случају, фалсификована службена исправа (пописна листа), улази у садржај радње кривичног дела злоупотребе службеног положаја.

<sup>147</sup> Пресуда Врховног суда Кзз 20/96 од 12.02.1998. године. Вид. Д. Јовашевић (2005), 102. Тако, као један од типичних примера, наводи се случај оверавања службене исправе неистините садржине од стране оптуженог службеног лица и на основу тога обезбеђење кредита у корист одређеног предузећа.

мишљењу, између осталог, последица како незнатно веће тежине кривичног дела злоупотребе службеног положаја, тако и потребе да се избегну детаљна образложења у констатацији релације специјалитета, која у апстрактном смислу захтева потпуно поклапање свих елемената две инкриминације. Међутим, са теоријског аспекта, полазећи од претпоставки констатације релације специјализације, не може се у потпуности искључити решење специјалитета, иако ће то бити ретки случајеви у пракси. Свакако, сматрамо да се као одлучујући фактор појављује околност субјективних и објективних параметара од утицаја на поступак квалификације у једном или у другом правцу.

Ипак, кључно доктринарно и практично питање испољава се плану услова примене привидног идеалног стицаја уопште. Карактеристично је да се однос између наведена два кривична дела често појављивао као предмет спора у судској пракси, и то превасходно са аспекта услова под којима се сматра да је могућа примена привидног идеалног стицаја (процес диференцијације), најчешће по основу консумпције. Тако, на примеру учиниоца, запосленог у банци, који је злоупотребио службени положај на тај начин што је задржао за себе отплате дужника банке, а потом како би прикрио то присвајање, фалсификовао службене исправе, насупрот решењу окружног суда и квалификацији злоупотребе службеног положаја, Врховни касациони је искључио могућност примене привидног стицаја. У образложењу пресуде, наведено је да нису испуњени услови консумпције, имајући у виду да радње фалсификовања нису биле нужне за извршење злоупотребе службеног положаја.<sup>148</sup>

Тако, и у другим примерима из судске праксе, налазимо на прихватање стицајног решења. У једној пресуди, полази се од тога да у случају остваривања обележја бића кривичних дела злоупотребе службеног положаја и фалсификовања службене исправе, постоји аутентични стицај.<sup>149</sup> Осим тога, јасно је да ће квалификација стицаја бити обавезна у случају када је фалсификовање у функцији прикривања претходно извршене злоупотребе.<sup>150</sup> И у овом примеру, недостаје већ поменути услов да се фалсификовање појављује као нужно средство реализације злоупотребе службеног положаја.

Такође, до сличних закључака се дошло и у случају истовременог остваривања обележја бића кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица и фалсификовања службене исправе. Наиме, поједине судске одлуке, указују да ће квалификација привидног или аутентичног стицаја, зависити од особености конкретног случаја, тачније од начина испољавања забрањеног понашања и међуодноса реализованих елемената законских описа бића кривичних дела. Тако, одлучујући о захтеву за заштиту законитости поводом правноснажне судске одлуке о квалификацији стицаја између кривичних дела злоупотребе положаја одговорног лица из тада важећег чл. 234, ст. 3 КЗ (чл. 227 важећег КЗ) и фалсификовања службене исправе из чл. 357, ст. 3 КЗ, у случају када је окривљени обележја другог кривичног дела, остварио накнадно, Врховни касациони суд је утврдио да не постоји привидни идеални стицај, будући да фалсификовање службене исправе није извршено ради реализације првог кривичног дела, већ ради прикривања истог, негирајући

---

<sup>148</sup> Пресуда Врховног суда НР Србије Кж 718/52 од 28.05.1952. године, *Правни живот* 4/1953, 21 – 22. Тако и М. Радовановић (1956), 30. У том смислу, указује се да је примена консумпције искључена онда када фалсификовање није било нужно за извршење злоупотребе службеног положаја. Вид. Љ. Лазаревић (1960), 183 – 184.

<sup>149</sup> Пресуда Врховног суда Војводине Кз 14/72 од 03.05.1972. године. Као образложење се наводи да су радње наведених кривичних дела различите, односно са различитим елементима дела. Тако, указује се да код злоупотребе службеног положаја, учинилац делује у намери да себи или другом прибави противправну имовинску корист, при чему није битно да ли се служи фалсификатом ради остварења тог циља. С друге стране, фалсификовање службене исправе се врши уношењем неистинитог садржаја, независно од саме намере учиниоца.

<sup>150</sup> Д. Јоцић, „Злоупотреба положаја одговорног лица – аутодеструкција норме“, *Билтен Врховног касационог суда у Београду* 2/2019, 137.

постојање релације супсидијаритета у конкретном случају.<sup>151</sup> Управо то указује на релативни карактер правила квалификације и немогућност изолованог разматрања инкриминација, без уважавања контекста испољеног понашања.

Иста правила, по аналогiji са односом између фалсификовања исправе и преваре би требало применити и у случају остваривања обележја кривичних дела фалсификовања службене исправе и проневере, при чему се решење привидног стицаја доводи у везу са условом да је фалсификована исправа средство извршења или прикривања проневере.<sup>152</sup> Осим тога, сматрамо да управо на поменутом критеријуму почивају и доктринарна гледишта о примени решења привидног стицаја у случају релација између фалсификовања исправе и других инкриминација у чијем остваривању оно у зависности од ситуационих околности фигурира, попут кривичног дела пореске утаје из чл. 225 КЗ.<sup>153</sup>

Међутим, поменути критеријум средства извршења, као што ћемо видети, захтева и додатно прецизирање, у смислу истицања да је реч о нужном, односно неизбежном остваривању обележја фалсификовања, како би се у конкретном случају могла извршити проневера. Иначе, према неким схватањима, сматра се да је чак реч о примеру релације супсидијаритета, где је кривично дело фалсификовања условно примењиво у односу на проневеру, чијим се елементима сматра обухваћеним, као претходна радња.<sup>154</sup> Ипак, мишљења само да ће у највећем броју случајева превагу однети услови констатације консумпције, мада је то уско повезано и са већ поменутом проблематиком диференцирања манифестација претходних некажњивих дела која се сматрају обухваћеним супсидијаритетом и онима који припадају консумпцији. Ако пођемо од аргумената које смо већ истакли, јасно је да примат односи решење консумпције.

---

<sup>151</sup> Пресуда Врховног касационог суда Кзз 627/2017 од 27.06.2017. године. У захтеву за заштиту законитости, бранилац је указао на постојање супсидијаритета између кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица из чл. 234, тач. 3 КЗ и фалсификовања службене исправе извршене у саизвршилаштву, што Врховни касациони суд сматра неоснованим, имајући у виду да је окривљени најпре извршио кривично злоупотребе положаја одговорног лица 2011. године, а затим и фалсификовање службене исправе у саизвршилаштву 2012. године, што указује да у конкретном случају, фалсификовање службене исправе није извршено ради спровођења првог кривичног дела, већ ради прикривања истог.

Карактеристично је да је претходно законодавно решење у погледу инкриминације злоупотребе положаја одговорног лица, садржало клаузулу супсидијаритета, која је примену овог кривичног дела ограничавала на случајеве када нису остварена обележја другог кривичног дела, што је отворило и дилеме у погледу начина квалификације у случају истовременог остваривања обележја кривичног дела фалсификовања. Вид. Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1183/2019 од 07.07.2020. године.

Слично томе, Врховни касациони суд је одбацио могућност примене института привидног идеалног стицаја по основу консумпције у случају када је фалсификовање службене исправе предузето ради прикривања претходно извршеног кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица. Вид. Пресуда Врховног касационог суда Кзз 937/2015 од 12.11.2015. године.

<sup>152</sup> Б. Златарић, 162 – 163. Томе се додаје и околност да је употреба фалсификоване исправе радња извршења проневере. Вид. и Н. Делић (2022), 404.

На овај критеријум се директно упућује и у судској пракси. Тако је у случају када су фалсификоване признанице употребљене након извршења проневере, ради њеног прикривања, Апелациони суд, насупрот решењу првостепеног суда, утврдио да не постоји привидни реални стицај, уз образложење да такве признанице нису употребљене у циљу извршења проневере. Вид. Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Посл. бр. Кж 1 2443/13 од 27.08.2013. године.

<sup>153</sup> Д. Јовашевић, *Пореска кривична дела*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд 2016, 131.

<sup>154</sup> М. Комненић, Ж. Бјелајац, Ж. Спалевих, 106 – 107. Аутори као пример наводе случај окривљеног који у штедну књижицу унесе лажне податке о подизању новца од стране власника рачуна, остварујући обележја кривичног дела фалсификовања, што је претходило самом противправном присвајању одређеног новчаног износа.

У вези примене правила супсидијаритета у наведеном случају, вид. Љ. Лазаревић (1960), 180 – 181. Такође, указује се и на поједине судске одлуке у којима је прихваћено решење консумпције у корист проневере као преферентне инкриминације онда када је умишљај учиниоца ишао у правцу проневере, а фалсификовање се појављује као средство његовог извршења.

Управо однос између кривичних дела фалсификовања исправе и проневере указује на танку границу између привидног и аутентичног стицаја, односно неопходност тумачења (интерпретације) међуодноса између реализованих инкриминација у конкретном чињеничном контексту. Тако, констатација привидног стицаја између наведене две инкриминације, условљена је околношћу да су фалсификоване исправе (признанице), употребљене као предмет и ради извршења кривичног дела проневере из чл. 364 КЗ. Уколико то није случај, односно ако је учинилац радњу кривичног дела фалсификовања исправе предузео након извршења проневере, односно ради њеног прикривања, постојаће стицај наведених кривичних дела.<sup>155</sup> Сличну одлуку, уз образложење да се употреба фалсификоване исправе испољила као радња извршења проневере, донео је и Врховни суд у случају службеника предузећа који је саставио лажне платне спискове и налоге за исплату, како би на основу њих била подигнута знатно већа сума новца.<sup>156</sup> Међутим, до другачијег закључка, дошао је Врховни суд, који је одбацио решење привидног стицаја између проневере и фалсификовања у случају када је учинилац преправио банкарске потврде и саставио неистините податке, уз образложење да уколико из начина извршења одређеног кривичног дела, произлази да исто обухвата и посебна обележја другог, треба узети да постоји стицај, односно ту другу радњу треба квалификовати као посебно кривично дело.<sup>157</sup> Ипак, као што смо већ напоменули на почетку, у доктрини се са правом истиче да сама околност да је фалсификовање средство извршења проневере, не доводи аутоматски до примене решења консумпције, већ оно захтева и испуњење додатних услова.<sup>158</sup>

Ипак, сматрамо да проблем квалификације код истовременог остваривања обележја кривичног дела проневере и фалсификовања, треба решити на исти начин као и у случају релација овог кривичног дела са преваром. Тачније, квалификација привидног идеалног стицаја је условљена околношћу да се инкриминација из чл. 364 КЗ није могла другачије остварити, осим фалсификовањем. На то упућује и судска пракса, која негира могућност примене привидног идеалног стицаја по основу консумпције у конкретном случају када је циљ предузете радње фалсификовања службене исправе био само да се олакша или прикрије извршење кривичног дела проневере.<sup>159</sup>

Са аспекта примене института привидног стицаја, релевантан је и однос између фалсификовања исправе и навођења на оверавање неистинитог садржаја, где се сматра да сама употреба такве исправе, у односу на коју је учинилац навео надлежно лице да овери њен неистинити садржај, покрива невредност такве претходне радње.<sup>160</sup> Другим речима, конституише се условна примењивост кривичног дела из чл. 358 КЗ, што произлази како из законског описа наведене инкриминације, тако и смисла и сврхе њеног прописивања и положаја у компарацији са обележјима бића кривичног дела фалсификовања исправе. Међутим, имајући у виду различите ситуационе факторе, у пракси могу настати одређени проблеми у разграничењу привидног и аутентичног стицаја.<sup>161</sup>

<sup>155</sup> Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Посл. бр. Кж. I 2443/13 од 27.08.2013. године.

<sup>156</sup> Пресуда Врховног суда НРС Кж 977/54 од 24.06.1954. године, *Правни живот* 12/1954, 39 – 40. У овом случају, Врховни суд је са образложењем да је употреба фалсификованог чека ушла у радњу извршења проневере, преиначио првостепену одлуку о стицају.

<sup>157</sup> Пресуда Врховног суда НР Србије Кж 923/52 од 18.06.1952. године, *Правни живот* 2/1953, 25 – 26.

<sup>158</sup> М. Б. Ракић, 52.

<sup>159</sup> Пресуда Врховног касационог суда Кзз 127/2017 од 02.03.2017. године.

<sup>160</sup> М. Комненић, Ж. Бјелајац, Ж. Спалевић, 101.

<sup>161</sup> Тако је Врховни касациони суд утврдио да су првостепени и другостепени суд погрешно установили да постоји кривично дело навођења на оверавање неистинитог садржаја из чл. 358 КЗ, у случају када је окривљени најпре сачинио неистиниту изјаву о измирењу потраживања, а потом је оверио лажним печатом и фалсификовањем потписа овлашћеног лица и предао надлежном суду, који је на основу исте донео решење о брисању хипотеке, утврђујући да у конкретном случају постоји кривично дело фалсификовања исправе из чл. 355, ст. 1 КЗ. Вид. Пресуда Врховног касационог суда у Београду Кзз 422/2015 од 11.06.2015. године.

Такође, могуће је истовремено остваривање обележја кривичног дела фалсификовања исправе из чл. 355, ст. 2 (јавна исправа) и посебних случајева фалсификовања исправе из чл. 356, ст. 1, тач. 5 КЗ (неовлашћена употреба правог печата и знака), што се на конкретном примеру из судске праксе, манифестовало приликом употребе лажне саобраћајне дозволе од стране учиниоца, који је истовремено на возило ставио неприпадајуће регистарске ознаке у складу са подацима из такве преиначене јавне исправе.<sup>162</sup>

Особене функционалне релације, неопходне за квалификацију привидног стицаја, препознају се и на примеру учиниоца (службеног лица), који фалсификовање службене исправе реализује како би извршиоцу другог кривичног дела омогућио прикривање мањка, чиме се искључује стицај између фалсификовања службене исправе и прикривања.<sup>163</sup>

На крају, важно је напоменути да, баш као што је у случају односа између фалсификовања службене исправе и злоупотребе службеног положаја, од значаја да се у поступку квалификације адекватно утврде све одлучујуће чињенице које условљавају квалификацију привидног стицаја, то у још већој мери важи за однос између таквог фалсификовања и инкриминација попут преваре и проневере, где је постојање привидног или аутентичног стицаја условљено ситуационим околностима.

#### 4.3. Кривична дела против службене дужности и привидни идеални стицај

Поред кривичних дела фалсификовања, чији је однос са појединим инкриминацијама карактеристичан са аспекта примене правила привидног идеалног стицаја, односно његове диференцијације од облика аутентичног стицаја, још један од најрепрезентативнијих примера феноменолошког испољавања овог института, односи се на случајеве кривичних дела против службене дужности, тачније злоупотребе службеног положаја из чл. 359 КЗ, наспрам других инкриминација из ове групе. У овом случају, долазе до изражаја како специфичности поступка диференцијације, тако и поступка индивидуализације, што се превасходно односи на испуњеност услова примене правила принципа специјалитета.

Иначе, примена института привидног идеалног стицаја, односно проблематика његовог разграничења од манифестација аутентичног стицаја, у области кривичних дела против службене дужности, праћена је бројним дилемама, али и неусаглашеним ставовима доктрине и судске праксе, што се превасходно своди на релације злоупотребе службеног положаја са другим инкриминацијама из ове групе, али и на њихов однос са кривичним делима фалсификовања<sup>164</sup>, на чије смо особености већ указали.

У погледу позиционирања злоупотребе службеног положаја у квалификацији која је условљена реализацијом истог паралелно са другим инкриминацијама из групе против службене дужности, његово својство привидног дела се истиче чак и као генерално правило.<sup>165</sup> Међутим, иако се о његовој фактичкој супсидијарности у односу на остала

---

<sup>162</sup> Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Кж.1 3762/11 од 26.01.2012. године, *Билтен судске праксе Апелационог суда у Новом Саду* 4/2012, Intermex, Београд 2012, 140 – 141. У конкретном случају, Суд сматра да фалсификована саобраћајна дозвола и у складу са подацима из исте, преиначене регистарске таблице, представљају једну јавну исправу, због чега се сматра да постоји привидни идеални стицај.

<sup>163</sup> Н. Делић (2013), 149.

<sup>164</sup> М. Радовановић (1956), 24.

<sup>165</sup> Вид. *Ibid.*, 26 – 27. Аутор полази од Пресуде Врховног суда НР БИХ Кж 329/53 од 25.05.1953. године.

Тако, напомиње се да истовремено остваривање обележја неког другог кривичног дела из групе против службене дужности, искључује општу квалификацију злоупотребе службеног положаја. Вид. Извод из пресуде Врховног суда НР БИХ број Кж 329/53, од маја 1953. године, *Правни живот* 12/1953, 26 – 27.

кривична дела из ове групе говори као о општем правилу, исто тако се напомиње да судска пракса није у потпуности усклађена са овим, општеприхваћеним ставом доктрине, те да показује тенденцију његове самосталне, паралелне примене.<sup>166</sup>

Већ смо указали да се ово кривично дело формално може налазити у односу специјалитета и са кривичним делом фалсификовања службене исправе, које штити правни саобраћај, а његова основна карактеристика се огледа у томе да спада у опште службене деликте, при чему се може извршити од стране било ког службеног лица. Стога, узима се да ће у случају остваривања обележја неког другог кривичног дела из ове групе, по основу привидног идеалног стицаја, постојати само то друго, специјално кривично дело.<sup>167</sup> У судској пракси се упућује чак и на примену консумпције у овим случајевима, при чему се полази од генералног става да ће злоупотреба службеног положаја бити конзумирана у случају остваривања неке друге правне фигуре из ове групе, попут примања мита или трговине утицајем, који се сматрају његовим посебним видовима.<sup>168</sup>

То произлази из самих елемената законског описа бића, где посебно долази до изражаја начин прописивања последице наведеног кривичног дела, која се састоји у прибављању себи или другом физичком или правном лицу какве користи, наношења другоме какве штете, односно тежој повреди права другог, што се поклапа са обележјима других инкриминација, попут проневере или примања мита.

Посебно је карактеристичан однос са кривичним делом примања мита, које се по својој природи повезује управо са својеврсном злоупотребом службеног положаја. Стога се у доктрини указује на недоумице у погледу тога да ли у случају када учинилац прими поклон или другу корист, под условима прописаним у одредбама чл. 367 КЗ, а потом изврши злоупотребу службеног положаја, постоји привидни идеални стицај између наведена два кривична дела.<sup>169</sup> У том смислу, као релевантан фактор у квалификацији, фигурира околност да ли је учинилац примио мито пре или након што је дошло до остваривања елемената бића кривичног дела из чл. 359 КЗ. У овом случају, ради се о једном од примера деловања варијабилних (променљивих) објективних околности у примени критеријума диференцијације између два института, што конкретне манифестације чини релевантним за истицање особености феноменолошке димензије института привидног идеалног стицаја.

Уколико анализирамо радњу извршења кривичног дела примања мита, јасно је да захтевање или примање поклона или какве друге користи, односно примање обећања поклона или какве користи да се изврши службена радња која се не би смела извршити, или

---

У литератури се такође изричито напомиње да злоупотреба службеног положаја фигурира као генерално (опште) кривично дело, док се остале инкриминације из ове групе појављују као његови специјални видови, што подразумева примену принципа специјалитета. Вид. Д. Коларић, „Кривично дело злоупотребе службеног положаја“, НБП Наука, безбедност, полиција 2/2012, 41. Тако и Д. Јовашевић, „Злоупотреба службеног положаја – опште кривично дело корупције“, *Конференција Финансијски криминалитет и корупција 18 – 19. октобар 2019. године*, Вршац 2019, 43.

<sup>166</sup> Н. Делић, „Кривично дело злоупотреба службеног положаја (члан 359. КЗ) – Стање и перспектива, *Казнена реакција у Србији, VIII део* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018, 125 и 144. Због тога се, између осталог, предлаже и увођење законског супсидијаритета, који би примену ове инкриминације условио неостваривањем обележја бића другог кривичног дела.

Делић такође оправдано искључује и бланкетни карактер ове опште инкриминације у односу на друге сродне диспозиције. Вид. Н. Делић (2022), 412.

<sup>167</sup> З. Стојановић, Н. Делић, 330. С друге стране, разматрајући однос злоупотребе службеног положаја и кривичног дела прања новца (прописаног према важећем законодавству у одредбама чл. 235 КЗ), Апелациони суд је одлучујући о жалби браниоца који је изнео аргумент да је у конкретном случају реч о односу специјалитета између наведених инкриминација, одбацио такву могућност, уз образложење да не постоји поклапање законских обележја бића наведених кривичних дела, опредељујући се за варијанту стицаја. Вид. Пресуда Апелационог суда у Београду Кж 1 По1 32/13 од 04.06.2014. године.

<sup>168</sup> Д. Јоцић, 131.

<sup>169</sup> Ђ. Лазин, 135.

да се не изврши службена радња која би се морала извршити, нужно коинцидира са садржајем елемената бића злоупотребе службеног положаја, оличеним у искоришћавању свог службеног положаја или овлашћења, односно прекорачењу граница истог или невршењу службене дужности, што указује да би квалификација стицаја у наведеним случајевима, довела до двоструког вредновања истих околности, а самим тим и кршења начела *ne bis in idem*. У практичном смислу, то ће значити да увек када учинилац предузме радњу кривичног дела примања мита (независно од тога да ли је извршио и оно због чега је примио мито), остварују се обележја злоупотребе службеног положаја, при чему се у овом случају ради о односу специјалитета. Наиме, радња извршења примања мита је специјална у односу на другу инкриминацију, при чему у погледу поклапања елемената који се односи на прибављање какве користи, наносење штете другом, или тежу повреду права другог, по аналогiji важе иста правила као и код односа злоупотребе службеног положаја и фалсификовања службене исправе. То значи да се и код примања мита претпоставља постојање намере која се изричито захтева код злоупотребе службеног положаја. У том контексту, указује се да су примање мита и незаконито вршење службене дужности функционално повезани захтеваним митом, које представља само даљу фазу у незаконитом поступању службеног лица, што условљава квалификацију привидног идеалног стицаја.<sup>170</sup>

Овакво резоновање потврђују и ставови судске праксе. Наиме, сматра се да примање мита искључује кривично дело злоупотребе службеног положаја, онда када је оптужени захтевао девизни износ од сведока у вези са извршењем незаконите службене радње, имајући у виду да је незаконито вршење службене дужности функционално повезано са траженим митом и представља даљу фазу у незаконитом поступању, те да је учинилац у конкретном случају извршио само једну незакониту радњу и то у вези са примљеним митом. Сходно томе, полази се од претпоставке да само извршење незаконите службене радње не улази у биће овог кривичног дела већ представља обележје кривичног дела примања мита, успостављајући релацију специјалитета.<sup>171</sup> Поједина гледишта, решење привидног стицаја правдају околношћу да се у случају злоупотребе службеног положаја од стране примаоца мита, ради о реализацији његове намере, због чега се таква злоупотреба сматра саставним делом радње извршења примања мита.<sup>172</sup>

Ипак, у поступку квалификације, морају се уважити одређене специфичности испољавања односа између наведене две инкриминације. Тако, треба имати у виду да се кривично дело примања мита сматра довршеним самим предузимањем радње захтевања, односно примања поклона или друге користи, те да није потребно да је службено лице чињењем или нечињењем предузело радње због које је примило мито. Стога, можемо се сложити да за разлику од случаја када је извршено само примање мита, где постоји однос специјалитета, под описаним условима, накнадно предузимање радњи од стране службеног лица (због које је мито примљено), које се уклапају у злоупотребу службеног положаја, захтева квалификацију стицаја, имајући у виду да нису испуњени услови привидног идеалног стицаја, а самим тим ни за примену неког од принципа решења.<sup>173</sup> У светлу поменутих околности, сматра се да свака радња предузета након примања мита, која се може окарактерисати као злоупотреба службеног положаја, представља самостално кривично

<sup>170</sup> Д. Јоцић, „Примање мита у служби и привредној делатности“, *Билтен Врховног касационог суда у Београду* 2/2018, Intermex, Београд 2018. године, 60 – 61.

<sup>171</sup> Пресуда Врховног суда Србије Пк 686/99 од 22.02.2003. године. Негирање реалног стицаја је у овом случају условљено управо околношћу да је незаконита службена радња предузета искључиво у вези са захтеваним и примљеним митом.

<sup>172</sup> М. Сингер, „Прилог дискусији о стјецају кривичног дјела из чл. 314. ст. 1. и кривичног дјела из чл. 325. ст. 1. КЗ“, *Наша законитост* 11 – 12/1958, 549. Поред тога, истиче се да у прилог решењу привидног стицаја говори и околност висине запрећене казне за примање мита, што се може тумачити и као претпостављена намера законодавца да њоме обухвати криминалну количину злоупотребе службеног положаја.

<sup>173</sup> Тако Ђ. Лазин, 136.

дело.<sup>174</sup> Иначе, ово питање није једногласно решено у доктрини, имајући у виду да постоје схватања по којима се накнадна злоупотреба службеног положаја сматра некажњивим накнадним делом, односно случајем консумпције, у складу са претпоставком да је казном за примање мита обухваћена и злоупотреба службеног положаја у смислу остваривања његове намере.<sup>175</sup> Међутим, са овим схватањем се не можемо сложити, имајући у виду превасходно околност да је намера овог кривичног дела остварена већ самим захтевањем или примањем поклона или друге користи, због чега накнадно предузимање радњи које се сматрају злоупотребом службеног положаја поседује сопствену криминалну количину, што имплицира да се његова невредност не може сматрати обухваћеном претходном радњом, нити између њих постоје нераскидиве функционалне споне.

Могуће је да учинилац прими мито у вези радњи које је већ предузео, уколико оне подразумевају злоупотребу службеног положаја. Мишљења смо да и у тим случајевима нису испуњени услови привидног идеалног стицаја, из истих разлога.<sup>176</sup> Међутим, у литератури постоје и другачија гледишта, која полазе од хипотезе да накнадно примање мита представља само реализацију намере злоупотребе службеног положаја, оличене у прибављању противправне имовинске користи, под условом да се не проузрокује нова штета.<sup>177</sup> Ипак, сматрамо да ова концепција према којој би у конкретном случају морала бити примењена конструкција накнадног некажњивог дела, не одговара претпоставкама постојања овог феноменолошког облика консумпције, између осталог и због знатно веће казне предвиђене за примање мита.

Поред односа са кривичним делом примања мита, посебну пажњу заслужује разматрање квалификације привидног идеалног стицаја, у случају када су истовремено испуњени елементи законског описа бића кривичног дела противзаконите наплате и исплате из чл. 362 КЗ. Наведеном одредбом је предвиђено да ће се новчаном казном или затвором до три године, казнити службено лице које од неког наплати нешто што овај није дужан да плати или наплати више него што је дужан да плати или које пак при исплати или предаји ствари, пропусти да исплати, односно мање исплати, не преда, или мање преда.

Јасно је да и у овом случају постоји преклапање са кривичним делом злоупотребе службеног положаја, те да не би било оправдано применити правила стицаја. Међутим, код злоупотребе службеног положаја, за разлику од противзаконите наплате и исплате, захтева се да је службено лице прибавило какву корист, нанело штету или теже повредило права другог. Стога, сматрамо да у овом случају нису испуњени услови специјалитета који би примат дали противзаконитој наплати и исплати, с обзиром да изостаје преклапање елемената законских описа, нити би се могла прихватити могућност консумпције злоупотребе службеног положаја, услед неиспуњености захтева оличеног у покривању невредности целокупног понашања искључивом применом наведеног кривичног дела. Из тог разлога, сматрамо да би у овом случају инкриминација злоупотребе службеног положаја требало да буде носилац квалификације, у складу са принципом консумпције.

То је и владајуће схватање у доктрини, те се указује да примат ипак треба дати општем кривичном делу злоупотребе службеног положаја, с обзиром на тежину казне, односно обухватност елемената друге инкриминације (прибављање користи или доношење штете).<sup>178</sup>

Осим тога, специфичност кривичног дела из чл. 362 КЗ Р. Србије се испољава и у погледу односа са кривичним делом проневере, где се за разлику од злоупотребе службеног

---

<sup>174</sup> М. Сингер, 549.

<sup>175</sup> Б. Златарић, 168.

<sup>176</sup> На то упућују и релевантна доктринарна гледишта. Вид. М. Радовановић (1956), 30.

<sup>177</sup> Б. Златарић, 166 – 167.

<sup>178</sup> З. Стојановић, О. Милорадовић, М. Радисављевић, 151.



положаја, сматра да нису испуњени услови привидног идеалног стицаја.<sup>179</sup> Можемо се сложити са наведеним схватањем, имајући у виду да за разлику од злоупотребе службеног положаја, које као опште кривично дело против службене дужности само по себи коинцидира са појединачним кривичним делима из наведене групе, укључујући и противзакониту наплату и исплату, чију невредност може консумирати, код проневере се не може говорити о таквој врсти односа, имајући у виду да је наведена инкриминација управљена ка заштити других вредности, при чему делимично преклапање са кривичним делом из чл. 362 КЗ, није довољно за квалификацију привидног идеалног стицаја. Ово указује на комплексност поступка интерпретације у утврђивању критеријума дистинкције привидног идеалног и идеалног стицаја.

Општи карактер кривичног дела злоупотребе службеног положаја условљава квалификацију привидног идеалног стицаја и у односу на друге инкриминације посебног дела кривичног права које се појављују као особени видови такве злоупотребе. Најчешће је реч о квалификованим облицима других кривичних дела, где се као основ конфигурисања тежег облика, појављује околност да је дело учинило службено лице, злоупотребом службеног положаја. Овде још очигледније долази до изражаја релација специјалитета, тако да не постоје дилеме у погледу квалификације привидног стицаја по том основу.<sup>180</sup> Један од таквих примера јесте и тежи облик противправног лишења слободе из чл. 132, ст. 2 КЗ, које се од основног облика разликује по томе што је извршено од стране службеног лица, злоупотребом службеног положаја.

У релацији консумпције, према схватању у судској пракси, налазе се кривично дело злоупотребе службеног положаја из чл. 359, ст. 3 КЗ и одавања пословне тајне из чл. 240, ст. 2 КЗ, при чему се сматра да примат има инкриминација злоупотребе службеног положаја, будући да одавање пословне тајне представља радњу извршења наведеног кривичног дела.<sup>181</sup> У овом случају, приликом одлучивања о преферентној инкриминацији, суд је дао предност злоупотреби службеног положаја, односно тежем облику условљеном висином прибављене имовинске користи (износ преко милион и петсто хиљада динара), наспрам одавања послове тајне учињене из користољубља. У првом случају, предвиђена је казна затвора од две до дванаест година, док је у другом случају предвиђена казна од две до десет година и новчана казна. Ово је у складу са већ поменутиим критеријумима решавања конфликта између норми у случају консумпције, у вези чега је у нашој судској пракси прихваћено гледиште утемељено на параметру теже казне.

Са аспекта примене института привидног идеалног стицаја, односно његовог разграничења од идеалног стицаја у поступку квалификације, као специфично кривично дело против службене дужности, издваја се и давање мита из чл. 368 КЗ. Наиме, иако је сврстано у групу кривичних дела против службене дужности, давање мита не захтева да извршилац има својство службеног лица, због чега се може поставити питање његовог односа са другим општим кривичним делима. Тако, у контексту придавања овој инкриминацији својства претходног некажњивог дела, у односу на накнадно извршено кривично дело преваре из чл. 208 КЗ, у судској пракси наилазимо на предлоге квалификације привидног идеалног стицаја у корист преваре, у случају када су давањем мита прибављени лажни записници који су

<sup>179</sup> З. Стојановић, Н. Делић, 334. Тако и Б. Златарић, 163.

Међутим, анализа судске праксе указује да се у одређеним случајевима пак могу појавити проблеми у разграничењу између наведена кривична дела, који се решавају адекватним тумачењем смисла и сврхе законских обележја бића појединачних инкриминација. Тако Пресуда Врховног суда Србије Кж. I 500/88 од 02.09.1988. године, вид. Д. Јовашевић (2005), 87 – 88.

<sup>180</sup> Љ. Лазаревић (2011), 284. Као пример се наводи случај посебног облика кривичног дела противправног лишења слободе из чл. 132, ст. 2 КЗ.

<sup>181</sup> Пресуда Вишег суда у Новом Саду Посл. бр. К 305/12 од 11.02.2013. године, која је потврђена и Пресудом Апелационог суда у Новом Саду Посл. бр. Кж 11406/13 од 09.07.2013. године, *Билтен Вишег суда у Новом Саду* 4/2013, Intermex, Београд 2013.

потом послужили као средство извршења овог кривичног дела (принцип консумпције). Међутим, у складу са општим правилима дистинкције привидног и аутентичног стицаја у поступку квалификације, која су утемељена на тумачењу (интерпретацији) свих особености конкретног случаја и самих сукобљених законских норми, односно анализе штићених правних добара, природе и значаја инкриминација, као и њихових законских обележја, укључујући и управљеност намере учиниоца, преовлађује схватање да нису испуњени услови примене института привидног идеалног стицаја<sup>182</sup>, са чиме се можемо сложити.

У сваком случају, постоји општа сагласност да је у случају истовременог остваривања обележја кривичног дела злоупотребе службеног положаја и неког другог кривичног дела из групе против службене дужности, који заправо представља специфичан облик такве злоупотребе, стицај само привидан и да по основу специјалитета примат треба дати том другом кривичном делу.<sup>183</sup> На тај начин, злоупотреба службеног положаја се појављује у улози генеричке инкриминације, која се конкретизује кроз специјализоване (посебно инкриминисане) облике предузимања радње извршења. Ово је уједно и један од репрезентативних примера феноменолошких манифестација релације специјализације, која се успоставља на основу ширег тумачења поклапања обележја релевантних концепата, односно специјалитета по основу спецификације.

Ипак, тиме се не поједностављује сам поступак квалификације, будући да у неким случајевима неће бити једноставно утврдити претпоставке постојања такве релације, што је условљено бројним ситуационим факторима и околностима. На то указује и судска пракса, полазећи од случаја учиниоца (службеног лица) који је са стола другог овлашћеног лица (начелника организационе јединице МУП – а), узео десет службених возних исправа, оверио их и потом на основу њих, лица у железници довео у заблуду да му на основу истих издају карту за бесплатну вожњу. Наиме, Врховни суд је насупрот првобитној квалификацији продуженог кривичног дела фалсификовања службене исправе, преиначио такву одлуку и утврдио да постоји стицај између фалсификовања и злоупотребе службеног положаја, имајући у виду да учинилац иначе није био овлашћен за оверавање исправа.<sup>184</sup>

#### 4.4. Кривична дела против привреде и привидни идеални стицај

За област кривичних дела против привреде, карактеристичне су новине у погледу прописивања нових инкриминација Законом о изменама и допунама КЗ, који се примењује од 2018. године, чиме је дошло до промене у систематици наведене групе кривичних дела. Оправдање за увођење нових кривичних дела у овом домену, доводи се у везу са проблематиком односа између кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица и других деликата против имовине, попут преваре или пак фалсификовања службене исправе,

---

<sup>182</sup> Пресуда Апелационог суда у Београду, Посебног одељења Кж1 По1 13/10 од 20.12.2010. године. Суд је установио да постоји непоклапање штићених правних добара (имовина и службена дужност), као и елемената законског описа, односно последице једне и друге инкриминације. Сходно томе, сматра се да давање мита, због своје природе и значаја нема карактер претходног некажњивог дела.

<sup>183</sup> М. Радовановић (1956), 26 – 27. Таква квалификација се примењује у случају односа злоупотребе службеног положаја са кривичним делима попут послуге или проневере.

У том смислу, суд је као образложење искључења стицаја код истовременог остваривања обележја кривичног дела послуге и злоупотребе службеног положаја, у једној одлуци, пошао управо од генералне констатације да уколико службено лице својим понашањем оствари обележја неког кривичног дела из групе против службене дужности, долази до искључења примене инкриминације злоупотребе службеног положаја, без обзира на то што су испуњени сви објективни услови његове квалификације. Тако Пресуда Врховног суда Босне и Херцеговине Кж. 329/53 од 25.05.1953. године, *Правни живот* 12/1953, 26 – 27. Вид. Д. Јовашевић (2005), 81 – 82.

<sup>184</sup> Вид. Пресуда Врховног суда Србије Кж 389/54 од 20.04.1945. године, *Правни живот* 12/1954, 25 – 26.

који је увек водио давању примата првој инкриминацији на рачун других, чија су обележја остварена том приликом.<sup>185</sup>

Наиме, у пракси се, између осталог, поставило и питање решавања проблематике релација између кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица из чл. 227 КЗ и удруживања ради вршења кривичних дела, односно хипотеза о примени консумпције у корист прве инкриминације, полазећи од тога да је удруживање ради вршења кривичних дела опште и лакше кривично дело у односу на злоупотребу положаја одговорног лица, због чега је њиме конзумирано.<sup>186</sup> Законски опис бића кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица инкриминише понашање учиниоца који искоришћавањем свог положаја и овлашћења, прекорачењем граница свог овлашћења или невршењем своје дужности, прибави себи или другом противправну имовинску корист или другом нанесе имовинску штету, уколико тиме нису остварена обележја неког другог кривичног дела (клаузула супсидијаритета), при чему је предвиђена казна затвора у трајању од три месеца до три године. С друге стране, удруживање ради вршења кривичних дела из чл. 346 КЗ, подразумева организовање групе са циљем вршења кривичних дела за које се може изрећи казна затвора од три године или тежа казна, ако законом за такво организовање није предвиђена тежа казна. У случају када је такво организовање управљено на вршење кривичних дела злоупотребе положаја одговорног лица, до чијег остварења и дође, на примеру конкретног случаја у пракси, поставило се питање да ли се може сматрати да је удруживање конзумирано њиме. Мишљења смо да смисао и сврха инкриминисања кривичног дела удруживања као својеврсног припремног деликта, поседује особени кривичноправни значај у односу на радње злоупотребе положаја одговорног лица, те да као деликт апстрактне опасности штити шири опсег правних добара, због чега не би требало прихватити могућност квалификације привидног идеалног стицаја, а још мање по основу консумпције, која би подразумевала довољност главне инкриминације да обухвати целокупну невређност дела. Евентуално би дошла у обзир примена принципа супсидијаритета, који је по нашем мишљењу, у односу са конкретним кривичним делом (злоупотреба положаја одговорног лица) такође искључен. И у нашој доктрини се прихвата да ће у случају када је дошло до извршења или покушаја извршења неког од кривичних дела због којих је група организована, постојати стицај.<sup>187</sup> Сматра се стога, у генералном смислу, да конкретно кривично дело које је реализовано од стране групе, поседује самосталност у односу на удруживање, будући да је оно довршено самим организовањем<sup>188</sup>, при чему то важи и на примеру инкриминације из чл. 227. КЗ.

<sup>185</sup> Љ. Ђетеновић, „Кривична дела против привреде“, *Билтен судске праксе Апелационог суда у Крагујевцу* 1/2018, Intermex, Београд 2018, 23 – 35. То је између осталог било условљено и увреженим ставом у судској пракси о немогућности преваре у погледу правног лица, али и чињеницом да злоупотреба положаја одговорног лица није представљала инкриминацију супсидијарног карактера.

<sup>186</sup> Пресуда Врховног касационог суда Кзз ОК 20/2014 од 24.03.2015. године. У образложењу одбијања Захтева за заштиту законитости браниоца окривљеног, утемељеног на позивању на постојање консумпције у конкретном случају, Врховни касациони суд је установио да ће радња извршења кривичног дела удруживања ради вршења кривичних дела, постојати и у случају када је извршено неко од кривичних дела на које се односи, те да биће кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица не обухвата и такво удруживање, чиме се негира привидни идеални стицај по основу консумпције.

<sup>187</sup> З. Стојановић, Н. Делић, 306. То правило важи уз ограничење да околност извршења кривичног дела од стране групе, не представља допунско обележје, односно квалификаторну околност другог кривичног дела.

Тако, у једној пресуди, суд је прихватио решење консумпције између удруживања ради вршења кривичних дела из чл. 346, ст. 5 КЗ и тежег облика кривичног дела неовлашћене производње и стављања у промет опојних дрога из чл. 246, ст. 5 (према тадашњем законском решењу – ст. 4), који као квалификаторну околност предвиђа да је кривично дело извршено од стране организоване криминалне групе. Предност у квалификацији се даје кривичном делу из чл. 246, ст. 5 КЗ, које је претежније. Вид. Пресуда Апелационог суда у Београду, Посебног одељења Кж По1 24/14 од 28.01.2015. године.

<sup>188</sup> Пресуда Врховног касационог суда Кзз ок 28/2018 од 17.10.2018. године.

Иначе, кривично дело злоупотребе положаја одговорног лица представља нову инкриминацију, уведена у кривично законодавство 2013. године, при чему је карактеристично да садржи клаузулу супсидијаритета, која ограничава његову примену само на случајеве када нису остварена обележја неког другог кривичног дела из групе против привреде, што условљава квалификацију привидног идеалног стицаја у њиховим међусобним релацијама.<sup>189</sup> На тај начин, овом кривичном делу, придаје се слична улога као и злоупотреби службеног положаја из групе кривичних дела против службене дужности, односно карактер опште инкриминације која се помера у други план у случају реализације других правних фигура.

Међутим, постојање наведене клаузуле супсидијаритета, условило је и извесне дискрепанције у исходу његове примене, у поређењу са претпостављеном улогом која би по правилу требало да му се припише, нарочито у односу на неке друге, изворно секундарне инкриминације. Стога, указује се на нелогичности оличене у томе да се даје предност фалсификовању службене исправе у односу на ово, али не и у односу на кривично дело злоупотребе службеног положаја, односно када се тако преиначена исправа појављује као једини могући начин извршења злоупотребе службеног положаја.<sup>190</sup> Исто то важи и у случају претходно изнетог примера односа са удруживањем ради вршења кривичних дела, где би упркос постојању клаузуле супсидијаритета, везане за тежину поменутих кривичних дела, требало узети да постоји стицај.

Иначе, у литератури се сматра да се услов у вези тежине другог кривичног дела чија су обележја остварена, не везује само за кривична дела против привреде, односно да важи у генералном смислу, мада се отвара комплексно питање да ли то подразумева да се у сваком случају када долази у обзир примена злоупотребе положаја одговорног лица, мора ценити евентуална испуњеност обележја неког другог кривичног дела.<sup>191</sup> Сматрамо да се такво решење не би могло прихватити, те да се ради о превише екстензивном тумачењу једне опште клаузуле, чија је претпостављена сврха управљена ка искључењу примене инкриминације злоупотребе положаја одговорног лица, у односу на друга кривична дела из ове групе.

И у овој области, као карактеристичан феноменолошки облик привидног идеалног стицаја, може се издвојити однос између кривичних дела преваре у обављању привредне делатности из чл. 223 КЗ и фалсификовања исправе, где важе иста правила као и случају односа са кривичним делом преваре из чл. 208 КЗ. То подразумева да квалификација привидног идеалног стицаја може да фигурира уколико се превара у обављању привредне делатности могла извршити једино остваривањем обележја бића кривичног дела фалсификовања исправе.<sup>192</sup> Исто важи и у случају односа између фалсификовања службене исправе и кривичног дела пореске утаје из чл. 225 КЗ, уколико се давање лажних података у конкретном случају испољило употребом лажне, односно преиначене службене исправе.

---

Тако и Пресуда Врховног касационог суда Кзз ОК 20/2014 од 24.03.2015. године. Указује се да је стицај удруживања ради вршења кривичних дела и самог кривичног дела на које се односи такво удруживање могућ, имајући у виду да је описано организовање управљено ка вршењу неодређеног броја кривичних дела и не исцрпљује се предузимањем само једног од њих.

Слично томе, указује се да не постоје услови за примену консумпције између наведена два кривична дела, будући да нису испуњени услови да биће једног кривичног дела у потпуности обухвата биће другог. Вид. Пресуда Апелационог суда у Београду, Посебног одељења Кж1 По1 31/16 од 22.09.2017. године. Тако и Пресуда Врховног касационог суда Кзз ОК 27/2019 од 20.02.2020. године.

<sup>189</sup> Д. Јоцић, 132 –136. Као пример кривичног дела које би било преферентно у односу на злоупотребу положаја одговорног лица, наводи се фалсификовање службене исправе, и то управо по основу постојеће клаузуле супсидијаритета.

<sup>190</sup> *Ibid.*, 136.

<sup>191</sup> Љ. Ћетеновић, 30 – 31.

<sup>192</sup> З. Стојановић, О. Милорадовић, М. Радисављевић, 32 – 33.

Поред тога, за квалификацију привидног идеалног стицаја код кривичних дела против привреде, карактеристично је и да је велики број инкриминација којима се штити привреда као заштитни објекат, смештено у секундарном законодавству, попут Закона о привредним друштвима, Закона о тржишту капитала, Закона о банкама и сл. Стога, долази до поклапања садржине кривичних дела прописаних у наведеним законима и онима који су у Кривичном закону смештени у групи кривичних против привреде, против службене дужности и правног саобраћаја. Ово нарочито важи у случају општих кривичних дела, попут злоупотребе службеног положаја или злоупотребе положаја одговорног лица, односно фалсификовања исправе и службене исправе. У највећем броју случајева, испољава се однос специјалитета између одговарајућих инкриминација.

Осим тога, као карактеристичан пример испољавања релације специјалитета, може се навести и однос између прања новца из чл. 245 КЗ и кривичног дела прикривања<sup>193</sup>, које се у односу на њега појављује као инкриминација генералног карактера. Наиме, реч је о репрезентативној манифестацији релације специјализације, где такав однос произлази из тумачења законских обележја бића поменутих правних концепата на апстрактном нивоу, будући да се само прикривање специјално одређује у оквиру радње извршења кривичног дела прања новца, односно у виду конверзије или преноса имовине, уз закључак о поклапању осталих елемената, који произлази из пажљиве интерпретације домаћаја једне и друге правне фигуре.

У погледу инкриминације из чл. 245 КЗ, од значаја је напоменути и да истовремена реализација алтернативно прописаних елемената законског описа бића, који се односе на њено стицање са једне и коришћење са друге стране, према владајућем схватању у доктрини, конфигурише привидни идеални стицај сходно условима консумпције, односно под претпоставком да се остаје у границама претходно остварене невредности.<sup>194</sup>

Са аспекта примене правила института привидног идеалног стицаја, укључујући и разграничење његових појединачних феноменолошких манифестација, релевантан је и однос између прања новца и пореске утаје, који се наводи као типичан пример консумпције, решене у корист пореске утаје као преферентне инкриминације, иако постоје недоумице у погледу тога да ли се прање новца појављује као накнадно некажњиво деловање, или пак као типично пратеће дело.<sup>195</sup> Иако то не проузрокује другачије правне последице, сматрамо ипак да ће решење зависити од ситуационих фактора приликом предузимања радње извршења, мада је полазећи од смисла и сврхе једне и друге правне фигуре, адекватније поимање прања новца као инкриминације која се појављује као нужни пратилац пореске утаје. То је у складу и са нашом концепцијом о секундарном карактеру фактора заснованих на функционалним релацијама, чија је примена условљена стриктно вредносним критеријумима. У сваком случају, правни ефекти су идентични.

#### 4.5. Кривична дела против правосуђа и привидни идеални стицај

Постоји неколико релевантних инкриминација у групи кривичних дела против правосуђа, која у међусобној спрези или пак спрези са кривичним делима са другим заштитном објектом, могу условити квалификацију привидног идеалног стицаја.

На првом месту може се издвојити однос између кривичних дела помоћи учиниоцу после извршеног кривичног дела из чл. 333 КЗ и непријављивања кривичног дела и учиниоца из чл. 332 КЗ. Законским описом кривичног дела из чл. 332 КЗ, предвиђено је да ће се

<sup>193</sup> М. Ђорђевић (2016), 141.

<sup>194</sup> Тако И. Вуковић (2019), 137.

<sup>195</sup> Н. Вуковић, „Зашто је немогуће да учинилац предикатног кривичног дела буде *перач новца*“, *Crimen* 1/2015, 83.

затвором до три године казнити учинилац који знајући да је неко лице учинило кривично дело забрањено казном доживотног затвора или зна само да је такво дело учињено, то не пријави пре откривања дела, односно учиниоца. Сходно томе, поставља се питање у каквом је односу ово кривично дело, са инкриминацијом из чл. 333 КЗ, која предвиђа новчану казну или затвор до три године, за оног ко крије учиниоца кривичног дела, односно прикривањем средстава којима је дело учињено, трагова или на други начин помаже истом да не буде откривен, или пак крије осуђено лице или предузима друге радње којима се иде за тим да се не изврши казна, мера безбедности или да се не примене васпитне мере упућивања у васпитну установу или васпитно – поправни дом.

Из самог садржаја законске одредбе која инкриминише помоћ учиниоцу после извршеног кривичног дела, односно генерално одређеним могућим радњама извршења, произлази да ће бити испуњени услови његове примене у великом броју случајева где се предузето забрањено понашање може уклопити у такав оквир. Стога, на основу интерпретације међусобног односа између наведених кривичних дела, на први поглед би се могло закључити да непријављивање фигурира као конкретни, специјализовани начин извршења помоћи учиниоцу после извршеног кривичног дела, те да се две инкриминације налазе у односу специјалитета.

Овакав закључак произлази и из самог тумачења претпостављене воље законодавца да одвојеним прописивањем непријављивања кривичног дела и учиниоца, који би се иначе уклопио у законски опис генерално одређених радњи извршења помоћи учиниоцу после извршеног кривичног дела, укаже на његов особени кривичноправни значај, а самим тим и специјални карактер носиоца квалификације. Ипак, ову констатацију би требало прихватити са резервом. Наиме, осим у случајевима апстрактног специјалитета, који су очигледни и ретки, друге феноменолошке манифестације где су наизглед испуњени услови постојања релације специјализације у конкретном смислу, требало би тумачити са опрезом. То је, између осталог, условљено и криминално–политичким решењима у позитивном законодавству, који се опонирају прихватању решења специјалитета. Управо је однос између кривичних дела из чл. 332 и 333 КЗ, област где долази до преплитања различитих фактора преферентности, а уједно и пример нужности изласка из таквих оквира, и то превасходно у настојању да се обезбедити адекватно обухватање невредности дела.

Сматрамо да управо те околности условљавају излазак из домена поређења законских елемената описа бића које одговара специјалитету. Наиме, иако би се теоријски могао бранити став о релацији специјализације, у складу са условима његове детерминације, чини нам се да он ипак не одговара неким другим фундаменталним захтевима који карактеришу примену института привидног идеалног стицаја. Између осталог, тешко је замислити да би се унапред могло тврдити да сваки пут када се симултано реализују законски описи наведене две инкриминације, постоји привидни стицај, односно искључење могућности примене правила аутентичног стицаја. У прилог томе говоре и поједине судске одлуке утемељене на решењу стицаја у случају окривљеног који је непосредном извршиоцу пружио помоћ у виду ношења и закопавања леша, а истовремено није надлежном органу пријавио извршење кривичног дела.<sup>196</sup> Ипак, треба имати у виду да је на конкретном примеру, учинилац предузео одређене активне радње аналогне пружању помоћи у смислу

---

<sup>196</sup> Пресуда Врховног суда НРС Кж 2382/53 од 29.03.1954. године, *Правни живот* 12/1954, 38 – 39. Иако је наведена одлука оспоривана, Врховни суд је потврдио првобитну пресуду, истичући да се одређено кривично дело може извршити како чињењем, тако и нечињењем, те да се не може говорити о консумпцији, нити о привидном стицају, јер чињење и нечињење фигурирају паралелно једно уз друго, отварајући пут решењу реалног стицаја.

Међутим, поступак квалификације је у овом случају условљен и другим факторима, попут својства учиниоца, што подразумева да се мора водити рачуна о евентуалном постојању личног основа искључења кажњивости. Вид. Пресуда Врховног суда Србије Кж 1655/53 од 14.12.1953. године, *Правни живот* 12/1954, 24 – 25.

законског описа кривичног дела из чл. 333 КЗ, што се у квалитативном смислу разликује од питања које сматрамо кључним за квалификацију привидног стицаја, а то је да ли се само непријављивање (нечињење) као такво, може сматрати пружањем помоћи. Остављајући по страни ово друго питање, сматрамо да би на конкретном примеру било адекватније применити принцип алтернативитета, односно квалификацију извршити по основу претежнијег обележја, што би у овом случају представљало пружање помоћи у виду активног чињења, док би околност непријављивања требало уважити као отежавајућу приликом одмеравања казне. На тај начин би се адекватно успоставила равнотежа између супротстављених захтева.

Стога, сматрамо да околности истовременог остваривања бића обе инкриминације могу упућивати на решење привидног идеалног стицаја, где се конфликт између законских норми решава применом принципа алтернативитета. У сваком случају, остајемо при ставу који смо изнели приликом разматрања алтернативитета, а то је да ће се утврђивање примарне инкриминације, вршити у складу са правилима наведеног принципа решења.

На релативност квалификације упућује и доктрина, која дозвољава како решење стицаја, тако и привидног стицаја, али уз различита образложења у избору преферентне инкриминације.<sup>197</sup> Управо различити аргументи у том правцу указују да алтернативитет представља најадекватније решење, с обзиром на могућности корекције у домену казних ефеката које омогућавају адекватно вредновање свих релевантних чињеница и успостављање равнотеже између супротстављених аргумената.

За разлику од односа са непријављивањем кривичног дела и учиниоца, где би по нашем мишљењу требало искључити решење специјалитета, знатно веће недоумице проузрокује однос између помоћи учиниоцу после извршеног кривичног дела и прикривања из чл. 221 КЗ, које формално спада у групу кривичних дела против имовине, иако има доста сличности са кривичним делима против правосуђа. Те дилеме се огледају у утврђивању испуњености општих услова квалификације привидног идеалног стицаја, тачније његовог разграничења од манифестација аутентичног стицаја, у складу са општим критеријумима диференцијације, који између осталог укључују и истовестност штићеног добра.

Тако, у случају окривљене која је пре лишења слободе сакрила ствари свог мужа, прибављене кривичним делом, дошло је до разилажења ставова првостепеног суда који је учињено дело квалификовао као прикривање, наспрам гледишта Врховног суда да је у конкретном случају реч о помоћи учиниоцу после извршеног кривичног дела.<sup>198</sup>

Радња извршења прикривања, прописана је као протурање, куповина, примање у залогу, или на други начин прибављање ствари за коју учинилац зна да је прибављена кривичним делом, или пак оно што је за њу добијено продајом или заменом. Утврђивање да ли је реч о привидном или аутентичном стицају, врши се на плану *поређења поклапања штићених правних добара*. Наиме, иако се у формалном смислу ради о кривичним делима у функцији заштите различитих правних добара (имовина и правосуђе), ипак постоји њихово међусобно прожимање, које оставља простор за квалификацију привидног идеалног стицаја. Стога, сматрамо да је у случају релација између наведена два кривична дела, испуњен општи криминално–политички услов постојања привидног идеалног стицаја, оличен у поклапању објеката заштите.

Иако се изричито не изјашњава о релевантном принципу решења који се користи за решавање конфликта између поменутих инкриминација, и судска пракса заузима став да у

---

<sup>197</sup> Б. Златарић, 161. Према једном од критеријума, предност би требало дати комисивном деликту. Међутим, као релевантан проблем се наводе и несразмере у висини казне.

<sup>198</sup> М. Б. Ракић, 50.

овом случају није могуће применити одредбе о стицају.<sup>199</sup> Међутим, у теорији постоје различита тумачења критеријума утврђивања преферентности између наведене две инкриминације. Тако, сматра се да треба дати предност прикривању онда када је радња извршења управљена ка самим стварима као објектима деловања, док се исто решење према другим теоретичарима темељи на критеријуму циља којим се учинилац водио.<sup>200</sup> Ово само потврђује релативни карактер опредељења за једно од могућих решења.

Осим тога, извесне дилеме могу настати и уколико се као извршилац појављује лице наведено у чл. 333, ст. 5 КЗ, који прописује искључење постојања кривичног дела помоћи учиниоцу под таквим околностима, али и отвара питање да ли би такав учинилац могао да одговара за прикривање. Другим речима, поставља се питање да ли овај основ ослобођења од казне утиче и на раскидање споне специјалитета са прикривањем онда када се као активни субјект инкриминације из чл. 333, ст. 5, појављује супружник, лице са којим извршилац дела у односу на које се пружа помоћ, живи у трајној ванбрачној заједници, његов сродник по крви у правој линији, брат или сестра, усвојилац или усвојеник, односно супружник неког од наведених лица или лице које са неким од њих живи у трајној ванбрачној заједници.<sup>201</sup>

Сматрамо да у описаним случајевима нема препрека да такво лице одговара за прикривање, под условом да су остварена сва објективна и субјективна обележја инкриминације из чл. 221 КЗ, која у конкретном случају превазилазе намеру помоћи учиниоцу, што указује на повреду особеног правног добра.

Када је реч о принципу решења конфликта између сукобљених инкриминација, из анализе елемената законског описа бића кривичних дела, произлази да се прикривање манифестује као један од начина помоћи учиниоцу после извршеног кривичног дела, односно да је његова радња извршења одређена као специјална у односу на опсег могуће реализације помоћи учиниоцу<sup>202</sup>, са чиме се можемо сложити.

Осим тога, за квалификацију привидног идеалног стицаја, од значаја је констатација релације консумпције између прикривања као привидног кривичног дела, у односу на главно кривично дело, којим је прибављен објекат радње истог. Прикривање се у том случају сматра накнадним некажњивим делом<sup>203</sup>, што сматрамо исправним, имајући у виду да би кажњавање учиниоца за радње предузете у циљу прикривања учињеног дела представљало кршење забране двоструког вредновања. Осим тога, то би било и у супротности са криминално–политичким циљевима инкриминисања прикривања као засебног кривичног дела, имајући у виду да је његова сврха управљена ка санкционисању лица која нису непосредни извршиоци или саизвршиоци у главном делу поводом којег је прикривање предузето.

Питање привидног стицаја, у доктрини се поставља и са аспекта релација између кривичног дела давања лажног исказа из чл. 335 КЗ, у односу на остваривање обележја других инкриминација, које се извршавају вербалним путем, попут одавања пословне тајне, или пак увреде, где се оправдано сматра да би требало прихватити решење стицаја<sup>204</sup>, имајући у виду непоклапање заштитних објеката, а самим тим и немогућност покривања невредности предузетог понашања применом само инкриминације из групе кривичних дела против правосуђа.

<sup>199</sup> Пресуда Окружног суда у Нишу Кж бр. 53/06, *Билтен судске праксе Окружног суда у Нишу* 24/2007, Intermex, Београд 2007.

<sup>200</sup> М. Б. Ракић, 50. Вид. и Н. Делић (2022), 209.

<sup>201</sup> М. Б. Ракић, 50.

<sup>202</sup> *Ibid.*

<sup>203</sup> З. Стојановић, Н. Делић, 162 – 163. Вид. и Н. Делић (2022), 206 – 207, З. Стојановић (2021), 739 – 740.

<sup>204</sup> Р. Јоцић, „Кривично дело давања лажног исказа“, *Правни живот* 2/1980, 41 – 42.



#### 4.6. Кривична дела против имовине и привидни идеални стицај

Примена института привидног идеалног стицаја у случају кривичних дела против имовине углавном не проузрокује веће дилеме у погледу односа између конкретних кривичних дела чија су обележја истовремено остварена. Чак штавише, односи између појединих инкриминација из ове групе, наводе се као несумњиви репрезентативни примери законитости деловања појединих принципа решења (индивидуализације). Тако, навођење односа између тешке крађе и крађе је неизбежан пример специјалитета, док се релације између различитих манифестација тешке крађе истичу као примери алтернативитета, под истим условима као и облици тешког убиства.

Кривично дело крађе из чл. 203 КЗ је специфично због начина тумачења радње извршења, оличене у одузимању туђе покретне ствари и њеног присвајања, односно заснивања притежања. У том смислу, долази до изражаја већ поменути проблематика квалификације накнадног некажњивог дела у случају оштећења отуђене ствари, односно схватања њене обухватности главном инкриминацијом, као једног од предуслова консумпције.

У групи кривичних дела против имовине, за разматрање феноменолошке димензије привидног идеалног стицаја, од посебног је значаја кривично дело преваре, које се налази у специфичним релационим односима са другим кривичним делима, управљеним ка заштити различитих правних добара. При томе, у највећем броју случајева, превара се појављује као генерички деликт, чија се обележја специјализирају у оквиру других правних концепата. Најзначајнији је свакако однос између преваре и кривичних дела фалсификовања, на чије смо специфичности и опредељења у поступку квалификације привидног идеалног стицаја већ указали.

Један од карактеристичних примера представља и однос преваре са кривичним делом лажног представљања, где може бити спорно да ли се инкриминација из чл. 329 КЗ, уклапа у концепцију посебног облика преваре, што би имплицирало решење специјалитета. Међутим, аргументи у прилог стицају наведених кривичних дела, заснивају се на чињеници да постоје разлике у погледу заштитног објекта које не могу оправдати примену правила привидног стицаја, осим у ретким случајевима када долази до изражаја мали значај лажног представљања у односу на превару.<sup>205</sup> У другом случају, примена критеријума безначајности имплицира решење консумпције, конкретније инклузије, као и решавање конфликта норми у корист преваре као тежег кривичног дела.

Ипак, у светлу конкретног приступа у утврђивању испуњености услова привидног стицаја, можемо се сложити са гледиштима која дозвољавају решење привидног стицаја уколико је ово кривично дело под датим ситуационим околностима извршено у намери прибављања противправне имовинске користи или пак да се учинилац наведе да нешто учини на штету своје или туђе имовине.<sup>206</sup>

Посебну пажњу заслужује и однос између кривичних дела неовлашћеног коришћења туђег возила из чл. 213 и крађе из чл. 203 КЗ. У том смислу, за поступак квалификације је од кључног значаја утврђивање намере учиниоца, која у случају кривичног дела из чл. 213 КЗ, искључује трајну употребу објекта радње, односно стицање противправне имовинске користи, ограничавајући се на његово коришћење без пристанка овлашћеног лица. Анализом законских описа наведене две инкриминације, уочава се да се оне налазе у релацији интерференције, те да у случају када су испуњени услови за квалификацију крађе, кривично

<sup>205</sup> Б. Златарић, 158 – 159.

<sup>206</sup> М. Б. Ракић, 59. У том случају, треба прихватити решење консумпције у корист инкриминације преваре као носиоца квалификације. Вид. З. Стојановић (2021), 1003.

дело неовлашћеног коришћења туђег возила, има супсидијарни карактер у односу на исто.<sup>207</sup> С друге стране, сматра се да постоји релација консумпције између неовлашћеног коришћења туђег возила и ситне крађе у односу на потрошено гориво у току вожње, које се сматра типичним пратећим делом.<sup>208</sup> У питању су репрезентативни примери испуњености услова примене супсидијаритета и консумпције као правила преферентности, због чега не постоје недоумице у поступку квалификације.

У неким случајевима, возило које се неовлашћено користи, може послужити и као средство за извршење неког другог кривичног дела. Судска пракса у таквим ситуацијама заузима став о квалификацији аутентичног стицаја.<sup>209</sup> Међутим, однос између наведене две инкриминације захтева посебан опрез у поступку квалификације и ослањање на факторе ситуационе природе, који утичу на оцену испуњености предуслова постојања неовлашћеног коришћења туђег возила. Ове околности, према ставовима у доктрини, укључују карактеристике возила које је предмет извршења (година производње и вредност), начин извршења и слично.<sup>210</sup>

Са аспекта кривичног дела крађе, у поступку квалификације, карактеристичан је однос овог кривичног дела са неовлашћеним држањем или ношењем оружја, где може доћи до недоумица у погледу примене правила привидног или аутентичног стицаја, будући да је сама крађа оружја, односно заснивање притежања, праћено и остваривањем обележја кривичног дела из чл. 348 КЗ. Судска пракса у том случају заузима став о примени решења стицаја.<sup>211</sup> Са таквим решењем се можемо сложити, имајући у виду да наведене две инкриминације штите различита правна добра, те да сама околност да је оружје које окривљени неовлашћено носи, односно држи, предмет извршења кривичног дела крађе, не доводи до губљења његове аутономије и стапања са инкриминацијом крађе, па чак и уколико је до њихове реализације дошло у кратком временском размаку.

Ово ће тим пре важити у случају када је од извршења крађе, па до одузимања оружја од окривљеног прошао дужи временски период, у ком је он неовлашћено држао предмет кривичног дела.<sup>212</sup>

Осим тога, превара се може разматрати и у односу са неким кривичним делима против службене дужности. Тако, указује се да у случају кривичног дела противзаконите наплате и исплате, радња извршења истог, представља специјални облик довођења у заблуду, што по основу принципа специјалитета искључује превару као генерички деликт.<sup>213</sup> Таква релација је још очигледнија у случају феноменолошких облика специјалитета по основу екстензије (додатка), попут случаја преваре у служби, која поседује додатне специјализирајуће елементе у односу на обичну превару.

Посебну пажњу заслужује и однос између облика тешке крађе из чл. 204 КЗ и инкриминација из других група кривичних дела, што ће бити условљено првенствено начином и околностима остваривања обележја наведеног кривичног дела, које у том случају фигурира као преферентно. У судској пракси, узима се да постоји релација консумпције

<sup>207</sup> То је владајуће гледиште у домаћој доктрини. Вид. З. Стојановић (2021), 306.

<sup>208</sup> З. Стојановић, Н. Делић, 160. Вид. и Н. Делић (2022), 197 – 198.

<sup>209</sup> Пресуда Апелационог суда у Београду Кж. 5581/10 од 08.12.2010. године, *Билтен Вишег суда у Београду* 81/2011, Intermex, Београд 2011. У случају када је кривично дело угрожавања јавног саобраћаја извршено возилом које се неовлашћено користи, суд је донео одлуку о постојању реалног стицаја наведених кривичних дела.

<sup>210</sup> О. Лајић, М. Жарковић, М. Горановић, „Кривичноправни и криминалистички аспекти кривичног дела крађе и неовлашћеног коришћења туђег возила у Републици Србији“, *Правна ријеч* 23/2010, 275.

<sup>211</sup> Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж 849/19 од 25.11.2019. године. На овакво резонување наилазимо и у доктрини. Вид. Н. Делић (2022), 392.

<sup>212</sup> Вид. Правно схватање, усвојено на седници кривичног одељења Врховног суда Србије од 19.03.1997. године, *Билтен судске праксе ВСС* 3/2005 и 4/2008.

<sup>213</sup> З. Стојановић, Н. Делић, 334.

између тешке крађе и кривичног дела повреде гроба из чл. 354 КЗ, у случају када се ово кривично дело врши обијањем гробница.<sup>214</sup> Радња извршења кривичног дела повреде гроба, подразумева неовлашћено прекопавање, разрушавање, оштећење или грубу повреду гроба или другог места у којем се умрли сахрањује, што у садржинском смислу одговара инкриминацији тешке крађе извршење обијањем, због чега би у случају оваквог поклапања, примена решења аутентичног стицаја, довела до кршења забране двоструког вредновања. Другим речима, невредност описаних оштећења на објекту радње, покривена је радњом тешке крађе. Ипак, треба указати на још једну специфичност кривичног дела из чл. 354 КЗ. Наиме, ради се о инкриминацији која у ст. 3 садржи клаузулу супсидијаритета, конфигуришући предност кривичног дела са тежом казном. Ипак, у конкретном случају односа са тешком крађом, с обзиром на остваривање свих услова описане релације, која је специфичнијег карактера, исправно је прихватити консумпцију као релевантан принцип решења конфликта између законских норми. Ово указује на већ поменути релативност клаузула супсидијаритета и њихов ограничени домаћај, односно функцију крајњег средства у квалификацији.

Код појединих кривичних дела против имовине, попут тешке крађе, изнуде и уцене, околност да је кривично дело извршено од стране групе, конфигурише теже облике наведених инкриминација (чл. 204, ст. 1, тач. 2 КЗ, чл. 214, ст. 4 и 5 КЗ и чл. 215, ст. 4 и 5 КЗ), те се поставља питање њиховог односа са кривичним делом удруживања ради вршења кривичних дела из чл. 346 КЗ. У овом случају, могућност примене привидног идеалног стицаја се доводи у везу са већ поменутим околностима ситуационог карактера, који се односе, између осталог, на врсту кривичних дела ради чијег је вршења таква група организована, односно инкриминација до чије је реализације у конкретном случају дошло.<sup>215</sup> Тако је и разматрајући могућност консумпције између кривичног дела из чл. 346, ст. 2 КЗ и кривичног дела тешке крађе из чл. 204, ст. 3 КЗ, Апелациони суд оценио да под околностима које подразумевају да је организована криминална група формирана не само ради вршења кривичних дела тешке крађе, већ и других кривичних дела, нису испуњени услови констатације привидног стицаја по том основу.<sup>216</sup> У сваком случају, остаје се у оквирима већ изнетих правила и условима квалификације привидног стицаја у случају релационих односа између удруживања ради вршења кривичних дела и других инкриминација.

#### **4.7. Кривична дела против полне слободе и привидни идеални стицај**

За примену института привидног идеалног стицаја, односно његово разграничење од аутентичног стицаја, код кривичних дела против полне слободе, од значаја је превасходно однос између силовања и кривичног дела нарушавања неповредивости стана, које претходи извршењу истог. На проблематику наведених релационих односа смо делимично указали и приликом разматрања супсидијаритета као особеног принципа решења.

Питање које се у овом случају поставља, односи се на испуњеност предуслова постојања привидног идеалног стицаја у ситуацији када су остварена обележја обе инкриминације, појединачно управљене ка заштити различитих правних добара. Тачка повезивања се доводи у везу са тврдњама о нарушавању неповредивости стана као средству

<sup>214</sup> Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж 1 – 1536/15 од 14.01.2016. године, *Билтен Апелационог суда у Крагујевцу* 1/2016, Intermex, Београд 2016. године, 71 – 72.

<sup>215</sup> Тако, Апелациони суд је у једном предмету, у случају остваривања обележја тада важећег кривичног дела злочиначког удруживања из чл. 346, ст. 2 КЗ и кривичног дела изнуде из чл. 214, ст. 5 КЗ, утврдио постојање привидног идеалног стицаја. Вид. Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 По1 26/16 од 09.05.2017. године.

<sup>216</sup> Вид. Решење Апелационог суда у Београду, Посебног одељења Кж1 По1 бр. 17/12 од 16.10.2012. године.

извршења силовања. Анализом законских описа наведених инкриминација уочава се да не постоји поклапање елемената бића кривичних дела, што искључује релацију специјалитета, али и интерференције која би одговарала супсидијаритету.

Стога, евентуална могућност квалификације привидног идеалног стицаја, ограничава се на принцип консумпције, који се темељи на емпиријским релацијама између законских норми, у складу са условом обухватања невређности дела једном од њих. Међутим, са правом се поставља питање криминално–политичке оправданости конзумирања нарушавања неповредивости стана као привидне правне фигуре у односу на главно кривично дело силовања, имајући у виду да није реч ни о типичном пратећем делу, које се регуларно (не и нужно) извршава заједно са главним, нити о претходном некажњивом делу, чија би невређност била конзумирана силовањем у потпуности.<sup>217</sup> Ипак, решење привидног идеалног стицаја не би требало безрезервно искључити, а основ његове примене у пракси треба тражити у функционалним релационим односима између две инкриминације. То ће, у условима непоклапања штићених правних добара, привидни стицај условити параметром безначајности привидног дела (нарушавања неповредивости стана), или пак његовом улогом средства за извршење главног дела. У другом случају, испуњени су услови примене конструкције претходног некажњивог дела, која захтева висок степен функционалне повезаности две инкриминације. Иако ће то бити ретки случајеви у пракси, сматрамо да је хипотетички могућа квалификација привидног стицаја по основу консумпције (претходног некажњивог дела), која произлази из чврстих емпиријских спона између реализације два законска описа. Такве емпиријске споне ће зависити од околности извршења у конкретном случају, односно условљене су тумачењем релевантних ситуационих односа. Стога, уколико у искуственом смислу постоје назнаке аутономије нарушавања неповредивости стана у односу на касније извршено силовање, сматраће се да постоји стицај наведених кривичних дела.

Неке од доктринарних смерница у квалификацији, свде се на управљеност умишљаја учиниоца, схватање нарушавања неповредивости стана као припремне радње, или пак вредновање криминалне количине изражене предузимањем радње извршења, која не дозвољава решење привидног стицаја.<sup>218</sup>

На овај начин треба тумачити и решења спорног питања у судској пракси. Тако, суд се, у случају учиниоца који је након неовлашћеног уласка у стан притиском браве на вратима, најпре тражио од оштећене да са њим у ступи у сексуалне односе, а потом када је она то одбила, извршио силовање, определио за решење стицаја, са образложењем одређеног степена независности претходне радње (нарушавања неповредивости стана).<sup>219</sup> На конкретном примеру, такав став се може бранити, с обзиром на недостатак првобитне функционалне споне између конкурентних правних концепата, неопходне за констатацију консумпције.

Томе се у судској пракси супротставља случај учиниоца који је приликом покушаја извршења кривичног силовања, ушао кроз затворени прозор стана у којем се налазила оштећена и приступио извршењу силовања, када је Врховни суд преиначио првостепену пресуду о стицају и утврдио да постоји привидни идеални стицај по основу консумпције.<sup>220</sup>

<sup>217</sup> Ђ. Лазин, 149.

<sup>218</sup> Ђ. Лопичић, „Нарушавање неповредивости стана из чл. 154. КЗ“, *Правни живот* 6 – 7/1974, 24 – 25.

<sup>219</sup> Пресуда Врховног суда Србије Кж 775/55 од 14.09.1955. године, *Правни живот* 1/1956, 27. До истог закључка, одбацујући решење стицаја, Врховни суд је дошао и у случају учиниоца који је неовлашћено ушао у стан на тај начин што је развалио прозор на кући оштећене и истом приликом покушао да је силује, уз образложење да околност да је ушао кроз прозор оштећене не може представљати засебно кривично дело, јер је та радња конзумирана силовањем. Пресуда Врховног суда НР Србије Кж 3/54 од 23.04.1954. године, *Правни живот* 12/1954, 26 – 27.

<sup>220</sup> Ф. Бачић (1956), 17.

Насупрот претходном примеру, околности случаја упућују на директну функционалну везу између нарушавања неповредивости стана и силовања, која је условила решење привидног стицаја. Међутим, овакво решење је наишло и на критике у доктрини, које се превасходно исцрпљују у констатацији да бића наведена два кривична дела немају ништа заједничко, те да се заправо ради о недовољно аргументованом и неспецифичном критеријуму временског надовезивања једне радње на другу.<sup>221</sup>

У сваком случају, мишљења смо да би у генералном смислу требало дозволити могућност квалификације привидног стицаја, с тим што такво решење захтева висок степен опрезности у тумачењу испуњености услова његовог постојања са аспекта релевантног принципа решења.

На сличан начин се анализира и испуњеност услова примене консумпције код односа између силовања и лаке телесне повреде која је том приликом наступила. Наиме, за разлику од убиства, које сходно општеприхваћеном гледишту регуларно претпоставља и доношење телесних повреда, као типично пратеће дело, што произлази из саме природе наведених инкриминација, то се не би могло рећи за однос између силовања и лаке телесне повреде. Међутим, опредељење за привидни идеални стицај, може бити условљено фактором да се доношење лаке телесне повреде сматра обухваћеним силом неопходном за извршење силовања (консумпција), односно да се таква повреда појављује као безначајна у односу на свеукупну последицу силовања (инклузија). С друге стране, не би се могла у потпуности искључити ни варијанта аутентичног стицаја, уколико се, с обзиром на поменуте ситуационе околности, може донети закључак о високом степену аутономије лаких телесних повреда.

На то упућују и владајућа гледишта у доктрини, иако је карактеристично да се негира могућност квалификације идеалног стицаја, што у практичном смислу значи да се поменуте манифестације могу квалификовати као привидни идеални или пак као реални стицај.<sup>222</sup> Из тог разлога је и у овим случајевима оправдано прихватити решење стицаја.

С друге стране, наступање тешке телесне повреде, које је предвиђено као тежи облик силовања, у чл. 178, ст. 3 КЗ Р. Србије, истиче се као један од аргумената за тврдњу да се лака телесна повреда сматра обухваћеном основним обликом овог кривичног дела.<sup>223</sup>

За разлику од лаких телесних повреда, чија се конзумираност силовањем исправно темељи на параметру „безначајности“ и самим тим решава применом инклузије, што је праћено и питањем евентуалне примене стицаја, са аспекта релација овог кривичног дела са принудом, не постоје никакве дилеме у погледу примењивости решења привидног стицаја, имајући у виду да принуда фигурира у склопу радње извршења силовања.<sup>224</sup>

Са аспекта односа између појединачних кривичних дела, која спадају у групу кривичних против полне слободе, такође се можемо сусрести са различитим квалификацијама истог чињеничног стања на релацији привидни стицај – идеални стицај, у зависности од околности испољавања забрањеног понашања.

У судској пракси се поставило питање примене консумпције у релацији између кривичних дела недозвољених полних радњи из чл. 182 КЗ и обљубе са дететом из чл. 180 КЗ, уз одређење друге инкриминације као преферентне. Пре свега, ако пођемо од анализе законског описа наведених кривичних дела, извршење са обљубом изједначеног чина, може коинцидирати са радњом кривичног дела недозвољених полних радњи, попут стављања

<sup>221</sup> *Ibid.*, 18 – 20.

<sup>222</sup> М. Шкулић (2018), 64 – 65. У том смислу, решење привидног идеалног стицаја се темељи на констатацији о конзумираности лаке телесне повреде силовањем. Вид. М. Шкулић, „Кривично дело силовања у кривичном праву Србије – актуелне измене, нека спорна питања и могуће будуће модификације“, *Crimen* 3/2017, 402.

<sup>223</sup> М. Б. Ракић, 59.

<sup>224</sup> Вид. М. Шкулић (2017b), 402.

полног органа у уста оштећене, што би омогућило прихватање конзумпције. Међутим, у анализираној пресуди, суд је утврдио да нису испуњени услови конзумпције, оличени у захтеву да је једно дело садржано у другом, будући да се није могло установити да су радње које је окривљени предузео, а на које се његов бранилац позвао као садржане у законском опису обљубе са дететом (скидање одеће, љубљење по телу), предузете непосредно пре или у току покушаја радњи обљубе са дететом.<sup>225</sup> Иначе, у судској пракси се питање разграничења недозвољених полних радњи са другим кривичним делима из групе против полне слободе, у случајевима привидног стицаја, успоставља на темељу садржине умишљаја<sup>226</sup>, што сматрамо исправним резонавањем.

Посебну напомену заслужује и једна од новијих инкриминација из ове групе кривичних дела – полно узнемиравање из чл. 182а КЗ, у чијој примени у поступку квалификације може доћи до колизије са другим релевантним инкриминацијама. То се превасходно односи на проблематику разграничења од угрожавања сигурности, односно увреде и недозвољених полних радњи, чије се релације препознају као релевантне у доктрини.<sup>227</sup> Наиме, сматра се да полно узнемиравање фигурира као посебан облик увреде, због чега се у односу између наведена два кривична дела констатује постојање специјалитета, док се код релација са угрожавањем сигурности и недозвољеним полним радњама, због самог домашаја једне и друге инкриминације, односно њиховог преклапања, искључује могућност стицаја.<sup>228</sup>

Ако се узме у обзир да се према позитивноправним одредбама, под полним узнемиравањем подразумева вербално, невербално или физичко понашање које за циљ има или представља повреду достојанства лица у сфери полног живота, јасно је због чега се оправдано може говорити о испуњености услова релације специјализације. Наиме, тумачењем законских обележја једне и друге инкриминације, долази се до закључка о поклапању њихових елемената у делу садржаја радње извршења, као и поседовању додатног специјализирајућег фактора, оличеног у околности да се увреда испољава у сфери полног живота (специјалитет по основу екстензије). Такође, сматрамо да угрожавање сигурности у случају симултаног остваривања предуслова полног узнемиравања, конзумира његову невредност по основу инклузије. То решење фигурира и код релација са недозвољеним полним радњама, с тим што би се у овом случају пре могло говорити о конзумпцији по основу регуларности испољавања (типично пратеће дело) у корист недозвољених полних радњи, имајући у виду да оне по правилу укључују и остваривање елемената полног узнемиравања.

#### **4.8. Кривична дела против слобода и права човека и грађанина и привидни идеални стицај**

Као један од најчешћих случајева у пракси где се поставља питање примене института привидног идеалног стицаја, истиче се проблематика односа кривичног дела принуде са другим кривичним делима. Наиме, постоји велики број кривичних дела, која

<sup>225</sup> Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Кж I 3256/10 од 06.05.2010. године, *Билтен судске праксе Апелационог суда у Новом Саду*, Intermex, Нови Сад 2010, 127–128.

Решење привидног стицаја у корист противправног лишења слободе, прихваћено је и у случају учинилаца који су, у намери да присиле оштећеног да призна кривицу за извршену крађу, истом везали руке и ноге и ударили рукама и другим предметима по телу, а потом ставили бодљикаву жицу на руке и вратили га кући. Вид. Пресуда Врховног суда НР БИХ Кж 200/52 од 26.02.1952. године, *Правни живот* 2/1953, 20.

<sup>226</sup> Решење Апелационог суда Кж I бр. 5141/11 од 08.03.2012. године, *Билтен Вишег суда у Београду* 83/2013, 16.

<sup>227</sup> Вид. Ђ. Ђорђевић, „Кривично дело полног узнемиравања“, *Казнена реакција у Србији, VIII део* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018, 113–123.

<sup>228</sup> *Ibid.*, 117–118.

подразумевају употребу силе и претње приликом извршења, што подразумева истовремено остваривање обележја принуде.

У вези тога, према владајућем гледишту, имајући у виду општи карактер принуде, сматра се да ће његова примена бити искључена у корист других кривичних дела, због постојања релације специјалитета.<sup>229</sup> Тако, сматра се да постоји специјалитет у случају односа између принуде и противправног лишења слободе<sup>230</sup>, као и принуде и отмице.<sup>231</sup>

То важи и за однос принуде и других кривичних дела из исте групе, попут изнуђивања исказа, где је употреба силе или претње (принуде) условљена намером да се изнуди исказ или друга изјава од окривљеног, сведока, вештака или другог лица од стране службеног лица у вршењу службе.

Друго репрезентативно кривично дело против слобода и права човека и грађана које се може навести као један од примера разграничења привидног идеалног и аутентичног стицаја у релацији са другим инкриминацијама, јесте злостављање и мучење из чл. 137 КЗ. Ако се пође од примера односа са кривичним делом тешке телесне повреде као исхода злостављања и мучења, поставља се питање да ли су испуњени услови за примену неког од облика привидног идеалног стицаја. Евентуално би дошла у обзир примена принципа консумпције, уколико би се могло тврдити да злостављање и мучење регуларно прати и доношење таквих телесних повреда. Међутим, сматрамо да се ова хипотеза не може прихватити, не само због неиспуњености поменутог криминолошког услова, већ и због околности да нису испуњени криминално–политички услови обухватања целокупне невредности дела. Осим тога, и из самог тумачења законског описа бића кривичног дела злостављања и мучења, али и околности да је реч о инкриминацији која не спада у групу кривичних дела против живота и тела, већ против слобода и права човека и грађанина, произлази да не би требало прихватити поклапање између поменутих правних концепата. Ипак могуће је да се елементи који одговарају радњи извршења мучења или злостављања појављују као квалификаторна околност и основ за формирање тежих облика одређених кривичних дела. То је случај са инкриминацијом из чл. 114, ст. 1, тач. 1 (убиство на свиреп начин), где је квалификација привидног стицаја очигледна.

Ово је став који је прихваћен и у судској пракси. Одлучујући о захтеву за заштиту законитости, у пресуди од 30.11.2001. године, Врховни суд је у случају окривљеног службеног лица који је приликом информативног разговора са оштећеним, истог више пута ударио гуменом палицом, при чему му је нанео лаке телесне повреде, кривично дело квалификовао као идеални стицај тада важећих одредби чл. 66 КЗС (Злостава у служби) и чл. 54 КЗС (Лака телесна повреда), уз образложење да злостављање подразумева доношење физичког и психичког бола мањег интензитета, којима се вређа људско достојанство, али не и доношење лаке телесне повреде<sup>232</sup>, што је истовремено и владајуће гледиште у доктрини.<sup>233</sup>

---

<sup>229</sup> З. Стојановић, Н. Делић, 47.

<sup>230</sup> S. Mir Puig, „El delito de coacciones en el Código penal“, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 2/1977, 304 – 305. Међутим, сматра се да ће постојати стицај између принуде и других форми деликтних насиља који не утичу на слободну вољу оштећеног. Тако, уколико се пасивни субјект физички малтретира све док не призна да је учинио одређени деликт, при чему му се наносе повреде, према овом гледишту, постојаће стицај нанетих повреда и принуде.

Осим тога, са аспекта односа између кривичних дела из чл. 132 и чл. 135 КЗ, решење привидног стицаја у корист противправног лишења слободе, прихваћено је и у случају учинилаца који су, у намери да присиле оштећеног да призна кривицу за извршену крађу, истом везали руке и ноге и ударали рукама и другим предметима по телу, а потом ставили бодљикаву жицу на руке и вратили га кући. Вид. Из пресуде Врховног суда НР БИХ Кж 200/52 од 26.02.1952. године, *Правни живот* 2/1953, 20.

<sup>231</sup> A. Oré Guardia *et al.*, „Concurso Aparente de Leyes: Delitos de Secuestro Excluye por Especialidad al Delito de Coacción“, *Gaceta Penal & Procesal* 73/2015, 144.

<sup>232</sup> Пресуда Врховног суда Србије КЗЗ 6/19 од 30.11.2001. године. Оваквом одлуком, Суд је констатовао да је квалификацијом привидног стицаја повређен кривични закон у корист окривљеног, јер је

Ово по аналогији, одговара и односу између кривичног дела злостављања и мучења из чл. 137, ст. 1, тач. 3 КЗ и лаке телесне повреде из чл. 122 КЗ, односно тешке телесне повреде из чл. 121 КЗ.

С друге стране, у позитивноправном законодавству постоје и одређена кривична дела код којих се могу уочити извесни елементи злостављања и мучења, односно хипотетичко преплитање њихових радњи извршења, где се под околностима наступања телесних повреда, поставља питање да ли се таква последица може сматрати обухваћеном инкриминацијом из чл. 137 КЗ, с обзиром на већу казну запрећену овим кривичним делом. Један од примера из судске праксе, где се поставило ово питање, односи се на случај остваривања обележја кривичног дела напада на војно лице у вршењу војне службе из чл. 404, ст. 2 КЗ (нанета лака телесна повреда пасивном субјекту) и кривичног дела злостављања и мучења из чл. 137, ст. 2 КЗ. Међутим, и у овом случају, суд је задржао став о немогућности примене правила консумпције, с обзиром да наношење телесне повреде превазилази последицу кривичног дела злостављања и мучења.<sup>234</sup>

Велике дилеме у судској пракси, изазвао је и однос нарушавања неповредивости стана из чл. 139 КЗ, са другим инкриминацијама, које се са искуствене тачке гледишта реализују паралелно са њим. Ово питање се поставља и због правне природе кривичног дела из чл. 139 КЗ, чија се невредност исцрпљује у самој повреди права оштећеног на несметано коришћење стана, при чему се не захтева особена намера, нити наступање других релевантних последица. То ово кривично дело, са аспекта примене правила привидног идеалног стицаја, чини карактеристичним за анализу у односу на истовремено остваривање обележја неког другог кривичног дела до чије реализације може доћи том приликом. Реч је преваходно о релацијама са деликтима имовинске природе, где се као место извршења појављује туђи стан, попут тешке крађе или крађе, чија невредност у највећем броју случајева покрива и неовлашћено продирање у туђи стан или затворене просторе, што условљава најчешће квалификацију привидног идеалног стицаја по основу консумпције.

У највећем броју случајева, те феноменолошке манифестације се исцрпљују у околности да нарушавање неповредивости стана представља припремну радњу у односу на друго кривично дело, којом приликом се најчешће примењују принципи консумпције и инклузије.<sup>235</sup> Међутим, треба имати у виду да је у овом случају од кључног значаја уважавање околности конкретног случаја, као и ситуационих фактора од којих ће зависити квалификација у једном или у другом правцу.

Осим тога, са искуственог аспекта, искристалисале су се и специфичности у односу на кривична дела са другим заштитним објектима, где не постоји повезујући фактор оличен у истоветном објекту извршења. У том случају, још мање се може говорити о било каквим предетерминисаним решењима, изван разматрања особености конкретног случаја и начина на који се испољио међуоднос између релевантних законских описа, што смо већ закључили приликом разматрања односа између нарушавања неповредивости стана и силовања као кривичног дела против полне слободе. Стога, констатација привидног идеалног стицаја у конкретном случају је у целости детерминисана емпиријским факторима, због чега се као једино могуће решење издваја примена консумпције, као вредносног принципа индивидуализације. Ово је један од најбољих примера релативности поступка квалификације и аутентичног изазова са којим се можемо сустрести у таквом процесу.

---

примењен закон који се није могао применити. Исто решење је прихваћено и у Пресуди Врховног суда Србије Кзз 58/98 од 31.10.1999. године.

<sup>233</sup> З. Стојановић, Н. Делић, 50.

<sup>234</sup> Пресуда Врховног касационог суда Кзз 443/2020 од 17.06.2020. године.

<sup>235</sup> Ђ. Лопичић, 24 – 25.



У компаративном смислу, релевантне су констатације о постојању привидног стицаја у случају када учинилац неовлашћено уђе у туђи стан у циљу извршења силовања, уколико се оно може сматрати неопходном силом управљеном ка савладавању отпора оштећене, док стицај фигурира онда када је умишљај оштећеног био најпре управљен ка неовлашћеном продирању у туђи стан, а одлука о извршењу силовања наступи тек након довршења кривичног дела нарушавања неповредивости стана. У првом случају се сматра да је радња неовлашћеног продирања у туђи стан консумирана силовањем.<sup>236</sup>

На тај начин се теоријски јасно поставља граница између привидног и аутентичног стицаја на примеру релација силовања и нарушавања неповредивости стана. Међутим, у пракси неће увек бити једноставно утврдити у ком правцу се кретао умишљај учиниоца, што је и разлог зашто се ово питање сматра једним од најспорнијих у теорији привидног стицаја.

За разлику од релација са силовањем, где се под одговарајућим условима може дозволити решење привидног стицаја, у случају када је оптужени неовлашћено ушао у стан свог стрица, како би узео тестамент свог оца који је исти сакривао у стану, прихваћено је пак решење аутентичног стицаја између нарушавања неповредивости стана и самовлашћа.<sup>237</sup> С друге стране, у теорији се посебно указује на компатибилност у истовременој реализацији наведених инкриминација, с обзиром да се остваривање права за које учинилац сматра да му припада, најчешће врши паралелно уз извршење нарушавања неповредивости стана, због чега се под одговарајућим условима указује и на решење привидног стицаја у корист самовлашћа као преферентног правног концепта.<sup>238</sup> И у овом случају, одлука о квалификацији је условљена особеностима конкретног случаја и зависи од постојања релевантних повезујућих фактора који говоре у прилог релацији консумпције.

Због посебног (тежег) облика овог кривичног дела, условљеног околношћу да је нарушавање неповредивости стана извршено од стране службеног лица у вршењу службе (чл. 139, ст. 2 КЗ), оно се појављује и као специјална инкриминација у односу на злоупотребу службеног положаја.

Још један специфичан пример манифестације привидног идеалног стицаја, представља и однос између кривичног дела угрожавања сигурности и инкриминација које се односе на телесне повреде (лаке или тешке) и лишење живота, у случају чијег остваривања се искључује примена кривичног дела из чл. 138 КЗ.<sup>239</sup> Основ привидног стицаја огледа се у томе да је дошло до реализације претње, те да невредност тако наступелих последица, покрива стављање у изглед њиховог остваривања. У суштини, ради се о једном од репрезентативних примера принципа супсидијаритета, где се инкриминација из чл. 138 КЗ (угрожавања штићеног правног добра), сматра условно примењивом у односу на последицу nanoшења повреда или лишења живота (повреда штићеног правног добра).

Међутим, ово правило није апсолутног карактера, имајући у виду да у пракси постоје и случајеви када није оправдано применити решење супсидијаритета. То се доводи у везу са околношћу да су претње које чине обележја кривичног дела угрожавања сигурности, у конкретној ситуацији, код оштећеног изазвале последицу у виду осећаја угрожености, чија аутономија не може бити искључена накнадно нанетом тешком телесном повредом.<sup>240</sup>

Осим тога, специфичности примене инкриминације угрожавања сигурности са аспекта института привидног идеалног стицаја, долазе до изражаја и у односу на његове релације са кривичним делом прогањања из чл. 138а КЗ, где постоји извесно преплитање

<sup>236</sup> *Ibid.*, 23 – 24. У питању је Пресуда Врховног суда Србије Кж 775/55 од 12.12.1966. године.

<sup>237</sup> Д. Јаковљевић, „Нарушавање неповредивости стана“, *Правни живот* 5/1969, 48.

<sup>238</sup> Ђ. Лопичић, 25.

<sup>239</sup> З. Стојановић, „Прописивање и примена кривичног дела угрожавања сигурности у кривичном праву Србије“, *Казнена реакција у Србији III део* (ур. Ђ. Игњатовић), *Crimen*, Београд 2013, 9.

<sup>240</sup> Пресуда Врховног касационог суда Кзз 675/2015 од 02.09.2015. године.

њиховог домашаја у области радње извршења, у зависности од ситуационих околности под којима је дошло до изражаја остваривање обележја прогањања, онда када се ради о претњама нападом на живот или тело (чл. 138а, ст. 1, тач. 4). У сваком случају, владајућа доктринарна гледишта негирају решење стицаја под таквим околностима, водећи се критеријумом начина остваривања забрањеног понашања у конкретном случају приликом одређења за једну или другу инкриминацију<sup>241</sup>, што сматрамо јединим исправним резоновањем. На исти начин се решава и проблематика односа прогањања са другим кривичним делима, у односу на која постоји извесно поклапање у домену радње извршења, попут злостављања и мучења или принуде.<sup>242</sup>

#### 4.9. Кривична дела против здравља људи и привидни идеални стицај

У области кривичних дела против здравља људи, у судској пракси се приликом квалификације привидног идеалног стицаја, издваја преваходно однос између кривичног дела неовлашћене производње и стављања у промет опојних дрога из чл. 246, ст. 1 КЗ, наспрам неовлашћеног држања опојних дрога из чл. 246а КЗ, али и између појединих облика кривичног дела неовлашћене производње и стављања у промет опојних дрога.

У судској пракси се у случају истовремене реализације законских описа кривичних дела неовлашћене производње и стављања у промет опојних дрога и неовлашћеног држања опојних дрога, сматра да постоји привидни идеални стицај по основу конзумпције<sup>243</sup>, што је очигледно решење.

Такође, у једној пресуди, Апелациони суд у Београду је радње учиниоца којима је остварио обележја привилегованог облика кривичног дела из чл. 246, ст. 2 КЗ (Неовлашћено узгајање мака или психоактивне конопље или друге биљке из којих се добија опојна дрога или које саме садрже опојну дрогу) и облика из ст. 7 истог члана (Неовлашћено прављење, набављање, поседовање или давање на употребу опреме, материјала или супстанце за које зна да су намењене за производњу опојних дрога), квалификовао као привидни стицај по основу конзумпције, где је као носилац квалификације одређена инкриминација из става 2.<sup>244</sup>

Иначе, питање односа између различитих облика прописаних у чл. 246, као проблем у судској пракси, поставило се и у погледу релација између ст. 1, и ст. 7, где се прихвата исто решење као и у претходно наведеном примеру.<sup>245</sup>

<sup>241</sup> З. Стојановић, „Прогањање – ново кривично дело у Кривичном законнику Србије“, *Казнена реакција у Србији VII део* (ур. Ђ. Игњатовић), Београд 2017, 8 – 9.

<sup>242</sup> И. Вуковић, „Прогањање као кривично дело“, *Казнена реакција у Србији, VIII део* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018, 166 – 194.

<sup>243</sup> Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, КЖ1 – 1934/13 од 24.05.2013. године, *Билтен Апелационог суда у Крагујевцу* 1/2014, Intermex, Београд 2014.

<sup>244</sup> Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 – 3961/13 од 19.09.2013. године. Указује се да у ситуацији када је окривљени оглашен кривим да је у истом временском периоду узгајао психоактивну конопљу и поседовао материјал намењен за производњу опојне дроге, постоји привидни стицај, јер је кривично дело из члана 246, ст. 6 КЗ садржано у кривичном делу из члана 246, ст. 2 КЗ. Вид. *Билтен Апелационог суда у Београду* 6/2014, Intermex, Београд 2014, 125.

То је схватање које се заступа у судској пракси, уз напомену да ће бити искључен стицај наведених облика онда када је учинилац, који је остварио обележја кривичног дела из чл. 246, ст. 1, истовремено поседовао и средства за производњу опојне дроге. Вид. Правно схватање усвојено на састанку са представницима КО Апелационих судова, у Новом Саду, 30.03.2018. године, *Билтен Врховног касационог суда* 2/2018, Intermex, Београд 2018, 36.

<sup>245</sup> Вид. Правно схватање Кривичних одељења Апелационих судова, усвојено на састанку у Крагујевцу дана 12.12.2017. године, *Билтен судске праксе Апелационог суда у Крагујевцу* 1/2018, Intermex, Крагујевац 2018, 88. Постоји сагласност да у описаним случајевима нису испуњени услови за примену стицаја, без обзира на намену средстава за производњу опојне дроге.

Такође, имајући у виду да кривично дело неовлашћене производње и стављања у промет опојних дрога, има и тежи облик, предвиђен у ст. 5, који обухвата квалификаторну околност да је дело извршено од стране организоване криминалне групе, као релевантно питање у односу на инкриминацију удруживања ради вршења кривичних дела, карактеристично и за остала кривична дела, поставља се да ли је у конкретном случају реч о аутентичном или привидном стицају. За разлику од односа удруживања ради вршења кривичних дела са другим кривичним делима, која не поседују квалификаторне околности утемељене на околности извршења од стране групе, где треба прихватити решење стицаја, у случају када таква квалификаторна околност постоји, намеће се примена привидног идеалног стицаја. При томе, сматрамо да је реч о релацији консумпције, где тежи облик, заснован на чињеници да је кривично дело извршено од стране организоване криминалне групе, консумира невређност самог удруживања. То је став који се заступа и у судској пракси.<sup>246</sup>

Поред тога, за анализу института привидног идеалног стицаја, од значаја је размотрити и однос између инкриминација из чл. 246 КЗ, као основног кривичног дела из ове групе и чл. 247 КЗ. Наиме, ради се кривичном делу којим је инкриминисано омогућавање уживања опојних дрога, чија је радња постављена алтернативно и састоји се у навођењу другог на уживање опојне дроге, давању другом да ужива опојну дрогу, односно стављању на располагање просторија ради уживања опојне дроге, или на други начин омогућавање другом да ужива опојну дрогу. Из самог законског описа, произлази да је реч о радњама подстрекавања и помагања, при чему је последица оличена у наступању апстрактне опасности по здравље људи.<sup>247</sup>

Разматрајући однос између овог и кривичног дела из чл. 246, ст. 1 КЗ, доктрина и судска пракса заузимају став да не постоји привидни идеални стицај између наведене две инкриминације, с обзиром на непоклапање радњи извршења.<sup>248</sup> Пре свега, нису испуњени криминално–политички услови квалификације наведеног института, оличени у обухватању целокупне невређности дела применом само једне од наведених правних фигура. Тачније, циљ одвојеног прописивања омогућавања уживања опојних дрога, има сопствени ентитет, управљен ка наглашавању особеног криминално–политичког значаја радњи подстрекавања и помагања везаних за злоупотребу опојних дрога и не може се сматрати обухваћеним, нити безначајним у односу на кривично дело из чл. 246 КЗ, које инкриминише друге релевантне радње у овој области. То важи и за његов однос са кривичним делом неовлашћеног држања опојних дрога из чл. 246а КЗ.

Док је у односу на остале принципе решења, попут специјалитета, алтернативитета и супсидијаритета, јасно да нису испуњени формални услови њихове примене у конкретном случају, у судској пракси се поставило питање постојања релације консумпције. Ипак, суд је одлучујући по жалби браниоца окривљеног, утемељеној на аргументу да радње кривичног дела омогућавања уживања опојних дрога (тада важећег члана 246 КЗ), треба сматрати обухваћеним недозвољеном производњом и стављањем у промет опојних дрога (тада важећег чл. 245), исправно утврдио да нису испуњени услови консумпције, с обзиром на разлику у радњама, начину извршења и последицама наведених инкриминација.<sup>249</sup> Сматрамо да управо из наведених разлога, везаних за смисао и сврху прописивања једног и другог кривичног дела, нису испуњени услови да се омогућавање уживања опојних дрога смести у

<sup>246</sup> Пресуда Апелационог суда у Београду, Посебног одељења Кж1 По1 24/14 од 28.01.2015. године.

<sup>247</sup> У једној пресуди, суд је пак нашао да се у случају навођења другог, као и омогућавања уживања и помагања, ради о конкретној опасности по живот и здравље одређеног лица, односно више индивидуално одређених лица. Вид. Пресуда Врховног суда Србије Кж 1040/99 од 15.12.2001. године.

<sup>248</sup> Н. Делић, „Кривичноправни аспект злоупотребе опојних дрога: законодавство, теоријски ставови и судска пракса“, *Казнена реакција у Србији, I део* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011. Тако и М. А. Лазић, „Неки проблеми у вези с кривичним делима злоупотребе опојних дрога“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2013, 301 фн. 31. Вид. и Н. Делић (2022), 275.

<sup>249</sup> Пресуда Врховног суда Србије Кж 1040/99 од 15.12.2001. године.

било коју феноменолошку манифестацију консумпције. Тачније, нису испуњени услови регуларности неопходни за констатацију особине типичног пратећег дела, нити било ког другог облика испољавања овог принципа решења.

#### **4.10. Кривична дела против брака и породице и привидни идеални стицај**

Код инкриминација из групе кривичних дела против брака и породице, квалификација института привидног идеалног стицаја, на првом месту, поставља се у вези примене кривичног дела насиља у породици из чл. 194 КЗ, како у погледу његовог односа са појединим кривичним делима управљеним против телесног интегритета, тако и у случају међусобног односа између његових различитих облика. Наиме, ради се хетерогеној правној фигури, која обухвата више различитих облика, чије симултано остварење може отворити дилему о примени привидног или аутентичног стицаја.

Одредбом чл. 194, ст. 1 КЗ, предвиђено је да ће се затвором од три месеца, до три године, казнити учинилац, који применом насиља, претњом да ће напасти на живот или тело, дрским или безобзирним понашањем, угрожава спокојство, телесни интегритет или душевно стање члана своје породице. У ставу 2, 3 и 4, прописани су тежи облици наведеног кривичног дела, у случају када је при извршењу основног облика коришћено оружје, опасно оруђе или друго средство подобно да тело тешко повреди или здравље тешко наруши (ст. 2), уколико је услед дела из ст. 1 и 2 наступила тешка телесна повреда, тешко нарушавање здравља, или је дело учињено према малолетном лицу (ст. 3), уколико је услед дела из ст. 1 и 2 наступила смрт члана породице (ст. 4). Такође, у ставу 5, прописан је посебан облик наведеног кривичног дела, у случају када учинилац прекрши мере заштите од насиља у породици које му је суд одредио на основу закона којим се уређују породични односи.

Наступање тешке телесне повреде, односно смртног исхода, третира се као кривично дело квалификовано тежом последицом, што за примену наведеног тежег облика, захтева да се таква тежа последица може приписати нехату учиниоца. У супротном, постојаће стицај реализованих кривичних дела. Са аспекта облика квалификованог смрћу, од значаја је разматрање његовог односа са тешким убиством члана породице којег је учинилац претходно злостављао из чл. 114, ст. 10 КЗ. Из саме регулаторне одредбе овог облика тешког убиства, произлази да ће у највећем броју случајева, то подразумевати да је лишењу живота претходило остваривање основног облика кривичног дела насиља у породици, које ће бити конзумирано првом инкриминацијом. На специфичности релационих односа између наведене две инкриминације смо указали приликом разматрања примене правила привидног идеалног стицаја у случајевима кривичних дела против живота и тела.

С друге стране, наступање лаке телесне повреде, сматра се обухваћеним радњом примене насиља, што подразумева да ће у том случају постојати привидни идеални стицај по основу консумпције<sup>250</sup>, са чиме смо се већ сложили.

Када је реч о посебном облику насиља у породици, предвиђеном у ст. 5, његова реализација, не може се сматрати обухваћеном ниједним од осталих облика наведеног кривичног дела, с обзиром на дискрепанцију како у погледу радње извршења, тако и објекта напада. То је став који се заступа и у судској пракси, при чему се наглашава да је у овом случају, предмет заштите заправо поштовање одговарајуће одлуке суда, због чега се нужно намеће решење стицаја у случају истовремене реализације ове и варијанти из става 1 – 4 исте законске одредбе, које су управљене ка заштити породице.<sup>251</sup> Ипак, када је реч о најтежем

<sup>250</sup> З. Стојановић (2018), 109. Тако АС у Београду Кж.1 142/11.

<sup>251</sup> Правни став Врховног касационог суда, усвојен на седници КО 03.12.2018. године, *Билтен Врховног касационог суда* 2/2019, *Intermex*, Београд 2019, 10 – 11.

облику овог кривичног дела, који се односи на наступање смртог исхода, можемо се сложити са схватањем о примени решења конзумпције у корист инкриминације из чл. 194 ст. 4 КЗ, онда када је истовремено дошло до реализације и посебног облика из ст. 5<sup>252</sup>, и то сходно критеријуму његове безначајности.

---

<sup>252</sup> Тако З. Стојановић (2021), 652.

## ЗАКЉУЧАК

Својство правила (привидног) стицаја закона да прожимају све аспекте поступка квалификације, односно да представљају један од параметара у примени норми кривичног права на конкретно чињенично стање које захтева кривичноправну реакцију, само по себи указује на значај института у материји кривичног права и представља његову најзначајнију особину.

Наиме, паралелно са регуларним случајевима јединства кривичних дела и стицаја таквих кривичноправних оцена, издвајају се и манифестације (привидног) стицаја закона, као превасходно и примарно теоријски продукт, утемељен на захтевима успостављања равнотеже између опонентних начела кривичног права. На тај начин, он фигурира као трећа категорија исхода поступка квалификације, са особеним законитостима и критеријумима детерминације. Иако би се у суштинском смислу могло говорити о његовој аутономији и поседовању свих особина једног оригинарног правног концепта, почев од самог историјског развоја ове правне фигуре, преко њеног позиционирања у систему кривичног права и предуслова примене, јасно се манифестују нераскидиве споне са поставкама манифестација аутентичног стицаја, од којих се не може одвојено разматрати.

Стога, баш као што је несумњива ефективност његовог деловања у овој материји, исто тако постоје бројне дилеме у погледу начина испољавања таквог утицаја, нарочито у садејству са сродним правним концептима. При томе, разјашњењу описаних проблема, не доприноси много ни околност одсуства адекватне законодавне регулативе у овој области. Самим тим, привидни идеални стицај се појављује као правни концепт који је превасходно продукт доктрине, настао као последица развоја теоријске мисли и потребе за усаглашавањем општеважећих правила квалификације са савременим тенденцијама кривичног права, оличеним у повећању броја инкриминисаних понашања и њиховом преплитању у вредносном смислу.

Заправо, сагледавајући историјске аспекте његовог развоја, може се уочити да је потреба за увођењем стицаја закона, била условљена управо неадекватношћу стриктног придржавања стицајних правила и ефективне примене свих формално реализованих правних концепата, који су били у супротности са неким општим начелима кривичног права, односно смислом и сврхом инкриминисања одређених забрањених понашања, али исто тако и претпостављеним циљевима кажњавања. Нужност извесних корекција у овој области, добила је отелотворење у увођењу особеног, мада догматски спорног и специфичног института, у функцији заштите кључних вредности којима се настоји пружити кривичноправна заштита. У том погледу, несумњиво предњачи принцип забране двоструког вредновања, тачније материјални аспект начела *ne bis in idem*, који по нашем мишљењу представља кључни основ утемељења и оправдања привидног стицаја у кривичном праву. Томе су допринеле и савремене криминално–политичке тенденције, оличене у повећању броја инкриминисаних понашања у складу са потребама заштите различитих вредности, што је с друге стране, довело до преплитања између правних концепата, не само у виду очигледног поклапања елемената законских описа бића појединих инкриминација, на апстрактном плану, већ и у домену подударања њиховог вредносног опсега. На тај начин се оцена о евентуалном двоструком вредновању истих чињеничних околности, које треба превазићи применом правила привидног стицаја закона, конфигурише на апстрактно–конкретном плану, што захтева комплексну вредносну оцену свих правно–искуствених аспеката испољавања забрањеног понашања. Осим тога, увођење института привидног стицаја у теорију кривичног права, имало је и јако независно криминално–политичко утемељење, оличено у потребама

пропорционалности у домену одмеравања казне, односно усклађивању са превентивним и ретрибутивним циљевима кажњавања, у компарацији са последицама аутентичног стицаја.

Под таквим условима, овај институт се устолочио у доктрини кривичног права као средишња категорија између концепата јединства и плуралитета кривичних дела у стриктном смислу, што је отворило питање његовог позиционирања у тако конципираном систему, али и саме правне природе, односно томе својствених казнених ефеката који му се приписују. Наиме, не сме се заборавити да је основ дихотомне категоризације на манифестације јединства и плуралитета кривичних дела, односно унитарних и стицајних квалификација, оличен у специфичним правним последицама које конкретно законодавство предвиђа у другом случају, у домену посебних правила одмеравања казне. Стога се положај нове фигуре нужно морао посматрати, односно конфигурисати и са тог аспекта, што је и отворило још увек неразрешену полемику о њему својственим правним последицама, а самим тим и оправданости постојања у систему кривичног права.

Међутим, не може се рећи да је доктрина постигла сагласност у давању одговора на ова кључна питања, и поред тога што се не негира њихов значај за крајње ефекте примене кривичног права у области одговорности учиниоца. Такав диспарат у теоријској мисли је донекле и очекиван, нарочито ако се узме у обзир да је реч о правној фигури мултидимензионалног карактера, која је и иначе формулисана са циљем да помири супротстављене захтеве унитарних и плуралистичких квалификација.

Суштину конфигурације института привидног идеалног стицаја, иначе одражава идеја о формалној испуњености услова примене више законских описа бића кривичних дела, уз истовремено искључење њиховог паралелног вредновања, односно потискивање једног на рачун другог, по основу постојања одговарајућих релација (логичких, емпиријских, функционалних) између таквих појединачних правних концепата, помоћу којих се формира особени облик јединства. При томе се као крајњи ефекат примене описаног правила, појављује опстанак само једне од формално реализованих инкриминација у даљој кривичноправној оцени, што би требало схватити у релативном смислу, имајући у виду генералну могућност њеног утицаја у домену коначних пенолошких ефеката.

На темељу овако дефинисаног проблема, конфигуришу се даље претпоставке његове синтетичке анализе, полазећи од релевантних димензија института, чије законитости долазе у обзир у поступку квалификације. Мултидимензионалност привидног стицаја, а самим тим и тешкоће у конципирању његових кључних поставки, одразиле су се како на његова термилошка одређења и позиционирање у систему кривичног права, тако и на начин поимања правне природе и феноменолошког домашаја, а што је још важније и померање граница поступка квалификације. Ради се о реципрочно условљеним питањима, која посматрано обједињено, оживљавају институт привидног стицаја на посебној квалитативној основи. То је и разлог зашто се чак ни термилошком одређењу ове правне фигуре не може приступити без познавања и уважавања фактора детерминације његове правне природе, односно феноменолошке димензије и претпостављеног домашаја у односу на сродне и лимитрофне правне концепте. Исто тако, незамисливо је чак и покренути било какву дискусију на тему привидног идеалног стицаја без познавања проблематике теорије стицаја, њених кључних појмова и позитивноправних и компаративноправних решења у овој области. Осим тога, сувишно је помињати и да свако озбиљније разматрање института захтева познавање како кључних института општег дела кривичног права, чија се правила примењују у његовој квалификацији, тако и материје посебног дела кривичног права и казнене политике у овој области. Стога се и метафора „зачараног круга“, појављује као оправдана у адекватном представљању његовог положаја у систему кривичног права.

Пре свега, у практичном смислу, хипотеза привидног стицаја подразумева искључење стицајних ефеката, које произлази из потребе за заштитом основних начела кривичног права, попут материјалне забране двоструког вредновања истих околности,

уколико су испуњени услови да се применом само једне од релевантних инкриминација адекватно покрије невређност предузетог понашања и самим тим обезбеди санкција у складу са претпостављеним циљевима кажњавања. Иначе, ова оцена у поступку квалификације, по нашем мишљењу, не представља само могућност изузетка од примене стицаја, већ и нужност таквог одступања. Тачније, иако институт привидног стицаја у већини законодавстава нема своју потпору у виду изричитих регулаторних одредби, за разлику од правила одмеравања казне за кривична дела у стицају, његове законитости, иако су само прећутно изражене, нужно фигурирају у поступку квалификације и неизоставно се узимају у обзир приликом подвођења забрањеног понашања под норме кривичног права. Самим тим, критеријуми диференцијације између привидног и аутентичног стицаја, појављују се као сегменти таквог процеса, односно својеврсни усмеравајући параметри, присутни у квалификацији забрањеног понашања, која се не може адекватно спровести без уважавања његових правила.

Међутим, теоријски проблеми у примени института привидног идеалног стицаја, тачније детерминисању свих предуслова деловања његових правила у поступку квалификације, произлазе из условљености променљивим, варијабилним факторима, тачније ситуационим околностима испољавања релационих односа између релевантних правних концепата. То подразумева ослањање на конкретни приступ у дефинисању феноменолошких облика његовог испољавања, али истовремено и ограничење могућности теорије да пронађе генерално решење за све могуће случајеве који припадају овој категорији.

Пре свега, важно је напоменути да је велики број питања која се тичу различитих аспеката разматрања института, условљен диференцирањем његовог стицајног и интерпретативног карактера, што се заправо односи на две различите концепције о правној природи привидног идеалног стицаја. Наиме, поимање ове правне фигуре као особене стицајне категорије, или пак проблема лимитирања домашаја и опсега примене појединачних правних концепата, одражава се како на само термилошко означавање института и његово позиционирање у систему кривичног права, тако и на његов домашај, методологију поступка квалификације, а што је најважније, и на правне последице, оличене у начину испољавања дејства привидног дела. Другим речима, прожима се кроз све кључне аспекте његовог бића.

Ипак, сматрамо да наведена класификациона подела, суштински и примарно одговара управо области правних последица института, односно околности прихватања или одбацивања стицајних ефеката у виду различитих манифестација утицаја привидног дела на коначне казнене последице. Сви остали сегменти утицаја представљају одраз опредељења за једну од две варијанте и превасходно су формалистичког карактера, а у духу прихватања хипотезе о двострукој правној природи института, указују на превласт једних или других елемената, сходно конкретном теоријском гледишту. Тако, имајући у виду да ће интензитет утицаја привидног дела на коначне пенолошке ефекте варирати у зависности од феноменолошког облика испољавања института, односно прихваћеног принципа за решавање конфликта између законских норми, као и конкретне манифестације испољавања релационих односа између правних концепата у односу на искуствену ситуацију, јасно је због чега се, на првом месту, говори о двострукој позиционираниости (привидног) идеалног стицаја, како у домену опште теорије кривичног права, тако и теорије стицаја, односно термилошки исправним опонентним варијацијама у његовом означавању.

У домену коришћеног појмовног апарата, двострука правна природа се огледа превасходно у подједнакој релевантности како одредница које наглашавају интерпретативни карактер (привидни идеални стицај, привидни стицај закона, јединство закона), тако и оних приклоњених стицајној природи (стицај закона). Осим тога, и методолошки аспекти поступка квалификације, где се у констатацији испуњености услова примене привидног идеалног стицаја, може поћи како од претпоставке стицаја, чији се ефекти искључују под одговарајућим условима, тако и од прелиминарног разграничења појединачних правних концепата, чији релациони односи искључују хипотезу стицаја на самом почетку, указују на



немогућност апсолутног и стриктног раздвајања наведена два приступа. То ће, између осталог, зависити и од конкретне феноменолошке манифестације испољавања забрањеног понашања, која претендује на квалификацију привидног идеалног стицаја.

Исто тако, постоји високо изражен степен утицаја диференцирања наведена два приступа у погледу домаћаја института, тачније броја релевантних принципа решења који се користе за решавање конфликта између законских норми. Наиме, док поједини случајеви његових феноменолошких облика, попут оних где се конфликт између инкриминација решава применом принципа специјалитета, захтевају искључење стицајних ефеката и конфигуришу се на основи међусобног разграничења две законске норме и апсолутног примата једне од њих, применом метода тумачења, други пак неизоставно захтевају стицајне ефекте како би уопште могли да остваре претпостављену функцију у теорији привидног стицаја. Управо је то случај са принципом алтернативитета, који је специфичан због непостојања особеног материјалног садржаја неопходног за детерминисање превласти једног правног концепта у односу на други, због чега се захтевају корективни механизми у виду обавезног уважавања ефеката привидног дела. У супротном, изгубила би се његова оперативност као самосталног принципа решења колизије између законских норми, чиме би остао изван граница теорије привидног стицаја.

Овом констатацијом ћемо закључити разматрање о двострукој правној природи института привидног идеалног стицаја, са аспекта интерпретативно–стицајног приступа на којем се темељи уважавање ефеката привидног дела, попут његовог утицаја на главну казну (резидуални ефекти), деловања акцесорних кривичних санкција или пак секундарне примене одбаченог правног концепта, што ће зависити од примењеног принципа за решавање конфликта између законских норми, односно, још прецизније, конкретног феноменолошког облика испољавања института.

Ова последња констатација, сама по себи имплицира и начин на који смо приступили сагледавању односа између, може се рећи, кључних и централних категорија теорије привидног стицаја, оличених у концептима означеним у овом раду као „принципи индивидуализације“, или „принципи решења“, са једне, наспрам самих феноменолошких манифестација разматране правне фигуре, чијем су детерминисању они подређени. Наиме, за разлику од уобичајених теоријских концепција које специјалитет, супсидијаритет, консумпцију и алтернативитет као такве означавају феноменолошким облицима привидног идеалног стицаја, пошли смо од хипотезе да они заправо представљају скуп особених правила за решавање колизије између конфликтних диспозиција, односно средства коришћена у поступку квалификације, примењива на његове различите феноменолошке манифестације као шире категорије.

Друга димензија правних последица института привидног идеалног стицаја, тиче се његових релација са формама аутентичног стицаја, односно поклапања или одударања феноменолошких ефеката наведене две правне фигуре у конкретном позитивном законодавству. За разлику од концепције о двострукој правној природи института, која се испољава у виду генералне дозвољености уважавања поменутих ефеката привидног дела у суштинском смислу, уз условљеност његовом конкретном феноменолошком манифестацијом, на практичном плану се проблематика правних последица привидног идеалног стицаја, тиче успостављања равнотеже превасходно са идеалним стицајем. Управо у овом домену долази до изражаја комплексност релационих односа између две правне фигуре, због којих се и успоставља систем јединствених критеријума диференцијације, управљених ка њиховом разграничењу. Стога, онај сегмент поступка квалификације који се односи на ово кључно питање, у функцији је стварања предуслова успостављања одговарајуће линије разграничења на плану казних последица, што би по правилу и требало да буде циљ спровођења таквог поступка.

Међутим, друго је питање да ли су у пракси оваква настојања добила своје отелотворење у виду јасно раздвојених пенолошких ефеката једне и друге правне фигуре, при чему би одговор требало тражити на плану конкретног позитивноправног система и начина на који је у истом постављен однос између идеалног и реалног стицаја. У том смислу, релевантна је класификација на унитарне и диференцирајуће моделе, у чијој се основи, између осталог, налази и начин поимања правне природе идеалног стицаја. Наиме, релевантне су пре свега доктринарне струје које формалном стицају негирају карактер аутентичног плуралитета и конфигуришу га на бази јединства дела, а самим тим приближавају идејној концепцији привидног идеалног стицаја. Овакво резонување, утемељено на већ поменутој хипотези да се једном радњом може остварити само једно кривично дело, супротставља се поимању идеалног стицаја као правог плуралитета кривичног дела, изједначеног са реалним, што је једино исправно гледиште.

Из тог разлога, од кључног је значаја познавање позитивноправне регулативе у овој области и начина на који су прописана правила одмеравања казне за кривична дела у стицају. То је и разлог зашто смо прелиминарно разјашњење кључних питања стицајне материје, укључујући и детерминисање правне природе два облика аутентичног стицаја и њихових казних ефеката, поставили као претпоставке, односно полазни основ за изучавање института привидног идеалног стицаја. То важи и за остале облике јединства кривичног дела, где се одступа од правила стицаја.

У сваком случају, постоји директна спона између конфигурације идеалног стицаја у конкретног законодавству, дозвољености прихватања појединих стицајних ефеката привидног дела, у склопу интерпретативно–стицајног карактера института (утицај на главну казну, утицај на одмеравање казне, секундарна примена привидног дела) и свеукупних правних последица примене института привидног идеалног стицаја. То је и разлог зашто се не може говорити о генерализованим правилима у овој области, изван разматрања особености конкретног случаја, односно конкретних феноменолошких манифестација, нити о независном систему правних последица привидног идеалног стицаја, изван законске регулативе у области одмеравања казне за манифестације аутентичног стицаја. Ово, на пример, нарочито важи за вредносно утемељене принципе решења конфликта између законских норми, где постоји широк опсег могућности вредновања привидног дела у утврђивању главне казне, односно њеног распона.

Међутим, иако постоји оправдана потреба да се у склопу хипотезе о стицајном карактеру разматраног института, уваже ефекти привидне инкриминације, који су слични, односно у појединим случајевима чак и идентични онима својственим манифестацијама идеалног стицаја, проблем може настати у случају када позитивноправна решења у области одмеравања казне за форме аутентичног стицаја, доводе до потпуног брисања граница између две правне фигуре. Управо то се десило у Немачкој, чији се теоријски ставови о потребама уважавања ефеката принципа комбинације у утврђивању правних последица привидног идеалног стицаја, подударaju са законски предвиђеним правилима одмеравања казне за идеални стицај. Насупрот томе, у законодавствима попут нашег, која формални стицај регулишу на бази аутентичног плуралитета, изједначавајући га са реалним, могуће је поставити линију разграничења са привидним идеалним стицајем и у практичном, а не само у формалном смислу, уз задржавање већ поменутих стицајних ефеката.

Ипак, без обзира да ли то има релевантне практичне ефекте, или се пак манифестује само у формалној декларацији кривице, у теорији се свакако посвећује велика пажња изналажењу адекватних критеријума диференцијације између наведених правних фигура, што је први од два кључна сегмента поступка квалификације, који смо издвојили у нашем раду. Неки од тих критеријума који предњаче у овој области, попут оцене двоструког вредновања, фигурирају и као фундаментална начела утемељења института привидног стицаја. Међутим, иако је могуће издвојити одговарајуће факторе квалификације привидног

стицаја, укључујући и критеријум забране двоструког вредновања, обухватања невредности дела, односно јединства штићеног правног добра и друге које смо навели као репрезентативне, треба имати у виду да се они појављују искључиво као смернице у поступку квалификације, али не и као апсолутни детерминатори у правцу потврђивања привидног стицаја. То је првенствено последица конкретног приступа у утврђивању испуњености услова његове примене, али и комплексног скупа, не само објективних, већ и субјективних фактора у поступку квалификације. Ово се најизраженије манифестује на примеру спровођења адекватног поступка квалификације у случају специфичних релационих односа између наступања повреда и лишења живота, односно деликата апстрактне и конкретне опасности.

На релативност критеријума диференцијације и њима одговарајуће методологије уважавања различитих објективних и субјективних фактора, надовезује се исти такав карактер критеријума индивидуализације института, оличених у тзв. *принципима решења конфликта* између законских норми. Заправо, често се и сама примена института привидног стицаја, односно његово изучавање у доктрини, своди управо на начин њихове конфигурације, што их чини централним појмовима теорије привидног стицаја. У том смислу, као прво релевантно питање, појављује се број таквих принципа чија ће се правила применити у случају колизије инкриминација, што је довело до супротстављања монистичких и плуралистичких концепција.

Међутим, као што смо закључили приликом разматрања обе варијанте, чини се да у суштинском смислу не постоје веће разлике у последицама опредељења за једну или другу опцију, што произлази из околности да су стриктне монистичке концепције ретке и суштински теоријски неодрживе. Стога, чак и декларативно монистички модели, попут оног утемељеног на специјалитету као једином релевантном принципу, по свом садржају заправо одговарају плуралистичким варијантама, у складу са концепцијом специјалитета у ширем смислу, иза којег се крију поставке традиционално класификованих принципа решења под окриљем истоветног назива. Поменути подела би имала смисла једино ако би се један такав монистички концепт ограничио на специјалитет у стриктном (логичком) смислу, што би с друге стране водило ка потпуном сужавању домашаја примене привидног идеалног стицаја и измештања из његових оквира великог броја феноменолошких манифестација. Из тог разлога би стриктни монистички модели били некомплетни, а његове модификоване варијанте беспредметне, будући да би се свеле на категорије класичних плуралистичких категорија.

Сходно томе, сматрамо да у домену индивидуализације института привидног идеалног стицаја као адекватнији фигурира плуралистички модел, у складу са поставкама класичних система, утемељених на конфигурацији четири релевантна принципа – специјалитет, супсидијаритет, консумпција и алтернативитет.

Поред проблематике унитарног или плуралистичког приступа у детерминацији преферентне инкриминације, која је резултирала опредељењем за прихватање више могућих аутономних решења, следећа релевантна дилема, тиче се домашаја плуралистичких модела, тачније броја у њима садржаних принципа. Највише дилема на овом плану узроковао је концепт алтернативитета, чији назив већ сам по себи упућује на изостанак материјалног основа успостављања преферентности. Тачније, алтернативност упућује на подједнаку релевантност правних концепата у таквом односу, што се не уклапа у идеју о функцији принципа индивидуализације у поступку квалификације привидног стицаја. Стога, његов опстанак у тој улози, условљен је корекцијама у домену казних ефеката, како би се адекватно балансирао однос главне и привидне инкриминације. Сматрамо да се једино под тим условима може прихватити аутономија наведеног принципа.

Поред алтернативитета, у домену класичних (плуралистичких) модела, своје место проналазе како принципи логичког, тако и они емпиријског, односно чисто вредносног

карактера. Разматрајући карактеристике материјалне димензије сваког од њих, може се закључити да је реч о комплексном скупу варијабилних фактора детерминације преферентности једног правног концепта у односу на други. Наиме, чак и у случају специјалитета, као стриктног логичког принципа, постоје извесне варијације и дилеме у констатацији релације специјализације, односно њеном тумачењу са аспекта појединачних законских описа бића кривичних дела.

Може се рећи и да је примена принципа решења, тачније констатације постојања релације специјализације, супсидијарности, консумпције, па чак и алтернативности и решавање конфликта између две законске норме, у сваком случају условљено стањем у конкретном позитивном законодавству, што је полазна тачка за даљу анализу испуњености услова привидног идеалног стицаја по том основу. Ово се превасходно односи на случајеве конфликта између норми посебног дела кривичног права. На тај начин, правила института се директно везују за факторе криминално–политичког карактера, што укључује између осталог и казнену политику, која ће усмерити правац утврђивања преферентности једног правног концепта у односу на други, нарочито када је реч о вредносно утемељеним принципима решења, попут консумпције. То је свакако у складу са претпоставком, односно идеалистичким концептом о савршено усклађеном систему норми позитивног кривичног права, где су сва инкриминисана понашања адекватно вреднована, како појединачно, тако и са аспекта међусобних релационих односа. Међутим, иако исправно конципирана, ова идеја је тешко остварива у савременим кривичноправним системима, где се сусрећемо са појавом хиперинкриминализације, што је условљено и потребама да се инкриминишу понашања у различитим областима друштвеног живота у складу са савременим развојем. То нужно доводи до преплитања опсега примене кривичноправних забрана, како у формалистичком, тако и у вредносном смислу, које превазилазе претпостављену намеру законодавца да прописујући појединачна кривична дела, унапред конфигурише, односно има у виду све могуће комбинације релационих односа између њих, по основу чега би дошло до квалификације привидног стицаја.

Наиме, већ смо разматрајући различите аспекте, односно димензије института, дошли до закључка да је таква предетерминисаност апсолутно искључена, што заправо произлази из конкретног приступа у поступку квалификације. У том смислу, иако је тачно да се код појединих феноменолошких облика привидног идеалног стицаја, што се односи превасходно на његове манифестације које се решавају применом принципа специјалитета, попут квалификованих и привилегованих облика кривичног дела, већ на апстрактном нивоу може донети закључак о намери законодавца управљеној ка успостављању релације специјализације, правила института нису примарно таквог карактера. Чак штавише, постоји дискрепанција између различитих начина за које се законодавац определио у пружању заштите истоветним штићеним правним добрима у различитим околностима њиховог угрожавања или повреде.

Поменуто специфичности конкретног приступа у детерминацији релација од којих зависи примена правила привидног стицаја, указују на комплексност и мултидимензионалност института, који прожимају како сам поступак формалне квалификације, оличен у избору преферентне (главне) норме, тако и начин утврђивања коначних правних последица, односно крајњи ефекат испољавања утицаја привидног дела. Наиме, у свим областима његовог деловања које смо препознали као релевантне, што се превасходно односи на одмеравање казне, постоји велика дискрециона могућност балансирања и успостављања равнотеже између главне и привидне инкриминације. Сходно томе, може се рећи да област правних последица, представља најзначајнији сегмент деловања конкретног приступа у примени института, што се репрезентативно одражава превасходно у домену оцене и уважавања потиснутог правног концепта као отежавајуће околности. То у практичном смислу, у зависности од конкретне феноменолошке

манифестације, може у потпуности релативизовати било какву поделу на аутентични и привидни идеални стицај, у домену правних ефеката.

У сваком случају, резимирајући кључне аспекте устоличења и примене института привидног идеалног стицаја у кривичном праву, може се указати на неколико генералних закључака у овој области, у складу са постављеним хипотезама.

Пре свега, очигледно је да привидни идеални стицај, односно (привидни) стицај закона представља правну фигуру чији је положај у теорији кривичног права донекле дискутабилан и подложен различитом тумачењу, не у смислу саме оправданости и улоге у таквом систему, већ начина на који се приступа решењу кључних питања у његовој примени. Осим тога, сагледавајући стање у домаћој доктрини, може се рећи да постоји значајан простор за унапређење стања у овој области, нарочито имајући у виду да је управо теорији препуштен значајан задатак да укаже на проблеме у примени института и предлоге за њихово решавање. Поменути материја захтева специфичан приступ, проблемског карактера, чији значај пак није усклађен са интересовањем теоретичара за дубљим изучавањем описане проблематике. С друге стране, судска пракса указује на постојање бројних дилема у квалификацији, иза којих се заправо крију правила привидног стицаја, односно његовог разграничења од аутентичног стицаја.

Један од примарних разлога за такво стање у доктрини, по нашем мишљењу, везује се управо за већ поменути утемељеност института на конкретном приступу и немогућност формулисања генерализованих критеријума, примењивих на све случајеве у пракси, што је у складу и са домаћајем његове феноменолошке димензије, за коју се не може рећи да је прецизно утврђена. Ово додатно отежава и околност изостанка законских регулација у виду аутономних норми, које би поставиле основе тако схваћеног јединственог института. Међутим, чини нам се да је управо изостанак такве непосредне законске заснованости, предуслов адекватности примене института и његове могућности да одговори на захтеве у пракси, у складу са приступом проблемског карактера. Осим тога, као што смо већ указали, постоје и бројни аспекти посредне законске утемељености, који указују на његову дозвољеност, а истовремено не ограничавају свеобухватну примену његових правила.

У том смислу, сматрамо да су за примену института привидног стицаја, више него евентуалне формалистичке одредбе, значајнији општи или њему специфични принципи (начела) кривичног права, којима се треба водити у формулисању његових правила. На првом месту, релевантно је пре свега деловање начела *ne bis in idem*, израженог у забрани двоструког вредновања, која је основ оправдања искључења правила стицаја, као и даљег разматрања евентуалних ефеката привидног стицаја, како у домену формалне квалификације, односно поступка утврђивања преферентне инкриминације, тако и самих правних последица. У том контексту, поменути забрану двоструког вредновања би требало тумачити у контексту начела законитости и пропорционалности.

Деловање поменутих начела се у практичном смислу поткрепљује постојањем одговарајућих логичких, односно вредносних спона између инкриминација, које конфигуришу релације специјализације, консумптивности, укључујући и „безначајност“, супсидијарности и модификоване алтернативности.

Свакако, у средишту проблематике, налазе се већ поменути гледишта о правној природи института, која условљавају поделу на схватања о његовом стицајном, или пак интерпретативном карактеру, што прожима све аспекте привидног идеалног стицаја. Схватање о двострукој функционалној заснованости института привидног идеалног стицаја на поставкама теорије стицаја са једне и теорије интерпретације, са друге стране, засновано је на чињеници да је његова примена условљена како процесом разграничења од формалног и материјалног стицаја, тако и утврђивањем логичких релација између законских норми, кроз примену принципа решавања њихових сукоба. Та два особена сегмента изучавања

института не могу се посматрати одвојено, а одраз описане међусобне зависности и условљености, манифестује се на плану теорије казне, где на основу својеврсне фузије законитости обе теорије, долази до формулисања посебних правила о правним последицама привидног идеалног стицаја.

Већ смо закључили да решење дилема треба тражити у опредељењу за двоструку правну природу института и томе одговарајућим последицама, укључујући и термилошке одреднице, као и крајње пенолошке ефекте, што смо већ детаљно образложили.

Исто тако, не постоје веће дилеме у појмовном одређењу привидног идеалног стицаја, које је детерминисано садржајем његове феноменолошке димензије и принципа индивидуализације, мада се у том домену, у одређеној мери уплићу параметри (и)релевантности утврђивања јединства радње. Сматрамо да у том смислу превагу односе фактори функционалног карактера, односно логичко–вредносни услови констатације привидног стицаја, који потискују класификациону поделу на случајеве јединства и плуралитета радње као параметар од значаја за дефинисање опсега института. Стога се оправдано може говорити о изједначавању термина привидни идеални и привидни стицај закона у означавању јединственог правног концепта.

Резимирајући изнете карактеристике, као релевантни елементи у теоријском одређењу института, издвајају се превасходно својство конфигурације јединства кривичног дела, утемељеност на нормативном плуралитету инкриминација, као и постојање функционалног јединства радње. У суштинском смислу, поменуто јединство се заснива на одговарајућим логичким и вредносним релацијама између законских норми, од којих се и полази, како у оправдању аутономије института у односу на манифестације аутентичног стицаја, тако и у погледу формулисања критеријума за решавање конфликта између њих. На тај начин, они фигурирају као основни градивни елементи у конфигурацији различитих сегмената института и појављују се као кључни критеријуми његове детерминације.

Када је реч о самом значају привидног идеалног стицаја у систему кривичног права, он се огледа у већ поменутој гарантивној функцији института да обезбеди пропорционалну кривичноправну заштиту штићеним вредностима, што укључује, између осталог, и остваривање претпостављених циљева кажњавања.

У сваком случају, разматрање правила и оцене испуњености услова привидног идеалног стицаја, представља незаобилазан сегмент у квалификацији забрањеног понашања, односно појављује се као детерминишући и усмеравајући фактор таквог поступка, без којег се не може замислити адекватно вредновање чињеничног стања и примена норми кривичног права. С друге стране, постоји велики број различитих аспеката и димензија ове правне фигуре, за које се не може рећи да се уклапају у генерализовани скуп општих правила, примењивих на све случајеве у пракси. То је и разлог зашто су савремена законодавства углавном лишена одредби које се односе на непосредно регулисање института, што је и оправдано, имајући у виду да би оне свакако биле ирелевантне и неоперативне, а питање је да ли би допринеле било каквој прецизности у овој материји.

Пред доктрином је стога важан задатак да препозна кључне проблеме у овој области и формулише предлоге за њихово решавање, све у циљу ефикаснијег спровођења поступка квалификације. При томе, иако су углавном исправно конципирана и постављена релевантна питања примене института, као и хипотетички ситуациони проблеми, теорија привидног стицаја представља област у којој постоји велики простор за унапређење и проширење постојећих правила, па чак и за формулисање нових иновативних одговора на традиционалне проблеме у пракси.

## БИБЛИОГРАФИЈА

Accardo, F., *Unità e pluralità di reati in un sistema penale teleologicamente orientato*, Università Degli Studi Di Napoli, Facoltà Di Giurisprudenza, 2017.

Aguado Correa, T., „Nuevas tendencias jurisprudenciales en las relaciones entre los delitos de tráfico de drogas y contrabando“, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 5/2000, 245 – 264.

Alberto Chacon, A. R., Cisco Barraza, S. G., Hernandez Rosales, F. S., *La aplicación del concurso aparente de leyes por parte de los operadores del sistema penal Salvadoreño*, Ciudad universitaria, San Salvador 2009.

Alegria Hidalgo, J. L., *Derecho Penal, Parte General*, Universidad a las Peruanas 2007.

Ambos, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume II: The Crimes and Sentencing*, Oxford University Press 2014.

Anaya, J. M., „Concurso entre el delito de prevaricato por acción y homicidio culposo desde la perspectiva de la teoría de la imputación objetiva“, *Revista de Derecho, Universidad del norte* 24/2005, Barranquilla, 206 – 229.

Anselmino, L. V., „Ne bis idem, La prohibición contra la doble persecución penal“, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* 43/2013, 102 – 114.

Arce Aggeo, M. A., *Concurso de delitos en materia penal*, Editorial universidad, Buenos Aires 1996.

Artaza, O., Mendoza, R., Rojas, L., „La consunción como regla de preferencia en el marco del concurso aparente de leyes“, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 53/2019, 147 – 176.

Asua, L. J., *Principios de Derecho Penal, La ley y el Delito*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.

Ausín Díez, T., „Conflictos normativos y análisis lógico del derecho“, *Anuario de filosofía del derecho* 11/1994, 393 – 406.

Bacigalupo, E., *Derecho Penal, Parte General, 2ª Edición*, Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 1999.

Bacigalupo, E., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Temis S. A., Colombia 1996.

Bages Santacana, J., *La tentativa en los delitos de peligro abstracto*, Universitat de Barcelona 2017.

Bascuñán Rodríguez, A., „El robo como coacción“, *REJ – Revista de Estudios de la Justicia* 1/2002, 55 – 125.

Bascur Retamal, G., „Consideraciones acerca de los criterios de unidad de acción en la reciente jurisprudencia penal de la Corte suprema (2011 – 2012)“, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 1/2016, 235 – 259.

Bascur Retamal, G., „Consideraciones conceptuales para el tratamiento del peligro abstracto en supuestos de concurso de delitos“, *Política Criminal* Vol. 14 28/2019, 562 – 594.

Baumgartner, A., *Die Konkurrenzen zwischen Gewährleistung und den §§ 918 ff ABGB und zwischen Gewährleistung und laesio enormis*, Universität Wien, Wien 2009.

Bchéraoui, D., „Concours réel d'infractions et unité de fait“, *Revue juridique de l'USEK*, 4/1995, 159 – 203.

Beling, E., *Esquema de Derecho Penal, La doctrina del delito – tipo* (Превод дела: Die Lehre von Tatbestand, 1930), Libreria „El foro“, Buenos Aires 2002.

Bernardi, S., „La suprema corte alle prese con il principio di Assorbimento in una recente sentenza in materia di Abuso d'ufficio, Nota a Cass., Sez. VI, sent. 28 febbraio 2017 (dep. 21 marzo 2017), n. 13849, Pres. Carcano, Rel. Corbo, Ric. Trombatore“, *Diritto Penale Contemporaneo* 6/2017, 1 – 5.

Bertani, M., „Pratiche commerciali scorrette e violazione della regolazione settoriale tra concorso apparente di norme e concorso formale di illeciti“, *Le nuove leggi civili commentate* 4/2018, 926 – 960.

Bigli, G., Javier, G., *Concurso de delitos, Diferencias y semejanzas entre el concurso ideal y el concurso de tipos penales*, Universidad empresarial siglo 21, 2014, <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/handle/ues21/13689>, 5. фебрыя 2022.

Bobbio, N., *Teoria do ordenamento juridico* (Превод дела: „Teoria dell' ordinamento giuridico“, G. Giappichelli, 1982), Editora Universidade de Brasília, 1995.

Boeuf, M. H., *Résumé de droit criminal (Code pénal et Code d'instruction criminelle)*, Librairie de la Societe du Recueil Sirey, Paris 1912.

Bogdan, A., „Cumulative charges, convictions and Sentencing at the Ad Hoc International Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda“, *Melbourne Journal of International Law* 3/2002, 1 – 32.

Bohlander, M., *The German Criminal Code – A Modern English Translation*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2008.

Bortoluzzi, M., *Il concorso apparente di norme nel diritto penale internazionale*, Università degli studi di Trento, 2018.

Buffon, C., „Interferenze tra ne bis in idem processuale e sostanziale nel contenimento del doppio binario sanzionatorio“, *Processo penale e giustizia* 2/2019, 526 – 539.

Cabada, G. G., „Concurso medial de delitos“, *Estudios Penales y criminológicos* 13/1988 – 1989, Universidad de Santiago, 153 – 206.

Campos, C. T., „Non bis in ídem, prevalencia de la via penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador“, *Revista de Administración Pública* 156/2001, 191 – 249.



Cardenal Montraveta, S., Mir Puig, S., „Homicidio intentado y lesiones consumadas en el mismo sujeto pasivo: ¿Concurso de leyes o concurso de delitos?“, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 3/1995, 1009 – 1052.

Carnevali Rodríguez, R., Salazar Zenteno, C., „El principio de alternatividad como cláusula de cierre dentro del concurso de leyes“, *Revista de la Facultad de Derecho (online)* 49/2020, 1 – 31, <http://dx.doi.org/10.22187/rfd2020n49a9>, 5. фeбpыap 2022.

Carranza Tagle, H. A., „La individualización judicial de la pena frente a un concurso ideal de delitos“, [https://www.academia.edu/36113410/La\\_individualizaci%C3%B3n\\_judicial\\_de\\_la\\_pena\\_frente\\_a\\_un\\_concurso\\_ideal\\_de\\_delitos](https://www.academia.edu/36113410/La_individualizaci%C3%B3n_judicial_de_la_pena_frente_a_un_concurso_ideal_de_delitos), 1 – 14, 5. фeбpыap 2022.

Castro, J. S., „Concurso aparente de normas“, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás* 4/1980, 29 – 35.

Chieppa, R., Giovagnoli, R., *Speciale concorso magistratura 2011*, Giuffrè Editore, 2011.

Chiesa, L. E., „Derecho Penal Sustantivo“, *Revista Juridica Universidad de Puerto Rico* Vol. 81 2/2012, 343 – 372.

Conti, N. J., „Algunas consideraciones acerca de la teoría del concurso de delitos“, *Pensamiento penal* 2/2006, 1 – 22, <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2006/05/doctrina30625.pdf>, 5. фeбpыap 2022.

Contreras, J. C., „La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos. La función de la normativa concursal (II)“, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 2/1979, 451 – 477.

Contreras, J. C., „La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos. El delito *sui generis*“, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1/1978, 35 – 96.

Contreras, J. C., „La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos. La función de la normativa concursal (I)“, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1/1979, 45 – 92.

Contreras, J. C., *El Derecho Penal Español, Parte General, Volumen II, Teoría del Delito*, Dykinson, Madrid 2009.

Copain, C., „Les Conflits de Qualifications“, Faculté de Droit Virtuelle de l'Université Lyon 3, fiche a jour 16 juin 2010, [https://fdv-srv.univ-lyon3.fr/moodle//file.php/1/FPV2/Droit\\_penal/Droit\\_penal\\_general/2010\\_sem3\\_penalgeneral06qualificationconflits.pdf](https://fdv-srv.univ-lyon3.fr/moodle//file.php/1/FPV2/Droit_penal/Droit_penal_general/2010_sem3_penalgeneral06qualificationconflits.pdf), 5. фeбpыap 2022.

Corcoy Bidasolo, M., „Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo Sección dirigida por Santiago Mir Puig, Resultados de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública“, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 1/1989, 331 – 358.

Cordini, N. S., „El crimen organizado y el problema de la doble vía de punición“, *Revista de Derecho* 1/2017, 333 – 349.

Cuerda Riezu, A., „El concurso de delitos en el Borrador de anteproyecto de código Penal de 1990“, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 3/1991, 821 – 866.

Cury Urzúa, E., *Derecho Penal, Parte General, Tomo II*, Editorial Juridica de Chile 1997.

D'Alessio, A. J. *et al.*, *Código Penal, Comentado y Anotado, Parte General*, La Ley, Buenos Aires, 2005.

De Liguori, L., *La legge penale: problemi e prassi applicative*, Giuffrè Editore, 2008.

Debray, L., „Du Concours d'infractions, son influence sur l'application de la peine et sur l'exercice de l'action publique“, *Composition de droit Criminel*, V. Giard & E. Brière, Paris 1896, 1 – 24. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6509557q>, 5. фeбpыaп 2022.

Dekeuwer, A., „La classification des concours de qualifications“, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 3/1974, 511 – 532.

Delbono, L., „Concorso di norme e bis in idem sostanziale dopo la sentenza della Corte cost. 200/2016“, *Giurisprudenza penale* 2/2018, 1 – 18, <https://www.giurisprudenzapenale.com/2018/02/01/concorsonormebisidemsostanzialelasentenza-dellacortecos2002016/>, 5. фeбpыaп 2022.

Delgado, F. R., „El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga. Un problema concursal de la ley 20.000“, *Política criminal* Vol. 4 8/2009, 408 – 429.

Della Ragione, L., *Il concorso apparente di norme tra teoria e prassi*, Facoltà Di Giurisprudenza, anno accademico 2011/2012.

Di Gennaro, F., „Criteri risolutivi del concorso apparente di norme incriminatrici. La questione in materia di stupefacenti“, *Ius in itinere* 20.01.2020, 1 – 5, <https://www.iusinitinere.it/criteri-risolutivi-del-concorso-apparente-di-norme-incriminatrici-la-questione-in-materia-di-stupefacenti25079>, 5. фeбpыaп 2022.

Di Gianluca, M., „Le Sezioni unite precisano l'incidenza della giurisprudenza della Corte EDU sui criteri in materia di concorso di norme“, *Giurisprudenza Penale Web* 6/2017, 1 – 10.

Diaz, S. R., „El Concurso Aparente de Leyes“, *Revista de la Facultad de Derecho de Mexico* 30/1958, 155 – 161.

Díez Ripollés, J. L., „Los delitos calificados por el resultado y el artículo 3º del proyecto de Código penal español de 1980“, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 3/1980, 627 – 650.

Donato Messina, S., Messina, S., Spinnato, G., *Diritto penale: manuale breve, Tutto il programma d'esame con domande e risposte commentate*, Giuffrè Editore, 2010.

Drago, M., *I concorsi per vigile urbano, Manuale*, Alpha Test, 2012.

*Droit pénal general, Basé sur le cours du Prof. Sträuli*, AED 2008 – 2009, <https://www.aed-geneve.ch/wp-content/uploads/2014/04/AED-Droit-p%C3%A9nal-g%C3%A9n%C3%A9ral.pdf>, 19. фeбpыaп 2002.

Echavarría Ramírez, R., „El principio de Non bis in idem y la relación entre circunstancias agravantes y tipos penales autónomos. A su vez, una consideración en la relación entre los delitos de hurto agravado y concierto para delinquir“, *Nuevo Foro Penal* 93/2019, 227 – 246.

Eicker, A., „Grundzüge strafrechtlicher Konkurrenzlehre“, *Ius.full, Forum für juristische Bildung* 4/2003, 147 – 152.

Etcheberry, A., *Derecho Penal, Parte General, Tomo II*, Editorial jurídica de Chile 1999.

Fahl, C., *Zur Bedeutung des Regeltatbildes bei der Bemessung der Strafe*, Duncker & Humblot, Berlin 2021.

Fazio, M., „Riflessioni sul reato di riciclaggio nei rapporti con il concorso di norme e di persone“, *La legislazione penale* 7/2017, 1 – 18, <http://www.lalegislationepenale.eu/wp-content/uploads/2017/07/fazioapprofondimenti2017.pdf>, 5. фeбpыaп 2022.

Fernández García, G., „Régimen de hipercualificación del delito de asesinato en el Derecho español contemporáneo“, *Revista Misión Jurídica* Vol. 12 16/2019, 163 – 195.

Ferrante, M., *Concorso di norme e concorso di reati nel diritto penale del mercato finanziario*, Facoltà Di Giurisprudenza, LUISS Guido Carli 2010/2011.

Fiandaca, G., Musco E., *Diritto penale, Parte generale, Settima edizione*, Zanichelli editore, 2014.

Finocchiaro, S., „Concorso di reati o concorso apparente di norme? Alle sezioni unite la vexata quaestio del rapporto tra truffa e malversazione“, *Nota a Cass. pen., sez. VI, ord. 3 novembre 2016 (dep. 9 novembre 2016), n. 47174, Pres. Carcano, Est. Ricciarelli*, <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/3049-finocchiaro2016a.pdf>, 5. фeбpыaп 2022.

Fontan Balestra, C., *Derecho penal – Introducción y Parte general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1998.

Fucini, S., „Principe non bis in idem et cumuls de poursuites administratives et pénales pour les mêmes faits“, *Les nouveaux problèmes actuels de sciences criminelles*, 25/2014, 147-176. <https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-02299858>, 5. фeбpыaп 2022.

Galván González, F., *Concurso de delitos. Análisis comparado entre España y México*, Universidad de Salamanca, Salamanca 2010.

García Albero, R., „Sobre la denominada unidad natural de acción“, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 2/1994, 211 – 240.

García Cantizano, M., „De la relación concursal entre los delitos de estafa y falsedad documental (nuevas soluciones a un viejo problema)“, *Derecho & Sociedad* 11/1996, 195 – 213.

Garcías Planas, G., „Consecuencias del principio non bis in idem en derecho penal“, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 1/1989, 109 – 124.

Garraud, R., *Traité théorique et pratique du droit pénal français, Tome Première*, Librairie du Recueil Sirey, Paris 1913.

Garraud, R., *Traité théorique et pratique du droit pénal français, Tome Deuxième*, Le Larose et Forcel, Paris 1888.

Geninet, B., *L'Indispensable du Droit Penal*, Studyrama 2004.

Gianfelice, A., *Concorso di reati e concorso apparente di norme. Inquadramento tradizionale e nuovi spunti Interpretativi*, Luiss Guido Carli 2017 – 2018.

Gianfelici, F., „Le clausole di riserva alla ricerca di una funzione uno sgradito ospite nella teoria del concorso apparente di norme“, *Archivio penale* 2/2018, 1 – 18.

Gimbernat Ordeig, E., „Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relacion parricidio – asesinato)“, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 2/1990, 421 – 442.

Gimbernat Ordeig, E., „Concurso de leyes, error y participación en el delito (A propósito del libro del mismo título del profesor Enrique Peñaranda)“, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 3/1992, Madrid, 833 – 854.

Gimbernat Ordeig, E., „El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio“, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 1 – 2/1967, 195 – 204.

Gogorza, A., Lacaze, M., „Chronique de droit espagnol“, *Revue internationale de droit penal* Vol. 84 3/2013, 515 – 553.

Gómez Lanz, J., Obregón García, A., „Otra propuesta de teoría del delito“, *Revista penal México* 9/2015, 37 – 57.

Gondim, M., Pereira, P., „Concurso Aparente De Normas e a Consequente Unicidade de Reação Punitiva do Estado No Crime de Sonegação Fiscal Mediante Fraude Documental“, *Revista Digital Constituição E Garantia De Direitos* Vol. 11 1/1982, 101 – 120.

González Cussac, J. L., „La aplicación de la pena en el Nuevo Código Penal de 1995“, *La reforma de la justicia penal: estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann* (eds. J. L. Gómez Coloner, J. L. González Cussac), Universitat Jaume I, 1997.

Gropp, W., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer – Verlag, Berlin 2015.

Grosso, C. F., Pelissero, M., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè Editore, 2013.

Guastini, R., „Interpretación y construcción jurídica“, *Isonomía* 43/2015, 11 – 48.

Guerrieri, T., *Studi monografici di diritto penale. Percorsi ragionati sulle problematiche di maggiore attualità*, Halley Editrice 2007.

Heinrich, B., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Kohlhammer, Stuttgart 2014.

Henner Apfel, V. V., *Die subsidiaritätsklausel der unterschlagung*, Universität Bielefeld 2006.

Hernández Plasencia, J. U., „Delitos de peligro con verificación de resultado ¿Concurso de Leyes?“, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1/1994, Madrid, 111 – 140.

Hernández Sánchez, J. J., „Concurso aparente de Leyes y Concurso de Delitos“, *La Revista de Derecho* Vol. 36 1/2015, 47 – 67.

Hirschberg, R., *Der Vermögensbegriff im Strafrecht: Versuch eines Systems der Vermögensdelikte*, Springer – Verlag, 2013.

Hruschka, J., *Strafrecht nach logisch – analytischer Methode: Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, Walter de Gruyter, 2011.

Huigens, K., „The Doctrine of Lesser Included Offenses“, *University of Puget Sound Law Review* 16/1992, 185 – 248.

- Jäger, C., *Examens – Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*, C. F. Müller, 2009.
- Jaworski, V., „Chasse“, *Revue Juridique de l'Environnement* 4/2007, 531 – 534.
- Jescheck, H. H., Ruß, W., Willms, G., *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, Walter de Gruyter, 2013.
- Jescheck, H. H., Weigend, T., *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*, Duncker und Humboldt, Berlin 1996.
- Jiménez Alemán, J. A., „Notas acerca del concurso de infracciones en el Derecho Administrativo Sancionador: caso peruano“, *Revista Derecho & Sociedad* 50/2018, 55 – 78.
- Jimenez, E. B., „El principio de inherencia del artículo 59 del Código Penal“, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 1/1992, 165 – 212.
- Jubert, U. J., „Unidad de hecho y concurso medial de delitos“, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 2/1992, Madrid, 613 – 636.
- Kaspar, J., *Strafrecht – Allgemeiner Teil: Eine Einführung*, UTB, 2015.
- Kienapfel, D., Höpfel, F., Kert, R., *Strafrecht Allgemeiner Teil, 15. Auflage*, MANZ Verlag, Wien 2016.
- Kindhäuser, U., „Acerca del concepto jurídico penal de acción“, *Cuadernos de Derecho Penal* 7/2012, 11 – 41.
- Kindhäuser, U., „Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal (превод дела *Struktur und Legitimation strafrechtlichen Gefährdungsdelikte*)“, *InDret, Revista para el análisis del derecho* 1/2009, 1 – 19.
- King, N. J., „Portioning Punishment: Constitutional Limits On Successive And Excessive Penalties“, *University Of Pennsylvania Law Review* Vol. 144 1/1995, 101 – 196.
- Labbée, X., *Condition Juridique du Corps Humain: Avant la Naissance et Après la Mort*, Presses Universitaires de Lille, France 1990.
- Lampe, E. J., *Rechtsanthropologie, Eine Strukturanalyse des Menschen im Recht*, Duncker & Humblot, Berlin 1970.
- Langels, H., *Strafrecht At 2, Allgemeine Lehren Der Straftat*, Abels & Langels, 2017.
- Lattanzi G., Lupo E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Volume III – Il reato, Giuffrè Editore, Milano 2010.
- Lattanzi, G., *Codice penale, annotato con la giurisprudenza*, Giuffrè Editore, 2008.
- Liszt, F., *Einleitung und Allgemeiner Teil*, Walter de Gruyter, Berlin 1932.
- López Camelo, R. G., *Curso de Derecho Penal, Parte general*, Universidad Nacional Del Sur, Argentina 2004.
- Loranca Muñoz, C., *Individualización Judicial de las Penas y Medidas de Seguridad*, Consejo de la Judicatura Federal, México 2008.

Luzón Peña, D. M., „Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: cuestiones concursales (A propósito de la jurisprudencia posterior a 1983 y de la STS 4-2-1987)”, *Estudios Penales y Criminológicos. Cursos e Congresos. Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela* 51/2012, 224 – 325.

Madariaga, A. S., „¿Existe Concurrencia Delictual Entre la Falsificación y Uso de Documentos Privados y La Estafa?: Controversia Jurisprudencial“, *Nuevo Foro Penal* 31/1986, 83 – 121.

Madrid, G. O., „Delito contra el medio ambiente y delito de danos en el Código penal Español. La relación concursal entre un delito de peligro abstracto con verificación del resultado“, *Revista Chilena de Derecho* Vol. 31/2004, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2004, 105 – 113.

Maggi, V., „Il concorso apparente di norme: struttura e criteri“, *Ius in itinere* 31.03.2018, 1 – 3, <https://www.iusinitinere.it/il-concorso-apparente-di-norme-struttura-e-criteri-8962>, 5. фeбpыap 2022.

Maldonado Fuentes, F., „Delito continuado y concurso de delitos“, *Revista de Derecho* 2/2015, 193 – 226.

Maldonado Fuentes, F., „Unidad de acción, unidad de hecho y unidad de delito en el concurso de delitos“, *Revista Chilena de Derecho* Vol. 47 3/2020, 733 – 755.

Maldonado, F., „Sobre la naturaleza del concurso aparente de leyes penales“, *Política Criminal* Vol. 15 30/2020, 493 – 525.

Maldonado, H. G., „Reglas de aplicación de las normas penales“, *Revista del instituto de la judicatura federal* 30/2010, 111 – 183.

Mañalich Raffo, J. P., „El desistimiento de la tentativa como revisión del quebrantamiento de la norma, Una aplicación del modelo del delito imperfecto“, *InDret* 3.2020, 260 – 284.

Mañalich Raffo, J. P., „El principio ne bis in idem en el derecho penal Chileno“, *REJ – Revista de Estudios de la Justicia* 5/2011, 139 – 169.

Mañalich, J. P., „La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la commensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena“, *Política criminal* Vol. 10 20/2015, 498 – 527.

Mansino, F. F., „Concorso di reati e concorso apparente di norme“, *G.U.* 118/2006, Università Telematica Pegaso, <http://video.unipegaso.it/LMG-01/Diritto%20Penale/Foglia%20Manzillo/Lezione%20IXX/LezioneIXX.pdf>, 5. фeбpыap 2022, 1 – 8.

Marie, C., *Droit pénal général*, Hachette Supérieur, Paris 2005.

Marinucci, G., Dolcini, E., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè Editore, 2009.

Mata y Martín, R. M., „Aproximación al problema del concurso penal de infracciones en materia de siniestralidad laboral“, *Revista Universitaria de ciencias del trabajo* 8/2007, 205 – 217.

Matus Acuña, J. P., „Aportando a la reforma penal chilena. Algunos problemas derivados de la técnica legislativa en la construcción de delitos impropios: el error y el concurso“, *Ius et praxis*, Vol. 2 2/1999, Universidad de Talca, Chile, 63 – 113.

Matus Acuña, J. P., „La influencia del prof. Enrique Gimbernat Ordeig en el desarrollo de la teoría del concurso aparente de leyes en España hasta la entrada en vigor del Código penal de 1995“, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat Vol. 2* (ed. C. García Valdés *et al.*), Edisofer, Madrid 2008, 1273 – 1306.

Matus Acuña, J. P., „La teoría del concurso aparente de leyes penales y el resurgimiento de la ley en principio desplazada“, *Revista de Derecho (Universidad de Coquimbo)* 9/2000, 27 – 68.

Matus Acuña, J. P., „El concurso (aparente) de Leyes en la Reforma Penal Latinoamericana“, *Revista Chilena de Derecho* Vol. 24 3/1997, 423 – 446.

Matus Acuña, J. P., „La teoría del concurso (aparente) de leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes hasta el presente – primera parte“, *Ius et Praxis* Vol. 6 2/2000, 295 – 371.

Matus Acuña, J. P., „La teoría del concurso (aparente) de leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes hasta el presente – segunda parte“, *Ius et Praxis* vol. 7 2/2001, 237 – 400.

Matus Acuña, J. P., „Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el Código penal español de 1995“, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* Vol. 58 2/2005, 463 – 493.

Matus Acuña, J. P., „Recepción y desarrollo histórico en España de la teoría del Concurso (aparente) de leyes, desde su introducción hasta la Reinstauración democrática. Un ejemplo de Calle en un solo sentido“, *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal. Libro Homenaje Dr. Juan Bustos Ramírez* (ed. Urquizo José), Lima: Indemsa 2007, 1 – 44.

Maurach, R., Gössel, K. H., Zipf, H., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat: ein lehrbuch*, C. F. Müller, Heidelberg 1978.

Maurach, R., Gössel, K. H., Zipf, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, C. F. Müller, 2014.

Maya, R. P., „El Delito Continuado“, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica* 3/ 2011, 71 – 126.

Mazzoni, R., *Il concorso di reati e il concorso di persone nel reato*, Casa Editrice Dott, Milan 2011.

Mezger, E., *Derecho penal – Parte general*, Editorial bibliografica Argentina, Buenos Aires 1958.

Miguel, C., Astarloa, E., „La aplicación del principio «non bis in idem» y el concurso de delitos en los delitos contra el medio ambiente“, *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez* 2/2002, 79 – 97.

Mir Puig, S., „El delito de coacciones en el Código penal“, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 2/1977, 269 – 306.

Mir Puig, S., „Sobre la relacion entre parricidio y asesinato“, *Criminología y derecho penal al servicio de la persona, libro homenaje al profesor Antonio Beristain* (eds. E. Echeburúa Odriozola, J. L. Cuesta Arzamendi, I. Dendaluze Seguro), Universidad del País Vasco 1989, 823 – 836.

Mir Puig, S., *Derecho penal – Parte general*, Editorial Reppertor, Barcelona 2016.

Miraut Martín, L., „Apuntes para una consideración del concurso de normas como modificación del sistema jurídico“, *Revista de ciencias jurídicas* 2/1997, 245 – 256.

Mitsch, W., *Strafrecht Besonderer Teil 2: Vermögensdelikte (Randbereich), Teilband 2*, Springer – Verlag, 2013.

Moliné, J. C., „Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos“, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1/1994, Madrid, 29 – 64.

Monfreda, N., *La riforma del diritto penale tributario. L'introduzione del principio di specialità*, Halley Editrice, 2006.

Monteiro, C. M., *Do concurso de crimes ao «concurso de ilícitos» em direito penal*, Dissertação de doutoramento em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013.

Morillas Cueva, L., *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial: Aspectos penales, civiles y procesales*, Librería-Editorial Dykinson 2007.

Muñoz Horment, H., „Contribucion al estudio de la teoria de los concursos de delitos“, *Revista Chilena de Derecho* 13/1986, 335 – 381.

Muñoz Horment, H., „Posibles Relaciones Entre las Figuras Delictivas Tipificadas en los Artículos 5º y 22º de la Ley nº 19.366“, *Revista de Derecho* 6/2002, 111 – 119.

Nappi, A., *Manuale di diritto penale – Parte generale*, Giuffrè Editore, Milano 2010.

Obregón García, A., „Los concursos entre delitos contra la seguridad vial y delitos de resultado lesivo tras las últimas reformas penales: estudio del artículo 382 del Código penal“, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* 25/2012, 149 – 165.

Obregón Garcia, A., „Los llamados concursos de leyes relación de alternatividad: sentido y contenido de la regla 4ª del artículo 8º del Código Penal“, *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales* 74/2008, 61 – 85.

Olusanya, O., *Double Jeopardy Without Parameters: Re-characterisation in International Criminal Law*, Intersentia, Oxford, 2004.

Oré Guardia, A. et al., „Concurso Aparente de Leyes: Delitos de Secuestro Excluye por Especialidad al Delito de Coacción“, *Gaceta Penal & Procesal* 73/2015, 144 – 147.

Ortega Matesanz, A., „Unidad de acción y resultados homogéneos: ¿concurso real de delitos?“, *Actas del XIX Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, Univ. de León, 2018*, Universidad de León, Facultad de Derecho, 5 y 6. 7. 2018, <https://fcp.es/wp-content/uploads/2019/03/Ortega-Matesanz.-Comunicaci%C3%B3n.pdf>, 5. фeбpыaп 2022, 1 – 15.

Oshisanya, O., *An Almanac of Contemporary and Comparative Judicial Restatements*, Almanac Foundation, 2020.



- Ossandón, M., „El legislador y el principio *ne bis in idem*“, *Política criminal* Vol. 13, 26/2018, 952 – 1002.
- Otto, H., *Grundkurs Strafrecht - Allgemeine Strafrechtslehre*, Walter de Gruyter, 2012.
- Pagliariò, A., *Il diritto penale fra norma e società*, Giuffrè Editore, Milano 2009.
- Palombino, M. F., „Cumulation of offences and purposes of sentencing in international criminal law: A troublesome inheritance of the Second World War“, *International Comparative Jurisprudence* 2/2016, 89 – 92.
- Pardo, D. L., „Una aproximación al tipo penal de los acuerdos restrictivos de la competencia“, *Revista Derecho Penal y Criminología* Vol. 39 106/2018, 103 – 144.
- Paredes Vargas, C. A., „Teoría del concurso de leyes y delitos“, *Revista Institucional Amag Perú* 9/2010, 53 – 63.
- Pariona Arana, R., „El *hecho posterior* impune en el Derecho penal“, *Derecho penal y modernidad* (ed. L.M. Reyna Alfaro), Ara Editores, Lima 2010.
- Paulin, C., *Droit pénal général*, LexisNexis, 2010.
- Pavón Vasconcelos, F., *Concurso aparente de normas*, Editorial Porrúa, Mexico 1998.
- Peña Castillo, F. M., „El concurso aparente de leyes en la legislación Nicaragüense“, *Revista de derecho* 12/2009, 59 – 96.
- Periodico Oficial* 86/2017, Organo del Gobierno Constitucional del Estado independiente, libre y soberano de Coahuila de Zaragoza, Saltillo, Coahuila 2017.
- Plascencia Villanueva, R., *Teoría del Delito*, Instituto de investigaciones jurídicas, México 2004.
- Politoff, S., Matus, J. P., Ramírez, M. C., *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Chile 2003.
- Pradel, J., *Droit pénal général: à jour au 18 aout 2014*, Éditions Cujas, Paris 2014.
- Prambs, C., „Es posible sancionar las lesiones y el homicidio en concurso ideal?“, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 34/2010, 459 – 474.
- Primo Triolo, D., *Il concorso di norme*, Key Editore, 2017.
- Puppe, I., „Die Erfolgseinheit, eine verkappte Form der Idealkonkurrenz“, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 6/2007, 254 – 259.
- Puppe, I., „Funktion und Konstitution der Ungleichartigen Idealkonkurrenz GA 1982“, *Strafrechtsdogmatische Analysen* (ed. W.H. Roth), Vandenhoeck & Ruprecht, 2006, 143 – 165.
- Pussini, I., „Il principio di specialità nel concorso di norme e nel rapporto tra artt. 316bis e 640bis C.P.“, *Ius/17 - Diritto Penale* 10/2019, 1 – 30.
- Pussini, I., „Il principio di specialità nel concorso fra norme“, *Rivista Cammino Diritto* 10/2019, 225 – 239.

- Reed, A. A., „Double Jeopardy Law Made Simple“, *The Yale Law Journal* 106/1997, 1807 – 1848.
- Restrepo, J. D. J., *Método para la solución del concurso aparente, Una nueva aproximación*, Universidad de los Andes 2008.
- Ribas, E. R., „El Homicidio Preterintencional“, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 3/2010, 135 – 177.
- Rivello, P., „Concorso di reati e conflitto aparente di norme“, *Giustizia Militare* 5/2017, 1 –18,  
<https://www.difesa.it/GiustiziaMilitare/rassegna/Bimestrale/2017/Documents/Numero52017/ConcorsodireatieconflittoapparentedinormeProfRIVELLO.pdf>, 5. февраля 2022.
- Rojas Morán, L., „Aproximación a los criterios de inherencia y regularidad en el concurso aparente de leyes penales“, *Revista de Derecho Universidad de Concepción* 248/2020, 265 – 292.
- Roxin, C., *Derecho penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (Перевод дела: „*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*“, Auflage Beck, München, 1994., trad. y notas por D. M. Luzón Peña et al.), Civitas, Madrid 1997.
- Roxin, C., *Derecho penal, Parte General, Tomo II. Fundamentos. Especiales formas de aparición del delito* (Перевод дела: „*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Besondere Erscheinungsformen der Straftat* Verlag“, Venlag C. H. Beck, München 2003), Thomson Reuters – Civitas, Madrid 2014.
- Salas Holgado, A., „El delito de homicidio y lesiones en riña tumultuaria“, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 3/1987, 665 – 696.
- Santos, A. M., „Concurso aparente de tipos“, *Revista Judiciária do Paraná* 1/2006, 161 – 199.
- Sanz Morán, A. J., *Concursos de normas y de delitos en el Código Penal*, Universidad de Valladolid, Valladolid 2018.
- Schmid, C., *Das Zusammenspiel von Einheitlichen UN – Kaufrecht und nationalem Recht*, Duncker & Humblot, 2020.
- Schmidt, A. Z., „Concurso Aparente de Normas Penais“, *RJ* 365/2008, 85 – 136.
- Serra, G., „Le sezioni unite e il concorso aparente di norme, tra considerazioni tradizionali e nuovi spunti interpretativi. Nota a Cass., SSUU, sent. 22 giugno 2017 (dep. 12 settembre 2017), n. 41588, Pres. Canzio, Rel. Montagni, Ric. La Marca“, *Diritto Penale Contemporaneo* 11/2017, 173 – 185.
- Shellenberger, J. A., Strazzella, J. A., „The lesser included offense doctrine and the constitution: The development of due process and double jeopardy remedies“, *Marquette Law Review* Vol. 79 1/1995, 1 – 189.
- Silva Sanchez, J. M., „Aberratio ictus e imputación objetiva“, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 2/1984, 347 – 386.

Solari Peralta, T. E., Rodríguez Collao, L., „Determinación de la pena en los casos de reiteración de delitos (ámbito de aplicación del art. 509 del código de procedimiento penal)“, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 3/1979, 255 – 271.

Soler, S., *Derecho Penal Argentino*, Tipografica Editora Argentina, Buenos Aires 1992.

Sorbello, P., „Il bis in idem nell'ordinamento penale italiano. Dal market abuse al diritto sanzionatorio tributario“, *Diritto Penale Contemporaneo* 3/2015, 83 – 101.

Sotomayor Acosta, J. O., Toro Taborda, M., „Fundamento y alcances de la prohibición de doble incriminación del Art. 8 C.P.1“, *Revista Nuevo Foro Penal* Vol. 13, 89/217, 121 – 155.

Steinberg, G., Bergmann, A., „Über den Umgang mit den Konkurrenzen in der Strafrechtsklausur“, *Jura Heft* 12/2009, 905 – 910.

Suárez Pérez, F., „Los delitos de lesiones. Especial referencia a las lesiones al feto“, *Lecciones de Derecho Sanitario* (eds. M. J. Sánchez et al.) 1999, 489 – 518.

Sutherland, E., „Double Jeopardy, The Same Evidence Test Applied“, *Louisiana Law Review* Vol. 33 3/1973, 474 – 481.

Szczaronski, F., „Aproximación a la reiteración delictiva y a la teoría de la pena“, *Politica Criminal* vol. 8 16/2013, 500 – 543.

Tapia, P., „Recensión: Reincidencia y concurso de delitos. Reiteración delictiva, *Estudios y Debates en Derecho Penal dirigida por Silva Sánchez, J. M.* (ed. Maldonado Fuentes, F.), Buenos Aires 2016“, *Política criminal* Vol. 12, 23/2017, 610 – 615.

Tardío Pato, J. A., „El principio de especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales“, *Revista de Administración Pública* 162/2003, 189 – 225.

Terragni, M. A., *Estudios sobre la parte general del derecho penal*, Universidad Nacional del Litoral 2000.

The Double Jeopardy Clause as a Bar to Reintroducing Evidence.” *The Yale Law Journal*, Vol. 89 5/1980, The Yale Law Journal Company, Inc., 962 – 981, <https://doi.org/10.2307/796093>, 5. февраля 2022. године.

Torrez López, M. A., *Las leyes penales*, Editorial Porrúa, S. A., Mexico 1996.

Tuozzi, P., *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice d'Italia esposto nell'università di Napoli*, M. d'Auria, 1890.

Velásquez Velásquez, F., „El Delito Continuado en el Código Penal Peruano“, *Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal Peruano. Anuario de Derecho Penal* (ed. Hurtado Pozo, J.), Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú 2003, [https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_2003\\_16.pdf](https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_16.pdf), 5. февраля 2022.

Vélez, J. N., „Concurso Formal Entre Falsedad en Documento Privado y Estafa“, *Nuevo Foro Penal* 35/1987, 25 – 37.

Villanueva, G. A., „Concurso entre porte de arma de defensa personal y homicidio con arma de fuego“, *Nuevo Foro Penal* 62/1999, 60 – 67.

Villavicencio, T. F., *Derecho penal básico*, Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial 2019.

Vuletić, I., „Konsumpcija kao oblik prividnog stjecaжа“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* (Zagreb) 1/2012, 15 – 29.

Welzel, H., *Das deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung*, Walter de Gruyter, 2013.

Welzel, H., *Derecho penal - Parte general* (trad. C. F. Balestra), Roque Depalma Editor, Buenos Aires 1956.

Wessels, J., Beulke, W., Satzger, H., *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau*, C.F. Müller, 2013.

Wessels, J., Beulke, W., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, C. F. Müller, Heidelberg 2009.

Wohlers, W., „Konkurrenzprobleme bei Geldfälschungsdelikten Zugleich Besprechung von BGE 133 IV 256 sowie BGer v.5.10.2007, 6B\_392/2007“, *Forumpoenale* 2/2008, 121 – 123.

Zaffaroni, E. R., *Tratado de Derecho penal, Parte general, Tomo IV*, Ediar, Buenos Aires 1999.

Zorzetto, S., *Lex specialis derogat generali: specialità giuridica e deroga*, Seminari de la Facultat de Dret 26 gener 2012, Univesitat de Girona, 2012.

Авакумовић, Ј. Ђ., „Покушај“, *Crimen* 1/2015, 92 – 108.

Артюшина, О. В., „Причинение тяжких последствий при превышении должностных полномочий: проблемы квалификации“, *Вестник Казанского юридического института МВД России* 3(33)/2018, 348 – 352.

Атанацковић, Д. Р., „Проблем разграничења дела угрожавања јавног саобраћаја из чл. 271. ст. 1. КЗ од одговарајућих прекршаја“, *Правни живот* 3/1961, 45 – 56.

Атанацковић, Д., „Кривична дела квалификована тежом последицом или нарочитом околношћу“, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право* 3/1972, 308 – 408.

Атанацковић, Д., „Прилог дефинисању општег појма кривичног дела“, *Анали Правног факултета у Београду* 5/1990, 549 – 684.

Бачић, Ф., „Једно питање из проблематике о стицају кривичних дјела“, *Правни живот* 2/1956, 17 – 21.

Бачић, Ф., *et al.*, *Коментар Кривичног закона Социјалистичке Федеративне Републике Југославије*, Савремена администрација, Београд 1988.

Бачић, Ф., *Кривично право – Опћи део*, Информатор, Загреб 1995.

Бачић, Ф., Шепаровић, З., *Кривично право – Посебни део*, Информатор, Загреб 1997.

Бојовић, О., „Правни аспекти кривичних дела тероризма у нашем законодавству“, *Билтен Апелационог суда у Крагујевцу* 1/2017, 15 – 27.

Борисович, Ш. В., *Преодоление конкуренции уголовно – правовых норм при квалификации преступлений*, Московский государственный университет, Москва 2004.

Бутуровић, Ј., „Процесна питања везана за продужено кривично дело“, *Правни живот* 11/2013, 5 – 18.

Бытченко, Е. Д., „Коллизии в Уголовном праве Российской Федерации“, *Colloquium – journal* 11 (35)/2019, 15 – 17.

Вдовин, А. С., „Понятие конкуренции норм в уголовном праве России“, *Известия высших учебных заведений. Северо-кавказский регион. Общественные науки* S20/2006, 75 – 76.

Вражалић, М., „Нека питања у вези са кривичним делом учествовање у тучи“, *Правни живот* 1/1953, 14 – 16.

Вуковић, И., „Кривичноправни појам и функције радње“, *Crimen* 1/2012, 73 – 94.

Вуковић, И., „Материјално довршење кривичнога дела“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2008, 139 – 160.

Вуковић, И., „Неовлашћено прислушкивање и снимање као кривично дело (чл. 143 Кривичног законика)“, *Казнена реакција у Србији, XI део* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2021, 148.

Вуковић, И., „О извесним недоумицама у погледу кривичноправне заштите од прања новца“, *Crimen* 2/2019, 122 – 143.

Вуковић, И., „Прогањање као кривично дело“, *Казнена реакција у Србији, VIII део* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018, 166 – 194.

Вуковић, И., „Сврха кажњавања као критеријум одмеравања казне“, *Казнена реакција у Србији, IV део* (ур. Ђорђе Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 152 – 165.

Вуковић, И., *Кривично право – општи део*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2022.

Вуковић, Н., „Зашто је немогуће да учинилац предикатног кривичног дела буде перач новца“, *Crimen* 1/2015, 81 – 91.

Вуковић, С., Станојчић, Г., *Коментар Кривичног законика: са судском праксом, регистром појмова и табеларним приказом свих кривичних дела*, Пословни биро, Београд 2015.

Гайков, В. Т., „Спорные вопросы квалификации преступлений, связанные с совокупностью преступлений и конкуренцией части и целого“, *Известия вузов, Северо-Кавказский регион* S3/2006, 44 – 47.

Геворкян, А. М., Заводчиков, М. Н., „Некоторые вопросы квалификации при совокупности преступлений“, *Вестник Кузбасского института* 1/2015, 72 – 79.

Делибашевић, В., „Приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију“, *Crimen* 3/2017, 559 – 570.

Делић, Н., „Злоупотреба положаја одговорног лица – Судска пракса и доктринарни ставови“, *Привредна кривична дела* (ур. И. Стојановић, В. Чоловић), Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд 2017, 47 – 68.

Делић, Н., „Кривична дела тероризма у Кривичном законнику Србије након Новеле из 2012. године“, *Правни живот* 9/2014, 179 – 198.

Делић, Н., „Кривична дела фалсификовања предвиђена у глави кривичних дела против привреде, у светлу новела из 2012. и 2016. године“, *Финансијски криминалитет* (ур. Ј. Костић, А. Стевановић), Институт за упоредно право, Београд 2018, 69 – 93.

Делић, Н., „Кривична дела фалсификовања у КЗС“, *Казнена реакција у Србији, III део* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 113 – 162.

Делић, Н., „Кривично дело злоупотреба службеног положаја (члан 359. КЗ) – Стање и перспектива, *Казнена реакција у Србији, VIII део* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018, 123 – 150.

Делић, Н., „Кривичноправни аспект злоупотребе опојних дрога: законодавство, теоријски ставови и судска пракса“, *Казнена реакција у Србији, I део* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011, 167 – 192.

Делић, Н., *Кривично право – посебни део*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2022.

Димитрије, П., Бејатовић, С., Лазин, Ђ., *Кривични законик Савезне Републике Немачке са уводним Законом за Кривични законик и Војно кривичним законом* (превод дела StGB, Strafgesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland mit Einföhrungsgesetz zum Strafgesetzbuch und Wehrstrafgesetz), Centar marketing, Београд 1998.

Дмитријева, Ж. С., Чупров, В. М., „Конкуренција правових норм: на примере норм уголовног права“, *Теорија государства и права* 3/2017, 14 – 21.

Драгојловић, Ј., Грујић, Г., „Кривично дело злоупотребе положаја одговорног лица“, *Право – теорија и пракса* 4 – 6/2018, 30 – 44.

Дракић, Д., „Кривично дело учествовања у тучи“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* (ур. Д. Дракић) 1 – 2/2007, 245 – 262.

Ђокић, И., „Кривична дела квалификована тежом последицом“, *Казнена реакција у Србији, III део* (ур. Ђ. Игњатовић), *Crimen*, Београд 2013, 265 – 279.

Ђокић, И., „О појму јединства радње (дела) у кривичном праву“, *Казнена реакција у Србији, VIII део* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018, 277 – 292.

Ђорђевић, Ђ., „Кривично дело полног узнемиравања“, *Казнена реакција у Србији, VIII део* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018, 113 – 123.

Ђорђевић, М. Ђ., „Колективно кривично дело и реални стицај“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/1953, 223 – 226.

Ђорђевић, М., „Покушај кривичног дела убиства више лица“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/1967, 97 – 101.

Ђорђевић, М., „Покушај сложеног кривичног дела“, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право* 2/1971, 295 – 304.

Ђорђевић, М., „Праће новца у српском кривичном праву“, *Crimen* 2/2016, 138–155.

Живановић, Т., *Основи кривичног права Краљевине Југославије – Општи део, Књ. 1*, Београд 1935.

Зацепин, А. М., „Квалификација совокупности преступлений по современному законодательству“, *Гуманитарные, социјално-економические и общественные науки* 3/2015, 246 – 249.

Зацепин, А. М., „Конкуренција норм уголовного права и квалификација преступлений“, *Право. Журнал Высшей школы экономики* 2/2014, 84 – 100.

Зацепин, А. М., „Конкуренција норм уголовного права как предпосылка дополнительной квалификации преступлений“, *Глобальный научный потенциал* 11 (44)/2011, 153 – 156.

Златарић, Б., *Кривични законик у практичној примјени, 1. свезак, Опћи дио*, Народне новине, Загреб 1956.

Игнатенко, И. И., „Проблемы разграничения смежных составов преступлений“, *Научно-образовательный потенциал молодежи в решении актуальных проблем XXI века „Актуальные проблемы современного российского права и законодательства“* (ed. Полубояринова А. Н.), Ачинск 2017, 176 – 180.

Иногамова – Хегай, Л. В., „Концепция конкуренции уголовно-правовых норм“, *Schriften zum deutschen und russischen Strafrecht* 3/2013, 39 – 45.

Јаковљевић, Д., „Кривично дело убиства више лица“, *Анали Правног факултета у Београду* 3 – 4/1970, 390 – 399.

Јаковљевић, Д., „Нарушавање неповредивости стана“, *Правни живот* 5/1969, 45 – 51.

Јаковљевић, Д., „Покушај кривичног дела“, *Анали Правног факултета у Београду* 5-6/1971, 531 – 550.

Јаковљевић, Д., „Припремна радња као кривично дело“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/1969, 215 – 235.

Јакулин, В., „Продужено кривично дело“, *Правни живот* 9/2009, 741 – 749.

Јовановић, Љ., Јовашевић, Д., *Кривично право 1 – општи део*, Полицијска академија, Београд 2003.

Јовановић, Љ., *Кривично право – Општи део*, Полицијска академија, Београд 1995.

Јованчевић, Н., „Извршилаштво и саучесништво кроз нечињење“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2011, 345 – 366.

Јовашевић, Д., „Злоупотреба службеног положаја – опште кривично дело корупције“, *Конференција Финансијски криминалитет и корупција 18 – 19. октобар 2019. године*, Вршац 2019, 37 – 50.

Јовашевић, Д., „Проблем одговорности и кажњивости за припремање кривичног дела“, *Правна ријеч* 37/2013, 223 – 242.

Јовашевић, Д., „Убиство при извршењу кривичног дела разбојништва“, *Правни живот* 9/2009, 593 – 614.

Јовашевић, Д., *Злоупотреба службеног положаја и корупција*, Номос, Београд 2005.

Јовашевић, Д., *Кривична дела убиства*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд 2017.

Јовашевић, Д., *Пореска кривична дела*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд 2016.

Јовић, М., Јовановић, Љ., *Кривично право – општи део*, Виша школа унутрашњих послова, Београд 2004.

Јоцић, Д., „Злоупотреба положаја одговорног лица – аутодеструкција нормe“, *Билтен Врховног касационог суда у Београду* 2/2019, 137.

Јоцић, Д., „Примање мита у служби и привредној делатности“, *Билтен Врховног касационог суда у Београду* 2/2018, Intermex, Београд 2018. године, 49 – 74.

Јоцић, Р., „Кривично дело давања лажног исказа“, *Правни живот* 2/1980, 34 – 46.

Калаба, Д., „Кривично дело насилничко понашање на спортској приредби, чл. 344а КЗ – законодавство, судска пракса, дилеме“, *Билтен Апелационог суда у Крагујевцу* 1/2011, Intermex, Крагујевац 21 – 31.

Карановић, М., „Привидни стицај кривичних дела с гледишта кажњивости“, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право* 3/1975, 415 – 422.

Климанов, А. М., „К вопросам квалификации преступлений при конкуренции уголовно – правовых норм“, *Взаимодействие науки и общества: Проблемы и перспективы, Сборник статей Международной научно – практической конференции, Часть 3* (ed. С. А. Альбертович), Волгоград 2016, 123 – 127.

Кличек, С., „Да ли је могућ стјецај кривичних дјела фалсификата службене исправе“, *Наша законитост* 6 – 7/1955, 281 – 284.

Коларић, Д., „Кривично дело злоупотребе службеног положаја“, НБП Наука, безбедност, полиција 2/2012, 39 – 52.

Коларић, Д., „Поглед на Закон о изменама и допунама Кривичног законика (кривична дела против привреде)“, *Привредна кривична дела* (ур. И. Стојановић, В. Чоловић), Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд 2017, 35 – 46.

Коларић, Д., *Кривично дело убиства*, Службени гласник, Београд 2008.



Комненић, М., Бјелајац, Ж., Спалевић, Ж., „Стицај између облика извршења кривичног дела фалсификовања исправе и однос кривичног дела фалсификовања исправе са другим кривичним делима“, *Право, Теорија и пракса* 7 – 9/2012, 99 – 112.

Кругликова, Л. Л., *Уголовное право России. Часть Общая*, Wolters Kluwer, Москва 2005.

Круглова, Е. В., „Множественность преступлений: некоторые проблемы и правовое значение“, *Академическая публицистика* 3/2019, 156 – 159.

Лазаревић, Љ., „Однос кривичног дела фалсификовања службене исправе са неким блиским кривичним делима“, *Анали Правног факултета у Београду* 1 – 2/1960, 175 – 184.

Лазаревић, Љ., *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Савремена администрација, Београд 2011.

Лазаревић, Љ., *Кривично право Југославије – Општи део*, Савремена администрација, Београд 2000.

Лазаревић, Љ., Срзентић, Н., Стајић, А., *Кривично право Југославије – Општи део*, Савремена администрација, Београд 2000.

Лазин, Ђ., *Привидни идеални стицај кривичних дела*, Привредна штампа, Београд 1982.

Лазич, М. А., „Неки проблеми у вези с кривичним делима злоупотребе опојних дрога“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2013, 295 – 314.

Лајић, О., Жарковић, М., Горановић, М., „Кривичноправни и криминалистички аспекти кривичног дела крађе и неовлашћеног коришћења туђег возила у Републици Србији“, *Правна ријеч* 23/2010, 271 – 288.

Лозовицкая, Г. П., Лапупина, Н. Н., „Квалификация преступных деяний при конкуренции уголовно-правовых норм и современные вопросы криминализации“, *Альманах мировой науки* 3-2 (6)/2016, 121 – 124.

Лопичић, Ђ., „Нарушавање неповредивости стана из чл. 154. КЗ“, *Правни живот* 6 – 7/1974, 19 – 27.

Марковић, М., „Убиство из користољубља“, *Право – теорија и пракса* Vol. 26 9 – 10/2009, 21 – 35.

Микулчић, Б., „Стицај код колективног кривичног дјела“, *Правни живот* 7/1956, 1 – 6.

Михайлович Зацепин, А., „Дополнительная квалификация при конкуренции уголовно-правовых норм“, *Евразийский Союз Ученых* 20/2015, 129 – 131.

Молчанов, Д. М., „Множественность преступлений: актуальные проблемы и теоретический опыт исследований ученых кафедры уголовного права МГЮА“, *Актуальные проблемы российского права* 5/2016, 107 – 118.

Мрвић Петровић, Н., *Кривично право – општи део*, Службени гласник, Београд 2017.

Нафеев, Э. М., „Конкуренция уголовно – правовых норм Статей 105 И 317 УК РФ“, *Научный журнал NovaUт.Ru* 7/2019, 228 – 230.

Никитовић, М., „Продужено кривично дело у новом КЗ Србије“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине* 2/2011, 93 – 95.

Никитовић, С., *Кривично дело учествовање у тучи из чл. 123. Кривичног законика Србије*, Ужице 2010.

Новоселец, П., „Разграничење припремних радњи и покушаја“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци* 2/1991, 721 – 759.

Осокин, Р. Б., „Квалификација жестоког обраћања с несовременнолетним при конкуренцији“, *Вестник ТГУ* 7 (99)/2011, 245 – 248.

Перовић, М., „Око инкриминације два актуелна кривична дела“, *Анали Правног факултета у Београду* 4/1972, 732 – 741.

Перовић, М., „Проблем тумачења одредбе „Ко лиши живота више лица“ из чл. 135. ст. 2. КЗ“, *Правни живот* 7/1956, 10 – 22.

Петрић, Б., „Стицај кривичних дела и неке процесноправне реперкусије“, *Правни живот* 3 – 4/1969, 69 – 74.

Пешић, Д., „Превара у виду заната и реални стицај код исте“, *Правни живот* 1/1952, 11 – 12.

Радовановић, М., „О стицају код кривичних дела против службене дужности“, *Правни живот* 8 – 9/1956, 24 – 32.

Радовановић, М., *Кривично право – Општи део*, Савремена администрација, Београд 1969.

Радуловић, Љ., „Допринос остварењу кривичног дела – основ за разграничење саучесништва (помагања) од делатности које се предузимају после извршења кривичног дела“, *Анали Правног факултета у Београду* 5/1983, 954 – 957.

Ракић, М. Б., „Диференцирање стицаја и привидног стицаја кривичних дела у судској пракси“, *Правни живот* 2/1961, 47 – 60.

Рясов, А. И., „Некоторые особенности квалификации преступлений при конкуренции уголовно-правовых норм“, *Юридические Исследования* 2/2013, 66 – 69.

Семкин, И. В., „Конкуренция уголовно – правовых норм при квалификации деяния, предусмотренного статьей 335 УК РФ“, *Вестник магистратуры* 5(56)/2016, 17 – 19.

Симић, З., „Одређивање користољубља у кривичном праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 3 – 42/1968, 447 – 458.

Сингер, М., „Прилог дискусији о стицају кривичног дјела из чл. 314. ст. 1. и кривичног дјела из чл. 325. ст. 1. КЗ“, *Наша законитост* 11 – 12/1958, 549 – 554.

Срзентић, Н., Стајић, А., *Кривично право Федеративне народне Републике Југославије – Општи део*, Савремена администрација, Београд 1961.

Стојановић, З., „Привидни идеални стицај кривичних дела“, *Ревизија за криминологију и кривично право* 3/2009, 9 – 21.

Стојановић, З., „Прогањање – ново кривично дело у Кривичном законнику Србије“, *Казнена реакција у Србији VII део* (ур. Ђ. Игњатовић), Београд 2017, 1 – 10.

Стојановић, З., „Прописивање и примена кривичног дела угрожавања сигурности у кривичном праву Србије“, *Казнена реакција у Србији III део* (ур. Ђ. Игњатовић), *Crimen*, Београд 2013, 1 – 16.

Стојановић, З., Делић, Н., *Кривично право: посебни део*, Правна књига, Београд 2017.

Стојановић, З., *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд 2021.

Стојановић, З., *Кривично право – општи део*, Правна књига, Београд 2018.

Стојановић, З., Милорадовић, О., Радисављевић, М., *Приручник за сузбијање привредног криминалитета и корупције*, Мисија ОЕБС у Србији, Београд 2017.

Тадић, В. Ж., „Проблем идеалног и реалног стицаја код саобраћајних прекршаја“, *Правни живот* 6/1961, 41 – 51.

Таховић, Ј. Ђ., „Прикривање ствари које су прибављене кривичним делом“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/1958, 1 – 18.

Таховић, Ј. Ђ., *Коментар Кривичног законика*, Савремена администрација, Београд 1956.

Таховић, Ј., „Фалсификовање исправе (чл. 306. Кривичног законика) и Фалсификовање у службеној дужности (чл. 319. Кривичног законика)“, *Анали Правног факултета* 3/1954, 329 – 331.

Таховић, Ј., *Кривично право – општи део*, Савремена администрација, Београд 1961.

Третьяков, К. В., „Конкуренция норм или совокупность преступлений: проблемы теории и практики“, *Гуманитарные, социально-экономические и общественные науки* 3/2015, 261 – 263.

Трипало, М., Мрчела, М., „Одмјеравање казне за казнена дјела у стјецају“, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*, Vol. 16 2/2009, 767 – 781.

Тетеновић, Љ., „Кривична дела против привреде“, *Билтен судске праксе Апелационог суда у Крагујевцу* 1/2018, *Intermex*, Београд 2018, 23 – 35.

Фарукшин, Н. Н., „Конкуренция (коллизия) уголовно–правовых норм“, *Сборник статей Актуальные проблемы науки XXI века*, *Cognitio*, Москва 2015, 156 – 158.

Фарукшин, Н. Н., „Сущность и виды конкуренции уголовно–правовых норм при квалификации преступлений“, *Сборник статей Актуальные проблемы науки XXI века*, *Cognitio*, Москва 2015, 158 – 161.

Цетинић, М., „мр Ђорђе Лазин: Привидни идеални стицај кривичних дела, Београд, Привредна штампа, 1982, стр. 156“, *Анали Правног факултета у Београду* 5/1983, 971 – 993.

Чејовић, Б., „Кривичноправни аспекти апстрактне опасности код кривичних дела против безбедности јавног саобраћаја“, *Правни живот* 10/1980, 34 – 44.

Чејовић, Б., *Кривично право*, Досије, Београд 2006.

Черненко, Т. Г., „Квалификација реалне совокупности преступлений“, *Вестник Томского Государственного Университета* 357/2012, 143 – 147.

Чубински, М., *Научни и практични коментар Кривичног законика Краљевине Југославије*, Геца Кон, Београд 1934.

Чуринова, М. А., „Категории конкуренция и альтернатива в уголовном законе“, *Пробелы в российском законодательстве* 7/2016, 166 – 170.

Шкулић, М. „Кривично дело обљубе над немоћним лицем – нормативна конструкција, нека спорна питања и могуће будуће модификације“, *Crimen* 1/2018, 38 – 70.

Шкулић, М., „Злоупотреба положаја одговорног лица, *Ratio legis* и неки недостаци постојеће инкриминације“, *Привредна кривична дела* (ур. И. Стојановић, В. Чоловић), Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд 2017, 69 – 94.

Шкулић, М., „Кривично дело силовања у кривичном праву Србије – актуелне измене, нека спорна питања и могуће будуће модификације“, *Crimen* 3/2017, 393 – 441.

Шкулић, М., „Начело *ne bis in idem* – са становишта норми српског казненоправног система, уставноправне праксе и ставова Европског суда за људска права“, *Билтен Врховног касационог суда* 2/2019, Intermex, Београд 2019, 217 – 283.

Шкулић, М., „Однос организованог криминалитета у кривичноправном смислу и саучесништва“, *НБП – Наука, безбедност, полиција* 3/2014, 1 – 26.

## Закони

Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch – StGB), <https://www.legislationline.org/download/id/8548/file/AustriaCC1974am122019de.pdf>, 5. фебруар 2022.

Code pénal (Mise à jour du 2022 - 03 - 04), <https://codes.droit.org/PDF/Code%20p%C3%A9nal.pdf>, 5. фебруар 2022. године.

Codice Penale per il regno D'Italia, Stamperia Reale, Roma 1889.

Codice Penale, Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398 (Approvazione del testo definitivo del Codice Penale).

El Código Penal Español de 1944, *Boletín Oficial del Estado*, 13.01.1945, Ministerio de Justicia, 427 – 472.

Ley Orgánica 10/1995, *Boletín Oficial del Estado*, Num. 281, 24.11.1995, Jefatura del Estado, 33987 – 34058.

Swiss Criminal Code of 21 December 1937 (Status as of 1 July 2021), [https://www.legislationline.org/download/id/9949/file/SWITZ\\_Criminal%20Code\\_as%20of%202021-07-01.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/9949/file/SWITZ_Criminal%20Code_as%20of%202021-07-01.pdf), 5. фебруар 2022. године.

Кривични законик Р. Србије, *Службени гласник* бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019).

### **Билтени судске праксе**

- Билтен Апелационог суда у Београду 2/2011, Intermex Београд 2011.
- Билтен Апелационог суда у Београду 3/2011, Intermex Београд 2011.
- Билтен Апелационог суда у Београду 4/2012, Intermex Београд 2012.
- Билтен Апелационог суда у Београду 6/2014, Intermex, Београд 2014.
- Билтен Апелационог суда у Београду 8/2016, Intermex Београд 2016.
- Билтен Апелационог суда у Београду 82/2012, Intermex, Београд 2012.
- Билтен Апелационог суда у Крагујевцу 1/2011, Intermex, Крагујевац 2011.
- Билтен Апелационог суда у Крагујевцу 1/2014, Intermex, Крагујевац 2014.
- Билтен Апелационог суда у Крагујевцу 1/2015, Intermex, Крагујевац 2015.
- Билтен Апелационог суда у Крагујевцу 1/2017, Intermex, Крагујевац 2017.
- Билтен Апелационог суда у Крагујевцу 2/2010, Intermex, Крагујевац 2010.
- Билтен Апелационог суда у Новом Саду 1/2010, Intermex, Нови Сад 2010.
- Билтен Апелационог суда у Новом Саду 3/2011, Intermex, Нови Сад 2011.
- Билтен Апелационог суда у Новом Саду 4/2012, Intermex, Нови Сад 2012.
- Билтен Апелационог суда у Новом Саду 5/2013, Intermex, Нови Сад 2013.
- Билтен Апелационог суда у Новом Саду 6/2014, Intermex, Нови Сад 2014.
- Билтен Апелационог суда у Новом Саду 7/2016, Intermex, Нови Сад 2016.
- Билтен Апелационог суда у Новом Саду 7/2016, Intermex, Нови Сад 2016.
- Билтен Вишег суда у Београду 81/2011, Intermex, Београд 2011.
- Билтен Вишег суда у Београду 84/2014, Intermex, Београд 2014.
- Билтен Вишег суда у Београду 90/2019, Intermex, Београд, 2019.
- Билтен Вишег суда у Новом Саду 4/2013, Intermex, Нови Сад 2013.

Билтен Врховног касационог суда 1/2017 Intermex, Београд 2017.

Билтен Врховног касационог суда 2/2018, Intermex, Београд 2018.

Билтен Врховног касационог суда 2/2019, Intermex, Београд 2019.

Билтен Окружног суда у Београду 69/2005, Intermex, Београд 2005.

Билтен судске праксе Апелационог суда у Крагујевцу 1/2018, Intermex, Крагујевац 2018.

Билтен судске праксе Апелационог суда у Крагујевцу 1/2018, Intermex, Крагујевац 2018.

Билтен судске праксе Апелационог суда у Крагујевцу 1/2019, Intermex, Крагујевац 2019.

Билтен судске праксе Врховног суда Србије 4/2008, Intermex, Београд 2008.

Билтен судске праксе Окружног суда у Нишу, 24/2007.

### Судска пракса

Cour de cassation chambre, Audience publique de mercredi 20 fevrier 2002 N° de pourvoi: 00-81093 01-88089, Bulletin criminel 38/2002.

*Prosecutor v. Dominic Ongwen*, „Motion for Immediate Ruling on Standard to Assess Multiple Charging and Convictions“, International Criminal Court, ICC-02/04-01/15, 9 December 2019, 1-16, [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019\\_07384.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_07384.PDF), 5. фебруар 2022.

Tribunal Superior de Justicia (TSJ), Sala Penal, Sentencia n° 152, 10.06.2010. <http://www.profprocesalpenal.com.ar/archivos/9015546d-152-Cuevas-Germ-n-concurso-y-abuso-sexual.pdf>, 5. фебруар 2022.

Извод из пресуде Врховног суда НР БИХ Кж 200/52 од 26.02.1952. године, *Правни живот* 2/1953, 20.

Извод из пресуде Врховног суда НР БиХ Кж 566/52 од 07.10.1952. године, *Правни живот* 2/1953, 22 – 23.

Извод из пресуде Врховног суда НР БиХ Кж 329/53 од 25.05.1953. године, *Правни живот* 10 – 12/1953, 26 – 27.

Извод из пресуде Врховног суда НР БиХ Кж 352/52 од 31.03.1952. године, *Правни живот* 1/1952, 27.

Извод из пресуде Врховног суда НР БИХ Кж 43/53 од 23.03.1953. године, *Правни живот* 9/1953, 22 – 23.

Извод из пресуде Врховног суда НР БиХ Кж 796/53 од 12.09.1953. године, *Правни живот* 10 – 11/1953, 47 – 48.

Издвојено мишљење, Уставни суд Уж 6463/2016 од 22.11.2018. године.

Одговор Кривичног одељења Врховног касационог суда, усвојен на заједничкој седници одржаној у Апелационом суду у Крагујевцу дана 12.12.2014. године, *Билтен Апелационог суда у Новом Саду* 7/2016, Intermex, Нови Сад 2016.

Правни став Врховног касационог суда, усвојен на седници КО 03.12.2018. године, *Билтен Врховног касационог суда* 2/2019, Intermex, Београд 2019, 10 – 11.

Правно схватање Кривичних одељења Апелационих судова, усвојено на састанку у Крагујевцу дана 12.12.2017. године, *Билтен судске праксе Апелационог суда у Крагујевцу* 1/2018, Intermex, Крагујевац 2018.

Правно схватање Кривичног одељења Врховног касационог суда, *Билтен Апелационог суда у Крагујевцу* 1/2015, Intermex, Крагујевац 2015.

Правно схватање Кривичног одељења Врховног касационог суда, *Билтен Апелационог суда у Новом Саду* 7/2016, Intermex, Београд 2016.

Правно схватање кривичног одељења Врховног суда Србије од 14.09.1992. године, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије* 4/2008, 36.

Правно схватање кривичног одељења Врховног суда Србије, усвојено на седници 19.03.1997. године, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије* 4/2008.

Правно схватање усвојено на састанку са представницима КО Апелационих судова, у Новом Саду, 30.03.2018. године, *Билтен Врховног касационог суда* 2/2018, Intermex, Београд 2018, 36.

Правно схватање, усвојено на седници кривичног одељења Врховног суда Србије од 19.03.1997. године, *Билтен судске праксе ВСС* 3/2005 и 4/2008.

Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж 1 1934/13 од 24.05.2013, *Билтен Апелационог суда у Крагујевцу* 1/2014, Intermex, Крагујевац 2014.

Пресуда Апелационог суда у Београду Кж 1 бр. 7077/12 од 15.01.2013. године, *Билтен Вишег суда у Београду* 84/2014, 12.

Пресуда Апелационог суда у Београду Кж 1 1901/10 од 27.09.2011. године, *Билтен Апелационог суда у Београду* 3/2011, Intermex, Београд 2011. године, 172 – 173.

Пресуда Апелационог суда у Београду Кж 1 254/17 од 13.03.2017. године.

Пресуда Апелационог суда у Београду Кж 1 5053/13 од 18.11.2013, *Билтен Апелационог суда у Београду* 8/2016, 57 – 58.

Пресуда Апелационог суда у Београду Кж 1 5438/10 од 05.10.2010. године.

Пресуда Апелационог суда у Београду Кж 1 6366/12 од 22.01.2013. године.

Пресуда Апелационог суда у Београду Кж 1 бр. 5977/10 од 09.11.2010. године, *Билтен Апелационог суда у Београду* 2/2011.

Пресуда Апелационог суда у Београду Кж 1 По1 32/13 од 04.06.2014. године.

Пресуда Апелационог суда у Београду Кж 1 По1 4/17 од 06.09.2017. године.

Пресуда Апелационог суда у Београду Кж 1 По1 бр. 16/10 од 05.11.2010. године.

Пресуда Апелационог суда у Београду Кж.1 број 5812/11 од 31.01.2012. године, *Билтен Апелационог суда у Београду* 82/2012, Intermex, Београд 2012.

Пресуда Апелационог суда у Београду Кж. 5581/10 од 08.12.2010. године, *Билтен Вишег суда у Београду* 81/2011, Intermex, Београд 2011.

Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 3961/13 од 19.09.2013. године, *Билтен Апелационог суда у Београду* 6/2014, Intermex, Београд 2014.

Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 1609/2014 од 22.01.2015. године.

Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 27/11 од 08.02.2011. године.

Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 5053/13 од 18.11.2013. године, *Билтен Апелационог суда у Београду* 8/2016.

Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 5438/10 од 05.10.2010. године, *Билтен Апелационог суда у Београду*, 2/2011, 93.

Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 121/12 од 10.05.2012. године, *Билтен Апелационог суда у Београду* 4/2012.

Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 6079/10 од 10.02.2011. године.

Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 По 13/10 од 20.12.2020. године.

Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 По1 26/16 од 09.05.2017. године.

Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 По1 32/13 од 04.06.2014. године.

Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 По1 4/10 од 12.05.2010. године.

Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 3961/13 од 19.09.2013. године.

Пресуда Апелационог суда у Београду, Већа за ратне злочине Кж1 По2 1/10 од 23.06.2010. године.

Пресуда Апелационог суда у Београду, Посебно одељење Кж1 По1 31/16 од 22.09.2017. године.

Пресуда Апелационог суда у Београду, Посебно одељење Кж По1 24/14 од 28.01.2015. године.

Пресуда Апелационог суда у Београду, Посебно одељење Кж1 По1 13/10 од 20.12.2010. године.

Пресуда Апелационог суда у Београду, Посебно одељење Кж1 По1 24/14 од 28.01.2015. године.

Пресуда Апелационог суда у Београду, Посебног одељења Кж1 По1 31/16 од 22.09.2017. године.



Пресуда Апелационог суда у Београду, Посебног одељења Кж1 По1 13/10 од 20.12.2010. године, *Билтен Апелационог суда у Београду* 3/2011.

Пресуда Апелационог суда у Београду, Посебног одељења Кж По1 24/14 од 28.01.2015. године.

Пресуда Апелационог суда у Београду, Посебног одељења Кж1 По1 31/16 од 22.09.2017. године.

Пресуда Апелационог суда у Београду, Посебног одељења Кж1 По1 бр. 4/17 од 06.09.2017. године.

Пресуда Апелационог суда у Београду, Посебног одељења Кж-По1-Кре 3/19, од 11.10.2019. године.

Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу 4-К 108/12 од 14.02.2013. године, *Билтен Апелационог суда у Крагујевцу* 1/2014.

Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж 1 2303/13 од 17.05.2013. године, *Билтен Апелационог суда у Крагујевцу* 1/2014, 85.

Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1 бр. 977/17 од 16.10.2017. године.

Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1 1536/15 од 14.01.2016. године, *Билтен Апелационог суда у Крагујевцу* 1/2016, *Intermex*, Београд 2016. године.

Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж 849/19 од 25.11.2019. године.

Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж. 1 број 3304/10 од 27.05.2010. године, *Билтен Апелационог суда у Крагујевцу* 2/2010.

Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1 1999/13 од 08.05.2013. године, *Билтен Апелационог суда у Крагујевцу* 1/2014, 88 – 89.

Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1 1536/15 од 14.01.2016. године, *Билтен Апелационог суда у Крагујевцу* 1/2016.

Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1 1107/17 од 21.12.2017. године.

Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1 бр. 977/17 од 16.10.2017. године, *Билтен судске праксе Апелационог суда у Крагујевцу* 1/2019, *Intermex*, Београд 2019. године, 99 – 100.

Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1 852/17 од 07.09.2017. године.

Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Кж1 1934/13 од 24.05.2013. године, *Билтен Апелационог суда у Крагујевцу* 1/2014, *Intermex* Београд 2014.

Пресуда Апелационог суда у Нишу 17 Кж.1. 1293/16 од 24.11.2016. године.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Кж 1 1192/10 од 16.09.2010. године, *Билтен Апелационог суда у Новом Саду*, *Intermex*, Нови Сад 2010. године.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Кж I 3256/10 од 06.05.2010. године, *Билтен судске праксе Апелационог суда у Новом Саду*, Intermex, Нови Сад 2010, 127 – 128.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Кж I 397/10 од 19.05.2010. године, *Билтен Апелационог суда у Новом Саду*, Intermex, Нови Сад 2010, 132 – 133.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Кж.1 2860/12 од 16.01.2012. године, *Билтен Апелационог суда у Новом Саду* 5/2013, 188.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Кж.1 3450/11 од 10.11.2011. године, *Билтен Апелационог суда у Новом Саду* 4/2012, 157 – 159.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Кж1 3762/11 од 26.01.2012. године, *Билтен судске праксе Апелационог суда у Новом Саду* 4/2012, Intermex, Београд 2012, 140 – 141.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Кж1 1941/11 од 05.09.2011. године.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Кж1 4457/12 од 21.02.2013. године, *Билтен Апелационог суда у Новом Саду* 5/2013.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Посл. бр. Кж 1 2443/13 од 27.08.2013. године.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Посл. бр. Кж 11406/13 од 09.07.2013. године *Билтен Вишег суда у Новом Саду*.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Посл. бр. Кж 1.163/13 од 24.02.2014. године.

Пресуда Вишег суда у Београду Кж 1 По1 број 7/19 од 15.05.2019. године, *Билтен Вишег суда у Београду* 90/2019, Intermex, Београд, 2019. године.

Пресуда Вишег суда у Новом Саду Посл. бр. К. 305/12 од 11.02.2013. године, *Билтен Вишег суда у Новом Саду* 4/2013, Intermex, Београд 2013.

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 853/2015 од 30.09.2015. године.

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1081/2015 од 15.12.2015. године.

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1123/2014 од 20.11.2014. године, *Билтен Врховног касационог суда* 1/2017, Београд 2017. године, 285 – 287.

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1183/2019 од 07.07.2020. године.

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 127/2017 од 02.03.2017. године.

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 133/2020 од 12.02.2020. године.

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1406/2017 од 06.02.2018. године, *Билтен Врховног касационог суда* 2/2018.

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 359/2018 од 22.03.2018. године, *Правно схватање*, *Билтен Врховног касационог суда* 2/2019, Intermex, Београд 2019. године.

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 373/2020 од 03.06.2020. године.

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 422/2015 од 11.06.2015. године.

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 589/2019 од 11.06.2019. године.

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 6/19 од 30.11.2001. године.

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 627/2017 од 27.06.2017. године.

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 642/2014 од 19.07.2014. године.

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 675/2015 од 02.09.2015. године, *Билтен Врховног касационог суда* 1/2017 Intermex, Београд 2017. године, 287 – 288.

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 744/2019 од 18.09.2019. године.

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 841/2017 од 26.10.2017. године.

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 853/2015 од 30.09.2015. године.

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 937/2015 од 12.11.2015. године.

Пресуда Врховног касационог суда Кзз ОК 20/2014 од 24.03.2015. године.

Пресуда Врховног касационог суда Кзз ОК 27/2019 од 20.02.2020. године.

Пресуда Врховног касационог суда Кзз ок 28/2018 од 17.10.2018. године.

Пресуда Врховног касационог суда у Београду Кзз 422/2015 од 11.06.2015. године.

Пресуда Врховног суда Војводине Кз 14/72 од 03.05.1972. године.

Пресуда Врховног суда Кж 1099/86 од 23.11.1992. године.

Пресуда Врховног суда Кж III 3/06 од дана 15.09.2006. године.

Пресуда Врховног суда Кж.1. 1267/87 од 15.04.1999. године.

Пресуда Врховног суда Кзз 20/96 од 12.02.1998. године.

Пресуда Врховног суда Кзз 36/90 од 02.04.1998. године.

Пресуда Врховног суда КЗС 62 од 17.11.1991. године.

Пресуда Врховног суда НР БИХ Кж 43/53 од 23.03.1953, *Правни живот* 9/1953.

Пресуда Врховног суда НР Србије Кж 127/53 од 08.04.1953. године, *Правни живот* 10-11/1953, 47 – 48.

Пресуда Врховног суда НР Србије Кж 3/54 од 23.04.1954. године, *Правни живот* 12/1954, 26 – 27.

Пресуда Врховног суда НР Србије Кж 3215/55 од 15.06.1955. године, *Правни живот* 1/1956, 25 – 26.

Пресуда Врховног суда НР Србије Кж 718/52 од 28.05.1952. године, *Правни живот* 4/1953, 21 – 22.

Пресуда Врховног суда НР Србије Кж 775/55 од 14.09.1955. године, *Правни живот* 1/1956, 27.

Пресуда Врховног суда НР Србије Кж 814/52 од 12.05.1952. године, *Правни живот* 2/1953, 25.

Пресуда Врховног суда НР Србије Кж 923/52 од 18.06.1952. године, *Правни живот* 2/1953, 25 – 26.

Пресуда Врховног суда НР Хрватске Кж 639/53 од 28.04.1953. године, *Наша законитост* 1/1954, 39.

Пресуда Врховног суда НР Хрватске Кж 724/53 од 03.06.1953. године, *Наша законитост* 1/1954, 38 – 39.

Пресуда Врховног суда НРС Кж 2382/53 од 29.03.1954. године, *Правни живот* 12/1954, 38 – 39.

Пресуда Врховног суда НРС Кж 686/52 од 25.04.1952. године, *Правни живот* 2/1952, 20 – 21.

Пресуда Врховног суда НРС Кж 977/54 од 24.06.1954. године, *Правни живот* 12/1954, 39 – 40.

Пресуда Врховног суда НРС Кж 1232/52 од 11.07.1952. године, *Правни живот* 4/1953.

Пресуда Врховног суда Србије Кж 1040/99 од 15.12.2001. године.

Пресуда Врховног суда Србије Кж 1413/05 од 06.06.2006.

Пресуда Врховног суда Србије Кж 1655/53 од 14.12.1953. године, *Правни живот* 12/1954, 24 – 25.

Пресуда Врховног суда Србије Кж 2137/04 од 12.05.2005. године, *Билтен Округног суда у Београду* 69/2005.

Пресуда Врховног суда Србије Кж 244/88 од 31.08.1988. године.

Пресуда Врховног суда Србије Кж 285/85, *Правни живот* 10/1986, 133.

Пресуда Врховног суда Србије Кж 389/54 од 20.04.1945. године, *Правни живот* 12/1954, 25 – 26.

Пресуда Врховног суда Србије Кж 541/54 од 23.04.1954. године, *Правни живот* 12/1954, 23 – 24.

Пресуда Врховног суда Србије Кж. I 2082/73, *Правни живот* 5/1974, 69 – 70.

Пресуда Врховног суда Србије Кзз 58/98 од дана 31.10.1999. године.

Пресуда Врховног суда Србије Кзз 6/19 од 30.11.2001. године.

Пресуда Врховног суда Србије Пк 686/99 од 22.02.2003. године.

Пресуда Окружног суда у Београду К 1678/08 од 29.12.2008. године.

Пресуда Окружног суда у Нишу К. 58/06, Билтен судске праксе Окружног суда у Нишу, 24/2007.

Пресуда Окружног суда у Нишу Кж 1589/09 од 25.08.2009. године.

Пресуда Окружног суда у Нишу Кж бр. 53/06, *Билтен судске праксе Окружног суда у Нишу* 24/2007, *Intermex*, Београд 2007.

Пресуда Савезног Врховног суда Кз 120/60, од 12. октобра 1960. године, *Правни живот* 1/1961, 79 – 80.

Решење Апелационог суда у Београду, Посебно одељење Кж1 По1 бр. 17/12 од 16.10.2012. године.

Решење Апелационог суда у Новом Саду Кж1 број 2672/10 од 11.05.2010. године.

## БИОГРАФИЈА

Кандидат, Слађана Јовановић је рођена 16.12.1990. године, у Шапцу, где је завршила основну школу „Лаза К. Лазаревић“ и Шабачку гимназију – филолошки смер (живи језици).

Основне академске студије је уписала 2009. године, на Криминалистичко – полицијској академији у Београду, где је дипломирала дана 24.09.2013. године, са просечном оценом 9,53 и стекла звање дипломирани криминалиста. На Правном факултету Универзитета у Београду, уписала је мастер академске студије школске 2013/2014. године, на кривичноправном модулу. Звање мастер правника, стекла је 26.09.2016. године, одбраном мастер рада на тему „*Acciones liberae in causa* (скривљена неурачунљивост) у кривичном праву Републике Србије”, са укупном просечном оценом 10,00.

Докторске академске студије, смер кривичноправне науке, на Правном факултету Универзитета у Београду, уписала је школске 2017/2018. године, а у току студија положила предмете – Методи научно – истраживачког рада (оцена 10), први усмени део докторског испита (Кривично право – општи део, са оценом 10, Кривично право – посебни део, са оценом 9 и Кривично процесно право, са оценом 9), други усмени део докторског испита (Малолетничко кривично право, са оценом 10 и Прекршајно право, са оценом 10) и одбранила семинарски рад на тему „Теоријски облици умишљаја“.

Од 2014. године, запослена је у Министарству унутрашњих послова Републике Србије.

Говори енглески, француски и шпански језик, а служи се руским и италијанским језиком.

Током докторских студија, објавила је следеће научне радове:

- „*Aberratio ictus* у кривичном праву“, *Crimen* 2/2018, 168 – 185.
- „Стицај кривичних дела и проблем алтернативног умишљаја“, *Crimen* 1/2020, 50 – 67.

## **Изјава о ауторству**

Име и презиме аутора: Слађана Јовановић

Број индекса: ДС 9/2017

### **Изјављујем**

да је докторска дисертација под насловом

#### **„ПРИВИДНИ ИДЕАЛНИ СТИЦАЈ КРИВИЧНИХ ДЕЛА“**

- резултат сопственог истраживачког рада;
- да дисертација у целини ни у деловима није била предложена за стицање друге дипломе према студијским програмима других високошколских установа;
- да су резултати коректно наведени и
- да нисам кршио/ла ауторска права и користио/ла интелектуалну својину других лица.

**Потпис аутора**

У Београду, 8. новембар 2022. године

---

**Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада**

Име и презиме аутора: Слађана Јовановић

Број индекса: ДС 9/2017

Студијски програм: Право, ужа научна област – кривично право

Наслов рада: „**Привидни идеални стицај кривичних дела**“

Ментор: проф. др Игор Вуковић

Изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предао/ла ради похрањивања у **Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Београду**.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског назива доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне библиотеке, у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Београду.

**Потпис аутора**

У Београду, 8. новембар 2022. године

---



## Изјава о коришћењу

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

### „ПРИВИДНИ ИДЕАЛНИ СТИЦАЈ КРИВИЧНИХ ДЕЛА“

која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију похрањену у Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Београду и доступну у отвореном приступу могу да користе сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons) за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство (CC BY)
2. Ауторство – некомерцијално (CC BY-NC)
3. Ауторство – некомерцијално – без прерада (CC BY-NC-ND)
4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима (CC BY-NC-SA)
- 5. Ауторство – без прерада (CC BY-ND)**
6. Ауторство – делити под истим условима (CC BY-SA)

(Молимо да заокружите само једну од шест понуђених лиценци.

Кратак опис лиценци је саставни део ове изјаве).

**Потпис аутора**

У Београду, 8. новембар 2022. године

---

1. **Ауторство.** Дозвољава те умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце, чак и у комерцијалне сврхе. Ово је најслободнија од свих лиценци.
2. **Ауторство – некомерцијално.** Дозвољава те умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела.
3. **Ауторство – некомерцијално – без прерада.** Дозвољава те умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела. У односу на све остале лиценце, овом лиценцом се ограничава највећи обим права коришћења дела.
4. **Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима.** Дозвољава те умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада.
5. **Ауторство – без прерада.** Дозвољава те умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела.
6. **Ауторство – делити под истим условима.** Дозвољава те умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада. Слична је софтверским лиценцама, односно лиценцама отвореног кода.