

343(430)

Dr. Тома Живановић

1.

Dr. Franz v. Liszt

2.

Појам кривичног дела у Пројекту немачког
Казненог Законика

3.

Принципи законодавног регулисања основних
проблема позивне тајне

Прештампано из АРХИВА ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ.



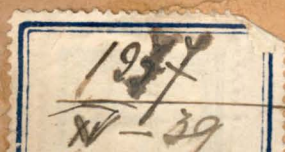
БЕОГРАД.

ШТАМПАРИЈА „ДОСИТИЈЕ ОБРАДОВИЋ“

ДИМИТРИЈА ГАВРИЛОВИЋА (ПРЕЂЕ А. М. СТАНОЈЕВИЋА)

ЧИКА-БЕКИНА УЛ. БР. 8.

1911.



Dr. Тома Живановић

1.

Dr. Franz v. Liszt

2.

Појам кривичног дела у Пројекту немачког
Казненог Законика

3.

Принципи законодавног регулисања основних
проблема позивне тајне

Прештампано из АРХИВА ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ.



Б Е О Г Р А Д.

ШТАМПАРИЈА „ДОСИТИЈЕ ОБРАДОВИЋ“

ДИМИТРИЈА ГАВРИЛОВИЋА (ПРЕЂЕ А. М. СТАНОЈЕВИЋА)

ЧИКА-ЉУБИНА УЛ. БР. 8.

1911.

Dr. Franz v. Liszt.

Крајем марта т. г. прослављао је шесетогодишњицу свог живота један од најзнатнијих европских криминалиста *Dr. F. v. Liszt*, професор Кривичног Права на берлинском Универзитету. *Liszt* је својим радом толико задужио кривично-правну науку, да нам је дужност и као ученику и као колеги његовом, да истакнемо и у овом српском правном часопису, колико је он заслужан за нашу науку.

Liszt, рођен у Аустрији, хабилитирао се је у 25. години за доцента Кривичног Права на Универзитету у *Грацу*. У 28. години је позван за редовног професора у *Гисен*, одакле је по позиву прешао у *Марбург*, за тим у *Хале*. 1899. год. је позван од *берлинског* Универзитета за професора Кривичног Права.

Кад је реч о *v. Liszt*-овим заслугама за кривично-правну науку, треба разликовати између *кривично-правне догматике* и *криминалне политике*.

Као кривично-правни догматичар *Liszt* је стекао највише заслуга својим *Уџбеником Кривичног Права*. Необично систематски распоред грађе, концизност излагања су одлике уџбеника, које га истичу над осталим немачким делима исте врсте. Но не могу се мимоићи ни заслуге *v. Liszt*-ове за развијање многих кривично-правних појмова, као што су појам правног добра, противправности, подобности за урачуњљивост, покушаја, стицаја, а нарочито појам кривичног дела и казне.

Као криминални политичар *Liszt* се је толико истакао у овој грани наше науке, да се сматра као вођ социјолошке школе у Немачкој. Он је један од оних писаца европских, који су највише допринели одређивању узрока

криминалитета и мера за сузбијање истогa. У истој тежњи *Liszt* је у друштву с *van Hammel*-ом и *Prins*-ом основао *Међународно Удружење за Кривично Право*, коме наша наука има доста да благодари.

v. Liszt се може такође сматрати као један узор професора. Познато је, у коликој је мери он љубазан према својим вредним ђацима, и колико се свесрдно стара о њиховом раду. Колико *Liszt* тежи, да својим ученицима створи могућност за научни рад, види се најбоље по томе, што је поглавито о свом личном трошку основао у Шарлотенбургу, једном предграђу Берлина, *Библиотеку Криминалистичког Семинара*, која је данас највећа светска семинарска библиотека.

Liszt је несумњиво једна ретка научна појава, чији се утицај неће никад заборавити у кривично-правној науци. Сећајући се колико је много као такав научник и професор користио и нама као и многима другима, придружујемо се и ми са захвалношћу срдечној жељи његових многобројних ученика и пријатеља, да још дуго година развија своју неуморну научну делатност.

Појам кривичног дела у Пројекту немачког Казненог Законака.*

Пројекат стоји на становишту опште теорије, која разликује само два основна кривично-правна појма: *кривично дело* и *казну*. У нашим у *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* штампаним расправама „De l'élément subjectif dans la notion du délit“¹, „De la notion du délit“² и „De la notion du délinquant“³ ми смо ову општу теорију критиковали и њој на супрот истакли нашу трихотомију: Кривично Право има *три*

* В. овај наш рад („Zur Kritik des Vorentwurfes zu einem deutschen Strafgesetzbuch“) у *Goltd. Arch.* 1911.

¹ 1909, стр. 257.

² 1910, стр. 43.

³ 1911, стр. 59.

основна појма: *кривично дело*, *кривца* и *казну*. Овде ћемо пре свега горе именоване расправе резимирати, јер појам кривичног дела зависи од схватања о основним појмовима Кривичног Права, и после тога ћемо изложити, како је појам кривичног дела према нашем мишљењу схваћен у пројекту.

I.

Општа теорија сматра као елементе *кривичног дела* и *субјективне односе* извршиоце с његовим телесним покретом одн. с пропуштањем једног таквог покрета (то је један елеменат *радње* према њој) и са последицом радње (то је према њој један непосредни елеменат кривичног дела). Кривично дело је на име према њој противправна, *вина*, казном угрожена радња (реалистички појам кривичног дела)¹, а радња је *хотично* проузроковање или неспречавање једне промене у спољњем свету.² На тај начин је појам *кривца* ишчезао у појму *кривичног дела*. Према томе Кривично Право има само два основна појма: кривично дело и казну, те се и његов општи део дели у само два дела.

На супрот овом наш појам кривичног дела је потпуно *објективан*, чега је последица немогућност схватити кривично дело као *кажњиву* радњу³. Именоване субјективне односе ми смо на име употребили за конструкцију појма *кривца* као самосталног кривично-правног основног појма. Према томе ми разликујемо *три* основна кривично-правна појма: *кривично дело*, *кривца* и *њихове кривично-правне последице*, међу којима је *казна* најважнија.

Против субјективног појма кривичног дела, у корист дакле нашег објективног појма навели смо следеће разлоге:

1^о Објективни појам кривичног дела је *логични* и *вулгарни* појам истога.

2^о Има кривичних дела, чији се извршилац казни, ма да он можда није вин. н. пр. иступи и, у погледу теже последице, кривична дела квалифицирана последицом.

3^о Из субјективног појма кривичног дела излази апсурд, да је објект државне репресивне функције *кривично дело*, а не кривац!

¹ B. v. Liszt, § 26 I.

² B. v. Liszt, § 28.

³ B. De la notion du délit, стр. 63, V.

4^о Теорија о *акцесорној* природи саучешћа је немогућа при субјективном појму кривичног дела. Да би се избегле последице акцесорне природе саучешћа, морала се је конструисати по себи бесмислена теорија о прекидању узрочне везе.

5^о Кривично дело треба да се схвати објективно у интересу систематике Кривичног Права.

Кривично дело је према нашем схватању *противправно, у казненом закону предвиђено и условима инкриминације*¹ *одговарајуће проузроковање (scilic. једне последице) људском радњом.* Наука о кривичном делу има према томе да се подели на следећи начин:

I. Кривично дело као *проузроковање (scilic. једне последице) људском радњом.*

II. Кривично дело као *противправно* проузроковање.

III. Кривично дело као *у казненом закону предвиђено* проузроковање.

IV. Кривично дело као *условима инкриминације одговарајуће* проузроковање.

Кривац, други основни кривично-правни појам је према нашем схватању *извршилац свршеног или покушаног кривичног дела или подстрекавања и помагања у таквом кривичном делу, који се налази у психичким односима одређене каквоће са својом радњом и, по правилу, њеном последицом, и који испуњује у казненом закону предвиђене објективне, личне услове кривичне одговорности.*² Наука о кривцу има према томе да се дели на следећи начин:

I. Кривац као *извршилац* извршеног или покушаног кривичног дела (извршилац у *ужем* смислу) или подстрекавања и помагања у таквом кривичном делу (т. зв. *подстрекач* или *помагач*).

II. Кривац као *вини* извршилац (т. ј. са гледишта његовог субјективног односа 1^о с његовом радњом и 2^о с последицом ове радње).

III. Кривац као извршилац, *који испуњује објективне, личне услове кривичне одговорности.*

II.

Кад се узме, да су само кривично дело и казна основни кривично-правни појмови, кривично дело мора садржавати као

¹ Неки од т. зв. „услова кажњивости“ у општој теорији.

² Остали од т. зв. услова кажњивости у општој теорији.

један елеменат свог појма и *виност*, тако да се оно има дефинисати као *кажњива* радња. Другим речима радња треба да је и вина, да би се могла сматрати као кривично дело. Изгледа, да је то и Пројектово становиште, јер се кривично дело и у њему означава као *кажњива* радња (в. § 78). Али ћемо показати, да он схвата кривично дело као кажњиву радњу у сасвим другом смислу.

На име у погледу саучешћа задржава теорију о акцесорној природи саучешћа. „Гледиште пројектово, каже се у Мотивима, има се према томе тако схватати, да он остаје у науци о саучешћу при досадашњем праву онаком, како се је оно створило праксом Царевинског Суда с једним јединим изузетком, што он одбацује саизвршиоштво, схватајући уже појам саучешћа. Он зна с тога за досадашње врсте правог саучешћа, за подстрекавање и помагање, остаје при њиховој акцесорној природи, и као што је горе показано, разликује помагање од извршиоштва према начелима т. зв. долусне теорије.“¹ Али је последица акцесорне природе немогућност казнити подстрекача и помагача, кад извршилац није вин, или кад он није делао противправно, т. ј. кад његова радња није кривично дело. Да би избегла ову последицу, општа је теорија конструисала појам *непосредног* (интелектуалног, фиктивног) *извршиоца*. Мотиви пак тврде да се теорија о непосредном извршиоцу може применити у ретким и „само у области саучешћа постојећим“ случајевима.² Зато се је у пројекту ударило другим путем, да би се избегла именована последица акцесорне природе саучешћа. Неподобност за урачунљивост на име није према њему основ, који искључује *виност*. Тако исто нужна одбрана и стање нужде нису основи искључења *противправности*. Сви се они *сматрају од пројекта само као лични основи искључења казне*.³ На тај начин кривично дело остаје према

¹ Стр. 309.

² Стр. 224.

³ „Der bisher gemachte Unterschied zwischen Schuldaußschliessungsgründen, die eine strafbare Handlung nicht zur Entstehung kommen lassen, und Strafausschliessungsgründen, welche nur die Verfolgbarkeit hindern, ist aufgegeben. Er war schon durch den Wortlaut des gegenwärtigen Gesetzes nicht notwendig bedingt, sondern ist von der Wissenschaft und Praxis hineingetragen... Aus einem ähnlichen Grunde ist es bisher für statthaft angesehen worden, die Taten Strafmündiger nicht unter den Gesichtspunkt der Schuldaußschliessung zu bringen. Diese Stellungnahme hat zur Folge, dass

њему кривично дело, и ако извршилац није вин, и ма да није делао противправно.

Овим се истина избегава она последица акцесорне природе саучешћа. Подстрекачи и помагачи се могу казнити, и ако извршилац није вин, и чак и ако није противправно делао. Али при таквом схватању изгледа, да противправност и виност нису елементи кривичног дела! „Дефиниција „Кривично дело је вина, противправна радња““ изгледа дакле, рекао је *v. Liszt*, да је од пројекта одбачена, а нејасно је, која друга дефиниција има да дође на њено место.¹

Према нашем схватању је и према пројекту кривично дело противправна, вина радња, али само у другом смислу, него што се под тиме обично разуме. На име према њему је кривично дело противправна, вина радња само *in abstracto*, а равнодушно је, да ли је ова радња и *in concreto* кажњива, или противправна и вина. Убиство без предумишљаја н. пр., које је извршено у нужној одбрани или од лица неподобног за урачуњљивост, остаје према пројекту ипак убиство, јер је оно *in abstracto* противправно и вино, ако није и *in concreto*.

Кривично дело није апстрактан појам, већ један животни феномен. Један пак животни феномен може бити квалификован као кривично дело само онда, кад је он сам противправан и вин. Према томе је погрешна именована Пројектова теорија.

Принципи законодавног регулисања основних проблема позивне тајне.*

Мало је кривичних дела, с којима се је толико занимало као с откривањем позивне тајне, ма да је оно врло ретко.

hinsichtlich der Notwehr und des Notstandes, obwohl dort die hervorgehobenen Unzuträglichkeiten (scil. hinsichtlich der akzessorischen Natur der Teilnahme) bei weitem nicht in demselben Masse sich ergeben können, ebenso verfahren werden muss, so dass also der Begriff des Schuldauusschlussgrundes überhaupt verschwindet und nur auf das praktische Ergebnis gesehen wird, dass eine Bestrafung nicht eintreten kann“.

¹ Zum Vorentwurf eines Reichsstrafgesetzbuches у Z. 30 250.

* B. овај наш пад („Prinzipien der legislativen Regelung der Grundprobleme der Berufsheimnisverletzung“) у Goltd. Arch. 1910.

То се може објаснити тиме, што су се појавиле дубоке разлике у мишљењима чак у питањима о правном основу и обиму примене одредбе Казненог Законика о откривању позивне тајне. На име спорно је односно првог питања, да ли је *правно добро* овде *јавне* или на против *приватне* природе, а односно другог, која лица могу бити *субјекат*, и које чињенице *објекат* (тајна) овог кривичног дела, и да ли се интерес, који се има штитити против откривања, треба да штити насупрот сваком другом интересу, који би с њиме био у сукобу. Ова четири основна проблема откривања позивне тајне расправљаћемо овде особито *de lege ferenda*.

§ 1. Правно добро.

Систематика посебног дела Казненог Законика захтева увек, да се одреди природа правних добара према њиховом *genus* и *species*. Но сем потреба систематике ова врста одређивања је из другог једног разлога врло важна. Често на име захтевају разни приватни или јавни интереси повреду позивне тајне. Према томе по себи је разумљиво, да се онда мора прво одредити, да ли је интерес, који се има штитити од откривања приватан или јаван, да би се према решењу овог питања могао решити сукоб.

У књижевности је претежно заступљено мишљење, да је правно добро овде приватне природе. Ово је несумњиво становиште и немачког Казненог Законика (§ 300). Истина немогуће је, да се ово изведе из наслова двадесет петог одека („Кажњиво користољубље и повреда туђих тајни“), и тако је могла постати теорија, да је правно добро овде *јавно*.¹ Али је чињеница, да се истрага овог кривичног дела, може повести само по тужби приватног тужиоца, сама за себе довољна за доказ, да је правно добро овде приватно.²

Ово је несумњиво гледиште и француског Казненог Законика, јер се чл. 378. налази под насловом: „Crimes et délits contre les particuliers“ („Злочини и преступи против *појединаца*“). Чудновато је, да су сви француски писци ово

¹ *Liebmann* Die Pflicht des Arztes zur Bewahrung anvertrauter Geheimnisse (1890), стр. 26—33, *Böhme* Strafbarkeit der Verletzung der ärztlichen Berufsgeheimnisse у Allg. Z. f. Psychiatrie св. 57 (1900), стр. 745.

² Ово исто важи и за § 282 нашег к. з.

превидели. Једни тврде, да је заштићени интерес јавни¹, други напротив да је он приватни.²

Интересантна је једна противречност у §. 144 норвешког Казненог Законика. Из наслова тринаесте главе („Кривична дела против општег поретка и општег мира“), која садржи овај §, излази на име, да је *јавне* природе правно добро заштићено од откривања позивне тајне. Према томе се друштво има сматрати као повређено овим кривичним делом, те би на тај начин ово кривично дело требало да се ислеђује по званичној дужности. Међутим је у § 144. прописано, да се истрага врши по приватној тужби, т. ј. да је непосредно повређени онај, чија је тајна откривена! Друштво може бити само изузетно непосредно повређени: Истрага се врши по званичној дужности према овом §-у у случајевима, „у којима обзири опште природе то захтевају“.

Кад је једним кривичним делом повређено извесно јавно правно добро, нико нема од тога лично да трпи. Сасвим је другачије, кад је у питању једно кривично дело, којим се вређа извесно приватно правно добро. Код откривања позивне тајне има онај лично да трпи, чија се тајна открива. То доказује, да је правно добро код овог кривичног дела *приватне* природе.

Што се тиче индивидуалитета правног добра код повреде позивне тајне, према општем мишљењу повреде *свију врсти* позивне тајне имају једно *заједничко* правно добро. Тако је према *v. Liszt*-у ово добро (и код повреде тајне писама) „правно заштићени интерес на чување личног и породичног живота од непозваног упада“.³ Према *Hippe*-у оно је: „Интерес, да се не буде обманут у свом поверењу“.⁴ *Binding*

¹ Тако н. пр. *Chauveau* и *Hélie* кажу у својој *Théorie de droit pénal* (1876), св. V, n° 1876: „L' obligation prescrite par l' art. 378 a été établie dans un intérêt général; sa violation ne blesse pas seulement la personne qui a confié les secrets, elle blesse la société entière, parce qu'elle enlève à des professions sur lesquelles la société s'appuie la confiance qui doit les environner“. — В. и *Muteau* *Du secret professionnel* (1870), стр. 3; *A. Le Poittevin* у *Recueil de Sirey* 1896. 1. 81., *Garraud* *Traité de droit pénal* (1898), св. 5, n° 2064.

² *Rauter* *Traité de droit criminel* (1836) 2 104, *Verwaest* *Le secret professionnel médical* (1892) 19.

³ *Lehrbuch* § 120 I.

⁴ *Unbefugte Offenbarung von Privatgeheimnissen nach § 300 St G B* у *Goldtd. Arch.* 46 284.

каже: „Штити се не интерес на чување тајне, већ *воља да се тајна чува*“.¹ Слично *Binding*-у изражава се и *Hälschner*.² Једни дакле одређују заједничко правно добро као *интерес*, а други као *вољу*.

У француској књижевности се такође одређује *заједничко* правно добро. Стари писци сматрали су као ово заједничко добро *уговор о остави* („*contrat de dépôt*“), који се тобож закључује између лица обвезаних на чување тајне и њихових клиената.³ Но кад се је увидело, да нема никакве аналогije између уговора закљученог између ових лица и уговора о остави, појавило се је ново мишљење, према којем је оно правно добро просто *уговор* закључен између оних лица, не именујући исти.⁴ Ова теорија је такође погрешна, јер између лица обвезаних на ћутање и оних, који им поверавају своје тајне, не постоје никакви уговорни односи односно ових тајни. На име за правну важност уговора је н. пр. потребно, да су странке способне за уговарање, те би, кад би се усвојило оно мишљење, лица обвезана на чување тајне ову могла открити, кад не би имао ону опособност онај, који је тајну поверио!

Према нашем мишљењу погрешно је тврђење, да постоји *заједничко* правно добро за *све* врсте позивне тајне. Јер кад се такво правно добро одреди, остаје загонетно, зашто се ово правно добро *не* штити *уvek* од откривања, већ само онда, кад је у питању *позивна* тајна. Онај, који тајну поверава има интерес на чување „личног и породичног живота од непозваног упада“ и онда, кад његова тајна није поверена у вршењу овог или оног позива. И кад би овај интерес био такав

¹ Lehrbuch 1 127.

² Gemeines deutsches Strafrecht 2 215.

³ B. *Rauter* op. cit. 104.

⁴ Тако каже *Verwaest* op. cit. 19: „Telle que nous la comprenons l'obligation pour le médecin de ne pas révéler ce que son client lui a fait connaître sous le sceau du secret résulte, en dehors de toute prescription de la loi pénale, d'un engagement qu'il a pris vis-à-vis de celui-ci, lorsqu'il a consenti à lui prêter le secours de son art. Il n'est pas douteux en effet, quelque nom qu'on lui donne, mandat on louage de service, qu'un contrat lie le médecin à son malade. Ce contrat est la source d'obligations réciproques... il en résulte que le médecin, en se taisant sur leur compte, obéit moins à un devoir essentiel à sa profession, et que la loi pénale lui impose comme tel, qu'il ne remplit une des clauses du contrat particulier intervenu entre son malade et lui“. — B. *Merger* Le secret professionnel (1895) 20.

да извесан друштвени интерес захтева кривично-правно штитење истог, он би требао бити заштићен и у овом случају. Кад се испитује, зашто се тајна поверена лицу обвезаном на ћутање овде не штити, види се, да се то може објаснити само онда, кад се одреди *различно* правно добро за сваку врсту позивне тајне. Овако одређено правно добро не треба на име да буде заштићено, кад тајна није поверена у вршењу позива, јер се оно *не повређује* откривањем тајне *на овај начин поверене*, јер не постоји дакле у таквом случају интерес, који се треба да штити кривично-правно. У питању је н. пр. лекарска позивна тајна. Правно добро је овде према нашем мишљењу *здравље*, јер се болесници не би обраћали лекаима, кад њихова тајна не би била кривично-правно заштићена. Али се ово правно добро не вређа откривањем тајне, која није поверена у вршењу позива. Из свега овога излази, да само онда, кад се одреди *различно* правно добро за сваку врсту позивне тајне, може бити нађено такво правно добро, чија је кривично-правна заштита од откривања *увећ* потребна. *Без овога се пак ниједан интерес не може сматрати као кривично-правно добро.*

Из реченог треба извући закључак за систематику. Са гледишта систематике, која почива на природи правних добара не би на име било допуштено, да се о свима врстама позивне тајне говори у једном одсеку или параграфу. На против потребно је, да се свака од њих стави у ону групу кривичних дела, која су управљена против оног правног добра, које се штити од откривања дотичне врсте позивне тајне. Кад се н. пр. здравље сматра као правно добро код лекарске позивне тајне, о повреди ове тајне мора се говорити заједно с другим кривичним делима против здравља.

§ 2. Субјекат откривања.

Сви законом признати позиви потребни су друштву, јер сваки од њих служи извесном приватном интересу, који друштво има интереса да штити. Али да би ови позиви могли испунити свој задатак, потребно је, да публика има поверења у оне, који врше овај или онај позив, јер се иначе она не би на њих обраћала, те би приватни интереси у питању били оштећени. Зато се *de lege ferenda* може желети, да се сваки од ових интереса кривично-правно заштићује од откри-

вања тајне, да се дакле обвеза на чување тајне наметне свима позивима.

У већини Казнених Законика није овако учињено. Само неким позивима је наметнута она обвеза. Распростиру је пак на све врсте позива без разлике *мексикански, холандски, италијански, бугарски и руски* Казнени Законик.

§ 3. Објекат откривања.

Појам позивне тајне, објекта откривања, у књижевности је врло нејасан. Узрок лежи пре свега у томе, што се не испитује појам *позивне* тајне, већ тајне у опште. Појам тајне се дакле не одређује с *кривично правног* гледишта, т. ј. у колико је она објекат откривања. Тако каже н. пр. *Frank*: „Згодно би се могла одредити (приватна) тајна као *чињеница* позната малом броју лица, за коју је везан интерес, да се она не учини познатом у опште или бар не ширим круговима“. С друге стране узрок наведене конфузије лежи у томе, што се не улази довољно у анализу испитиваног појма. Тиме смо обележили своју методу.

Да би се једна чињеница могла сматрати као тајна у кривично-правном смислу, т. ј. као позивна тајна, потребно је према нашем мишљењу: 1. да се она у опште *може квалификовати* као позивна тајна; 2. да је *поверена* извесном лицу, које врши извесан позив; 3. да је она овом лицу *поверена у вршењу његовог позива*. Има дакле три елемента у појму позивне тајне.

1. *Свака* чињеница без разлике треба да се сматра као подобна да се квалификује као позивна тајна. Није потребно према томе, да се она односи на предмет конкретног вршења позива. Она може бити како *позитивна* тако и *негативна*.¹

¹ „La révélation d'une constatation même négative, каже писац *note* у *Dalloz* 1902. 1. 235, n'est-elle pas du reste de nature à porter préjudice? Le médecin qui affirme qu'un client n'a pas telle maladie déterminée, ne laisse-t-il pas entendre qu'il peut en avoir une autre? Même lorsque le médecin dit qu'il n'a constaté aucune maladie, son indiscrétion montre qu'on a eu recours à son examen, qu'il a eu des apparences, des inquiétudes, des doutes qui sont ainsi livrés à la malagnté publique. Enfin on peut, dans tous les cas, discuter sur les termes de la révélation, y voir des lacunes, des reticences, des sous-entendus et trouver matière à des soupçons que le respect du secret eût permis d'éviter“.

Лекар тврди н. пр., да његов пацијент не пати од ове или оне болести. Ова негативна чињеница може се такође сматрати као подобна да се квалификује као позивна тајна, јер се из ње може закључити, да пацијент пати од неке друге болести.

Напротив према већини немачких писаца може се само она чињеница сматрати као подобна да се квалификује као позивна тајна, „за коју се, како се *Frank* изражава, везује интерес, да се не учини познатом у опште или бар не у ширим круговима“. Ово се мишљење не може усвојити, јер је испитивање, да ли такав интерес постоји, потпуно *субјективне* природе, те су према томе лица, обвезана на ћутање, и судије изложени опасности да се варају. Исте последице има и мишљење, заступљено у француској књижевности и у бугарском и угарском Казн. Законнику, да су само оне чињенице подобне да се квалификују као позивне тајне, чије откривање може шкодити „части или угледу“.

2. Као *поверена* треба да се сматра свака чињеница, која је дошла до знања лицу обвезаном на ћутање. Према томе равнодушно је, да ли је ово лице само открило чињеницу или му је саопштена од клиента, и да ли је изрично или прећутно дат налог, да се она чува у тајности, или не.

Према већини немачких писаца потребан је изричан или прећутан налог.¹ Али кад се ово захтева, појављује се тешко решљиво питање, кад постоји прећутан налог. Кад се тврди, као што чине писци, заступници овог мишљења, да такав налог постоји, кад постоји интерес на чување тајне, појављује се већ наговештена тешкоћа одређивања, кад такав интерес постоји.

Неки француски писци, као н. пр. цивилисти *Esmein*² и *Planiol*,³ иду тако далеко, да тврде, да је једна чињеница само тада поверена, кад је саопштена са *изричним* налогом, да се чува у тајности, или како се они изражавају, само

¹ Тако н. пр. *v. Liszt* § 120 III, *Frank* 300 II.

² *B. Sirey* 1901. 1. 161.

³ *B. Dalloz* 1899. 1. 585. — „Comme il s'agit de matières pénales, каже *Planiol*, et que le texte est d'interprétation stricte, il semble que l'obligation du secret n'est ainsi sanctionnée par l'art. 378 du cff. qu'autant que le médecin a reçu une *confidence*, et qu'il a appris quelque chose sous le sceau du secret“.

онда, кад је саопштена „*sous le sceau du secret*“. Они се на-
слањају на историјско развиће позивне тајне у француском
праву, да би оним ограничењем учинили илузорном кри-
вично-правну заштиту позивне тајне! Ово је мишљење од-
бачено од правосуђа, и претежно је мишљење, да није по-
ребан ни изричан ни прећутан налог.

3. Да би се једна чињеница могла сматрати као пове-
рена *у вршењу позива*, потребно је према нашем мишљењу:

1^о *Да се она тиче клиента било непосредно било по-
средно, т. ј. да му припада непосредно или посредно.* Правно
добро клиентово се на име не вређа откривањем тајне, која
му не припада, те према томе нема разлога, да се казни за
откривање позивне тајне, кад тајна не припада клиенту.
Тако каже н. пр. пацијент свом лекару, да је заражен од
женске А. Чињеница, да је ова женска болесна није пове-
рена *у вршењу позива*. Али кад је ова женска његова су-
пруга, тиче га се такође, ма да само посредно, чињеница,
да је она болесна, јер се из ње може закључити, да је и он
заражен. У овом случају је дакле чињеница поверена у вр-
шењу позива, ако постоје два следећа услова.

2^о *Да постоји узрочна веза између сазнања чињенице
и конкретног вршења позива.* На име кад ова узрочна веза
не постоји, чињеница је поверена лицу, које врши дотични
позив, као *приватној* личности, а за откривање тако повере-
них тајни се не казни, јер тада не постоји правно добро, које
се треба да штити од откривања.

3^о *Да постоји узрочна веза између сазнања чињенице
и самог позива.* На име, кад не постоји ова узрочна веза,
клиент није морао поверити дотичну чињеницу, а само се
оне поверене чињенице кривично-правно заштићују, које је
клијент морао поверити, да би му се могла указати помоћ,
јер иначе не постоји правно добро, које се има штитити од
откривања. Тако је н. пр. пацијент причао свом лекару своје
будуће планове из брбљивости. Испричане чињенице нису
поверене у вршењу позива, јер их није причао лекару *баш
зато, што је он лекар*. Али ова узрочна веза постоји онда,
кад му је то причао, да би сазнао, да ли их сме предузети
с обзиром на своју болест.

Правно добро, које се има штитити од откривања не
постоји *увек* и *само* онда, кад недостају она три услова, које

ми захтевамо. Није довољно, да се захтева само узрочна веза између сазнања чињенице и конкретног вршења позива;¹ и потпуно је погрешно, да се не захтева ниједан од ова три услова, већ да се сматра као позивна тајна свака чињеница сазната приликом вршења позива.²

§ 4. Сукоби између интереса на чување позивне тајне и других приватних или јавних интереса.

Често се појављују сукоби између интереса, који се има штитити од откривања позивне тајне и других интереса, тако да ови не могу бити сачувани без откривања оне тајне. Интереси, који долазе у сукоб с интересом на чување тајне могу бити *приватне* или *јавне* природе. Ми их делимо у пет група: 1. Интерес правосуђа, 2. интерес добре администрације, 3. научни интерес, 4. интерес јавне здравствености и 5. различни приватни интереси. Првој групи припадају: сведочење, пријава кривичних дела и давање вештачких мишљења, другој: пријава рођења и смртних случајева, трећој: објављивање поверених чињеница, и петој: спречавање и сузбијање заразних болести, обезбеђење и тражење хонорара пред судом.

Ради решења ових сукоба обично се тврди, *да се мањи интерес треба да жртвује већем*.³ Ово мишљење не може задовољити, јер је врло сумњив његов правни основ. Тврди се још, да се треба да примени *право нужне одбране*.⁴ Али колизија се не дешава између разних приватних и јавних интереса и интереса на чување тајне, а сем тога повреда овог интереса је један преступ. Према томе недостаје увек један битан услов за примену права нужне одбране: противправни напад.

Ми смо у једној расправи тврдили, да један случај *стања нужде* постоји код сукоба између интереса на чување тајне и других интереса, да се према томе *стање нужде* треба да сматра као основ искључења противправности повреде

¹ Тако н. пр. *Wolff* Der strafrechtliche Schutz des Berufsheimnisses (1908) 52.

² B. *Muteau* op. cit. 37, *Garraud* op. cit. 350.

³ v. *Liszt* § 120 III, *Binding* 1 127, *Frank* § 300 III, *Wolff* 66.

⁴ *Finger* у *Vergl. D. Bes. T.* 8 368 пр. 1.

позивне тајне, јер код овог сукоба постоје сва обележја стања нужде. Постоји на име — према *v. Liszt*-овој дефиницији — стање садашње опасности по правно заштићене интересе, које се не може на други начин отклонити но повредом туђих правно заштићених интереса. На једној страни се налази интерес на чување тајне, на другој који приватни или јавни интерес. Оба су правно заштићена, и сваки од њих може бити spaшен само повредом другог.

Питање, који се од интереса у сукобу треба да жртвује, не сме према нашем мишљењу бити учињено зависним од тога, који је интерес *виши*, већ се има да жртвује интерес, чија је повреда *мање штетна*. Тиче се н. пр. пријаве кривичних дела. Несумњиво је ово виши интерес од интереса на чување тајне. Али би обвезна пријава имала за последицу, да се извршиоци кривичних дела не би обраћали за помоћ лицима обвезаним на ћутање, и да доследно не би било више пријава кривичних дела. Повреда интереса на пријаву кривичних дела у корист интереса на чување тајне није дакле ни најмања штетна. Према томе пријава се не треба да стави у дужност лицима обвезаним на ћутање.

Али је за примену права стања нужде код ових сукоба потребно, да се право стања нужде признаје ради заштите свих правних добара, што се може желети *de lege ferenda*. *De lege lata* пак може право стања нужде односно повреде позивне тајне само тада бити признато, кад је откривање потребно „ради спасавања из садашње опасности по тело или живот извршиоца (*scilic.* оног, који открива) или једног сродника“.

Два би система могла бити предложена односно регулисања овог случаја примене стања нужде. Могло би се на име захтевати, да закон сам одреди случајеве, у којима позивна тајна може бити повређена ради спаса другог једног интереса. Или би се могло судијама оставити, да они у сваком конкретном случају оцењују, да ли постоји један случај стања нужде. Ми претпостављамо први систем, да би се у напред знало, кад се не може рачунати на заштиту своје тајне, и да ли се има овлашћење на откривање.¹

¹ Примена права стања нужде на све случајеве сукоба интереса на чување тајне изведена је у нашем делу „*Du secret professionnel*“.

