



УНИВЕРЗИТЕТ У НОВОМ САДУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ
ДОКТОРСКЕ СТУДИЈЕ – ЈАВНО ПРАВО

ПРАВНА ЗАБЛУДА У КРИВИЧНОМ ПРАВУ

ДОКТОРСКА ДИСЕРТАЦИЈА

Ментор: Проф. др Драгиша Дракић

Кандидат: Никола Вуковић

Нови Сад, 2017. године

**УНИВЕРЗИТЕТ У НОВОМ САДУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ**

KLJUČNA DOKUMENTACIJSKA INFORMACIJA

Redni broj: RBR	
Identifikacioni broj: IBR	
Tip dokumentacije: TD	Monografska dokumentacija
Tip zapisa: TZ	Tekstualni štampani materijal
Vrsta rada (dipl., mag., dokt.): VR	Докторска дисертација
Ime i prezime autora: AU	Никола Вуковић
Mentor (titula, ime, prezime, zvanje): MN	Проф. др Драгиша Дракић
Naslov rada: NR	Правна заблуда у кривичном праву
Jezik publikacije: JP	српски
Jezik izvoda: JI	срп./енг.
Zemlja publikovanja: ZP	Република Србија
Uže geografsko područje: UGP	АП Војводина
Godina: GO	2017.
Izdavač: IZ	ауторски репринт
Mesto i adresa: MA	Правни факултет у Новом Саду, Трг Доситеја Обрадовића 1, Нови Сад
Fizički opis rada: FO	16 поглавља, 476 страница, 1869 референци
Naučna oblast: NO	Право
Naučna disciplina: ND	Кривично право
Predmetna odrednica, ključne reči: PO	Правна заблуда, кривица, отклоњивост правне заблуде, хиперкриминализација.

UDK	
Čuva se: ČU	Библиотека Правног факултета у Новом Саду, Трг Доситеја Обрадовића 1, Нови Сад
Važna napomena: VN	
Izvod: IZ	<p>Кривица постоји ако је учинилац у време када је учинио кривично дело био урачунљив и поступао са умишљајем (нехат кад је законом одређено), а био је свестан или је био дужан и могао бити свестан да је његово дело забрањено. Другим речима, учинилац који није знао да је оно што ради забрањено и који није могао (нити био дужан) да то зна, није крив. Уколико учинилац није знао да је његово дело забрањено, а (био је дужан и) могао је да зна, казна му се може ублажити. Правна заблуда је институт кривичног права уско повезан са начелом кривице, а ипак, као да није успео да се профилише на начин који му припада. Уколико лице нема свест о забрањености дела, налази се у правној заблуди. Она је супротан пол свести о забрањености дела, а свест о забрањености дела је, према чл. 22 КЗ Србије, једна од три компоненте кривице, уз урачунљивост и умишљај (и нехат када је то законом одређено). Три битна обележја савременог кривичног права су хиперкриминализација, учесталост измена и допуна и бланкетизација. У КЗ из 1951. године било је прописано 216 кривичних дела, у КЗ из 1977. године 227, а у КЗ из 2006. године 326 кривичних дела. Од 2009. године до 2015. године донето је 15 закона у којима је прописано 33 кривична дела. КЗ из 1977. године се у 26 година мењао 25 пута (1977. до 2003.), а КЗ из 2006. године се за 8 година (2006. до 2014.) мењао 8 пута. У кривичном законодавству Републике Србије прописано је укупно 385 кривичних дела (основно 326 кривичних дела, а споредно законодавство 59). Од укупног броја кривичних дела, 261 има у потпуности или делимично бланкетни карактер, односно 67,8 %. Бланкетна кривична дела садрже један или више појмова чије значење је одређено у неком другом пропису. Увидом у 326 кривичних дела прописаних у КЗ, утврдили смо да бланкетна кривична дела упућују на 155 прописа. Ова бројка свакако није</p>

	<p>коначна, напротив. Нису урачунати сви они „невидљиви“ бланкети попут: „општепризнатих техничких правила“; „прописа и мера“; „техничких правила о мерама заштите“ и др. У раду се прво указује на одређене појаве које „подстичу озбиљнији приступ“ разматрању института правне заблуде. Ради се о хиперкриминализацији, те неједнакој опасности понашања која су прописана као кривична дела. Након тога следе излагања о појму и развоју кривице (у кривичном праву), кроз кратку дискусију о слободи воље; а потом се приказују становишта психолошких и нормативних теорија кривице. На крају тог наслова објашњава се шта су основи искључења кривице, шта основи извињавања и у чему се разликују. Истраживање о правној заблуди почиње темом свести о забрањености дела која обухвата: садржај, дељивост, условљеност и место свести о противправности; могућности вештачења ове свести те појам и историјски развој правне заблуде. Након тога излаже се део о врстама правне заблуде који обухвата и обрнуту правну заблуду и њене појавне облике. Следећи део представља тему која обрађује „прерушавање правне у стварну заблуду“. Ради се о низу кривичних дела у чијим законским описима се појављује обележје противправности. Расправља се подела противправности из законског описа дела као општег и посебног обележја дела. Затим, анализа отклоњивости правне заблуде обухвата: критеријуме и средства отклоњивости заблуде те низ конкретних случајева када је правна заблуда (не)отклоњива на примерима из судске праксе Немачке и Аустрије који су подељени у четири целине и коментаре 45 утврђених схватања о отклоњивости. Следе излагања о утицају бланкетних кривичних дела на правну заблуду и односу стварне и правне заблуде код ових дела, као и дејству правне заблуде данас и у прошлости. Учињен је осврт и на упоредноправна решења. На крају се обрађују питања стварне заблуде, нарочито у ширем смислу, уз теорије које настоје да објасне дејство ове заблуде, као и заблуда о извињавајућим основима. Рад</p>
--	---

	завршава напоменама о (могућем) поступању судова у примени овог института као и списком бланкетних прописа, те закључним разматрањима.
Datum prihvatanja teme od strane Senata: DP	25.6.2015.
Datum odbrane: DO	
Članovi komisije: (ime i prezime / titula / zvanje / naziv organizacije / status) KO	<p>Председник: Проф. др Снежана Бркић, редовни професор, Правни факултет, Универзитет у Новом Саду</p> <p>Члан: Проф. др Драгиша Дракић, редовни професор, Правни факултет, Универзитет у Новом Саду</p> <p>члан: Проф. др Игор Вуковић, ванредни професор, Правни факултет, Универзитет у Београду</p>

Key word documentation

Accession number: ANO	
Identification number: INO	
Document type: DT	Monograph documentation
Type of record: TR	Textual printed material
Contents code: CC	Doctoral (<i>Ph.D.</i>) dissertation
Author: AU	Nikola Vuković
Mentor: MN	Dragiša Drakić, <i>Ph.D.</i> Full Professor
Title: TI	Mistake of law in criminal law
Language of text: LT	Serbian
Language of abstract: LA	eng. / srp.
Country of publication: CP	Republic of Serbia
Locality of publication: LP	AP Vojvodina
Publication year: PY	2017.
Publisher: PU	Author's reprint
Publication place: PP	University of Novi Sad, Faculty of Law, Trg Dositeja Obradovića 1
Physical description: PD	16 chapters, 476 pages, 1869 references
Scientific field SF	Law
Scientific discipline SD	Criminal law
Subject, Key words SKW	Mistake of law, Guilt, avoidability of Mistake of law, overcriminalization
UC	

Holding data: HD	The Faculty of Law Library, Trg Dositeja Obradovića 1, Novi Sad
Note: N	
Abstract: AB	<p>The Guilt exists if the perpetrator at the time he committed the offense was countable and acted with intent (negligence when it was determined by law), and was aware of or was obliged and could be aware that his act was prohibited. In other words, an offender who did not know that what he was doing was prohibited and who could not (nor was obliged to) know it, is not guilty. If the perpetrator did not know that his action was prohibited, and (he was obliged) he could have known, his punishment could be mitigated. Mistake of law is a criminal law institute closely linked to the principle of guilt, and yet, as if it did not manage to profil the way it belongs. If a person has no awareness of the prohibition of act, he is in a mistake of law. It is the opposite pole of the conscience of the prohibition of the act, and the conscience of the prohibition of the action is, according to Art. 22 of the CC of Serbia, one of the three components of guilt, with accountability and intent (and negligence when determined by law). Three important features of modern criminal law are overcriminalization, frequency of amendments and blanketization. In the CC from 1951, 216 criminal offences were prescribed, in the CC from 1977, 227, and in the CC from 2006, 326 criminal offences. From 2009 to 2015, 15 laws were passed in which 33 criminal offences were prescribed. The CC from 1977 changed 25 times in 26 years (1977 to 2003), and the 2006 CC changed 8 times in 8 years (2006 to 2014). The criminal legislation of the Republic of Serbia consists of 385 criminal offences (326 criminal offences in basic, and 59 in secondary legislation). Out of the total number of crimes, 261 has a completely or partially blanket character, that is, 67.8%. Blanket criminal offences contain one or more terms the meaning of which is defined in another regulation. By inspecting the 326 criminal offences prescribed in the Criminal Code, we established that blanket offences refer to 155 regulations. This figure is certainly not the final, on the contrary. All those "invisible" blankets are not counted as: "generally accepted technical rules";</p>

"Regulations and measures"; "Technical rules on protection measures" and others. The text first points to certain phenomena which "encourage a more serious approach" to the consideration of the institute of mistake of law. This is an overcriminalization, and an unequal risk of behaviors that are prescribed as criminal offences. After that, there follows the statements about the concept and the development of guilt (in criminal law), through a brief discussion of freedom of will; and then the views of psychological and normative theories of guilt are presented. At the end of this title, the explanation is made regarding the difference between basis of the excuses of guilt and apology. A study of mistake of law begins with the subject of conscience of the prohibition of action that includes: content, divisiveness, conditionality and place of conscience of the prohibition; possibilities for expert examination of this conscience, and the concept and historical development of mistake of law. Thereafter, a section on the types of mistake of law, which includes both reversed mistake of law and its manifestations, is presented. The next section presents a topic that deals with "disguising the mistake of law in a mistake of fact". It is about series of criminal offences in whose legal descriptions a mark of unlawfulness appears. The division of illegality from the legal description of the work as a general and special feature of the action is discussed. Furthermore, the analysis of the avoidability of the mistake of law includes: the criteria and means of avoidability of the mistake of law and a number of cases where the mistake of law is (not) avoidable on examples from the case law of Germany and Austria divided into four parts and 45 comments of the established perceptions of the avoidability. Following are the statements about the impact of blanket crimes on mistake of law and the relation of mistake of law and fact to these acts, as well as to the legal effect of mistake of law today and in the past. A review was also made of comparative solutions. In the end, questions of mistake of fact, especially in the wider sense, are addressed, along with theories that attempt to explain the effect of this mistake, as well as the mistake of apologizing basis. The text concludes with remarks on the

	(possible) conduct of courts in the application of this institute, as well as the list of blank regulations, and concluding observations.
Accepted on Senate on: AS	25.6.2015.
Defended: DE	
Thesis Defend Board: DB	<p>President: Snežana Brkić, Ph.D., Full Professor, Faculty of Law, University of Novi Sad</p> <p>Member: Dragiša Drakić, Ph.D., Full Professor, Faculty of Law, University of Novi Sad</p> <p>Member: Igor Vuković, Ph.D., Associate Professor, Faculty of Law, University of Belgrade</p>

САЖЕТАК

Кривица постоји ако је учинилац у време када је учинио кривично дело био урачунљив и поступао са умишљајем (нехат кад је законом одређено), а био је свестан или је био дужан и могао бити свестан да је његово дело забрањено. Другим речима, учинилац који није знао да је оно што ради забрањено и који није могао (нити био дужан) да то зна, није крив. Уколико учинилац није знао да је његово дело забрањено, а (био је дужан и) могао је да зна, казна му се може ублажити. Правна заблуда је институт кривичног права уско повезан са начелом кривице, а ипак, као да није успео да се профилише на начин који му припада. Уколико лице нема свест о забрањености дела, налази се у правној заблуди. Она је супротан пол свести о забрањености дела, а свест о забрањености дела је, према чл. 22 КЗ Србије, једна од три компоненте кривице, уз урачунљивост и умишљај (и нехат када је то законом одређено). Три битна обележја савременог кривичног права су хиперкриминализација, учесталост измена и допуна и бланкетизација. У КЗ из 1951. године било је прописано 216 кривичних дела, у КЗ из 1977. године 227, а у КЗ из 2006. године 326 кривичних дела. Од 2009. године до 2015. године донето је 15 закона у којима је прописано 33 кривична дела. КЗ из 1977. године се у 26 година мењао 25 пута (1977. до 2003.), а КЗ из 2006. године се за 8 година (2006. до 2014.) мењао 8 пута. У кривичном законодавству Републике Србије прописано је укупно 385 кривичних дела (основно 326 кривичних дела, а споредно законодавство 59). Од укупног броја кривичних дела, 261 има у потпуности или делимично бланкетни карактер, односно 67,8 %. Бланкетна кривична дела садрже један или више појмова чије значење је одређено у неком другом пропису. Увидом у 326 кривичних дела прописаних у КЗ, утврдили смо да бланкетна кривична дела упућују на 155 прописа. Ова бројка свакако није коначна, напротив. Нису урачунати сви они „невидљиви“ бланкети попут: „општепризнатих техничких правила“; „прописа и мера“; „техничких правила о мерама заштите“ и др. У раду се прво указује на одређене појаве које „подстичу озбиљнији приступ“ разматрању института правне заблуде. Ради се о хиперкриминализацији, те неједнакој опасности понашања која су прописана као кривична дела. Након тога следе излагања о појму и развоју кривице (у кривичном праву), кроз кратку дискусију о слободи воље; а потом се приказују становишта психолошких и нормативних теорија кривице. На крају тог наслова објашњава се шта су основи искључења кривице, шта основи извињавања и у чему се разликују. Истраживање о правној заблуди почиње темом свести о забрањености дела која

обухвата: садржај, дељивост, условљеност и место свести о противправности; могућности вештачења ове свести те појам и историјски развој правне заблуде. Након тога излаже се део о врстама правне заблуде који обухвата и обрнуту правну заблуду и њене појавне облике. Следећи део представља тему која обрађује „прерушавање правне у стварну заблуду“. Ради се о низу кривичних дела у чијим законским описима се појављује обележје противправности. Расправља се подела противправности из законског описа дела као општег и посебног обележја дела. Затим, анализа отклоњивости правне заблуде обухвата: критеријуме и средства отклоњивости заблуде те низ конкретних случајева када је правна заблуда (не)отклоњива на примерима из судске праксе Немачке и Аустрије који су подељени у четири целине и коментаре 45 утврђених схватања о отклоњивости. Следе излагања о утицају бланкетних кривичних дела на правну заблуду и односу стварне и правне заблуде код ових дела, као и дејству правне заблуде данас и у прошлости. Учињен је осврт и на упоредноправна решења. На крају се обрађују питања стварне заблуде, нарочито у ширем смислу, уз теорије које настоје да објасне дејство ове заблуде, као и заблуда о извињавјућим основима. Рад завршава напоменама о (могућем) поступању судова у примени овог института као и списком бланкетних прописа, те закључним разматрањима.

ABSTRACT

The Guilt exists if the perpetrator at the time he committed the offense was countable and acted with intent (negligence when it was determined by law), and was aware of or was obliged and could be aware that his act was prohibited. In other words, an offender who did not know that what he was doing was prohibited and who could not (nor was obliged to) know it, is not guilty. If the perpetrator did not know that his action was prohibited, and (he was obliged) he could have known, his punishment could be mitigated. Mistake of law is a criminal law institute closely linked to the principle of guilt, and yet, as if it did not manage to profil the way it belongs. If a person has no awareness of the prohibition of act, he is in a mistake of law. It is the opposite pole of the conscience of the prohibition of the act, and the conscience of the prohibition of the action is, according to Art. 22 of the CC of Serbia, one of the three components of guilt, with accountability and intent (and negligence when determined by law). Three important features of modern criminal law are overcriminalization, frequency of amendments and blanketization. In the CC from 1951, 216 criminal offences were prescribed, in the CC from 1977, 227, and in the CC from 2006, 326 criminal offences. From 2009 to 2015, 15 laws were passed in which 33 criminal offences were prescribed. The CC from 1977 changed 25 times in 26 years (1977 to 2003), and the 2006 CC changed 8 times in 8 years (2006 to 2014). The criminal legislation of the Republic of Serbia consists of 385 criminal offences (326 criminal offences in basic, and 59 in secondary legislation). Out of the total number of crimes, 261 has a completely or partially blanket character, that is, 67.8%. Blanket criminal offences contain one or more terms the meaning of which is defined in another regulation. By inspecting the 326 criminal offences prescribed in the Criminal Code, we established that blanket offences refer to 155 regulations. This figure is certainly not the final, on the contrary. All those "invisible" blankets are not counted as: "generally accepted technical rules"; "Regulations and measures"; "Technical rules on protection measures" and others. The text first points to certain phenomena which "encourage a more serious approach" to the consideration of the institute of mistake of law. This is an overcriminalization, and an unequal risk of behaviors that are prescribed as criminal offences. After that, there follows the statements about the concept and the development of guilt (in criminal law), through a brief discussion of freedom of will; and then the views of psychological and normative theories of guilt are presented. At the end of this title, the explanation is made regarding the differenece between basis of the excuses of guilt and apology. A study of mistake of law begins with the subject of conscience of the prohibition of action that includes: content, divisiveness,

conditionality and place of conscience of the prohibition; possibilities for expert examination of this conscience, and the concept and historical development of mistake of law. Thereafter, a section on the types of mistake of law, which includes both reversed mistake of law and its manifestations, is presented. The next section presents a topic that deals with "disguising the mistake of law in a mistake of fact". It is about series of criminal offences in whose legal descriptions a mark of unlawfulness appears. The division of illegality from the legal description of the work as a general and special feature of the action is discussed. Furthermore, the analysis of the avoidability of the mistake of law includes: the criteria and means of avoidability of the mistake of law and a number of cases where the mistake of law is (not) avoidable on examples from the case law of Germany and Austria divided into four parts and 45 comments of the established perceptions of the avoidability. Following are the statements about the impact of blanket crimes on mistake of law and the relation of mistake of law and fact to these acts, as well as to the legal effect of mistake of law today and in the past. A review was also made of comparative solutions. In the end, questions of mistake of fact, especially in the wider sense, are addressed, along with theories that attempt to explain the effect of this mistake, as well as the mistake of apologizing basis. The text concludes with remarks on the (possible) conduct of courts in the application of this institute, as well as the list of blanket regulations, and concluding observations.

САДРЖАЈ

1. УВОД	1
2. ОПШТА РАЗМАТРАЊА КОЈА „ПРЕТХОДЕ“ ПОЈАВИ ПРАВНЕ ЗАБЛУДЕ	14
2.1. Хиперкриминализација и ограничење слободe	14
2.1.1. Уводне напомене о хиперкриминализацији	14
2.1.2. Конкретни бројеви или када је све постало забрањено	16
2.1.2.1. И тако је створено друштво кажњеника- последице ...	21
2.1.3. Пар напомена о томе зашто би кривично право требало да буде <i>ultima ratio</i>	25
2.2. Неједнака опасност понашања која су прописана као кривична дела	29
3. ПОЈАМ И РАЗВОЈ КРИВИЦЕ	33
3.1. Кривица- искључиви услов да кривично право оствари циљ; излагање о слободи воље	33
3.2. Психолошке теорије кривице	43
3.3. Нормативне теорије кривице	47
3.4. Основи искључења кривице и извињавајући основи	52
3.4.1. Основи искључења кривице	53
3.4.2. Основи извињавања (извињавајући основи – <i>Entschuldigungsgründe</i>)	54
4. ПОЈАМ ЗАБЛУДЕ	57
4.1. Битност (релевантност) заблуде	62
4.1.1. Неки примери (не)битности заблуде	63
5. ПОЈАМ И РАЗВОЈ ПРАВНЕ ЗАБЛУДЕ	64
5.1. Садржај свести о забрањености дела	66
5.1.1. О појму свести	66
5.1.2. Шта чини свест о забрањености дела	67
5.1.3. Различита мишљења у теорији кривичног права – шта је	

	<i>садржај свести о забрањености дела и када постоји – допуњена нашим коментарима и закључцима</i>	70
	5.1.4. Судска пракса - предмет свести о забрањености дела	86
	5.2. Делљивост свести о противправности	87
	5.3. Условљена свест о противправности	89
	5.4. Вештачење могућности да се има свест о забрањености или зашто је ова компонента кривице за суд небитна/“измишљена“	93
	5.5. Појам правне заблуде	98
	5.6. Историјски развој правне заблуде у Србији	105
	5.7. Заступљеност радова о правној заблуди	108
6.	МЕСТО СВЕСТИ О ЗАБРАЊЕНОСТИ ДЕЛА У ОПШТЕМ ПОЈМУ КРИВИЧНОГ ДЕЛА	106
	6.1. Теорија умишљаја (строга и ограничена)	109
	6.2. Теорија кривице (строга и ограничене)	114
	6.3. Област важења теорије кривице и теорије умишљаја	118
	6.4. Теорија о негативним обележјима бића кривичног дела	119
7.	ВРСТЕ ПРАВНЕ ЗАБЛУДЕ	122
	7.1. Директна правна заблуда – појам	122
	7.1.1. <i>Врсте директне правне заблуде</i>	123
	7.1.1.1. <i>Правна заблуда о важењу</i>	128
	7.1.1.1.1. <i>Да ли је Gültigkeitsirrtum заправо дупла заблуда?</i>	131
	7.1.1.2. <i>Неправа заблуда о важењу</i>	134
	7.1.1.2.1. <i>Разграничење посебне врсте стварне заблуде и неправне заблуде о важењу</i>	136
	7.1.1.3. <i>Заблуда о тумачењу</i>	137
	7.2. Индиректна правна заблуда	142
	7.2.1. <i>О називу „ове врсте правне заблуде“</i>	142
	7.2.2. <i>О појму индиректне правне заблуде</i>	144
	7.2.3. <i>Заблуда о границама основа искључења противправности</i>	148
	7.2.4. <i>Заблуда о постојању правом непризнатог основа искључења противправности</i>	155

7.3. Дупла правна заблуда	160
7.3.1. <i>Комбинација стварне заблуде у ширем смислу и индиректне правне заблуде (Erlaubnistatbestandsirrtum и Erlaubnisirrtum)</i>	160
7.3.2. <i>Дупла правна заблуда</i>	164
7.4. Кривичноправна и ванкривичноправна правна заблуда – Поступање Царевинског суда у Немачкој	166
7.4.1. <i>Редефинисање учења Царевинског суда Немачке – парципица Ингеборг Пуне</i>	170
7.5. Обрнута правна заблуда (путативни деликт)	173
7.5.1. <i>Појавни облици обрнуте правне заблуде</i>	177
7.5.1.1. <i>„Лажна“ индиректна правна заблуда о постојању дела малог значаја и путативни деликт или зашто путативни деликт није увек обрнута правна заблуда ..</i>	183
7.5.2. <i>Разликовање обрнуте правне и обрнуте стварне заблуде (неподобног покушаја)</i>	185
8. ПРАВНА ЗАБЛУДА И ПРОТИВПРАВНОСТ КАО ОБЕЛЕЖЈЕ БИЋА КРИВИЧНОГ ДЕЛА	186
8.1. Противправност и други њени називи из бића кривичног дела	186
8.2. Нема свести о противправности – нема ни умишљаја; или прича о противправности као општем или посебном обележју дела	189
9. ОТКЛОЊИВОСТ ПРАВНЕ ЗАБЛУДЕ	203
9.1. Објективни и субјективни критеријум отклоњивости - постоје ли или смо их измислили	203
9.1.1. <i>Зашто је „дужност“ сувишна и на који начин она постоји ...</i>	209
9.2. Отклоњивост правне заблуде – општа разматрања у светлу критеријума отклоњивости	210
9.3. Средства за отклањање правне заблуде	216
9.3.1. <i>Конкретни примери – када је правна заблуда (не)отклоњива- допуњени нашим коментарима</i>	222
10. БЛАНКЕТНА КРИВИЧНА ДЕЛА И ПРАВНА ЗАБЛУДА	248

10.1.	Уопште о бланкетрним кривичним делима	248
11.	ДЕЈСТВО ПРАВНЕ ЗАБЛУДЕ – НЕКЕ ОПШТЕ ОДРЕДНИЦЕ	259
11.1.	Дејство отклоњиве правне заблуде	259
11.2.	Дејство неотклоњиве правне заблуде	262
12.	ПОЈАМ СТВАРНЕ ЗАБЛУДЕ.....	266
12.1.	Стварна заблуда у ужем смислу	267
	12.1.1. <i>Заблуда у односу на привилегујуће и квалификаторне</i> <i>околности</i>	269
12.2.	Стварна заблуда у ширем смислу	275
	12.2.1. <i>Erlaubnistatbestandsirrtum</i>	278
	12.2.1.1. <i>Hells Angels-Fall – Савезни суд Немачке пресуда</i> <i>2 StR 375/11 од 2.11.2011. године</i>	282
	12.2.2. <i>Стварна заблуда у ширем смислу није „само“ заблуда о</i> <i>постојању већ и непостојању чињеничних околности/</i> <i>претпоставки - Нова дефиниција ове заблуде</i>	283
	12.2.3. <i>Опита питања о дејству стварне заблуде у ширем смислу</i>	285
	12.2.3.1. <i>Посебно о дејству стварне заблуде у</i> <i>ширем смислу</i>	287
13.	ЗАБЛУДА О ИЗВИЊАВАЈУЋИМ ОСНОВИМА	289
14.	ОДРЕЂЕНИ СЛУЧАЈЕВИ ИЗ СУДСКЕ ПРАКСЕ – ИНСТИТУТ ПРАВНЕ ЗАБЛУДЕ И НЕЗНАЊЕ ПРАВА УОПШТЕ; МОГУЋЕ ПРАВНЕ СИТУАЦИЈЕ ДО КОЈИХ МОЖЕ ДОЋИ	291
14.1.	Случај Курта Борма (<i>Kurt Walter Werner Borm</i>) – Учествовање у масовним убиствима - лекар и системско убијање „неизлечиво“ болесних пацијената	292
14.2.	<i>Mauerschützenprozesse</i>	293
14.3.	Случај убиства из части – индиректна правна заблуда	303
14.4.	Случај печурки са псилоцибином или размере надреалног у могућности сазнавања права	304

14.5.	Имагинарни случај – производња канабиса и давање на употребу тешко оболелом члану породице	308
	14.5.1. Пресуда Вишег суда у Новом Саду К. бр. 136/13 од 3.10.2013. године (неовлашћена производња опојних дрога из чл. 246 ст. 1 КЗ Србије)	313
14.6.	Кривично дело из чл. 57 Закона о девизном пословању	318
14.7.	Кривично дело фалсификовање новца из чл. 223 ст. 4 КЗС	321
14.8.	Кривично дело ометање правде из чл. 336 б ст. 2 КЗС	322
14.9.	Кривично дело повреда тајности поступка из чл. 337 ст 1 КЗС	325
14.10.	Кривично дело недозвољена производња, држање, ношење и промет оружја и експлозивних материја из чл. 348 ст. 4 КЗ – или, суочавање са казном затвора од две до десет година	326
14.11.	Кривично дело утаја из чл. 207 ст. 5 КЗС	328
14.12.	Низ прекршаја – функционери не пријављују имовину – Закон о Агенцији за борбу против корупције	329
	14.13. Случај – Heien v. North Carolina – Врховни суд САД – одлука од 15.12.2014. године - за кога важи <i>ignorantia iuris</i> poset и њени донети	335
14.14.	Зашто би судској пракси (у Србији) можда требало ово штиво – одређена резоновања судова (и судија) о правној заблуди	343
15.	ДОПУНА БРОЈ 1 – ЛИСТА ПРОПИСА У КОЈИМА СЕ НАЛАЗЕ БЛАНКЕТНЕ НОРМЕ И СПОРЕДНО КРИВИЧНО ЗАКОНОДАВСТВО	361
	15.1. Прописи у којима се налазе бланкетне норме	361
	15.2. Споредно кривично законодавство	397
16.	ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА	407
17.	ЛИТЕРАТУРА	437

1. УВОД

Кривица постоји ако је учинилац у време када је учинио кривично дело био урачунљив и поступао са умишљајем (нехат кад је законом одређено), а био је свестан или је био дужан и могао бити свестан да је његово дело забрањено. Другим речима, учинилац који није знао да је оно што ради забрањено и који није могао (нити био дужан) да то зна, није крив. Уколико учинилац није знао да је његово дело забрањено, а (био је дужан и) могао је да зна, казна му се може ублажити.

Без кривице нема кривичног дела нити казне. Негирањем кривице, негирамо слободу воље.¹ Одривањем слободе воље одричемо *differentia specifica* човека у односу на звер.

Кафка пише да је „крајње мучно осећање кад тобом владају закони које не познајеш“.² На том трагу, представимо да је у кривичном законодавству Републике Србије прописано укупно 385 кривичних дела. Од тога, Кривичним закоником³ прописано је 326 кривичних дела, а 59 кривичних дела прописано је у споредном кривичном законодавству које чини 28 закона.⁴ Од укупног броја кривичних дела, 261 има у потпуности или делимично бланкетни карактер, односно 67,8 %. Бланкетна кривична дела садрже један или више појмова чије значење је одређено у неком другом пропису

¹ Природно пак, слобода воље рађа појам кривице. Изјава из основног текста није у еволутивном смислу, већ у револутивном смислу. Негирањем сина, негирамо и оца. Негирањем последице негирамо и узрок. Уколико се пак замери да узрок може да постоји и без последице, нећемо одрећи, али ћемо приметити да у том случају узрок више није узрок јер нема чему бити узрок, нити је отац отац, јер нема коме бити отац. Тако, последица дефинише узрок, јер без сина нема ни оца, већ само човека. Сложићете се да човек није исто што и отац. Сваки отац јесте човек, али није сваки човек отац. Уколико нема кривице нема ни слободе воље. Воља се ослободила оног момента кад је породила кривицу, кад је омогућила кривицу.

² Франц Кафка, *О питању закона* (у Пресуда: сабране приповетке), Лагуна 2013, 370.

³ Кривични законик – КЗ (даље у тексту и КЗС), *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13 и 108/14.

⁴ Неки од тих закона су: Закон о спречавању допинга у спорту, *Службени гласник РС*, бр. 111/14); Закон о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења, *Службени гласник РС*, бр. 72/09); Закон о девизном пословању, *Службени гласник РС*, бр. 62/06, 31/11, 119/12 и 139/14). О значају и опасности која прети од непознавања ових прописа говоре казне забрањене за кривична дела која ови закони прописују. Наиме, у чл. 39 Закона о спречавању допинга у спорту прописано је кривично дело неовлашћено стављање у промет допинг средстава. У ставу 1 овог члана забрањена је казна затвора у трајању од 3 до 12 година. Даље, у чл. 71 Закона о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења прописано је кривично дело (нема назив, што је чест случај за споредно кривично законодавство) за чији облик из става 1 је прописана казна затвора у трајању од 2 до 10 година. У чл. 57 ст. 1 Закона о девизном пословању прописан је облик кривичног дела за који је забрањена казна затвора у трајању од 6 месеци до 5 година. Ово су само 3 од 28 закона који чине споредно кривично законодавство, и само 3 кривична дела од укупно 59 која су прописана споредним законодавством. Детаљнији приказ ових закона и кривичних дела која прописују више на одговарајућем месту у раду.

(ако је бланкетно кривично дело из КЗ, а уколико је кривично дело из споредног законодавства, онда бланкет најчешће упућује управо на тај закон којим је и прописано кривично дело).⁵ Другим речима, самим читањем одредби којима је прописано бланкетно кривично дело, не може се потпуно сазнати које и какво понашање је забрањено. Увидом у 326 кривичних дела прописаних у КЗ, утврдили смо да бланкетна кривична дела упућују на 155 прописа.⁶ Ова бројка свакако није коначна, напротив. Нису урачунати сви они „невидљиви“ бланкети попут: „општепризнатих техничких правила“⁷; „прописа и мера“⁸; „техничких правила о мерама заштите“⁹ и др. Број кривичних дела драматично расте. Ову појаву означавамо термином хиперкриминализација.¹⁰ С тим у вези, Бачић налази да све веће уважавање правне заблуде¹¹ у доктрини и законодавству постаје „и социјална и правна нужност због велике инфлације казненоправних прописа“.¹² Ипак, видећемо да је та „социјална и правна нужност“ крајње релативан појам. Но за сада, указујемо да се хиперкриминализација спроводи на два паралелна колосека. Један је прописивање нових кривичних дела, а други је прописивање нових облика већ постојећих кривичних дела. При томе, треба имати у виду да се бројеви које овде наводимо односе само на новопрописана кривична дела. У КЗ из 1951. године¹³ било је прописано 216 кривичних дела, у КЗ из 1977. године¹⁴ 227, а у КЗ из 2006. године 326 кривичних дела. Од 2009. године до 2015. године донето је 15 закона у којима је прописано 33 кривична дела.¹⁵ Поред тренда хиперкриминализације, приметили смо још један негативан „образац понашања“ законодавца. Ради се о учесталости измена и допуна закона. Платон пре 24 века примећује: „Они који издају законе...и стално их обнављају јер верују да ће пронаћи лек непоштењу..., не виде да, у ствари, само секу главе хидри.“¹⁶ Франк пише: „Кад се закон брзо мијења, кад број закона нарасте преко сваке мјере, грађани неће

⁵ Ово наравно није правило.

⁶ Детаљније о правним прописима који су исходиште ових упућивања, види допуну број 1 овог рада.

⁷ Чл. 281 ст. 1 КЗ – Непрописно и неправилно извођење грађевинских радова.

⁸ Чл. 250 ст. 2 КЗ – Преношење инфекције ХИВ вирусом.

⁹ Чл. 278 ст. 2 КЗ – Изазивање опште опасности.

¹⁰ Игњатовић користи појам инкриминализација за означавање уношења нових понашања у посебни део кривичног закона. Ђорђе Игњатовић, *Криминологија*, Досије, Београд 2011¹¹, 25.

¹¹ Бачић је назива заблуда о протуправности. Франко Бачић, *Казнено право - Опћи дио*, Информатор, Загреб 1998⁵, 265-266.

¹² *Ibid.*

¹³ *Службени лист ФНРЈ*, бр. 13/51, 30/59, 11/62, 31/62, 37/62, 15/65 и 15/67.

¹⁴ *Службени гласник СРС*, бр. 26/77, 28/77, 43/77, 20/79, 24/84, 39/86, 51/87, 6/89 и 42/89, *Службени гласник РС*, бр. 21/90, 16/90, 26/91, 9/92, 49/92, 51/92, 23/93, 67/93, 47/94, 17/95, 44/98, 10/02, 11/02, 80/02, 39/03, 67/03.

¹⁵ Види фусноту 7.

¹⁶ Платон, *Држава*, Дерета, Београд 2013, 91-92.

бити више у стању, да из познатих обиљежја саставе законска бића, поготово кад ова не би имала више ослона у другим друштвеним прописима.“¹⁷ Па ипак, КЗ из 1977. године се у 26 година мењао 25 пута (1977. до 2003.), а КЗ из 2006. године се за 8 година (2006. до 2014.) мењао 8 пута.

Према попису становништва из 2011. године Република Србија има укупно 7.186.862 становника¹⁸, од тога 6.161.584 има 15 или више година.¹⁹ Од тога, у узрасту лица од 15 или више година, 164.884 лица (2,68%) је без школске спреме; 677.499 лица нема стечено основно образовање (11% становништва), а 1.279.116 односно 20,76% има само основно образовање. Средње образовање има 3.015.092 лица односно 48,93 %. Високо и више образовање има укупно 1.000.569 лица, односно 16,24% становништва.²⁰ Другим речима, 2.121.499 лица односно 34,44% становништва је или без школске спреме или има непотпуно основно образовање или само основно образовање. Компјутерски је неписмено 3.142.854 лица (51,01%), а њих 910.586 (14,94%) само делимично познаје рад на рачунару. Компјутерски је писмено само 34,21 % становништва.²¹

У кривичним поступцима институт правне заблуде је неприметан, иако Новоселец још пре више од три деценије препознаје да „није мали број поступака у којима ни суд ни одбрана не примјећују да заблуда о протуправности долази у обзир.“²² Приметио је да „...наша судска пракса...углавном одбија сваку дискусију о заблуди о протуправности те јој на тај начин не признаје ни оне учинке који произлазе из закона.“²³

Претрагом базе судске праксе²⁴ утврђено је да ова база располаже са укупно 50.000 судских одлука. Уносом речи „правна заблуда“ у поље за претраживање, пронађено је 11 одлука које одговарају задатим речима. У проценту 0.022%.²⁵ У тексту који је пред

¹⁷ Станко Франк, Теорија казненог права по Кривичном законнику од 1951. године – Опћи дио, Школска Књига, Загреб 1955, 165.

¹⁸ Република Србија – Републички завод за статистику – Србија 2011 Попис – http://popis2011.stat.rs/?page_id=1077, 27. јануар 2016.

¹⁹ Републички завод за статистику, „Попис становништва, домаћинства и станова 2011. године у Републици Србији“, Београд 2013, 32.

²⁰ *Ibid.*, 32-33.

²¹ *Ibid.*, 138-139.

²² Петар Новоселец, Темељни актуални проблеми кривње у кривичном праву, докторска дисертација, Загреб, 1985, 161-162.

²³ *Ibid.*, 161.

²⁴ Програм Intermex – претрага извршена дана 18.2.2015.

²⁵ Овде ваља истаћи ограничење од ове бројке утолико што се односи на све судске поступке, а не само кривичне.

читаоцем покушаћемо да утврдимо да ли је (већ дошло) време да кривично право капитулира пред захтевом за безусловну заштиту државе и друштва од криминалитета. При томе, критеријуми „предаје“ нису ни унапред прописани. Неретко ови критеријуми зависе од низа ванправних чинилаца. Капитулација се догађа кроз прећутни одустанак од начела кривице. До „укидања“ кривице долази потпуним занемаривањем утврђивања²⁶ треће компоненте кривице²⁷ - свести (актуелне или потенцијалне) о забрањености дела. Проблем је што сваки покушај доказивања непостојања свести о забрањености дела очекује судбина неогољене предрасуде оличене кроз призму лицемерја челичног начела искованог у архаичном добу, а уподобљеног за уништење кривице у 21. веку – непознавање права никога не оправдава.²⁸ Неслућена и незамислива посвећеност писца (научника и практичара) начелу кривице у теорији кривичног права застрашујуће је занемарљива у односу на размере „прогона“ утврђивања кривице у судницама. Прогон је узрокован: неразумевањем института кривице (свесном несвесношћу о сложеној структури кривице- трокомпонентности); одбијањем суда (повезаним са апатичношћу странака) да прихвати да је итекако могуће доказивати непостојање и ове компоненте кривице; и усредсређењем одбране на „хиперекстремни споредно-значењски процесни пуританизам“ као најбољу тактику одбране, која се по правилу завршава осуђујућом пресудом само мало касније донетом. Другим речима, интензивно-инвазивни процесни пуританизам употребљен на „несуштину“ у кривичном поступку, као тактика, доводи до одлагања неизбежног. Занемаривање „свеобухватног процесног оживљавања материјалног права“ пак, доводи до пропуштања повећања броја ослобађајућих пресуда изнад оног који влада у државама „које можда и не баштине превише могућност ослобађајућих пресуда“, али што је битније за одбрану, ослобођења конкретног лица.²⁹ Једноставније, правне

²⁶ Другим речима, претпоставља се да свест о противправности постоји ако се не докаже супротно. Тако, Стојановић наводи да непостојање основа искључења кривице није потребно утврђивати већ се оно претпоставља. Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд 2012⁴, 121. Тако и ВКС у сентенци из пресуде Кзп. бр. 2/10 од 25.2.2010. године, утврђеној на седници кривичног одељења 13.9.2010. године: „Свест о противправности дела као самостални елемент кривице не мора се утврђивати у сваком конкретном случају већ се утврђује само постојање основа који ту свест искључују.“

²⁷ Компоненте кривице – урачунљивост, умишљај/нехат и свест о забрањености дела/потенцијална свест о забрањености дела.

²⁸ Иако и англосаксонско право, где је ово начело имало и још увек има чврсто упориште, све више спознаје његову неодрживост. Тако Хол (*Hall*) истиче да је у питању архаизам који треба одбацити, да је у питању очигледна фикција која доводи до тога да морално невини буду криви/одговорни. Jerome Hall, „Ignorance and Mistake in Criminal Law“, *Indiana Law Journal* 1/1957 vol. 33, 14.

²⁹ Није тема рада, али указали бисмо, можда још у уводу, бар на овај начин, да и индустријски и политички изузетно моћне државе имају проблема са правосуђем и смислом његовог постојања. Да ли су суђења бесмислена и да ли је правосуђе непотребно и да ли је потребно трошити новац на његово

заблуде нема у судници, јер се кривица и даље утврђује по уџбеницима и коментарима за кривично право из 1970. године³⁰, при чему се некад, упркос чињеници да је важећи КЗ у примени од 1.1.2006. године, мора и подсетити да је кривица један од четири обавезна елемента у општем појму кривичног дела³¹, и да опис кривичног дела (у оптужници и пресуди) мора да садржи и кривицу.³² Јер, приметио је још Волтер (*Voltaire*), 1747. године, у *Задигу (Zadig ou la Destinée)*, да је разум достојнији од поштовања старе заблуде.³³

На трагу оваквог одређења, указујемо да упркос чињеници да је тема рада институт кривичног материјалног права, у раду настојимо и да покажемо како се „пракса“ може послужити овим институтом.

Наиме, низ писаца који је писао о институту правне заблуде, пре чак и неколико деценија, можда би и постидео аутора ових редова. Ипак, сви „свети текстови“ догматичара нису омогућили правној заблуди улазницу ни у ону судницу где би јој само неразуман одрекао место. Исконска интронизација начела кривице обликованог у

постојање уколико оно служи привиду? Не знамо одговор можда, али указаћемо да смо дошли до податка (објављен на интернет страници АФП - L'Agence France-Presse), о проценту осуђујућих пресуда у Кини. Према извештају председника Врховног народног суда Кине, у 2015. години, осуђено је укупно 1,232 милиона људи, а ослобађајуће пресуде су донете у односу на 1039 окривљених. Другим речима, проценат осуђујућих пресуда је 99,92 %, <http://www.afp.com/en/news/chinas-criminal-conviction-near-100-percent-2015>, 15. март 2016.

³⁰ Наслов Главе друге КЗ из 1951. године је „Кривично дело и кривична одговорност“. Ипак, тек КЗ из 2006. године препознаје потребу догматске доследности, па тако главу трећу назива „Кривично дело“, а у оквиру ове главе, у чл. 22 дефинише кривицу. Пише: „*Кривица постоји ако је учинилац у време кад је учинио кривично дело био урачунљив и поступао са умишљајем, а био је свестан или је био дужан и могао бити свестан да је његово дело забрањено.*“ Међутим, упркос прецизном законском дефинисању кривице, суд у низу образложења пресуда „објашњава“: „*У погледу кривице окривљених, а који појам суд прихвата као генусни појам, који означава виност и урачунљивост, суд је утврдио да су окривљени у време извршења кривичних дела за која су оглашени кривим и осуђени на казне затвора наведене у изреци ове пресуде, били урачунљиви, обзиром да њихова урачунљивост нити једном у току предметног кривичног поступка није доведена у питање... Што се тиче аспекта виности код окривљених, која у суштини представља скуп психичких односа учиниоца према своме делу, суд је неспорно утврдио да су окривљени кривична дела извршили умишљајно.*“ (пресуда Вишег суда у Новом Саду К. бр. 319/11 од 6.4.2012. године). Ни једном речју у образложењу, суд није регистровао постојање актуелне или потенцијалне свести о забрањености дела, при чему је постојање/утврђивање умишљаја „образложио“ речима: „*...суд је неспорно утврдио да су окривљени кривична дела извршили умишљајно.*“ Више о значају права на образложену судску одлуку види Горан П. Илић, „Право на образложену судску одлуку“, *Crimen* 2/2011.

³¹ З. Стојановић (2012), 91.

³² Сентенца из Билтена судске праксе Окружног суда у Новом Саду бр. 11/2007, у којој се позива на пресуду ВСС Кж. I бр. 2398/06 од 1.2.2007. године, те се каже: „*Кривица као саставни део општег појма кривичног дела је његов субјективни и конститутивни елемент па опис кривичног дела мора да садржи и кривицу.*“ Тако и пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж. I. бр. 5807/10 од 20.12.2010. године (Билтен Вишег суда у Краљеву бр. 1/2011).

³³ Волтер (*François Marie Arouet*), *Задиг или судбина*, Плато, Београд 2015, 167.

подсвести сваког, а у свести разумног, свакако је обогалена непризнавањем једнаковредности компоненти кривице.

Конкретно, процесни чистунац у улози браниоца, уз примену кривице онако како важећи КЗ тражи, може коначно преусмерити тактику са „замлаћивања/одуговлачења“ на суштинске резултате. На страни суда/тужиоца описане процесне ситуације служиће као опомена.^{34,35,36} Затим, због повреде културе непристрасности суда испољене кроз предрасуде попут оне да свако зна право упркос околности да је то правило настало за фонд од несумњиво невеликог броја јавних деликата³⁷, који су несумњиво били *mala in se*³⁸, а не неколико стотина кривичних дела и хиљаде прекршаја прописаних у

³⁴ У уводу, најбаналнији пример. Утврђена сентенца из поменуте пресуде ВСС Кж. I бр. 2398/06 од 1.2.2007. године. Види и Александар Трешњев у Горан П. Илић *et al.*, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, 2015⁹, Београд 2015, 947, где пише: „Кривица је елемент дела, па уколико елементи кривице нису описани у оптужници, суд ће донети ослобађајућу пресуду по тачки 1...“ Међутим, додали бисмо, цитирану пресуду ВСС не прати одговарајућа примена ЗКП. Наиме, у конкретном случају, суд је укинуо првостепену пресуду и вратио предмет на поновно суђење, при чему је утврдио постојање битне повреде одредаба кривичног поступка из чл. 368. ст. 1. тач. 11. ЗКП из 2001. (*Службени лист СРЈ*, бр. 70/01 и 68/02 и *Службени гласник РС*, бр. 58/04, 85/05, 115/05, 85/05, 49/07, 20/09, 72/09 и 76/10) из разлога што је изрека пресуде неразумљива и што изрека пресуде не садржи све оно што изрека пресуде којом се оптужени оглашава кривим мора да садржи. Једноставно речено, по свој прилици у опису кривичног дела из оптужног акта и из првостепене пресуде није описана кривица. Обзиром да такав опис онда не представља кривично дело, суд је морао донети ослобађајућу пресуду. Ову врсту пресуде је морао донети првостепени суд, а жалбени суд је морао донети пресуду којом се усваја жалба (уколико је жалба постојала у том делу) и преиначава првостепена пресуда тако што се оптужени ослобађа од оптужбе, при чему је имао да утврди да је у питању повреда кривичног закона - дело за које је оптужени гоњен није кривично дело. Треба бити опрезан у погледу одлучивања по жалби, нарочито по ЗКП из 2011., Законик о кривичном поступку из 2011.- ЗКП, Службени гласник РС, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 и 55/14 јер је у чл. 451 предвиђено да суд по службеној дужности испитује само одлуку о кривичној санкцији (и то под условима из чл. 451 ст. 2).

³⁵ Треба имати у виду, да уколико у оптужном акту није описана кривица, суд доноси ослобађајућу пресуду јер дело за које је окривљени оптужен није кривично дело (чл. 423 ст. 1 тач. 1 ЗКП). Ако је у оптужном акту описана кривица, а у опису дела из изреке осуђујуће пресуде, суд пропусти да опише елементе кривице, то представља битну повреду одредаба кривичног поступка из чл. 438 ст. 1 тач. 11 ЗКП („изрека пресуде је неразумљива“). Тако ВСС, Кж. бр. 2296/05 од 24.11.2006. године: „...ако у изреци није означена виност оптужених, односно свест и воља за извршење кривичних дела.“ (Преузето из Г. П. Илић *et al.* (2015), 1003.

³⁶ Сентенца из решења Врховног суда Србије Кж. бр. 333/07 од 15.5.2007. године која гласи: „Изрека осуђујуће пресуде за кривично дело правно квалификовано по новом Кривичном законнику је неразумљива ако опис дела не садржи облик кривице окривљеног и његову свест или могућност свести о забрањености дела.“ И овде би у поступању жалбеног суда по изјављеној жалби, пре одређивања за одлуку коју ће донети, требало утврдити да ли је кривица непотпуно описана још у оптужном акту, те уколико јесте, морала би се изрећи ослобађајућа пресуда још у првом степену, а одлучивање по жалби би зависило од садржине изјављених жалби и обима испитивања првостепене пресуде. Иначе, указујемо да у сентенци недостају након речи „могућност свести“ и речи „и дужност свести“, додуше, сматрамо да је то учињено несвесно оправдано.

³⁷ Јавни деликт (*delictum publicum, crimina*) је онај за који се учинилац гони у јавном поступку да би био кажњен; супротно је деликт приватног права (*delicta privata*). Маленица указује да већ Закон XII таблица разликује јавне деликте од приватних. Види Антун Маленица, *Римско право*, Правни факултет у Новом Саду Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2007⁵, 169-173.

³⁸ За каква се дела судило видимо и из специјализације судова за време диктатора Суле (82-79 година п.н.е.), те Маленица пише о шест специјализованих судова: за изнуђивања; за велеиздају и одбијање

стотинама закона и подзаконских аката, у држави у којој је 2.121.499 лица односно 34,44% становништва „снабдевано“ знањем које је на нивоу основног односно непотпуног основног (читај – распон од 4 разреда до 8 разреда основне школе). Разлог „манипулативног бесциљног процесног пуританизма“³⁹ настао је искључиво због тога што су се и браниоци и окривљени помирили са чињеницом да се у судници пре свега не утврђује кривица, већ се она подразумева.⁴⁰ Наиме, у периоду од 2005. године до 2014. године оптужено⁴¹ је укупно 48425 лица, а укупно је донето 3763 ослобађајуће пресуде (8,28%), од чега 595 због тога што дело није кривично дело⁴², а 3168 због тога што нема доказа.⁴³ У 2014. години, оптужено је 1187 лица за кривична дела из посебних закона (споредно кривично законодавство) (2,45% од броја укупно оптужених), од чега је осуђено 895 лица (осуђиваност је 75,4%), при чему је ослобађајућих пресуда било 109 (17 зато што дело није кривично дело и 92 зато што није било доказа).⁴⁴ Другим речима, проценат ослобађајућих пресуда за кривична дела из посебних закона је 9,18%.

Указујемо ипак да је битан разлог за смањење броја оптужења за кривична дела из посебних закона, и чињеница да је доношењем КЗ из 2006. године, 25 кривичних дела „пребачено“ из споредног у основно законодавство (види чл. 431 ст. 2 КЗ). Наиме, у 2005. години, укупно је оптужено 4528 лица⁴⁵ за кривична дела из посебних закона, што је 74,79% више у односу на број лица оптужен у 2014. години. Оно што се превиђа је чињеница да је од 2006. године (кад је покушана кодификација) у споредном законодавству прописано још 40 нових кривичних дела, од укупно 59 кривичних дела који чине споредно законодавство. Другим речима, број оптужења за кривична дела из

послушности највишим органима власти; за изборну корупцију; за проневеру јавног новца; за убиства и сличне деликте и за фалсификаторе; тако у *Ibid.*, 176-177.

³⁹ Радбрух пак указује да процесно право нарочито упечатљиво предочава један разлог проблематичности свеколиког права, а то је да у области права, средство има тенденцију да постане самосврха. Густав Радбрух, *Правни и други афоризми*, Досије, Београд 2007, 10.

⁴⁰ Карбоније занимљиво примећује да институција суда, односно сам процес, онако како га доживљава лице подложно суђењу осцилира између две крајности, процеса као игре и процеса као инструмента агресије, или бар као продужења социјалних неједнакости. Жан Карбоније, *Правна социологија*, Издавачка књижевница Зорана Стојановића, Нови Сад 1992, 33.

⁴¹ Оптужница, оптужни предлог и приватна тужба.

⁴² Треба имати у виду да према чл. 423 ст. 1 тач. 1 ЗКП суд изриче пресуду којом се оптужени ослобађа од оптужбе ако дело за које је оптужен по закону није кривично дело, а нема услова за примену мере безбедности. Другим речима, ослобађајућу пресуду суд не би могао изрећи уколико су испуњени услови за изрицање мере безбедности без обзира што је утврдио да дело које се оптуженом ставља на терет није кривично дело.

⁴³ Републички завод за статистику, *„Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2014. – пријаве, оптужења и осуде“*, Београд 2015, 35-37.

⁴⁴ *Ibid.*, 42-43.

⁴⁵ *Ibid.*, 35.

посебних закона је у периоду од 2005. године до 2014. године опао за близу 75% не зато што су сва та дела унета у КЗ, већ зато што се пракса стидљиво упознаје са новонарастајућим посебним делима. Наиме, суд се може натерати да истражује кривицу и самим тим и (не)постојање правне заблуде, али је за то потребно озбиљно процесно знање. Заправо, суд можда никад и не би прихватио „бављење“ правном заблудом, уколико га „правила игре у поступку“ не би приморала на то.

У раду прво разматрамо одређене појаве које „подстичу озбиљнији приступ“ разматрању института правне заблуде. Ради се о хиперкриминализацији, те неједнакој опасности понашања која су прописана као кривична дела.

Након тога следе излагања о појму и развоју кривице (у кривичном праву), кроз кратку дискусију о слободи воље; а потом се приказују становишта психолошких и нормативних теорија кривице. На крају тог наслова објашњава се шта су основи искључења кривице, шта основи извињавања и у чему се разликују.

Даље се разматрају основна схватања о појму и релевантности заблуде (уз одговарајуће примере), након чега се усмеравамо на материју правне заблуде.

Истраживање о правној заблуди почињемо темом садржаја свести о забрањености дела која обухвата: појам свести; конкретно – шта мора да обухвати свест о забрањености; различита мишљења у теорији кривичног права о садржају ове свести; као и судску праксу о овом питању. Након тога се бавимо могућношћу дељивости свести о противправности, другим речима, испитујемо да ли је могуће да учинилац који учини више кривичних дела, у односу на нека има, а у односу на друга нема свест о противправности, и да ли је довољно постојање „само једне свести о противправности“. Затим се анализира условљена свест о противправности, тј. ситуација када учинилац рачуна са тим да његово понашање може бити забрањено, али није сигуран. Потом се бавимо једнаковредношћу компоненти кривице у светлу вештачења постојања и могућности постојања свести о забрањености дела у конкретном догађају. Следе излагања о појму правне заблуде, историјским развојем овог института у праву Србије, а осврћемо се и на заступљеност ове теме у научним круговима.

Одвојену целину посветили смо „проналажењу“ места свести о противправности, у констелацији строге и ограничене теорије умишљаја, строге и ограничене теорије кривице, као и теорије о негативним обележјима бића кривичног дела.

Затим приказујемо део о врстама правне заблуде, где се разматрају следеће теме: директна правна заблуда и њене врсте; потом индиректна правна заблуда и њене врсте; дупла правна заблуда и њене „комбинације“; посебан осврт се врши према учењу Царевинског суда Немачке о кривичноправној и ванкривичноправној правној заблуди и покушају рedefинисања овог учења кроз предлоге Ингеборг Пупе. Овај део завршавамо излагањем о обрнутој правној заблуди, њеним појавним облицима, путативним деликтом који није увек обрнута правна заблуда и разликовањем обрнуте правне и обрнуте стварне заблуде.

Следећи део представља тему која обрађује „прерушавање правне у стварну заблуду“. Ради се о низу кривичних дела у чијим законским описима се појављује обележје противправности. Ово обележје се пак често и не назива противправност, већ се користи преко 20 начина за означавање противправности у законском опису дела. Расправља се подела противправности из законског описа дела као општег и посебног обележја дела, при чему умишљајем мора бити обухваћена само ако је посебно обележје дела.

Изузетно значајна целина посвећена је питању отклоњивости (избегљивости) правне заблуде. Детаљно су излагане теме: критеријуми отклоњивости заблуде; затим, понуђено је постојање дужности да се зна за забрањеност искључиво кроз могућност и у њеним границама; другим речима приказан је концепт по којем се користи само могућност, али она у себи садржи и дужност, тако да је на тај начин дошло до објективизације субјективног. Потом се бавимо средствима за отклањање заблуде и анализирамо низ конкретних случајева када је правна заблуда (не)отклоњива на примерима из судске праксе Немачке и Аустрије. Излагање о конкретним случајевима подељено је у четири целине, и учињено је кроз коментаре утврђених 45 схватања о отклоњивости: 1) обављање одређене делатности (5 схватања); 2) савети адвоката (16 схватања); 3) судске и тужилачке одлуке као оријентир за дозвољеност понашања (10 схватања); 4) прибављање информације о дозвољености понашања од полиције; (другог) државног органа; другог лица; правне службе у фирми; самосталним

истраживањем; прећутна дозвола понашања; неотклоњива правна заблуда лица које се није ни позвало на правну заблуду; наредба или оно што се њоме покрива (14 схватања).

Наредна целина односи се на испитивање односа бланкетних кривичних дела и правне заблуде. Расправља се о броју бланкетних кривичних дела, о две групе бланкетних дела, и о односу стварне и правне заблуде код ових кривичних дела. Ова тема профилише се као битна пре свега због бројности бланкетних дела – близу 68% укупног броја свих кривичних дела.

Следи излагање о дејству правне заблуде, како отклоњиве тако и неотклоњиве. Приказују се решења овог института у праву Србије, од 1860. године до 2006. године. Поред тога учињен је осврт и на решења у Немачкој, Аустрији, Швајцарској, Лихтенштајну, као и Црној Гори, Хрватској и Словенији.

Наредни наслов тиче се стварне заблуде и обухвата следеће теме: стварна заблуда у ужем смислу и заблуда у односу на квалификаторне и привилегујуће околности; затим стварна заблуда у ширем смислу, а посебно се расправља о *Erlaubnistatbestandsirrtum* у Немачкој те о теоријама које настоје да објасне дејство ове заблуде. Анализира се и један занимљив случај из немачке судске праксе, а посебан поднаслов посвећен је упознавању са чињеницом да стварна заблуда у ширем смислу није „само“ заблуда о постојању већ и непостојању чињеничних околности/претпоставки (као предлог нове дефиниције ове заблуде).

Након тога, у кратким цртама указује се и на заблуду о извињавајућим основима, да би се потом прешло на нову целину која се бави одређеним случајевима из судске праксе (као и онима до којих сасвим реално може доћи). Иначе, на ставове из судских одлука судова у Немачкој, Аустрији и Србији, наилазимо кроз цео рад, тако да овај наслов не садржи излагања о судским одлукама у којима је већ било речи на другим местима у раду. (Представља својеврсну допуну). Чине га 13 случајева, а завршава се напоменама о покушајима разматрања института правне заблуде у Србији.

На крају, рад има једну допуну. Њен текст није био намењен интегралном тексту о правној заблуди, али смо мишљења да може користити њеном бољем разумевању. Она

обухвата списак бланкетних прописа на које упућују бланкетна кривична дела (укупно 155 прописа), као и списак закона који чине споредно кривично законодавство (28 закона).

За крај увода, а поводом, у судницама, од вајкада присутног игнорисања испитивања постојања кривице оптуженог, помислићемо на Великићеве речи: „Како је жалостан тај приказ данас. Тужан у наивној вери малог човека да правда постоји.“⁴⁶ Усамљенички ће нас „заробити“ Кафка и његов Јозеф К., који сазнаје да „Уопште све припада суду“, и девојчице испред врата сликара Титорелија од којег К. несвесно почиње да моли помоћ до тамничког капелана у катедрали који га упозоравајући речима „Увиди ти прво ко сам ја“ подсећа, да и он, свештеник, припада суду.⁴⁷ Отрезниће нас и правна поука, за коју готово да не знамо да ли је предочена К.-у или окривљеном у данашњим судницама, а која гласи да „закон, у ствари, не дозвољава одбрану него је само трпи“.⁴⁸ Преиспитаћемо себе и да ли је и судска власт ипак власт (иако неретко сама виче да није), и да ли и за њу важе речи Селимовићевих ликова, који тврде да је „власт апсолутно право на исправно мишљење које почива на моћи и припада само одређеним људима“.⁴⁹ Пробудиће нам (неосновано) наду речи Маргерит Јурсенар која говори кроз Хадријана подсећа да је: „Лош сваки онај закон о који се људи сувише гријеше: на законодавцу је да тај закон или укине или измијени, да се не би презир који је тај глупи закон на себе навучао проширио и на друге, правичније законе.“⁵⁰; а такође и својеврсна опомена да је „законито насиље исто тако одвратно као и свако друго“.⁵¹

На трагу изреченог, оптужени ће несвестан Јасперс (*Jaspers*), у потчињеној бесмислености неподобног покушаја доказивања супротног, показати силним прометејима који су ватру заменили кривицом, свевременост његових речи: „Ко још увек није саморасветљавањем спознао своју кривицу биће склон да тужи своје тужиоце.“⁵²

⁴⁶ Драган Великић, *Иследник*, Лагуна, Београд 2015, 61. Овај писац је додуше цитирани речи употребио у другом контексту, али нас су „неодољиво приморале“ да их цитирамо на овом месту.

⁴⁷ Франц Кафка, *Процес*, Новости, Београд 2004, 147-216.

⁴⁸ *Ibid.*, 115.

⁴⁹ Меша Селимовић, *Круг*, Штампар Макарије, Београд 2008, 56.

⁵⁰ Маргерит Јурсенар, *Хадријанови мемоари*, Нова књига, Подгорица 2014, 98.

⁵¹ *Ibid.*, 100.

⁵² Карл Јасперс, *Питање кривице*, Фондација Конрад Аденауер, Београд 2009, 68.

Усудићемо се да читаоцу, већ у уводу, предочимо и један од циљева овог рада, а то је одговор на питање – Има ли места правној заблуди (истраживању свести о забрањености дела) у кривичном поступку⁵³ у 21. веку⁵⁴, и уопште, има ли кривичног права без кривице? Тако Миноа (*Minois*) указује да је у Тулузу, председник суда Ди Фор, 1586. године, укинуо једну пресуду којом је на вешање и конфискацију имовине осуђен човек који се убио „без икакве свести о злочину“.⁵⁵ Фишер (*Thomas Fischer*) примећује да се према сопственим заблудама односимо милостиво, а са туђима ретко (исто, прим. аут.).⁵⁶ Дракић пак опомиње речима: „Да ли се може назвати делом кривичног права – право у којем принцип кривице има другоразредни значај...да ли је за примену „таквог“ права и за изрицање „таквих“ кривичних санкција уопште надлежан суд, а нарочито кривични?“⁵⁷ Поводом хиперкриминализације пак, подсетићемо на Мауца (*Mauz*) који указује да имамо стално растућу потребу за злочинима и злочинцима, и зато установљавамо нове када упозорење запрети да избледи неопходан пламен заједничког опстанка.⁵⁸ Није ли правна заблуда Хердерово (*Herder*) „новорођенче“ – „Наго и само, слабо и потребито, плашљиво и ненаоружано...Рођено с тако разуђеном, ослабљеном чулношћу, с тако неодређеним, успаваним способностима, с тако подељеним и малаксалим нагонима, очито упућено на хиљаде потреба, одређено за неку велику сферу-а ипак, такво сироче и тако напуштено

⁵³ Наиме, у кривичном (материјалном) праву је свакако има, „локацијски“ на привилегованом месту у кривичним законима.

⁵⁴ Помињање кривичног поступка на начин на који је то учињено у уводу, наизглед је на трагу Фукоовог мишљења да је правосуђе имало пресудан значај у историји. Он објашњава функцију казног система који је од одређеног доба у средњем веку функционисао као део пореског система да би касније постао средство борбе против буна. Колики значај поклања правосуђу, Фуко показује и тврдњом да је Француска револуција била побуна против правосуђа, те да је прва ствар коју је уништила била правосудни апарат. Мишел Фуко, *Моћ/Знање: одабрани списи и разговори:1972-1971*, Mediterran, Нови Сад 2012, 21-34. Ипак, наш рад у уводу помиње суд, као што смо рекли, само наизглед на трагу мишљења Фукоа. Ми и пишемо на овај начин, зато што поучени Фукоом желимо да се угледамо на Токвила који описујући политички систем САД раног 19. века, указује да је главна сврха правосуђа да појам права стави на место појма силе. Даље појашњава да владе имају само два средства да савладају отпор који им супротстављају грађани: материјалну силу, коју налазе у себи самима и моралну силу коју им пружају одлуке судова, те да морална снага којом располажу судови чини примену материјалне силе бескрајно ређом, тиме што је замењује у већини случајева, а кад ова друга мора да ступи у дејство, њу та морална снага удвостручава тиме што јој се придружује. Види Алексис де Токвил, *О демократији у Америци*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Нови Сад 2002, 121-122.

⁵⁵ Жорж Миноа, *Историја самоубиства: добровољна смрт у западном друштву*, Mediterran, Нови Сад 2008, 95.

⁵⁶ Thomas Fischer, *Von Mäusen und Mördern*, <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-07/recht-gesetz-justiz-irrtum-fischer>, 13. септембар 2016.

⁵⁷ Драгиша Дракић, *О кривичној одговорности малолетника*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Нови Сад 2010, 67-68.

⁵⁸ Gerhard Mauz, *Die Justiz vor Gericht - Macht und Ohnmacht der Richter*, Goldmann Verlag, 1993, 11.

да није обдарено чак ни језиком за испољавање својих недостатака...Мора бити да у њему...леже успаване друге скривене способности... Рођено немо; али-“.⁵⁹

⁵⁹ Јохан Готфрид Хердер, *Расправа о пореклу језика*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Нови Сад 2012, 28.

2. ОПШТА РАЗМАТРАЊА КОЈА „ПРЕТХОДЕ“ ПОЈАВИ ПРАВНЕ ЗАБЛУДЕ

2.1. Хиперкриминализација и ограничење слободе

2.1.1. Уводне напомене о хиперкриминализацији

Један од горућих проблема савременог кривичног права јесте све већи број понашања која су забрањена кривичним правом.⁶⁰

С тим у вези, Хусак примећује да су два најкарактеристичнија обележја федералног и права држава (у САД, прим. аут.), у последњих неколико година „драматична експанзија“ у кривичном материјалном праву и ванредно повећање употребе казне.⁶¹ У намери да буде кратак и јасан пише да је „најургентнији проблем са кривичним правом данас, тај што га имамо превише“.⁶²

При томе, сродно теми, али ипак материјал за неки будући рад је метастазирајућа нарав и дејство прекршаја у свим областима у којима је човек остварио макар и минимално присуство. Забрањивање одређених понашања одавно је одустало од мисије да омогући мир и заштиту права свих у друштву и приклонило се мисији (пре)васпитања недовољно послушних. Наиме, постало је неисцрпно и свакад доступно средство које краси ефикасност. Додуше, ефикасност обликована и замишљена од стране употребљавача овог, једнако као и људска заједница, старог средства.

Учили смо да се у редовној језичкој употреби наилази и на израз „хиперинкриминација“ за означавање повећа(ва)ња броја кривичних дела. Међутим, такав израз није баш одговарајући. Стојановић за означавање прописивања новог

⁶⁰ Стојановић препознаје да се у већини земаља запажа константно ширење кривичноправне репресије, те да је оно на шта се раније гледало као на ексцес законодавца, у првој половини 21. века, постало основна карактеристика савременог кривичног права. Ову појаву цитирани аутор назива кривичноправни експанзионизам. Види Зоран Стојановић, „Кривично право у доба кризе“, *Бранич* 1-2/2011, 28.

⁶¹ Douglas N. Husak, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford-New York 2008, 3.

⁶² D. Husak (2008), 3.

зобрањеног понашања несумњиво употребљава израз криминализација^{63,64}, док за означавање самог забрањеног понашања користи израз инкриминација.⁶⁵ Закључили бисмо да се израз криминализација (у можда ширем смислу ипак) односи на процедуру прописивања кривичног дела у материјалном смислу.⁶⁶ Са друге стране, израз инкриминација се односи на само забрањено понашање; у предметном контексту на кривично дело. Додуше, ствари би се у језичком смислу могле поставити и на други начин. Тако, израз инкриминисање (од речи инкриминација) бисмо могли употребити као синоним за израз криминализација.⁶⁷ Кратак „језички“ увод, признаћемо, дугујемо љубоморно негованом формалистички-традиционално обликованом правничком начину мишљења; додали бисмо – онаквом које се никако не да задовољити искључивом употребом у области права.

Мршевић јасно примећује да је способност законодавца да креира нове законе, обавезно већа од способности грађана да их сазнаје.^{68,69} Франк пише: „Садржај закона мора бити у размјеру са капацитетом правног схватања појединца. Трајност и малобројност закона важан је фактор њихова дјеловања, важан је фактор и њихова усклађеност с другим нормативним друштвеним подручјима.“⁷⁰ На сличном путу и Ћирић примећује да „чак ни образовани правници нису у стању да прате све промене закона и да знају све о правним нормама из најразличитијих области. Ствар је поготово компликована када су

⁶³ Пример кад говори о питањима криминализације и декриминализације. Види Зоран Стојановић „Превентивна функција кривичног права“, *Crimen* 2/2011,3. Супротно криминализацији је декриминализација, а управо Стојановић још 1984. године указује да се будућност кривичног права може видети у његовом сталном ограничавању, те да једно од најважнијих средстава за остваривање тог циља алтернативна декриминализација. Тако у Зоран Стојановић, „Ка политици декриминализације“, *Архив за правне и друштвене науке* 2/1984 вол. 40, 213-214.

⁶⁴ Стојановић наводи да се део криминалне политике који се бави само питањима одређивања инкриминација обично назива политиком криминализације (цитирајући Бачића – Фрањо Бачић, „Границе репресије у свијетлу криминалне политике нашег социјалистичког друштва“, *Наша законитост* 2/1974, 182-206), а сам је назива политиком одређивања инкриминација. Види Зоран Стојановић, „Улога науке кривичног права и других научних дисциплина у процесу одређивања инкриминација“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1980 вол. 14, 304.

⁶⁵ Зоран Стојановић, *Критеријуми одређивања инкриминација*, докторска дисертација, Љубљана 1981.

⁶⁶ У формалном смислу би то свакако био законодавни поступак.

⁶⁷ На пример хрватску верзију речи инкриминисање, а то је инкриминирање, у том значењу, препознајемо код Ане Гарачић, председника казненог одјела Врховног суда Хрватске. Види Ана Гарачић, Актуална питања казненог законодавства, Инжењерски биро, Загреб 2006.

⁶⁸ Зорица Мршевић, „Кривичноправни значај правне заблуде или да је мање грешио (лутао) Одисеј би био мање познат“, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право* вол. 34 бр. 1-2/1996, 77.

⁶⁹ И Франк још 1955. године примећује исто кад говори: „Способност замишљања нових закона по законодавцу може бити већа него способност грађана да их сазнају.“ Види С. Франк (1955), 165.

⁷⁰ *Ibid.*

у питању она правила и оне норме које немају у себи неку нарочито значајну моралну димензију, односно моралну поруку, али која у себи садрже одређену забрану...“.⁷¹

Да пређемо на ствар. У уводу рада, представили смо се читаоцу кроз бројеве. Истаћи ћемо да феномен броја, сврставамо у исти скуп као језичко тумачење у праву. Неизмерљиви значај у праву придајемо математици, а феномени броја и језичког тумачења, од права управо и желе да направе математику. Прикривена, али свеприсутна „правничка математика“ је пре свега у функцији правне једнакости грађана пред судом, јер су један плус један увек два, без обзира да ли нам се, као судији, подсвесно више свиђа коса, боја џемпера и начин обраћања „прве јединице“. Сасвим је природно да подсвесно, па и свесно, без испрва видљивог и разумљивог разлога више „волимо“ (у смислу наклоности), једну од „две јединице“. Ипак, голи број и још огољеније језичко тумачење, помажу нам да будемо независнији и непристраснији.

(Иначе, налазимо за сходно да баш у оквиру овог наслова објаснимо и супротан му појам који бисмо назвали хипокриминализација. Хусак међутим овај појам означава речју *undercriminalization*, те објашњава да су поједина кривична дела, која су прилично пожељна, новијег датума. Тако указује да у Енглеској, до 1991. године, силовање није могло бити извршено између мужа и жене. Закључује да постоје и друге области у којима смо криви за *undercriminalization*.)

2.1.2. Конкретни бројеви или када је све постало забрањено

(Унапред се извињавамо читаоцу, уколико нам се поткрала грешка у бројању, с обзиром да смо примењивали „старински“ начин бројања – непосредни увид у законе). Након неколико провера сопствених резултата, дошли смо до следећих података. У КЗ ФНРЈ из 1951. године прописано је 216 кривичних дела. У КЗ СРС из 1977. године прописано је било 227 кривичних дела. Из наведеног се види да је број кривичних дела у основном кривичном законодавству, за 26 година, порастао за 11, што је повећање од свега 4,8%.

⁷¹ Јован Ђирић, *Објективна одговорност у кривичном праву*, Институт за упоредно право, Београд 2008, 71.

Актуелни КЗ Србије донет је 2005. године.⁷² Овим закоником, (делимично) је покушана „кодификација“ кривичног законодавства у Србији. Ова делимична кодификација извршена је на начин што је 25 кривичних дела из споредног законодавства „пребачено“ у КЗ. Тако су у чл. 431 ст. 2 КЗ Србије (2005) набројане одредбе које престају да важе. У питању су одредбе из споредног кривичног законодавства, конкретно, оне којима су прописана кривична дела. У КЗ Србије прописано је укупно 326 кривичних дела. За 28 година (од 1977. до 2005. године), број кривичних дела порастао је за 99, што је повећање од 30,4%. Утврђујемо да је повећање броја кривичних дела у основном законодавству у односу између закона из 1951. и 1977. године, 6,33 пута мање, него повећање броја дела у односу између закона из 1977. и 2005. године. Овакво закључивање (можда) бисмо кориговали бројем „пребачених“ споредних кривичних дела⁷³ у КЗ Србије. Ипак, и тада бисмо говорили о 74 кривична дела више него у КЗ СРС (1977), што је повећање од 22,7%.

При свему, бројеви које смо навели ипак не откривају праве размере проблема. Ово је само један угао посматрања хиперкриминализације, односно један од два начина на који се овај феномен оживљује. У уводу смо указали да се хиперкриминализација спроводи на два паралелна колосека. Један смо управо описали, а то је прописивање нових кривичних дела у посебним/новим члановима закона. То се врши на три начина: доношењем новог кривичног закона, доношењем закона о изменама постојећег кривичног закона и/или доношењем закона о допунама постојећег кривичног закона. Други колосек хиперкриминализације је прописивање нових облика већ постојећих кривичних дела, што се врши прописивањем новог става у оквиру већ постојећег члана којим је прописано неко кривично дело. И ово се такође може вршити доношењем закона о допунама кривичног закона; доношењем закона о изменама кривичног закона или, што је најчешће случај, доношењем закона о изменама и допунама кривичног закона.

Ипак, истичемо да наведена два колосека на којима се врши хиперкриминализација није могуће посматрати строго изоловано. Нама се заправо чини да је то јединствена пруга на којој се ти различити колосеци (па и „потколосеци“) потоњих, прилично

⁷² Примењује се од 1.1.2006.

⁷³ Наравно да је правилно рећи „кривична дела из споредног кривичног законодавства“. Међутим у циљу растерећења текста и јасноће, наводимо „само“ синтагму „споредна кривична дела“.

неретко укрштају, те једно време чине јединство, а затим се поново одвајају у више колосека (конкретно, у нашем примеру два), да би се ова два затим разгранала („основала“) у више „потколосека“. Једноставније, хиперкриминализација има своје подтипове. Сама за себе, хиперкриминализација је прописивање нових кривичних дела. То прописивање може да се врши тако што ће се прописати ново кривично дело, које ће имати свој назив и свој одвојен члан, односно, другим речима, неће бити прописано као облик неког већ постојећег кривичног дела. Са друге стране, прописивање нових кривичних дела, може се вршити на начин да се одређено понашање забрани, у смислу да се пропише као кривично дело, али не као неко ново, у посебном члану регулисано, и са својим посебним називом кривично дело, већ као облик већ постојећег кривичног дела, тако што се у постојећи законски члан који прописује одређено кривично дело, „убаци“ додатни став, у којем ће бити прописан тај нови облик кривичног дела. Трећи начин прописивања нових кривичних дела је убацивање „новозабрањеног“ понашања у већ постојећи став (облик) члана који уређује одређено кривично дело, у смислу прописивања нове алтернативно постављене радње извршења предметног облика кривичног дела. Надаље, на овом месту осећамо потребу и да разјаснимо синтагму „прописивање нових кривичних дела“. Не треба правити грешку па раставити (строго оделити) термине кривично дело и понашање забрањено кривичним правом. Кривично дело у овом случају има двоструку природу. Једна је номотехничка, а друга је „стварносна-реална“. Као номотехнички појам кривично дело, прописано у члану закона обухвата свакако не једно понашање, већ низ понашања који се могу подвести под једну или више радњи извршења како основног, тако и тежег, лакшег и посебног облика тог кривичног дела. На тај начин одређено кривично дело обухвата свако од некад несумњиво битно различитих конкретних понашања. Тако, постоји кривично дело неовлашћено стављање у промет опојних дрога⁷⁴ из чл. 246 ст. 1 КЗ Србије, и када је лице А продало лицу Б, 4 грама хероина, на начин што је дошло до непосредне примопредаје хероина и новца за тај хероин. Али такође постоји „стављање у промет дроге“ кад је лице В, довело у везу купца- лице Б, са продавцем – лицем А, при чему то чини („доводи у везу“) знајући да лице Б хоће да купи херион, а лице А хоће да прода хероин. Дакле, кривично дело, као номотехнички појам је свако понашање које се може

⁷⁴ Ово није пун назив кривичног дела, али се у пракси готово без изузетка употребљава овакав назив онда када се ради о основном облику кривичног дела (оном прописаном у ставу 1 члана 246 КЗС). Да ово није грешка, види правно схватање кривичног одељења Округног суда у Београду од 5.11.1992. године (Александар Трешњев у Горан П. Илић *et. al.*, Коментар Законика о кривичном поступку, Службени гласник, Београд 2016⁹, 975), у смислу да, уколико назив кривичног дела садржи у себи више радњи извршења кривичног дела, довољно је писати у називу ону радњу за коју се суди.

подвести под неку од прописаних радњи извршења тог дела. Већ смо рекли да радњи извршења у оквиру једног кривичног дела може бити немало. Радње извршења за сваки облик (основни, тежи, лакши, посебни), плус у оквиру сваког од тих облика некад (пре ће бити често) може да буде прописано више алтернативно постављених радњи извршења. На трагу оваквог разликовања не треба мешати радњу извршења од начина понашања које се може подвести под неку од радњи извршења. Ово значи да под једну радњу извршења може да се подведе огроман број (конкретних) начина понашања. Вратимо се сад на „стварносно – реалну“ природу кривичног дела. У овом (стварносном) смислу кривично дело је и оно једно једино понашање које се може подвести под неку од већ постојећих радњи извршења тог кривичног дела. Е сад, кад постоји прописивање новог кривичног дела забрањивањем једног или више конкретних понашања? Постоји онда када се у постојећи облик кривичног дела „убаци“ нова алтернативно постављена радња извршења, под коју се онда опет може подвести читава „гомила“ конкретно (том новом алтернативном радњом извршења) забрањених начина понашања.

На тај начин готово неизбројиво-неутврдив број понашања може да се забрани, а да се број кривичних дела заправо није повећао. Наиме, уколико је потребно, могуће је и ванредно лако изводиво смањити број кривичних дела уз истовремено четвороструко повећање кривичним правом до јуче незабрањених (да не кажемо дозвољених, а од данас забрањених) понашања. На крају ове подцелине наслова о хиперкриминализацији, можемо закључити да би заједничка одредница за хиперкриминализацију била повећање броја понашања забрањених кривичним правом; а да ово повећање броја понашања може да се врши и као прописивање нових кривичних дела која „имају свој одвојени члан и назив“, али и као прописивање нових облика већ постојећих кривичних дела и као прописивање нових алтернативно постављених радњи извршења у оквиру постојећих облика кривичних дела.

Дакле, може ли се тврдити да укупан број понашања који је забрањен кривичним правом (у Србији) износи 385 (326 у КЗ Србије и 59 у 28 закона који чине споредно кривично законодавство)? Наравно да не. Па колико их је онда? Одричемо могућност давања одговора на ово питање позивајући се на неизбројивост. Но, илустрације ради, замислимо следеће: близу 400 кривичних дела (са својим „засебним члановима“), нека свако има бар три облика, а свакоме је јасно да често има више (што се пак лако може и

проверити простим читањем кривичних закона), то је укупно 1200 „забрањености“. Затим замислите сва она кривична дела чији поједини облици садрже по неколико алтернативних радњи извршења. На крају пак, покушајте да се присетите свих оних кривичних дела (и њихових облика) где је као једна од алтернативно прописаних радњи извршења предвиђена и (не)чувена „на други начин“ учини то кривично дело. То је оно прећутно развлашћивање и обесмишљавање начела законитости, и то оног његовог дела који се тиче одређености; ради се о заповести *lex certa*. Дакле, ова заповест налаже да кривичноправне одредбе морају, у највећој могућој мери, бити (прецизно) одређене. У супротном неспорно би долазило до повреде начела законитости, јер, како би адресати онда уопште знали шта је забрањено, а шта није. Па ипак, подсетимо на „величанствености одређености“ које омогућавају да је забрањено „све и ништа“, можда већ према потреби или „доброј вољи“. У чл. 238 („Злоупотреба овлашћења у привреди“) у ст. 1 у тач. 4 КЗС пише: „Одговорно лице у предузећу..., које у намери прибављања противправне имовинске користи за правно лице у коме је запослено..., на други начин грубо повреди овлашћења у погледу управљања, располагања и коришћења имовином“. Наиме, ово кривично дело је пре прописивања „прецизне“ радње извршења „на други начин грубо повреди овлашћења“, већ озбиљно исцрпело приличан број радњи које представљају радњу извршења кривичног дела злоупотреба овлашћења у привреди попут: стварање или држање недозвољених новчаних, робних или других вредносних фондова у земљи или иностранству; састављање исправе неистине садржине, лажним билансима, проценама или инвентарисањем односно лажним приказивањем или прикривањем чињеница, неистинитим приказивањем стања или кретања средстава или резултата пословања, па на тај начин довођење у заблуду органа управљања у предузећу или другом правном лицу приликом доношења одлука о пословима управљања итд. (види чл. 238 ст. 1 КЗС). Видимо да ни исцрпан низ радњи извршења није био довољан, већ је прописано да кривично дело злоупотреба овлашћења у привреди постоји и онда кад је лице „на други начин грубо повредило овлашћења у погледу управљања, располагања и коришћења имовином“. И док није спорно да треба да буде забрањена „повреда овлашћења у погледу управљања, располагања и коришћења имовином“, дотле нам није јасно када ће постојати „груба повреда“, а када само „повреда“, посебно ако се има у виду да не постоји чак ни било какав став судске праксе (мада би и поступање по ставу судске праксе било дубоко спорно) о томе. Какво је то „грубо“ кршење правила од обичног кршења правила? Сигурни смо да то ретко зна и суд; а да ли зна правни лаик, посебно је оличење

„фиктиве“, јер суд несумњиво увек утврди да лаик зна. Но, вратимо се ипак на ове прилично „отворене/неограничене“ кривичне норме и приметимо да необично пуно ствари може да се подведе под „на други начин грубо повреди“. Дакле, на који начин, не знамо, шта је грубо, такође не знамо, али ако се деси тако нешто, макар и не прибавио противправну имовинску корист, остаће дело у покушају (за основни облик из чл. 238 ст. 1 КЗ прописана је казна од 3 месеца до 5 година). Надаље, можда још бољи пример неограничености и неодређености норме, налазимо у чл. 278 КЗ („Изазивање опште опасности“), где у чл. 1 ст. 1 пише: „...или каквом другом општеопасном радњом или општеопасним средством изазове опасност по живот или тело људи или имовину већег обима“). Приметићемо да нигде не пише шта је „друга општеопасна радња“, нити шта је „друго општеопасно средство“, па ипак забрањено је свако оно понашање када лице „каквом другом општеопасном радњом или општеопасним средством“ изазове опасност. У истом ставу (чл. 278 ст. 1) као општеопасне радње/средства већ су предвиђени пожар, поплава, експлозија, отров, отровни гас, радиоактивно или друго јонизујуће зрачење, електрична енергија и моторна сила. Па ипак, у пракси смо⁷⁵ наишли да се за ово кривично дело гоне малолетници у средњој школи, због измицања столице другару или другарици из одељења који су кренули да седну у клупу, јер је измицање столице „друга општеопасна радња“ којом се изазива опасност за живот и тело људи. И „наравно“ да су и ту малолетници били свесни да је њихово дело „правом“ забрањено, а да није тек дечији несташлук, пошто нико од нас, иначе, таквим општеопасним радњама није изазивао опасност за живот и тело људи.

2.1.2.1. И тако је створено друштво кажњеника – последице

На овом месту, ванредно кратко, а користећи се подацима до којих је дошао Хусак изложићемо (неке) од могућих последица хиперкриминализације.

- 1) На првом месту је застрашујући број кажњеника.

Хусак указује на стање у САД из 2005. године где се 2,2 милиона људи налази на издржавању казне у федералним и затворима држава; што је 737 на 100.000 становника;

⁷⁵ Писац овог рада.

односно 1 на 138.⁷⁶ Овоме треба додати и број оних који су из различитих разлога под надзором система кривичног правосуђа (у САД, прим. аут.) као што су лица на пробацији (4,2 милиона) и лица на условном отпусту (784.000), што укупно чини бројку од преко 7 милиона људи који су на неки начин под надзором система кривичног правосуђа.⁷⁷ Хусак даје поређење са стањем у САД 1970. године, када је на 100.000 становника 144 било у затворима.⁷⁸ Може се дакле израчунати да је у периоду од 35 година број затвореника на 100.000 становника порастао за 80,5%. Другим речима, на издржавању казне затвора налази се 5,12 пута више људи него пре 35 година. Интересантан податак је и тај да је од укупно 8 милиона људи који су у затворима широм света, једна четвртина у затворима у САД.⁷⁹ Иначе, 132.000 људи у САД тренутно изражава казну доживотног затвора.⁸⁰ (што је око 15,15% од укупног броја затвореника у САД; другачије, готово сваки шести осуђеник издржава казну доживотног затвора). Ипак, признаћемо, кривична дела која су резултовала казнама доживотног затвора, никад неће доћи у уобичајени дијалог два правника о правној заблуди, имајући у виду да се радило о најтежим кривичним делима (по природи *mala in se*).

- 2) Друга последица је озбиљан пораст трошкова који служе за „сервисирање система кривичног правосуђа“.

Већ цитирани аутор (у овој проблематици), наводи занимљив податак из 2003. године, а који се односи на трошкове затвора (федералних и држава чланица), који су износили 185 милијарди долара само за ту годину.⁸¹ Даље пише да ови трошкови доводе до астрономских цифри када се урачунају и трошкови које у вези са затворима имају осуђеници, њихове породице и заједница; те да ниједна друштвена корист не може оправдати ово запањујуће трошење ресурса.⁸²

На трагу ових података чинило би се забрињавајуће (али и занимљиво) покушати израчунати трошкове које ствара издржавање доживотне казне затвора. Наиме, у то би

⁷⁶ D. Husak (2008), 4.

⁷⁷ *Ibid.*, 5.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.*, 18.

⁸¹ *Ibid.*, 7.

⁸² *Ibid.*

било укључено следеће: смештај затвореника; исхрана затвореника и стражара; плате стражара; комунални трошкови – вода, струја и сл. И тако за 132.000 људи. (О „остатку“ од 2 милиона људи на издржавању казне затвора да и не говоримо.) На том трагу би ваљало истаћи реалност економске теорије криминалитета која одређује тачку на којој друштво губи интерес за даљим улагањем средстава у борбу против незаконитог понашања.⁸³

Изгледа да је данас више него икад актуелно „сазивање судских већа које би појело на име трошкова троструко од онога колико износи украдени новац и које не би ништа вратило у краљеве ковчеге.“⁸⁴

3) Страх од забрањености и сужавање простора слободе

Хиперкриминализација угрожава правну сигурност јер лице све чешће доводи у ситуацију да се бојажљиво пита да ли нешто сме или не. Ипак, више од свега наведеног, прекомерно инкриминисање долази у озбиљан конфликт са слободом, која је *differentia specifica* савременог човека. Надаље, подсетићемо на Ларкина (*Larkin*), који упозорава да ослањање на кривично право као први или често коришћен одговор за социјалне проблеме изазива озбиљне компликације; те да тако завршавамо са превише кривичних закона, неоправдано строгих казни, разводом између правне и моралне кривице, губитком поштовања за кривично правосуђе, и на крају, смањеном спремношћу за понашање у складу са законом.⁸⁵

Затим, повећање броја кривичних дела и слобода човека су обрнуто сразмерни. Што је више кажњивих понашања, то је простор слободе мањи. Једноставно речено, понашање које смо до јуче могли да предузмемо без последица, новом инкриминацијом је забрањено, и тако сваки следећи пут, одузима се слобода одређеног понашања. Што је простор слободе мањи, то је човеково понашање „више управљиво“. На крају, кроз ову негативну селекцију (искључивање одређених понашања као дозвољених) долази се до истог резултата као „злогласном“ „позитивном селекцијом“, коју одређујемо као скуп

⁸³ Невен Цирквени, „Економска теорија криминалитета: неодољива привлачност и илузије егзактности“, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*, вол. 18, бр. 2/2011, 805.

⁸⁴ Волгер (Задиг), 178.

⁸⁵ Paul J. Larkin, JR., „A Mistake of Law defense as a Remedy for Overcriminalization“, *Criminal Justice* 1/2013 vol. 28.

налога како се мора понашати. Прописујући шта се не сме, закон више не заповеда шта се сме, већ шта се мора, само то не зове тако. Ово отвара једно друго питање, а то је контрола.⁸⁶ Као владајућа, успоставља се парола „Слободан си да бираш између опција које ти ја понудим“. На концу, није ли још Токвил приметио да: „Грађани сваког часа све више потпадају под контролу јавне административне управе; све их неосетно и такорећи без њиховог знања наводи да јој сваког дана жртвују понеки нови део своје индивидуалне независности...“⁸⁷

Надаље, указали бисмо на упозоравајући пример који нам предочава Хусак. Уколико вам доктор да рецепт за уобичајени лек против болова – викодин, и ваша супруга вам донесе тај лек пошто ви лежите у кревету, ваша супруга располаже (дистрибуира) контролисаном супстанцом без дозволе.⁸⁸ Професор Стивен Картер (*Stephen Carter*), са *Yale Law School*⁸⁹, у својој колумни такође цитира Хусака који наводи да је 70% Американаца учинило дело које је могло да их доведе у затвор; као и да половина младих људи илегално „скида-(*download*)“ музику са интернета што је већ 20 година забрањено; затим, закон на Флориди забрањује приказивање деформисаних животиња; а такође је чудесан и *federal crime*⁹⁰ који се састоји у разношењу блата у пећинама које се налазе на федералној земљи (*federal land*), у вези са чим у шали упозорава да се треба пазити где ћемо побећи од кише.⁹¹ Подсетимо се да је грешити/бити у заблуди, толико људски, да то мора да се узме у обзир и у праву.⁹² Ништа мање је прихваћено и Краусово (*Krauß*) мишљење да криминална политика није једноставно политика кроз кривично право, већ је то политика у границама кривичног права заснованог на кривици; а законодавни програм/законодавство које занемарује ове границе је једноставно лоша политика.⁹³

⁸⁶ Фуко примећује да је, сходно економији моћи, делотворније и исплативије надзирати него кажњавати. Види М. Фуко (2012), 46.

⁸⁷ Алексис де Токвил, *Деспотска демократија*, Службени гласник, Београд 2016, 54.

⁸⁸ Текст објављен на <http://www.politifact.com/punditfact/statements/2014/dec/08/stephen-carter/watch-out-70-us-have-done-something-could-put-us-j/>, 10. март 2016.

⁸⁹ <https://www.law.yale.edu/stephen-l-carter>, 10. март 2016.

⁹⁰ У САД се под термином *federal crime* сматра свако понашање које је забрањено федералним законом. Према тежини преступа, разликују се следећи *federal crimes*: *felony*, *misdemeanor* и *infraction*.

⁹¹ <http://www.bloombergview.com/articles/2014-12-04/law-puts-us-all-in-same-danger-as-eric-garner>, колумна коју пише Стивен Картер, при чему цитира Хусака, 10. март 2016.

⁹² Vid Jakulin, „Mistake in economic criminal offences“, *Ревуја за криминологију и кривично право* 2-3/2011, 179.

⁹³ Detlef Krauß, Schuld im Strafrecht – Zurechnung der Tat oder Abrechnung mit dem Täter, <http://edoc.hu-berlin.de/humboldt-vl/krauss-detlef/PDF/Krauss.pdf>, Seite 20, 23. март 2016.

Сматрамо, да крај овог поднаслова треба да завршимо цитатом из Кандида (*Candide*) примером за шта се све „може казнити“: „Дођоше по ручку да вежу доктора Панглоса и његовог ђака Кандида, првог зато што је говорио, а другог зато што га је слушао а изгледао да одобрава.“⁹⁴ (Повод за хапшење је било што је Панглос рекао да „слобода може постојати и поред апсолутне неминовности“⁹⁵, прим. аут.).⁹⁶

2.1.3. Пар напомена о томе зашто би кривично право требало да буде *ultima ratio*

Сматра се да је кривично право неопходна алтернатива Хобсовом (Томас Хобс прим. аут.) рату свих против свих, у нашем несавршеном свету.⁹⁷ Кривично право не штити сва правна добра, а и она која штити не штити свеобухватно, већ само од одређених врста напада.⁹⁸ Сродне идеје кривичног права као *ultima ratio* су и супсидијарност

⁹⁴ Волтер (Кандид), 23.

⁹⁵ *Ibid.*, 22.

⁹⁶ У погледу мрачне историје разлога кажњавања, обрачунавања са „неподобнима“ и средствима откривања дела, подсетићемо и на: закон из времена римског цара Антонина Пија (римски цар од 138. до 161. године), по којем се самоубиство осумњиченог сматрало признањем кривице које за собом повлачи конфискацију имовине (Ж. Миноа, 71); кажњавање смрћу у Јапану, за лажи изречене пред магистратима или коцкању у новац (Ш. Монтескје, 74); Волтеров опис *Auto-da-fé* у Лисабону од 20.6.1756. године, где је „Универзитет у Коимбру донео одлуку да је призор спаљивања неколико људи на тихој ватри уз велику свечаност, поуздано средство да се земља више не тресе“ (Волтер (*François Marie Arouet*), *Кандид*, Плато, Београд 2015, 23). На овом трагу су и: *Malleus maleficarum* објављен 1486. године (Писци - Henrik Institoris и Jakob Sprenger) на чије је чело стављена папска була Иноћентија VII *Summis desiderantes affectibus* из 1484. године (Жан Делимо, *Страх на западу (од XIV до XVIII века)*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Нови Сад 2003, 488) – приручник за незапамћени прогон вештица образложен дијабололизацијом и обешчашћивањем жене; устанак из Толеда 1449. године против шпанских *conversos* (Јевреји прешли у католичанство), када је први пут у Шпанији једно општинско тело у набрајању различитих јереси и злочина који су починили нови хришћани одлучило да се ови прогласе недостојним да заузимају приватне или јавне положаје у Толеду, те је тако настао први шпански закон о „чистоти крви“ (Ж. Делимо (2003), 417), а готово 500 година после, 15. септембра 1935. године, *Reichstag* усваја Закон о заштити немачке крви и немачке части (*Das Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre*) и Закон о држављанству (*Das Reichsbürgergesetz*); затим *Constitutiones saxonicae* из 1572. године који „наређује да свака вештица мора бити спаљена због саме чињенице да је закључила уговор са ђаволом“ (Ж. Делимо (2003), 495); папска була коју је издао Иноћентије IV 15. маја 1252. године која је почињала речима *Ad extirpanda* и којом је изричито дозвољена употреба мучења при изнуђивању исказа (Текст види, http://www.documentacatholicaomnia.eu/01p/1252-05-15,_SS_Innocentius_IV,_Bulla_'Ad_Extirpanda',_EN.pdf, 15. фебруар 2016. године). Из новије националне историје подсетили бисмо на Одлуку о Суду за суђење злочина и преступа против српске националне части – *Службени гласник РС*, бр. 3/45; Закон о конфискацији имовине и о извршењу конфискације – *Службени лист ДФЈ*, бр. 40/45 и 70/45; Закон о национализацији приватних привредних предузећа – *Службени лист ФНРЈ*, бр. 98/46 и 35/48.

⁹⁷ P. J. Larkin (2013).

⁹⁸ Tobias Oliver Kulhanek, „Der fragmentarische Charakter des Strafrechts als Argumentationsfigur - Exemplifiziert an der Frage nach einem Deliktskatalog für eine Verbandsbarkeit“, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 13/2014, 674.

кривичног права и његов фрагментарни карактер.⁹⁹ Указује се да је *ultima ratio* принцип законодавне етике, за који законодавци пак, не маре пуно, те да је инкриминација често *sola ratio*.¹⁰⁰ Такође, казна, као једно од главних обележја кривичног права¹⁰¹, такође треба да буде *ultima ratio*.¹⁰² Овде се заправо види колико су осрођени кривично право и казна као његово осетно дејство.¹⁰³ Затим, Бавцон, цитирајући Јунга (*Jung*), указује да бројни европски панелисти и криминолози констатују да кривична репресија постаје уместо *ultima ratio*, у стварности све више *prima* ако чак не и *sola ratio* унутрашње политике САД и европских држава.¹⁰⁴

Уколико се не употребљава као *ultima ratio*, кривично право постаје навика, готово попут јутарње кафе. При томе, не мислимо на позитивну навикку попут бављења спортом. Ради се о „навици свеобухватног присуства“. Кривично право онда инфицира друштво уверавајући да је безбедност важнија вредност него слобода.¹⁰⁵ Овај процес одвија се аматерски наивно са запањујуће изненађујућим успехом. Језгро и *spiritus movens* је измаштавање претњи.¹⁰⁶ Занимљиво је што такво кривично право временом почиње да искорењује себе и постаје као аутоимуна болест. Уместо да штити људска права, окреће се, у благо подсвесној манији хипернадзиране заштите, против њих.^{107,108,109,110} На тај начин уништава предмет заштите, затим разлог свог постојања,

⁹⁹ Nils Jareborg, Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio), Page 521, *Ohio State Journal of Criminal Law* Vol. 2:521, 521.

¹⁰⁰ *Ibid.*, 521-524.

¹⁰¹ О називу кривичног права, пак неком другом приликом, али ваља приметити да се ова грана права назива и казнено право, тако у Хрватској, и земљама немачког говорног подручја (Немачка, Аустрија, Швајцарска); затим у Француској (*Droit pénal*); Шпанији (*Derecho penal*) и др.

¹⁰² О „Strafe als ultima ratio“, говори и Кројцер (*Kreuzer*), види Arthur Kreuzer, Rückkehr zu molarizirendem Strafrecht? Inflationär, wenig durchdacht und populistisch wird Strafrecht ausgeweitet zu vermeintlichem Opferschutz, http://www.arthur-kreuzer.de/GAZ_Rueckkehr_zum_Moralsrafrecht_12_2014.pdf, 1. март 2016.

¹⁰³ Тако Јеринг, указујући да је циљ творац целокупног права, истиче да циљ кривичног закона није друкчији од циља сваког закона, а то је обезбеђење животних услова друштва, само што он на својствен начин остварује циљ – служи се казном, за коју истиче да је потребна свуда где друштво без ње не може изаћи на крај (Рудолф фон Јеринг, *Циљ у праву*, први том – мото, Службени лист СРЈ – ЦИД Подгорица – Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Београд 1998, 5 и 212–213).

¹⁰⁴ Heike Jung, „L'etat et moi. Some reflections on the Relationship between Criminal Law and the State“, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 1998 vol. 6 Issue 3, 208-215, цитирано према Љубо Бавцон, „Човекова слобода и/или безбедност“, *Темуда* 2/2012, 99.

¹⁰⁵ У вези односа безбедности и слободе, указујемо на Бавцоново подсећање на Џеферсонову (*Thomas Jefferson*) изреку– наиме, овај амерички председник је једном приликом упозорио да ће изгубити, како слободу тако и безбедност, они који се неће правремено одупрети ограничавању слободе у име безбедности. *Ibid.*, 102.

¹⁰⁶ Измаштавање претњи је готово у истој равни са измаштавањем теорија завере, чију болну демистификацију можемо видети у Ековим (*Umberto Eco*) романима: Фукоово клатно (Плато, Београд 2008) и Прашко гробље (Плато, Београд 2013).

¹⁰⁷ Пихлер указује да кривично право мора да води рачуна о низу вредности које могу да буду у конфликту, те да се не сме претворити у своју супротност и постати пре средство ограничавања него афирмације људских права и слобода. Закључује да кривично право, нажалост, има способност да буде

да би на крају постало нормативно-јуришно одељење Орвеловог министарства љубави.¹¹¹ На трагу Орвеловог дара који постиђује и таленат пророчица центра античког света где су се сусрела два орла која је Зевс послао са супротних страна универзума да нађу центар света- пророчиште у Делфима, сматрамо за неизоставно осврнути се на опис који нам даје Барата (*Baratta*) који наводи да мноштво резолуција и декларација које издају водећи органи ЕУ и Савета Европе, којима позивају државе чланице „у рат“ час против овог, час против оног облика криминалитета, подсећа на

употребљено у оба смера. Станко Пихлер, „Кривичноправна заштита слобода и права човека и грађанина и њено значење за изградњу правне државе“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1-3/2002, 27.

¹⁰⁸ Нигли (*Niggli*) сматра да се кривично право претвара у полицијско право. Marcel Alexander Niggli, *Vom Repressions- zum Präventionsstrafrecht: Die Abkehr von der Ahndung begangener hin zur Verhinderung befürchteter Delikte*, in: Forum Strafverteidigung et al. (Hrsg.): *Strafverteidigung und Sicherheitswahn*. 3. Dreiländerforum Strafverteidigung, Zürich 14./15. Juni 2013, Wien u.a.: NWV / Schulthess 2014.

¹⁰⁹ Наиме, постоји и непријатељско кривично право - „*Feindstrafrecht*“. Под тим се подразумева посебна врста кривичног права за борбу против непријатеља, која одређеног учиниоца кривичног дела не посматра као грађанина, већ као непријатеља, за кога уставне гаранције више не важе или важе у ограниченом обиму. Тако, Martin Heger, Anneke Petzsche, *Das „Feindstrafrecht“*, Sommersemester 2013, - преузето са http://heger.rewi.hu-berlin.de/doc/ap/Handout_F-StR.pdf, 11. фебруар 2016. Јакобс (*Jakobs*) прави разлику између грађанског и непријатељског кривичног права (*Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*), закључује да оба типа могу да буду легитимна. Gunther Jakobs, „Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht“, *Ritsumeikan Law review* No 21, 2004, 93-106. Иначе, концепт *Feindstrafrecht* потиче управо од Јакобса - први пут презентован 1985. године, где објашњава да држава сме да кажњава само онда када прекорљиво понашање излази изван приватне сфере грађана, те да сваки уплив државе у приватно подручје/сферу, а који није оправдан спољашњом радњом грађанина, не представља *Bürgerstrafrecht*, већ *Feindstrafrecht*, тако у Martin Asholt, *Die Debatte über das „Feindstrafrecht“ in Deutschland - Aufleben eines altes Dilemmas am Anfang des 21. Jahrhunderts ?*, *Zeitschrift für Internationale Strefrechtsdogmatik* 4/2011, 180. Син (*Sinn*), цитира Јакобса (*Jakobs*) па указује да онај ко хоће да буде третиран као особа, мора са своје стране пружити одређене когнитивне гаранције да ће се понашати као особа, те ако ове гаранције изостану или ако се изричито одричу, кривично право се мења, и то из оног које је реакција друштва на дело које је учинио његов члан, у кривично право које је реакција против непријатеља. Види Arndt Sinn, *Moderne Verbrechensverfolgung - auf dem Weg zu einem Feindstrafrecht ?*, *Zeitschrift für Internationale Strefrechtsdogmatik* 3/2006, 107. Бунг (*Bung*) се пак пита, да ли су Кант и Хобс „Proto- Feindstrafrechtler“, Jochen Bung, „Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung und der Person“, *HRRS Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht* 2/2006, 69. Бок (*Bock*) користи израз „Елиминаторно *Feindstrafrecht*“ да опише ситуацију где се на појединца који једном учини кривично дело више не гледа као на члана друштвено-политичке заједнице, већ као на противника - непријатеља који стоји ван заједница и кога ради постизања мира треба елиминисати. Michael Bock, *Позитивна специјална превенција и нове тенденције у криминалној политици - О недостацима елиминаторног Feindstrafrecht - кривичног права и значају примењене криминологије за криминалну политику по мери заједнице*, *Crimen* 2/2010, 141.

¹¹⁰ Поред *Feindstrafrecht*, постоји и *Schuldstrafrecht*, којим се означава кривично право засновано на кривици. Ово можда и није исти ниво поређења јер се првим појмом означава начин примене кривичног права кроз понашање државе према непријатељу (учиниоцу дела) и ограничавање права учиниоца, а другим појмом се означава кривица као супремацијски појам који „дозвољава“ групи правила да се зову кривичноправним правилима. Термин *Schuldstrafrecht* употребљава се посебно код дискусије о слободи воље (*Willensfreiheit*). Више у раду Marcus Marlie, „Schuldstrafrecht und Willensfreiheit – Ein Überblick“, *Zeitschrift für das Juristische Studium* 1/2008.

¹¹¹ Орвел (*Orwell*) у 1984. објашњава да целокупни апарат државне власти чине четири министарства: Министарство мира, Министарство истине, Министарство љубави и Министарство обиља. О Министарству љубави пише следеће: „Једино је Министарство љубави заиста уливало страх. Уопште није било прозора на њему. Винстон није никад ушао у њега, није му ни пришао ближе од пола километра.“ Иначе, Министарство љубави је било задужено за одржавање закона и јавног поретка. Џорџ Орвел, *1984*, Libretto, Београд 2004, 6.

егзорцизам јер су формуле, као и учинци тих ратних напора, веома слични молитвеним формулама за изгањање ђавола, а посебно су слични њихови штетни учинци.¹¹²

Закључили бисмо да за кривична дела треба предвидети само она понашања која су преко одређене мере штетна за појединца и заједницу, да се ови од њих на други начин не могу одбранити, осим применом кривичног права.^{113,114}

Овакав закључак ипак није нарочито актуелан, посебно када се зна да је Чубински (1934. године) указивао на следеће: „У наше доба законодавац мора пазити на принцип економије казне, који је прогласио чувени Монтескје крајем XVIII века. Према том принципу, законодавац прописује казну само тамо, где је то неопходно потребно за заштиту друштвених или приватних интереса или приватних добара, те су само та дела кривична дела.“¹¹⁵

Свако прописивање преко тога је узалудно, води у хипертрофију кривичног права¹¹⁶ и представља трошење буџетских средстава јер вођење кривичног поступка није ни мало економски исплативо.¹¹⁷

¹¹² Alessandro Varatta, „Droits de l'homme et politique criminelle“, *Deviance et societe* 1999 vol. 23 No 3, 239-257, цитирано према Ј. Бавцон (2012), 99.

¹¹³ Кадиш (*Kadish*) наводи да је кривично право високо специјализован инструмент социјалне контроле, који, ако се неодговарајуће употребљава може произвести више зла него добра. Овај аутор, образлажући проблем хиперкриминализације наводи да објашњавање законодавцу, зашто је више лоше него добро инкриминисање пијанства, има мало ефекта, из истих разлога као и објашњавање алкохоличару да му његово понашање више штети него што му користи. Види Sanford H. Kadish, „The Crisis of Overcriminalization“, *American Criminal Law Quarterly* 17. 1968-1969, 33.

¹¹⁴ Брисо (*Brissoit*) сматра да ако хоћемо да избегнемо злочине, то нећемо постићи оштријим законима и строжим казнама, него чинећи морал неприкосновенијим, његова правила страшнијима, изазивајући скандал кад год се открије неки порок. При томе наводи да су пороци за морал оно што су злочини за закон, те да је порок отац злочина. Brissot de Warville, *Theorie des lois criminelles*, 1781, 49, 50, 101, наведено према Мишел Фуко, *Историја лудила у доба класицизма*, Mediterran, Нови Сад 2013, 507.

¹¹⁵ Михаило П. Чубински, *Научни и практични коментар Кривичног законика Краљевине Југославије од 27. јануара 1929. год., новелираног Законом од 9. окт. 1931. год.*, Издавачко и књижарско предузеће Геца Кон, Београд 1934², 54.

¹¹⁶ Роч (*Rotsch*) објашњавајући хипертрофију кривичног права, указује да израз хипертрофија потиче из медицине и означава раст органа кроз раст ћелија, а актуелно стање у догматици кривичног права види као компензаторну хипертрофију (*kompensatorische Hypertrophie*), за коју (цитирајући *Pschyrembel Klinisches Wörterbuch* 259. Aufl. 2002) наводи да је патолошка адаптација на патолошко (прекомерно) оптерећење. Види Thomas Rotsch, „Plädoyer für eine Annäherung von Wissenschaft und Praxis“, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 1/2008, 2.

¹¹⁷ Ово посебно уколико се има у виду да велики број учинилаца кривичних дела има лош материјални статус, те све и да буду оглашени кривим и обавезани да снесу трошкове поступка, исти од њих не могу бити наплаћени јер они једноставно немају новца.

2.2. Неједнака опасност понашања која су прописана као кривична дела

Ноторна је чињеница да нису сва понашања која су прописана као кривична дела једнако друштвено опасна. То није ни нормално ни могуће. Овде пак није реч о уочавању очигледности. Неједнака опасност се издаваја као један од стубова *ultima ratio* кривичног права. Испрва, наслов у облику тврдње, ограничио би аутора, несвесно нехатно, искључиво на поделу кривичних дела по тежини. Међутим, критеријум тежине исцрпљује се прилично једноставно, при чему се једноставност у овом случају заснива на обичном познавању бројева. Другим речима, тежина кривичног дела управо је сразмерна запрећеној казни, односно што је казна већа, кривично дело је теже. Ипак, кад говоримо о неједнакој опасности понашања које је инкриминисано, ментално је сиромашно замишљати да је лицитирање распона казне доминантни чинилац градације опасности кривичних дела. Једно понашање постаје забрањено зато што законодавац тако одлучи. Законодавац при томе није парламент, већ радна група за израду закона која је укалупљена жељом структуре која је тренутно на власти. Степеновање опасности понашања тада постаје изналажење нових забрањености и проширивање постојећих.¹¹⁸ Неретко ће одсуство жеље за употребом другог друштвеног инструмента за постизање одређеног „општег“ циља довести до несклада између урођеног осећаја о забрањености код човека и онога што је позитивним правом прописано као забрањено. Неједнака опасност је и опомена да вештачке, за потребе момента забране, доводе до несвести о забрањености дела, коју затим игноришемо у кривичном поступку. О последицама попут разарања буџета за вођење таквих кривичних поступака, замлаћивања судија и тужилаца од бављења стварним опасностима, упошљавања државног апарата почевши од полиције до свих служби Управе за извршење кривичних санкција, а на концу и стигматизацијом становништва и стварањем огромне осуђеничке колоније у друштву, и претварањем кривичног права у средство обезбеђења робовске послушности утемељене у арбитрности процене „да ли постоји кривично дело“, да и не говоримо.

У старој Грчкој пре више од 2300 година, Аристотел пише о државном праву које је двојако: природно и позитивно.¹¹⁹ Природно је „оно које свуда има исту важност, а не

¹¹⁸ Једноставније речено, оно што сте могли да урадите јуче, од данас не можете.

¹¹⁹ Аристотел, „Никомахова етика“, Издавачка књижарница Зоран Стојановића, Сремски Карловци-Нови Сад 2013, 106.

зависи од тога да ли је усвојено или није“.¹²⁰ За позитивно пак наводи да је „оно право за које је првобитно било споредно да ли је гласило овако или онако, али то више није откако је законски установљено“¹²¹; а за „правне одредбе које нису од природе дате, него од људи нађене“ истиче да „нису свуда исте, јер ни државна уређења нису свуда иста“.¹²²

Живановић пише да су се у римском праву, у доба краљевства (753. до 509. п.н.е., прим. аут.) разликовала два типа кривичних дела; и то *perduellio* (издаја; за које аутор пише да је била полазна тачка за развитак политичких кривичних дела) и *parricidium* – тип кривичних дела против приватних интереса.¹²³

За доба републике (од 509. до 27. п.н.е., прим. аут.), исти аутор даље наводи да се увећао број кривичних дела за која је била прописана јавна казна¹²⁴; те се тако поред ранијих (кривичних дела, прим. аут.) наилази и на: лажно сведочење, ноћне скупове, паљевину, опсенарство и јавно подругивање.¹²⁵ Живановић пише да се број кривичних дела још повећао законима: *leges Juliae de vi*, *lex Julia majestatis* и др.¹²⁶ Даље наводи да су се кривична дела за која је прописана јавно-правна казна звала *crimina publica* те да су ту спадала, између осталих и следећа: кривична дела чиновника на име изнуда; добијање звања недопуштеним путем; крађа и утаја у званичној дужности; велеиздаја; нарушавање јавног мира насиљем; фалсификат; нарушење кућног мира; браколомство; блудничење, подвођење и брак између сродника.¹²⁷ У доба царства (27. п.н.е. – 476.) нова кривична дела су: отмица; превара; прикривање; побацивање; богохуљење; напуштање вере; јерес; нарушење божје службе; повреда гроба.¹²⁸

Маленица указује да се у изворима среће подела јавних деликата на оне које могу учинити само војници и оне које могу учинити сви људи.¹²⁹ У прву групу спадају: издаја, избегавање војне службе, дезертерство, побуна и неизвршавање наредбе,

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Ibid.*

¹²³ Тома Живановић, *Основи кривичног права општи део*, Издавачка књижарница Геце Кона, Београд 1922, 27.

¹²⁴ *Ibid.*, 28.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ *Ibid.*, 28-29.

¹²⁸ *Ibid.*, 29.

¹²⁹ А. Маленица, 181.

губљене оружја и др.; а у другу групу спадају: изнуђивање које врше носиоци јавних функција, превара и корупција у поступку избора магистрата, подмићивање тужиоца и договор тужиоца са окривљеним, лажно оптуживање, јавно насиље, приватно насиље, убиство, абортус, наношење телесних повреда, отмица и лишавање слободе слободних људи, силовање, крађа, крађа стоке, крађа јавне имовине, превара, шпекулација храном, паљевина, и др.¹³⁰

О подели забрањених понашања према тежини, а тиме непобитно и према њиховој опасности наилазимо и код Тертулијана, у трећем веку, за кога Делимо (*Delumeau*) пише да као три неопростива греха сматра идолопоклонство, разврат и убиство.¹³¹ У истом делу, овај француски историчар пише и о Лутеровој „Посланици Галатима“ и примећује да Лутер такође говори о тешким греховима какви су убиства, прељубе, блуд, крађе, отимачине итд.¹³² Делимо сам (анализирајући период од XIV до XVIII века на Западу, прим. аут.) препознаје поделу, те разликује две велике целине за које истиче да ће бити дуга века: списак смртних грехова и супротност између смртних и лаких грехова.¹³³

Монтескје говори о четири врсте злочина: први вређају религију, други обичаје, трећи спокој, а четврти безбедност грађана.¹³⁴

Лазаревић разликује природна (класична) и вештачка кривична дела.¹³⁵ У прву групу спадају: убиство, крађа, силовање и др.; а у другу групу спадају „која нису општедруштвено позната као штетна или недозвољена“.¹³⁶

Затим, уврежена је подела кривичних дела *na mala in se* и *mala prohibita*¹³⁷, једна су зло сама по себи, а друга су то зато што их је закон таквим начинио.

¹³⁰ *Ibid.*, 181-182.

¹³¹ Жан Делимо, *Грех и страх I - стварање осећања кривице на Западу од XIV до XVIII века*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци - Нови Сад 2013, 348-349.

¹³² *Ibid.*, 50.

¹³³ *Ibid.*, 351-352.

¹³⁴ Ш. Монтескје, 152.

¹³⁵ Љубиша Лазаревић, Коментар Кривичног законика, Правни факултет Универзитета Унион у Београду, Београд 2011², 154.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ Према правном речнику и енциклопедији WEX – коју спонзорише и која функционише у оквиру Legal Information Institute at the Cornell Law School, *malum prohibitum* је дело које је неморално због тога што је незаконито, а није нужно незаконито због тога што је неморално. *Malum in se* дефинишу као

Достојевски (за *mala in se* прим. аут.), пише: „Али и мимо сваког гледишта, свако ће признати да има злочина који се увек, и свуда, од постанка света, по свим законима, сматрају за неоспорне; а таквима ће се сматрати све док је човек-човек.“¹³⁸ Међутим, прилике где су сва таква понашања могла у даху да се наброје, и где је оправдано, суверено „владала“ максима *Ignorantia juris non excusat* изменила је цивилизација и „развој друштва и човека“, који су „омогућили“ забрињавајућу експанзију кривичних дела, истовремено уверавајући да је то управо за добро појединца и за безбедност њега и његове породице. Ипак, није баш ни најбезболније беспоговорно се ослонити на поделу *mala in se* и *mala prohibita*. (Арц пише да се слаже са Тидеманом (*Tiedemann*) да је дистинкција *mala in se/mala prohibita* ирелевантна.¹³⁹ Сматра да се свако дело треба анализирати одвојено.¹⁴⁰) Њихове дефиниције су „баш одличне“ за апстракцију неиспуњену реалном садржином. „Распоређивању“ кривичних дела у једну од ове две групе, претходи људски фактор, по правилу у виду судије који ће у кривичном поступку у којем се одбрана позива на правну заблуду, морати, можда још на самом почетку, да сам себи одговори на питање да ли је кривично дело које се оптуженом ставља на терет *mala in se* или *mala prohibita*. Одговор на ово питање је „претправна“ одлука од које зависи „смисленост“ позивања одбране на правну заблуду. Да ли је овај избор баш тако једноставан? Одговор нам даје Хусак (*Husak*), који препознаје да се за практичне потребе контроверза о *ignorantia legis* тиче судбине окривљених који учине *mala prohibita* дело. Он уверљиво објашњава да ограничавање одбране у случајевима *ignorantia legis* искључиво на *mala prohibita* кривична дела може подстаћи судије да предметно дело класификују као *mala in se*. Као пример наводи поседовање печурке са псилоцибином.¹⁴¹ (Више види у делу о судској пракси).

изворно/урођено неморално дело, без обзира да ли је забрањено законом. https://www.law.cornell.edu/wex/malum_prohibitum, 3. март 2016.

¹³⁸ Фјодор М. Достојевски, *Записи из мртвог дома*, Отворена књига, Београд 2009, 115-116.

¹³⁹ Gunther Arzt, „The Problem of Mistake of Law“, *BYU Law Review* vol. 1986 Issue 3 Article 8, 726.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ Douglas Husak, *Culpability and Mistake of Law - (III deo - Malum Prohibitum Offenses - (у поље за претраживање на Google, укуцане речи: „Husak D. - Culpability and Mistake of Law“ - трећи резултат, Word file, приступио 10. март 2016.*

3. ПОЈАМ И РАЗВОЈ КРИВИЦЕ

3.1. Кривица – искључиви услов да кривично право оствари циљ; излагање о слободи воље

У овом поднаслову говоримо о односу циља кривичног права, сврхе кривичних санкција и улоге (начела) кривице у опстајању кривичног права. Један од разлога/оправдања писања овог рада је управо уочавање обесмишљавања начела кривице. На последице таквог процеса упутили смо већ (можда) непотпуно одређено упозорење. Кривично право у будућности чека озбиљна одлука. Или ће се бескомпромисно изборити за поновно осмишљавање свог опстанка (реосмишљавање) кроз никад израженије заговарање кривичног права заснованог на кривици (*Schuldstrafrecht*) које неће стрепети од ослобађајућих пресуда због недоказаности кривице, или ће пак постати „заштитно-управно право“ које се обрачунава са неподобнима због недељења „општепожељног“ мишљења. Наиме, неће бити тешко приметити да се судије, тужиоци и браниоци, у судницама, неће борити за догматски правилно утемељено кривично право и доказивање ставова научника. То никако неће бити случај. Они ће се борити не за опстанак начела кривице, већ за опстанак слободе чланова друштва. Сматрамо да је у озбиљној заблуди онај ко мисли да се слобода може сачувати другачије.

Кривица међутим није кључна само за очување слободе, већ и за њену „другу страну“, а то је достојанство. Тешко да се може сачувати достојанство у неслободи, али исто тако, тешко да се заиста може бити слободан и „уживати“ у слободи, без достојанства. Једноставно речено, правилно одређена садржина кривице омогућава човеку да буде слободан и достојанствен. На концу, и Кремницер/Хорнле (*Kremnitzer/Hörnle*) указују да је идеја кривице потребна ради спречавања грубих исхода који су некомпатибилни са људским достојанством.¹⁴²

Образлагање ћемо у мањој мери изложити и кроз анализу одредби КЗ Србије, уз позивање на одредбе КЗ Немачке и КЗ Аустрије, које уређују ова питања. Посебан

¹⁴² Mordechai Kremnitzer, Tatjana Hörnle, „Human Dignity and the Principle of Culpability“, *Israel Law Review*, Vol. 44:115, 2011, 115.

осврт учињен је на питање слободне воље.¹⁴³ Видећемо да кривичне санкције несумњиво служе остваривању циља кривичног права. Ипак, исто тако уверићемо читаоце да казна¹⁴⁴, као оличење репресије и отелотворење државне моћи („нажалост“), сама не може да „покрије“ циљ кривичног права. Наиме, казна, ослоњена сама на себе, не може да оствари ни своју сврху, а поготово је неспособна да оствари циљ кривичног права. Из такве њене неспособности рађа се неутуђива и праисконска супрематија кривице. Закључујемо да грађани осећају присуство кривичног права кроз свакидашњу претњу казном и кажњавањем. Међутим, уколико казну не буду осећали као „праведну“, кривично право ће у њиховим очима бити ништа друго до средство голе репресије и одржавања потчињености. Није ли Александру Петровичу (главни јунак „Записа из мртвог дома“ – Достојевски, прим. аут.) мисао која га је наметљиво гонила до краја тамновања, мисао неразумљива и неразрешива, била мисао о неједнакости кажњавања за једнаке кривице.¹⁴⁵ Он пореди убиство сељака због главичице лука и убиство развратног тиранина бранећи част своје веренице, сестре, ћерке.¹⁴⁶ Монтескје пак указује на пример из Византије где је лице због злочина велеиздаје јер је у Константинопољу подигао велики устанак осуђен на шибе, али је затим пошто је оптужио угледне људе, због клевете осуђен на ломачу.¹⁴⁷

Таква потчињеност неизоставно ће запретиши широким слојевима друштва. Проблем је у томе да претња неће бити казна, већ много гори и иреверзибилнији процес у два колосека. Циљ оба колосека је затирање слободне воље и морално-надзорне функције свести. До циља ће довести привидно несвесно управљање човеком, укрштањем анималног и роботизацијом. Борба за освешћење водиће се беспштедним заговарањем да је кривица основ и мера казне.¹⁴⁸ У чл. 46 ст. 1 КЗ Немачке¹⁴⁹ наводи се: „Кривица учиниоца је основ за одмеравање казне.“¹⁵⁰ Дејство за које се очекује да ће казна имати

¹⁴³ Израз „слобода воље“ је потпуно неутралан у смислу опредељења да ли је воља слободна или није. Ненеутрални изрази би били „слободна воља“ и „неслободна воља“.

¹⁴⁴ У односу на друге кривичне санкције ипак у друштвеној свести суперордониран појам.

¹⁴⁵ Фјодор М. Достојевски (2009), 147.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ Ш. Монтескје, 77. Цитирајући „Историју“ Никифора, патријарха Константинопоља.

¹⁴⁸ Бојанић и Мрчела указују да је кривња темељ, граница и унутарње оправдање казне. Игор Бојанић. Марин Мрчела, „Концепција кривње у новом Казненом закону“, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу* 2/2012 вол. 19, 395. На трагу оваквог схватања упућујемо на чл. 47 ст. 2 КЗ Хрватске (*Народне новине*, бр. 125/11, 144/12, 56/15 и 61/15) где се наводи: „Висина казне не може прекорачити ступањ кривње.“

¹⁴⁹ Strafgesetzbuch – КЗ Немачке (и КЗН), <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>, 7. март 2016.

¹⁵⁰ Тако и у чл. 32 ст. 1 КЗ Аустрије (Das österreichische Strafgesetzbuch - КЗ Аустрије/КЗА, https://www.jusline.at/32_Allgemeine_Grunds%C3%A4tze_StGB.html, 7. март 2016.

за будући живот учиниоца у друштву ће се узети у обзир.^{151,152} Мејер-Госнер (*Meyer-Goßner*) у књизи „*Die Urteile in Strafsachen*“, у делу који се односи на разлоге за одмеравање казне (*Strafzumessungsgründe*) наводи да чл. 1 ст. 1 Основног закона Немачке^{153,154}, и у чл. 20 прописан принцип правне државе, захтевају да казна стоји у правичном односу према тежини дела и скривљености (кривици) учиниоца. (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*)^{155,156} Пупе (*Puppe*) разматрајући акцесорност и њена ограничења пише чланак „*Jedem nach seiner Schuld*“, из чега видимо да је сваки институт кривичног права иманентно прожет кривицом.¹⁵⁷ Фишер истиче да се кривица учиниоца (у смислу овог члана) разуме као „индивидуална мера прекора“.¹⁵⁸

На концу, постојање кривичног права и репресивног апарата државе условљено је постојањем казне и њене примене. Казна и њено дејство условљени су међутим постојањем кривице.

Кривица пак, своје рођење/настанак и опстанак заснива на уверењу да је воља слободна. Једноставније речено, без слободне воље нема кривице, а ни кривичног права. Ипак, да ли слободна воља постоји?¹⁵⁹ У питању је терен борбе детерминизма и индетерминизма. Буркхарт (*Burkhardt*) сматра да се слобода човека састоји у томе да је он морао делати и одлучити на начин као да је био слободан.¹⁶⁰ Шиман (*Schiemann*) указује да неуролози пребацују кривичарима да игноришу достигнућа природних

¹⁵¹ § 46 Grundsätze der Strafzumessung: „Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe. Die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, sind zu berücksichtigen.“

¹⁵² Вајмер наводи да казна не сме да десоцијализује учиниоца. Чак истиче да кад је могуће, не сме да доведе до губитка посла учиниоца и губитка породичних веза. Joachim Weimer, Grundsätze der Strafzumessung, Seite 4., <http://www.justizministerium-bw.de/pb/site/jum/get/documents/jum1/JuM/import/justizministerium%20baden-w%C3%BCrttemberg/pdf/vo/Vortrag%20VRiLG%20Weimer.pdf>, 7. март 2016.

¹⁵³ Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland је у ствари устав Немачке.

¹⁵⁴ „Људско достојанство је неприкосновено. Обавеза је сваке државне силе да га пази и штити.“ - „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.“ - Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Основни закон Немачке, у тексту и као GG), Art. 1 Abs. 1 - види <http://www.gesetze-im-internet.de/gg/>, 15. март 2016.

¹⁵⁵ „Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.“ (Art. 20 Abs. 3 - GG)

¹⁵⁶ Lutz Meyer-Goßner et. al., *Die Urteile in Strafsachen - (sowie Beschlüsse und Protokoll der Hauptverhandlung)*, München 2014²⁸, 141.

¹⁵⁷ Ingeborg Puppe, „Jedem nach seiner Schuld - Die Akzessorietät und ihre Limitierung“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 3/2008 vol. 3, 504.

¹⁵⁸ Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Beck'sche Kurz-Kommentare Band 10*, C.H. Beck, München 2015⁶², 376.

¹⁵⁹ Овим питањем нећемо се бавити опширније ипак, налазимо да је пар напомена неопходно.

¹⁶⁰ Björn Burkhardt, *Neurobiologie contra Schuldstrafrecht ? Thesen und Erläuterungen*, http://www.studgen.uni-mainz.de/Dateien/Burkhardt_Thesen_Erlaeuterungen.pdf, 7. март 2016.

наука, те да неуролози захтевају укидање кривице и увођење мера или у најмању руку превентивног кривичног права (*Präventionsstrafrecht*).¹⁶¹ Исти аутор подсећа да Савезни суд Немачке (*Bundesgerichtshof*) схвата кривицу индетерминистички, на начин да се учинилац слободно могао одлучити за неправу или право и да је по таквој одлуци могао деловати.¹⁶² Хирш (*Hirsch*) такође препознаје да су дискусију о слободи воље и кривичном праву, у последње време, оживели аутори из области медицине, по чијим схватањима најновији резултати истраживања мозга указују да лична кривица (*persönliche Schuld*) нема основа.¹⁶³ Тако подсећа на Сингера (*Singer*) који каже да је прихватање мишљења да смо потпуно одговорни за све што чинимо, из неуробиолошког аспекта неодрживо. Закључује да нико не може другачије од онога што јесте.¹⁶⁴ Поред тога, Хирш указује и на Принца који налази да ми не чинимо оно што хоћемо, већ хоћемо оно што чинимо. Принц (*Prinz*) објашњава да се одлучивање о делању фабрикује у субперсоналним процесима, а постојећи резултати се затим интерпретирају као лични процес одлучивања.¹⁶⁵ Рот (*Roth*) мисли да приликом настанка наших жеља и намера „подсвесно обрађена емоционално искуствена меморија“ има прву и последњу реч.¹⁶⁶ И Бекерман (*Beckermann*), питајући се да ли истовремено можемо бити неуролошки детерминисани и слободни, указује да Принц, Рот и Сингер, сматрају да то није могуће, јер не постоји слободна воља, а све наше одлуке су неуролошки детерминисане, те осећај да наша воља или ми сами контролишемо одлуке о нашим радњама, јесте обична илузија.¹⁶⁷ Бекерман указује и да су Принц, Рот и Сингер мишљења/стајалишта да кад имамо утисак да смо донели одлуку, да је ту одлуку наш мозак одавно донео.¹⁶⁸ Ипак, Бекерман је мишљења да се неуролошка детерминисаност и слобода не искључују међусобно^{169,170}, те да апсолутно

¹⁶¹ Anja Schiemann, „Die Willensfreiheit und das Schuldstrafrecht - eine überflüssige Debatte ?“, *Zeitschrift für das Juristische Studium* 6/2012, 774.

¹⁶² *Ibid.* Аутор наводи да је актуелно нормативно схватање кривице (der normative Schuldbegriff) чије је главно обележје прекорљивост (Vorwerfbarkeit) и да у склопу овог схватања постоје различита виђења шта се сматра прекорљивим понашањем: *Schuld als Anders - Handeln Können; Die Schuld des Durchschnittsmenschen; Schuld und Gessinung; Funktionalerschuld begriff; Schuld als Selbstbestimmungs fähigkeit; Schuld als normative Ansprechbarkeit, Charakterschuld.*

¹⁶³ Hans Joachim Hirsch, „Zur gegenwärtigen deutschen Diskussion über Willensfreiheit und Strafrecht“, *Zeitschrift für die Internationale Strafrechtsdogmatik* 2/2010, 62.

¹⁶⁴ Wolf Singer, „Ein neues Menschenbild?“ *Gespräche über Hirnforschung*, 2003, цитирано према Н. Hirsch (2010), 62. Singer је иначе био директор Макс Планк института за истраживање мозга у Франкфурту.

¹⁶⁵ Wolfgang Prinz, *Freiheit des Entscheidens und Handelns*, 1996, цитирано према Н. Hirsch (2010), 62.

¹⁶⁶ Gerhard Roth, „Fühlen, Denken, Handeln“, *Festschrift für Ernst - Joachim Lampe zum 70. Geburtstag* 2003, цитирано према Н. Hirsch (2010), 62.

¹⁶⁷ Ansgar Beckermann, *Neuronale Determiniertheit und Freiheit*, Seite 1, <http://www.uni-bielefeld.de/philosophie/personen/beckermann/wille4.pdf>, 13. јул 2016.

¹⁶⁸ *Ibid.*, Seite 2.

¹⁶⁹ Види разлоге, *Ibid.*, Seite 11-12.

постоје бар неки случајеви у којима смо приликом доношења одлука слободни, и стога одговорни за такве одлуке; као и да не можемо замислити да живимо у заједници у којој не постоји таква ствар као што је одговорност.¹⁷¹

Виласек (*Willaschek*) пише да је могућност другачијег понашања (*Anders – Handeln Können*) и могућност другачијег одлучивања (*Anders – Entscheiden Können*), традиционално сматрана као централно обележје слободе воље.¹⁷²

Велцел, анализирајући ова питања, разматра да ли је и како теоријски уопште замислива могућност одговорног нормисходног обликовања воље.¹⁷³ За Велцела је слобода воље способност да се лице може смислено одредити; односно слобода од слепо смислено индиферентне каузалне принуде за смислено самоодређење.¹⁷⁴ Овај аутор побија присталице индетерминизма за које је слобода воље могућност другачијег делања (лошијег или противсмисленог), већ је слободна воља могућност смисленог делања.¹⁷⁵

Дракић напомиње да кривичноправна одговорност не може да се замисли без слободе воље.¹⁷⁶ Исти аутор објашњава да, пошто казна за разлику од мера безбедности увек изражава и социјално-етички прекор због почињеног дела, она нужно претпоставља да учинилац „заслужује“ тај прекор; а он заслужује тај прекор само ако је одговоран за своје понашање, то јест ако је слободан.¹⁷⁷ Миловановић за слободу воље каже да је „нуждан и суштаствени услов, један базис за читав један део науке кривичног права за део о праву кажњења“.¹⁷⁸

¹⁷⁰ Ansgar Beckermann, Would Biological Determinism Rule Out the Possibility of Freedom?, In: Hüttemann A, ed. *Determinism in Physics and Biology*. Paderborn: mentis; 2003.

¹⁷¹ A.Beckermann und C. Nimtz (Hg.), *Free Will in a Natural Order of the World*, Philosophie und/als Wissenschaft. Paderborn: Mentis 2004.

¹⁷² Marcus Willaschek, *Der Begriff der Willensfreiheit im deutschen Strafrecht, Lebenswelt und Wissenschaft*. XXI. Deutscher Kongreß für Philosophie 15. – 19. September 2008 an der Universität Duisburg – Essen. Kolloquienbeiträge, herausgegeben von Carl Friedrich Gethmann in Verbindung mit J. Carl Bottek und Susanne Niekel, Felix Meiner Verlag, Hamburg 2011, 1185.

¹⁷³ H. Welzel, 141.

¹⁷⁴ *Ibid.*, 148.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ Драгиша Дракић, *Неурачунљивост*, Школска, Нови Сад 2007, 40.

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ Гргур Миловановић, „Кривично право, предавања за годину 1890-91“, *Crimen* 1/2011, 139.

Берђајев расправљајући о слободи указује да се она не корени у вољи, већ у духу, и сматра да је заинтересованост за слободу воље била педагошко-утилитаристичка, а ово између осталог за учвршћење моралне урачунљивости и човекове одговорности, као и за заснивање казни у овом свету, као и загробном.¹⁷⁹ Исти аутор препознаје „проблем“ одрицања од слободе у име спокојства и добробити, јер човек тешко подноси „неизмерно бреме слободе и спреман је да га пребаци на јача плећа“¹⁸⁰ Такође указује да је слободан живот најтежи, а лак живот је живот у нужности и принуди.¹⁸¹ Берђајев је ово феноменално приметио. Мишљења смо да човек има дакле тенденцију да своје понашање „колективизује“ јер се на тај начин „деиндивидуализује“ истовремено умањујући могућност одговорности. Другим речима, одговорност тражи слободног човека. Слободан човек је онај коме се могу у прекор ставити последице одлука које је слободно донео. Ипак, готово већина, макар подсвесно, жели невидљивост од одговорности, не нужно због страха од прекора који ће им бити упућен због погрешног избора, већ због тога што су у одређеним друштвено-политичким епохама сувише уплашени да би знали шта је добро, а шта лоше. Наиме, кад дође такво време, они имају могућност слободног избора, могу да изаберу да ли ће „ући на лева или на десна врата“, само, проблем настаје јер губе могућност да прочитају да ли изнад тих врата пише „добро“ или „зло“. Тада не могу да прочитају натпис због многобројних фактора, један од њих је свакако и заблуда. И наравно да та заблуда мора да има утицаја на степен кривице, на тежину кривице. Ипак, грађани знају да суд неће и не жели да поверује да заблуда може да постоји. Грађани знају да суд не верује ни страху ни паници, услед којих грађанин такође често не види да ли је „ушао кроз добро или зло“, а камоли заблуди. Стога је лакше „деиндивидуализовати“ се кроз одрицање од слободе. Лакше је продати слободу за сигурну порцију топле чорбе на породичном столу. Лакше је свакако, јер у многима од нас се крије „само човек“ коме је слобода заиста претешка. Претешка јер нас је страх. А страх нас је јер не постоји суд који испитује кривицу, већ само суд који потврђује кривицу. Није ли Достојевски потресно, само наизглед „негирајући духовно-свесно човекопостојање“ говорио кроз Великог инквизитора: „Никаква им наука неће дати хлеба, док буду остајали слободни, него ће свршити тиме што ће донети своју слободу пред наше ноге, па ће нам казати: „Нахраните нас, па макар нас и заробили!“...Они ће се чудити нама и сматраће нас за богове зато што смо

¹⁷⁹ Николај Берђајев, *Филозофија слободног духа*, Дерета, Београд 2007, 142.

¹⁸⁰ *Ibid.*, 151.

¹⁸¹ *Ibid.*, 170.

им се ставили на чело, и што смо пристали да издржимо слободу од које су се они уплашили, па да над њима господаримо – тако ће им напослетку бити страшно што су слободни!¹⁸² Да ли је у праву Велики инквизитор кад горљиво тврди да: „...нема непрекидније и мучније бриге за човека него кад остане слободан да што пре пронађе онога коме ће се поклонити.“¹⁸³

Слободна воља значи могућност избора за другачије.¹⁸⁴ Уколико могућност избора не постоји, бесмислено би било кажњавати.¹⁸⁵ Немогућност избора негира скривљеност. Другим речима, како могу да будем крив што сам урадио нешто кад у датој прилици нисам могао да урадим апсолутно ништа друго до тога што сам урадио.¹⁸⁶ На други начин, замислимо да постоје само једна врата; не постоји опција да останем на месту на коме се налазим, а није могуће вратити се назад, скренути или одабрати било које друго кретање или понашање до управо проласка кроз та једна једина врата. Уколико прођем кроз њих може ли ми се замерити, могу ли се прекорити? Кривица се на тај начин обликује као вредносни суд о мом понашању. Моје дело се вреднује. То се чини кроз суд¹⁸⁷ о томе да ли је моје дело позитивно или негативно (вредновано). Такав вредносни суд мора да буде објективан. Међутим, оваква тврдња свакако је недовољно прецизна и једнако смислена и функционална као кад бисмо у кривичном поступку рекли да суд мора да буде објективан. Злобници, а и ми бисмо приметили, а какав то уопште и треба да буде? Настојаћемо несумњиво да се уздржимо од „откривања очигледности“. Објективан суд је заправо ништа друго до субјективан суд одређеног друштва у одређеном тренутку. Неко би рекао да је суд друштва изражен кроз прописивање кривичних дела. Таква изјава није нетачна, али не одговара расправи о кривици. „Откривање очигледности“ је утврђивање да друштво негативно вреднује понашање које је прописано као кривично дело. Ми и не споримо да је пролазак кроз

¹⁸² Фјодор М. Достојевски, *Браћа Карамазови*, Отворена књига, Београд 2007, 274.

¹⁸³ *Ibid.*, 275.

¹⁸⁴ Иначе, значај слободе воље и њено рано препознавање за смисао модерног кривичног права видимо и из Фејешове анализе института кривичне одговорности у *Constitutio Criminalis Theresiana* (ССТ) из 1768. године, где указује да се у глави III у параграфу 1 тог законика, налази и „са данашњег аспекта рудиментаран појам кривичног дела“, те цитира Законик: „Злодело је слободном вољом предузета забрањена радња или слободном вољом пропуштена обавезна радња.“ Иштван Фејеш, „*Constitutio Criminalis Theresiana – кривична одговорност*“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2010, 103.

¹⁸⁵ Стојановић указује да сам концепт кривице полази од релативне слободе човекове воље, те да је потпуни детерминизам негација кривичног права. Код овог аутора примећујемо становиште релативног индетерминизма. Види Зоран Стојановић, „Кривица или кривична одговорност?“, *Бранич* 3-4/2004, 16.

¹⁸⁶ Ради бољег образлагања мишљења за кратко ћемо прећи у прво лице једине.

¹⁸⁷ Наравно да се мисли на просуђивање у смислу мисаоног процеса.

врата (из малопређашњег примера) кривично дело¹⁸⁸, ми указујемо да је за суд о кривици пресудно питање „Да ли сам ја уопште могао да бирам како ћу се понашати?“, а не да ли сам прошао кроз врата. Уколико нисам, а друштво ме казни, прецизнији да будем, судија, после мене ће се на оптуженичкој клупи наћи свеколико животињско царство, пошто и они не могу да изаберу како ће се понашати, и могу да прођу кроз врата. Побојали бисмо се да описана ситуација неодољиво подсећа на средњовековно суђење животињама. Све би ово било изванредно смешно, и феноменална анегдота за кафану са пријатељима. Ипак, кад останемо сами са собом, не бисмо могли да се отлемо утиску, да свако од нас сутра може да постане животиња, и да се наше понашање вреднује као понашање животиње. Као закључак, иако пре „окончања“ овог поднаслова, навели бисмо да начело кривице служи слободи човека, служи његовом достојанству, служи његовим уставним правима, и што је неупоредиво важније, служи му да буде и остане човек. Мислимо да нема бољег места у раду за подсећање на Достојевског који расправља о разуму и хтењу, када пише: „Али вам понављам, и по стоти пут, да постоји случај, само један, кад човек може свесно да пожели нешто штетно и глупо, чак и најглупље, и још да има и право да пожели баш оно најглупље, и да није обавезан да жели само оно паметно.“¹⁸⁹ За све оне који поричу слободу воље, можда бисмо упутили, само укратко и упитно, (код истог писца), на речи: „И како је дошло на ум свим тим мудрацима да је човеку неизоставно потребно неко разумно и корисно хтење. Како им је дошло на ум као нешто неизбежно... Човеку треба-само једно самостално хтење, па ма шта стајала та самосталност, и ма чему водила.“¹⁹⁰ Писац закључује, ако је све прорачунато, ми више нећемо имати шта да радимо, само ћемо морати да ствари схватамо и примамо.¹⁹¹

Сматрамо да су два главна обележја савременог кривичног права казна и кривица.¹⁹²

Као што смо већ утврдили, мишљења смо да је циљ кривичног права постизање

¹⁸⁸ Фиктивно и за потребе пластификације, врхунца баналности и лакшег разумевања изражено на начин на који чинимо.

¹⁸⁹ Фјодор М. Достојевски, *Записи из подземља*, Отворена књига, Београд 2009, 25.

¹⁹⁰ *Ibid.*, 23.

¹⁹¹ *Ibid.*, 24.

¹⁹² Франк сматра да су основни појмови злочинство и казна. С. Франк (1955), 1. Можда није одговарајуће поистоветити основни појам са главним обележјем, јер овај други се превасходно односи на појмове које просечан грађанин има у виду кад се помене кривично право. Такође, готово да је општеприхваћено да су основни појмови кривичног права: кривично дело, кривична санкција и учинилац кривичног дела. Стојановић наводи (објашњавајући назив ове гране права) да се назив кривично право код нас користи од краја 19. века и да је прихватљивији (од назива казнено право) јер казна није једина кривична санкција, као и да се везује за централни појам кривичног права, за кривицу. На трагу тога, указује да је појам

оптималне равнотеже између поштовања основних људских права¹⁹³ и ефикасне заштите државе и друштва од криминалитета. Међутим, неретко се циљеви кривичног права поистовећују са циљевима казне. Ово су два различита скупа, чији делови додуше стварају унију скупова, али прилично невелике површине. У вези са употребом различитих појмова, могло би се тврдити да је циљ кривичног права у КЗС дефинисан у чл. 3 („Основ и границе кривичноправне принуде“).¹⁹⁴ Ипак, не бисмо се сложили са таквом тврдњом. Овакво одређење не може да се прихвати ни као циљ ни као оправдање кривичног права. Евентуално има места да се прихвати као „начин понашања кривичног права“ у смислу омеђавања поља његовог деловања. Појам циља несумњиво „у битном дели заједнички скуп“ са појмом сврхе. Наиме, циљ одговара на питање шта се жели постићи, а сврха зашто се жели постићи. До циља се, између осталог, долази остваривањем сврхе. Ипак, уколико прочитамо чл. 4 ст. 2 КЗС („Кривичне санкције и њихова општа сврха“) видимо да тамо пише: „Општа сврха прописивања и изрицања кривичних санкција је сузбијање дела којима се повређују или угрожавају вредности заштићене кривичним законодавством. „Сузбијање дела“ нас несумњиво подсећа на заштитну функцију кривичног права у оквиру дефиниције циља кривичног права (заштита државе/друштва од криминалитета). Изгледа дакако, да законском одређењу сврхе кривичних санкција, за поистовећивање са циљем кривичног права, недостаје део који говори о „заштити основних људских права“. Надаље, у чл. 42 КЗС („Сврха кажњавања“) прописано је да је у оквиру опште сврхе кривичних санкција, сврха кажњавања и генерална и специјална превенција као и (додали бисмо неупотребљиво номинална „флоскула“) „изражавање друштвене осуде за кривично дело, јачање морала и учвршћивање обавезе поштовања закона“. Видимо да ни сврха казне није заштита основних људских права. Другом приликом упустили бисмо се у критичку анализу става да је прави циљ казне и уопште кривичних санкција заштита основних људских права, и то управо из разлога што се оне изричу учиниоцу дела који је повредио/угрозио, између осталог¹⁹⁵, основно људско право другог лица. Међутим,

„кривица“ некад био схватан у смислу кривичног дела, те да се данас у правничком жаргону каже „бавити се кривицом или судити кривице“. Види Зоран Стојановић, *Кривично право општи део*, Правни факултет Универзитета у Београду и Правна књига, Београд 2013²⁰, 5.

¹⁹³ Често се употребљава синтагма „основних људских права човека“. Ово је заправо прикривени плеоназам јер људска права може да ужива само човек.

¹⁹⁴ Чл. 3 КЗ: „Заштита човека и других основних друштвених вредности представља основ и границе за одређивање кривичних дела, прописивање кривичних санкција и њихову примену, у мери у којој је то нужно за сузбијање тих дела.“

¹⁹⁵ Кажемо између осталог из разлога што се прописивањем кривичних дела не штите искључиво основна људска права. Стојановић пак, елаборирајући проблематику заштитног објекта у кривичном праву, указује да заштитни објект представљају одређена добра којима се кривичним правом пружа заштита.

казна једноставно не може опстати без кривице. Ништа не може лакше изазвати друштвене немире и пољуљати темеље друштва као што може учинити употреба казне за дисциплиновање непослушних. И учиниоци најтежих кривичних дела, као уосталом и свих других, по правилу немају проблем да прихвате казну чији је основ, врста и висина искован и обликован степеном њихове кривице. Чињеница да су ухваћени и да им је суђено, не говори им више од тога да једноставно нису били довољно пажљиви, јер да јесу, не би их ухватили. Следећи пут, уколико наставе „делатност“, потрудиће се да буду пажљивији. За њихово откривање и суђење, они ће готово без изузетка кривити себе и своју несмотреност. Али понављамо, и најтежи и најопаснији криминалци од суда траже правду. Иако у кривичном поступку поричу да су учинили дело које им се ставља на терет, они га се у миру своје савести никад не одрекну. Они истински не траже ослобођење, али захтевају правду. Проблем не настаје због осуђујуће пресуде, нити због употребљене репресије, већ због неистраживања и неоткривања правог степена кривице. Сматрају да казна не одговара кривици. Измењена констелација односа у приступу утврђивања кривице, претворила би репресивни апарат државе, у великом делу случајева, у правичног и истинољубивог пресудитеља који кажњава зато што жели да сачува не само друштво, већ и учиниоца, и који му правилно изреченом казном помаже да што пре дође натраг у друштво. Неизоставни отклон који морамо направити према читаоцу је и наше самооправдање у односу на претходне редове из којих би недовољно упућени могли закључити да је сваки оптужени учинио кривично дело. Не, нисмо овде говорили о томе, нити ћемо говорити. Напротив, правна заблуда долази као магла на лице које јесте предузело понашање које је у закону прописано као кривично дело. Правна заблуда и постоји само у односу на лице које јесте учинило такву радњу. Правна заблуда и полази од тога да је дело учињено. Али, правна заблуда отвара често непресушни извор дилема, да ли је лице поступило скривљено. Ако није, судију не треба да плаши да ће повредити „космичку правду“ уколико изрекне ослобађајућу пресуду. Напротив, треба да га плаши осуда нескривљеног.¹⁹⁶

Разликује општи и групни заштитни објект, а управо општи заштитни објект дефинише на следећи начин: „Општи заштитни објект треба видети у основним добрима човека (или његовим основним правима) као и оним друштвеним добрима која су у функцији постојања и остваривања основних добара човека.“ Стојановић дакле сматра да се кривичним правом (поред наравно основних људских права-основна добра човека), штите и одређена друштвена добра, али само она која су у функцији остваривања основних људских права. З. Стојановић (2013), 132-133.

¹⁹⁶ Наиме, оваква пресуда можда и задовољи ту „космичку правду“, али врло је могуће да је космосу сасвим свеједно да ли су на Земљи искључиво животиње или ту има и неких других бића. Дозволићемо себи да изведемо закључак на закључак у форми питања, и оставити читаоцу, будућем судији, да одлучи да ли је човек крив што нема крила, и кад би скочио са 20. спрата зграде не би могао да лети?

3.2. Психолошка теорија кривице

Психолошка теорија кривице јавила се као прва у развоју појма кривице. Њени представници били су (између осталих) фон Лист (*von Liszt*), Колрауш у ранијим радовима (*Kohlrausch*) и Радбрух.¹⁹⁷ Валтер (*Walter*) пак у главне представнике убраја и Белинга.¹⁹⁸ Роксин (*Roxin*) објашњава да је натуралистичко размишљање касног 19. века, развило, почетком 20 века, психолошки појам кривице, као субјективни однос учиниоца према последици („*subjektive Beziehung Täters zum Erfolg*“).¹⁹⁹ Јакобс (*Jakobs*) пише да је разликовање, које су вршили фон Лист, Белинг и Радбрух, на спољашњу страну (неправо) и унутрашњу страну (кривица) довело до психолошког схватања кривице.²⁰⁰ Веселс/Бојлке/Зацгер (*Wessels/Beulke/Satzger*) сматрају да је психолошко схватање кривице видело суштину кривице у субјективном-психолошком односу учиниоца према делу.²⁰¹ Исти аутори наводе да је Мецгер (*Mezger*) писао да ово схватање идентификује појам кривице са психичким стањем (знање/незнање; воља/одсуство воље), те да је умишљај и нехат посматрало као врсте кривице („*Schuldarten*“).²⁰² Да је ово схватање кривице, умишљај и нехат перцепирало као врсте кривице, види и код Валтера²⁰³, М. Колера (*Köhler*)²⁰⁴, Креја (*Krey*)²⁰⁵, Јакобса²⁰⁶ и Фишера.²⁰⁷

Бачић резонује да се „према психолошким теоријама, кривња састоји у психичком односу, који обухваћа дјело као догађај у вањском физичком свијету, тако да тај психички однос не обухваћа и свијест о протуправности дјела.“²⁰⁸ Код нас Таховић пише да се према „психолошкој концепцији виности“ субјективни елемент кривичног дела „исцрпљује у психичком односу учиниоца према кривичном делу као једном

¹⁹⁷ Roxin Claus, *Strafrecht - Allgemeiner Teil Band I - Grundlagen - Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Verlag C.H. Beck, München 2006⁴, 855-856.

¹⁹⁸ Tonio Walter, *Der Kern des Strafrechts: die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum*, Mohr Siebeck, 2006, 108.

¹⁹⁹ C. Roxin (2006), 855.

²⁰⁰ Günther Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, Walter de Gruyter, Berlin - New York 1991², 470.

²⁰¹ Johannes Wessels, Werner Beulke, Helmut Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg 2013⁴³, 158.

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ T. Walter, 108.

²⁰⁴ Michael Köhler, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, Springer Berlin - Heidelberg, 1997, 370.

²⁰⁵ Volker Krey, *Deutsches Strafrecht - Allgemeiner Teil Band 1: Grundlagen, Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld*, W. Kohlhammer Verlag, 2008³, 243.

²⁰⁶ G. Jakobs (1991), 470.

²⁰⁷ T. Fischer (2015), 92.

²⁰⁸ Ф. Бачић (1998), 212.

догађају у спољном (физичком) свету.²⁰⁹ Иначе, психолошко схватање кривице можемо пратити још код Чубинског: „Према прописима закона човек може извршити једно дело, које није ни ружно, нити антисоцијално, а чак и из племенитих побуда, али уколико постоји веза његовог дела са његовим унутрашњим светом..., а само је дело забрањено у закону, виност постоји и он је крив и одговоран.“²¹⁰

Роксин излаже да су према психолошкој теорији кривице, као врсте кривице важили умишљај и нехат, а урачунљивост (*Zurechnungsfähigkeit*) је означавања као претпоставка (услов за, прим. аут.) за кривицу или претпоставка за кажњавање.²¹¹

Ипак, психолошка теорија кривице није задовољавала из више разлога. Као главни фигурирају: безсадржајност тако дефинисане кривице; несвесни нехат; извињавајућа крајња нужда и правна заблуда. Роксин указује да је Франк био први који је уочио проблеме психолошке теорије, и то конкретно да психолошко поимање кривице не може да објасни извињавајућу крајњу нужду; затим да способност урачунавања, није претпоставка кривице већ да припада кривици; као и проблем код несвесног нехата, где је неутврдив психички однос учиниоца према последици.²¹² У домаћој литератури, Стојановић примећује такође да се психолошким теоријама „може пребацити да представљају одређену симплификацију и психологизам, као и да се не могу доследно спровести пре свега у односу на несвесни нехат“²¹³; а и Златарић/Дамашка наводе да нормативне теорије овој „психичкој“ приговарају јер „затајује код несвесног нехата, јер тамо нема ни свести ни воље, и да је етички безбојна“.²¹⁴ Да је несвесни нехат „проблем“ видимо и код Гропа (*Gropp*) који указује да „чисто психолошко схватање кривице није у стању да објасни кривичну одговорност за радњу учињену из несвесног нехата јер не постоји психички однос између учиниоца и дела“.²¹⁵

²⁰⁹ Јанко Таховић, *Кривично право општи део*, Савремена администрација, Београд 1961, 165-166.

²¹⁰ М. П. Чубински, 61.

²¹¹ С. Roxin (2006), 855.

²¹² *Ibid.*, 856.

²¹³ З. Стојановић (2013), 166.

²¹⁴ Богдан Златарић, Мирјан Дамашка, *Рјечник кривичног права и поступка*, Информатор, Загреб 1966, 147.

²¹⁵ Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin – Heidelberg 2015⁴, 270.

Франк проблем не види само у „несавршеним методама психологије“, већ и у томе да „кривња није само безбојан психолошки појам, већ садржи у знатној мјери и социјалних и етичких елемената“.²¹⁶

Пре свега, дефиниција кривице као унутрашњег односа учиниоца према кривичном делу, несумњиво је, у најмању руку бесадржајна, а свакако и неистражива (неиспитива, неутврдива). Наиме, прилично је незахвално, заснивати, а можда и пре оправдавати постојање кривичног дела и кажњавање неког лица, само на основу тога какав је био његов унутрашњи однос према делу. Тако је примећено да психолошки појам кривице не даје одговор (информације) који психички факти треба да буду релевантни за кривицу (*schuldrelevant sein sollen*).²¹⁷ Новоселец је правилно уочио да „пуки психички процеси узети сами за себе не могу оправдати пријекор, јер су вриједносно неутрални и етички безбојни.“²¹⁸ Бачић на том трагу наводи: „...у критици психолошких теорија даље се истиче да оне уопће не говоре што је садржај кривње.“²¹⁹

Једноставније речено, прекораване и кажњавање лица зато што то лице, унутар своје психе, има одређени однос према делу не говори апсолутно ништа. Чини нам се као да недостаје мерна скала, односно „фактор упоређивања“, који би се описао речима „какав је однос према делу могао да има (а можда и требао да има, но ово „требање“ ипак сад није тема). Делује нам (додуше и јесте тако) као да психолошка теорија кривице „кажњава“ за урађено, па иако је номинално „укорењена“ у субјективно и тежи субјективизацији, њено дејство несумњиво припада објективној одговорности. Да оваква тврдња није претерана, можемо видети код нехатних деликата. Наиме, оваква тврдња има „проблем“ и са свесним нехатом (у делу где је учинилац „олако држао да до тога неће доћи или да ће то моћи спречити“, чл. 26. КЗС), а несвесни нехат по њој уопште и не може бити облик кривице. С тим у вези, Велцел пише да је Колпрауш (као присталица психолошке теорије, прим. аут.) веровао да несвесни нехат уопште није облик кривице, јер недостаје психички однос учиниоца према последици.²²⁰ На овакво размишљање наилазимо и код Бачића, који за однос психолошке теорије и несвесног нехата пише: „Та теорија...није успјела у појам кривње укључити несвјесни нехај, чије

²¹⁶ С. Франк (1955), 137.

²¹⁷ G. Jakobs (1991), 471.

²¹⁸ П. Новоселец, 159.

²¹⁹ Ф. Бачић (1998), 212.

²²⁰ H. Welzel, 139-140.

је битно обиљежје управо то што не постоје психичке везе починитеља с дјелом. Зато се догађа да неке присташе психолошких теорија искључују несвјесни нехај уопће из појма кривње. Психолошка теорија не може објаснити ни бит кривње код нехаја уопће, јер је нехај неодвојив од нормативних елемената, с обзиром на то да га обиљежава пропуштање дужне пажње.²²¹

Следеће „сметње“ психолошкој теорији су извињавајућа крајња нужда и правна заблуда. Веселс/Бојлке/Зацгер пишу да психолошка теорија не може да објасни зашто не „отпада“ кривица лица које умишљајно поступа („умишљајнопоступајућег“ - *vorsätzlicher Handelnde*) под претпоставкама извињавајуће крајње нужде.²²² Ово „замера“ и Креј, који правилно примећује „да ова крајња нужда не тангира умишљај“.²²³ Јакобс се пак позива на Франка и његову примедбу да психолошко схватање кривице не може да објасни како је кривица искључена код извињавајуће крајње нужде.²²⁴ Јер, лице које поступа у извињавајућој крајњој нужди и те како је свесно свог дела и хоће га (узмимо за пример директни умишљај), и ако би се садржај кривице исцрпео у психичком односу учиниоца према делу, неуважавајући при томе умањење кривице до границе „недетекције“ као последице умањења неправда и мотивацијског притиска, онда би такав учинилац био крив и имао би се казнити. С тим у вези подсетићемо на један случај из судске праксе у Хрватској, који су обрадили и Бојанић/Мрчела.²²⁵ Ради се о пресуди Жупанијског суда у Загребу К. бр. 245/99 и пресуди Врховног суда Хрватске Кж. I бр. 960/02 (по жалби на првостепену пресуду). У аутомобилу у кретању се налазе возач и малолетни син возача; а на кола одређено лице пуца из аутоматске пушке; поред нападача стоји и његов пријатељ који покушава да спречи нападача, али не успева у томе. Возач је, да би избегао опасност за живот која је претила не само њему већ и његовом сину, „покупио“ колима и нападача и његовог пријатеља који је стојао поред њега. Првостепени суд је ослободио возача за два убиства у покушају, а у односу на треће лице, пријатеља нападача, применио је конструкцију „просторно екстензивно прекорачење нужне одбране“. Ово је потврдио и Врховни суд.²²⁶ Налазимо да је ово прилично „натегнуто“ решење које се свакако могло избећи напуштањем монистичких теорија о крајњој нужди и увођењем (и) крајње

²²¹ Ф. Бачић (1998), 213.

²²² J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 158.

²²³ V. Krey, 243.

²²⁴ G. Jakobs (1991), 471.

²²⁵ И. Бојанић, М. Мрчела, 401.

²²⁶ *Ibid.*

нужде која искључује кривицу.²²⁷ Да се вратимо на „препреке“ психолошке теорије кривице. Дакле, сасвим потребно и оправдано постојање извињавајуће крајње нужде, било би потпуно неспојиво схватању кривице у психолошком смислу. Ово би пак довело до тога, да би возач из горе наведеног примера био осуђен за убиство пријатеља нападача. Налазимо за готово излишно истицање колизије таквог решења са смислом, не само кривице као централног института кривичног права, већ и са „најобичнијим“ здравим разумом. Колико је праведно прекорити и казнити неког зато што није светац?

Следећи хендикеп психолошке теорије кривице је апсолутно игнорисање правне заблуде. Јасно речено, свест о забрањености дела (актуелна и потенцијална), је нешто што психолошка теорија кривице држи за чист вишак. Бачић готово да оптужује када наводи: „Јер, гдје је кривња, кад се кривим прогласи човјек који не зна да је оно што ради недопуштено, кад он ради у доброј вјери да не чини никакво зло.“²²⁸ Исти аутор прави суверен раскид са психолошком теоријом кривице управо на терену правне заблуде те пише: „...фикција на којој се темеље психолошке теорије - да сви познају све казнене законе, данас је, (прим. аут.) готово апсурдна, с обзиром на бројне нове деликте у подручју господарства, у вези с новом техником и технологијом и др. То ширење казног права на нова подручја, удаљена од његове традиционалне језгре деликата, учинила су посве безвриједним психолошка схваћања кривње.“²²⁹ Најједноставније речено, психолошка теорија кривице кажњава и лице које је у најбољој вери предузело/пропустило радњу, при чему никако није знало нити је могло знати да је његово понашање забрањено. Мишљења смо да би кажњавање оваквих учинилаца било не само кршење начела кривице, већ би се врло брзо претворило у крајње бесмислен посао који би на концу довео до потпуне објективизације кривичног права по принципу – дело учињено, одговорно је лице које је предузело радњу.

3.3. Нормативне теорије кривице

Како би се отклонили недостаци, односно можда и кривичном праву „неподношљиви“ исходи до којих би довела психолошка теорија кривице, јавио се низ других схватања кривице који се сви могу подвести под један појам – нормативне теорије.

²²⁷ Ипак не бисмо могли говорити о искључењу кривице већ пре о умањењу кривице на такву меру која би искључила потребу кажњавања. Ово на трагу разликовања разлога искључења кривице и извињавајућих разлога.

²²⁸ Ф. Бачић (1998), 213.

²²⁹ *Ibid.*, 208.

Бојанић/Мрчела разлог за настанак нормативне теорије повезују са „одређеним случајевима крајње нужде у којима се није могло применити начело претежног интереса, али ни оправдати кажњавање починитеља због изнимног мотивацијског притиска“²³⁰; а пишу да се управо „у вези с таквим ситуацијама обликовала идеја о немогућности очекивања понашања које је у складу с правом (*Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens*), које је постала идејом водилом за испричавајуће разлоге“.²³¹

Као родоначелник ових теорија несумњиво фигурира професор Рајнхард Франк. Заферлинг (*Safferling*) говори о „новој промени“ коју је Франк унео у догматику кривице.²³² Веселс/Бојлке/Зацгер пишу да нормативно схватање кривице потиче од Франка, те да суштину кривице види у прекорљивости обликовања воље и активности воље („*sieht das Wesen der Schuld in der Vorwerfbarkeit der Willensbildung und Willensbetätigung*“) односно у нормативној оцени психичког стања.²³³ У том тону и Велзел (који је такође писао да је кривица прекорљивост обликовања воље (*Willensbildung*).²³⁴) истиче да је Франк покренуо нормативне теорије, да је кривицу означио као прекорљивост, а да је касније покушавана да се одреди суштина прекорљивости (*das Wesen der Vorwerfbarkeit*).²³⁵ На том трагу и Роксин препознаје да је Франк пронашао-осмислио појам прекорљивости (*Vorwerfbarkeit*), те да је писао да је кривица прекорљивост.^{236,237} Све наведено учачава и Јакобс цитирајући Франка да кривица „треба да буде прекорљивост“ (*Schuld soll Vorwerfbarkeit eines Verhaltens sein*).²³⁸ Тако и Дуру (*Duru*) пише да је Франк изменио свет кривичног права²³⁹ када је рекао да је кривица прекорљивост.²⁴⁰

Видимо да се као појам иманентан нормативним теоријама кривице јавља прекорљивост (*Vorwerfbarkeit*). Другим речима, у овој именици настоји се најсажетије и

²³⁰ И. Бојанић, М. Мрчела, 396.

²³¹ *Ibid.*

²³² Christoph J. M. Safferling, *Vorsatz und Schuld: subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2008, 50.

²³³ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 158.

²³⁴ H. Welzel, 139.

²³⁵ *Ibid.*, 140.

²³⁶ C. Roxin (2006), 856-857.

²³⁷ Заферлинг истиче да се Франков термин „прекорљивост“ брзо проширио у кривичноправној литератури; види С. Ј. М. Safferling, 51.

²³⁸ G. Jakobs (1991), 471.

²³⁹ Boris Duru, „Gießener Erneuerung des Strafrechts - Reinhard Frank und Schuldbegriff“, *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 5/2012, 734.

²⁴⁰ Reinhard Frank, *Festschrift für die Juristische Fakultät in Gießen zum Universitätsjubiläum*, 1907, 519. Цитирано према В. Duru, 734

најједноставније описати шта је кривица. Лице је криво зато што му се може упутити прекор, зато што се може прекорити, зато што му се његово понашање може пребацити у одговорност. („Пребацивост кривице“ спомиње се и у филозофским круговима; тако на пример Кајл (*Keil*) указује да уобичајено образложење принципа кривице гласи да би било неправедно казнити некога, коме се не може пребацити скривљени пропуст.²⁴¹)

Па ипак, није тешко закључити да и оваквом дефинисању измиче одговор на питање шта је садржај кривице. Нормативно одређење кривице говори само да неко скривљено понашање мора да буде прекорљиво, али не одговара на питање од којих садржинских претпоставки зависи прекорљивост.²⁴²

Наиме, који је одговор на питање зашто се лицу упућује прекор, зашто се лице прекорева? Јакобс примећује да је прекорљивост сама по себи скупни термин без сопствене функције; а да се то променило кад се покушало да се разлог кажњавања обухвати кривицом.²⁴³ Тако за Хеглера наводи да је покушао да оспособи термин (прекорљивост, прим. аут.) тако што је тврдио да се код кривице ради о томе да ли је учинилац „био господар свог дела“ („*ob der Täter Herr seiner Tat gewesen ist*“).²⁴⁴ Јакобс иначе, кривицу види као „одговорност за недостатак доминантне правне мотивације приликом неког противправног понашања.²⁴⁵ Исти писац означава кривицу и као „неверност праву“ (*Rechtsuntreue*).²⁴⁶

У настојању да се открије суштина прекорљивости, Велцел подсећа да је Голдшмит (*Goldschmidt*) ову видео у противдужносном хтењу, а Фројдентал (*Freudenthal*) у „приписивости“ (*Zumutbarkeit*).²⁴⁷ Сам Велцел пише да је кривица обележје које противправном понашању додаје нови моменат, услед којег такво понашање постаје злочин (кривично дело, прим. аут.).^{248,249} Кривица заснива лични прекор против

²⁴¹ Geert Keil, Keine Strafe ohne Schuld, keine Schuld ohne freien Willen?, *Studien zur theologischen Ethik* 128 (2010), 164.

²⁴² C. Roxin (2006), 859-860.

²⁴³ G. Jakobs (1991), 472.

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ *Ibid.*, 469.

²⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁷ H. Welzel, 140.

²⁴⁸ *Ibid.*, 138.

²⁴⁹ Иначе, КЗ Немачке разликује злочине (Verbrechen) од престопа (Vergehen). Ово питање уређено је у чл. 12 КЗН. Злочини су противправна дела за које се може изрећи казна затвора у трајању од једне или

учиниоца (*persönlicher Vorwurf*) јер није пропустио противправну радњу, иако је то могао учинити.²⁵⁰ (Указује да кривични прекор (*Schuldvorwurf*) претпоставља да се учинилац могао сходно норми мотивисати, и то не у апстрактном смислу, да је то могао неки човек уместо учиниоца, већ сасвим конкретно, да је учинилац у датој ситуацији могао да изгради вољу за понашање сходно норми („*einen normgemäßen Willen hätte bilden können*“).²⁵¹ Објашњава да овај прекор има две премисе, прва је да учинилац има духовне способности да се мотивише сходно норми, односно да буде урачунљив.²⁵² Ове прве, Велцел назива егзистенцијалним условима прекорљивости („*die existentiellen Voraussetzungen der Vorwerfbarkeit*“). Друга премиса је могућност увида у противправност, које Велцел назива посебним условима прекорљивости („*die speziellen Voraussetzungen der Vorwerfbarkeit*“).²⁵³

Роксин бавећи се садржинским претпоставкама нормативног схватања кривице уочава да се ту ради о питању материјалног значења кривице, на које заступници нормативних теорија кривице различито одговарају, а сам Роксин излаже пет данас најзначајнијих различитих супротстављених становишта: 1. Кривица као могућност другачијег понашања (*Schuld als „Andreshandelkönnen*); 2. Кривица као правно неодобравајуће мишљење (*Schuld als rechtlich missbilligte Gesinnung*); 3. Кривица због сопственог карактера (*Schuld als Einstehenmüssen für der eigenen Charakter*); 4. Кривица као приписивање потребама генералне превенције (*Schuld als Zuschreibung nach generalpräventiven Bedürfnissen*); 5. Кривица као противправно поступање упркос нормативној приступности/доступности (*Schuld als untechtes Handeln trotz normativer Ansprechbarkeit*).²⁵⁴

Прилично јасно одређење суштине прекора налазимо и у закључку Великог сената за кривичне предмете Савезног суда Немачке (*der Große Senat für Strafsachen des BGH*) GSSt 2/51 од 18.3.1952. године²⁵⁵, где се наводи да се учинилац „прекоревашто што се није понашао у складу са правом, што се одлучио за неправо...иако се могао одлучити за право“. У том тону наставља: „Унутрашњи разлог кривичног прекора лежи у томе, да

више од једне године, док су преступи противправна дела запрећена нижом казном затвора или новчаном казном.

²⁵⁰ Н. Welzel, 138.

²⁵¹ *Ibid*, 141.

²⁵² *Ibid*.

²⁵³ *Ibid*.

²⁵⁴ С. Roxin (2006), 859-875.

²⁵⁵ BGH - Beschluß vom 18. März 1952 - GSSt 2/51.

се човек ослонио на слободно, одговорно, обичајно самоодређење и стога је оспособљен да се одлучи за право, а против неправу, своје понашање према нормама правног требања да усмери и правно забрањено да избегне...“ („...sein Verhalten nach den Normen des rechtlichen Sollens einzurichten und das rechtlich Verbotene zu vermeiden...“).²⁵⁶

Иначе, GSS des BGHs у овој, за правну заблуду пионерској одлуци, успоставља свест о забрањености као компоненту кривице („Претпоставка да се човек у слободном, одговорном и обичајном самоодређењу, за право а против неправу одлучи, је знање (распознавање, прим. аут.) о праву и неправу.“²⁵⁷)

У југословенској литератури, Бачић кривицу као прекор види у „оцјени субјективне стране човјекова понашања са стајалишта захтева правног поретка.“²⁵⁸

На крају овог поднаслова ваљало би у кратким цртама „препознати“ основне елементе нормативног одређења кривице. Веселс/Бојлке/Зацгер не споре да је нормативно схватање кривице данас широко признато, али примећују да се разлике тичу елемената из којих се састоји кривица.²⁵⁹ Тако ови аутори виде да преовлађујуће становиште полази од тога да је „кривичноправна кривица“ сложен појам који се састоји од: способности за кривицу (урачунљивости, *Schuldfähigkeit*, прим. аут.); облика кривице (*Schuldform*; умишљајна или нехатна кривица); свести о противправности или могућности свести о противправности (*Unrechtsbewusstsein oder Möglichkeit der Unrechtseinsicht*) и негативног елемента - непостојање извињавајућих разлога (*das Fehlen der Entschuldigungsgründen*).²⁶⁰ Слично, ако не и исто одређење налазимо и у КЗ Хрватске у чл. 23 („Састојци кривње“): „Крив је за казнено дјело починитељ који је у вријеме почињења казног дјела био убројив, који је поступао с намјером или из нехаја, који је био свјестан или је био дужан и могао бити свјестан да је његово дјело забрањено, а не постоји испричавајући разлог.“²⁶¹ Даље, у вези са елементима нормативног одређења кривице, Роксин истиче да је Франк сматрао да се кривица

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ („Voraussetzung dafür daß der Mensch sich in freier, verantwortlicher, sittlicher Selbstbestimmung für das Recht und gegen das Unrecht entscheidet, ist die Kenntnis von Recht und Unrecht.“), BGH - GSSt 2/51.

²⁵⁸ Ф. Бачић (1998), 209.

²⁵⁹ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 158.

²⁶⁰ *Ibid.*

²⁶¹ Казнени закон Републике Хрватске, Народне новине 125/11, 144/12, 56/15, 61/15.

састоји од три једнаковажна елемента: нормално духовно својство учиниоца; конкретан психички однос учиниоца према делу или могућност истог (умишљај или нехат) и нормално својство околности под којима учинилац поступа.²⁶² Ово „нормално својство околности под којима учинилац поступа“ свакако видимо у постулату да се кривично право не односи на хероје и свеце, већ на обичног грађанина, са обичним способностима.

3.4. Основи искључења кривице и извињавајући основи

Овај наслов нема за циљ било какву детаљну анализу наведених категорија. Уврштен је у рад како би читалац имао јаснију представу о одређеним институтима који су били предмет истраживања.

Основи искључења кривице и извињавајући основи јесу два одвојена „правна и/или чињенична скупа“ који имају различите елементе, и којима је заједничко то што доводе до тога да, под одређеним условима, „учињено (кривично²⁶³) дело“ неће произвести „кривичноправне последице“ по лице које га је учинило. Непосредно и прецизирано дејство сваког од ових скупова свакако није исто. Једном не постоји кривица, а у другом случају законодавац „одустаје“ од кривичног прекора јер је постојећи ниво кривице, недовољан да „оправда“ кривичноправну кривицу.

Још је А. Колер (*A. Köhler*) (1917. године) разликовао разлоге искључења кривице у ширем и ужем смислу.²⁶⁴ У ширем смислу, разлози искључења кривице су правнооправдавајући разлози (основи искључења противправности, прим. аут.) попут нужне одбране, нужног права (*Notrecht*) и пристанак; и разлози искључења кривице у ужем (техничком) смислу, у шта убраја заблуду, казнену незрелост (*Strafunmündigkeit*) и неспособност за урачунавање (*Unzurechnungsfähigkeit*).²⁶⁵ Колер од наведених, као посебну групу разликује извињавајуће разлоге, код којих се радња за лице (учиниоца, прим. аут.) појављује као дозвољена, док оштећеном даје право на одбрану, те напад за оштећеног остаје противправан.²⁶⁶

²⁶² С. Roxin (2006), 856-857.

²⁶³ Условно речено.

²⁶⁴ August Köhler, *Deutsches Strafrecht - Allgemeiner Teil*, Verlag von Veit & Comp, Leipzig 1917, 284-285.

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ *Ibid.*, 285.

3.4.1. Основи искључења кривице

Основи искључења кривице јесу они разлози чије постојање искључује постојање кривице као обавезног елемента општег појма кривичног дела. Уколико пак „нешто“ искључи кривицу, не постоји ни кривично дело. (Наравно да може постојати противправно дело у закону предвиђено као кривично дело).

Према КЗС, кривица је, уочили смо већ сложена и састоји се из три компоненте. У питању су: урачунљивост, умишљај/нехат и свест или потенцијална свест о забрањености дела. Уколико не постоји нека од ових компоненти, не постоји ни кривица, а тиме ни кривично дело. Дакле, мора се радити о томе да нека од компоненти не постоји, а не да је на било који начин „оштећена“/“редукована“. Наиме, кривица постоји и код лица које је битно смањено урачунљиво, јер је оно и даље урачунљиво. Слично се може резонovati и код постојања потенцијалне свести о противправности, код које лице није свесно забрањености дела, али је ипак било дужно и могло бити свесно забрањености дела.

Надаље, приметимо да се одређено стање (ситуација) које утиче на ове компоненте кривице у смислу искључења неке од њих, може означити као основ искључења кривице. Наравно, потребно је да је такво дејство прописано законом. Тако је у КЗС, у чл. 23, уређен институт неурачунљивости. У тој одредби прописује се који учинилац је неурачунљив. Осим ове одредбе, ту је и она из чл. 28 КЗС – „Стварна заблуда. Ако је отклоњива искључује умишљај, а тиме и кривично дело код дела за која се не кажњава за нехат. Са друге стране, ако је неотклоњива искључује и умишљај и нехат (ако га закон предвиђа). (Тако Стојановић пише: „Само неотклоњива стварна заблуда..., искључује и умишљај и нехат, тј. увек искључује кривицу, а тиме и кривично дело.“²⁶⁷). Такође, ту је неотклоњива правна заблуда која искључује трећу компоненту кривице.

Према немачком праву, основи искључења кривице (*Schuldausschließungsgründe*) су неурачунљивост и неотклоњива правна заблуда.²⁶⁸ Овако и Гроп.^{269,270} Каспар (*Kaspar*)

²⁶⁷ З. Стојановић (2012), 146-147.

²⁶⁸ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 168.

²⁶⁹ W. Gropp (2015), 279.

²⁷⁰ И. Бојанић, М. Мрчела, 396.

међутим додаје и одредбу о кривичној неодговорности деце из чл. 19 КЗН²⁷¹, а и Креј истиче да КЗН познаје три основа искључења кривице, и то у одредбама чланова (КЗН) 19 – кривична неодговорност деце; 20 – кривична неодговорност – неурачунљивост и 17 – правна заблуда (неотклоњива).²⁷² И код Фројнда (*Freund*)²⁷³ и Ота (*Otto*)²⁷⁴ препознајемо три основа. Ипак, Роксин сматра да правна заблуда може и при постојећој умањеној кривици искључити одговорност; те налази да је неоправдано, неотклоњиву правну заблуду посматрати као чист разлог искључења кривице (*Schuldausschliessungsgrund*) а наспрам извињавајућих разлога (пример крајње нужде из чл. 35 КЗН, као *Entschuldigungsgründe*).²⁷⁵

У случају њиховог постојања недостаје нека претпоставка кривице односно обележје које заснива кривицу („*bei ihrem Vorliegen fehlt es an einer Schuldvoraussetzung bzw. an einem schuldbegründenden Merkmal*“).^{276,277} Од ових треба разликовати разлоге ублажавања кривице, код којих је радња скривљена (постоји кривица, прим. аут.), али је кривични прекор учиниоцу ублажен.²⁷⁸

3.4.2. Основи извињавања (извињавајући основи – *Entschuldigungsgründe*)

За извињавајуће разлоге (*Entschuldigungsgründe*), Гроп наводи да се они разликују од разлога искључења кривице (*Schuldausschließungsgründe*) и разлога ублажавања кривице (*Schuldmilderungsgründe*), по томе што овде (у погледу извињавајућих разлога, прим. аут.) ублажавање кривице наступа на основу умањења неправда (*Unrechtsminderung*) у повезаности са постојањем мотивацијског притиска (*Motivationsdruck*).²⁷⁹ С тим у вези објашњава да умањење кривице не мора да достигне искључење кривице, већ је довољно да је кривица умањена до такве мере, да кажњавање више није неопходно.²⁸⁰ Слично одређење налазимо и код

²⁷¹ Johannes Kaspar, *Strafrecht - Allgemeiner Teil: Einführung*, Nomos, Baden-Baden 2015, 130.

²⁷² V. Krey, 246.

²⁷³ Georg Freund, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre*, Springer-Verlag, 1998, 116.

²⁷⁴ Harro Otto, *Grundkurs Strafrecht - Allgemeine Strafrechtslehre*, Walter de Gruyter, Berlin 2004⁷, 212-220.

²⁷⁵ C. Roxin (2006), 947.

²⁷⁶ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 168.

²⁷⁷ Слично и Креј, види V. Krey, 246.

²⁷⁸ W. Gropp (2015), 279.

²⁷⁹ *Ibid.*, 294.

²⁸⁰ *Ibid.*

Веселс/Бојлке/Зацгер који указују да се у таквим ситуацијама не достиже „доња граница кажњивости“.²⁸¹

Надаље, Роксин пише да један део литературе (Јешек/Вајгенд – *Jeschek/Weigend*, Рудолфи) прави разликовање између разлога искључења кривице (*Schuldausschließungsgründe*) и извињавајућих разлога (*Entschuldigungsgründe*).²⁸² У прве се убрајају неурачунљивост и неизбељива правна заблуда, и ту од почетка недостаје кривица, јер учинилац није могао другачије делати (није могао другачије да се понаша, прим. аут.).²⁸³ У извињавајуће разлоге се убрајају прекорачење нужне одбране (*Notwehrexzess*) и извињавајућа крајња нужда (*entschuldigender Notstand*), код којих постоји (остаје) и даље кривица, међутим умањена, али законодавац из посебне попустљивости/трпељивости (у конкретној ситуацији, прим. аут.) одустаје од подизања кривичног прекора.²⁸⁴ Ипак, Роксин указује и на ауторе, попут Хирша, који сматрају да између *Schuldausschließungsgründe* и *Entschuldigungsgründe*, у принципу не постоји разлика.²⁸⁵

Затим Ото, објашњавајући разлику између разлога искључења кривице и извињавајућих разлога, истиче да ови други обухватају ситуације у којима кривица није искључена, већ оне у којима учинилац упркос противправном понашању, због посебног „конфликтног положаја налази опроштај правног поретка“.²⁸⁶ О оваквом „опроштају“ види и код Тофарн (*Tofahrn*)²⁸⁷ и Веселс/Бојлке/Зацгер.²⁸⁸ Иначе, Бојанић/Мрчела, наводе да „чињеница да правни поредак код испричавајућих разлога показује разумијевање према починитељу и опрашта му почињено неправо, иако је мањи ступањ пријекора још увијек могућ, не значи да такво поступање одобрава“²⁸⁹, услед чега је дозвољена нужна одбрана на радње „у испричавајућој крајњој нужди...а кажњиво је и судиоништво у таквој радњи“.²⁹⁰

²⁸¹ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 168.

²⁸² C. Roxin (2006), 877-878.

²⁸³ *Ibid.*

²⁸⁴ *Ibid.*

²⁸⁵ *Ibid.*, фуснота 129.

²⁸⁶ H. Otto (2004), 222-223.

²⁸⁷ Sabine Tofahrn, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, C.F. Müller, 2013³, 160.

²⁸⁸ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 168.

²⁸⁹ И. Бојанић, М. Мрчела, 397.

²⁹⁰ *Ibid.*

С наведеним у вези, налазимо да је занимљиво указати на одредбу чл. 23 КЗ Хрватске – „Састојци кривње“. Наиме, у истој пише: „Крив је за казнено дјело починитељ који је у време почињења казног дјела био убројив, који је поступао с намјером или из нехаја, који је био свјестан или је био дужан и могао бити свјестан да је његово дјело забрањено, а не постоји ниједан испричавајући разлог.“ Сматрамо да је ванредно излишно закључити да кривица не би постојала, уколико би постојао „испричавајући разлог“. Дакле, у немачкој литератури као што смо видели, кривица „о(п)стаје“, али нема кривичног прекора; учиниоцу се опрашта. Свакако да неће постојати кривично (казнено) дело ни према КЗХ у случају постојања „испричавајућег разлога“, али такође је несумњиво да је КЗХ дефинисао кривицу (за разлику од КЗН), и да на начин на који је то учинио „тешко дозвољава“ да кривица постоји паралелно са постојањем „испричавајућег разлога“. Међутим, Бојанић/Мрчела јасно објашњавају да се ту ради о „понашању починитеља који се мора ослободити од оптужбе, јер због недостатка казненоправно релевантне кривње није починио казнено дјело“.²⁹¹

Као извињавајући основи у немачком кривичном праву фигурирају:

- извињавајућа крајња нужда (*entschuldigender Notstand*²⁹²); (види чл. 35 КЗН);
- прекорачење нужне одбране услед конфузије, страха или препасти (*Überschreitung der Notwehr*²⁹³); (види чл. 33 КЗН);
- извршење необавезујућег²⁹⁴ упутства – војна или службена наредба (*militärischer Befehl/dienstliche Anordnung*)^{295,296};
- изнадзаконска извињавајућа крајња нужда (*übergesetzlicher entschuldigender Notstand*) и
- неприписивост као општи извињавајући разлог (*Unzumutbarkeit als allgemeiner Entschuldigungsgrund*).²⁹⁷

²⁹¹ И. Бојанић, М. Мрчела, 406-407.

²⁹² § 35 КЗН

²⁹³ § 33 КЗН

²⁹⁴ Гроп пише да се мора радити о необавезујућем упутству, јер да је обавезујуће, радило би се о основима правног оправдања (основима искључења противправности, прим. аут.), W. Gropp (2015), 303. Јакобс пише да ако се наредба односи (извршење наредбе, прим. аут.) на кривичноправно неправо, онда је таква наредба необавезујућа; G. Jakobs (1991), 566.

²⁹⁵ Чл. 63 Савезног закона о службеницима (*Bundesbeamten-gesetz- BBG*), који се зове одговорност за законитост (*Verantwortung für die Rechtmäßigkeit*). Текст Bundesbeamten-gesetz –BBG, https://www.gesetze-im-internet.de/bbg_2009/index.html, 20. март 2017.

²⁹⁶ Чл. 5 и 22 Војног кривичног закона (*Wehrstrafgesetz*). Члан 5 се зове поступање по наредби (*Handeln auf Befehl*), а чл. 22 обавезност наредбе, заблуда (*Verbindlichkeit des Befehls, Irrtum*).

У КЗС, не препознајемо наведене извињавајуће основе. На пример, у погледу крајње нужде, евидентно је да КЗС прихвата монистичке теорије, које крајњу нужду виде само као основ искључења противправности. Са друге стране, КЗХ на пример познаје два „испричавајућа разлога“, и то: прекорачење нужне одбране изазвано астеничким афектом (чл. 21 ст. 4 КЗХ) и крајњу нужду „која искључује кривњу“ (чл. 22 ст. 2 КЗХ)²⁹⁸ – диференцирајуће теорије о крајњој нужди.²⁹⁹

4. ПОЈАМ ЗАБЛУДЕ

Заблуда је неодговарање/непоклапање стварности и наше представе о стварности. А готово идентично резонује и Каспар кад пише да је заблуда „неслагање између представе и стварности“.³⁰⁰ У питању је несагласност оног што стварно јесте и онога што ми мислимо да јесте.

Ово непоклапање стварности и наше представе о стварности може да се јави у два вида. Један је када се непоклапање огледа у томе што не знамо нешто, односно што нешто што чини стварност није у нашој представи о тој стварности. Овде се може радити о томе да лице не зна за један или више елемената који чини стварност. Отуда можемо говорити о незнању. Други вид је пак погрешно знање. Код лица не постоји празнина у поимању стварности, тј. лице има у својој свести све елементе стварности, међутим, из неких разлога, субјект сазнања (то лице) их погрешно перцепира. Услед те погрешне перцепције, његова представа о стварности није онаква каква та стварност заправо јесте.

На овом трагу можемо говорити о заблуди у ужем смислу и заблуди у ширем смислу. Тако на пример А. Колер, расправљајући о суштини заблуде (*das Wesen des Irrtums*), разликује заблуду у ужем смислу и незнање (*Irrtum im strengen Sinne und*

²⁹⁷ Види W. Gropp (2015), 294-308; J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 168-177; S. Tofahrn, 160; H. Welzel, 178-185; C. Jäger (2009), 158; мало другачију систематизацију види код G. Jakobs (1991), 567-587.

²⁹⁸ И. Бојанић, М. Мрчела, 396.

²⁹⁹ *Ibid.*, 398.

³⁰⁰ J. Kaspar, 173.

Unwissenheit).³⁰¹ Појам заблуде у ужем смислу означава као „позитивну погрешну представу о стварима и догађајима („*positiv falsche Vorstellung über Dinge oder Ereignisse*“).³⁰² Објашњава да се за кривично право незнање позитивно захтеваних обележја бића кривичног дела изједначава са заблудом.³⁰³ Другим речима, А. Колер препознаје разликовање заблуде уопште и заблуде за потребе кривичног права. У ову другу групу улази и незнање као заблуда у ширем смислу. Ово 68 година касније идентично види и Новоселец кад утврђује да је појам заблуде у кривичном праву шири него појам заблуде у свакодневном животу јер овај други обухвата само погрешну представу о нечему, а не и одсуство било какве представе.³⁰⁴ Тако и Шиловић који за заблуду користи назив блудња и под овим изразом сматра само „неисправност предоцбе“ која се разликује од незнања јер „код незнања нема предоцби, док их код блудње има, само су криве“.³⁰⁵ Када се у кривичном праву говори о блудњи, ради се и о блудњи и незнању.³⁰⁶ Ово истиче и Стојановић када напомиње да је заблуда у најширем смислу непостојање свести или постојање погрешне свести о некој околности.^{307,308} А на истој линији су Златарић/Дамашка, који наводе да је заблуда „недостатак сваке предоцбе или неисправна предоцба о некој околности у вријеме инкриминираног понашања.“³⁰⁹ Међутим, ту су и присталице дефинисања заблуде у ужем смислу, попут Попов, за коју је заблуда „погрешна представа о стварности“ (при чему не и незнање стварности, прим. аут.).³¹⁰ Тако и код Таховића можемо наићи на излагање два различита мишљења у погледу односа заблуде и незнања. Овај аутор као једно мишљење препознаје оно које диференцира заблуду од незнања, те пише: „Заблуда се разликује од незнања по томе, што код незнања недостаје представа о нечему, док је заблуда погрешна представа о нечему. Незнање означаје једно негативно стање свести, недостатак знања. Заблуда је позитивно стање свести, само што је то погрешна представа, погрешно знање. Свака заблуда претпоставља незнање, само што поред тога садржи и убеђење у тачност погрешне представе. Према томе незнање може постојати

³⁰¹ А. Köhler, 290.

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ *Ibid.*

³⁰⁴ П. Новоселец, 163; фуснота 1.

³⁰⁵ Јосип Шиловић, *Казнено право*, Загреб 1920, 111.

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ З. Стојановић (2013), 186.

³⁰⁸ Тако и Илија Симић, *Кривични законик са краћим коментаром*, ИНГ – ПРО, Београд 2005, 37.

³⁰⁹ Б. Златарић, М. Дамашка, 362.

³¹⁰ Даница Попов, *Грађанско право (општи део)*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2007⁵, 261.

без заблуде, ако не постоји убеђење у тачност погрешне представе.³¹¹ Као друго мишљење профилише се оно да су „незнање и заблуда еквивалентни појмови од подједнаког значаја за кривично право“.³¹² Даље, за Лазаревића, заблуда је постојање погрешне представе о некој околности, које се може манифестовати „тако што се сматра да постоји нека околност која објективно не постоји, или да не постоји нека околност која објективно постоји, или што је чешћи случај, да се има погрешна представа о садржини постојеће околности, да се та околност не одражава објективно у свести човека“.³¹³ И код Лазаревића ми само наизглед препознајемо одређење заблуде и као погрешне представе и као незнања. Ипак, видећемо да Лазаревић ипак „говори“ само о погрешној представи али не и незнању. Лазаревић заправо види заблуду „само“ као погрешну представу; јер и кад пише о ситуацији где лице сматра да нека околност не постоји, а она постоји, не ради се о томе да такво лице не зна за ту околност. Напротив, лице савршено добро зна за ту околност, али зна на начин да је уверен да она не постоји. Исти је случај и са „комбинацијом“ када лице мисли да околност постоји, а она заправо не постоји. Овде је дакле лице такође свесно околности, лице зна за ту околност, само је уверен да она постоји, иако заправо у конкретном случају не постоји.

Међутим, да не постоји потпуна сагласност око „ужег и ширег појма заблуде“, видимо код Аћимовића који пише: „Заблуда има две врсте: у ужем и ширем смислу. Заблуда у ужем смислу је незнање (недостатак свести), у ширем смислу погрешно схватање (нетачна представа), о стварним и правним обележјима бића кривичног дела.“³¹⁴ Са оваквим становиштем се не бисмо могли сагласити јер не полази од значења појма заблуде, већ нам се чини да се сам појам третира безначајски, те да се дефинише пре свега кроз „бројност елемената скупа“. Шири је стога онај појам чији је скуп бројнији. Тако да скуп заблуде који обухвата и незнање и погрешно знање/представу свакако има више елемената него скуп заблуде која садржи „само“ елемент погрешног знања/представе. Стога овај први делује да може да се назове заблуда у ширем, а други, заблуда у ужем смислу. Ипак, понављамо да не видимо простора за овакво закључивање.

³¹¹ Ј. Таховић, 191.

³¹² *Ibid.*

³¹³ Љ. Лазаревић (2011), 146.

³¹⁴ М. Аћимовић, 93.

Подели на заблуду у ужем и ширем смислу изгледа потпуно одговора и подела на позитивну и негативну заблуду. Позитивна заблуда је она када лице располаже са елементима стварности у свести али их, као што смо навели, погрешно представља. Са друге стране, негативна је заправо незнање. Таховић помиње незнање као негативно стање свести, а заблуду као позитивно.³¹⁵ У том тону, Каспар управо и разликује две појавне форме заблуде незнање (*Unkenntnis*) као негативну варијанту, када лице нешто не зна; и погрешно сматрање/прихватање, као позитивну варијанту, кад лице има погрешну представу о одређеним околностима.³¹⁶ Мршевић тако разликује и позитивну и негативну правну и стварну заблуду, при чему је позитивна она у којој се налази учинилац „који сматра да постоје околности или противправности које у ствари не постоје“, а у негативној се налази учинилац „који сматра да не постоје околности или противправности иако они у ствари постоје“.³¹⁷ Истиче да немају практичног значаја за кривично право „већ су само термиолошког карактера“.³¹⁸

Пред крај ове дискусије о позитивној и негативној заблуди, ваља указати да не можемо потпуно изједначити заблуду у ширем смислу и негативну заблуду. Ово наима, из врло једноставног разлога; негативна заблуда је само незнање, а заблуда у ширем смислу је и незнање и она заблуда у ужем смислу тј. погрешно знање.

Надаље, мишљења смо да је пожељно и указати на однос између сумње и заблуде. Другачије изложено, да ли лице које је у сумњи у погледу правилног поимања стварности може да буде и у заблуди. Чини нам се да је Таховић наизглед јасно осветлио критеријум разграничења између заблуде и сумње. Наима, овај аутор пише: „Од заблуде треба разликовати сумњу која се одликује тиме што постоји сукоб представа и пресуђивања, што спречава да се има убеђење. Све док постоји сумња нема заблуде у правом смислу, јер ова захтева убеђење у тачност представе.“³¹⁹ Дакле, као критеријум разграничења устоличава се „убеђење у тачност представе“, односно уверење у тачност, исправност, потпуност представе. Не можемо порећи прецизност оваквог раздвајања. Како било, приметили смо да је Таховић увео синтагму „заблуда у правом смислу“ која захтева „убеђење у тачност представе“. Из наведеног као да се

³¹⁵ J. Таховић, 191.

³¹⁶ J. Kaspar, 173.

³¹⁷ З. Мршевић, 71.

³¹⁸ *Ibid.*

³¹⁹ J. Таховић, 191.

може наслутити и постојање „заблуде у неправом“ смислу која пак „не захтева убеђење у тачност представе“. Да ли би појмови „заблуда у правом и неправом смислу“ одговарали појмовима „заблуда у ужем и ширем смислу“, односно заблуда као погрешна представа и заблуда као незнање, не можемо да кажемо да смо сигурни. Да ова расправа о заблуди као погрешној представи и заблуди као незнању, у смислу који појам је свеобухватнији, општији, „надређенији“, може да се испостави као необично јалова, доказује и Чејовићево схватање. Дакле, Чејовић уводи појам „заблуде уопште“ те каже да је то погрешна представа о чињеници.³²⁰ Затим, исти писац наставља: „На основу тога, може се закључити да заблуда означава, пре свега, незнање, непостојање свести о некој чињеници.“³²¹ Да би на крају овај аутор истакао: „Међутим, заблуда садржи још нешто, поред незнања. То је убеђеност учиниоца у тачност свести, односно представе коју он има о тој чињеници. С тог разлога, заблуда се и дефинише као погрешна представа о некој чињеници.“³²² Коментар ових виђења бисмо можда оставили за други рад.

Као својеврсни прекид ове расправе, подсетићемо на Ђокића и сагласити се са њим у својеврсном одстрањењу разликовања незнања и погрешне представе. Тако Ђокић наводи (додуше у погледу стварне заблуде, али то свакако може да се прихвати и на пољу правне заблуде, прим. аут.): „Како је суштина стварне заблуде у погрешном схватању чињеница, односно непостојању исправне свести о некој околности, могло би се тврдити да је поменуто разликовање практично сасвим непотребно, јер је и погрешна свест у крајњем случају некакво незнање.“³²³ А што се тиче „улоге“ сумње у раздвајању од заблуде, сматрамо за више него довољне, равно један век старе, редове А. Колера који једноставно примећује да не постоји заблуда (односно незнање) када постоји само несигурно знање о обележјима дела, то јест када се обележја држе за могућа (*Fürmöglichhalten*).³²⁴

³²⁰ Бора Чејовић, *Кривично право у судској пракси - прва књига, општи део*, Југословенски завод за продуктивност рада, Београд 1985², 153.

³²¹ *Ibid.*

³²² *Ibid.*

³²³ Иван Ђокић, *Субјективни елемент кривичног дела у енглеском праву*, докторска дисертација, Београд 2016, 244.

³²⁴ А. Köhler, 290.

Као крај овог наслова, цитирамо Франка за кога је заблуда „стање незнања или недовољног знања.“³²⁵ Није тешко приметити зашто смо се определили за Ђокићев закључак о незнању и погрешној представи.³²⁶

4.1. Битност (релевантност) заблуде

У овом поднаслову, укратко ћемо указати на одређене ситуације када се заблуда сматра битном. Само дефинисање „битности“ односно „релевантности“ заблуде показује се као прилично једноставно. Наиме, заблуда је битна, онда када се односи на „нешто“ од чега зависи примена неке кривичноправне норме, али у конкретном случају. Уколико је лице у заблуди у погледу нечега што не утиче на било који начин на примену кривичноправне одредбе која у постојећем случају има бити примењена, заблуда је небитна, односно ирелевантна. Другим речима ради се о томе да ли је заблуда од значаја или није од значаја за примену кривичноправне норме. Такође, постоје ситуације када се заблуда појављује и као битна и као небитна, у зависности од квалификације дела које се окривљеном ставља на терет. Оваква заблуда је битна за одређено дело, али је небитна за сва остала.

На пример, уколико је Марко хтео да убије Јанка и пуцао у одређено лице са уверењем да је у питању Јанко (дакле мислећи да пуца у Јанка), а заправо је пуцао у Ненада те га је убио, без значаја је оваква заблуда. Овде се наиме, ради о заблуди о лицу. Ирелевантна је заблуда о лицу ако се Марку ставља на терет кривично дело убиство из чл. 113 КЗС („обично убиство“). Ирелевантна је због тога што идентитет лица није битно обележје бића кривичног дела убиства.³²⁷ Убиство из чл. 113 врши онај „ко другог лиши живота“, а не само (онај) ко тачно одређено лице лиши живота. Уколико се пак само према тачно одређеном лицу може учинити неко кривично дело, онда је потребно да лице зна да је у питању то лице или лице које има неку другу „ближу одређеност“ која формира битно обележје дела, и која самим тим мора бити обухваћена умишљајем учиниоца. Уколико је пак учинилац у заблуди у погледу тог обележја, онда неће постојати „то неко“ кривично дело, већ евентуално друго кривично дело (уколико су испуњена и друга обележја бића тог другог дела). На пример, ако учинилац учини силовање према малолетнику, не знајући/мислећи да се не ради о малолетном лицу,

³²⁵ С. Франк (1955), 162.

³²⁶ И. Ђокић (2016), 244.

³²⁷ Види о заблуди у погледу идентитета жртве код З. Стојановић (2012), 147.

неће постојати тежи облик кривичног дела силовања из чл. 178 ст. 3 КЗС („...ако је дело извршено према малолетнику“), већ основни облик овог дела из става 1. Наиме, малолетство пасивног субјекта је у овом случају битно обележје кривичног дела, те уколико га учинилац није свестан, не постоји умишљај у односу на тежи облик дела. Исти је принцип, на пример, и са кривичним делом тешког убиства из чл. 114 ст. 1 тач. 9 КЗС где пише: „...ко лиши живота дете или бремениту жену“. Дакле, уколико учинилац пуца у жену, не знајући да је она трудна, постојаће само кривично дело („обично“) убиство из чл. 113 КЗ, а не кривично дело тешко убиство. Бременитост жене је битно обележје дела, и као таква мора бити обухваћена умишљајем учиниоца. Уколико то није случај, нема умишљаја у односу на тешко убиство из чл. 114 ст. 1 тач. 9.

Ипак, не би било потпуно прецизно дефинисати битну заблуду као заблуду о битном обележју дела. Оваква дефиниција би се евентуално могла прихватити на пољу стварне заблуде у ужем смислу, односно заблуде о бићу дела. Међутим, такво одређење не обухвата ни стварну заблуду у ширем смислу ни правну заблуду (како директну тако и индиректну). Јер, стварна заблуда у ширем смислу је заблуда о чињеничној околности ван бића дела, а правна заблуда је заблуда о оцени дозвољености одређеног чињеничног стања оствареног делом, односно о оцени дозвољености самог таквог делања. Због наведеног, опредељујемо се за дефинисање битне заблуде као заблуде о чињеници или оцени чињеница од које зависи примена неке кривичноправне одредбе, али не кривичноправне одредбе уопште, већ у конкретном случају.

4.1.1. Неки примери (не)битности заблуде

Заблуда лица у погледу (не)урачунљивости је небитна. Тако Маурах (*Maurach*) наводи да је небитна заблуда учиниоца о његовој урачунљивости (тако и Ото³²⁸) као и заблуда о битно смањеној урачунљивости.³²⁹ Надаље, небитна је и заблуда о условима кажњивости. Услови кажњивости налазе се изван бића кривичног дела, и самим тим не морају бити обухваћени умишљајем. Ово се односи наравно и на објективне услове кажњивости и на личне основе искључења кажњивости (који су заправо негативни објективни услови кажњивости, јер се тражи да учинилац објективно не поседује

³²⁸ Н. Otto (2004), 242.

³²⁹ Reinhart Maurach, *Deutsches Strafrecht: Allgemeiner Teil*, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe 1954, 414.

одређена својства³³⁰). С тим у вези А. Колер истиче да погрешно веровање (да постоји, прим. аут.) у разлог искључења кажњивости није од значаја за кажњивост, а додаје да исто важи и за погрешно веровање о постојању разлога искључења кривице.³³¹ Да је заблуда о објективним условима кажњивости и личним основима искључења казне небитна мисле и Роксин³³², Маурах³³³ и Валтер.³³⁴

Заблуда о процесним претпоставкама је такође небитна, а тако и Маурах (који пише о заблуди о процесним препрекама)³³⁵; Роксин (који као пример заблуде о процесним претпоставкама наводи кад лице мисли да се гоњење предузима на захтев).³³⁶

Конкретно речено, заблуда је небитна када ни у ком случају не би производила правно дејство без обзира на оправданост заблуде, а битна је када има потенцијал (најчешће тако што је прописан у закону) да произведе правно дејство. Битна заблуда дакле не мора нужно и да произведе правно дејство које јој је законодавац наменио, али може. Ипак, ова факултативност правног дејства се заправо односи само на отклоњиву правну заблуду. Јер, дејство стварне заблуде не зависи од отклоњивости, а отклоњиве правне заблуде зависи. Уколико је наиме противправност понашања у случају отклоњиве правне заблуде била ванредно лако уочљива, тада не би било оправдано ублажити казну испод посебног минимума.³³⁷

5. ПОЈАМ И РАЗВОЈ ПРАВНЕ ЗАБЛУДЕ

Правна заблуда постоји када учинилац није знао да је његово дело забрањено, односно када није био свестан да је понашање које је предузео у супротности са правом. Прва помисао о оваквој „изјави“ о томе шта је правна заблуда, свакако може да нас подсети на не посебно употребљиву расправу о заблуди као незнању и заблуди као погрешној

³³⁰ З. Стојановић (2012), 85-86.

³³¹ А. Köhler, 287.

³³² С. Roxin (2006), 508-509.

³³³ R. Maurach, 414.

³³⁴ T. Walter, 350.

³³⁵ R. Maurach, 414.

³³⁶ С. Roxin (2006), 508-509.

³³⁷ У погледу оцене такве правне заблуде као олакшавајуће околости код одмеравања казне, а у оквиру степена кривице, види више у делу рада о дејству правне заблуде.

представи, те да нас „упита“ откуда сада „само“ незнање. Није спорно да је заблуда и погрешна представа, али упућујемо на излишност овакве поделе, с обзиром да и онај који грешу у ономе што зна, не зна ништа тачније од онога што „само“ не зна. Другачије онај што не зна зато што не зна супстрат, није ништа мање у знању од онога који „зна“ супстрат погрешно. И један и други не знају. Ако ја мислим да постоји само једна јабука, а не видим да је у близини и друга, ја исто грешим као и онај који види већи део дворишта па уместо две јабуке, каже да има три. Мишљења смо да ниједан ни други не знају колико јабука има у дворишту.

Но вратимо се дефинисању правне заблуде као понашања које није у складу са правом, а које је уско, готово одлучујуће повезано са тим како одређујемо садржај свести о забрањености/противправности дела. Колико је то тачно, најбоље сведочи следећи пример: ако дакле свест о забрањености дела дефинишемо као свест о противности друштвеним нормама, онда правна заблуда престаје да буде ситуација када учинилац није био свестан да је његово понашање у супротности са правом, већ је правна заблуда ситуација када учинилац није био свестан да је његово делање у супротности са друштвеним нормама. Околност да учинилац није знао да не поступа у складу са друштвеним нормама не значи и да није знао да не поступа у складу са правним нормама. Из наведеног несумњиво видимо да одређивањем за одређени садржај свести о забрањености, ми заправо стичемо могућност да објаснимо ко је и када у правној заблуди. Тако би било и када би свест о забрањености видели у свести о поступању противно моралу. Тада би правна заблуда постојала када учинилац није знао да је предузето понашање противморално. Отуда се каже да је свест о противправности „супротни пол правне заблуде“.³³⁸ У том духу, Новоселец пише да су „свијест о протуправности и заблуда о протуправности лице и наличје једног те истог проблема који је предмет бројних контроверзи у сувременој кривичноправној догматици“.³³⁹

Без дилеме је да управо садржај свести о противправности дефинише правну заблуду. То је поступање учиниоца који не зна да крши она правила која чине садржај свести о забрањености. Закључујемо да је, уколико желимо да кажемо шта је правна заблуда, претходно неопходно рећи шта је садржај свести о забрањености дела. И када то одредимо, биће довољно рећи да је правна заблуда поступање учиниоца који не зна да

³³⁸ R. Maurach, 412.

³³⁹ П. Новоселец, 158.

је такво његово понашање супротно правилима која чине садржај свести о забрањености дела.

5.1. Садржај свести о забрањености дела

5.1.1. О појму свести

У психологији се разликују појмови свест и свесност. Крстић објашњава да свесност представља текуће сазнајне процесе о нечему, знање и схватање нечега у датом тренутку, односно оно што чини текући садржај свести.³⁴⁰ Исти аутор пак, свест дефинише као интуитивно схватање стања духа и разлике сазнаваоца и сазнатог, те указује да је свест увек о нечему, и да је, ако се разматра и наглашава конкретан садржај, онда реч о свесности.³⁴¹ У психијатрији наилазимо на дефиницију свести као целине тренутног душевног живота³⁴²; а такође, и да је свест и даље велика загонетка од чијег смо решења далеко.³⁴³ Огњеновић пак истиче да се свест развила из потребе одлагања реакција, те да јој је главна намена повећање степена слободе у доношењу одлука.³⁴⁴

За потребе права, и то конкретно кривичног, налазимо да није потребно упуштати се у дефинисање свести. Наиме, мишљења смо да за кривичара и не треба да буде битно шта је то свест, нити да се води неком широм дефиницијом која може да подлегне неутврдивости, односно недоказивости. Сходно наведеном, сматрамо за неопходно учинити ненаучно поједностављење, а у циљу приближавања примењивачу. Свест је скуп, а садржај свести су елементи скупа. Кривичара не треба да интересује/оптерећује како тачно да дефинише свест, нити се он по природи посла тиме бави. Такође, не треба да се исцрпљује ни у начинима дефинисања појма свести. Кривичару је довољно да зна границе скупа, да зна површину коју испитује. У том скупу, истражује/утврђује садржај, утврђује елементе скупа.

³⁴⁰ Драган Крстић, *Психолошки речник*, ИРО „Вук Караџић“, Београд 1988, 538.

³⁴¹ *Ibid.*

³⁴² Душан Кеџмановић et al., *Психијатрија*, Медицинска књига, Београд-Загреб 1983², 99.

³⁴³ Владимир Десимировић, „Биолошке основе стања свести“, *Зборник „Свест: Научни изазов 21. века“*, ЕЦПД и Чигоја, Београд 1996, 43-44.

³⁴⁴ Предраг Огњеновић, „Свест као (психичка) функција“, *Зборник „Свест: Научни изазов 21. века“*, ЕЦПД и Чигоја, Београд 1996, 40.

5.1.2. Шта чини садржај свести о забрањености дела

КЗ Србије у чл. 22 КЗ („Кривица“) као трећу компоненту кривице прописује свест о забрањености дела или могућност и дужност свести о забрањености дела. Свест о забрањености дела је актуелна свест о забрањености дела, а могућност и дужност свести о забрањености дела је потенцијална свест о забрањености дела. Дакле, да би кривица у конкретном случају постојала, учинилац мора да буде урачунљив, код њега мора да постоји умишљај, или нехат ако је законом тако одређено, и учинилац мора да има актуелну или потенцијалну свест о забрањености дела. Кад је учинилац свестан забрањености дела? Шта је садржина свести о забрањености дела, односно шта значи бити свестан забрањености дела? Сматрамо да постоје следеће могућности/одговори.

Свест о кривичној забрањености дела значила би да је лице свесно да је његово понашање прописано као кривично дело.

Затим *свест о кажњивости* дела значила би да је лице свесно да се за његово дело може изрећи казна, односно да је такво понашање забрањено казном. Свест о кажњивости бисмо определили и као свест о казненој забрањености дела. Ова свест подразумева да је лице, као што смо рекли, свесно да је за понашање које је предузео забрањена казна. Та казна може бити кривичноправна, прекршајноправна и привреднопреступноправна.³⁴⁵

Даље, постоји *свест о противправности*. Наиме, свест о противправности подразумева да је лице свесно да је његово понашање у супротности са правним прописима. При томе, овде се не ограничавамо на кривичноправне и друге казненоправне прописе, већ укључујемо све гране права и сваки правни пропис, без обзира на врсту, правну снагу и

³⁴⁵ У погледу свести о кривичној забрањености и свести о кажњивости, учинићемо напомену. Наиме, према ономе што смо изложили, несумњиво је да свест о кажњивости сматрамо ширим појмом у односу на свест о кривичној забрањености. Ова напомена пак упућена је на разликовање између немачких термина *Bewusstsein der Strafbarkeit* (*Strafbarkeitsbewusstsein*) и *Bewusstsein der Ordnungswidrigkeit* (*Ordnungswidrigkeitsbewusstsein*), те наших свести о кривичној забрањености и свести о кажњивости. У Немачкој, као што знамо, у употреби је израз казнено право (*Strafrecht*), а не кривично право, те отуда за свест о томе да је неко понашање нормама ове гране (кривичног, односно казног права, прим. аут.) забрањено и термин *Bewusstsein der Strafbarkeit*, што би у буквалном преводу било свест о кажњивости, а коју смо ми определили шире, као што и израз казнено право употребљавамо као шири појам за кривично, прекршајно и привреднопреступно право. У циљу избегавања непрецизности и ова напомена. *Bewusstsein der Ordnungswidrigkeit* пак, била би свест о томе да је неко понашање прекршајно забрањено, односно прописано као прекршај.

доносиоца правног акта. На пример, може бити у питању и дисциплински преступ у неком привредном друштву и др. Ипак, постоји мишљење да се разликују свест о формалној противправности и свест и материјалној противправности.

Свест о формалној противправности подразумева свест о томе да је дело правним прописима забрањено. У домаћој литератури за овакву свест наилазимо на термин свест о правној забрањености предузете радње.³⁴⁶ У немачком језику се за свест о противправности користе речи *Unrechtsbewusstsein* и *Rechtswidrigkeitsbewusstsein*. Поред тога, наилазимо и на реч *Wiederrechtlichkeit*, која се преводи као противзаконитост³⁴⁷, иако је и у основи речи *Wiederrechtlichkeit* управо именица *das Recht* (право), а не *das Gesetz* (закон). Сматрали бисмо да се свест о формалној противправности, као свест о противности правним прописима, може „поделити“ на свест о противности законским прописима и свест о противности осталим правним прописима.

Свест о материјалној противправности пак, јесте свест да је дело забрањено (и) неправним правилима.

Надаље, може се говорити и о *свести о друштвеној забрањености*. Израз „друштвена забрањеност“ звучи нам помало непрецизно. Прецизније би нам звучало свест о забрањености друштвеним правилима. Она постоји када је лице свесно да се његово дело противи начину/правилима понашања у одређеном друштву. Ова свест је шири појам од свести о правној забрањености. Наиме, кад употребимо речи „правила понашања у одређеном друштву“, свакако не можемо порећи да то нису само неправна правила понашања у друштву. Под правилима понашања у друштву подразумевамо правила која су прописана у правном акту и она која нису прописана у правном акту. Требало би да је неспорно да само најважнија правила понашања у друштву треба да буду снабдевена правном санкцијом. Другим речима, само она правила која омогућавају несметано функционисање друштва и заштиту појединца имају смисла да буду правно уређена. Остатак друштвених правила, уколико би се „обавио“ у правни акт проузроковао би хипернормираност која би несумњиво резултовала у

³⁴⁶ Иван Ђокић, „Стварна заблуда у кривичном праву“, *Казнена реакција у Србији II део* (ур. Ђорђе Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 267.

³⁴⁷ Овако у Немачко-српском правном речнику, Димитрије Павловић, *Правни речник немачко-српски*, Службени гласник, Београд 2008, 434-507.

хипернадзираности. Но, да се не удаљимо од свести о забрањености друштвеним правилима и њеног односа са свести о правној забрањености. Већ смо рекли да је први појам шири. Једноставније речено, лице може да зна да је неко понашање забрањено друштвеним правилима, али да истодобно није свестан да је забрањено правним правилима. Овде ћемо само кратко напоменути да је услед хиперкриминализације ово и те како могуће. Такође, свест о забрањености друштвеним правилима може да буде прилично недовољно одредива и различита не само у различитим друштвима и епохама. То не само да није проблем, већ је и потпуно разумљиво. Међутим, оно што је проблем јесте различитост друштвених правила на истој државној територији (једно друштво) у истом времену. Неспорно је да у истом друштву, у зависности од територије, географског положаја, нивоа привредне развијености, друштвене групе, нивоа образованости, историјских прилика, културних образаца, локалних обичаја, породичних прилика и др. зависи и постојање одређеног друштвеног правила и његова садржина. Индикативно би било замислити и упоредити свест о садржини друштвених правила лица старости 20 година из Београда и лица од 50 година које није напуштало предграђе Таковице, Прокупља, Димитровграда или пак Пештерску висораван. Кратко речено, важе идентична правна правила, али у битном различита друштвена правила из низа друштвених области.

Даље, може се говорити и о *свести о моралној забрањености дела*. О самом моралу већ је довољно написано, тако да се у дефинисање и омеђавање ове свести нећемо упуштати. Ипак, није на одмет приметити да и садржина моралних правила зависи готово од свих оних критеријума на које смо указали код свести о забрањености друштвеним правилима. Подсетићемо да се садржина моралних правила свакако не подудара са садржином правних правила.

Такође, могуће је говорити и о *свести о забрањености обичајним правилима* и о *свести о забрањености верским правилима*.

На крају ових „врста садржаја“ свести о противправности истичемо да смо код Роксина наишли на *свест о противности дисциплинским правилима (das Bewusstsein, einen Disziplinarverstoß zu begehen)*³⁴⁸, за коју он тврди да није довољна за свест о

³⁴⁸ С. Roxin, (2006), 933.

противправности, јер „дисциплинско право успоставља посебне интерне норме које се не односе на правила понашања која важе за све грађане („*weil das Disziplinarrecht interne Sondernormen aufstellt und nicht die für alle Bürger geltenden Verhaltensregeln betrifft*“).³⁴⁹

Закључујемо да се у чл. 22 КЗС употребљава термин свест о забрањености дела, те да смо ми, у овом раду, набројали девет различитих категорија забрањености. Језичким тумачењем чл. 22 КЗС не може се утврдити на коју се врсту забрањености мисли. Другим речима, није јасно која од ових девет врста свести о забрањености мора да постоји код учиниоца да бисмо могли говорити о постојању треће компоненте кривице. Указујемо овом приликом и на једну неспорну чињеницу, а то је да наведених девет врста свести о забрањености нису изоловани скупови свести о одређеној врсти правила. Напротив, нека од правила понашања појединих скупова чине унију скупова са правилима других скупова, а нека правила понашања различитих (свих или неких) скупова чине пресек скупова. Такође, можемо приметити да су скупови неких правила уједно подскупови скупова друге врсте правила понашања.

5.1.3. Различита мишљења у теорији кривичног права – шта је садржај свести о забрањености дела и када постоји – допуњена нашим коментарима и закључцима

У теорији кривичног права постоје различита мишљења о питању шта је и када постоји свест о забрањености дела. У овом поднаслову, изнећемо нека од њих.

Дракић сматра да је довољна свест о материјалној противправности свог понашања, те да је у правној заблуди онај ко није поседовао наведену свест у социјално – материјалном значењу.³⁵⁰ Делић сматра да је свест о противправности знање учиниоца да се са својом радњом сукобљава са правом, као и да она постоји када је учинилац свестан правне забрањености дела које предузима, односно да је његово понашање правним нормама забрањено.³⁵¹ Стојановић наводи да је владајуће схватање да свест о противправности постоји када је учинилац свестан да је његово понашање супротно

³⁴⁹ *Ibid.*

³⁵⁰ Драгиша Дракић, „Заблуда у кривичном праву условљена душевним поремећајем“, *Теме* 3/2012, 1325.

³⁵¹ Наташа Делић, „Свест о противправности као конститутивни елемент кривице“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2008, 172-176.

праву, односно да је забрањено правом уопште, те да ова свест не мора да обухвата и свест о томе да је понашање предвиђено као кривично дело.³⁵² (Овде налазимо за потребно да подсетимо на Шиловића, који објашњава зашто се не тражи и не може тражити познавање казненог закона: „Да незнање к. закона не испричава, то је посве наравно и не може друкчије ни бити, јербо кад би се тражило за кривњу знање казн. закона, онда не бисмо никада никога могли осудити, то би значило да је казн. закон сам себе ставио изван снаге. Мало грађана позна до у танчине одредбе к. закона, и они, који их познају, редовно не почињају злочина.“³⁵³)

Надаље, Таховић указује да „забрањеност“ не треба схватити само као (свест о, прим. аут.) предвиђености дела у кривичном закону, већ у ширем смислу, као забрањеност дела у смислу позитивног права уопште.³⁵⁴ Пихлер, додуше анализирајући свест о забрањености очигледно из угла теорије умишљаја, сматра да би формалноправна логика наметала закључак да се свест о забрањености схвата у формалном значењу.³⁵⁵ Франк пак сматра да се учинилац налази у стварној заблуди, кад узима, погрешно, да му је дело допуштено, да се не противи друштвеним нормама, а да је у казненоправној заблуди учинилац који је свестан да је његово дело социјално недопуштено, али није свестан, да је дело забрањено прописима казненог права, да је кажњиво.^{356,357} Бачић истиче следеће: „Оно што се тражи за кривњу, кад се као њезин елемент истиче свијест о протуправности, јест свијест о социјалном значењу дјела, у том смислу што починитељ мора бити свјестан друштвено опасног значења свог дјела, свјестан да ради нешто што друштво оцењује као недопуштено; он мора бити свјестан да се својим радњама супротставља захтјевима друштва, његовим нормама које су нужне за социјални живот.“³⁵⁸ Ипак, иако би се могло закључити да Бачић прихвата свест о материјалној противправности, указаћемо да то не би био прецизан закључак и тумачење Бачићевог мишљења. Наиме, исти аутор несумњиво прави разлику за садржај свести о противправности код кривичних дела *mala in se* од исте те свести о противправности код кривичних дела *mala prohibita*. Тако овај аутор наводи: „Тек ондје

³⁵² З. Стојановић (2013), 191.

³⁵³ Ј. Шиловић, 111.

³⁵⁴ Ј. Таховић, 195.

³⁵⁵ Станко Пихлер, „Правна заблуда и принцип субјективне одговорности“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине* 7-8/1988 вол. 60, 33.

³⁵⁶ С. Франк (1955), 163-165.

³⁵⁷ Више о Франковом размишљању о стварној заблуди, правној заблуди и казненоправној заблуди, на одговарајућем месту у раду.

³⁵⁸ Ф. Бачић (1998), 256.

и онда кад казнени закон у својим одредбама не полази од класичних традиционалних норми, потребно је за свијест о протуправности познавање саме повријеђене правне норме.³⁵⁹ Усуђујемо се да из ових Бачићевих речи закључимо да он код кривичних дела *mala prohibita* захтева не само свест о томе да је такво понашање правом (уопште) забрањено, већ свест о томе да је понашање предвиђено као кривично дело, односно свест о кривичној противправности. На овом месту упутићемо читаоца да се замисли колико је кривичних дела, у епохи хиперкриминализације, заправо *mala prohibita*. На овакво тумачење Бачићевих ставова, понукао нас је сам аутор кад је утврдио да: „...свијест о протуправности постоји у даном случају кад о њој починитељ има предоцбу у наведеном материјалном смислу, или кад је свјестан да ради против једне обавезујуће правне норме.“³⁶⁰ Морамо да приметимо да је ова „изјава“ недовољно прецизна. Наиме, из ње произлази да се за свест о противправности тражи да је учинилац био или свестан да је његово понашање друштвено забрањено/недопуштено или да је био свестан да је његово понашање правом забрањено, при чему не мора да зна да је његово понашање предвиђено као кривично дело. Приметићемо и да уколико учинилац зна да је његово дело противно друштвеним нормама, он не мора нужно да зна да је такво понашање противно и правним нормама. Због тога и толико потенцирана разлика између свести о противправности у материјалном смислу и свести о противправности у формалном смислу. Једноставно речено, није нимало прецизно утврдити да свест о противправности постоји кад учинилац има или свест о материјалној противправности или свест о формалној противправности. Било би то једнако прецизно као утврдити да одређено лице може да буде или мушког или женског пола. На крају ове кратке анализе Бачићевих размишљања осврнућемо се и на његов концепт свести о материјалној противправности изражен у свести о социјалном значењу дела, коју између осталог означава као свест учиниоца да се својим радњама супротставља нормама друштва које су нужне за социјални живот.³⁶¹ Несумњиво можемо закључити да Бачић под појмом свест о противправности не сматра свест учиниоца да је његово понашање супротно свим друштвеним нормама, већ само да је његово понашање, као што сам аутор каже – супротно друштвеним нормама које су нужне за социјални живот. Дакле, уколико би учинилац имао свест да је неко понашање друштвено забрањено, али оним друштвеним нормама које нису нужне за

³⁵⁹ *Ibid.*

³⁶⁰ *Ibid.*

³⁶¹ *Ibid.*

социјални живот, код таквог учиниоца бисмо могли да утврдимо да нема актуелну свест о противправности. Даље, не можемо а да се не запитамо која су то друштвена правила која су нужна за социјални живот, односно она без којих социјални живот није могућ, а да таква друштвена правила већ нису постала правна правила. Другим речима, таква друштвена правила се одавно налазе у правним прописима. Надаље, уколико се та друштвена правила која су нужна за социјални живот одавно налазе у правним прописима, не значи ли то онда да се од лица ипак тражи да има свест о формалној, а не материјалној противправности? Или прецизније речено, није ли Бачићев појам материјалне противправности заправо идентичан као његов (и уопште као појам) формалне противправности? А онда, кад смо мислили да нам је Бачић можда и „открио“ шта је хтео да каже, или није, јер, видели смо да је анализирајући садржај свести о противправности као компоненте кривице, мало „био на страни материјалне, а мало на страни формалне противправности“, утврдили смо да исти аутор, расправљајући о заблуди о противправности (правној заблуди, прим. аут.), објашњава да у таквој ситуацији „починитељ зна што ради, али погрешно мисли да је то допуштено, или му недостаје предоцба о правној забрањености дјела“³⁶², те закључује да је то „заблуда о правној недопуштености дјела“.³⁶³ Не каже ли Бачић наведеним, на обрнут начин, да свест о противправности заправо и једино постоји када је лице свесно да је његово понашање правом забрањено, другим речима, приклања се свести о формалној противправности? Јер, да није тако, не би ли рекао да је у правној заблуди лице које не зна да је његово понашање друштвено забрањено, односно социјално недопуштено? Наиме, лице које је у правној заблуди нема актуелну свест о противправности (уколико је неотклоњива правна заблуда, нема ни потенцијалну свест о противправности); а Бачић је рекао да је у правној заблуди онај коме (осим што није знао да је његово дело недопуштено) „недостаје предоцба о правној забрањености дјела“.³⁶⁴ Поставимо питање; да ли је у правној заблуди лице коме недостаје свест о друштвеној забрањености дела? Могуће да јесте, али то не можемо са сигурношћу тврдити на том нивоу (нивоу постојања само свести о друштвеној забрањености дела), јер лице које зна да је његово дело друштвено недопуштено, не мора аутоматски да зна да је такво његово понашање и правом забрањено. Барем Бачић, у делу где расправља о правној заблуди, имплицитно тако тврди, када пише да је у правној заблуди лице коме

³⁶² *Ibid.*, 266.

³⁶³ *Ibid.*

³⁶⁴ *Ibid.*

недостаје свест о правној забрањености дела. Тек ће дакле недостајање свести о правној забрањености дела искључити постојање (барем актуелне) свести о противправности. Потврдимо поново, не значи ли то да се за постојање свести о противправности захтева/тражи свест о правној, а не само друштвеној забрањености дела? На истој страни у делу цитираног аутора пак (у претходном пасусу тог дела, прим. аут.), истодобно, наилазимо на следећу тврдњу: „...свијест о протуправности је посебан, самосталан елемент кривње...Тај се елемент своди на захтјев да починитељ мора бити свјестан друштвено опасног значења својег дјела, материјалне протуправности дјела...“³⁶⁵

Новоселец пише: „Под предметом или садржајем свијести о протуправности подразумијевамо околности које учинилац мора знати да би био свјестан протуправности. Предмет свјести о протуправности је протуправност; учинилац поступа са свјешћу о протуправности кад знаде да је његово понашање правно забрањено.“³⁶⁶ Из оваквог става Новоселеца није претерано тешко утврдити да је овај аутор на становишту да се за свест о забрањености тражи свест о формалној противправности. Другим речима, Новоселец за постојање ове свести тражи да је лице знало да је оно што ради правом забрањено. Да материјалну свест о противправности поставља „испод“ формалне, да је не види као „претерано релевантну“ у испуњавању садржаја свести о забрањености, можда се може видети из следећих речи: „Повреда социјално-етичке норме може оправдати само социјално-етичку одговорност, а не и одговорност у кривичном праву. Свијест о повреди социјално-етичке норме значајна је само за оцену отклоњивости заблуде о протуправности јер представља повод за испитивање протуправности.“³⁶⁷ Дакле, ако је свест о противности друштвеним нормама, односно свест о материјалној противправности од значаја „само за оцену отклоњивости правне заблуде“, не треба да буде тешко закључити да цитирани аутор онда налази да управо таква материјална свест о противправности није од значаја за постојање правне заблуде, већ је као што и пише „повод за испитивање противправности“. Упркос овако изложеном, а недуго потом, исти аутор у истом тексту пише: „Свијест о протуправности мора свакако бити свијест о материјалној протуправности дјела. Свијест о томе да се повређују или угрожавају друштвена добра,

³⁶⁵ *Ibid.*

³⁶⁶ П. Новоселец, 162-163.

³⁶⁷ *Ibid.*, 164.

да се чини нешто друштвено опасно, постаје тако битном претпоставком свијести о протуправности. Ако такве свијести нема, не може бити говора ни о свијести о протуправности, чак ни у случају ако је учинилац свјестан формалне протуправности, тј. када му је познато да закон забрањује његово понашање, нпр. у случају заблуде о незнатној друштвеној опасности дјела или у случају кад учинилац сматра да је позитивно важећи закон протууставан. Увјерење да је свијест о формалној протуправности довољна карактеристично је за правни позитивизам, за кога је свијест о протуправности исто што и свијест о кршењу формалне норме.³⁶⁸ Из наведеног већ, видимо да Новоселец изричито пише да нема свести о противправности уколико лице зна да је његово понашање законом забрањено, а не зна да је забрањено и друштвеним нормама, односно да је друштвено штетно. Чини нам се да Новоселец неправилно сагледава предметну проблематику. Наиме, дозвољавамо да лице које зна, тј. има свест да је његово понашање друштвено допуштено, нема свест о томе да је оно правом забрањено, јер није уопште ретко да се системи друштвених и правних забрана не поклапају. Нешто дакле може бити друштвено потпуно безазлено, а да га законодавац из ма ког разлога прогласи за забрањено. У таквој ситуацији сасвим је извесно разматрати правну заблуду. Са друге стране, замислимо ситуацију о којој пише Новоселец. Лице зна да је његово понашање законом забрањено, али не зна да је такво понашање друштвено штетно, и у таквој „расподели“ Новоселец тврди да не постоји свест о противправности. Другим речима, тврди да је самим тим, такав учинилац у правној заблуди. Још једноставније, учинилац који је знао да је његово понашање законом забрањено је у правној заблуди. Налазимо да би оваква тврдња имала праве потешкоће и то не само у судницама. Наставимо, приметили смо да је Новоселец овакву изјаву поставио као правило, а овакво правило, „поткрепио“ је примерима попут учиниоца који је у заблуди о „незнатној друштвеној опасности дјела или у случају кад учинилац сматра да је позитивно важећи закон протууставан“. Анализираћемо прво пример лица које је у заблуди о незнатној друштвеној опасности. Додуше, говорићемо о институту дела малог значаја који је следбеник института незнатне друштвене опасности. Дело малог значаја је основ искључења противправности (чл. 18 КЗС). Лице које погрешно мисли да је нешто основ искључења противправности (а такав основ не постоји) или погрешно проширује границе постојећег основа искључења противправности је у индиректној правној заблуди. На „прву лопту“ за овакво лице би

³⁶⁸ *Ibid.*

се могло тврдити да је у правној заблуди. Ипак, сматрамо да дело малог значаја као основ искључења противправности не може да „уђе“ у конструкцију индиректне правне заблуде на начин на који то могу нужна одбрана и крајња нужда. И не само да не може да „уђе“ на начин на који то могу два поменута основа искључења противправности, већ уопште не може. На страну и то што је могућа примена института дела малог значаја на кривична дела за која је запређена казна затвора до пет година или новчана казна чиме у обухват „улази“ драматично немали број кривичних дела. Више од наведеног проблем је у томе што такво лице зна да је његово дело забрањено, и штавише, зна да је законом забрањено (како каже Новоселец), и у таквој констелацији, то лице представи себи да је та радња од малог значаја и тиме друштвено допуштена. И ми, према Новоселецу, утврдимо да код таквог учиниоца не постоји свест о противправности. Пре свега, лице које зна да је његово понашање законом забрањено, а мисли да је друштвено допуштено, није ли бар мало у сумњи о „уопште допуштености“ таквог понашања? Тако Стојановић наводи да правна заблуда не постоји у случају да учинилац „допушта могућност да је његово дело забрањено“.³⁶⁹ А видели смо да и А. Колер препознаје да не постоји заблуда када постоји само несигурно знање о обележјима дела, то јест када се држе за могућа (*Fürmöglichhalten*) - (ово као један вид сумње-несигурности у процену на примеру сумње и заблуде, прим. аут.).³⁷⁰ Други пример којим Новоселец доказује могућност непостојања свести о противправности лица које зна да је његово понашање законом забрањено, а не зна, мисли да није друштвено забрањено, је кад сматра да је позитивно важећи закон неуставан. У таквом случају, Новоселец тврди да не постоји свест о противправности код учиниоца, а самим тим да је исти у правној заблуди. Укратко речено, ради се о заблуди о важењу (*Gültigkeitsirrtum*). Заблуда о важењу је свакако препозната као правна заблуда.^{371,372,373} И стога, ако је лице у правној заблуди, код њега не постоји свест о противправности. На овом трагу изгледа као да је тврдња Новоселеца о постојању правне заблуде код учиниоца који има свест о формалној али не и о материјалној противправности потпуно тачна. Ипак, не можемо се сагласити са таквим резонавањем.

³⁶⁹ З. Стојановић (2013), 192.

³⁷⁰ А. Köhler, 290.

³⁷¹ С. Roxin (2006), 939.

³⁷² Н. Welzel, 170.

³⁷³ Т. Walter, 305.

Налазимо дакле да је један од видова заблуде о важењу и тај где учинилац мисли да је закон неуставан те да стога сматра да је то што ради противно таквом закону дозвољено. Ипак, ова синтаagma о неуставности закона није најпрецизнија из разлога што закон може бити неуставан због мноштва најразличитијих разлога. Роксин на пример не говори да заблуда о важењу постоји кад лице мисли да је закон неуставан, већ кад лице мисли да је пропис ништав зато што је његовом доносиоцу недостајала надлежност за доношење тог прописа или на пример кад неки пропис крши неко основно право или принцип одређености („*weil die Vorschrift gegen ein Grundrecht oder Bestimmtheitsgrundsatz verstoße*“).³⁷⁴ Са друге стране, морамо и то приметити, Велцел ову заблуду о важењу види када учинилац мисли да пропис не важи због тога што се противи некој позитивној правној норми веће правне снаге, а као пример наводи управо противност уставу.³⁷⁵ Налазимо за важно да само у кратким цртама укажемо и на проблематику „учиниоца из убеђења“ (*Überzeugungstäter*). Валтер пише да ако учинилац из убеђења држи/сматра неки пропис за противустанован и због тога ништав, радиће се о правној заблуди - конкретно заблуди о важењу.^{376,377} Са друге стране, Роксин „упозорава“ на разлику између заблуде о важењу и ситуације где учинилац закон држи за важећи сходно правном поретку, али се не сматра њиме (законом, прописом) обавезаним због (својих, прим. аут.) „политичких, религиозних, разлога светоназора (*weltanschaulichen*) или савести“.³⁷⁸ Ако се прихвати Валтерово гледиште да је могуће да је учинилац из убеђења у заблуди о важењу, односно правној заблуди, онда нас то доводи у колизију са једним од најупотребљаванијих коментара КЗ Немачке, у ком Фишер пише да ако учинилац зна да крши неки закон, има свест о противправности, и онда када „обавезност нормe у односу на себе одбија“ (*Überzeugungstäter*).³⁷⁹ Роксин потврђује ово мишљење прилично јасно кад резонује да ако се као предмет свести о противправности узме правна забрана или заповест (*das rechtliche Verbot oder Gebot*), произлази да се учиниоци по (из савести, *Gewissenstäter*), или учиниоци из убеђења (*Überzeugungstäter*), не могу позивати на одредбу о правној заблуди, док год знају да правни поредак такво понашање забрањује.³⁸⁰

³⁷⁴ С. Roxin (2006), 939.

³⁷⁵ Н. Welzel, 170.

³⁷⁶ Т. Walter, 305.

³⁷⁷ Ипак, Валтер пише да учинилац из убеђења често зна да је пропис важећи; види *Ibid.*

³⁷⁸ С. Roxin (2006), 939.

³⁷⁹ Т. Fischer (2015), 139.

³⁸⁰ С. Roxin (2006), 934.

На овом месту закључићемо ипак ову мању дискусију са Новоселцем, али као што видимо и са Велцелом и Валтером, те ћемо истаћи да када постоји „сукоб постојања“ формалне и материјалне свести о противправности, на начин да формална постоји, а материјална не, не постоји правна заблуда, јер једини исход у правцу „пола“ правне заблуде до којег може добацити овај „сукоб“ јесте сумња о томе да ли је понашање забрањено или није забрањено. Оваква сумња, конкретно дакле, о правној допуштености понашања управо доказује да лице има свест о условљеној противправности (више о овом појму у одговарајућем наслову у раду, прим. аут.). Постојање пак овакве свести, видећемо за пар подналова, искључује постојање правне заблуде. Другим речима, и постојање условљене свести о противправности јесте ипак постојање свести о противправности.

Златарић сматра да свест о забрањености подразумева свест о правној забрањености дела.³⁸¹ Новоселец наводи да је Дамашка сматрао да је за свест о противправности довољна свест о друштвеној негативности или кршењу социјалне етике. Наводи да је Дамашка у том смислу увиђао да је у том случају уопште погрешно говорити о протуправности па је предложио термин „протудруштвеност“.³⁸² Чејовић нам, дефинишући правну заблуду, открива шта он подразумева под свести о забрањености дела. Наиме, Чејовић за правну заблуду каже да се састоји у погрешној представи учиниоца о забрањености дела, те да је то стање учиниоца у којем он не зна да је дело које предузима кривично дело.³⁸³ Закључили бисмо да Чејовић пледира за свест о кривичној противправности јер каже да је правна заблуда стање у којем учинилац не зна да је дело које предузима кривично дело. Дакле, ако је свестан да је дело које предузима кривично дело, учинилац није у правној заблуди. Другим речима, према Чејовићевом ставу да је правна заблуда (само) стање учиниоца у којем он не зна да чини кривично дело, произлазило би да уколико учинилац зна да је његово понашање на било који други начин забрањено, али да није кривично дело, такав учинилац би тим пре био у правној заблуди. На пример, учинилац зна да је његово понашање прекршај или зна да је забрањено неким правним прописом, међутим не зна да је такво његово понашање кривично дело; у том случају такав учинилац је у правној заблуди. Ипак, сигурни смо да Чејовић није хтео да на овакав посредан начин утврди да се за свест о

³⁸¹ Б. Златарић, М. Дамашка, 245. Наиме, у цитираном делу се наводи: „Правна заблуда- погрешна преоцна о томе да неко инкриминирано понашање није правно забрањено.“

³⁸² П. Новоселец, 164 - фуснота – 3 (- цитира га у чланку из 1965- Зборник).

³⁸³ Бора Чејовић, Мирко Кулић, *Кривично право*, Службени гласник, Београд, 2011, 218.

зобрањености има тражити свест о кривичној забрањености. Да то није хтео да учини видимо из следећег његовог става, где указује да ова заблуда (правна) постоји кад учинилац није знао да је његово понашање предвиђено као кривично дело, затим кад није знао да је његово понашање противправно; затим кад сматра да постојање неке околности приликом извршења кривичног дела чини његово понашање дозвољеним³⁸⁴ и када није знао да постоји нека норма која употпуњује бланкетно биће кривичног дела.³⁸⁵ Сматрамо да су оба изложена мишљења овог аутора недовољно прецизна. Такође, мислимо да не треба подвајати посебно да је у правној заблуди учинилац који није знао да је његово понашање противправно, а затим као одвојену „категорију/групу“ посебно утврђивати и да је у правној заблуди учинилац који није знао да је његово понашање предвиђено у кривичном закону³⁸⁶ као кривично дело. Наиме, оваква систематизација није на истом нивоу општости. Ако је нешто кривичним правом забрањено, свакако се подразумева да је противправно. Противправност бисмо, опредељујући је кроз призму свести о формалној противправности, одредили као противност било којем правном пропису. Дакле, могли бисмо говорити о противности кривичном пропису, прекршајном пропису, грађанском пропису, привредном пропису, управном пропису, радном пропису итд. Није јасно зашто се у Чејовићевој „систематизацији“ посебно издваја само кривична противправност, а онда противправност уопштено. Надаље, Ђокић је такође мишљења да се под свести о забрањености подразумева свест о забрањености правним нормама.³⁸⁷

Роксин излагање о предмету свести о противправности (*der Gegenstand des Unrechtsbewusstseins*) почиње упућивањем на став Савезног суда: „Свест о противправности значи да учинилац зна, да оно што ради, правно није дозвољено, већ је забрањено“.³⁸⁸ Закључује стога, да за свест о противправности није довољна свест о друштвеној штетности (*Sozialschädlichkeit*) или обичајној противности (*Sittenwidrigkeit*) сопственог понашања; међутим, са друге стране, указује и да се, према владајућем

³⁸⁴ Ово је такође непрецизно јер не може да искључи разликовање са стварном заблудом у ширем смислу – стварном заблудом о постојању околности које искључују противправност.

³⁸⁵ Б. Чејовић, М. Кулић, 218.

³⁸⁶ Овде бисмо морали напоменути да нема потребе да се посебно напомиње да је кривично дело предвиђено у кривичном закону. У чл. 112 тач. 2 КЗС пише да се под кривичним законодавством подразумева КЗ (тај законик) као и све кривичноправне одредбе садржане у другим законима. Другим речима, кривично дело не може да буде прописано нигде друго осим у кривичном закону, под којим појмом не подразумевамо само КЗС, већ и сваки други закон који прописује неко кривично дело.

³⁸⁷ Иван Ђокић, „Правна заблуда“ у *Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања II део*, Београд 2008, 231-240.

³⁸⁸ С. Roxin (2006), 932.

становишту не захтева свест о кривичној забрањености³⁸⁹ („*andererseits ist aber nach h. M. (herrschende Meinung, прим. аут.) auch das Bewusstsein der Strafbarkeit nichterforderlich*“).³⁹⁰ Роксин је, као и Стојановић, мишљења да је сувише мало за свест о противправности, захтевати (само, прим. аут.) да лице има свест о друштвеној штетности или обичајној противности.³⁹¹ Стојановић пак наставља ову мисао, те пише да би „тражити свест о томе да је неко понашање не само правом забрањено, већ предвиђено као одређено кривично дело, сувише много“.³⁹² Наиме, несумњиво је да Роксин правилно примећује да су социјалне и моралне оцене у једном плуралистичком друштву прилично флукутирајуће; да право не може захтевати од нас безусловну оријентацију већ да кривични прекор сме „подићи“ само онда кад је учинилац свесно занемарио правне забране и заповести.³⁹³ Овај лидер кривичноправне мисли закључује: „Неморал или етичка прекорљивост неког понашања не може оправдати претњу казном, док год то не шкоди условима мирног заједничког живота.“³⁹⁴ Како се онда може сматрати да је за свест о противправности довољно тражити свест о материјалној или некој „незахтевнијој“ противправности него што је формална.

Ото указује да је свест о противправности (*Unrechtsbewußtsein, Rechtswidrigkeitsbewußtsein*), свест о повреди социјално-етичких основа правног друштва кроз повреду правних прописа у смислу чл. 103 ст. 2 Основног закона Немачке.^{395,396} Указује да се не захтева тачно знање законске одредбе, али се захтева знање да се крши казнена норма. На трагу оваквог става Ото истиче да је свест о кршењу неке норме грађанског или јавног права ирелевантна³⁹⁷, те ако учинилац зна за противност праву његовог понашања, тада није битно да ли мисли да крши кривичноправну, јавноправну или грађанскоправну норму.³⁹⁸

³⁸⁹ Погрешно би било термин *Bewusstsein der Strafbarkeit* превести као свест о кажњивости; а ово посебно ако се има у виду разликовање између свести о кривичној забрањености и свести о кажњивости.

³⁹⁰ С. Roxin (2006), 932.

³⁹¹ *Ibid.* Види и З. Стојановић (2013), 191.

³⁹² З. Стојановић (2013), 191.

³⁹³ С. Roxin (2006), 932-933.

³⁹⁴ *Ibid.*, 19.

³⁹⁵ Art. 103. Abs. 2 GG: „Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.“ За дело се може казнити једино (само онда) ако (уколико) је било предвиђено законом, пре него што је учињено.

³⁹⁶ Harro Otto, *Grundkurs Strafrecht – Allgemeine Strafrechtslehre*, Walter de Gruyter, Berlin, 1976, 196.

³⁹⁷ *Ibid.*

³⁹⁸ Н. Otto (2004), 221.

Каспар сматра да је одлучујуће знање о правној забрани (*die Kenntnis eines rechtlichen Verbots*), а да ове забране могу проистацати не само (осим) из кривичног права, већ и из грађанског и управног права.³⁹⁹

Хефендел, (*Hefendehl*) дефинишући предмет свести о противправности (*der Gegenstand des Unrechtbewusstseins*), сматра да је то свест учиниоца о знању да његова радња није правно дозвољена. (Исто и Јегер – *Jäger*⁴⁰⁰). Даље наводи да се не захтева свест о кажњивости радње, већ је довољно знање о забрани да учиниоца мотивише на праву верно понашање.⁴⁰¹ Исти аутор објашњава да знање о противности обичајима није довољно за свест о противправности, јер обичајна вредновања не морају да се поклапају са правним забранама, а такође истиче да само знање о друштвеној штетности понашања није довољно за свест о противправности. Разлог за недовољност знања о друштвеној штетности за постојање свести о противправности види у томе што постоје различита дозвољена друштвено штетна понашања.⁴⁰²

Од значаја је поменути и одлуку Савезног суда Швајцарске од 3.5.1978. године на коју се позива Арц, где је утврђено да ако је окривљени поступао са знањем да крши радноправне дужности (дужности које има као запослени, прим. аут.), тада је дефинитивно знао да крши бар нека права других, а то га спречава да се позива на правну заблуду. Арц управо и брани овакву одлуку сматрајући да је недозвољено понашање повезано са радноправном дужношћу суштински идентично са недопуштеношћу дела економске шпијунаже, и то кроз повреду тајности.⁴⁰³ Зато је Арц и мишљења да је довољна и свест о противности грађанскоправним одредбама.⁴⁰⁴ Ипак, овај аутор препознаје и посебне захтеве који код неких дела постоје на плану „специфичне свести о противправности“. За та дела Арц пише да уколико између кривичног и грађанског неправа постоји значајна квалитативна разлика, онда знање о грађанској противправности није довољно специфично да задовољи знање о

³⁹⁹ J. Kaspar, 182.

⁴⁰⁰ C. Jäger (2009), 156.

⁴⁰¹ Roland Hefendehl, *Bewusstsein der Rechtswidrigkeit und Verbotsirrtum - Vorlesung Strafrecht Allgemeiner Teil - Wintersemester 2015/2016 - Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg, KK 334 - 335*, <https://strafrecht-online.org/lehre/ws-2015/strafrecht-at/%C2%A7%2019%20-%20Bewusstsein%20der%20Rechtswidrigkeit%20und%20Verbotsirrtum%20KK%20334-348.pdf>, 13. мај 2016.

⁴⁰² *Ibid.*, KK 335 - KK 336.

⁴⁰³ G. Arzt, 722.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, 719.

криминалној противправности (овде се заправо мисли на свест о противправности која је потребна за кривицу, прим. аут.).⁴⁰⁵

Фишер пише да је према судској пракси довољно да лице има свест да чини неправо, а да не мора знати да је његово понашање кажњиво.⁴⁰⁶ Свест о моралној прекорљивости или социјалној (друштвеној, прим. аут.) недопуштености није довољна.⁴⁰⁷ Без значаја је да ли је учинилац веровао да крши кривичноправне, јавноправне или грађанскоправне норме.⁴⁰⁸ Фишер напомиње да свест о противправности постоји и онда када учинилац сматра (мисли, прим. аут.) да је његово понашање забрањено, али то мисли не зато што зна норму, већ из неког неисправног-погрешног правног или чињеничног разлога.⁴⁰⁹

М. Колер пише да није довољно то што учинилац своје понашање држи за етички сумњиво, за „противно прописима грађанског права“ (*Zivilunrecht*) или прописима прекршајног права (*ordnungswidrig*).⁴¹⁰ Ипак, исти аутор пише да (учинилац, прим. аут.) не мора знати формалну кажњивост (да је формално кажњиво) нити одговарајући пропис.⁴¹¹ Гаеде (*Gaede*) такође истиче да увид у неправност постоји кад учинилац зна да својим чињењем или пропуштањем крши правно обавезујућу норму, те да није довољна свест о обичајно прекорљивом деловању/поступању, али и да се не тражи свест о кривичноправној природи забране или заповести.⁴¹²

Требало би указати и на Валтера, који напомиње да је већинско схватање да свест учиниоца да крши дисциплинску норму није довољна за свест о забрањености јер дисциплински преступ, сам за себе, крши само (неку) унутарслужбену/дужносну обавезу, а не опште важеће право.⁴¹³ Овај аутор пак, као и већина, стоји на становишту да се за свест о забрањености не захтева свест о кажњивости, већ је довољна свест да се крши нека казнена, грађанска или норма јавног права.⁴¹⁴ Валтер по завршетку цитираног навода у загради наводи „*materielle Rechtswidrigkeit*“, алудирајући да (свест,

⁴⁰⁵ *Ibid.*, 723.

⁴⁰⁶ T. Fischer (2015), 139.

⁴⁰⁷ *Ibid.*

⁴⁰⁸ *Ibid.*

⁴⁰⁹ *Ibid.*, 140.

⁴¹⁰ M. Köhler, 403.

⁴¹¹ *Ibid.*

⁴¹² Karsten Gaede, „Der unvermeidbare *Verbotsirrtum* des anwaltlich beratenen Bürgers – eine Chimäre?“ *Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht* Ausgabe 11/2013, 454.

⁴¹³ T. Walter, 302-303.

⁴¹⁴ *Ibid.*, 302.

прим. аут.) о материјалној противправности постоји када је учинилац свестан да крши неку „казнену/грађанску/јавноправну норму“. Овакав став у најмању руку сматрамо за дискутабилан. Не слажемо се да је свест о материјалној противправности исто што и свест о кршењу казнене/грађанске/јавноправне норме. Не слажемо се јер не знамо онда шта је свест о формалној противправности. Указујемо и да није спорно да кад постоји свест о формалној противправности (коју ми сматрамо за свест о противности некој правној норми - било којој општеважећој правној норми), да би начелно требала да постоји и свест о материјалној противправности. Ипак, ни то није поуздано. Штавише и сам концепт правне заблуде дакако да почива на несумњивој чињеници о „неподударности формалне и материјалне противправности“. Без дилеме, уверавамо читаоца да уколико буде у поседу текста, у ком су описана сва кривична дела како из основног тако и из споредног законодавства, остаће запрепашћен колико понашања је забрањено на начин да су прописана као кривична дела, а ипак, читалац их ни случајно неће сматрати за друштвено штетна, неморална, па чак ни противна обичајима. Дакле, долази до дискрепанције између, са једне стране друштвено/морално нештетног/ненегативно вреднованог и са друге стране кривичним правом забрањеног. И тако, врло једноставно, упитаћемо се- могу ли да предузмем радњу која није друштвено ни морално негативно вреднована? Наравно да могу. Међутим, чуо сам за „то неко кривично право“ које кажњава и друштвено и морално допуштене ствари. Управо у овако описаном, видимо да постоји подвајање материјалне и формалне противправности. И видимо да никако не можемо прихватити да је свест о кршењу казнене/грађанске/јавноправне норме, свест о материјалној противправности. Видимо то, јер онда апсолутно не знамо шта је свест о формалној противправности нити знамо како бисмо назвали свест о друштвеној забрањености. Даље елаборирање нам се чини сувишним. Ипак, дозволимо себи да питамо каква је то свест о противправности ако није формална, ако се та свест односи на свест о томе да се крше правне норме из неких правних прописа, а ти правни прописи су формални извори права? Изгледа нам да је овде заправо „проблем“ у неповезивању и неупотреби поделе на материјалне и формалне изворе права.

Надаље, Пупе подсећа да у литератури и судској пракси постоји широка сагласност о томе да учинилац који зна да је његово дело/радња према мишљењу/схватању судске праксе забрањено, има свест о противправности, иако он сам сматра да је такво

схватање судске праксе погрешно.⁴¹⁵ Другим речима, за постојање свести о забрањености је довољна свест о томе да је радња по схватању судске праксе забрањена. Пупе затим указује на Рудолфија (*Rudolphi*), који објашњавајући зашто је у случају нејединственог става међу судовима, одлучујуће схватање вишег суда, наводи да се грађанин у случају сумње не може поуздати у своју пресуду (процену, прим. аут.), већ у вишу стручност судова.⁴¹⁶ Ипак, Пупе се не слаже са изложеним мишљењем Рудолфија о вишој стручности судије, па поставља питање да ли судија заиста има вишу стручност у односу на професора кривичног права?⁴¹⁷

Велцел пише да је заблуда о забрањености (правна заблуда, прим. аут.) заблуда о противправности дела при пуном знању остваривања бића дела („*bei voller Kenntis der Tatbestandsverwirklichung*“).⁴¹⁸ Наводи и становиште Савезног суда - „Учиниоца зна шта ради, али погрешно сматра да је то што ради дозвољено“.⁴¹⁹

Маурах занимљиво објашњава да је лице у правној заблуди⁴²⁰ кад не препознаје недозвољеност свог делања, другим речима, учиниоца дела у незнању забране.⁴²¹ Даље истиче да није потребно да учиниоца зна ни извор ни појавни облик норме и сматра да је за конституисање свести о противправности довољно лаичко вредновање да се делање не сме, према вољи правног поретка.⁴²² Исти аутор закључује да свест о друштвеној противсврхисходности дела није довољна, као што није довољна ни свест о обичајној забрањености.⁴²³ Киндхојзер (*Kindhäuser*) такође спада у групу аутора који истичу да се под „увидом у неправу“ (свест о противправности, прим. аут.) сматра свест учиниоца да крши норму правног поретка, а не нужно и норму кривичног права, док свест о друштвеној штетности или неморалности понашања није довољна.⁴²⁴

⁴¹⁵ Ingeborg Puppe, „Bemerkungen zum Verbotsirrtum seiner Vermeidbarkeit“, *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag* (Hrsg. K. Rogall, I. Puppe, U. Stein, J. Wolter), Wolters Kluwer, Neuwied 2004, 231.

⁴¹⁶ *Ibid.*, 231-232.

⁴¹⁷ *Ibid.*

⁴¹⁸ H. Welzel, 166.

⁴¹⁹ *Ibid.*

⁴²⁰ Опет искрсава непотпуна подударност немачке заблуде о забрањености (*Verbotsirrtum*, а у буквалном преводу забрањујуће заблуде), и аустријске правне заблуде (*Rechtsirrtum*, тако назване и у Србији). Но, за потребе образлагања предмета свести о забрањености, ова неподударност ипак не прави „проблеме“.

⁴²¹ R. Maurach, 415.

⁴²² *Ibid.*

⁴²³ *Ibid.*

⁴²⁴ Urs Kindhäuser, Skript zur Vorlesung Strafrecht AT, https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Kindhaeuser/Strafrecht_AT/s-at-39.pdf, 15. септембар 2016.

Затим, Живановић пише да за Биндинга (*Binding*) није довољна свест да је дело уопште противправно, „него треба да је извршилац свестан баш оне норме, коју вређа његово дело“.⁴²⁵ (*Bewusstsein der Normwidrigkeit*). Према Липману (*Liepmann*) пак, противдужност је противност било правним било моралним дужностима,⁴²⁶ док је према Колтраушу, противдужност – противност етичким дужностима.⁴²⁷

Надаље, уколико погледамо Павловићев превод⁴²⁸, видимо да је реч *Erlaubnisirrtum* преведена као заблуда о границама правно дозвољеног поступања, при чему је као други израз наведен и *indirekter Verbotsirrtum* (индиректна правна заблуда). Морамо да приметимо да речи „заблуда о границама правно дозвољеног поступања“ иду у прилог ставу да се садржина свести о забрањености дела несумњиво односи на формалну забрањеност дела, другим речима, на свест о томе да је дело/понашање правом забрањено, а не да је противно друштвеним правилима (друштвено недопуштено). Дакле, да би постојала свест о забрањености, учинилац мора да буде свестан да је његово дело правом забрањено, односно противно позитивним правним нормама. Јер кад се каже заблуда о границама правно дозвољеног понашања, то значи погрешна свест или неимање свести о границама правно дозвољеног понашања. Затим, када кажемо да неко не зна које су границе правно дозвољеног понашања, нема сумње да то значи да то лице не зна да ли је његово понашање правом забрањено. Наиме, овакав закључак је врло једноставно извести. Граница правно дозвољеног понашања раздваја понашања која су правно дозвољена од оних која су правно недозвољена. Уколико се дакле *Erlaubnisirrtum* преводи као заблуда о границама правно дозвољеног поступања, значи да се за неналажење у овој заблуди тражи да лице зна границу правно дозвољеног понашања; а ако зна ову границу, несумњиво је то исто као када бисмо рекли да је лице свесно (зна) да је нешто правом забрањено или није забрањено. Једноставно речено, онај који зна где су границе правно дозвољеног поступања, увек зна које и какво поступање је правно забрањено. Уколико би за постојање свести о забрањености било довољно да лице зна да је његово поступање друштвено штетно, онда би *Erlaubnisirrtum* требало да се преведе као заблуда о границама друштвено недозвољеног понашања.

⁴²⁵ Т. Живановић, 225.

⁴²⁶ *Ibid.*

⁴²⁷ *Ibid.*

⁴²⁸ Д. Павловић, 176.

5.1.4. Судска пракса – предмет свести о забрањености дела

У овом поднаслову указаћемо на одређене ставове у судској пракси који се односе на садржину свести о забрањености. Наводимо неколико правних сентенци утврђених на основу одлука највишег суда Републике Аустрије- *Der Oberste Gerichtshof*.^{429,430}

У одлуци *OGH 9 Os 49/84* од 5.6.1984, утврђено је да је правна заблуда, заблуда учиниоца о томе да је његово понашање правом забрањено.

Надаље, у одлуци *OGH 11 Os 27/71* од 23.6.1971. године, утврђено је да учинилац мора само да зна да крши формално важећу правну норму, при чему није нужно да има увид у друштвену штетност своје радње. Затим, у одлуци *OGH 13 Os 62/95* од 13.12.1976. године, утврђено је да је за свест о противправности довољно лаичко, опште знање о правној забрањености пребацивог/прекорљивог понашања, при чему се знање о норми у њеним појединостима не захтева. Ове прве две наведене одлуке, као да настављају мишљење из „стварајуће одлуке о правној заблуди“ немачког ВГН – „Свест о забрањености не значи знање о кривичној забрањености нити знање законске одредбе која садржи забрану. Са друге стране, није довољно да учинилац зна да је његово понашање обичајно прекорљиво.“⁴³¹

Знање о моралној недозвољености дела није једнако знању о социјалној неподношљивости/недопуштености дела, а самим тим ни (знању, прим. аут.) о кривичноправној релевантности (*OGH 13 Os 113/77* од 13.10.1977. године). На трагу овакве сентенце је и она утврђена на основу одлуке *OGH 9 Os 177/78* од 30.1.1979. године; наиме, из осећаја да се неморално дела, може такође бити доступна сумња у правну дозвољеност, чије неелиминисање може бити прекорљиво („...*deren Nichtbeseitigung vorwerfbar sein kann*“). Једноставније речено, учинилац се може

⁴²⁹ Der Oberste Gerichtshof је у Аустрији највиши суд опште надлежности. У чл. 92 ст. 1 Савезног уставног закона Аустрије (*Bundesverfassungsgesetz*), https://www.jusline.at/92._B-VG.htm, 12. мај 2016. одређено је да је Der Oberste Gerichtshof највиша инстанца у грађанским и кривичним стварима. У чл. 1 ст. 1 Савезног закона о Oberste Gerichtshof (*Bundesgesetz über den Obersten Gerichtshof*) прописано је да је Der Oberste Gerichtshof највиши орган опште судске надлежности. (Види официјелну интернет страницу суда - <http://www.ogh.gv.at/de/ogh/aufgaben>, 12. мај 2016.

⁴³⁰ Правне сентенце преузете су са интернет странице <https://www.jusline.at/index.php?cpid=d44d6ac98044db1e6494d22afb2c7e16&lawid=11&paid=9&absatz=&gericht=1>, 12. мај 2016. и односе се на Entscheidungen des Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) zu § 9 Absatz StGB. Члан 9 уређује правну заблуду.

⁴³¹ ВГН – GSSSt 2/51.

прекорити/може му се пребацити у кривицу, управо неелиминисање сумње у правну допуштеност одређеног понашања.

Суд утврђује такође да странац који већ дуже борави у Аустрији (већ четири године у конкретном случају), мора да се усклади са општом правном свести у Аустрији.⁴³² Налазимо да је „општа правна свест“ свест учиниоца о важећим правним правилима, а не о друштвеним нормама.

Када учинилац има несигурну представу о противправности/неправу свог дела, без да тачно зна, да ли је у складу са правом или је већ противправно, поступа са условљеном свести о противправности (*bedingtes Unrechtsbewusstsein*) – (OGH 13 Os 24/79 од 29.3.1979. године). Условљена свест о противправности постоји када је учинилац рачунао са тим да постоји могућност да чини неправу (OGH 13 Os 24/79 од 29.3.1979. године). Овде би цитирали Хефендела који објашњава да је замисливо да учинилац није сигуран да ли правни поредак забрањује или дозвољава неко понашање, те указује да судска пракса у таквом случају не види могућност учиниоца да се позива на правну заблуду.^{433,434}

5.2. Дељивост свести о противправности (забрањености)

У овом поднаслову расправљамо о томе да ли је могуће „поделити“ свест о противправности у смислу да учинилац зна да је понашање које предузима забрањено, али да не зна да тим понашањем које предузима не чини само ону забрањеност које је свестан, за коју зна, већ и неку другу забрањеност, чије недозвољености није свестан. На примеру ћемо поједноставити. Замислимо два или више кривичних дела учињених у идеалном стицају. Наравно у односу на свако од тих кривичних дела, да би било кривично дело, мора да постоји кривица учиниоца, а самим тим и свест о противправности дела (односно могућност, и дужност према КЗС те свести). Поставља се питање да ли је могуће да учинилац дела у идеалном стицају има свест о противправности у односу на једно дело, а у односу на друго дело да та свест не постоји? И уколико не постоји у односу на то друго дело, може ли се тврдити да је лице

⁴³² OGH 29.3.1979 13 Os 24/79 (Аустрија)

⁴³³ R. Hefendehl (2015/2016) KK 339.

⁴³⁴ О *bedingtes Unrechtsbewusstsein* види код I. Puppe (2004), 236.

учинило и то друго дело или пак само оно у односу на које постоји свест о противправности?

Роксин указује да Савезни суд испрва није прихватао тезу/схватање о „дељивости“ свести о противправности.⁴³⁵ Као пример оваквог стајалишта Савезног суда Роксин наводи случај лица које је туђа музејска дела продао у иностранство, чиме је учинио кривично дело крађе али је и прекршио и Закон о војној влади (*Militärregierungsgesetz*), при чему је Савезни суд узео (нашао) да свест о противправности постоји у односу на оба дела.⁴³⁶ Слично је резонувао Савезни суд и у случају лица које је извршило обљубу са поћерком (пасторком) и тиме учинио кривично дело обљуба злоупотребом поверења из чл. 174 (КЗ Немачке), а истовремено остварујући (некадашње) биће дела родоскрвњења из чл 173 ст. 2 (тада важеће верзије КЗН), при чему учиниоцу ни на памет није пало да чини и инцест.⁴³⁷ Овај аутор је мишљења да обе ове одлуке крше принцип кривице.⁴³⁸

Наиме, за Роксина пак нема дилеме. Он пише да је могуће, код учиниоца, који својом радњом оствари обележја бића више кривичних дела, да у односу на једно дело поступа са потпуном свести о забрањености, док у односу на друго дело може да поступа и у неотклоњивој правној заблуди.⁴³⁹ Истиче да се ту управо и ради о дељивости свести о противправности.⁴⁴⁰

На истом трагу је пре нешто више од пола века (од Роксина, прим. аут.) и Маурах.⁴⁴¹ Овај професор пише да је пракса заузела становиште о „недељивости“ свести о противправности.⁴⁴² Маурах сматра да овакво схватање треба одбацити.⁴⁴³ Увиђа пак да Савезни суд сматра да „недељивост“ свести о противправности посебно треба да важи код „сродних“ бића кривичних дела, а са чиме се ипак не слаже.⁴⁴⁴

⁴³⁵ C. Roxin (2006), 935.

⁴³⁶ *Ibid.*

⁴³⁷ *Ibid.*

⁴³⁸ *Ibid.*

⁴³⁹ *Ibid.*

⁴⁴⁰ *Ibid.*

⁴⁴¹ R. Maurach, 421.

⁴⁴² *Ibid.*

⁴⁴³ *Ibid.*

⁴⁴⁴ R. Maurach, 421-422.

Надаље, Креј пише о дељивости свести о противправности у ситуацији испуњења више бића кривичних дела.⁴⁴⁵ Креј даје пример- када лице А силује рођаку, наравно да је био свестан противправности дела из чл. 177 КЗН⁴⁴⁶, али није постојала свест о противправности у односу на дело из чл. 176а КЗН.^{447,448}

Новија судска пракса у Немачкој пак препознаје дељивост свести о противправности. Тако на пример, председник другог кривичног већа Савезног суда, Фишер, позивајући се на праксу тог суда, у свом коментару КЗН говори о дељивости свести о противправности код идеалног стицаја (*Tateinheit*).⁴⁴⁹

5.3. Условљена свест о противправности

Назив условљена свест о противправности је заправо буквалан превод немачког термина *bedingtes Unrechtsbewusstsein*. Међутим, не ради се о било каквој условљености постојања свести о противправности у смислу да она постоји или не постоји у зависности од постојања или непостојања неког услова. Тако и Пупе наводи да се ту не ради ни о каквој свести о противправности под неким условом.⁴⁵⁰

Укратко, ради се о томе да код лица постоји сумња у погледу оцене, тј. његовог знања да је његово понашање дозвољено или забрањено. Једноставније речено, код лица постоји условљена свест о противправности уколико сумња да ли је његово понашање дозвољено. Имајући у виду овакво одређење поставља се питање да ли код учиниоца у сумњи у дозвољеност постоји свест о противправности или не, односно да ли је такав учинилац у правној заблуди?

Према Заферлингу, условљена свест о противправности постоји када учинилац држи за могуће да је његово понашање у складу са правом, али држи за могуће и да је противправно.⁴⁵¹ На истом трагу Заферлинг закључује да правна заблуда постоји само при пуном (потпуном) недостатку увида у неправу, те да учиниоцу који сумња у правну

⁴⁴⁵ V. Krey, 257.

⁴⁴⁶ § 177 Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung

⁴⁴⁷ § 176a Schwere sexueller Mißbrauch von Kindern

⁴⁴⁸ V. Krey, 257.

⁴⁴⁹ T. Fischer (2015), 139.

⁴⁵⁰ I. Puppe (2004), 231-242.

⁴⁵¹ C. J. M. Safferling, 218.

дозвољеност свог понашања, ова сумња пада на терет.⁴⁵² Роксин наводи да условљена свест о противправности постоји када је учинилац у нејасности у погледу правног положаја-стања.⁴⁵³ Овде учинилац сматра да је његово понашање вероватно дозвољено, али рачуна са могућношћу да је и забрањено.⁴⁵⁴ Креј пише да „онај ко рачуна да би његово дело могло бити забрањено, не поступа у правној заблуди“. ⁴⁵⁵ Пупе указује да уколико се учинилац налази у сумњи да ли је његово понашање забрањено или дозвољено, владајуће становиште сматра да има условљену свест о противправности.⁴⁵⁶

Велцел на пример заблуду о важењу (*Gültigkeitsirrtum*), иако је класификује као варијетет правне заблуде⁴⁵⁷, види и као ситуацију где постоји условљена свест о противправности, иако не спомиње изричито овај термин. Наиме, Велцел пише: „Штавише учинилац мора у таквим случајевима, у којима свесно прекорачује (крши, прим. аут.) правну норму, јер је сматра неважећом, рачунати с тим да је његово понашање насупрот његовом уверењу (да је дозвољено, прим. аут.) забрањено.“ („...*daß sein Verhalten entgegen seiner Auffassung verboten ist.*“).⁴⁵⁸ С тим у вези Велцел закључује да „учинилац овде рачуна са могућношћу да је његово понашање забрањено, и у сваком случају хоће да изврши дело, поступа са свести о противправности а не у отклоњивој правној заблуди“ („*handelt er mit Unrechtsbewußtsein und nicht bloß im (vermeidbaren) Verbotsirrtum*“).⁴⁵⁹

Овде се заправо ради о својеврсном „уподобљавању“ решења ситуацији евентуалног умишљаја. Наиме, учинилац сумња да је његово понашање забрањено, али држи за могуће, односно вероватно да је и допуштено, па се у таквом стању опредељује да предузме радњу, чиме заправо пристаје и на „оно што доноси тај пристанак“. Тако и Маурах пише о „условљеној свести о противправности“ која „стоји аналогно“ евентуалном умишљају.⁴⁶⁰ Гаеде такође указује да се овде прави паралела са евентуалним умишљајем, па се условљена свест о противправности види као

⁴⁵² *Ibid.*

⁴⁵³ C. Roxin (2006), 941.

⁴⁵⁴ *Ibid.*

⁴⁵⁵ V. Krey, 257.

⁴⁵⁶ I. Puppe (2004), 231-242.

⁴⁵⁷ H. Welzel, 170.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, 171.

⁴⁵⁹ *Ibid.*

⁴⁶⁰ R. Maurach, 420.

прихватање кривичноправне забране.⁴⁶¹ И Пупе препознаје да је у питању аналогна примена значења евентуалног умишљаја.⁴⁶² Међутим Заферлинг сматра да су умишљај и свест о противправности два института која су само „ограничено упоредива“.⁴⁶³ Ово пак објашњава тиме што умишљај садржи и волунтативни елемент, док је постојање свести о противправности „чисто интелектуално питање“.⁴⁶⁴ На том трагу пише да околност „да ли учинилац хоће да његово понашање буде кажњиво или некажњиво, не игра никакву улогу“.⁴⁶⁵

Што се тиче судске праксе, одговор је пак готово једнозначан. Тако Роксин подсећа да је преовлађујуће мишљење у судској пракси, у погледу условљене свести о противправности, то да у таквом случају не постоји правна заблуда и да се стога има одмерити пуна казна за умишљајно дело.⁴⁶⁶ Роксин и цитира Савезни суд: „Ко има представу о томе да је могуће да чини неправу, и ову могућност прихвата у својој вољи, (тај, прим. аут.) има свест о противправности.“⁴⁶⁷ И у познатом Фишеровом коментару наилазимо на становиште да у оваквој ситуацији нема говора о правној заблуди. Наиме, Фишер управо и наводи да свест о противправности постоји и када је учинилац рачунао са тим да постоји (прим. аут.) могућност да је његово понашање забрањено.⁴⁶⁸

Слична је ситуација и у Аустрији где највиши суд утврђује да је условљена свест о противправности заправо актуелна свест о противправности⁴⁶⁹; затим да условљена свест о противправности (*bedingtes Unrechtsbewusstsein*), постоји када је учинилац рачунао са тим да постоји могућност да чини неправу⁴⁷⁰ (OGH 13 Os 24/79 од 29.3.1979. године); као и онда када учинилац има несигурну представу о противправности/неправу свог дела, без да тачно зна, да ли је у складу са правом или је већ противправно, поступа са условљеном свести о противправности.⁴⁷¹

⁴⁶¹ K. Gaede, 454.

⁴⁶² I. Puppe (2004), 231-242.

⁴⁶³ C. J. M. Safferling, 218-219.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, 219.

⁴⁶⁵ *Ibid.*

⁴⁶⁶ C. Roxin (2006), 941.

⁴⁶⁷ *Ibid.*

⁴⁶⁸ T. Fischer (2015), 140.

⁴⁶⁹ OGH 28.9.1995 12 Os 114/95

⁴⁷⁰ OGH 13 Os 24/79 од 29.3.1979.

⁴⁷¹ OGH 13 Os 24/79 од 29.3.1979.

И Заферлинг напомиње да је према судској пракси, за (постојање, прим. аут.) свести о противправности, довољно да учинилац прихвата да је могуће да чини неправу.⁴⁷² Са друге стране ваљало би бити опрезан по питању оцене када постоји сумња код лица да је његово дело забрањено, а када он (мисли, прим. аут.) да познаје закон и хоће да „искористи могућности које му закон пружа“. Тако на пример Гаеде наводи да суд не сме сматрати да постоји условљена свест о противправности самим тим што је учинилац спреман да иде до (крајњих, прим. аут.) граница закона.⁴⁷³ Другим речима, ако је учинилац убеђен да ради у оквиру забрањеног, па и без обзира на мотив да користи „рупе у закону“, не би се *a priori* смело узети да постоји условљена свест о противправности. Лице које тражи „пропусте у закону“ или пак, да не употребљавамо ову „нешто јачу“ терминологију, лице које настоји да изнађе шта му и колико важеће право дозвољава, тражи и има намеру да се креће у оквиру правно допуштеног и овакво испитивање/истраживање граница дозвољеног не сме да се сматра за сумњу о постојању могућности да се чини неправу; односно бар не би смело да важи као правило (да постоји таква сумња). Другим речима, ако лице хода поред границе, или прецизније речено мисли да хода поред границе, не значи да је он границу прешао, нити да сумња да је границу прешао.

У домаћој литератури о овом питању наилазимо на ванредно јасно одређење код Стојановића. Овај аутор уместо о условљеној свести о противправности говори о „евентуалној правној заблуди“.⁴⁷⁴ Стојановић дакле истиче: „Ко рачуна с тим да његово понашање може бити забрањено, али га без обзира на то предузима, не налази се у правној заблуди.“⁴⁷⁵

Међутим, чини нам се да неки аутори негирају постојање свести о противправности у случају постојања сумње. Тако на пример, Чејовић пише: „Сумња представља сукоб представа о некој чињеници. Као таква, она спречава учиниоца да има убеђење у тачност те чињенице. Другим речима, учинилац и зна и не зна да је његово понашање забрањено.“⁴⁷⁶ С тим у вези Чејовић сматра да се може узети да правна заблуда постоји

⁴⁷² С. Ј. М. Safferling, 218.

⁴⁷³ К. Gaede, 462.

⁴⁷⁴ З. Стојановић (2012), 149.

⁴⁷⁵ *Ibid.*

⁴⁷⁶ Б. Чејовић (1985), 163.

и у случају „кад је учинилац оправдано сумњао да је његово дело забрањено“⁴⁷⁷; а да би то би случај, мора се утврдити да се учинилац нашао у сумњи из оправданих разлога, ако то пак није случај, онда правна заблуда не постоји.⁴⁷⁸ Видимо дакле увођење категорије „оправданих разлога“ на терен евентуалне правне заблуде, односно условљене свести о противправности. Изгледа нам да је потребно „ствари звати својим именом“. Стога ћемо лице код којег постоји условљена свест о противправности означити као лице које сумња у то да ли је његово понашање у складу са правом или није. Наиме, ако неко мисли да његово понашање може бити дозвољено али исто тако мисли да можда и није дозвољено, не бисмо ли рекли да то лице има сумњу у погледу забрањености свог понашања, односно да сумња у допуштеност таквог понашања? Ако је дакле сумња о забрањености понашања фактички исто што и постојање условљене свести о противправности, а видели смо и мишљења науке и ставове суда који указују да тада (у таквим случајевима) не постоји правна заблуда, може ли се онда прихватити резонување Чејовића који дозвољава могућност правне заблуде онда када постоје „оправдани разлози“ за сумњу у забрањеност понашања? Држимо да не може. Као одговор, најједноставније, примећујемо да и сумња о забрањености дела не значи непостојање свести о забрањености дела.

5.4. Вештачење могућности да се има свест о забрањености или зашто је ова компонента кривице за суд небитна/измишљена

У овом наслову анализирамо могућност одређивања вештачења, ради утврђивања постојања свести о забрањености дела, односно утврђивања постојања дужности и могућности да се има свест о забрањености дела. Другим речима, у нашем досадашњем раду у правосуђу (близу 6 година), нисмо наишли на наредбу за вештачење у којој би као задатак вештачења било одређено испитивање постојања свести о забрањености дела. Наиме, вратимо се неколико поглавља уназад. Већ смо навели, КЗС (чл. 22), препознаје три компоненте кривице: урачунљивост; умишљај (нехат кад то закон одређује) и свест о забрањености дела, односно дужност и могућност да се има свест о забрањености дела (актуелна и потенцијална свест о забрањености дела). Готово неподељено становиште теорије и праксе је да се од набројане три компоненте кривице,

⁴⁷⁷ *Ibid.*

⁴⁷⁸ *Ibid.*

две претпостављају. Ради се наравно о урачунљивости – тако Дракић⁴⁷⁹, Стојановић⁴⁸⁰, Лазаревић⁴⁸¹, Франк⁴⁸² и свести о забрањености дела („Код одраслих и урачунљивих учинилаца, свест о противправности се по правилу претпоставља.“- тако ОГН (12Os70/76; 9Os164/78; 13Os24/79; 13Os115/81; 11Os151/84; 10Os7/85; 12Os136/12k).

Стојановић то врло јасно објашњава: „Утврђивање остварености кривице као обавезног елемента општег појма кривичног дела у конкретном случају има свој позитивни и негативни аспект. То подразумева утврђивање постојања умишљаја (или нехата код нехатних кривичних дела) и одсуство основа који искључује кривицу (неурачунљивост и непостојање могућности и дужности свести о противправности). Одсуство, тј. непостојање основа искључења кривице није потребно утврђивати, оно се претпоставља. Напротив, њихово постојање да би искључило кривицу, мора се утврдити.“⁴⁸³ Ипак, у погледу урачунљивости постоје и супротна мишљења.⁴⁸⁴

Начелно, нигде у КЗ нити ЗКП нисмо пронашли, да се било који део кривице претпоставља. Но, лаички резоновано, одиста би било тешко, полазити од премисе да је сваки окривљени неурачунљив. Ако ни због чега другог, ово би претило да направи „црну рупу“ у правосудном буџету.⁴⁸⁵ Замислите, колико предмета у раду има Први основни суд у Београду годишње, затим на то додајте све оне предмете Првог основног јавног тужилаштва у Београду (одређене доказне радње и истраге), који нису „отишли на суд“. Затим приметите, да би вам у случају премисе да је окривљени неурачунљив, потребно било доказивање да није, те помножите број предмета са једним „просечним“ трошковником вештака психијатра. При свему томе, молимо да имате у виду „(не)успешност“ наплате трошкова од лица које је оглашено кривим. Затим отворите

⁴⁷⁹ Тако за урачунљивост: Драгиша Дракић, *Неурачунљивост*, Школска, Нови Сад 2007, 50, где објашњава због чега је погрешно кад се наводи (што чини Бачић у Ф. Бачић, 1998, 220): „И док се код урачунљивости испитује...“, те указује да је таква формулација погрешна јер се урачунљивост одрасле особе претпоставља, те се она не испитује, а с тим у вези предлаже следећу формулацију: „И док се код урачунљивости поставља питање...“; и Драгиша Дракић, „Ability to undertake action that constitutes a criminal offence; mental capacity and guilt“, *Facta Universitatis, Series: Law and Politics* 1/2015, 30.

⁴⁸⁰ З. Стојановић (2012), 121 и З. Стојановић (2013), 165.

⁴⁸¹ Љ. Лазаревић (2011), 117.

⁴⁸² С. Франк (1955), 139.

⁴⁸³ З. Стојановић (2013), 165.

⁴⁸⁴ Б. Златарић, М. Дамашка, 345, који истичу да се „урачунљивост не пресумира у смислу да би се узимало као да она постоји док се не докаже противно.“

⁴⁸⁵ Нећемо уопште улазити у објашњавање ко је директни, а ко индиректни буџетски корисник. Израз „правосудни буџет“ употребљавамо за потребе излагања примера, разумљиво је да се односи на средства која држава издваја за функционисање правосуђа.

Закон о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава⁴⁸⁶, и видећете да постоји 66 основних судова, 25 виших судова, 58 основних тужилаштава и 25 виших тужилаштва. Дакле, укупно 91 суд и 83 тужилаштва ради „први степен“. Молимо саберите њихове предмете и помножите са просечним трошковником вештака психијатра. Ово наравно без тзв. „допунских“ трошкова вештачења попут допунског вештачења, новог вештачења, и „новог након новог“ вештачења. Налазимо, да би за државу, у једном тренутку, извесно прилично брзо, постало „лакше/јефтиније/безбедније“ да толерише штету од криминалитета, него да се „бори против криминалитета“. Вратимо се на претпоставку урачунљивости. Свакако да смо сагласни са истом. У супротном, друштво би сваког појединца који доспе у кривични поступак (и преткривични⁴⁸⁷, ако се тада одреди вештачење) посматрало као психијатријски „болесно“ лице. Да ли иједан закон може да оправда претпоставку да своје адресате сматра психијатријски болесним? Да ли уопште „нека заштита права“ може да се легитимише тиме да своје титуларе превасходно посматра као ментално болесне док се не докаже супротно? Одговорили бисмо, тешко. Ипак, погледајмо ово излагање и кроз другу призму, па и кроз питање: „Да ли окривљени жели да га сматрају за непотпуно психички здравог, уколико ће му то донети битно нижу казну?“ Несумњив је одговор. Писац ових редова ретко је имао прилику да прочита налаз и мишљење вештака психијатра у којем барем није писало да је „урачунљивост смањена, али не до степена битног“. Овакво одређење вештака психијатра недвосмислено је неретко служило као „озбиљна“ олакшавајућа околност, а такође, суд никако није „бежао“ ни од прилике да је „укомбинује“ са личним приликама, како би дошао до нарочито олакшавајућих околности (чл. 56 ст. 1 тач. 3 КЗС) које су пак обезбеђивале изрицање казне испод посебног минимума за предметно кривично дело. О чему се заправо ради и зашто ово, само наизглед учињено одступање, од вештачења постојања свести о забрањености дела? Видите, утврдише ли многи пре нас да се од компоненти кривице, једино умишљај (нехат кад је законом одређено) доказује? Утврдише ли и да се урачунљивост и актуелна (или потенцијална) свест о забрањености дела претпостављају и да се доказује једино њихово непостојање? Дакле да би постојала кривица, мора да постоји једна позитивна компонента и две негативне, мора да се утврди постојање умишљаја (нехата) и мора да не постоји неурачунљивост и дужност и могућност свести о забрањености дела. За последње две се сматра да не постоје, а може

⁴⁸⁶ Закон о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава, *Службени гласник РС*, бр. 101/13.

⁴⁸⁷ Иначе, намерно не употребљавамо термин предистражни поступак као што то чини ЗКП Србије.

се доказивати супротно. Оставимо по страни свакако номиналну једнаковредност компоненти кривице и приметимо да непобитно више вреди она која се не претпоставља. Али, ко је и када, а посебно зашто, „извредновао“ да, од друге две компоненте које се претпостављају, урачунљивост вреди више од актуелне/потенцијалне свести о забрањености дела? Уколико нас пак укорите и упитате на основу чега закључисмо о предности урачунљивости над свести о забрањености, упутићемо на чл. 131 ЗКП Србије („Психијатријско вештачење“). У наведеном пише: „Ако се појави сумња да је искључена или смањена урачунљивост окривљеног..., орган поступка ће одредити психијатријско вештачење.“ Пре него што наставимо даље образлагање, неизбежно нам је осврнути се кратко на непрецизност и проблематичност одредбе чл. 131 ст. 1 ЗКП Србије где пише: „Ако се појави сумња да је искључена или смањена урачунљивост окривљеног, да је окривљени услед зависности од употребе алкохола или опојних дрога учинио кривично дело или да је због душевних сметњи неспособан да учествује у поступку, орган поступка ће одредити психијатријско вештачење.“ Најједноставније речено, законодавац је заборавио да напише да сумња у искључење или смањење урачунљивости мора да се односи на време извршења кривичног дела које се окривљеном ставља на терет. Овако како пише, сумња у искључење или смањење урачунљивости се односи на моменат наређивања вештачења, а не моменат извршења кривичног дела. На моменат извршења кривичног дела се односи само један део одредбе и то онај који говори о сумњи да је окривљени учинио кривично дело услед зависности од употребе алкохола или опојних дрога. Трећи „поддео“ одредбе члана 1 се односи на неспособност учествовања у поступку због душевних сметњи. Просто, шта ако постоји сумња да је урачунљивост окривљеног у време извршења кривичног дела била искључена или смањена из неког другог разлога осим зависности од употребе алкохола или опојних дрога? Јер, није ваљда да само зависност од употребе алкохола или опојних дрога може искључити или смањити урачунљивост окривљеног? Овако како пише у закону, орган поступка не би могао да нареди психијатријско вештачење у случају да је код окривљеног у време извршења кривичног дела које му се ставља на терет постојала душевна болест.

Шта смо открили о вредности компоненти кривице? Умишљај и нехат морају да се докажу; урачунљивост, уколико постоји сумња да је макар смањена, такође мора да се докаже, јер тако органу поступка изричито налаже законодавац. Приметићемо да орган

поступка не може да бира да ли ће наредити⁴⁸⁸ вештачење или неће ако постоји сумња да је искључена или смањена урачунљивост. Орган поступка у таквој ситуацији мора да нареди вештачење. Ипак, оцена о постојању сумње (као степену вероватноће потребном за наређивање вештачења) је и даље на органу поступка, а ова оцена је свакако субјективна те се не може одрећи да се овом субјективношћу оцене о постојању сумње, релативизује обавеза наређивања вештачења органу поступка. Другим речима, ако орган поступка сматра да постоји сумња, закон га обавезује да нареди вештачење, међутим, ако орган поступка нађе да не постоји сумња, не постоји обавеза наређивања вештачења. Па шта је онда и када постоји „сумња“ као степен вероватноће? Члан 2 ЗКП Србије се зове „Значење израза“, а у ст. 1 тач. 17, 18 и 19, одређује појмове: основ сумње, основана сумња и оправдана сумња. Ипак, нема одређења „само“ сумње. Потребно је истаћи да се поменути степени сумње односе на то да је учињено кривично дело односно да је неко лице учинилац кривичног дела, а не односе се поменути степени сумње на постојање урачунљивости. Но, заваримо у суднице. Писац је имао прилику (небројено пута) да види да „сумњу у урачунљивост“ може када год жели „створити“ сам окривљени. Наиме, довољно је да окривљени, у одбрани изјави да је некада, негде, са неким конзумирао неку опојну дрогу (углавном је у питању марихуана), и да се у 100% таквих случајева донесе наредба за вештачење. Оваква изјава окривљеног никада није била предмет било какве провере, напротив довољно је да каже да је пробао „траву“. На овај начин, бранилац окривљеног уопште не мора да се оптерећује начином (и смишљањем аргумената) на који ће издејствовати психијатријско вештачење окривљеног, јер га је орган поступка чим је чуо да је окривљени споменуо да је пушио „траву“ већ „припремио“. Овде није ни толико спорно да треба да се испита урачунљивост окривљеног, колико упада у очи одсуство било каквих критеријума приликом оцене постојања сумње да је урачунљивост окривљеног, у време извршења кривичног дела које му се ставља на терет, била искључена или умањена. Тешко се (ако не и никад) могло видети да орган поступка, барем кроз подпитања, покуша да провери неке околности из изјаве окривљеног које би му послужиле при оцењивању да ли постоји сумња или не.⁴⁸⁹ Па ипак, кад окривљени

⁴⁸⁸ Одредба чл. 131 ст. 1 ЗКП Србије употребљава глагол „одредити“ вештачење. Имајући у виду да орган поступка одлуку о одређивању вештачења, доноси у форми наредбе, определићемо се да употребимо глагол „наредити“ вештачење. Ипак, свакако да није погрешно рећи и „одредити“, посебно ако се узме у обзир да суд (на пример на главном претресу) одређује извођење доказа, а да је вештачење доказна радња.

⁴⁸⁹ Ово непроверавање нас подсећа на одлуку о ослобођењу осуђеног од плаћања трошкова кривичног поступка, коју суд, забрињавајуће често заснива на изјави окривљеног у поступку, а у којој овај наведе да

или његов бранилац изјаве да окривљени није знао да је његово дело забрањено, таква изјава, код органа поступка, обично наиђе на коментаре (наравно ван судница) попут: „Каква лоша стратегија одбране“; „Важи што није знао“; „Ко би био толико глуп да у то поверује“, као и „Ове наводе ћемо само игнорисати“. Ако пак, бранилац окривљеног и укаже, на ниво образовања окривљеног (а рекли смо да близу 35% становништва у Р. Србији има стечено основно или непотпуно основно образовање; затим 51% је потпуно компјутерски неписмено, а њих још 15% је само делимично компјутерски писмено); личне прилике, попут друштва у коме се креће (окружења); стања у породици - васпитање и (не)постојање узора за образац понашања; доступности прописа; разумљивости прописа; прописивање кривичних дела за понашања за која је дубоко дискутабилно да су друштвено штетна, па чак и да на било који начин вређају морал; низ кривичних дела, при чему су одредбе којима су ова дела прописана потпуно недовољне за откривање зоне (не)дозвољености јер „грцају“ од бланкета; па још ако бранилац укаже, да ни много „школованији“, односно лице које је у много бољој друштвеној прилици, остаје немоћно и збуњено у препознавању забрањености чак и уз сву доступност прописа, није ли то довољно за ону „обичну и саму“ сумњу за наређивање вештачења на околност да ли је окривљени био свестан или пак био дужан и могао бити свестан да је његово дело забрањено? Ако мислите да јесте, а бранилац сте, молимо покушајте, барем ћете насмејати све присутне у судници, након чега ће наравно доћи до игнорисања образложења неусвајања оваквог доказног предлога у пресуди. Дакле, није ли та трећа компонента кривице, та „измишљена“ свест (или потенцијална свест) о забрањености, заиста најнебитнија од компоненти кривице и зашто користимо њену фикцију за умирење савести кад кажњавамо?

5.5. Појам правне заблуде

За све оне који су, када би сазнали за тему нашег рада, зачуђено, подсетили аутора да је „правна заблуда само један члан (закона)“, упутили бисмо на речи Томаса Фишера, судије Савезног суда у Немачкој (*Bundesgerichtshof*), који је приметио да иза мало редова две одредбе (чл. 16 и 17 КЗ Немачке, који уређују заблуду о бићу дела и правну заблуду) лежи правнодогматски, историјски и чињенично-научни космос, са којим се

нема посао и да чланови његове породице такође немају посао. Оваква изјава, наравно која се ни на који начин не проверава, прати огроман број пресуда у кривичним поступцима.

човек без проблема може бавити пола живота.⁴⁹⁰ Мршевић наводи: „...-ни института мање примењиваног, ни више спорова и дилема у вези са његовом применом.“⁴⁹¹

Имајући у виду да је, као што смо већ утврдили, одређење појма правне заблуде директно опредељено одређивањем садржаја свести о забрањености дела, то се у овом поднаслову само у општим цртама излаже шта је и када постоји правна заблуда. Већ смо и истакли да се свест о противправности сматра за супротни пол правне заблуде.⁴⁹² Иако, било би сасвим довољно и потпуно прецизно написати само да правна заблуда постоји када лице није свесно скупа правила који чине предмет односно садржај свести о забрањености дела. То је наиме стање учиниоца који не зна тај скуп правила (једно или више). Просто речено, лице које нема свест о противправности је у правној заблуди.

Јакобс пише да се недостатак увида у неправу/противправност може јавити у два облика: учинилац може погрешно да сматра да његово понашање није противправно/није неправо (позитивна погрешна представа), или може уопште не мислити о неправу (недостатак представе).⁴⁹³ Обе форме треба третирати једнако јер као суштински заједнички моменат имају недостатак праве/исправне представе о постојећем неправу („*das Fehlen der richtigen Vorstellung vom vorliegenden Unrecht*“).⁴⁹⁴

Велцел наводи да је правна заблуда заблуда о противправности дела при пуном знању остварења чињеница.⁴⁹⁵ Даље указује да се под правном заблудом подразумева не само погрешна представа о противправности већ и неимање/непостојање свести о противправности.⁴⁹⁶ Арц објашњава да – „ако учинилац зна да крши (прекорачује, прим. аут.) неку важећу норму, има актуелну свест о противправности. Ако не зна (не сазнаје, прим. аут.) да тренутно (актуелно) крши право, постоји правна заблуда.“⁴⁹⁷ Овај писац истиче да се правна заблуда појављује када учинилац има потпуно знање о чињеницама плус минимално разумевање (њиховог, прим. аут.) нормативног значаја

⁴⁹⁰ Т. Fischer (2016).

⁴⁹¹ З. Мршевић, 74.

⁴⁹² R. Maurach, 412.

⁴⁹³ G. Jakobs, (1991) 556.

⁴⁹⁴ *Ibid.*

⁴⁹⁵ H. Welzel, 166

⁴⁹⁶ *Ibid.*

⁴⁹⁷ K. Gaede, 454.

(разлога иза кривичноправне забране), али погрешно верује да се ниједна одредба кривичног закона не може применити на његово понашање.⁴⁹⁸

Роксин истиче да онај ко грешити у погледу неке околности од које зависи неправност његовог понашања, не зна шта ради, и дела без умишљаја на деликт, јер његова представа не заслужује правно неодобравање.⁴⁹⁹ Са друге стране, у правној заблуди дела онај који зна шта ради, али погрешно верује да (то што ради, прим. аут.) сме да ради.⁵⁰⁰

У ранијој југословенској литератури наилазимо на различита схватања. Живановић на пример пише: „Заблуда је правна, кад је чињеница, о којој је извршилац у заблуди, већ по себи правно релевантна.“⁵⁰¹ Као пример правне заблуде наводи када лице погрешно држи да извесна ствар њему припада и узме је (заблуда о једном субјективном праву, праву својине).⁵⁰² Шиловић уместо о правној заблуди говори о „правној блудњи“. Ова ситуација за њега постоји када неко „не зна за правни пропис и за правну норму“.⁵⁰³ Разликује незнање казненог закона и незнање (осталих, прим. аут.) норми.⁵⁰⁴ За Аћимовића се правна заблуда не односи на кривични закон.⁵⁰⁵ Он пише да се „учинилац не може правдати незнањем, да је његова радња кривично дело или да се под околностима сматра за такво или има строжије да казни.“⁵⁰⁶ Правна заблуда је за овог аутора, она која се односи на правна обележја дела.⁵⁰⁷ Ваља указати да Аћимовић пише и о „заблуди о правној допуштености дела“ – „ко у уверењу, да је у нужној одбрани убија тобожњег нападача, који само у шали иде према њему с напереним револвером“; - не може се казнити за умишљај.⁵⁰⁸ На основу назива ове заблуде олако би се могло утврдити да се ради о правној заблуди (и радило би се уколико би се прихватила строга теорија кривице), ипак, према „данашњим аршинима“ ради се о стварној заблуди у ширем смислу.

⁴⁹⁸ G. Arzt, 717

⁴⁹⁹ C. Roxin (2006), 629.

⁵⁰⁰ *Ibid.*

⁵⁰¹ Т. Живановић, 232.

⁵⁰² *Ibid.*

⁵⁰³ Ј. Шиловић, 111.

⁵⁰⁴ *Ibid.*

⁵⁰⁵ М. Аћимовић, 94.

⁵⁰⁶ *Ibid.*

⁵⁰⁷ *Ibid.*, 93.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, 94.

Франк правну заблудом назива заблудом о допуштености дела и сматра да је закон погрешно назива стварном заблудом (чл. 9, прим. аут.), а поред овог назива предлаже још и „заблуда о социјалном значењу дјела“.⁵⁰⁹ А од наведеног разликује казненоправну заблуду у којој се „налази учинилац, који је свијестан, да је његово дјело социјално недопуштено, али није свијестан, да је забрањено прописима казног права, да је кажњиво“.⁵¹⁰ Казненоправну заблуду назива још и „заблуда о забрањености дела“.⁵¹¹ Даље, Златарић/Дамашка истичу да је правна заблуда „погрешна предоцба о томе да неко инкриминирано понашање није правно забрањено“.⁵¹² Видимо да је овде изостављено незнање, а да је остало погрешна представа, док исти аутори код појма заблуда наводе да је то и „неисправна предоцба и недостатак предоцбе“.⁵¹³

Новоселец наводи да је термин правна заблуда непрецизан јер заблуду о нормативним обележјима бића дела такође сматра правном заблудом. Са друге стране, такође налази да ни немачки термин заблуда о забрањености не одговара јер није прилагођен оmissивним деликтима код којих „предмет заблуде није забрањеност него заповијед, па и њемачка доктрина у том случају говори о заблуди о заповијести“. Ипак, истиче да се термин заблуда о забрањености може схватити и у ширем смислу тако да обухвата и заблуду о заповиједи као заблуду о забрањености нечињења.⁵¹⁴ Чини нам се да размишљање – разликовање Новоселца о заблуди о нормативним обележјима бића дела и правној заблуди налазимо још 56 година пре (1929., прим. аут.) код Шиловића/Франка који пишу: „Законик разликује заблуду гледе правних појмова садржаних у казним законима од заблуде гледе казних закона самих, гледе околности, да ли је неко дјело уопће забрањено.“⁵¹⁵ (Иначе, Новоселец заблуду учиниоца који „погрешно мисли да његово понашање није протуправно или уопће нема предоцбу о протуправности дјела“ назива „заблудом о протуправности, а не правном заблудом, како то чини чл. 17 КЗ СФРЈ.“⁵¹⁶)

Даље, Бачић на пример пише: „Заблуда о протуправности дјела јест заблуда о забрањености дјела, случај кад починитељ погрешно мисли да оно што подузима није

⁵⁰⁹ С. Франк (1955), 162-164.

⁵¹⁰ *Ibid.*, 165.

⁵¹¹ *Ibid.*

⁵¹² Б. Златарић, М. Дамашка, 245-246.

⁵¹³ *Ibid.*

⁵¹⁴ П. Новоселец, 163, фуснота број 2.

⁵¹⁵ Ј. Шиловић, С. Франк, 25.

⁵¹⁶ П. Новоселец, 162-163.

правно забрањено; да је он овлаштен на подузимање такве радње. Ради се о заблуди у вези са забраном или заповиједи које је починитељ у даном случају био обвезан поштовати.⁵¹⁷

Стојановић, у излагању о овом институту пише: „Правна заблуда подразумева непостојање свести о томе да се чини кривично дело, односно да се предузима правом забрањено понашање.“⁵¹⁸ Чејовић пише да правна заблуда „представља погрешну представу учиниоца о томе да је његово дело забрањено“.⁵¹⁹ Из овакве дефиниције Чејовића не може се закључити да ли се ради о правној или пак некој другој забрањености (на пример друштвеној и сл.). Такође, налазимо да би свакако било прецизније говорити о правној заблуди као о непостојању свести о противправности, а не као о погрешној представи о противправности. Ово све у светлу изложеног односа незнања и погрешне представе у делу о садржају свести о забрањености дела (у овом раду).

Затим, Мршевић пише: „Правна заблуда постоји у случају недостатка свести о забрањености дела (правна категорија), или у случају недостатка свести о друштвеној опасности дела (социјално-етичка) категорија.“⁵²⁰ Са оваквим дефинисањем се наравно не слажемо. Као прво из цитираног одређења не може се уопште утврдити да ли се за свест о противправности тражи формална или материјална противправност. Остаје дакле нејасно да ли је за постојање ове свести довољно да лице зна да је дело друштвено забрањено или је потребно и знање о правној забрањености. Овако како је опредељено изгледа да је и једно и друго, с тим што се у потпуности губи из вида да постоје ситуације када лице зна да је нешто друштвено забрањено, али мисли да није и правно забрањено. Уколико дакле прихватимо да правна заблуда, како Мршевић пише, постоји и када лице не зна позитивноправну забрањеност, а да исто тако постоји и када не зна да је неко понашање друштвено недозвољено (при чему уопште нема свести о правној забрањености), долазимо до тога да знање о друштвеној противности понашања искључује правну заблуду. Ипак, није ли мало претерано утврдити да је све што је друштвено недозвољено аутоматски и правом забрањено? Зар је свака, прилично шаролика друштвена штетност, правом санкционисана? Не бисмо рекли. Другим

⁵¹⁷ Ф. Бачић (1998), 266.

⁵¹⁸ З. Стојановић (2013), 191.

⁵¹⁹ Б. Чејовић (1985), 161.

⁵²⁰ З. Мршевић, 71.

речима, за лице које зна да је дело друштвено недопуштено, према схватању Мршевић, не би могли да кажемо да је у правној заблуди, јер правна заблуда постоји када лице не зна/није свесно ових друштвених правила. Само делимично нам је прихватљива дефиниција правне заблуде као заблуде у којој се налази лице које не зна да је његово понашање правом забрањено али и као заблуде у којој се налази лице које не зна да је његово дело друштвено забрањено. Штавише, усудили бисмо се да кажемо да се правна заблуда, са дејством какво јој је данас дато (неотклоњивост искључује кривицу) јавила управо због „проблема“ да све што је друштвено/морално/обичајно забрањено није и позитивним правом забрањено. Стога, уколико лице зна да је његово понашање правом забрањено, а не зна да је друштвено забрањено, можемо ли рећи да је у правној заблуди? Несумњиво нам је јасан одговор. Налазимо да је у дефиницији Мршевић било сасвим довољно написати да је правна заблуда она у којој се налази лице које не зна да је његово понашање правом забрањено, без увођења везника „или“ и утврђења да правна заблуда постоји и онда када не зна да је дело друштвено недопуштено. Из овог утврђења после „или“, ми готово да не знамо да ли се ради о лицу које не зна друштвену норму, а зна правну, или се ради о лицу које осим што не зна друштвену, не зна ни правну норму. Такође не знамо ни да ли ова ауторка можда жели да каже да постоје дела за која се тражи свест о правној и она за која се тражи свест о друштвеној забрањености. Ако је то пак случај, указујемо да у дефиницији изостају евентуални критеријуми за такву поделу. Затим код Мршевић смо наишли и на нешто другачију дефиницију правне заблуде за коју пише да је „незнање или погрешно знање закона и означава се у теорији најчешће као заблуда о противправности.“⁵²¹ Овакво одређење свакако није потпуно „сагласно“ са оним да „правна заблуда постоји у случају недостатка свести о забрањености дела (правна категорија), или у случају недостатка свести о друштвеној опасности дела (социјално-етичка категорија)“.⁵²²

Надаље, Јовашевић пише да је „правна заблуда постојање погрешне представе или непостојање представе о забрањености учињеног дела. То је практично погрешна представа учиниоца дела о правном значају свога дела, односно о чињеници да је учинио дело које је забрањено, антисоцијално и кажњиво.“⁵²³ Јовашевић наводи да

⁵²¹ Зорица Мршевић, „Кривичноправни значај правне заблуде или да је мање грешно (лутао) Одисеј би био мање познат“, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право* 1-2/1996, 70.

⁵²² *Ibid.*, 71.

⁵²³ Драган Јовашевић, *Лексикон кривичног права*, ЈП Службени лист СРЈ, Београд 1998, 473.

учинилац у правној заблуди „нема сазнање да је његово дело забрањено и кажњиво“.⁵²⁴ Исти писац даље пише да је (код правне заблуде, прим. аут.) учинилац свестан свих стварних околности кривичног дела, а затим наводи да до правне заблуде може доћи у неколико ситуација, међу којима је и она „ако учинилац погрешно верује да постоји нека стварна околност која није елеменат кривичног дела, а која иначе искључује противправност дела (нужна одбрана, крајња нужда, пристанак повређеног)“.⁵²⁵

За Симића пак, за одређење правне заблуде, битна је свест о кривичној противправности, односно свест учиниоца о томе да ли је његово понашање забрањено кривичним правом. Отуда и пише: „Под правном заблудом подразумева се непостојање свести о томе да се чини кривично дело. Код лица које се налази у правној заблуди нема свести о кривичној противправности.“⁵²⁶ Нећемо посебно образлагати због чега се не слажемо са оваквим ставом (обзиром да је о томе писано у делу о садржају свести о забрањености дела).

У англосаксонском праву правна заблуда се „види“ као врста „одбране“ у кривичном поступку. Тако Херинг (*Herring*) разликује три групе „одбрана“ (*Defences*) у кривичном поступку, и то: 1) одбране засноване на дозвољеном делању окривљеног, где убраја између осталог сагласност (*consent*) и нужност (*necessity*); 2) одбране засноване на притиску који је други извршио над окривљеним, попут принуде, наређења претпостављеног и др.; 3) одбране засноване на менталном стању окривљеног попут заблуде (*mistake*), интоксикације (*intoxication*).⁵²⁷ Код заблуда („грешака“), препознаје три врсте „грешака“, и то: разумна (*reasonable*) – она коју би и разумно лице направило да је било на месту учиниоца; неразумна (*unreasonable*) – грешка коју разумно лице не би направило; грешка услед алкохолисаности (*drunken mistake*) – погрешно веровање засновано/услед алкохолисаности.⁵²⁸ Код грешака о праву (*Mistakes of law*) разликује оне које негирају кривицу (*mens rea*, заправо „криви ум“ на латинском⁵²⁹) и оне које немају такво дејство.⁵³⁰ Као релевантну област у којој грешка о праву негира кривицу, наводи имовинска дела, те указује на случај где је лице оптужено да је украло ауто

⁵²⁴ *Ibid.*

⁵²⁵ *Ibid.*

⁵²⁶ И. Симић (2005), 38.

⁵²⁷ Jonathan Herring, *Criminal Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 2014⁶, 636.

⁵²⁸ *Ibid.*, 699.

⁵²⁹ *Ibid.*, 133.

⁵³⁰ *Ibid.*, 701.

другог лица, па покушало да убеди пороту да је мислио да је овлашћен да одузме кола јер му је то друго лице дуговало новац.⁵³¹ Са друге стране, код грешака о праву које не негирају кривицу наводи пример силовања, те пише да није одбрана ако окривљени изјави да није знао да је кривично дело сексуални однос без пристанка тог другог лица. Ипак, Херинг даље пише о два изузетка од правила *ignorantia juris neminem excusat*, и то: 1) ако је лице оптужено за кажњиво дело прописано у писаном акту који још није објављен или наредбом владе, а лице није било свесно такве наредбе; 2) ако лице хоће да предузме неку радњу, и потражи савет од државне агенције/службе, о томе да ли је такво понашање дозвољено, и буде му речено погрешно да јесте дозвољено.⁵³²

5.6. Историјски развој правне заблуде у Србији

Први модерни кривични закон донет је у Србији 1860. године⁵³³, и у питању је био Криминални (казнителни) законик за Књажевство Србију, којем је као узор служио пруски Кривични законик из 1851. године.^{534,535} У уводним правилима овог закона (фактички првом – уводном делу, прим. аут.) у чл. 3 пише: „Незнање права никога не оправдава.“ Као што видимо нема трагова о институту правне заблуде.

Затим, први кривични законик који је важио за читав простор Југославије (до 3.10.1929. године Краљевина СХС, прим. аут.) био је Кривични законик за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца од 27.1.1929. године^{536,537}. У овом закону долази до измене односа према правној заблуди у односу на КЗ из 1860. Тако, у чл. 21 пише: „Незнање или неправилно схватање овога кривичног закона никога не извињава, али с обзиром на прилике, под којима је кривично дело учињено, може суд изрећи блажу казну, а у особито лаким случајевима може ослободити и од сваке казне.“ Другим речима, правна заблуда није основ искључења кривице, а тиме ни кривичног дела. И даље је прилично

⁵³¹ *Ibid.*

⁵³² *Ibid.*

⁵³³ Текст КЗ из 1860. види <http://www.smrtnakazna.rs/Portals/0/SrbijaPropisi/Kaznitelni%20zakonik%201860.pdf>, 15. март 2017.

⁵³⁴ З. Стојановић (2013), 34-35.

⁵³⁵ Игор Вуковић, „150 година од доношења Кривичног законика Кнежевине Србије“, *Crimen* 2/2010, 286-287.

⁵³⁶ Јосип Шиловић, Станко Франк, *Кривични законик за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца од 27. јануара 1929. - пропраћено биљешкама*, Тисак и наклада југословенске штампе, Загреб 1929.

⁵³⁷ Јосип Весел, Владимир Тимошкин, *Кривични законик Краљевине Југославије и 343 решења свих апелационих судова и свих одељења Касационог суда год. 1930-1935*, Штампарија „Босанска пошта“ Јосип Бретлер, Сарајево 1935, 24.

чврсто опредељење за правну фикцију *ignorantia iuris nocet*, међутим, не може се одрећи да је оваквом формулацијом ипак учињен битан искорак ка редефинисању дејства непознавања закона. Видећемо да ће се овакав третман правне заблуде задржати следећих 77 година (до ступања на снагу КЗ из 2005., до чега је дошло 1.1.2006.). Једноставно речено, правна заблуда је факултативни основ за блаже кажњавање, а у изузетним случајевима (КЗ/29 говори о „особито лаким случајевима“) фигурира и као факултативни основ за ослобођење од казне.

Иначе, Шиловић/Франк наводе да је у Пројекту казненог законика за Краљевину Србију из 1910. године, чији чл. 45 одговара чл. 21 КЗ СХС, писало: „Пројекат не усваја захтијев, да учинитељ зна, да је његово дјело противзаконито стога, што би било опасно, ако би одржање правног поретка зависило од тога, да ли је сваки појединац знао да ли је његово дјело било протуправно. То је нарочито опасно код народа у коме васпитање, школа и живот још нису толико учинили, да сваки буде свестан својих наравствених правних дужности, јер се до овога не долази само објављивањем и читањем закона. У нас још није у довољној мјери развијен осјећај за одговорношћу. Због тога се не може ни допустити, да незнање закона искључује умишљај.“⁵³⁸

Дана 13.12.1947. године објављен је у Службеном листу ФНРЈ у броју 106, општи део Кривичног законика ФНРЈ. Овај закон не садржи одредбу о правној заблуди. Члан 13 додуше говори о стварној заблуди у ужем и ширем смислу. Одредба гласи: „Нема кривичне одговорности за дело, ако учинилац у време извршења дела није знао које битно обележје кривичног дела или ако је погрешно узео да постоје околности према којима би, кад би стварно постојале, то дело било допуштено.“

Налазимо као занимљиво да укажемо на још једну одредбу овог закона. Ради се о чл. 11 који уређује институт умишљаја. У ставу 2 овог члана пише: „Кривично дело учињено је са умишљајем кад је учинилац био свестан могућности наступања друштвено-опасне последице своје радње и при томе је желео или свесно допуштао да последица наступи.“ Имајући у виду овакво обликовање умишљаја чини нам се оправдано закључити да је свест о друштвеној штетности дела саставни део умишљаја, те да стога и њено одсуство искључује умишљај.

⁵³⁸ Ј. Шиловић, С. Франк, 22.

Дана 9.3.1951. године објављен је у Службеном листу ФНРЈ у броју 13, Кривични законик ФНРЈ. У чл. 10 који се зове „Правна заблуда“ пише: „Суд може блаже казнити учиниоца кривичног дела који из оправданих разлога није знао да је такво дело забрањено, а може га и ослободити од казне.“ Примећујемо својеврсни повратак на решење из КЗ/29. Наиме, правна заблуда је факултативни основ за ублажавање казне али и факултативни основ за ослобођење од казне. Ипак, КЗ/51 за разлику од КЗ/29 дозвољава ублажавање казне по овом основу само у ситуацијама када учинилац „из оправданих разлога није знао“ да је његово дело забрањено. КЗ/29 начелно не условљава могућност ублажавања казне (због правне заблуде) било каквим оправданим или другим разлозима. Ипак не може се не уочити да КЗ/29 говори о могућности ублажавања „с обзиром на прилике“. Несумњиво је да „узимање у обзир ових прилика“ у пракси треба да буде пресудна одредница у погледу тога да ли ће се судија користити факултативним ублажавањем казне или не. Но, разлике два КЗ овде не престају. КЗ/29 тражи „особито лаке случајеве“ за могућност ослобођења од казне. Са друге стране КЗ/51 и за могућност ублажавања и за могућност ослобођења од казне тражи исто, а то су „оправдани разлози“. Чини нам се да је „уједначавањем критеријума“ за ублажавање и ослобођење од казне КЗ/51 препустио судији можда више од онога што је требало.

Исто одређење правне заблуде не мења се ни 25 година после са објављивањем Кривичног закона СФРЈ 5.10.1976. године у Службеном листу СФРЈ бр. 44. Наиме, одредба о правној заблуди је сада у чл. 17 и гласи: „Учинилац кривичног дела који из оправданих разлога није знао да је то дело забрањено може се блаже казнити или ослободити од казне.“ Није тешко приметити да је период од четврт века правилу о правној заблуди донео само козметичку промену. Отуда је и сувишно чинити посебан осврт.

Дана 29.9.2005. године усвојен је у Народној скупштини Републике Србије Кривични законик, који је ступио на снагу 1.1.2006. године. 77 година од када је на овим просторима препознато дејство правне заблуде (КЗ/29), премда стидљиво, овај институт који је можда и једна од битнијих индиција за испитивање поштовања начела кривице, обликован је у закону на ваљан начин, односно у складу са развојем друштва и људске с(а)вести. У чл. 29 КЗ/06 у ст. 1 пише да није кривично дело оно дело које је учињено у неотклоњивој правној заблуди. У ст. 2 се дефинише кад је заблуда

неотклоњива. Тако, ако учинилац није био дужан и није могао да зна да је његово дело забрањено, ради се о неотклоњивој правној заблуди. И одредба чл. 29 КЗ/06 садржи факултативни основ за ублажавање казне. Он постоји ако учинилац није знао да је његово дело забрањено, а био је дужан и могао је то да зна. Иако закон не употребљава тај израз, у питању је отклоњива правна заблуда.

5.7. Заступљеност радова о правној заблуди

На дан 9.2.2015. године извршили смо претраживање Фонда Библиотеке Правног факултета у Новом Саду, за коју морамо да додамо да је једна од најбоље и „најсадржинскије“ опремљених у целом региону (355.119 библиотечких јединица, преко 35.000 наслова страних часописа).⁵³⁹ Уносом речи „правна заблуда“ у поље за претраживање библиотечког фонда (прецизније речено, у поље за претраживање кључних речи), пронађена су 3 рада, од чега један италијански⁵⁴⁰, а један је од аутора овог рада. Затим, претрагом на SCIndeks⁵⁴¹ извршеном 9.2.2015. године утврђено је да се, уколико се у поље за претрагу према кључним речима унесу речи „правна заблуда“, може пронаћи 16 наслова од чега се у 6 наслова помињу речи правна заблуда. Од тога је један наслов од аутора овог рада. Наиме, није нам намера да покажемо како су се правни писци изузетно ретко бавили овим питањем, јер то није тачно, пошто је сваки уџбеник кривичног права и сваки научни рад о питању кривице неизоставно морао да се осврне на правну заблуду. Оно што смо наведеним бројкама желели показати јесте упознавање научне јавности са чињеницом да свакако нема довољно радова који би се бавили претежно овом темом. У погледу „научно-истраживачког епицентра“ наше правне науке, претрагом SCIndeks⁵⁴² сазнали смо да су тренутно актуелни појмови попут – организовани криминал (126 наслова), тероризам (310 наслова), корупција (231 наслов).

⁵³⁹ На интернет страници Правног факултета у Новом Саду, сазнали смо да Библиотека има преко 300.000 књига и серијских публикација, те да је Факултет деценијама био депозитар свих званичних издања СР Немачке, Мађарске, Румуније и некадашње Источне Немачке (ДДР). Види <http://www.pf.uns.ac.rs/fakultet/organizacija>, 9. фебруар 2015. Конкретније, Библиотека поседује 355.119 библиотечких јединица, а такође је обезбеђено преко 35.000 наслова страних часописа. Види <http://www.pf.uns.ac.rs/27-2012-08-30-09-16-55/83-2012-08-30-10-03-47>, 9. фебруар 2015.

⁵⁴⁰ У питању је рад: Vito Gianturco, *Il ricorso per cassazione nell' interesse della legge e l'error juris del giudicato penale*, A. Giuffro, Milano 1958.

⁵⁴¹ Српски национални цитатни индекс, види <http://scindeks.ceon.rs/static/about.aspx>, 9. фебруар 2015.

⁵⁴² Претрага извршена дана 9.2.2015.

6. МЕСТО СВЕСТИ О ЗАБРАЊЕНОСТИ ДЕЛА У ОПШТЕМ ПОЈМУ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

6.1. Теорија умишљаја (строга и ограничена)

Према теорији умишљаја (*Vorsatztheorie*), актуелна свест о томе да се чини неправо, нужна је за умишљајно кажњавање.^{543,544} Фројнд примећује да према теорији умишљаја, чл. 17 (КЗН) не садржи регулативу за умишљајна дела, већ само за нехатна; а чл. 17 ст. 2 се стога односи само на ублажавање казне за нехатна дела.⁵⁴⁵

Другачије речено, уколико код учиниоца не постоји свест о противправности дела, ако дакле није свестан да је то што ради забрањено, не постоји умишљај. С тим у вези треба имати у виду да је код прописивања кривичних дела умишљај правило, а нехат изузетак. Новоселец пише да је основна идеја теорије умишљаја да свест о обележјима бића кривичног дела добија смисао само ако је повезана са свести о противправности; што значи да свест о противправности мора бити актуелна; те је стога потенцијална свест о противправности исто што и непостојање свести о противправности.⁵⁴⁶ Исти аутор, објашњавајући теорију умишљаја, те конкретно актуелну свест о противправности пише: „По томе се управо и разликује умишљај од нехата...умишљајно кривично дело може се починити само са свијешћу о протуправности, нехатно и без те свијести, ако је учинилац могао постићи.⁵⁴⁷ (Овде примећујемо да Новоселец говори о „могућности постизања свести о противправности“, те да ће у таквом случају постојати (нехатна) кривица. Чини нам се да на овај начин, цитирани аутор, одобрава концепцију несвесног нехата, као и отклоњивости правне заблуде, засновану на субјективном критеријуму – могућности да се буде свестан дела (нехат), односно да се има свест о забрањености дела (правна заблуда).

⁵⁴³ G. Freund, 220.

⁵⁴⁴ Прецизније речено, радило би се о строгој теорији умишљаја.

⁵⁴⁵ G. Freund, 220.

⁵⁴⁶ П. Новоселец, 172.

⁵⁴⁷ *Ibid.*

Овакво решење дакле изједначава свест о противправности дела са осталим обележјима бића кривичног дела. Стога непостојање ове свести води непостојању умишљаја, а тиме, у већини случајева и непостојању кривичног дела. Ово изједначавање одлично описује Арц када резонује: „Теорија умишљаја једнако третира знање о незаконитости и знање о осталим елементима (фактичким елементима), те би се у том смислу могло говорити о доктрини једнаког третмана.“⁵⁴⁸ Арц као пример „једнаког третмана“, наводи- дете се дави у води, лице П га гледа (не делујући, прим. аут.), иако га је могао спасити да је интервенисао; а испостави се да је дете син од лица П.⁵⁴⁹ Теорија умишљаја овде третира лице П једнако, независно од тога да ли је лице П препознало да је дете у питању заправо његов син и погрешно мислио да нема дужност да интервенише, или је пак мислио да је дете у питању, комшијино непослушно дете.⁵⁵⁰ У оба случаја лице П нема умишљај да убије нечињењем (дете, прим. аут.) јер не зна да постоји његова дужност на чињење.⁵⁵¹ Није битно да ли не зна за своју дужност на чињење због тога што сматра да се не ради о његовом детету или због тога што познаје чињенице (зна да се ради о његовом детету, прим. аут.), али мисли да нема дужност да интервенише.⁵⁵² И код Новоселеца наилазимо на доктрину једнаког третмана (иако он не употребљава изричито овај термин): „Третирајући свијест о протуправности као дио умишљаја, приписује строга теорија умишљаја заблуди о протуправности исте учинке као и заблуди о бићу дјела.“⁵⁵³ Иако се може приметити да смо са „уводних изјава“ о теорији умишљаја одмах прешли на њено дејство, мишљења смо да је било каква дискусија о „теоријама одређивања места свести о противправности дела и последицама налажења тог места“ смисаоно проблематична уколико „место свести не прати и дејство оваквог размештаја“. Јер, „место и дејство места“ сувише су повезани да би раздвојени омогућили минимум разумне дискусије. Дакле, теорија умишљаја заправо уједињује стварну и правну заблуду, и намеће можда нови заједнички појам-кривичноправне заблуде. Једноставније исказано, свака заблуда о елементу који је за остваривање кривичног дела битан (од значаја), јесте кривичноправна заблуда, и таква заблуда увек има исто дејство. Може се наине уместо о доктрини „једнаког третмана“ говорити о доктрини „једнаког дејства“.

⁵⁴⁸ G. Arzt, 715.

⁵⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁵⁰ *Ibid.*

⁵⁵¹ *Ibid.*

⁵⁵² *Ibid.*

⁵⁵³ П. Новоселец, 172.

Роксин истиче да теорија умишљаја датира од Биндинга, те да ова теорија суштину злочина (дела) види у свесној побуни учиниоца против норме, и стога узима да умишљајна кривица постоји само онда кад је учинилац делао/поступао свестан противправности (дела).⁵⁵⁴ Свест о противправности је (овде) претпоставка умишљаја, те отуда и назив теорија умишљаја.⁵⁵⁵ Затим, Маурах пише да су ову теорију заступали Биндинг, Мецгер и Наглер (*Nagler*).⁵⁵⁶ Маурах објашњава да је према овој теорији свест о противправности обавезно обележје дела, те да би свако одрицање од свести о противправности одузело кривичном праву етичко оправдање и увело би казну без кривице.⁵⁵⁷ Теорија умишљаја захтева да је свест о противправности актуелна, те стога није довољно постојање прости могућности (да се има, прим. аут.) свест о противправности; а уз то, ова теорија место свести о противправности види у умишљају, она је обележје умишљаја („*es ist Vorsatzmerkmal*“).⁵⁵⁸ Маурах наставља па каже да је „актуелна свест о противправности суштинска умишљају“⁵⁵⁹; те да онај „ко само са знањем и вољом остварује обележја дела без рачунања о правном обиму његовог дела, тај делује слепо, али не умишљајно“.⁵⁶⁰

У старијој југословенској литератури примећујемо прихватање теорије умишљаја, те отуда и Шиловић пише да је *dolus* или зла накана свесно управљање воље на дела казним законом забрањена, а наводи да је Штос (*Smoos*) у „швицарској основи казненог закона дефинирао, кад човјек зналице и хотице ради оно, што је казним законом забрањено, онда ради долозно“.⁵⁶¹ Чини нам се без дилеме, да Шиловић и Штос прихватају теорију умишљаја, и то њену строгу варијанту, с обзиром да за постојање умишљаја захтевају да је учинилац знао и хтео да ради „оно што је казним законом забрањено“.

Налазимо да теорија умишљаја овако замишљена може да створи прилично незахвалне ситуације, оличене у искључењу умишљаја (а тиме и огромног броја кривичних дела), код оних учинилаца који из најразноврснијих разлога нису били свесни тога да је то што раде забрањено. Ова теорија за умишљај захтева да је лице актуелно свесно да је то

⁵⁵⁴ С. Roxin (2006), 929.

⁵⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁵⁶ R. Maurach, 402-404.

⁵⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁵⁹ *Ibid.*

⁵⁶⁰ *Ibid.*

⁵⁶¹ J. Шиловић, 101.

што ради противправно, а ако пак оно није тога свесно, онда нема умишљаја без обзира да ли је то лице било дужно и/или је могло бити свесно правне забрањености свог понашања. Тако Маурах указује да ова теорија изједначава правну заблуду и стварну заблуду (прецизније заблуду о бићу дела, прим. аут.), јер отпада кажњавање за умишљајно извршење (дела, прим. аут.), а ако је непознавање права било избегљиво и ако је у кривичном закону прописано кажњавање за нехат, онда ће се казнити за нехат.⁵⁶² Ова теорија заправо уопште не би разматрала разлоге због којих лице није имало ову свест нити је то занима. Небитно да ли се ради о неукон, неписменом, правно-необразованом, странцу, домаћем држављанину који није био у земљи неколико деценија, или једноставно лењом и незаинтересованом лицу који је имао на располагању могућности да се распита о дозвољености свог понашања па то наравно није учинио, или се на концу радило о лицу које никако није могло да зна да је то што ради забрањено. Све ове категорије (строга) теорија умишљаја не препознаје нити жели да их препозна. Осим наведеног посебан проблем би представљали учиниоци из убеђења (*Überzeugungstäter*).

Наведени проблеми покушали су се превазићи на начин што би се проналазиле/детектовале оне ситуације када би се одступало од правила да је за умишљај неопходна актуелна свест о противправности. Тада би умишљај постојао и ако код учиниоца не би постојала актуелна свест о забрањености. Међутим, као што ћемо видети, везивање „преозбиљног“ дејства искључења умишљаја за, ни близу довољно прецизне критеријуме за детектовање (препознавање) ситуација када се ипак не тражи актуелна свест о противправности, довешће до небезазлене опасности од произвољности на терену правде као такве, а узроковаће и одређене догматичке потешкоће.

Ипак, до тада, изложимо укратко покушаје превазилажења „потешкоћа“ теорије умишљаја. Ото указује да је као главна замерка овој теорији увек истицано то што погодује „праву непријатељски настројеним учиниоцима на неподношљив начин“.⁵⁶³ С тим у вези овај аутор истиче да су се недостаци строге теорије умишљаја покушали избећи кроз ограничену теорију умишљаја (*ingeschränkte Vorsatztheorie*), где би се

⁵⁶² R. Maurach, 403.

⁵⁶³ Harro Otto, *Grundkurs Strafrecht – Allgemeine Strafrechtslehre*, Walter de Gruyter, Berlin - New York, 1976.

учинилац кажњавао за умишљајно дело када је „деловао непријатељски праву или када се његова заблуда заснивала на представама које су неспојиве са општим представама о праву“.⁵⁶⁴ Видимо да у први план за изузетак од строге теорије умишљаја (*strenge Vorsatztheorie*), и то као водећи критеријум за одступање од захтева за постојање актуелне свести о противправности јесте „праву непријатељско понашање/правно слепило“. Тако Ото наводи да се код ограничене теорије умишљаја, учинилац кажњава за умишљај кад је поступао/делао на праву непријатељски начин, или своју заблуду засновао на представама које су неспојиве са општим правним представама („*wenn er rechtsfeindlich handelte, oder sein Irrtum auf Vorstellungen beruhte, die unvereinbar waren mit den allgemeinen Rechtsvorstellungen*“).⁵⁶⁵ Веселс/Бојлке/Зацгер цитирају овде Мецгера те истичу да ограничена теорија умишљаја (*eingeschränkte Vorsatztheorie*) одобрава умишљај када учиниоцу свест о противправности недостаје услед правног слепила или непријатељског односа према праву („*wenn dem Täter das Unrechtsbewusstsein aus Rechtsblindheit oder Rechtsfeindschaft gefehlt hatte*“).⁵⁶⁶ Затим, Вуковић објашњава да према овој варијацији непостојање свести о противправности искључује умишљајно поступање, али се бар не тражи актуелна свест о противправности као психолошка чињеница.⁵⁶⁷ Исти аутор појашњава пак, да „како би се предупредио могући оправдани приговор да се тиме под умишљајно остварење дела на мала врата заправо уводи нехат, умишљајно остварење дела би искључио само висок степен асоцијалне равнодушности према кривичноправној норми- својеврсни непријатељски став („правно слепило“) према захтеву правног поретка“.⁵⁶⁸

Кратко речено, ограничена теорија умишљаја прихвата да учинилац не мора да буде свестан забрањености свог дела, али ово „прихватање“ ограничава само на случајеве непријатељског односа према праву односно на правно слепило. Ово се односи на оне ситуације када учинилац, додуше није био свестан противправности дела, али је управо околност да у одређеном случају није био свестан забрањености дела, показатељ до које мере учинилац исказује непријатељство према праву/правном поретку. Ова мера се пак може видети и кроз употребу израза правно слепило. Другим речима, као запањујући и застрашујући може да се појави онај учинилац који није знао да је то што

⁵⁶⁴ Н. Otto (2004), 235.

⁵⁶⁵ Н. Otto (1976), 210.

⁵⁶⁶ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 182-183.

⁵⁶⁷ Игор Вуковић, „Стварна заблуда у ширем смислу и српско кривично законодавство - теоријски оквир“, *Наука, безбедност, полиција* 2/2013, 19.

⁵⁶⁸ *Ibid.*

је урадио забрањено, иако је ту забрањеност могао да уочи (сазна) свако. Наиме, правно слеп човек је човек који уопште не види право, човек који не само што не види мање важне захтеве правног поретка, већ и оне захтеве правног поретка који су сам темељ опстанка тог поретка. Може ли се дакле лицу које је до те мере у својој психи изигнорисало право уважити околност да није имао свест о противправности и тиме му готово увек искључити кривично дело? Одговор је очигледан.

Међутим, основни проблем ове, кроз ограничење модификоване, теорије умишљаја, јесте управо немогућност изналагања прецизних критеријума за разликовање, а како то Вуковић истиче „када то обично отклоњиво непостојање свести о противправности постаје екстремно, непријатељско према праву“ као и фингирање умишљаја код отклоњиве правне заблуде.⁵⁶⁹ Још Маурах у погледу ове теорије примећује да је углавном наишла на одбијање, те да је у суштини, термин *Rechtsfeindschaft* (непријатељски однос према праву, прим. аут.), „сам по себи лабилан да би био практично употребљив“.⁵⁷⁰

6.2. Теорија кривице (строга и ограничена)

Теорија кривице (*Schuldtheorie*), као што јој и име говори, свест о противправности види, не као елемент који мора бити обухваћен умишљајем, већ као елемент кривице. Ово примећује и Фројнд када пише да теорија кривице у актуелној или потенцијалној свести о противправности види од умишљаја различит и самосталан елемент кривице (отуда и назив теорија кривице).⁵⁷¹ Велцел наводи да се појам кривице према теорији кривице ослања на принцип одговорности (*Verantwortungsprinzip*), а према теорији умишљаја на принцип знања (*Kenntnisprinzip*).⁵⁷²

Роксин уочава да одлука Великог Сената за кривичне предмете Савезног суда Немачке (*Großer Senat für Strafsachen*) од 18.3.1952. године⁵⁷³ означава историјску прекретницу; и то не само што се изјаснила против (праксе) Царевинског суда, већ и против теорије

⁵⁶⁹ *Ibid.*, 19-20.

⁵⁷⁰ R. Maurach, 404-405.

⁵⁷¹ G. Freund, 220.

⁵⁷² H. Welzel, 162.

⁵⁷³ BGH- GSt 2/51

умишљаја, а за теорију кривице.^{574,575} Другим речима, ова одлука дефинитивно устоличава предност теорије кривице у односу на теорију умишљаја. Поред тога Бојлке указује да је теорија умишљаја постала безначајна имајући у виду чл. 17 КЗ Немачке, обзиром да је према одлуци законодавца, свест о противправности саставни елемент кривице (*Bestandteil der Schuld ist*).⁵⁷⁶ Ипак, до 1975. године, поменута одлука Великог сената за кривичне предмете Савезног суда важила је као „судијско право“ (*Richterrecht*)⁵⁷⁷, када је закључком Савезног Уставног суда утврђено да је у складу са Основним законом (BVerfG, 17.12.1975 – 1 BvL 24/75).⁵⁷⁸

Још је Велцел приметио да теорија умишљаја греша, јер је умишљај предмет кривичног прекора, и припада радњи и бићу кривичног дела, а свест о противправности је саставни део прекорљивости (*Bestandteil der Vorwerfbarkeit*).⁵⁷⁹ С тим у вези, свест о противправности није нешто што се учиниоцу пребацује, већ је разлог због чега се учиниоцу пребацује противправни умишљај.⁵⁸⁰ Из тога Велцел закључује да свест о противправности није елемент умишљаја већ само (елемент, прим. аут.) прекорљивости.⁵⁸¹

У оквиру теорије кривице, разликујемо строгу (*strenge Schuldtheorie*) и ограничену (*ingeschränkte Schuldtheorie*) теорију кривице.

Строга теорија кривице сваку заблуду о противправности дела види као правну заблуду са правним дејством као у чл. 17 (КЗН, прим. аут.).^{582,583,584,585} Веселс/Бојлке/Зацгер објашњавају да се ова теорија назива „строга“ због тога што не дозвољава изузетке од правила да свест о противправности делује само у оквиру кривице („*weil sie keine Ausnahme von der Regel zulässt, dass fehlendes Unrechtsbewusstsein nur im Rahmen der*

⁵⁷⁴ C. Roxin (2006), 929-930.

⁵⁷⁵ Тако и W. Gropf (2015), 571-573.

⁵⁷⁶ Werner Beulke, *Klausurenkurs im Strafrecht I*, C.F. Müller GmbH Heidelberg, Heidelberg 2016⁷, 157.

⁵⁷⁷ G. Jakobs (1991), 545.

⁵⁷⁸ Bundesgesetzblatt Teil I, Nr. 4 vom 13.1.1976.

⁵⁷⁹ H. Welzel, 161.

⁵⁸⁰ *Ibid.*

⁵⁸¹ *Ibid.*

⁵⁸² G. Freund, 220.

⁵⁸³ S. Tofahrn, 134.

⁵⁸⁴ J. Kaspar, 186.

⁵⁸⁵ M. Köhler, 326.

Schuld von Bedeutung sein kann).⁵⁸⁶ Исти аутори наводе да представници ове теорије, сваку заблуду о противправности виде као правну заблуду са дејствима/последикама у смислу чл. 17 (КЗН, прим. аут.; заблуду о забрањености, прим. аут.); и не питају стога да ли је учинилац своје понашање држао за незабрањено (недозвољено, прим. аут.) иначе (уопште), или је због заблуде о постојању, врсти и обиму правнооправдавајућег основа (основа искључења противправности) индиректно дошао до сазнања да је његово понашање дозвољено (*„ob der Täter seine Handlung generell für nicht verboten gehalten hat oder ob er infolge eines Irrtums über Bestehen, Art oder Umfang eines Rechtfertigungsgrundes erst indirekt zu der Ansicht gelangt ist, dass sein Verhalten erlaubt sei“*).^{587,588} Гроп пак, управо ово „неразликовање“ види као ману. Наиме, Гроп такође истиче да ова теорија не прави разлику између ситуација када учинилац полази од тога да је његово понашање у складу са правом на основу погрешне оцене (при пуном знању чињеница, прим. аут.) или на основу погрешног знања о чињеницама.⁵⁸⁹ Ерхардт (*Erhardt*) једноставно пише да ово учење треба одбацити јер „не рачуна (узима у обзир, прим. аут.) посебности ситуације, а њени резултати су много пута тешко ускладиви са осећајем за право“.⁵⁹⁰

Са друге стране, ограничена теорија кривице, заблуду о некој правнооправдавајућој ситуацији третира као заблуду о бићу дела, јер учинилац дела хоће да се понаша верно праву и највише што се њему (таквом учиниоцу) може пребацити је недостатак пажње, те стога и кажњавање за нехат представља одговарајућу реакцију.⁵⁹¹ Веселс/Бојлке/Зацгер истичу да се теорија кривице у том смислу ограничава што се заблуда о чињеничним претпоставкама основа искључења противправности уклања из поља примене члана 17 и у свом правном дејству (последикама) изједначава са заблудом о бићу дела (*„und in seinen Rechtsfolgen dem Tatbestandsirrtum gleichgestellt wird“*).⁵⁹² Даље наводе да овде умишљај није израз побуне против „вредносних оцена правног поретка“ (*Wertentscheidungen der Rechtsordnung*), као што је то случај са учиниоцем који се налази у правној заблуди.⁵⁹³ Напомињу да овако мисли и Савезни суд када указује да је учинилац у овој заблуди веран праву (*Erlaubnistatbestandsirrtum*

⁵⁸⁶ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 185.

⁵⁸⁷ *Ibid.*

⁵⁸⁸ Слично и Каспар, J. Kaspar, 186.

⁵⁸⁹ W. Gropp (2015), 596.

⁵⁹⁰ Elmar Erhardt, *Strafrecht für Polizeibeamte*, W. Kohlhammer, Stuttgart 2008², 87.

⁵⁹¹ Christian Jäger, *Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*, C.F. Müller GmbH, 2009, 174.

⁵⁹² J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 186.

⁵⁹³ *Ibid.*

Handelnde sei an sich rechtstreu).⁵⁹⁴ И Валтер наводи да Савезни суд заступа ограничену теорију кривице када пише: „...дело у заблуди о дозвољености бића дела не треба оценити као умишљајно“.⁵⁹⁵ Код ограничене теорије кривице, ради се о томе да је учинилац мотивисан правилним/исправним вредносним представама, али нехатно превиђа да не постоји правнооправдавајућа ситуација.⁵⁹⁶ Бојлке за ово лице наводи да је „ветропир, а не зликовац“ (*ein Schussel, kein Schurke*).⁵⁹⁷ Ерхарт истиче да је „представа учиниоца компатибилна са основним вредностима правног поретка о праву и неправу“.⁵⁹⁸ У оквиру ове теорије разликујемо чисту ограничену теорију кривице (*reine eingeschränkte Schuldtheorie*) и „правно-последично упућујућу ограничену теорију кривице“ (*rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie*). Једноставније речено, разликује се „подврста“ ограничене теорије кривице која негира неправу умишљаја (*Vorsatzunrechts*) и „подврста“ која не искључује умишљај, већ прекор за умишљај (*Vorsatzschuldvorwurf*).^{599,600,601}

Пушке чисту ограничену теорију кривице означава као ону која негира умишљајно неправу (*vorsatzunrechtverneinende*), односно негира невредност радње умишљајног дела (*Handlungsunwert einer vorsätzlichen Tat*) и стога у том случају „отпада“ умишљајно неправу из бића кривичног дела (*Vorsatzunrecht*).⁶⁰² У односу на „правно-последично упућујућу ограничену теорију кривице“ (*rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie*), умишљајно дело постоји, али „отпада“ прекор за умишљајну кривицу (*Vorsatzschuldvorwurf*)⁶⁰³, тј. кривица за умишљајно учињено дело и закључује се да се ова заблуда решава „последично“ такође под чл. 16 КЗН. Бојлке објашњава да овде не изостаје умишљајно остварење бића дела (*Tatbestandsvorsatz*), већ умишљајна кривица (*Vorsatzschuld*).⁶⁰⁴ Такође, Јегер прилично јасно објашњава да код *rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie* постоји невредност радње

⁵⁹⁴ *Ibid.*

⁵⁹⁵ T. Walter, 336.

⁵⁹⁶ J. Kaspar, 186-187.

⁵⁹⁷ W. Beulke (2016a), 157.

⁵⁹⁸ E. Erhardt, 88.

⁵⁹⁹ W. Beulke (2016a), 160.

⁶⁰⁰ J. Kaspar, 186.

⁶⁰¹ T. Walter, 335-336.

⁶⁰² J. Puschke (2008), 2.

⁶⁰³ *Ibid.*

⁶⁰⁴ W. Beulke (2016a), 158.

(*Handlungsunwert*) „али се због умањеног садржаја кривице кажњава само за нехат (тзв. недостатак умишљајне кривице – *Fehlen der Vorsatzschuld*).⁶⁰⁵

6.3. Области важења теорије кривице и теорије умишљаја

У вези претходних излагања, остаје нам да се осврнемо на питање да ли је важење теорије кривице апсолутно или пак теорија умишљаја, још увек, у неким пољима може да фигурира као актуелна. Налазимо за непотребно било какво „замагљујуће“ елаборирање у давању одговора на постављено питање. Само по себи, питање на начин како је обликовано може да звучи одвише апстрактно. Тако да, у циљу веће једноставности, унеколико ћемо га преформулисати, те питати- „Постоје ли кривична дела где се за умишљај захтева и свест о противправности дела?“ Или пак- „Постоје ли кривична дела где је свест о правној забрањености обележје бића дела?“ Одговор готово да је неспоран; наравно да постоје. Међутим, у делу овог рада где ћемо се детаљније бавити „општом“ и „специјалном“ противправношћу, односно противправношћу која је (посебно) обележје дела и оном која је опште обележје дела, следи детаљније образложење о противправности у бићу дела. За сада, на овом месту можемо само да констатујемо да теорија кривице важи (не само за дела које не садрже противправност/неовлашћеност и сл. у свом законском опису) и за она дела где та противправност није посебно обележје дела већ чак и ако се спомиње у законском опису бића дела, не представља посебно већ „само“ опште обележје дела које не мора бити обухваћено умишљајем учиниоца. Са друге стране, постоји и низ кривичних дела чије биће дела садржи обележје противправности (противно прописима, неовлашћено, недозвољено, супротно правилима и др.) као посебно обележје које мора бити обухваћено умишљајем учиниоца. Уколико пак није, нема ни умишљаја. Можемо ли онда порећи да за ова кривична дела важи теорија умишљаја? Чини нам се доста тешко. На страну, а то ћемо опет видети у посебном наслову, што доводимо у питање и поделу обележја противправности на опште и посебно обележје дела, при чему само ова друга мора бити обухваћена умишљајем. Изложена подела области важења теорије кривице и умишљаја несумњиво је погодна за она кривична дела где се појављује обележје противправности/неовлашћености. Међутим, постоји наравно прилично немали број дела која не садрже обележје противправности, али су зато препуна бланкетних

⁶⁰⁵ С. Jäger (2009), 175.

обележја чије значење је дато у другом законском или подзаконском акту. За такве ситуације налазимо за прихватљиво Јакобсово мишљење. Наиме, овај аутор се осврће на питање да ли теорија кривице треба да важи само за основно кривично законодавство (*Kernstrafrecht*), док за споредно кривично законодавство (*Nebenstrafrecht*) и прекршајно право (*Recht der Ordnungswidrigkeiten*) треба да важи теорија умишљаја. Ово разматра из угла да код основног кривичног законодавства већ знање о остваривању бића дела доводи до знања о социјалном сметању/поремећају (нескладу, прим. аут.), тако да се из таквог знања најмање може извући закључак о могућности неправда („so daß aus der Kenntnis ein Schluß zumindest auf die Möglichkeit von Unrecht gezogen werden kann“).⁶⁰⁶ Код споредног кривичног законодавства и прекршаја примећује да је „догађај социјално-етички безбојан“, тако да упутства/правила о понашању (*Verhaltensrichtlinie*) не произлазе из знања о бићу дела (*Tatbestandkenntnis*).⁶⁰⁷

6.4. Теорија о негативним обележјима бића кривичног дела

Код учења о негативним обележјима бића кривичног дела (*die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*), непостојање основа искључења противправности види се као негативно обележје бића кривичног дела. С тим у вези, Гроп пише да су „чињеничне претпоставке неког признатог основа правног оправдања објективна обележја бића дела – међутим са негативним предзнаком“.⁶⁰⁸

Ово негативно обележје бића кривичног дела мора бити обухваћено умишљајем учиниоца. Другим речима, да би учинилац поступао са умишљајем, он мора бити свестан негативног обележја бића кривичног дела. То негативно обележје јесте непостојање основа искључења противправности.

Дакле, за директни умишљај на пример није довољно да је учинилац свестан свог дела (и да хоће његово извршење), већ је потребно да истовремено буде свестан и да не постоји основ искључења противправности. Другим речима, за умишљајно наношење лаке телесне повреде не би било довољно да је учинилац свестан тога да наноси

⁶⁰⁶ G. Jakobs (1991), 550.

⁶⁰⁷ *Ibid.*

⁶⁰⁸ W. Gropp (2015), 595.

другоме лаку телесну повреду, већ би се за умишљај утврђивало и да је био свестан да не наноси лаку телесну повреду у нужној одбрани, крајњој нужди, да то није дело малог значаја и др. У погледу оваквих „захтева“ Новоселец истиче да је такав умишљај нереалан, „јер учиниоци кривичних дјела готово никад не помишљају на одсуство разлога искључења протуправности“.⁶⁰⁹

Што се тиче почетака ове теорије, још је Велцел, објашњавајући разлоге искључења противправности (оправдавајуће разлоге), подсетио да се од Адолфа Меркела (*Adolf Merkel*) и Франка, о оправдавајућим разлозима говори као о негативним обележјима бића кривичног дела, чије постојање би требало да искључује постојање не противправности већ бића кривичног дела.⁶¹⁰ Тако и Заферлинг пише о Адолфу Меркелу као о аутору/креатору учења о негативним обележјима бића дела.⁶¹¹ Иако је Меркел употребио термин „негативна обележја бића дела“, већ у првом издању свог уџбеника из 1899. године, Заферлинг указује да је Хирш (*Hirsch*) доказао да Меркел није мислио на интеграцију правнооправдавајућих разлога као негативних претпоставки у биће дела („...*nicht die Integration der Rechtsfertigungsgründe als Negativvoraussetzungen in den Tatbestand*“)⁶¹², већ је само привукао биће дела на однос, који би у случају њиховог постојања заснивао неки основ искључења противправности (правнооправдавајући основ).⁶¹³ Заферлинг такође истиче да се на термин „негативна обележја“ („*negative Merkmale*“) наилази и код Франка и Белинга.⁶¹⁴

У погледу дејства ове теорије на постојање кривичног дела, лако се примећује да свест о непостојању основа оправдања заснива умишљај, док га свест о постојању основа оправдања отклања. Ова конструкција је битна за изналажење правног дејства заблуде о основима искључења противправности, односно заблуде о основима правног оправдања. Једноставно речено, таква заблуда уподобљава се по дејству заблуди о бићу дела, и не само то, већ она и јесте заблуда о бићу дела; односно о обележју које чини биће дела, а то је у конкретном излагању негативно обележје бића дела. Дакле, кад лице мисли да делује у нужној одбрани, а заправо нису испуњене чињеничне претпоставке за постојање нужне одбране, зато што на пример нема противправног напада, тада је

⁶⁰⁹ П. Новоселец, 182.

⁶¹⁰ Н. Welzel, 80.

⁶¹¹ С. Ј. М. Safferling, 93.

⁶¹² *Ibid.*

⁶¹³ *Ibid.*

⁶¹⁴ *Ibid.*, 94.

искључен умишљај. Тако Роксин пише да је за учење о негативним обележјима бића дела, погрешно „узимање“ да постоје правнооправдавајуће околности заблуда о бићу дела, те да стога искључује умишљај.⁶¹⁵ Истиче да (према овом учењу, прим. аут.), непостојање правнооправдавајућих околности припада законском (опису, прим. аут.) бића дела.⁶¹⁶ Тако и Новоселец пише да је према овом заблуда о противправности, једна врста заблуде о бићу дела.⁶¹⁷ На истом трагу, Вуковић указује да идеја да се укупно биће кривичног неправна састоји од позитивних обележја бића дела и негативних обележја изостајања основа искључења противправности овде наилази на плодно тло, јер се тако стварна заблуда у ширем смислу формално подводи под стварну заблуду у ужем смислу, као подврста заблуде о бићу, искључујући умишљај учиниоца.⁶¹⁸

Надаље, уношењем негативног обележја бића кривичног дела у биће дела, долази се до закључка да свакако морају да постоје и позитивна обележја бића кривичног дела. Позитивна обележја бића дела су она чијег постојања учинилац мора бити свестан да би постојао умишљај, а негативна су она обележја у погледу којих учинилац мора бити свестан да она не постоје да би постојао умишљај. Кратко речено, за умишљај се захтева свест о постојању позитивних обележја и свест о непостојању негативних обележја. Тако ова укупност позитивних и негативних обележја чини једно „свеукупно биће дела“. С тим у вези Фишер наводи да: „Учење о негативним обележјима бића кривичног дела види правнооправдавајуће околности као негативна обележја укупног бића дела (*Gesamt – Tatbestands*).“⁶¹⁹ Роксин пак пише да се на овај начин, противправност и биће дела, спајају у „укупно неправо бића дела“ („*verschmelzen zu einem Unrechts-Gesamttatbestand*“), које укључује, сва за оцену о неправу, суштинска обележја, позитивна и негативна; писана и неписана.⁶²⁰ Ово учење доводи до система од два нивоа („*führt...zu einem zweistufigen Verbrechenssystem*“), које разликује неправо и кривицу.⁶²¹ Исти аутор појашњава: „Учење о негативним обележјима бића дела доводи до резултата да основи правног оправдавања (основи искључења противправности, прим. аут.) не искључују тек противправност, већ биће дела (предвиђеност дела у

⁶¹⁵ С. Roxin (2006), 623.

⁶¹⁶ *Ibid.*

⁶¹⁷ П. Новоселец, 182.

⁶¹⁸ И. Вуковић (2013), 24.

⁶¹⁹ Т. Fischer (2015), 135.

⁶²⁰ С. Roxin (2006), 287.

⁶²¹ *Ibid.*

закону, прим. аут.“).⁶²² Што се тиче назива „укупно биће дела“, Пупе замера управо називу ове теорије и мишљења је да јој је назив и нашкодио. Истиче да би било погодније да се зове „Учење о укупном неправу бића кривичног дела“ (*die Lehre vom Gesamtunrechtstatbestand*).⁶²³

На крају, указаћемо и на старију југословенску теорију. Чини нам се да се могу пронаћи (прећутни) заговорници теорије о негативним обележјима бића дела. Тако Франк пише да „умишљај, по опћем схватању, обухвата свијест, да не постоје околности, које дјело оправдавају“.⁶²⁴ Наиме, није ли свест о непостојању оправдавајућих околности (коју Франк помиње, прим. аут.) заправо приклањање учењу о негативним обележјима бића кривичног дела, иако Франк дефинитивно не употребљава овај термин. Ипак не можемо означити Франка као заговорника, због онога што су Шиловић и он писали још 1929. године, а што се свакако препознаје као одбацивање учења о негативним обележјима бића дела. Ови аутори налазе да се ради „у доброј мери о извјештаченој конструкцији“.⁶²⁵

7. ВРСТЕ ПРАВНЕ ЗАБЛУДЕ

7.1. Директна правна заблуда – појам

Директна правна заблуда јесте једна од две „групе“ правне заблуде. Две „групе“ о којима говоримо су група директне и група индиректне правне заблуде.⁶²⁶ У директној правној заблуди налази се учинилац који не зна да је његово понашање правом забрањено. Међутим, овакво одређење је несумњиво недовољно прецизно, јер и учинилац у индиректној правној заблуди не зна да је његово понашање правно

⁶²² *Ibid.*

⁶²³ Ingeborg Puppe, „Zur Struktur der Rechtsfertigung“, *Beiträge zur Rechtswissenschaft: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1993, 188.

⁶²⁴ С. Франк (1955), 153.

⁶²⁵ Ј. Шиловић, С. Франк, 22.

⁶²⁶ Да постоје многе друге поделе на пољу правне заблуде види и код Јегера који наводи следеће појавне могућности правне заблуде: 1) обична правна заблуда, као незнање релевантне (забрањујуће) норме; 2) заблуда о важењу, као погрешно сматрање о правном неважењу забрањујуће норме; 3) заблуда о супсумпцији, као преуско тумачење забрањујуће норме; 4) заблуда о дозвољености, као погрешно сматрање да постоји неки непостојећи основ искључења противправности и 5) заблуда о границама дозвољености, као сувише широко тумачење постојећег разлога искључења противправности. Тако у С. Jäger (2009), 157.

недозвољено. Једноставно речено, чим је лице у правној заблуди, он не зна да је то што ради противно праву. Основна разлика између директне и индиректне правне заблуде може се посматрати кроз однос општег и посебног, односно апстрактног и конкретног (отуда и називи апстрактна и конкретна правна заблуда, види Роксин⁶²⁷ и Маурах⁶²⁸). Другим речима учинилац у директној заблуди не зна да је понашање које предузима уопште/и иначе забрањено. Са друге стране, учинилац у индиректној заблуди, зна да је његово понашање иначе противно праву, али мисли да је у конкретном случају дозвољено. Примећујемо „битну“ улогу речи „иначе“ и „уопште“. Наиме лице у директној заблуди не зна уопште да постоји забрана или обавеза која се односи на његово понашање, па стога и мисли да је то што ради дозвољено. Лице у индиректној заблуди пак, зна да постоји норма која забрањује његово понашање, али мисли да таква норма у конкретном случају не делује јер „дејствује“ дозвољавајућа норма, односно да је у датом случају искључена противправност.

7.1.1. Врсте директне правне заблуде

Након одређења директне заблуде, мишљења смо да је потребно указати на њене врсте, односно појавне облике. Истичемо дакле да смо директну заблуду одредили као ону где учинилац „не зна за постојање забране или обавезе“. Битно је истаћи да не бисмо дефинисали директну заблуду искључиво као ону заблуду у којој учинилац не зна за постојање забрањујуће/обавезујуће норме, већ управо као заблуду када лице не зна да постоји забрана (и обавеза⁶²⁹) која се односи на његово понашање. Наиме, лице може из различитих разлога да буде уверења да не постоји забрана која се односи на његово понашање. Ови разлози – основи, заправо обликују врсте директне заблуде.

Слично, али не и исто одређење налазимо код Роксина. Овај аутор пише о заблуди о постојању забране као о „класичном случају (директне или апстрактне) заблуде о забрани (*Verbotsirrtum*, прим. аут.)“.⁶³⁰

⁶²⁷ С. Roxin (2006), 937-938.

⁶²⁸ R. Maurach, 416.

⁶²⁹ Нећемо сваки пут истицати „обавезу“. Иначе, тада постоји *Gebotsirrtum*, која фигурира код кривичних дела правог нечињења.

⁶³⁰ С. Roxin (2006), 937.

Међутим, Роксин не набраја који су то други „некласични“ случајеви директне правне заблуде, али зато набраја друге појавне облике правне заблуде. У том смислу разликује још три основа на којима се заснива правна заблуда (*Verbotsirrtum*) – (ради се заправо о појавним облицима правне заблуде), и то: заблуда о постојању или границама основа правног оправдања (индиректна или конкретна правна заблуда); заблуда о тумачењу и заблуда о важењу. Из наведеног бисмо могли закључити да Роксин директном правном заблудом сматра само ону која се односи на постојање забране, али не и на незнање у погледу тумачења и важења. Ипак, не бисмо се усудили на овако искључив закључак јер Роксин „оставља простор“ да су и други појавни облици правне заблуде, осим оног који је изричито означен да није директна правна заблуда, исто тако облици директне правне заблуде. Наиме, Роксин и наводи да је заблуда о забрани „класични случај директне или апстрактне правне заблуде“. Из наведеног свакако произлази да постоје и други случајеви (осим „класичног“), а који су исто случајеви директне правне заблуде. Стога, сасвим је могуће да ту фигурирају и заблуда о тумачењу (која иначе може бити и заблуда о делу или заблуда о кажњивости⁶³¹) и заблуда о важењу.

Даље, код Маураха пак наилазимо на термин апстрактна правна заблуда (*abstrakter Verbotsirrtum*, не и директна правна заблуда), којим означава заблуду о постојању забрањујуће норме.⁶³² Међутим, за Маураха апстрактна заблуда постоји када учинилац „држи своје понашање за правно ирелевантно“ било због тога што држи/сматра да не постоји норма, или је виђења да је „њему позната норма лишена материјалне противправности“. ⁶³³ Овај аутор у апстрактну заблуду „уврштава“ и заблуду о важењу норме.⁶³⁴ Дакле, Маурах разликује две врсте апстрактне правне заблуде- заблуду о постојању норме и заблуду о важењу.

Код Веселс/Бојлке/Зацгер нема дилеме које врсте заблуде уврштавају у директну правну заблуду. Они директном правном заблудом означавају заблуду о забрањујућој норми (*der Irrtum über die Verbotsnorm*)⁶³⁵, и наводе да она постоји- када учинилац не зна забрањујућу норму (која се односи на његово понашање); затим када сматра да не важи или пак због погрешног тумачења у смислу да има погрешну представу о њеном

⁶³¹ *Ibid.*, 938.

⁶³² R. Maurach, 416.

⁶³³ *Ibid.*

⁶³⁴ *Ibid.*

⁶³⁵ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 181.

пољу важења.⁶³⁶ Дакле, није тешко уочити да ови писци препознају три врсте директне заблуде, и то: 1) заблуду о постојању забрањујуће норме; 2) заблуду о важењу и 3) заблуду о тумачењу.

Овакво мишљење преузима и Каспар⁶³⁷, а налазимо га и код Ерхарта.⁶³⁸

Заферлинг пак пише да директна правна заблуда „на нивоу бића дела“ постоји када учинилац сматра да „не постоји забрањујућа норма или да је не испуњава и због тога држи да је његово понашање дозвољено“.⁶³⁹ У ову групу Заферлинг додаје и заблуду о важењу.⁶⁴⁰ И овде несумњиво препознајемо три врсте директне заблуде, и то о постојању норме, о тумачењу и о важењу.

Надаље, М. Колер пише да је „казненоправна заблуда (*Strafrechtsirrtum*) могућа као (директна) забрањујућа/наређујућа (*Verbots-/Gebotsirrtum*) или као (индиректна) – дозвољавајућа заблуда (*Erlaubnisirrtum*).⁶⁴¹ Видимо дакле да овај аутор заблуду о забрањујућој норми означава као *Verbotsirrtum*, а заблуду о обавези означава као *Gebotsirrtum*. Обе ове заблуде М. Колер „именује“ као директну заблуду. (Иначе, *Gebotsirrtum* постоји када учинилац кривичних дела правог нечињења не зна своју обавезу на чињење. Тако Креј пише да „права кривична дела нечињења крше законску наредбу/обавезу“.⁶⁴² Истиче да учинилац који не зна законску обавезу није у заблуди о делу већ је то посебна врста правне заблуде („*ein sonder Fall des Verbotsirrtums*“).⁶⁴³ Видимо дакле да М. Колер разликује две врсте директне правне заблуде, и то заблуду о забрањујућој и заблуду о обавезујућој норми. Ипак, исти писац напомиње да се ова (директна) заблуда односи на забрану или обавезу из бића дела у свом објективном пољу примене.⁶⁴⁴ Као пример наводи случај када учинилац мисли да примењена сила не достиже меру кривичноправне принуде или када мисли да обавеза на делање како би се спасило туђе правно добро не постоји са „кривичноправном тежином“ (не

⁶³⁶ *Ibid.*, 181.

⁶³⁷ J. Kaspar, 182.

⁶³⁸ E. Erhardt, 92.

⁶³⁹ C.J.M. Safferling, 222.

⁶⁴⁰ *Ibid.*

⁶⁴¹ M. Köhler, 408.

⁶⁴² V. Krey, 257.

⁶⁴³ *Ibid.*, 258.

⁶⁴⁴ M. Köhler, 408.

санкционише се кривичним правом, прим. аут.).⁶⁴⁵ Примећујемо да овај пример са „мером кривичноправне принуде“ указује на заблуду о тумачењу. Наиме, учинилац зна за забрањујућу норму овде али је погрешно тумачи, на начин да мисли да не обухвата његово понашање. У коначности, закључујемо да М. Колер препознаје две врсте директне заблуде (при чему ова прва има две подврсте), а то су: 1) заблуда о забрањујућој и обавезујућој норми и 2) заблуда о тумачењу.

Екерт (*Eckert*) пише да је директна правна заблуда она где учинилац „погрешно оцењује биће или обухват забрањујуће норме“.⁶⁴⁶ Овде разазнајемо заблуду о постојању (бићу) норме и заблуду о тумачењу.

У југословенској и српској литератури такође наилазимо на разликовање две групе правне заблуде, директне и индиректне. С тим у вези, Стојановић пише да „у случају директне правне заблуде учинилац не зна да је оно што чини правом забрањено“⁶⁴⁷, као и да „код њега не постоји свест да је дело забрањено правним нормама“.⁶⁴⁸ Стојановић, пре излагања о индиректној правној заблуди истиче да „правна заблуда постоји не само када се уопште не познаје правна норма, већ и у случају њеног погрешног тумачења“.⁶⁴⁹ С обзиром да цитирани аутор ово напомиње пре излагања о индиректној правној заблуди, а посебно да код индиректне правне заблуде учинилац зна да је његово понашање правом забрањено, али мисли да је у конкретном случају дозвољено, јер су испуњени правни услови за примену основа искључења противправности; мишљења смо да и Стојановић заблуду о тумачењу види као директну правну заблуду. Дакле, за Стојановића, директна правна заблуда обухвата две врсте: 1) заблуду о познавању правне норме и 2) заблуду о тумачењу.

Бачић пак пише о „изравној заблуди о протуправности“ која обухвата ситуације када „починитељ уопће не зна норму која се непосредно односи на његово дјело, или зна за њу па је погрешно тумачи, или зна за њу али погрешно мисли да она не вриједи“.⁶⁵⁰

⁶⁴⁵ *Ibid.*

⁶⁴⁶ Hans-Ulrich Eckert, *Schuld - Verantwortung - Unrechtsbewußtsein: Bemerkungen zum personalen Konzept strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Forum-Verlag Godesberg, Mönchengladbach 1999, 39.

⁶⁴⁷ З. Стојановић (2013), 191.

⁶⁴⁸ *Ibid.*

⁶⁴⁹ *Ibid.*, 192.

⁶⁵⁰ Ф. Бачић (1998), 266-267.

Примећујемо да Бачић под изравном заблудом о протуправности подразумева заблуду о постојању норме, заблуду о тумачењу, али и заблуду о важењу.

Наше мишљење одступа од Роксиновог утолико што заблуду о постојању забране не сматрамо само заблудом о постојању забрањујуће норме, већ ту додајемо још три подврсте заблуде о постојању забране, и то заблуду о тумачењу, и праву и неправу заблуду о важењу. У односу на Веселс/Бојлке/Зацгер, Каспара, Ерхарта, Заферлинга и Бачића одступамо јер „уводимо“ две врсте заблуде о важењу. У односу на Стојановића и М. Колера одступамо јер уводимо заблуду о важењу (и две њене врсте), а у односу на Маураха јер уводимо заблуду о тумачењу и модификовану заблуду о важењу (јер и он уврштава заблуду о важењу, али не у формама како је ми видимо).

Дакле, налазимо да је директна заблуда, заблуда о постојању забране/обавезе, а да су њене врсте (за сваку врсту излажемо само основне „црте“, више видети у одговарајућим поднасловима⁶⁵¹):

1) *заблуда о постојању забрањујуће/обавезујуће норме*

Ову заблуду Јегер назива обична правна заблуда (*schlichter Verbotsirrtum*).⁶⁵² Једноставно речено, учинилац у овој заблуди не зна да је понашање које предузима правом забрањено због тога што не зна да постоји забрањујућа (или обавезујућа) норма. Другим речима, учинилац не зна да постоји норма која забрањује одређено понашање. Ова заблуда постоји и када учинилац не зна да постоји норма која налаже одређено понашање, у случају кривичних дела правог нечињења (*Gebotsirrtum*). Тада, учинилац не зна да је његово понашање забрањено јер не зна норму која га обавезује на чињење.

2) *заблуда о тумачењу* – учинилац зна забрањујућу норму, али је погрешно тумачи, тако да мисли да она не обухвата његово понашање.

3) *права заблуда о важењу* – учинилац зна забрањујућу норму, али мисли да она не важи зато што је ништава (противуставна је или је није донео надлежан орган);

⁶⁵¹ Изузев за заблуду о постојању забрањујуће/обавезујуће норме, која не захтева детаљније образлагање од овог у предметном наслову.

⁶⁵² С. Jäger (2009), 157.

- 4) *неправа заблуда о важењу* – учинилац зна забрањујућу норму, али погрешно мисли да она не важи зато што није на правној снази- није ступила на правну снагу или тек треба да ступи на правну снагу; или је пак престала да важи;

Заблуду из тачке 4 ми ћемо назвати неправна заблуда о важењу. Термин неправна користимо због тога што већ постоји једна заблуда о важењу, а то је *Gültigkeitsirrtum*.^{653,654,655} Ова „права“ заблуда о важењу постоји када учинилац не зна да норма важи иако он мисли да је противуставна или да ју је донео ненадлежан орган. Дакле, код *Gültigkeitsirrtum* учинилац зна да правна норма номинално важи, али учинилац верује да је таква правна норма ништава, односно да треба да буде ништава и да као таква не важи, иако још увек није проглашена/утврђена за ништаву.

Може ли се порећи да је оваква ситуација различита од оне када учинилац верује да правна норма не важи, не због тога што је ништава, већ због тога што још увек није ступила на правну снагу (на пример *vacatio legis* је још у току), или није ступила у том обиму или пак мисли да норма не важи јер је требала да престане да важи, али још није престала да важи. У случају праве заблуде о важењу, учинилац зна да је норма ипак на правној снази, али је убеђен да не треба да буде јер је ништава. Са друге стране, у случају неправне заблуде о важењу, учинилац мисли да правна норма не важи јер мисли да није на правној снази (иако зна норму), а заправо јесте или мисли да јесте на правној снази, а није. Да сумирамо, због незнања о важењу правне норме (неправа заблуда о важењу) или због незнања о томе да норма не треба да важи јер треба да буде ништава (права заблуда о важењу), учинилац не зна да је оно што ради правом недопуштено.

7.1.1.1. Права заблуда о важењу (*Gültigkeitsirrtum*)

У овом поднаслову бавимо се заблудом о важењу – *Gültigkeitsirrtum*. Ову заблуду (за потребе овог рада) означавамо као права заблуда о важењу.

⁶⁵³ C. Roxin (2006), 939.

⁶⁵⁴ T. Walter, 305.

⁶⁵⁵ H. Welzel, 170.

На термин заблуда о важењу (између осталих) наилазимо код Роксина⁶⁵⁶, Велцела⁶⁵⁷, Заферлинга⁶⁵⁸, Валтера⁶⁵⁹, Јегера⁶⁶⁰ и др.

Роксин наводи да се у овој заблуди налази учинилац који зна забрањујућу норму, и по правилу зна и кривични пропис, међутим држи да су ти прописи ништави (*hält sie aber für nichtig*).⁶⁶¹ Као пример наводи ситуације када лице мисли да је доносиоцу прописа (*dem Erlassende*) недостајала надлежност за доношење прописа; као и када (донети, прим. аут.) пропис крши неко основно право или принцип одређености („*weil die Vorschrift gegen ein Grundrecht oder Bestimmtheitsgrundsatz verstoße*“).^{662,663} Објашњава да се такви случајеви решавају/оцењују као правна заблуда, ако су разлози ништавости на које се позива учинилац иначе од правног поретка прихваћени као разлози ништавости.⁶⁶⁴ Једноставно речено, ради се о томе да учинилац мисли да су предметни прописи ништави, иако они то нису. Учинилац се позива на разлог ништавости који право познаје, на пример недостатак надлежности за доношење прописа, међутим не зна да у конкретном случају нису испуњени услови за постојање ништавости предметног правног прописа. Учинилац ово не зна због тога што не зна право. С обзиром да је дакле његово уверење о дозвољености таквог поступања засновано на незнању права, такав учинилац налази се у правној заблуди.

Надаље за Велцела је ова заблуда варијетет правне заблуде и види је као заблуду о позитивном важењу неке кривичноправне норме.⁶⁶⁵ Истиче да учинилац овде зна за забрану, али је држи за неважећу, јер је према његовом мишљењу у супротности са неком надређеном позитивном правном нормом (нормом јаче правне снаге, прим. аут.), а као пример указује на устав.^{666,667} Слично ситуацију види и Заферлинг који заблуду о важењу помиње у излагању о директној правној заблуди, као ситуацију где учинилац полази од тога да забрањујућа норма коју иначе зна, нема важност због тога што крши

⁶⁵⁶ C. Roxin (2006), 939.

⁶⁵⁷ H. Welzel, 170.

⁶⁵⁸ C.J.M. Safferling, 223.

⁶⁵⁹ T. Walter, 305.

⁶⁶⁰ C. Jäger (2009), 157.

⁶⁶¹ C. Roxin (2006), 939.

⁶⁶² *Ibid.*

⁶⁶³ Слично и Валтер, T. Walter, 305.

⁶⁶⁴ C. Roxin (2006), 939.

⁶⁶⁵ H. Welzel, 170.

⁶⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁶⁷ Види и T. Walter, 305.

„вишерангирано право“.⁶⁶⁸ Такође, и Јегер је излаже као једну од пет појавних форми правне заблуде, у којој учинилац погрешно сматра/полази од правне неважности неке забрањујуће норме.⁶⁶⁹

Налазимо за сходно да управо на овом месту можда и „порекнемо“ Велцела и то управо Велцелом. Наиме, у делу овог рада који обрађује питање условљене свести о противправности, закључили смо да лице које има условљену свест о противправности ипак има свест о противправности те да такав учинилац није у правној заблуди. У правној заблуди је онај код кога уопште не постоји свест о противправности. Код лица које сумња да је његово понашање забрањено, не можемо да кажемо да не поседује свест о противправности. Управо у том делу рада смо се између осталих аутора позвали и на Велцела који је у погледу заблуде о важењу писао: „Штавише учинилац мора у таквим случајевима, у којима свесно прекорачује (крши, прим. аут.) правну норму, јер је сматра неважећом, рачунати с тим да је његово понашање насупрот његовом уверењу (да је дозвољено, прим. аут.) забрањено.“⁶⁷⁰ Поред тога, исти писац је оправдано указао да „учинилац овде рачуна са могућношћу да је његово понашање забрањено, и у сваком случају хоће да изврши дело, поступа са свести о противправности а не у отклоњивој правној заблуди“.⁶⁷¹ О „рачунању са могућношћу забрањености понашања“, подсетимо и на Фишерово идентично мишљење.⁶⁷² Ако дакле поступа са свести о противправности, како би ову заблуду могли класификовати као подврсту или варијетет правне заблуде, када знамо да правна заблуда постоји само онда када код учиниоца не постоји свест о противправности.⁶⁷³

Роксин је пак „проблем“ класификовања заблуде о важењу као правне заблуде (у делу) и препознао. Наиме, он указује да је „ретко правно стање (положај) тако јасно, да неко може бити сигуран у ништавост неког закона“.⁶⁷⁴ Објашњава да је најчешће случај

⁶⁶⁸ Слично и Заферлинг који говори о томе да лице мисли да норма крши „вишерангирано право“. С.Ј.М. Safferling, 222.

⁶⁶⁹ С. Jäger (2009), 157.

⁶⁷⁰ Н. Welzel, 171.

⁶⁷¹ *Ibid.*

⁶⁷² Т. Fischer (2015), 140.

⁶⁷³ Стојановић наводи да код лица које се налази у правној заблуди нема свести о правној забрањености дела које предузима. Види З. Стојановић (2013), 191.

⁶⁷⁴ С. Roxin (2006), 940.

споран (дискутабилан), те да учинилац држи само за могуће или вероватно да закон не важи; а онда постоји условљена свест о противправности, а не правна заблуда.⁶⁷⁵

Ваљало би истаћи да не би било препоручљиво одређивати (дефинисати) постојање правне заблуде на плану отклоњивости (правне) заблуде и уопште на плану дејства правне заблуде. Одвојено је питање да ли је правна заблуда отклоњива или није, од питања да ли ће се ублажити казна у случају постојања отклоњиве правне заблуде (факултативност), а посебно је одвојено питање да ли је лице у правној заблуди или није. Лице може бити у отклоњивој правној заблуди при чему суд сматра да не треба искористити могућност ублажавања казне, али ће такав учинилац и даље остати у правној заблуди.

Од заблуде о важењу треба разликовати ситуацију где учинилац зна да је његово понашање противно закону, и свестан је да је закон на снази, односно да не постоји разлог који би било коју његову норму (на пример) „чинио“ ништавом, па ипак полази од тога да у односу на њега такав пропис не важи. Тако Роксин „упозорава“ на разлику између заблуде о важењу и ситуације где учинилац закон држи за важећи сходно правном поретку, али се не сматра њиме (законом, прописом) обавезаним због (својих, прим. аут.) „политичких, религиозних, разлога светоназора (weltanschaulichen) или савести“.⁶⁷⁶ Исти аутор истиче да овакви разлози не мењају ништа у погледу свести о противправности код учиниоца.⁶⁷⁷

7.1.1.1.1. Да ли је *Gültigkeitsirrtum* заправо дупла заблуда?

Утврдили смо већ да је учинилац у овој заблуди када верује да одређено правно правило не важи, између осталог и због тога што је неуставно. Наиме, учинилац мисли да је нека норма неуставна, те да зато не важи, а у ствари није неуставна и важи.

Узмимо пример са неуставном одредбом закона. Може ли се оспорити да потенцијално неуставна одредба закона важи све док уставни суд у одговарајућем поступку не утврди њену неуставност? Тешко.

⁶⁷⁵ *Ibid.*

⁶⁷⁶ *Ibid.*, 939.

⁶⁷⁷ *Ibid.*

Тако, у предметном излагању може се наићи на неколико могућности, и то:

- 1) Уколико је одређена норма заиста неуставна, али о томе уставни суд још није донео одлуку, а учинилац верује да јесте донео одлуку (и зна да је за неуставност потребно доношење одлуке), онда је реч о стварној заблуди (искључује умишљај), а не о правној заблуди. Није реч о томе да учинилац овде не зна право, напротив, зна право, зна да је неуставна норма, зна да је за утврђивање неуставности потребна одлука уставног суда, али не зна да норма још увек важи, из разлога што не зна да уставни суд још увек није донео одлуку. Он не зна чињеницу, а зна право. Мисли да та чињенична претпоставка постоји. Када би постојала, искључила би противправност. Другим речима дело би било дозвољено. Ипак, морамо приметити да оваква стварна заблуда није ни заблуда о делу ни заблуда о чињеничним претпоставкама искључења противправности. Заблуда о делу није јер се не односи на обележје бића дела. Заблуда о чињеничним претпоставкама основа искључења противправности није јер у случају постојања чињеничне претпоставке не води остваривању неког основа искључења противправности. Наиме, када би одлука уставног суда постојала, дело не би било противправно, али не због тога што постоји основ искључења противправности, већ због тога што таква радња уопште није забрањена. У овој ситуацији дакле нема говора о дуплој заблуди.
- 2) Друга могућност постоји када учинилац мисли да је његово понашање дозвољено због тога што је норма неуставна, а та норма заиста и јесте неуставна, тачније треба да буде неуставна, али уставни суд још није донео одлуку о томе. Учиниолац међутим не зна да је једино уставни суд меродаван за утврђивање неуставности или пак не зна да није довољно да је само иницијатива за оцену уставности поднета. И у овом случају би постојала правна заблуда. Јер, учинилац верује да, уколико је норма (заиста) неуставна, није потребно да о томе било ко доноси одлуку. Учиниолац овде не зна ни да је потребно доношење одлуке о томе, а с обзиром да не зна да је потребна одлука, не зна ни да је једино уставни суд надлежан за то. Оваква правна заблуда може се и „степеновати“. Први степен би био да учинилац не зна да је потребно доношење одлуке, а други би био да не зна да је за ту одлуку надлежан искључиво уставни суд. Заправо би

се у случају „првог степена“ радило о „једном незнању права“, а у случају „другог степена“ о „дуплом (два) незнању права“. Иако би могло да се говори о дуплој заблуди, ради се заправо само о једној правној заблуди, и то оној првој. Учинилац не зна да је за утврђивање неуставности уопште потребно вођење неког поступка и доношење одлуке о неуставности. То што он не зна ни ко је надлежан за доношење такве одлуке, то свакако није од значаја, јер он ни не може да размишља о томе. Једноставно, како и зашто би неко размишљао о субјекту надлежном за доношење одлуке када ни не зна да је уопште потребно доношење одлуке? Признаћемо, подсећа нас на ситуацију када лице не зна шта ради, те с обзиром да не зна шта ради, тешко да може „на смисленој равни“ да размишља о томе да ли је то што ради забрањено или није. Ипак, ни случајно не треба помислити да су ови примери потпуно исти. Наиме, учинилац у случају дуплог незнања права, све и да хоће не може да размишља о „оцени нечега за чије постојање не зна“. Учинилац не зна да је потребно доношење одлуке, па не може ни размишљати о томе који орган треба да донесе одлуку. Код примера лица које не зна шта ради, он ипак може оцењивати да ли је оно што ради забрањено. Другим речима, он може размишљати и о „другом колосеку“; њему може на „памет пасти“ разматрање „онога што не постоји“. Сличност је у томе што лице које не зна шта ради исто не може оцењивати и не оцењује нешто за шта не зна да постоји. Такво лице оцењује „стање“ за које он мисли да постоји, а то је друго стање од оног које стварно постоји. Разлика је у томе што лице из другог примера оцењује погрешан предмет, а лице из првог примера уопште и нема „други колосек оцене“. Наиме, лице из првог примера, ни не зна за постојање тог „другог колосека“.

- 3) Трећа могућност постоји када норма за коју учинилац мисли да је неуставна заправо није неуставна и када он поред тога зна да је у току поступак за оцену уставности али мисли да је довољно то што је поступак у току, те да не мора да „чека“ са доношењем одлуке уставног суда о уставности. Или пак верује да уопште није потребно доношење било какве одлуке ако је норма неуставна. Наиме, учинилац овде „први пут не зна право“ када мисли да је норма неуставна, а „други пут не зна право“ када мисли да уопште није потребно доношење одлуке о (не)уставности норми, или пак кад верује да је довољно то што је покренут поступак за оцену уставности, те да није потребно чекати и

доношење одлуке. У описаном случају бисмо могли говорити о дуплој правној заблуди. Међутим, ради се једноставно о једној правној заблуди. Јер, чак и да је норма неуставна, опет о томе уставни суд није донео одлуку, тако да би понашање учиниоца и тада било у незнању перцепирано као дозвољено. Налазимо за сходно да укажемо и на могућност постојања „вишеструких заблуда о забрањености“ („*Mehrfache Irrtümer über das Verbotensein*“).⁶⁷⁸ Наиме, могуће је да учинилац не зна да норма није неуставна, а мисли да јесте. Била би то прва заблуда о забрањености. Затим, могуће је да такав учинилац не зна да је за утврђивање неуставности потребно да о томе одређени државни орган донесе одлуку. Била би то друга заблуда о забрањености. Надаље, могуће је да то лице не зна да је једини орган који је меродаван за доношење одлуке о неуставности уставни суд. Била би то трећа заблуда о забрањености. И на крају, могуће је да то лице сматра да је довољно да је само покренут поступак пред уставним судом за оцену уставности, а да се не мора чекати доношење одлуке. Била би то четврта заблуда о забрањености.

Имајући у виду изложено, можемо утврдити да је права заблуда о важењу (*Gültigkeitsirrtum*) исто онолико дупла заблуда колико је и сама дупла заблуда, то што јој име говори.

7.1.1.2. Неправа заблуда о важењу и разграничење од посебне врсте стварне заблуде

Мишљења смо да праву заблуду о важењу (*Gültigkeitsirrtum*) пак не би требало мешати са једном од „врста директне (изравне) правне заблуде, када лице зна за норму, али погрешно мисли да она не вреди.“^{679,680} (Иако Бачић и не помиње *Gültigkeitsirrtum*). Неспорно је да се и у овом другом случају (мишљењу да „норма не вреди“) ради о заблуди о важењу норме, односно о погрешном мишљењу лица да одређена норма више на важи.

⁶⁷⁸ Више о томе, Walter Gropp, „Abschied vom „Doppelirrtum““, *Zeitschrift für die Internationale Strafrechtsdogmatik* 9/2016, 604.

⁶⁷⁹ Ф. Бачић (1998), 266-267.

⁶⁸⁰ Видели смо да не би требало да буде спорно да је и *Gültigkeitsirrtum* врста директне правне заблуде. Види С.Ј.М. Safferling, 222.

Лице може бити у заблуди да норма више не важи када мисли да је та норма измењена, па важи та нова – измењена норма која свакако није иста као и претходна норма, или пак када мисли да је та норма стављења ван снаге, а то се није десило, већ напротив норма и даље важи. Трећи случај би била ситуација када је уместо старе норме донета потпуно нова норма, а лице то не зна, већ је уверења да и даље важи стара норма, услед чега мисли да је његово понашање дозвољено, а оно је новом нормом забрањено. Налазимо да не би требало да буде дискутабилно да постоји разлика између заблуде о важењу (*Gültigkeitsirrtum*) код Роксина/Велцела/Заферлинга/Валтера, где лице зна за постојање норме, али мисли да је она ништава јер ју је на пример донео ненадлежан орган/или да је противуставна и заблуде о важењу коју Бачић помиње као појавни облик изравне (директне) правне заблуде, као заблуде када лице не зна да одређено правило више не важи/вреди. Једноставно речено, лице овде мисли да норма не важи не из разлога што сматра да је ништава, неуставна и сл., већ због тога што не зна да је норма престала да важи тако што је на пример донета нова норма, или је измењена управо та норма за коју он мисли да и даље важи.

Оно што је посебно битно истаћи је то да се незнање учиниоца односи на право. Учинилац овде не зна правна правила која се односе на важење норме, на пример не зна да одређене норме у закону почињу да се примењују касније у односу на остале одредбе закона. Наиме, сасвим је могуће (а прописи који уређују кривични поступак у Србији били су пример таквих законских аката) да одређени закон, који између осталог прописује и кривична дела, у својим прелазним и завршним одредбама предвиди да ће одређене одредбе тог закона почети да се примењују тек након једне године од дана ступања на снагу тог закона. Ово наиме значи да су све одредбе предметног закона ступиле на правну снагу, али да се све одредбе тог закона не примењују још увек, већ ће до тога доћи тек након годину дана. Уколико дакле учинилац не зна да нека таква одредба важи или не важи, па због тога верује да његово понашање није забрањено, такав учинилац је у неправној заблуди о важењу као врсти директне правне заблуде.

С тим у вези требало би се „чувати“ од грешке да се поистовети заблуда о ступању на правну снагу неке норме, са заблудом о почетку или престанку примене неке норме. Ова прва врло лако може да се појави као посебна врста стварне заблуде (о чему ћемо више писати у следећем поднаслову), док је ова друга ипак ближа „својствености“

правној заблуди. Дакле, и заблуда о ступању на правну снагу, може да се јави и као посебна врста стварне заблуде и као неправна заблуда о важењу.

7.1.1.2.1. *Разграничење посебне врсте стварне заблуде и неправне заблуде о важењу*

Овде треба бити прилично опрезан на пољу разграничења правне и стварне заблуде. Наиме, не би се могло рећи да је лице које не зна да је донета нова норма, те због тога и даље верује да важи стара норма, а савршено добро зна да стара норма престаје да важи када се донесе нова, у правној заблуди. Можемо ли тврдити да ово лице не зна право? Проверимо; лице зна садржај старе норме; затим зна да стара норма престаје да важи када се донесе нова норма (која уређује исту материју, и заправо ступа на место те старе норме), зна чак и како се доноси закон и како се мења закон. Зна и да се у новинама и на телевизији већ четири месеца говори о томе да је нови закон „послат у скупштину“. Зна и правна правила о начину ступања на правну снагу закона. Једино што не зна је да је закон у скупштини већ усвојен и да је потом објављен у јавном гласилу и да је прошао *vacatio legis*. Због тога што не зна када је била седница скупштине на којој је усвојен закон, не зна ни да је објављен у Службеном гласнику⁶⁸¹, а тим пре не зна ни да је прошао *vacatio legis*. И на основу такве ситуације, лице верује да закон не важи, у заблуди је да није „донет“. Могуће је чак да је лице у питању ни мање ни више него ванредно добар правник, али то је заправо безначајно. Резимирајмо, лице зна сва правна правила, али због тога што не зна да је скупштина усвојила закон, не зна да је то што ради забрањено. Лице на пример не зна да је уопште одржана седница скупштине, или мисли да није одржана седница. Он дакле не зна да је било седнице, и из таквог незнања у ствари потиче његово незнање права. Упитајмо се дакле, да ли је незнање учиниоца о томе да ли је одржана седница незнање о чињеницама или незнање о праву? Мишљења смо да је у питању незнање чињеница, односно стварних околности, услед којег незнања онда такав учинилац и не зна да је оно што ради забрањено. Ради се, видимо, о стварној заблуди. Међутим, извесно је да је у питању стварна заблуда посебне врсте. Јер, није стварна заблуда о делу, пошто се незнање не односи на обележје бића дела, нити је стварна заблуда о чињеничним претпоставкама основа искључења противправности. Није ова друга заблуда, јер, када би била

⁶⁸¹ У Р. Србији се објављује у Службеном гласнику.

остварена „чињенична претпоставка“ – није одржана седница, закон није усвојен, није објављен и (самим тим наравно) није ступио на правну снагу, не би био остварен нити један од познатих основа искључења противправности. Осим тога не би ни било потребе да се „искључује“ противправност јер противправности не би ни било. Наиме, учинилац не би ни могао да прекрши норму која још ни не постоји.

На крају овог поднасловa треба можда детаљније указати на могући „проблем“ на релацији заблуда о ступању на правну снагу нормe- заблуда о почетку/престанку примене правне нормe. Наиме, ова друга искључиво је правна заблуда, конкретно неправа заблуда о важењу. Првопоменута пак може бити и посебна стварна заблуда али и правна заблуда о важењу (и то неправa). Јер, учинилац може да зна норму, да зна да је усвојен закон у скупштини, да зна да треба да се објави у јавном гласилу, али не зна да ступа на правну снагу када протекне *vacatio legis*. Овде се дакле може радити о томе да учинилац не зна уопште да постоји *vacatio legis*, или пак не зна шта пише у прелазним и завршним одредбама тог закона, у којима се наводи колико траје *vacatio legis* (да ли осам дана или је пак у питању други период, на пример годину дана). У оба случаја о незнању *vacatio legis* ради се о незнању права, што води правној заблуди. Видимо стога да лице које не зна правна правила о ступању на снагу закона не зна право. Може се дакле говорити о заблуди о ступању на снагу закона као виду неправне заблуде о важењу. Са друге стране, могуће је, уочили смо, да лице зна право, али да не зна стварну околност – не зна да је закон објављен у јавном гласилу, услед чега не зна ни да је истекао *vacatio legis*, те због тога и мисли да је оно што ради дозвољено. Лако се уочава да незнање права (лице не зна да је његово понашање супротно праву) у описаној ситуацији настаје као последица незнања стварне околности, у овом случају незнања да је објављен закон у јавном гласилу.

7.1.1.3.Заблуда о тумачењу

Ово је такође једна од врста директне правне заблуде. Наиме, учинилац је свестан да је одређено понашање забрањено, и зна дакле да постоји норма која забрањује такво понашање, међутим, он тумачи познату му норму на начин да мисли да не обухвата његово понашање. Другим речима, учинилац погрешно мисли да је оно што ради правом допуштено јер неправилно тумачи норму. Најчешће је у питању погрешно тумачење нормативног обележја дела, и то тако што учинилац из таквог тумачења

извлачи закључак да његово понашање није забрањено. Ова заблуда назива се још и заблуда о супсумцији. Њу не треба мешати са заблудом о делу нити са правном заблудом. Неспорно је да смо је ми, у нашем раду „уврстили“ у појавни облик директне правне заблуде, али не би било тачно тврдити да је заблуда о супсумцији искључиво облик правне заблуде. Једноставније речено, она може бити облик правне заблуде, и то директне, али исто тако, у зависности од „онога што се погрешно тумачи“ може бити и заблуда о делу, а видећемо и заблуда о кажњивости. Као заблуда о делу или заблуда о кажњивости, готово да је осуђена на ирелевантност у смислу евентуалног правног дејства у корист учиниоца, док као правна заблуда ипак „има неке шансе“.

Заблуда о супсумцији, да би се посматрала као правна заблуда, мора прво да искључи своје потенцијално постојање као заблуде о делу. Другим речима, учинилац који погрешно тумачи неко обележје бића дела, па зато и не зна да га остварује, није у правној, већ у заблуди о делу. Да би био у правној заблуди, он мора да зна сва обележја дела, али долази до тога да такав учинилац ипак, иако зна сва обележја дела, тумачи норму на начин да мисли да је његово понашање дозвољено. Није тешко „открити“ да је „оно“ што учинилац погрешно тумачи заправо нормативно обележје дела. Ипак, понављамо, треба бити опрезан. За непостојање заблуде о делу, учинилац мора да зна „чињеницу која стоји иза нормативног обележја дела“. Бачић тако пише о „обиљежју нормативне природе“, у односу на које учинилац треба да буде „свјестан смисла и функције које се у социјалном животу вежу уз такву околност („нпр. да зна да се уз један документ веже функција- да он служи за доказивање, које знање онда у бити одговара правном појму исправе)“.⁶⁸² Каспар слично томе, истиче да су нормативна обележја разумљива само у вези са правним и социјалним нормама.⁶⁸³ Јегер за нормативне термине захтева да учинилац духовно схвати значењски садржај.⁶⁸⁴ Дакле, како заблуда о супсумцији не би била заправо заблуда о делу потребно је да учинилац зна и чињенице које су се „представиле па сакриле кроз нормативна обележја“. Роксин и пише да заблуда о супсумцији може да буде или заблуда о делу или правна заблуда или само ирелевантна заблуда о кажњивости управо у зависности од тога да ли учинилац не зна садржај социјалног значења неког обележја или специфичну забрану

⁶⁸² Ф. Бачић (1998), 233.

⁶⁸³ J. Kaspar, 174.

⁶⁸⁴ C. Jäger, (2009), 49.

из бића дела или пак само кажњивост.⁶⁸⁵ Тако наводи да када учинилац обрише црту на подметачу за пиво којом келнер означава колико је лице попило пива (а за потребе наплате касније); има умишљај за фалсификовање исправе (онда) када зна значење црта (на подметачу, односно зашто келнер пише/назначава те црте, прим. аут.).⁶⁸⁶ Са друге стране, ако такав учинилац мисли да само писани документи могу бити исправе које са становишта заштите правног поретка имају доказну снагу, налази се у правној заблуди.⁶⁸⁷

Надаље, и Каспар правилно примећује да „разграничење између заблуде о делу која искључује умишљај од обичне погрешне процене учиниоца о забрањености поступања која не дотиче умишљај и која као тзв. заблуда о супсумцији у најбољем случају може бити релевантна у оквирима кривице“ може у појединим случајевима изазвати потешкоће.⁶⁸⁸

Као пример заблуде о супсумцији, овај аутор наводи следећи пример – два лица (Т и Ф) заједнички поседују текстуално издање Грађанског закона. Љут зато што није положио испит, Т запали закон, без сагласности Ф; при чему полази од тога да то (такво понашање, прим. аут.) није кажњиво, јер закон (књига, прим. аут.) припада и њему и стога није „туђа“ у смислу чл. 303 ст. 1 (КЗН, оштећење туђе ствари⁶⁸⁹, прим. аут.); верује само да је обавезан да накнади штету лицу Ф.⁶⁹⁰ Закључује да се лице у описаном случају, налази у заблуди о супсумцији, која се има расправити према чл. 17 (правна заблуда, прим. аут.).⁶⁹¹

Даље, Јегер наводи да учинилац у овој заблуди „сувише уско тумачи забрањујућу норму“, а што је „без значаја за умишљај, али од евентуалног значаја на нивоу кривице“.⁶⁹² Слично и Хајдингсфелдер, који пише да ова заблуда постоји када учинилац „сувише уско схвата/разуме норму“.⁶⁹³

⁶⁸⁵ C. Roxin (2006), 938-939.

⁶⁸⁶ *Ibid.*

⁶⁸⁷ *Ibid.*

⁶⁸⁸ J. Kaspar, 174.

⁶⁸⁹ § 303 Sachbeschädigung – „Ко противправно туђу ствар оштети или уништи, казниће се казном затвора до две године или новчаном казном.“ (став 1).

⁶⁹⁰ J. Kaspar, 174.

⁶⁹¹ *Ibid.*, 175.

⁶⁹² C. Jäger (2009), 157.

⁶⁹³ T. Heidingsfelder, 21.

Затим, Роксин пише да је заблуда о супсумцији заблуда о тумачењу (*Auslegungsirrtum*), и пише да учинилац (у овој заблуди, прим. аут.) погрешно тумачи обележје бића дела, тако да долази до закључка, да оно (то обележје) његовим понашањем неће бити остварено.⁶⁹⁴

Навели смо већ да је Роксин указао да ова заблуда може бити и заблуда о делу и правна заблуда али и небитна заблуда о кажњивости⁶⁹⁵, те да није нужно *Verbotsirrtum*.⁶⁹⁶ Видимо дакле да овај писац држи да заблуда о супсумцији није нужно врста правне заблуде, међутим, ипак истиче да је то најчешће случај, јер се углавном појављује код компликованих нормативних термина, код чијег тумачења о дозвољености односно забрањености понашања одлучује.⁶⁹⁷ Примећујемо да Роксин не обележава заблуду о супсумцији придевом ирелевантна. Напротив, истиче да лица у заблуди о супсумцији (*Subsumtionsirrtümer*) могу чак неретко бити и лица у неотклоњивој правној заблуди (*Verbotsirrtümer*), а за пример наводи кад се неко ослања на информације од адвоката или одлуке судова, за које се касније испостави да су погрешне.⁶⁹⁸

Фишер истиче да није искључен умишљај ако учинилац неко обележје чију суштину зна погрешно подводи под законско одређење, али да то може водити правној заблуди.⁶⁹⁹ Као пример заблуде о супсумцији као правне заблуде наводи случај кривичног дела обмањивања странке из чл. 356 КЗН када адвокат погрешно тумачи појам иста правна ствар (*dieselbe Rechtssache*)⁷⁰⁰, док би заблуда о томе да не постоји иста правна ствар била заблуда о делу, када учинилац не би препознао да се ради о истој правној ствари.⁷⁰¹ На пример кривичног дела *Parteiverrat* наилазимо и код Роксина који напомиње да је адвокат, који услед погрешног тумачења држи да се не ради о истој правној ствари, те стога налази да је његово поступање за/према обе странке дозвољено, у правној заблуди.⁷⁰²

⁶⁹⁴ C. Roxin (2006), 938.

⁶⁹⁵ *Ibid.*

⁶⁹⁶ *Ibid.*, 938-939.

⁶⁹⁷ *Ibid.*

⁶⁹⁸ *Ibid.*

⁶⁹⁹ T. Fischer (2015), 133.

⁷⁰⁰ *Ibid.*, 2563.

⁷⁰¹ *Ibid.*

⁷⁰² C. Roxin (2006), 939.

Арц истиче да заблуда о супсумцији, према већинском мишљењу, није ни заблуда о делу ни правна заблуда, већ да се ту ради о нормативној грешци (заблуда у погледу тумачења нормативног обележја бића дела, прим. аут.).⁷⁰³ Излаже следећи пример – лице П дистрибуира лаки (*softcore*) порнографски материјал, при чему зна да је забрањено (осим тврдокорног, прим. аут.), дистрибуирати и такав материјал, али мисли да је тај материјал, тј. његово дистрибуирање дозвољено, јер још не спада у порнографско.⁷⁰⁴ Арц пише да је, према већинском схватању, овде реч о заблуди о супсумцији, те да је као таква ирелевантна.⁷⁰⁵ Арц такође примећује да доктрина заблуде о супсумцији још више ограничава домет одбране правном заблудом.⁷⁰⁶

Креј заблуду о супсумцији види као „заблуду о значењу и области примене кривичноправних обележја дела“ (*Irrtum über die Bedeutung und Anwendungsbereich der strafrechtlicher Tatbestandsmerkmale*).⁷⁰⁷ Објашњава да ова заблуда постоји када учинилац упркос знању чињеница и паралелном вредновању у лаичкој сфери не зна да испуњава обележја неког бића дела.⁷⁰⁸ Из овакве дефиниције Креја јасно се може видети да он, за разлику од Роксина, сматра да заблуда о супсумцији никако не може да се појави као заблуда о делу, јер осим што учинилац зна све чињенице, зна дакле све стварне околности дела, он зна и чињенично значење „иза“ нормативних обележја дела.

Овај аутор као пример наводи следећи случај: лице А током ноћи одврне/отвори вентиле на све четири гуме путничког моторног возила лица О. Након што је лице А оптужено за оштећење туђе ствари, у одбрани се брани тврдњом да није знао да кривичари (*Straffjuristen*) његово понашање сматрају/цене као оштећење ствари (*Sachbeschädigung*), јер он није оштетио суштину путничког моторног возила.⁷⁰⁹ (И Фишер истиче да се у судској пракси испуштање ваздуха из гума моторног возила сматра оштећењем ствари у смислу кривичног дела из чл. 303 КЗН⁷¹⁰; штавише ово важи не само за моторно возило већ и за бицикл.⁷¹¹)

⁷⁰³ G. Arzt, 719.

⁷⁰⁴ *Ibid.*

⁷⁰⁵ *Ibid.*

⁷⁰⁶ *Ibid.*, 725.

⁷⁰⁷ V. Krey, 141.

⁷⁰⁸ *Ibid.*

⁷⁰⁹ *Ibid.*

⁷¹⁰ T. Fischer (2015), 2267.

⁷¹¹ *Ibid.*

Примећујемо да се ради о томе да учинилац тумачи норму/мисли да се под „оштећењем“ ствари подразумева само негативан утицај на суштину ствари, а он ни на који начин није оштетио суштину већ је само издувао гуме, и то чак не ни оштећењем гума (на пример када би их исекао/избушио). Ипак, учинилац не зна да судска пракса проширује област примене овог дела и на повреду форме ствари (а не само повреду суштине) кроз коју се употребљивост ствари за њену одређену сврху оштећује.⁷¹²

У погледу резоновања Креја, ваља ипак указати, да он материју заблуде о супсумцији објашњава у оквиру излагања о умишљају (иако изричито наглашава да то није заблуда о делу), а не спомиње је (под тим именом) код излагања о правној заблуди. Ипак, код излагања о правној заблуди, наводи да је у овој заблуди и учинилац који неправо свог дела не зна због тога што погрешно тумачи забрањујућу норму („*wer das Unrecht seiner Tat deswegen nicht erkennt, weil er die Verbotsnorm falsch interpretiert*“).⁷¹³

7.2. Индиректна правна заблуда

7.2.1. О називу „ове врсте правне заблуде“

Ова заблуда се још назива и заблуда о постојању или границама неког разлога правног оправдања (Стојановић је назива још и „заблуда у погледу неког основа који искључује противправност“⁷¹⁴), као и конкретна правна заблуда.⁷¹⁵

Назив индиректна пак, показује се као прилично учестао, како у теорији/науци – Каспар⁷¹⁶, Креј⁷¹⁷, Јакобс⁷¹⁸, Валтер⁷¹⁹, Веселс/Бојлке/Зацгер⁷²⁰, Роксин⁷²¹, Ерхарт⁷²², Стојановић⁷²³; тако и у пракси – (Немачка) Kammergericht Beschluss vom 3. September 2010 · Az. 1 Ws (B) 112/09⁷²⁴; (Аустрија) – OGH 22.6.1994 1 Ob 4/94.

⁷¹² *Ibid.*

⁷¹³ V. Krey, 256.

⁷¹⁴ З. Стојановић (2012), 148.

⁷¹⁵ C. Roxin (2006), 938.

⁷¹⁶ J. Kaspar, 183.

⁷¹⁷ V. Krey, 256.

⁷¹⁸ G. Jakobs (1991), 366.

⁷¹⁹ T. Walter, 326.

⁷²⁰ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 190.

⁷²¹ C. Roxin (2006), 938.

⁷²² E. Erhardt, 92.

⁷²³ З. Стојановић (2012), 148.

⁷²⁴ Текст одлуке – <https://openjur.de/u/625569.html>, 20. март 2017. године

Међутим, у погледу немачког говорног подручја, приоритет и опште важење има термин *Erlaubnisirrtum*.⁷²⁵

У погледу назива *Erlaubnisirrtum*, несумњиво је да нам се прво поставило питање превода. Буквално преведено, гласило би заблуда о дозвољености. С тим у вези, није ли исто рећи и заблуда о забрањености? Да ли су пак речи дозвољеност и забрањеност, две стране истог лица? Није ли тачно да онај који је у заблуди о дозвољености, непобитно је и у заблуди о забрањености? Када кажемо заблуда о дозвољености, то значи да лице има погрешну представу или уопште нема представу о дозвољености свог понашања. Хоће ли неко порећи да онај који не зна да ли је његово понашање дозвољено или погрешно зна (мисли) да је његово понашање дозвољено, да то лице зна да је његово дело забрањено? Налазимо да је неспорно да свест о дозвољености понашања има исту садржину (и значење) као и свест о забрањености. Ко је у заблуди о дозвољености свог понашања, тај нема свест о томе да је његово понашање забрањено. Једноставан пример – Марко погрешно мисли да је његово понашање дозвољено. Значи, да његово понашање није дозвољено, али Марко погрешно мисли да јесте дозвољено. Другим речима, ако Марково понашање није дозвољено, какво друго може бити осим забрањено? Дакле, Марко не зна да је његово понашање забрањено, односно Марко је у заблуди о забрањености свог понашања. Није ли онда тачно, уколико кажемо да је заблуда о забрањености исто што и заблуда о дозвољености, односно да имају исто значење? Ако је пак исто, онда изгледа да нас превод *Erlaubnisirrtum* и *Verbotsirrtum* доводи до појмова који значе исто, заблуда о дозвољености и заблуда о забрањености.

Следеће, заблуда о дозвољености, као што јој и сам назив говори, јесте заблуда учиниоца о томе да је његово дело дозвољено. Ипак, свакако да овакво одређење ни случајно није довољно прецизно из разлога што се из таквог одређења уопште не види које, какво и чега је то незнање или погрешна представа услед које је учинилац у заблуди. Саме речи заблуда о дозвољености могу да се односе, у смислу КЗС, и на стварну и на правну заблуду. Зашто? Па зато што и онај који не зна чињенице, а учини

⁷²⁵ На овом месту нећемо наводити посебно у којим све изворима се појављује термин *Erlaubnisirrtum*. Довољно је што ћемо упутити на списак литературе на немачком језику која је консултована приликом писања овог рада (види списак литературе), те указати да не постоји дело које се бави проблематиком ове врсте правне заблуде, а у којем се не користи назив *Erlaubnisirrtum*.

дело, као и онај који не зна право (зобрањеност), и такође учини дело, и један и други мисле да је њихово дело дозвољено.⁷²⁶ Један мисли да је његово дело дозвољено због неимања свести/погрешне свести о чињеницама, а други сматра да је његово дело дозвољено због неимања свести/погрешне свести о зобрањености дела. Другим речима, и учинилац који поступа у стварној заблуди и учинилац који поступа у правној заблуди, мисле да је њихово дело дозвољено. На концу, треба се свакако потрудити и изванправнички поједноставити. Једноставно речено, заблуда о дозвољености није ништа друго већ стање учиниоца у којем он сматра да је његово дело дозвољено, односно да није зобрањено. Разлог због којег то мисли може бити тај да не зна чињенице или их „зна погрешно“ и тај да не зна или „погрешно зна“ право. Трећег разлога за настанак заблуде нема.⁷²⁷

7.2.2. О појму индиректне правне заблуде

Индиректна правна заблуда је заблуда у којој се налази учинилац који зна да је понашање које предузима иначе (правом) зобрањено, али мисли, да је у конкретном случају дозвољено, односно да није зобрањено. Лазаревић на пример пише да је „у оваквом случају учинилац свестан да је оно што чини одређено законом као кривично дело, али није свестан противправности, односно погрешно сматра да је у конкретном случају противправност искључена“.⁷²⁸

Уверење учиниоца да је његово понашање за које зна да је иначе правом зобрањено, у конкретној ситуацији дозвољено, „потиче из два извора“.

Први је тај што учинилац зна да постоји неки правом признат основ искључења противправности у оквиру којег он делује/поступа. Међутим, учинилац овде прекорачује правне границе тог иначе постојећег основа искључења противправности, а да то не зна. Једноставно речено, учинилац не зна правне услове за примену основа

⁷²⁶ Код Франка проналазимо предлог да се стварна заблуда у ширем смислу (како је дефинишемо данас, вид. З. Стојановић (2013), 186-187.), назива „заблуда о допуштености дела“ или заблуда о социјалном значењу дела“, а Франк ову врсту заблуда сматра правном заблудом. Види С. Франк (1955), 163-164.

⁷²⁷ Ово не значи да до заблуде не може доћи због низа других разлога, попут на пример душевне поремећености (види Драгиша Дракић, „Заблуда у кривичном праву условљена душевним поремећајем“, *Теме* 3/2012)), већ само значи да, без обзира због чега је дошло до заблуде, она може да се испољи само кроз незнање/погрешно знање чињеница или кроз незнање/погрешно знање права (зобрањености).

⁷²⁸ Љ. Лазаревић (2011), 153.

искључења противправности и због тога што их не зна, не испуњава их, и тиме чини противправну радњу.

У другој ситуацији, учинилац мисли да је „нешто“ основ искључења противправности, а то нешто право не препознаје као основ искључења противправности. Другим речима, учинилац мисли да то што ради није забрањено јер мисли да постоји основ искључења противправности, који заправо не само да не познаје закон, већ га не познаје ни право уопште. Ово разликовање „закона“ и „права“ има основу у постојању ванзаконских основа искључења противправности (на пример пристанак повређеног – професионални боксер у бокс мечу и др.).

С тим у вези, мишљења смо да не би било потпуно тачно рећи да се индиректна правна заблуда односи само на законске основе искључења противправности, јер осим основа искључења противправности које познаје закон на начин да их изричито уређује, постоје и они који нису изричито регулисани законом, али им право признаје дејство основа искључења противправности. Ту се заправо ради о ванзаконским основама искључења противправности. Наиме, постоје и основи искључења противправности који свој извор имају у обичајном праву.^{729,730,731} Каспар објашњава да у том случају не долази од кршења начела законитости у смислу чл. 103 ст. 2 Основног закона (Немачке, прим. аут.) јер правно оправдање делује у корист учиниоца.⁷³²

Поред тога постоје и основи искључења противправности који нису прописани у кривичном закону. Штавише, Креј напомиње да је мало правнооправдавајућих основа регулисано кривичним законом (као пример наводи нужну одбрану и крајњу нужду која искључује противправност-правнооправдавајућу крајњу нужду⁷³³), а да се већина налази у грађанском и јавном праву.⁷³⁴ Наиме, Креј⁷³⁵, Јакобс⁷³⁶, Веселс/Бојлке/Зацгер⁷³⁷, Каспар⁷³⁸ и Тофарн⁷³⁹ се позивају на принцип јединства

⁷²⁹ V. Krey, 151.

⁷³⁰ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 108.

⁷³¹ S. Tofahrn, 83.

⁷³² J. Kaspar, 86.

⁷³³ Тако и Каспар, види J. Kaspar, 86.

⁷³⁴ V. Krey, 149.

⁷³⁵ *Ibid.*

⁷³⁶ G. Jakobs (1991), 351.

⁷³⁷ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 108.

⁷³⁸ О поменутом принципу исто и J. Kaspar, 86.

⁷³⁹ S. Tofahrn, 83.

правног поретка („*Prinzip der Einheit der Rechtsordnung*“), сходно којем овлашћујуће норме грађанског и јавног права искључују противправност и у кривичном праву.

И наша теорија познаје ванзаконске основе искључења противправности. Тако Стојановић истиче да осим три основа искључења противправности које предвиђа КЗС⁷⁴⁰, постоји и „већи број других основа искључења противправности предвиђених другим прописима, или који произлазе из ставова доктрине и судске праксе“.^{741,742}

Мишљења смо да је у склопу излагања о индиректној правној заблуди, чији је један од „основних темеља постојања“ управо неки од основа искључења противправности, неопходно осврнути се управо на то који основи искључења противправности уопште постоје. Ово не само да је битно за индиректу правну заблуду уопште већ се показује и од суштинског значаја за разликовање две њене подврсте, оне која почива на прекорачењу границе основа искључења противправности који заправо постоји, и оне која почива на уверењу о дозвољености на основу основа искључења противправности који уопште не постоји.

Код Ота на пример примећујемо таксативно набрајање правнооправдавајућих основа (набраја укупно 14 основа правног оправдања)⁷⁴³, и то између осталих: 1) нужна одбрана; 2) пристанак повређеног; 3) претпостављени пристанак, пословодство без налога, поступање у интересу повређеног (оштећеног, прим. аут.); 4) дозвољена самопомоћ; 5) грађанскоправна крајња нужда (офанзивна и дефанзивна); 6) обавезујућа наредба; 7) право на (дисциплинско, прим. аут.) кажњавање које има родитељ; 8) грађанско хапшење (127 ЗКП-Н); 9) дозвољени ризик; 10) правнооправдавајућа крајња нужда и др.⁷⁴⁴ Код Велцела наилазимо и на изнадзаконску крајњу нужду (*übergesetzlicher Notstand*).⁷⁴⁵ Код Стојановића наилазимо на следеће „додатне“ основе искључења противправности: вршење службене дужности; наређење претпостављеног; пристанак повређеног; дозвољени ризик; вршење родитељског права и предузимање

⁷⁴⁰ Дело малог значаја (чл. 18 КЗС); нужна одбрана (чл. 19 КЗС) и крајња нужда (чл. 20 КЗС).

⁷⁴¹ З. Стојановић (2013), 157.

⁷⁴² И код Креја наилазимо на основе искључења противправности које заснива судска пракса и доктрина. Види V. Krey, 151.

⁷⁴³ Н. Otto (2004), 105.

⁷⁴⁴ *Ibid.*

⁷⁴⁵ Н. Welzel, 83.

медицинских захвата.⁷⁴⁶ Грубач/Васиљевић подсећају да је према Закону о поморској и унутрашњој пловидби⁷⁴⁷, заповедник брода овлашћен да нареди да се „ограничи слобода кретања или да се лиши слободе лице које је за време пловидбе на броду извршило кривично дело, ако постоји опасност да извршено дело понови или да побегне“.⁷⁴⁸ Слично решење предвиђено је и у Закону о ваздушној пловидби⁷⁴⁹ где овлашћење за наређивање да се лице лиши слободе припада капетану или члану посаде.⁷⁵⁰

Резоновање о фактички две појавне форме индиректне правне заблуде је општеприхваћено.^{751,752,753}

Тако Веселс/Бојлке/Зацгер пишу да индиректна правна заблуда постоји када учинилац погрешно процењује правне границе правно-признатог основа искључења противправности или верује да постоји правом непризнат основ искључења противправности.⁷⁵⁴ Као пример наводе кад нападнути у случају нужне одбране мисли да може употребити било које одбрамбено средство за одбијање напада или кад нападача након коначног завршетка напада даље повреди (настави да повређује).⁷⁵⁵ Ова два примера која наводе Веселс/Бојлке/Зацгер се заправо односе само на ону врсту индиректне заблуде која се односи на незнање правних услова за примену признатог основа искључења противправности.

Затим, Роксин прави разлику између заблуде када лице замишља да постоји основ искључења противправности који не постоји, као и ону чешћу, када учинилац границе постојећег основа искључења противправности сувише проширује (*zu weit ausdehnt*).⁷⁵⁶

⁷⁴⁶ З. Стојановић (2013), 158-161.

⁷⁴⁷ Службени лист СРЈ, бр. 12/98, 44/99, 74/99 и 73/2000 и Службени гласник РС, бр. 101/05, 85/05, 73/10, 87/11 и 10/13.

⁷⁴⁸ Момчило Грубач, Тихомир Васиљевић, *Коментар Законика о кривичном поступку*, ProJuris, Београд 2014¹³, 535.

⁷⁴⁹ Службени гласник РС, бр. 73/10, 57/11, 93/12, 45/15 и 66/15.

⁷⁵⁰ М. Грубач, Т. Васиљевић, 535.

⁷⁵¹ Види и код V. Kreuz, 256.

⁷⁵² J. Kaspar, 183.

⁷⁵³ E. Erhardt, 92.

⁷⁵⁴ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 190.

⁷⁵⁵ *Ibid.*

⁷⁵⁶ C. Roxin (2006), 938.

Маурах конкретну заблуду о забрањености дефинише као ону у којој „учинилац греши у погледу основа искључења противправности, било зато што полази од ситуације да постоје чињенице које би оправдале његово понашање, било због тога што је у заблуди о постојању, врсти и обиму неког праву непризнатог или не на тај начин признатог основа искључења противправности“.⁷⁵⁷ Примећујемо наравно да овако дефинисана конкретна заблуда о забрањености поред индиректне правне заблуде обухвата и стварну заблуду у ширем смислу, односно заблуду о чињеничним претпоставкама основа искључења противправности.

Тофарн пише о разликовању ситуација када лице мисли да постоји основ искључења противправности који објективно не постоји, и оне када проширује у своју корист основ искључења противправности.⁷⁵⁸ Слично мисли и Валтер.⁷⁵⁹

Стојановић индиректну правну заблуду сматра за ону када „учинилац погрешно процењује постојање правних услова за примену неког од тих основа (искључења противправности, прим. аут.), или уопште погрешно сматра да нешто представља основ који искључује противправност.“⁷⁶⁰

7.2.3. Заблуда о границама основа искључења противправности

Учинилац у овој врсти индиректне правне заблуде верује да поступа у оквиру правних услова неког основа искључења противправности који закон познаје, а заправо нису испуњени правни услови за постојање тог основа искључења противправности. Другим речима, описно, учинилац се налази на терену основа искључења противправности. Како би на таквог учиниоца могла да се примене правила, тј. како би на њега могло да делује правно дејство тог неког законом признатог основа искључења противправности (на пример нужне одбране), учинилац мора да остане на терену, мора да се креће у оквиру граница који омеђавају простор терена. Уколико пак изађе из тих граница, сматраће се да је прекорачио границе, и тај правни основ оправдања више неће имати онакво дејство какво је имао док је учинилац био у терену. Наиме, да је учинилац остао у границама тог простора, правни основ оправдања би деловао тако што би искључио

⁷⁵⁷ R. Maurach, 416-417.

⁷⁵⁸ S. Tofahrn, 137.

⁷⁵⁹ T. Walter, 326.

⁷⁶⁰ З. Стојановић (2012), 148.

противправност и не би било кривичног дела. Међутим пошто је учинилац изашао ван граница, ван дозвољеног подручја, не може више да рачуна на описано дејство. Од момента преласка граница терена, његово понашање је противправно. Учинио се налази на простору противправности. Е сада, уколико је учинилац изашао са терена/прешао границе терена, а мисли, штавише убеђен је да се и даље налази на терену, постојаће „прва врста индиректне правне заблуде“. Овакво погрешно убеђење о „кретању на терену/кретању у границама“ односно незнање о „кретању ван терена/изласку ван граница“ заснива се на потпуном знању чињеница али њиховом погрешном вредновању. Границе терена нису чињенице које учинилац чулима може опазити. Границе терена правног основа оправдања одређују се вредновањем чињеница. Убеђење учиниоца да се налази на терену заснива се дакле на погрешном вредновању чињеница, а при потпуном знању чињеничног скупа. Ова „прва врста индиректне правне заблуде“ је заправо заблуда о правним границама основа искључења противправности.

За Роксина ово је заблуда о границама основа искључења противправности (*der Irrtum über Grenzen eines Rechtfertigungsgrundes*), а назива је и *Erlaubnisgrenzirrtum*.⁷⁶¹ У тој ситуацији учинилац границе постојећег основа искључења противправности сувише проширује (*zu weit ausdehnt*).⁷⁶²

Примери за ову заблуду могу се „пратити и проналазити“ код свих правом признатих основа искључења противправности.

Наиме, уколико се подсетимо 14 основа искључења противправности које је изложио Ото⁷⁶³, несумњиво наилазимо на не мали простор за могућност непознавања граница свих тих основа правног оправдања. Ово непознавање граница се заправо манифестује у томе што учинилац проширује границе постојећег основа искључења противправности. Једноставније речено, учинилац зна да делује у оквиру признатог основа искључења противправности, али не зна да је предузетим понашањем прекорачио границе основа искључења противправности услед чега се нашао на терену противправности мислећи и даље да је такво његово понашање дозвољено јер поступа у

⁷⁶¹ C. Roxin (2006), 938.

⁷⁶² *Ibid.*

⁷⁶³ H. Otto (2004), 105.

оквиру основа искључења противправности. Учинилац дакле чињенично потпуно зна шта ради, међутим мисли да је то што ради дозвољено, односно да није противправно јер делује основ искључења противправности. Ипак, тај основ правног оправдања је деловао до неког момента када га је учинилац у овој заблуди прекорачио, а до прекорачења је дошло јер учинилац није знао правне услове за примену егзистирајућег основа искључења противправности.

На пример, учинилац примети да му лопов краде аутомобил са паркинга испред зграде и са прозора зграде у којој станује пуца из пиштоља на лопова у намери да од свог добра одбије истовремени противправни напад. Учинилац је у целости свестан свих постојећих чињеница догађаја, међутим уверен је да делује у нужној одбрани, и да је стога то што ради дозвољено. Подсетимо се законске регулације нужне одбране из КЗС. У чл. 19 ст. 2 пише: „Нужна је она одбрана која је неопходно потребна да учинилац од свог добра или добра другог одбије истовремен противправан напад.“ (У КЗН у чл. 32 наилазимо на сличну формулацију: „Нужна одбрана је одбрана која је неопходна да би се од себе или другог одбио истовремени противправни напад.“⁷⁶⁴) Укажимо и да је један од услова одбране и тај да је „одбрана неопходно потребна за одбијање напада“.⁷⁶⁵ Уколико овај услов није испуњен постоји интензивни ексцес, односно интензивно прекорачење нужне одбране. С тим у вези, без обзира што је у КЗС у чл. 19 ст. 3 прекорачење граница нужне одбране предвиђено као факултативни основ за блаже кажњавање, таква радња је противправна, јер је учинилац прекорачио границе нужне одбране и самим тим више не може рачунати на њено (пуно) дејство. Иначе, у описаном предмету тешко да би могао да рачуна и на блаже кажњавање имајући у виду начин прекорачења. Ипак, учинилац се може позивати на још један факултативни основ за блаже кажњавање, а то је индиректна отклоњива правна заблуда. (Премда се сад и не бавимо питањем отклоњивости). Учинилац наине тврди да је био убеђен да је то што ради дозвољено јер делује у нужној одбрани.⁷⁶⁶ Овде примећујемо дакле да учинилац проширује границе нужне одбране, односно да не зна правне услове за примену нужне одбране и да због тога мисли да оно што ради није забрањено.

⁷⁶⁴ § 32 Notwehr: „Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden.“

⁷⁶⁵ Види З. Стојановић (2012), 104-105.

⁷⁶⁶ Ово посебно што му је неки другар- правник некада рекао да је прочитао да се нужна одбрана не ограничава само на нападе на живот и тело. Више о сужавању института нужне одбране види З. Стојановић (2012), 107-108.

Надаље, могло би се на овом месту дискутовати о свих 14 основа искључења противправности које је набројао Ото, и могао би се изналазити пример по пример за сваки од правних услова за примену сваког од основа искључења противправности. Међутим, мишљења смо да бисмо се тиме удаљили од теме и „скренули“ рад у „збирку примера“. Стога, ограничићемо се у овој намери у што је могуће већој мери.

Изложићемо пример основа искључења противправности који је прописан у чл. 127 ст. 1 ЗКП Немачке („*Vorläufige Festnahme*“), а у ЗКП Србије у чл. 292 („Хапшење при извршењу кривичног дела“).⁷⁶⁷

У чл. 127 ст. 1 ЗКП-Н пише да је свако овлашћен („*so ist...jedermann befugt*“) да, и без судске наредбе, привремено ухапси лице ако га затекне при извршењу дела или се то лице гони, ако постоји сумња да ће побећи или се не може одмах утврдити његов идентитет. Дакле, према чл. 127 ст. 1 ЗКП Немачке, свако је овлашћен, да под одређеним претпоставкама ухапси друго лице.^{768,769} Овде се ради о тзв.- „*Jedermann*“-*Festnahmerecht*^{770,771}, а чл. 127 ЗКП-Н се профилише као основ искључења противправности „за са хапшењем повезаним деликтима“ („*für die mit der Festnahme verbundenen Delikte*“), попут телесне повреде из чл. 223; одузимања слободе из чл. 239, принуде из чл. 240 (све КЗН, прим. аут.).⁷⁷²

Иначе, примећујемо да предметна одредба ЗКП-Н, говори о „делу“, а не кривичном делу, те се у том смислу може поставити питање да ли овај основ искључења противправности важи и за прекршаје. Вагнер (*Wagner*) наводи да мора да се ради о криминалном делу („*Kriminal-Straftat*“), те да прекршај није довољан.⁷⁷³ Исто налазимо и код Мејер-Госнера.⁷⁷⁴ Тако је у чл. 46 ст. 3 Закона о прекршајима Немачке (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten – OwiG*)⁷⁷⁵ искључена примена одредбе о привременом

⁷⁶⁷ У аустријском кривичном процесном праву – *Das private Anhalterrecht* (§ 80 Abs. 2 ЗКП – А).

⁷⁶⁸ S. Tofahrn, 118.

⁷⁶⁹ H. Otto (2004), 138.

⁷⁷⁰ W. Beulke (2016), *Strafprozessrecht*, C.F. Müller, Heidelberg 2016¹³, 160.

⁷⁷¹ Слично и Зајлер (*Seiler*) – Stefan Seiler, *Strafprozessrecht*, Facultas Verlag, Wien 2015¹⁴, 145.

⁷⁷² W. Beulke (2016b), 160.

⁷⁷³ Markus Wagner, „Das allgemeine Festnahmerecht gem. § 127 Abs. 1 S 1 StPO als Rechtsfertigungsgrund“, *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 6/2011, 466.

⁷⁷⁴ Lutz Meyer-Goßner, *Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen*, Beck'sche Kurz-Kommentare Band 6, C.H. Beck, München 2013⁵⁶, 603.

⁷⁷⁵ Gesetz über Ordnungswidrigkeiten – https://www.gesetze-im-internet.de/owig_1968/_46.html, 10. фебруар 2017.

хапшењу из чл. 127 ЗКП-Н на прекршаје. Околност да ли се ради о *Verbrechen* или *Vergehen* (§ 12 КЗН, разлика у томе да ли је као најмања мера казне прописана казна затвора у трајању од једне године – *Verbrechen*, или затвор мањи од једне године или новчана казна – *Vergehen*⁷⁷⁶) није од значаја.⁷⁷⁷

У чл. 292 ст. 1 ЗКП Србије пише да свако може ухапсити лице затечено при извршењу кривичног дела за које се гони по службеној дужности. Одмах примећујемо да српски законодаписац, за разлику од немачког, изоставља „део“ који се односи на лице које се „гони“. Ипак, Мајић пише да под затицањем при извршењу кривичног дела треба подразумевати „како ситуације у којима је лице уочено приликом вршења радње..., тако и ситуације у којима лице покушава да се удаљи с одузетим предметима или покушава да побегне након извршења кривичног дела...“.⁷⁷⁸ Грубач/Васиљевић са затицањем „изједначавају“ и неке „блиске“ ситуације попут: „кад очевици дела одмах по учињеном делу гоне и ухвате учиниоца“.⁷⁷⁹ Штавише, за пример кривичног дела крађе наводе да „на месту затечен“ „траје од како је крадљивац одузео ствар до његовог долажења у миран посед ствари“.⁷⁸⁰ У ЗКП Немачке, речи „*auf frischer Tat betroffen*“ подразумевају како затицање при извршењу кривичног дела, дакле на месту извршења, тако и затицање непосредно након дела, у близини места извршења дела.⁷⁸¹ Већ смо истакли да се *Festnahmerecht* из чл. 127 ст. 1 ЗКП-Н, односи и на гоњење тако учињеног дела, при чему трајање гоњења није ограничено и може се наставити до хватања учиниоца.⁷⁸²

На случајеве заблуде о границама основа искључења противправности у погледу *Festnahmerecht* могло би се неретко наићи. Овде као „спорно“ у погледу правних граница овог основа правног оправдања може да фигурира низ чинилаца. Између осталих указујемо на следеће:

⁷⁷⁶ Иначе није на одмет подсетити да се и за *Vergehen* може изрећи казна затвора изнад једне године, јер разликовање засновано на чл. 12 КЗН почива на најмањој мери казни, а не на максималној казни која може бити изречена за одређено дело.

⁷⁷⁷ Markus Wagner, 466.

⁷⁷⁸ Миодраг Мајић, у Горан Илић *et al.*, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд 2015⁸, 722.

⁷⁷⁹ М. Грубач, Т. Васиљевић, 535.

⁷⁸⁰ *Ibid.*

⁷⁸¹ L. Meyer-Gofner (2013), 603.

⁷⁸² *Ibid.* 603-604.

- 1) да ли се односи на кривична дела или и на друга правом забрањена дела;
- 2) да ли се односи само на кривична дела која се гоне по службеној дужности или и на она која се гоне по приватној тужби и по предлогу оштећеног;
- 3) да ли се може предузети уколико је приликом хапшења био присутан полицијски службеник за време свог радног времена;
- 4) да ли се може предузети уколико је приликом хапшења био присутан полицијски службеник ван радног времена (а лице које предузима хапшење зна да је у близини полицијски службеник али да „није у смени“ тренутно); Мејер-Госнер на пример пише да против воље полицијског службеника приватно лице не сме делати⁷⁸³;
- 5) да ли се може предузети само за *Verbrechen* или може и за *Vergehen* (у случају ЗКП-Н);
- 6) да ли се приликом хапшења може применити физичка сила;
- 7) да ли се у склопу примене физичке силе иста може применити без ограничења;
- 8) да ли се може употребити ватрено оружје као хитац упозорења;
- 9) да ли се може употребити ватрено оружје у намери да се устрели лице које бежи;
- 10) да ли се може употребити гасни пиштољ;
- 11) да ли се гасни пиштољ може употребити и са мале раздаљине;
- 12) да ли средство односно начин хапшења мора да буде у сразмери са делом које је повод хапшењу или са сврхом хапшења.

Тако Роксин као пример наводи лице (не мисли на овлашћено службено лице које на пример има овлашћење да носи оружје, већ на свако друго лице; пише „*Privatleute*“, прим. аут.) које верује да му право на грађанско хапшење (*Festnahmerecht*), дозвољава употребу ватреног оружја.^{784,785}

⁷⁸³ *Ibid.*, 604.

⁷⁸⁴ С. Roxin (2006), 938.

⁷⁸⁵ Да бисмо потпуно утврдили шта Роксин сматра под „*Privatleute*“, а можда пре ко није у „тој“ групи, а овлашћен је на хапшење, (и из претходног излагања начелно) и на употребу ватреног оружја – (јер Роксин и као пример за заблуду о границама основа искључења противправности наводи „*Privatleute*“ који мисле да су овлашћени да у смислу чл. 127 ЗКП-Н, употребе оружје приликом хапшења), „консултовали“ смо његов уџбеник из кривичног процесног права. Наиме, Роксин/Шинеман, код чл. 127 ЗКП-Н, разликују тужиоца, полицијске службенике и „*Privatleute*“, види С. Roxin, В. Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, С.Н. Beck, München 2014²⁸, 252. Поред тог термина користе и „*Privatperson*“, тако *Ibid.* Без дилеме је да се овај појам односи на свако физичко лице које нема службено овлашћење да ухапси лице (а због посла којим се бави, нпр. полицијски службеник). Ово је пре свега неспорно због тога што се став 1 чл. 127 односи на свако лице (*jedermann*).

Надаље (сличан пример, прим. аут.), и М. Колер указује да ту учинилац погрешно мисли да осумњиченог може спречити у бегу и средствима подобним да тешко телесно повреди.⁷⁸⁶

И Тофарн се, разматрајући индиректну правну заблуду, и то ону о границама правнооправдавајућих основа“ „бави“ примером *Festnahmerecht*. Пише о „полицајцу из хобија“ (*Hobbypolizist*) који устрели лопова у бегу, при чему је тај лопов малопре из робне куће украо чарапе; а ово учини без претходног упозорења и погоди га у леву бутину; све време сматрајући да је дозвољено на тај начин ухапсити лопова, а у смислу чл. 127 ЗКП (Немачке).⁷⁸⁷

Иако према ономе што пише Роксин закључујемо да употреба ватреног оружја од стране „*Privatleute*“ ни у ком случају не би била дозвољена у сврху грађанског хапшења (чак и у најтежим случајевима)⁷⁸⁸, код Ота наилазимо на другачије мишљење. Наиме, Ото наводи да би изузетно, за хапшење учиниоца (у смислу чл. 127 ст. 1 ЗКП-Н, прим. аут.), и пуцњи били оправдани, али напомиње да би се онда поставило питање адекватности (сразмерности, прим. аут.) средства.^{789,790}

Надаље, Бојлке, анализирајући обим *Festnahmerecht*, истиче да је овим правом покривена и употреба физичке силе док год је сразмерна и потребна за хапшење („*wird von § 127 StPO auch die Anwendung physischer Gewalt gedeckt, soweit sie verhältnismäßig und für die Festnahme erforderlich ist*“)⁷⁹¹, међутим није дозвољено дављење опасно по живот; као ни употреба ватреног оружја осим као хитаца упозорења.⁷⁹² И Роксин/Шинеман деле овакво становиште истичући да чланом 127 ст. 1 нису покривена „оштећења здравља и непосредна угрожавања живота попут дављења од неколико минута“.⁷⁹³ Јоachimски/Хаумер (*Joachimski/Haummer*) те Мејер-Госнер пишу да „озбиљно угрожавање здравља није обухваћено“^{794,795} Мејер-Госнер наводи да може

⁷⁸⁶ M. Köhler, 408.

⁷⁸⁷ S. Tofahrn, 137.

⁷⁸⁸ C. Roxin, B. Schünemann, 255.

⁷⁸⁹ H. Otto (2004), 139.

⁷⁹⁰ Примећујемо да Ото не прави разлику између „*Privatleute*“ и других лица (вероватно службених лица овлашћених да носе и употребљавају оружје, прим. аут.).

⁷⁹¹ W. Beulke, (2016b), 161.

⁷⁹² *Ibid.*

⁷⁹³ C. Roxin, B. Schünemann, 255.

⁷⁹⁴ Jupp Joachimski, Christine Haummer, *Strafverfahrensrecht – Rechtssprechungsorientierte Vorbereitung für die Zweite Staatsprüfung*, 2015⁷, 57.

бити оправдана употреба ватреног оружја кроз хице упозорења, али није дозвољено циљано пуцање на учиниоца у бекству како би се ухапсио, затим пуцање из гасног пиштоља са мале удаљености као ни давлeње које може угрозити живот.⁷⁹⁶ Ото исто закључује да су недозвољена средства која доводе до озбиљног угрожавања здравља или до непосредне опасности по живот („...*die zu einer ernsthaft Gesundheitsbeschädigung oder zu einer unmittelbaren Gefährdung des Lebens führen*“).⁷⁹⁷

Ото пише да употребљено средство мора стојати (бити, прим. аут.) у сразмери са сврхом хапшења.^{798,799} Приликом употребе појма сразмерности, на овом терену ваља бити опрезан. Наиме, не односи се сразмерност овде на учињено дело поводом којег се предузима хапшење, већ на средство које је потребно да би се хапшење предузело.⁸⁰⁰

Из наведених примера можемо закључити да би и нама као правницима било више него проблематично одредити када не постоји прекорачење правних граница овог основа искључења противправности. Када се на овакву констатацију дода несагласност између водећих научника у теорији, неуједначеност судске праксе, чињеница да нису сви правници, те својеврсно посебно стање „мотивацијског притиска“ (које додуше не треба поистовећивати – мешати са оним које постоји код извињавајуће крајње нужде), мора се признати да прихватање могућности постојања правне заблуде више не изгледа толико апстрактно и еуфемистички речено – необично.

7.2.4. *Заблуда о постојању правом непризнатог основа искључења противправности*

У овој врсти заблуде налази се онај учинилац који зна да предузима понашање које је иначе правом забрањено, али верује да је у конкретном случају његово понашање дозвољено, при чему ово уверење у дозвољеност понашања потиче из незнања учиниоца који мисли да делује у оквиру основа искључења противправности који право не признаје. Другим речима, учинилац не зна да у конкретном случају не постоји основ

⁷⁹⁵ Lutz Meyer-Göbner (2013), 605.

⁷⁹⁶ *Ibid.*

⁷⁹⁷ H. Otto (2004), 139.

⁷⁹⁸ *Ibid.*

⁷⁹⁹ О принципу сразмерности види и Christian Bertel, Andreas Venier, *Strafprozessrecht*, MANZ Verlag, Wien 2016⁹, 54 и S. Seiler, 146.

⁸⁰⁰ H. Otto (2004), 139.

искључења противправности. Овакво незнање, уже речено, је заправо погрешно уверење о постојању основа правног оправдања.

Тофарн као пример за индиректну правну заблуду (*Erlaubnisirrtum*) када објективно не постоји основ искључења противправности наводи следећи пример: лице А удари своју супругу Е, јер неуредно води домаћинство, при чему верује да је овакво његово понашање оправдано јер има право на кажњавање (*Züchtigungsrecht*).⁸⁰¹ Код Каспара наилазимо на пример када професор П верује у постојање „права на кажњавање“, и удари непажљивом студенту „васпитни“ шамар (*„erzieherisch motivierte Ohrfeige“*).⁸⁰²

Роксин ову заблуду назива заблуда о постојању основа правног оправдања (*der Irrtum über Existenz eines Rechtfertigungsgrundes*).⁸⁰³ Овај аутор пише да такав учинилац замишља да постоји основ искључења противправности који не постоји.⁸⁰⁴ За заблуду о замишљању (новог, непостојећег) основа искључења противправности Роксин даје пример лица које верује да, туђу децу, приликом грубих непристојности (*bei groben Unarten*) сме кажњавати (*züchtigen zu dürfen*).⁸⁰⁵ Морамо приметити, а баш у погледу „кажњавања туђе деце због грубих непристојности“, да се овде у „више нивоа“ испољава односно може испољавати заблуда о постојању основа искључења противправности. Наиме, као релевантна питања издвојили бисмо:

- 1) да ли учинилац мисли да сме кажњавати само своју или и туђу децу;
- 2) да ли се под „својом“ децом могу сматрати деца од брата или сестре, или уопште деца блиског рођака (уопште деца неког лица из круга блиске породице);
- 3) да ли учинилац мисли да кажњавање обухвата и физичко кажњавање;
- 4) да ли учинилац мисли да само одређене врсте физичког кажњавања сме предузети;
- 5) да ли се деца смеју кажњавати само у случају „грубих“ или и „осталих“ непристојности;
- 6) да ли учинилац мисли да туђу децу може кажњавати само у случају „грубих“ непристојности, а своју и у случају „осталих“ непристојности;

⁸⁰¹ S. Tofahrn, 137.

⁸⁰² J. Kaspar, 183.

⁸⁰³ C. Roxin (2006), 938.

⁸⁰⁴ *Ibid.*

⁸⁰⁵ *Ibid.*

Примећујемо да се сва ова питања која учинилац себи евентуално поставља, на плану основа искључења противправности, показују као ирелевантна јер не постоји било какво право дисциплинског кажњавања према туђој деци. Учинилац овде умишља постојање, заправо непостојећег основа искључења противправности.

Да ствари ипак нису толико једноставне на плану *разликовања заблуде о границама и заблуде о постојању основа искључења противправности*, може се уочити управо на наведеном примеру „дисциплинског кажњавања туђе деце“.

Наиме, овај случај може фигурирати као „гранични“, у смислу да ће од околности конкретног случаја зависити (дакле и од онога шта тачно учинилац не зна односно умишља) да ли се ради о заблуди о границама или о постојању основа искључења противправности. Није спорно да је право на дисциплинско кажњавање деце у одређеним случајевима и под одређеним условима основ искључења противправности. Наравно да не би постојало кривично дело противправно лишење слободе из чл. 132 КЗС у случају када мајка сину који је пети разред не би допустила да изађе из стана да се игра док не уради домаћи за тај дан. Међутим, да ли би постојало кривично дело уколико би тако нешто учинила тетка (мамина сестра) која иначе станује у истој кући у којој станују мајка и син, при чему мајка мора да остане на послу до касно увече? Пре давања одговора на ово питање ваљало би подсетити да тетка нема дужност да се стара о свом сестрићу (она само станује у једном делу куће), а сестрић није баш ни толико мали у смислу да му треба надзор, обзиром да је пети разред основне школе (11 година). Дакле, тетка забрани сестрићу излазак из куће јер није урадио домаћи, а таква „дисциплинска казна“ траје док сестрић не уради домаћи задатак. Тетка је убеђена да постоји основ искључења противправности и то право на дисциплинско кажњавање. Мишљења смо да се овде ради о заблуди о постојању основа искључења противправности, а не о заблуди о границама основа искључења противправности. Ради се о томе да право признаје, другим речима постоји, право на дисциплинско кажњавање, међутим није свако његов носилац. Овај основ искључења противправности може „користити“ само његов носилац и оно (то право) постоји само у односу на његовог носиоца. У односу на друге не постоји. Стога, није реч о томе да учинилац (у описаном случају тетка) поступа у оквиру основа искључења противправности, па прекорачи границе зато што их не зна, већ учинилац уопште не поступа у оквиру таквог основа, па пошто не поступа на „том терену“ не може ни да

„прекорачи (правне) границе“ тог терена. Учинио се наине налази на терену број 1, а основ искључења противправности је терен број 2. Ова два терена јесу близу један другог, али та близина не показује се као релевантна. Закључујемо, тетка која дисциплински казни сестрића је у оној врсти индиректне правне заблуде која се зове заблуда о постојању основа искључења противправности. Наине, овде се ради о томе да лице умишља да постоји допунски правни услов чије постојање би проширило границе основа искључења противправности. Јер, границе основа правног оправдања одређене су правним условима за примену тог основа. Лице које прекорачује те правне услове заправо прекорачује границе, али тога није свестан, и тиме оно шири границе дејства искључења противправности на већу површину. Тако, границе основа искључења противправности могу да се прошире незнањем домета правних услова, али и умишљањем да постоје потпуно нови правни услови. Такви, одређеном основу правног оправдања непознати правни услови, као да на специфичан начин чине нови основ искључења противправности који, као такав, право не познаје. У управо у том делу, долази до замагљивања разлика између заблуде о границама основа искључења противправности и заблуде о постојању основа искључења противправности.

Наредна гранична ситуација је случај наставнице која води дневни боравак после наставе у школи која мисли да има право на дисциплинско кажњавање ученика у дневном боравку, на начин што ће му забранити да изађе из учионице (просторије дневног боравка) док не уради домаћи задатак. У питању је ученик који је четврти разред основне школе (10 година). Наставница иначе предаје енглески језик, а у дневном боравку само мења одсутног руководиоца дневног боравка. Овај пример је заправо заблуда о два различита скупа дисциплинских овлашћења при чему лице овлашћења везује за свој „посао“, а не за радно место чије дужности тренутно, у замени, испуњава.

Замислимо да наставница приликом извођења наставе енглеског језика располаже одређеним дисциплинским овлашћењима међу којима је и оно да забрани ученику напуштање учионице за време наставе. Са друге стране, руководилац дневног боравка у истој тој школи нема овлашћење да забрани ученику напуштање просторија дневног боравка ради на пример одласка на игралиште пре него што ученик уради домаћи задатак. Начелно, мада не у било каквој обавезујућој форми предвиђено је да ученици у дневном боравку, између осталог раде и домаће задатке. Наставници енглеског језика,

колега којег мења на месту руководиоца дневног боравка каже да ученици раде домаће задатке, те да она само треба да их надзире. Један ученик неће да ради домаћи задатак, већ хоће (дакле након завршетка наставе) да игра фудбал напољу. Наставница у уверењу да располаже дисциплинским овлашћењем „казни“ ученика тако што му забрани излазак напоље јер није урадио домаћи задатак.

Као релевантни за поље свести о забрањености појављују се следећи чиниоци:

- 1) да ли наставница уопште може да забрани излазак са часа ученику; (мада у примеру управо и полазимо од претпоставке да може);
- 2) да ли наставница своја дисциплинска овлашћења може да врши ван наставе;
- 3) да ли наставница своја дисциплинска овлашћења која су везана за њено радно место може „пренети“ на друго радно место и када обавља други посао у истој школи;
- 4) да ли наставница „стиче“ дисциплинска овлашћења руководиоца дневног боравка у школи самим тим што замењује тог руководиоца;
- 5) да ли уопште постоје дисциплинска овлашћења руководиоца дневног боравка;
- 6) када би постојала дисциплинска овлашћења руководиоца дневног боравка, да ли би се она могла „привремено пренети“ на наставницу која само замењује руководиоца боравка тога дана (при чему је та замена предмет усменог договора);
- 7) уколико дакле постоје дисциплинска овлашћења руководиоца дневног боравка и ако би се и могла пренети усменим договором, да ли би се могла пренети сва дисциплинска овлашћења или само нека;
- 8) наставница мисли да има право на дисциплинско кажњавање ако су јој родитељи ученика рекли да га не пушта на игралиште док не уради домаћи задатак;
- 9) наставница мисли да има право на дисциплинско кажњавање само оних ученика у дневном боравку којима иначе предаје енглески језик.

Сматрамо да би се у описаном случају радило о заблуди о постојању основа искључења противправности, а не о заблуди о границама. Наиме, наставница располаже одређеним дисциплинским овлашћењима у односу на ученике, а у односу на њен редован посао-извођење наставе енглеског језика. Међутим, у случају да та наставница, не изводи наставу, већ мења лице које води дневни боравак, те да онда мисли да има право

„преноса дисциплинских овлашћења“ са радног места на којем она постоје у одређеном обиму на друго радно место, на којем такође постоје али у другачијем обиму (дакле не иста дисциплинска овлашћења), онда је извесно да је наставница у заблуди о постојању основа правног оправдања. Као сличан овом примеру могао би се навести онај где тетка дисциплински кажњава сестрића. Тетка наине нема то право у односу на сестрића, али га има у односу на своју децу.

7.3. Дупла заблуда

7.3.1. Комбинација стварне заблуде у ширем смислу и индиректне правне заблуде (*Erlaubnistatbestandsirrtum* и *Erlaubnisirrtum*)

У оквиру излагања о дуплој заблуди може се уочити могућност постојања више комбинација. Најучесталија је „укрштање“ стварне заблуде у ширем смислу и индиректне правне заблуде. Веселс/Бојлке/Зацгер дуплу заблуду управо и дефинишу у овој комбинацији. Наводе да она постоји када учинилац сматра да постоје чињеничне претпоставке основа искључења противправности, те када на основу такве представе још и прекорачује своје претпостављено право.^{806,807} Тако чини и Тофарн (а види и Каспар⁸⁰⁸, Заферлинг⁸⁰⁹ и Ерхарт⁸¹⁰) када истиче да је „могуће да учинилац погрешно сматра да постоје чињеничне претпоставке неког основа искључења противправности, а поред тога још и погрешно проширује границе основа искључења противправности у своју корист.“⁸¹¹ Занимљиво је да би се према строгој теорији кривице, у таквом случају (стварна заблуда у ширем смислу и правна заблуда, прим. аут.) радило о две правне заблуде.⁸¹²

Другим речима, у питању је својеврсно повезивање заблуда на нивоу основа искључења противправности. Прва је заблуда о чињеничним претпоставкама основа искључења противправности. На ову стварну заблуду надовезује се заблуда о постојању или правним границама основа искључења противправности. Укратко речено, учинилац у

⁸⁰⁶ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 191.

⁸⁰⁷ Види и W. Beulke (2016a), 165.

⁸⁰⁸ J. Kaspar, 187.

⁸⁰⁹ C.J.M. Safferling, 210.

⁸¹⁰ E. Erhardt, 93.

⁸¹¹ S. Tofahrn, 138.

⁸¹² H. Otto (2004), 240.

овој комбинацији дупле заблуде је истовремено и у стварној и у правној заблуди. Поставља се стога питање како решити ову ситуацију на плану правног дејства ових заблуда. Одвећ нам је познато да стварна заблуда увек у најмању руку искључује умишљај (у неотклоњивости и нехат), а правна дејствује као факултативни основ за блаже кажњавање, при чему у неотклоњивости отклања кривицу.

Наиме, тешко да би се могло оспоравати да правна заблуда „долази на ред за расправу“ тек онда, и у случају оног учиниоца који располаже потпуним знањем чињеница, никако пре тога. Уколико учинилац не зна стварне околности, такво незнање би се имало расправљати не кроз правну, већ кроз стварну заблуду. Уколико је пак учинилац у стварној заблуди, може ли он истодобно бити и у правној заблуди? И ако може, каква правна дејства од својих заблуда учинилац може очекивати? Пре одговора на та питања, подсетићемо се, само у кратким цртама, када постоји правна заблуда уопште.

Правна заблуда постоји када учинилац зна све чињенице, али не зна право. Другачије, учинилац који је у правној заблуди у потпуности познаје стварне околности дела, али не зна да је његово понашање правом забрањено. Он не зна за забрањеност свог дела не због тога што не зна чињенице. Напротив он их зна, али не зна право. Због незнања права, он мисли да је то што ради дозвољено.

Хоћемо да кажемо да правна заблуда постоји само онда, тј. код оног учиниоца који није у стварној заблуди. Ако је у стварној заблуди, није (не може бити) и у правној. Правна заблуда не постоји ако постоји стварна заблуда. Проверимо дакле да ли је оваква тврдња тачна. И проверимо да ли учинилац који је у стварној заблуди ипак може бити у правној заблуди.

Роксин пише да правна заблуда постоји „када учинилац упркос потпуном знању чињеничног стања (неправа) не зна да је његова радња (понашање, прим. аут.) недозвољена“.⁸¹³ Веселс/Бојлке/Зацгер наводе да учинилац у правној заблуди „зна шта (чињенично) ради, али погрешно сматра/узима да је то што ради дозвољено“.⁸¹⁴ Исто као Веселс *et al.* сматра и Ото.⁸¹⁵ Златарић/Дамашка пишу: „Учинилац овдје има

⁸¹³ C. Roxin (2006), 927

⁸¹⁴ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 180.

⁸¹⁵ H. Otto (2004), 220.

исправну предоцбу о стварним околностима, о чињеничном стању, само је у заблуди у погледу противправности свога понашања.⁸¹⁶ На том трагу Бачић наводи: „Починитељ зна што ради, али погрешно мисли да је то допуштено...“⁸¹⁷ Овај аутор разликовање стварне и правне заблуде излаже (видели смо то већ), прилично упечатљиво и илустративно. Тако пише: „Први (у стварној заблуди, прим. аут.) не зна што ради, други (у правној, прим. аут.) не зна да оно што ради не смије радити.“⁸¹⁸ Бачић правилно закључује да и у стварној и у правној заблуди, учинилац не зна да је његово дело забрањено.⁸¹⁹ У првом случају, разлог лежи у томе што не зна шта ради, те с обзиром да не зна шта ради, не може ни знати да је то што ради забрањено; а у другом зна шта ради, али мисли да је то што ради допуштено.⁸²⁰

Имајући у виду наведено, изгледа нам да учинилац који је у дуплој заблуди „по комбинацији“ стварна заблуда у ширем смислу плус индиректна правна заблуда, при чему друга „почива“ из прве, не би ни могао бити у било каквој дуплој заблуди јер би се имала применити правила о стварној заблуди. Па ипак да ли је то тако?

Код Веселс/Бојлке/Зацгер (и код Тофарн⁸²¹, Ерхарта⁸²²) наилазимо на следећи пример: супружници се посвађају и недуго потом, жена чује мужа да излази из подрума. У заблуди мисли да је узео секиру да је убије; кад је муж отворио врата од подрума, упуцала га је у путативној нужној одбрани директно у срце, без да га је претходно упозорила или да му је циљала у ноге. Веровала је да је овлашћена да га одмах смртно упуца (*zum sofortigen gezielten Todesschuss berechtigt zu sein*).⁸²³ За ове ауторе нема дилеме да се овакви случајеви дупле заблуде, решавају према правилима правне заблуде⁸²⁴, и то индиректне правне заблуде (*Erlaubinsirrtum*).⁸²⁵

Наиме, једноставно речено, жена је у заблуди прекорачила границе путативне нужне одбране. Односно, жена је била у заблуди да је нападнута па је верујући да постоји

⁸¹⁶ Б. Златарић, М. Дамашка, 245-246.

⁸¹⁷ Ф. Бачић (1998), 266.

⁸¹⁸ *Ibid.*

⁸¹⁹ *Ibid.*, 259.

⁸²⁰ *Ibid.*

⁸²¹ S. Tofahrn, 138.

⁸²² E. Erhardt, 93.

⁸²³ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 192.

⁸²⁴ Тако и Ерхарт, види E. Erhardt, 93.

⁸²⁵ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 192.

напад, прекорачила границе „непостојеће“ нужне одбране, а правне границе те непостојеће нужне одбране је такође прекорачила јер је била у заблуди о правним границама, тј. није знала те правне границе. Жена дакле није знала да не постоји напад, и такође није знала да чак и да је постојао напад није га смела отклонити на такав начин- директним устрељивањем супружника у срце. Подсетимо се сада када је лице у стварној заблуди у ширем смислу. То су ситуације где лице не зна да не постоји или мисли да постоји нека стварна околност чије би непостојање односно постојање чинило дело дозвољеним. Другим речима, када би та нека стварна околност постојала односно не би постојала, радња учиниоца би била допуштена јер би била искључена противправност. Наиме, биле би испуњене чињеничне претпоставке неког основа искључења противправности. Дакле, ова врста стварне заблуде постоји само онда када би лице, да није у заблуди, поступало у оквиру основа искључења противправности. Стојановић пише да се ова заблуда „односи на неку стварну околност чије би постојање довело до примене неког основа који искључује кривично дело“.⁸²⁶

Применимо сада овакво одређење стварне заблуде у ширем смислу на описани пример. Да ли би радња жене била допуштена, односно да ли би биле испуњене чињеничне претпоставке основа искључења противправности и тиме била искључена противправност понашања да је напад стварно постојао? Дакле да је напад стварно постојао, понашање жене би и даље остало противправно. Наиме, жена сматра да је правом допуштено ликвидирати нападача хицем из пиштоља и онда када се напад могао одбити уз мању повреду нападачевог добра. Из наведеног видимо да жена у заблуди проширује правне границе постојећег основа искључења противправности у своју корист. Несумњиво, понашање жене, чак и у случају да је постојао напад остаје противправно. А стварна заблуда у ширем смислу постоји ако би постојање таквог напада водило искључењу противправности. Међутим не води, понашање жене остаје противправно. Описани случај дакле не може да се „укалупи“ у дефиницију стварне заблуде у ширем смислу, јер за њено постојање тражи да би стварна околност за коју жена у заблуди мисли да постоји, када би заиста постојала, искључила противправност. Ипак, утврдили смо, да чак и када би постојао напад, противправност не би била искључена. Кратко и јасно, онда жена није у стварној заблуди у ширем смислу.

⁸²⁶ З. Стојановић (2013), 189.

Остаје нам дакле „само“ индиректна правна заблуда. Ако пак остаје „само“ једна заблуда, како можемо говорити о дуплој заблуди? Која је то „друга“ заблуда поред правне, а видели смо да није стварна?

На том трагу и Гроп позива на „растанак“ са дуплом заблудом закључујући да не постоји никакав разлог да се „постојеће учење о заблуди допуњује вишеструком или дуплом заблудом, јер учење о заблуди није непотпуно“.⁸²⁷

Незадовољство означавањем описане констелације заблуда термином дупла заблуда примећујемо и код Каспара. Он напомиње да је означавање овакве ситуације, која сугерише сусретање *Erlaubnistatbestandsirrtum* и *Erlaubnisirrtum* (стварне заблуде у ширем смислу и индиректне правне заблуде, прим. аут.) као „дупле заблуде“ погрешно, јер понашање учиниоца не би било оправдано и када би постојале чињенице за које учинилац верује да постоје (а чије постојање би „креирало“ основ искључења противправности, прим. аут.).⁸²⁸ Из истих разлога и Бојлке налази да означавање ове комбинације као дупле заблуде „није потпуно поуздано“.⁸²⁹

7.3.2. Дупла правна заблуда

Гроп дуплу заблуду не види искључиво у комбинацији стварна заблуда у ширем смислу „плус“ индиректна правна заблуда. Напротив код њега наилазимо и на комбинацију искључиво правних заблуда. Ипак, он не говори о дуплој правној заблуди. Уместо о дуплој правној заблуди, пише о „вишеструким заблудама о забрањености“ („*Mehrfache Irrtümer über das Verbotensein*“).⁸³⁰ Као пример ове констелације пише о ујаку и старатељу О који полно општи са 17-годишњом сестричином при чему верује да то није забрањено. А истодобно мисли да је такво понашање забрањено као инцест.⁸³¹ Наиме, према чл. 174 ст. 1 тач. 2 КЗН (кривично дело сексуална злоупотреба лица под надзором и негом⁸³²), овакво понашање ујака – старатеља је кажњиво. Ово кривично дело врши онај ко (између осталог) предузме сексуалне радње према лицу испод осамнаест година које му је поверено на васпитање, образовање или негу у вођењу

⁸²⁷ W. Gropp, (2016), 607.

⁸²⁸ J. Kaspar, 188.

⁸²⁹ W. Beulke (2016a), 165.

⁸³⁰ W. Gropp (2016), 604.

⁸³¹ *Ibid.*

⁸³² § 174 Sexueller Mißbrauch von Schutzbefohlenen – StGB Deutschlands.

живота („*Wer sexuelle Handlungen an einer Person unter achtzehn Jahren, die ihm zur Erziehung, zur Ausbildung oder zur Betreuung in der Lebensführung anvertraut...vornimmt*“). Ујак пак мисли да његово понашање није кажњиво по овој одредби, већ да представља инцест, те да је кажњиво по одредби чл. 173 КЗН (кривично дело инцест, полни однос између сродника⁸³³). Међутим такво понашање не испуњава обележја кривичног дела инцеста. Једноставније, то није инцест. Јер кривично дело из чл. 173 ст. 1 и 2 КЗН врши онај ко са потомком⁸³⁴ или сродником у узлазној правој линији има полни однос. Гроп закључује да код учиниоца, у односу на дело из чл. 174 ст. 1 тач. 2 КЗН постоји правна заблуда, док у односу на дело из чл. 173 КЗН постоји некажњиви путативни деликт.⁸³⁵ И Фишер, коментаришући кривично дело из чл. 173 КЗН, указује да се ради о некажњивом путативном деликту („*strafloses Wahndelikt*“) када неко мисли да је кажњив полни однос са усвојеним сродником или тазбинским сродником.⁸³⁶

Роксин за разлику од Гропа, изричито употребљава термин дупла правна заблуда („*doppelter Verbotsirrtum*“).⁸³⁷ Овај аутор објашњава да ова заблуда постоји када учинилац не зна специфичну забрану, али из неких других разлога сматра да је његово понашање забрањено.⁸³⁸ Као пример такође наводи случај са ујаком и сестричином.⁸³⁹ Закључује да у описаној ситуацији учинилац има погрешну свест о противправности, односно сматра да постоји једна непостојећа забрана, а не познаје стварно постојећу забрану.⁸⁴⁰ То је правна заблуда, јер учиниоцу недостаје специфична бићу (дела) свест о противправности.⁸⁴¹

Видимо дакле да се ни у случају дупле правне заблуде заправо не ради о две заблуде, бар не у „кривичноправном смислу“ (под тим подразумевамо заблуде које познаје кривични закон или бар кривичноправно релевантне заблуде које познаје судска пракса или наука). Наиме, у односу на једно понашање у питању је правна заблуда (у односу на понашање које је стварно кажњиво, а учинилац мисли да није), а у односу на друго,

⁸³³ § 173 Beischlaf zwischen Verwandten – StGB Deutschlands.

⁸³⁴ Мора се радити о крвном потомку (*leiblicher Abkömmling*). Нема овог дела уколико је у питању било усвојење. Види Т. Fischer (2015), 1174-1175.

⁸³⁵ W. Gropp (2016), 604.

⁸³⁶ Т. Fischer (2015), 1175.

⁸³⁷ С. Roxin (2006), 936.

⁸³⁸ *Ibid.*

⁸³⁹ *Ibid.*

⁸⁴⁰ *Ibid.*

⁸⁴¹ *Ibid.*

ради се о некажњивом путативном деликту, односно обрнутој правној заблуди, која заправо и није кривичноправно релевантна. Укратко речено, учинилац је само у једној правној заблуди, а постојање путативног деликта је без значаја.

7.4. Кривичноправна и изванкривичноправна правна заблуда – Поступање Царевинског суда у Немачкој

Царевински суд у Немачкој (*Reichsgericht*⁸⁴²) је у оквиру правне заблуде разликовао кривичноправну и изванкривичноправну правну заблуду. У време када је „судовао“ Царевински суд није постојала у закону одредба о правној заблуди. Поставило се питање какво дејство може имати заблуда о праву и да ли је свака заблуда о праву релевантна. Овај суд покушао је да изгради праксу која ће одговорити на ова питања. Покушај изграђивања учињен је кроз формирање критеријума релевантности заблуде о праву.

У КЗН из 1871. године, у чл. 59 била је прописана само заблуда о делу, али не и правна заблуда; при чему је само заблуда о делу искључивала умишљај.⁸⁴³

Царевински суд је правио разлику између заблуде о делу/чињеницама (*Irrtum über Tatsachen*) и заблуде о праву (*Irrtum über das Recht*), а у оквиру заблуде о праву разликовао је кривичноправну правну заблуду (*strafrechtlicher Rechtsirrtum*) и изванкривичноправну правну заблуду (*außerstrafrechtlicher Rechtsirrtum*). Тако наводе Маурах⁸⁴⁴, Ото (*Tatirrtum/Rechtsirrtum*)⁸⁴⁵, Јакобс⁸⁴⁶, Хајдингсфелдер⁸⁴⁷ Роксин⁸⁴⁸, Валтер⁸⁴⁹, Велцел/Бојлке/Зацгер⁸⁵⁰, Гроп⁸⁵¹ и Хафт⁸⁵². О разликовању правних заблуда види и Велцел⁸⁵³ и Хајнрих⁸⁵⁴ (наводи да је овакво становиште онда било

⁸⁴² У даљем тексту Царевински суд или RG.

⁸⁴³ C. Roxin (2006), 928.

⁸⁴⁴ R. Maurach, 400-402.

⁸⁴⁵ H. Otto, 213.

⁸⁴⁶ G. Jakobs (1991), 543-545.

⁸⁴⁷ Thomas Heidingsfelder, *Der umgekehrte Subsumtionsirrtum*, Duncker & Humblot, Berlin 1991, 50.

⁸⁴⁸ C. Roxin (2006), 928.

⁸⁴⁹ T. Walter, 422.

⁸⁵⁰ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 182.

⁸⁵¹ W. Gropp (2015), 569.

⁸⁵² Fritjof Haft, „Grenzfälle des Irrtums über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht“, *Juristische Arbeitsblätter* 1981, 282.

⁸⁵³ H. Welzel, 158.

распрострањено, те да је нашло места и у неким од кривичних закона немачких држава, попут чл. 95 Кривичног закона Саксоније)⁸⁵⁵; као и код Заферлинга.⁸⁵⁶

Заблуда о делу је искључивала умишљај. Код правне заблуде ситуација пак није била тако једноставна. Већ смо навели да правна заблуда није била ни законски регулисана.

Наиме, још А. Колер (1917. године), објашњавајући став Царевинског суда о релевантности заблуде, пише да Царевински суд разликује у оквиру обележја (чињеница) дела следеће:

- 1) чињенице спољашњег света (*die Tatsachen der Erscheinungswelt*);
- 2) оне правне термине који не припадају кривичном праву, те истиче (Царевински суд, прим. аут) да заблуда о изванкривичноправном правном правилу искључује умишљај (посебно ако је у питању грађанскоправни пропис); и
- 3) противправност када се реч противправно или неки једнако-значењски израз појављује у бићу дела (попут, противно прописима, нормама, техничким правилима, мерама, упутствима, одлукама, наредбама итд., прим. аут.).⁸⁵⁷ За ово последње обележје, Царевински суд истиче да ће заблуда о противправности, код кривичних дела код којих је противправност изричито унета у биће кривичног дела, бити ирелевантна ако се ради о погрешном тумачењу кривичноправних термина (појмова, прописа, прим. аут.).⁸⁵⁸ Видимо да је овакав став Царевинског суда на трагу резоновања које овај суд заузима у погледу односа релевантности заблуде и изванкривичноправних термина који се налазе у бићу дела.

Велцел пише да је Царевински суд разликовао кривичноправну од изванкривичноправне заблуде; тако наводи да ако се ради о незнању кривичних прописа, заблуда је ирелевантна; међутим ако се заблуда односи на изванкривичноправне норме попут оних грађанског или управног права, онда је

⁸⁵⁴ Bernd Heinrich, „Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale“, *Strafrecht als Scientia Universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, (Hrsg. M. Heinrich, C. Jäger, B. Schünemann) Walter de Gruyter, 2011, 451.

⁸⁵⁵ *Ibid.*

⁸⁵⁶ C. J. M. Safferling, 58.

⁸⁵⁷ A. Köhler, 298-302.

⁸⁵⁸ *Ibid.*

заблуда релевантна.⁸⁵⁹ Ова друга је онда заблуда о бићу дела и искључује умишљај.⁸⁶⁰ Исто разликовање прави Царевински суд и код бланкетних кривичних дела.⁸⁶¹ Ако је бланкетна норма изванкривичноправне врсте заблуда је релевантна и искључује умишљај.⁸⁶²

Уочавамо дакле да RG као меродаван критеријум за разликовање кривичне и изванкривичноправне заблуде образује према „пореклу норме“ која се не зна. (А. Колер пише о „седишту правног прописа“⁸⁶³) Уколико је норма „из кривичног права“ ради се о кривичноправној правној заблуди, која је небитна (ирелевантна је). Ако је пак „из друге гране права“, реч је о изванкривичноправној правној заблуди која самим тим постаје релевантна, и искључује умишљај.

Маурах ипак ово свакако прецизније (од нас) објашњава, када наводи да ирелевантна правна заблуда постоји када се ради о „појму или законским прописима које КЗН аутономно или у вези са неким другим изванкривичноправним законом мање самостално регулише“.⁸⁶⁴ О изванкривичноправној и тиме битној/релевантној заблуди ради се у погледу термина/појмова које је кривично право „несамостално преузело“, а као пример наводи погрешно веровање у овлашћења (за деловање, прим. аут.) службеника (*Handlungsbefugnis des Beamten*).⁸⁶⁵

Ото излажући дејство заблуда о делу и праву, истиче да је заблуда о праву искључивала умишљај само кад се односила на изванкривичноправне правне термине („*wenn er sich auf einen außerstrafrechtlichen Rechtsbegriff bezog*“).⁸⁶⁶

Роксин даје пример да је заблуда о „туђини“ (заправо о томе да ствар није од учиниоца да је туђа, прим. аут.; *Fremdheit*) третирана као изванкривичноправна правна заблуда, и искључивала је умишљај, јер грађански закон (Немачке, *Das Bürgerliche Gesetzbuch* прим. аут.) уређује имовинске односе.⁸⁶⁷

⁸⁵⁹ H. Welzel, 158.

⁸⁶⁰ *Ibid.*

⁸⁶¹ *Ibid.*

⁸⁶² *Ibid.*

⁸⁶³ A. Köhler, 299.

⁸⁶⁴ R. Maurach, 401.

⁸⁶⁵ *Ibid.*, 400-402.

⁸⁶⁶ H. Otto, 213.

⁸⁶⁷ C. Roxin (2006), 928.

Хајнрих указује да је изванкривичноправна заблуда постојала увек када би кривични закон садржавао обележја бића дела, чије разумевање се могло открити само кроз грађанскоправне или управноправне прописе („*deren Verständnis man sich nur durch zivilrechtliche oder verwaltungsrechtliche Vorschriften erschließen konnte*“).⁸⁶⁸ Код бланкетних кривичноправних норми радило се по правилу о изванкривичноправној заблуди.⁸⁶⁹

Веселс/Бојлке/Зацгер указују да је RG заблуду о праву видео као погрешну процену о правним терминима. Начелно је примена (тадашњег, прим. аут.) члана 59, а данашњег чл. 16 (стварна заблуда, прим. аут.) била ограничена на заблуду о делу, а изузетак је био изванкривична правна заблуда, која је искључивала умишљај, аналогном применом чл. 59.⁸⁷⁰

Гроп наводи да би кривичноправна правна заблуда за свој предмет требало да има права, правне појмове и правне односе кривичноправне природе и да би „за разлику од изванкривичноправне правне заблуде требало да буде ирелевантна“.⁸⁷¹

Ипак, подела Царевинског суда у односу на ове две правне заблуде, није издржала „пробу времена“, а чини нам се ни практичних потреба. Тако на пример Маурах, оправдано у критичком тону пише да наведени примери (и овакво разликовање, прим. аут.) „јасно показују да се сваки покушај за спровођење (поменуте поделе, прим. аут.) дави у безнадежној казуистици и правној несигурности“ („...*daß jeder Versuch zu ihrer Durchführung in hoffnungsloser Kasuistik und Rechtsunsicherheit ersticken...*“).⁸⁷²

Затим, Ото примећује да је подела/диференцирање које је вршио Царевински суд између заблуде о делу (*Tatirrtum*) и заблуде о праву (*Rechtsirrtum*), где је прва искључивала умишљај, а друга само уколико се односила на изванкривичноправне

⁸⁶⁸ В. Heinrich, 451.

⁸⁶⁹ *Ibid.*

⁸⁷⁰ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 182.

⁸⁷¹ W. Gropp (2015), 569.

⁸⁷² R. Maurach, 400-402.

правне термине, била неконсеквентна и неодржива.⁸⁷³ У том тону и Велцел разликовање означава као потпуно произвољно.⁸⁷⁴

Надаље, Роксин указује да је пракса Царевинског суда о кривичноправној и изванкривичноправној правној заблуди с правом готово једнодушно одбијена, јер ове заблуде нису јасно раздвојиве.⁸⁷⁵ И Веселс/Бојлке/Зацгер, за поделу Царевинског суда, наводе да је у науци готово једнодушно одбијена ова теорија као произвољна и непримењива.⁸⁷⁶ Све више судова су после 1945. године почели да се удаљавају од ове праксе Царевинског суда.⁸⁷⁷ Гроп истиче да се учење Царевинског суда показало као „непрактично и неподобно“.⁸⁷⁸

Да је наведена подела правне заблуде и у нашој литератури превазиђена, али и да је препозната, примећујемо и када Лазаревић пише: „Нема већег ослоњања у науци ни подела правне заблуде на кривичноправну (заблуда о некој околности која је регулисана кривичноправним прописом) и ванкривичноправну (која се односи на околност која је регулисана неком другом правном нормом). Прва би била ирелевантна са аспекта кривичне одговорности, док би друга имала значај стварне заблуде.“⁸⁷⁹

7.4.1. Редифинисање учења Царевинског суда Немачке – пар цртица Ингеборг Пупе

Занимљив покушај реосмишљавања учења Царевинског суда о „правним заблудама“ налазимо код Пупе. Имајући у виду оригиналност у образлагању, мишљења смо да би било корисно указати на основне замисли овог становишта.

Она пише да је доскорашње једнодушно одбијање учења о кривичноправној и изванкривичноправној заблуди Царевинског суда узроковано пре свега несрећном

⁸⁷³ Н. Otto, 213.

⁸⁷⁴ Н. Welzel, 158.

⁸⁷⁵ С. Roxin (2006), 928.

⁸⁷⁶ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 182.

⁸⁷⁷ *Ibid.*

⁸⁷⁸ W. Gropp (2015), 570.

⁸⁷⁹ Љ. Лазаревић (2011), 152.

терминологијом због које се Царевинском суду пребацивао формализам и површност.⁸⁸⁰

Пупе наводи да су противници разликовања/схватања које прави Царевински суд између кривичноправне и изванкривичноправне правне заблуде „победили“ због кривичног дела онемогућавања изрицања или извршења казне из чл. 258 (КЗН).⁸⁸¹ Као пример наводи ситуацију где учинилац сачува неко друго лице од јавног прогона, због дела које учинилац држи/сматра да је прекршај, али је заправо кривично дело, а тада не поступа умишљајно у односу на кривично дело из чл. 258, јер се у чл. 258 ради о „прогону према кривичном закону“.⁸⁸² Овде се без сумње ради о кривичноправној заблуди, јер се односи на садржину кривичног закона.⁸⁸³ Ако се пак ради о кривичноправној правној заблуди, према учењу Царевинског суда, она би требало да је небитна, и да наравно нема умишљајно-искључујуће дејство. Ипак, свакако је тешко порећи да би у описаној ситуацији умишљај „могао да се задржи“.

Пупе даље истиче да је, и у обрнутом случају, кривичноправна заблуда битна, а ради се о томе да би у том случају постојао неподобан покушај- учинилац мисли да је лице које чува учинило кривично дело, а заправо је учинило прекршај.⁸⁸⁴ Наиме, ради се о томе да према схватању Царевинског суда о ирелевантности кривичноправне правне заблуде, заблуда учиниоца из наведеног примера не би требало да има повољно дејство по њега (а видели смо да има, јер искључује умишљај). Ако таква заблуда нема повољно дејство по њега, у обрнутом случају, *argumentum a contrario*, требала би да постоји релевантна правна заблуда, а релевантна је она која је изванкривичноправна, која би онда требала да има повољно дејство (да искључи умишљај). Међутим, обрнути случај ипак доводи до неподобног покушаја, који је пак кажњив, што значи да обрнута ситуација води кажњивости, односно неповољном дејству. Другим речима, оно чему учење RG признаје повољно дејство даје неповољно дејство и обрнуто.

О чему се заправо ради. Ауторка главни проблем учења Царевинског суда препознаје у

⁸⁸⁰ Ingeborg Puppe, „Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum“, *Goldammer's Archiv* 1990, 178-182.

⁸⁸¹ Ingeborg Puppe, „Vorsatz und Rechtsirrtum“, *Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg*, Mohr Siebeck, Tübingen 2008, 291-299.

⁸⁸² *Ibid.*

⁸⁸³ *Ibid.*

⁸⁸⁴ *Ibid.*

томе што су замагљене разлике између две потпуно различите заблуде, на начин да су обе означене као правне заблуде.⁸⁸⁵ Заправо, оно што је RG означавао термином изванкривичноправна правна заблуда је заблуда о правно институционалним чињеницама.⁸⁸⁶ Са друге стране, кривичноправна правна заблуда је заправо заблуда о супсумцији.⁸⁸⁷

С тим у вези, она објашњава да описивање изванкривичноправне правне заблуде као заблуде о правним нормама није исправно.⁸⁸⁸ Учинилац ту греши у погледу правних односа које налази, а то нису норме већ чињенице, тзв. институционалне чињенице.⁸⁸⁹

Наиме, Пупе правилно примећује да сваки израз у бићу кривичног дела који означава ванкривичноправне правне последице може бити замењен чињеничним претпоставкама без да се измени област примене бића дела.⁸⁹⁰ На том трагу даје пример израза „туђи“ у бићима дела за заштиту имовине, који би се могао заменити набрајањем стварноправних претпоставки за стицање односно губитак имовине, при чему се законодавац није одлучио за то само из разлога „језичке удобности и једноставности“.⁸⁹¹

На ове институционалне чињенице упућују обележја бића дела, која описују права и правне односе као на пример „туђа ствар“, „заложно право“, „противправно обогаћење“.⁸⁹² Да би поступао умишљајно учинилац мора да зна ове чињенице. Из наведеног следи, применом *argumentum a contrario* Царевинског суда (*Umkehrschluss des RG*), да погрешна процена учиниоца да крши такве правне односе за које погрешно сматра да постоје јесте неподобан покушај. Пупе даље пише да је критика учењу Царевинског суда управо и усмерена да покаже да учинилац који због погрешне процене изванкривичноправних норми верује да чини нешто кажњиво, такође чини путативни деликт као и онај који због погрешне процене кривичноправне норме верује

⁸⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁸⁹ *Ibid.*

⁸⁹⁰ I. Puppe, (1990), 145-182.

⁸⁹¹ *Ibid.*

⁸⁹² I. Puppe (2008), 291-299.

да ту кривичну норму прекорачује.⁸⁹³ Ипак, видели смо да то није случај, већ да се ради о неподобном покушају.

Један од кључних „момената“ на који је указала Пупе био је и тај о „институционалним чињеницама“ (*institutionelle Tatsachen*) као обележју дела, код којих знање о правној норми, која је номинално презентовала такву чињеницу није било од значаја за постојање умишљаја. Тако је на пример у случају обележја „туђе“, објаснила да се заблуда у том погледу не односи на то да учинилац „не зна норме стварног права о стицању и преносу својине, већ да он одређену ствар држи/сматра за туђу“.⁸⁹⁴ Пупе закључује да смислу појма „туђости“ „не припада било каква представа о томе како је власник дошао до своје имовине“; те да ако „таква представа није нужан саставни део умишљаја, дакле непотребна је за умишљај, онда не може ни искључити умишљај ако је погрешна“.⁸⁹⁵

7.5. Обрнута правна заблуда (путативни деликт)

Путативни деликт постоји када лице верује да је оно што ради правом забрањено, а заправо је дозвољено. Из овакве дефиниције примећује се да се ради о обрнутој правној заблуди (тако и Каспар⁸⁹⁶, М. Колер⁸⁹⁷, Јегер⁸⁹⁸, Велцел⁸⁹⁹). Фишер пак, подвајајући *Verbotsirrtum* (коју види као директну правну заблуду, прим. аут.) и *Erlaubnisirrtum* (индиректну правну заблуду), пише да путативни деликт може да буде и обрнута (директна, прим. аут.) правна заблуда (*umgekehrter Verbotsirrtum*), али и обрнута индиректна правна заблуда (*umgekehrter Erlaubnisirrtum*; као заблуда о дозвољености, прим. аут.).⁹⁰⁰ Наведено разликовање можемо пратити код Фишера који даље пише о заблуди о постојању забрањујуће норме и постојању дозвољавајуће норме.⁹⁰¹ Овако сматра и Вуковић те објашњава: „Код некажњивог путативног (умишљеног, уображеног) кривичног дела учинилац умишља да чини штогод забрањено, што или није уопште обухваћено законским описом (обрнута директна правна заблуда),

⁸⁹³ *Ibid.*

⁸⁹⁴ *Ibid.*

⁸⁹⁵ *Ibid.*

⁸⁹⁶ J. Kaspar, 210.

⁸⁹⁷ M. Köhler, 456.

⁸⁹⁸ C. Jäger, 232.

⁸⁹⁹ H. Welzel, 194.

⁹⁰⁰ T. Fischer (2015), 223.

⁹⁰¹ *Ibid.*

или што је начелно кажњиво али покривено каквим основом искључења противправности (обрнута индиректна правна заблуда).⁹⁰²

Наиме, опште посматрано, код правне заблуде, учинилац не зна да је понашање које предузима правом забрањено; он нема свест о противправности свог понашања. Међутим таква радња је правно недопуштена, право је препознаје као забрањену. Са друге стране, лице које учини путативни деликт, предузима некажњиву радњу, јер мисли да ради нешто кажњиво, а просто речено, погрешно мисли, не зна да то што ради уопште није кажњиво.

Што се назива тиче, у југословенској и српској литератури наилазимо на термин путативни деликт. Тако на пример код Златарић/Дамашка⁹⁰³, Стојановић⁹⁰⁴, Ђокић⁹⁰⁵. Код Бачића наилазимо на термин путативно казнено⁹⁰⁶/кривично⁹⁰⁷ дело. Код Вуковића сусрећемо израз „некажњиво путативно (умишљено, уображено) кривично дело“⁹⁰⁸

У Немачкој литератури користе се називи: *Wahndelikt*- тако Хајдингсфелдер⁹⁰⁹, М. Колер⁹¹⁰, Ото⁹¹¹, Јегер⁹¹², Каспар⁹¹³, Фишер⁹¹⁴, Валтер⁹¹⁵; затим *Putativdelikt*- А. Колер⁹¹⁶ (који такође користи и термин *Wahnverbrechen*⁹¹⁷), а на *Wahnverbrechen* наилазимо и код Госел (*Gössel*) *et al.*⁹¹⁸, који користе и *Wahndelikt*⁹¹⁹; комбинацију *Wahnverbrechen* и *Wahndelikt* проналазимо и код Велцела.⁹²⁰

⁹⁰² Игор Вуковић, „О субјективним обележјима противправности у кривичном праву“, *Анали Правног факултета у Београду* бр. 2/2011, 129, фуснота 21.

⁹⁰³ Б. Златарић, М Дамашка, 285.

⁹⁰⁴ З. Стојановић (2013), 229.

⁹⁰⁵ Иван Ђокић, „Правна заблуда“ у *Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања II део*, Београд 2008, 234.

⁹⁰⁶ Ф. Бачић (1998), 160.

⁹⁰⁷ Ф. Бачић у Никола Срзентић *et al.*, 108.

⁹⁰⁸ Игор Вуковић (2011), 129, фуснота 21.

⁹⁰⁹ Т. Heidingsfelder, 95.

⁹¹⁰ М. Köhler, 456.

⁹¹¹ Н. Otto (2004), 263.

⁹¹² С. Jäger, 232.

⁹¹³ Ј. Kaspar, 210.

⁹¹⁴ Т. Fischer (2015), 223-224.

⁹¹⁵ Т. Walter, 368.

⁹¹⁶ А. Köhler, 308.

⁹¹⁷ *Ibid.*

⁹¹⁸ Karl Heinz Gössel *et al.*, *Strafrecht Allgemeiner Teil - Teilband 2 Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, С.F. Müller, 20148, 92-93.

⁹¹⁹ *Ibid.*, 93.

⁹²⁰ Н. Welzel, 194.

У погледу одређивања појма путативног деликта, у *немачкој литератури* пронашли смо следећа виђења:

Још А. Колер, 1917. године, пише да путативни злочин (деликт) постоји када учинилац погрешно „узима“ да постоји норма која забрањује његово понашање.⁹²¹ А у то се убраја и случај када неко постојећу норму тумачи на такав начин да (мисли, прим. аут.) забрањује његово понашање.⁹²² Кроз такву заблуду не може се постићи/остварити недостајућа противправност.⁹²³ Као пример наводи ситуацију када би неко мислио да је самоубиство кажњиво, па покуша да се убије.⁹²⁴ Пример умишљеног кажњивог покушаја самоубиства (као и даље актуелан, 2015. године) налазимо и код Фишера.⁹²⁵

Надаље, Госел *et al.* пишу да је први кривични сенат Царевинског суда у својој пресуди од 5.2.1932. године навео: „Путативни злочин (*Wahnverbrechen*) постоји када учинилац на основу правилно представљеног чињеничног стања извлачи погрешан закључак да је његово понашање неки одређени злочин.“⁹²⁶ Исти аутори наводе да путативни деликт постоји када учинилац „хоће да се на кажњив начин незаконито понаша, али не може, јер такво понашање не крши правни поредак и (такође) није кажњиво“.⁹²⁷

Велцел истиче да (код путативног деликта, прим. аут.) учинилац погрешно верује да је дозвољено понашање забрањено⁹²⁸; као и да погрешно веровање не може произвести објективно захтевану противправност.⁹²⁹

Ото истиче да учинилац ту греша у погледу онога „шта је законодавац у одређеном бићу дела ставио под казну (предвидео као кажњиво, прим. аут.)“.⁹³⁰ За пример наводи ситуацију где лице у саобраћајној незгоди оштети своје моторно возило, при чему није наступила никаква друга штета; а након чега се ово лице удаљи са места незгоде мислећи да чини кривично дело недозвољено удаљење са места незгоде из чл. 142

⁹²¹ А. Köhler, 308.

⁹²² *Ibid.*

⁹²³ *Ibid.*

⁹²⁴ *Ibid.*

⁹²⁵ Т. Fischer (2015), 223.

⁹²⁶ К. Н. Gössel et al., 93.

⁹²⁷ *Ibid.*, 94.

⁹²⁸ Н. Welzel, 194.

⁹²⁹ *Ibid.*

⁹³⁰ Н. Otto (2004), 263.

КЗН.^{931,932} Овај аутор објашњава да је саобраћајна незгода у смислу чл. 142 само она код које дође до наступања штете по другог, те да удаљавање/бег након самооштећења није кажњив, те је стога путативни деликт.⁹³³

За М. Колера, путативни деликт постоји када учинилац погрешно држи да је неко објективно некажњиво понашање кривично неправо, а као пример наводи давање лажног исказа које врши окривљени пред судом.^{934,935}

Каспар наводи да учинилац овде греша на своју штету у односу на правну оцену, где примера ради чињенично исправно схваћено понашање погрешно држи за кажњиво.⁹³⁶

Фишер образлаже да овде учинилац греша о „постојању или домету кривичноправне норме“, те да он жели да изврши повреду права (да прекрши право, прим. аут.), која таква како је он представља не постоји.⁹³⁷

У југословенској и српској литератури о путативном деликту су између осталих писали и Златарић/Дамашка који га дефинишу као „тобожње или замишљено кривично дјело, тј. кад учинилац погрешно мисли да је његово понашање кривично дјело иако то није.“⁹³⁸ Ови писци ванредно јасно објашњавају због чега је оваква заблуда небитна, и зашто уосталом нема „никакве кривичне одговорности“; једноставно, позивају се на начело *nullum crimen sine lege*.⁹³⁹ На овом трагу, Бачић једноставно указује да „за оцјену о протуправности...једног дјела није уопће мјеродавно што сам починитељ мисли о допуштености свог понашања“⁹⁴⁰, те да „дјело не може постати протуправно само зато што појединац погрешно држи да је оно забрањено...“.⁹⁴¹ Слично и Вуковић резонује када истиче да учинилац „не може својом погрешном представом да помери објективно утврђене границе кажњивог“.⁹⁴²

⁹³¹ § 142 Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort

⁹³² Н. Otto (2004), 263.

⁹³³ *Ibid.*

⁹³⁴ М. Köhler, 456.

⁹³⁵ Види и код Фишера, Т. Fischer (2015), 223.

⁹³⁶ J. Kaspar, 210.

⁹³⁷ Т. Fischer (2015), 223.

⁹³⁸ Б. Златарић, М. Дамашка, 285.

⁹³⁹ *Ibid.*

⁹⁴⁰ Ф. Бачић (1998), 160.

⁹⁴¹ *Ibid.*

⁹⁴² И. Вуковић (2011), 129.

Надаље, Стојановић излаже да „путативни деликт постоји онда када неко погрешно држи да оно што чини представља кривично дело.“⁹⁴³ Наводи да је ту реч о „заблуди у погледу кривичноправне норме“.⁹⁴⁴ Као примере наводи ситуације када је „учинилац у заблуди да је обљубом над женским лицем које има петнаест година извршио кривично дело“⁹⁴⁵, као и „ако неко одузме ничију, односно напуштену ствар погрешно сматрајући да тиме врши кривично дело крађе“⁹⁴⁶. У односу на прво дело (обљубу над женским лицем од петнаест година), препознаје се да учинилац мисли да је такво понашање правом забрањено. Учинилац је овде у обрнутој правној заблуди, јер дакле погрешно мисли да је правом забрањено оно што није забрањено. Наиме, према чл. 180 КЗС (кривично дело обљуба са дететом), кажњава се онај ко изврши обљубу (или са њом изједначен чин) са дететом, при чему је у чл. 112 ст. 8 КЗС прописано да се дететом сматра лице које није навршило четрнаест година. Уочавамо дакле да учинилац који погрешно мисли да ово кривично дело постоји и када се обљуба врши са лицем од петнаест година не чини забрањену радњу, већ погрешно проширује домет постојећег кривичног прописа, на начин да проширује зону кажњивости, а што не одговара бићу дела. У другом примеру (узимање ничије, напуштене ствари), учинилац мисли да врши кривично дело крађе из чл. 203 КЗС, које пак постоји уколико се ради о туђој, а не о ничијој или напуштеној ствари.

Иначе, од путативног деликта ваља разликовати и „правну илузију“ (*Rechtswahn*). Реч је о томе да учинилац мисли да је његово понашање према правилима његове савести или религије дозвољено или недозвољено; при чему је овакво изражено веровање без значаја.⁹⁴⁷

7.5.1. Појавни облици обрнуте правне заблуде

Управо на примерима „путативне обљубе са дететом“ и „путативне крађе“ можемо препознати два појавна облика путативног деликта о којима пише А. Колер пре равно једног века.⁹⁴⁸ За А. Колера је један облик путативног деликта узрокован погрешним тумачењем, а други погрешним веровањем да постоји норма која забрањује понашање

⁹⁴³ З. Стојановић (2012), 164, и З. Стојановић (2013), 229.

⁹⁴⁴ З. Стојановић (2012), 164.

⁹⁴⁵ З. Стојановић (2013), 229.

⁹⁴⁶ *Ibid.*

⁹⁴⁷ А. Köhler, 308.

⁹⁴⁸ *Ibid.*

учиниоца, односно да постоји забрањујућа норма.⁹⁴⁹ Ипак, чини нам се да овакво дефинисање другог облика путативног деликта остаје непотпуно. Наиме, недостаје му обрнута индиректна правна заблуда, али и два вида обнуде директне правне заблуде, права и неправна заблуде о важењу.

Изложимо детаљније три облика путативног кривичног дела.

- 1) У „примеру обљубе“, лице погрешно тумачи норму на начин да мисли да забрањује његово понашање. Ово је *први облик умишљеног кривичног дела*.

Уочавамо да је први облик путативног деликта заправо заблуда о тумачењу (заблуда о супсумцији), али обрнута- *umgekehrter Subsumtionsirrtum*. Јер, учинилац погрешно тумачи да је његово понашање забрањено, а није. „Необрнута“ заблуда о супсумцији би постојала када би учинилац тумачио значење чињеница⁹⁵⁰ или право на начин да мисли да је његово понашање допуштено, а оно је заправо забрањено. Путативни деликт је стога обрнута заблуда о супсумцији. Међутим, он је само један од модалитета обрнуте заблуде о супсумцији (онај када је предмет заблуде правна забрањеност).

Хајдингсфелдер ову проблематику врло једноставно појашњава када каже да код *umgekehrter Subsumtionsirrtum*, учинилац себи представља правно или стварно (чињенично) стање неповољније од оног које је чињенично постојеће.⁹⁵¹ Као пример Хајдингсфелдер наводи ситуацију када учинилац провали у путничко моторно возило мислећи да чини кривично дело провале (§ 123 *Hausfriedensbruch StGB*), јер се ради о закључаном простору.⁹⁵² На овом примеру управо и видимо да се, према Хајдингсфелдеру, обрнута заблуда о супсумцији не исцрпљује у путативном деликту, већ да она постоји увек када учинилац мисли да ради нешто што је неповољније/горе/теже по њега, а заправо није, већ је или лакше или у потпуности дозвољено. У случају оваквог одређења тешко да би могла да се „задржи“ дефиниција путативног деликта као незабрањеног понашања за које учинилац погрешно мисли да је забрањено. Јер, овако изложено, понашање које учинилац предузима и јесте забрањено,

⁹⁴⁹ *Ibid.*

⁹⁵⁰ Говоримо и о заблуди о тумачењу чињеница јер заблуда о супсумцији може да се појави и као заблуда о делу. Више у делу рада који обрађује заблуду о тумачењу.

⁹⁵¹ Т. Heidingsfelder, 21.

⁹⁵² *Ibid.*

само није „онолико тешко“ колико он мисли да јесте. Другим речима, учинилац мисли да врши теже дело, а заправо врши лакше дело.

Дакле, поновимо, први облик путативног деликта је обрнута заблуда о тумачењу права. „Обична“ (необрнута) заблуда о тумачењу права била би директна правна заблуда. Учиниолац тумачи правну норму на начин да мисли да је његово понашање правом дозвољено, а оно је забрањено. Да је заблуда о тумачењу права врста директне правне заблуде, видимо и код Каспара⁹⁵³, Стојановића⁹⁵⁴, Бачића⁹⁵⁵, М. Колера⁹⁵⁶. Дакле, овај први облик путативног кривичног дела је заправо „једна врста обрнуте директне правне заблуде“ (оне о тумачењу).

2) Други појавни облик путативног деликта међутим „располаже“ са два подоблика од којих сваки има два „огранка“. Једноставно речено, други облик је „погрешно мишљење о постојању целе или дела норме“ (мисли да постоји, а не постоји и обрнуто).

- *Први подоблик је погрешно мишљење о целој норми.* Погрешно мишљење о целој норми је ситуација када учинилац мисли да постоји забрањујућа норма или да не постоји дозвољавајућа норма.

- Дакле *први огранак* је мишљење да постоји цела забрањујућа норма. Учиниолац дакле мисли да постоји нека норма која забрањује његово понашање, а заправо таква норма не постоји и такав учинилац чини умишљено кривично дело. Он умишља да чини кривично дело, а не чини га. Учиниолац је овде у обрнутој заблуди о постојању забране. Овако одређено препознајемо обрнуту једну врсту директне правне заблуде и то ону о постојању забране. То је дакле обрнута заблуда о постојању забране. Ипак, могуће је ситуацију начинити још прецизнијом. И обрнута заблуда о постојању забране може да се „подели“ на обрнуту заблуду о постојању целе норме, када учинилац замишља да постоји нека посебна (одвојена, самостална, цела) норма која забрањује неко понашање.

⁹⁵³ J. Kaspar, 182.

⁹⁵⁴ З. Стојановића (2013), 192.

⁹⁵⁵ Ф. Бачић (1998), 266-267.

⁹⁵⁶ M. Köhler, 408.

Управо о таквом модалитету се ради у „првом огранку првог подоблика другог појавног облика путативног деликта“. „Други део“ обрнуте заблуде о постојању забране је онај о постојању дела норме (а он спада у „први огранак другог подоблика другог појавног облика путативног деликта“).

- *Други огранак* је мишљење да не постоји цела дозвољавајућа норма (уверење да уопште не постоји дозвољавајућа норма), а заправо таква норма постоји. У овом случају учинилац врши дело које је у односу на њега дозвољено, али он мисли да је и њему у конкретном случају такво понашање забрањено. На пример, учинилац мисли да нема право на дисциплинско кажњавање свог детета, а дисциплински га је казнио тако што му не дозвољава да изађе напоље док не уради домаћи задатак, при чему не зна да сме то да уради. (Иако пишемо о непостојању целе норме, а овај основ искључења противправности није законом предвиђен те стога, у формалном смислу и не постоји „норма о њему“, право га препознаје и идентично дејство би имао када би у КЗ била посебна одредба о дисциплинском кажњавању као основу искључења противправности, која би дакле била дозвољавајућа норма. Није на одмет приметити да би онда прецизније било писати о „непостојању“ правила, јер правило као такво може бити и ван норме, као ненормирано правило; Ипак налазимо да за тим нема потребе). Он не зна да његово понашање није забрањено зато што не зна да постоји „део један основ искључења противправности“. Овде се заправо ради о обрнутој заблуди о постојању основа искључења противправности.⁹⁵⁷ Учинилац је овде потпуно свестан свих чињеничних претпоставки основа искључења противправности, само не зна да такав основ искључења противправности постоји и зато сматра да је то што ради забрањено.

- *Други подоблик је погрешно мишљење о делу норме.* Погрешно мишљење о делу норме је ситуација када учинилац допуњује постојећу норму непостојећом

⁹⁵⁷ Један вид обрнуте индиректне правне заблуде.

забраном или када „скраћује/ограничава“ границе/дејство постојеће дозвољавајуће норме.

- Горе изложени „случај крађе“ јесте пример *првог огранка* другог подоблика другог појавног облика путативног деликта. Наиме, у „случају крађе“, учинилац погрешно узима да постоји део норме који забрањује његово понашање. Прецизније речено, лице мисли да крађа постоји и ако је њен предмет ничија или напуштена ствар, а не само туђа ствар. На овај начин учинилац заправо погрешно проширује биће кривичног дела, те зато мисли да је то што ради правно недопуштено. Ово је у суштини један модалитет обрнуте заблуде о постојању забране и то оне о постојању дела забране. Јер, учинилац зна да постоји забрана, али је он проширује тако што је „допуњава новим, непостојећим делом“.
- У *другом огранку*, лице мисли да постоји додатни услов за примену неког основа искључења противправности, а заправо не постоји, тј. лице проширује постојећи услов делом норме који не постоји. Међутим такво проширење услова не постоји, иако учинилац то не зна, те је стога понашање дозвољено. Ради се о обрнутој заблуди о границама основа искључења противправности. Пример за то је случај када учинилац мисли да је за постојање нужне одбране неопходно да је напад био управљен на живот и тело лица које одбија напад. С обзиром да напад није био управљен на живот и тело, лице мисли да нису испуњени услови за нужну одбрану, и да је његово понашање забрањено, а заправо није, јер такав услов не постоји.

3) Трећи појавни облик умишљеног кривичног дела је обрнута заблуда о важењу. Овај облик има два подоблика, један је обрнута правна заблуда о важењу, а други је обрнута неправна заблуда о важењу.

- Први подоблик трећег појавног облика је дакле обрнута правна заблуда о важењу. Наиме, заблуда о важењу (*Gültigkeitsirrtum*) постоји када лице верује да његово понашање није правно забрањено јер је односно правило донео ненадлежан орган или је пак у супротности са вишим правним актом, а у

коначности и са уставом, услед чега такво правило не важи. Уколико се оваква заблуда „окрене“, постоји ситуација да лице мисли да је његово понашање забрањено, а у ствари није, јер је предметно правило ништаво, односно не важи. Ипак, „обртање“ овде није баш толико једноставно. Ово због тога, што „обртање“ код примера неуставности законске одредбе може водити и обрнутој посебној врсти стварне заблуде. Наиме, у излагању о правој заблуди о важењу (*Gültigkeitsirrtum*), видели смо да „пример“ неуставности законске одредбе може довести до посебне врсте стварне заблуде (ни заблуда о делу ни заблуда о чињеничним претпоставкама основа искључења противправности), када је норма заиста неуставна, а учинилац зна и да је потребно да о тој утврђеној неуставности одлуку донесе уставни суд, међутим учинилац не зна да одлука уставног суда још није донета, а он мисли да јесте. Учиниоца овде грешки у погледу тога што мисли да норма не важи јер је стављена ван снаге (самом одлуком уставног суда о утврђивању неуставности), а заправо није стављена ван снаге, а оваква грешка није грешка о праву, већ о стварној околности – постојању или непостојању одлуке уставног суда. Другим речима, треба бити обазрив јер права заблуда о важењу иако је у већини случајева правна заблуда (некад и вишеструка заблуда о забрањености, која се ипак и поред вишеструкости решава као да постоји једна правна заблуда), може бити и посебна стварна заблуда. Е сада, да ли би обртање посебне стварне заблуде (код подврсте праве заблуде о важењу) у предметном случају довело до неподобног покушаја (а не до путативног деликта, као што би било за очекивати)? Дакле, шта би постојало, ако би учинилац мислио да је његово понашање забрањено, а постоји одлука уставног суда да није, јер је учинилац прекршио норму за коју је утврђено да је неуставна, и прекршио је после утврђивања неуставности? Извесно је да у том случају постоји путативни деликт, јер учинилац мисли да крши норму која не постоји. Другим речима, с обзиром да норма не постоји, не може се ни прекршити, а ако никаква норма није ни прекршена, предузето понашање је дозвољено.

- Други појавни облик трећег подоблика путативног деликта је обрнута неправна заблуда о важењу. Подсетимо се прво, на кратко, одређења те неправне заблуде о важењу. Наиме, у овој заблуди је учинилац који мисли да одређена норма не важи због тога што се тренутно не примењује, иако учинилац зна за норму, и

самим тим зна да забрањује његово понашање, и зна да је закон (у којем је норма) на снази; (на пример, у новом закону је прописано да одређене његове норме, иако су ступиле на правну снагу, уосталом када и сам закон, почињу да се примењују тек након једне године од дана ступања на снагу). Описани пример је једна од ситуација неправне заблуде о важењу. Негативно одређено, ова заблуда постоји када учинилац верује да норма не важи, али не због тога што не зна било које стварне околности (да је одржана седница скупштине на којој је усвојен закон, да је тај закон објављен у јавном гласилу и да је ступио на правну снагу), и такође не због тога што мисли да је норма неуставна, ништава, донета од ненадлежног органа. Неправна заблуда о важењу постоји дакле када не зна право, а зна да не постоје негативне одреднице из претходне реченице. „Обрнимо“ дакле ову врсту заблуде о важењу. Тада, учинилац верује да је његово понашање забрањено зато што мисли (на пример) да одређена норма важи, а заправо не важи јер још увек није почела да се примењује, али не због тога што није на правној снази, већ зато што има „одложено“ примену. Треба иначе и на овом месту указати да није „централно“ питање неправне заблуде о важењу да ли је норма стала на правну снагу, те да само ако јесте стала на правну снагу, а учинилац не зна да се примењује постоји ова врста правне заблуде. Наиме, сасвим је могуће да учинилац не зна како норма ступа на правну снагу; на пример не зна да норма није ступила на правну снагу ако није објављена у јавном гласилу и ако није прошао *vacatio legis*. Уколико не зна ово, онда је то што не зна право, а не стварна околност, те ће стога и тада постојати правна заблуда, а не посебна врста стварне заблуде. Уколико пак зна право, али не зна да нешто није објављено у јавном гласилу, он у том случају зна право, али не зна стварну околност. Тачније, учинилац и тада не зна право, али га не зна, не зато што иначе не зна право, већ његово незнање права има узрок у незнању стварне околности.

*7.5.1.1. „Лажна“ индиректна правна заблуда о постојању дела
малог значаја и путативни деликт, или зашто путативни
деликт није увек обрнута правна заблуда*

У оквиру другог облика – првог подоблика – другог огранка путативног деликта (мисли да не постоји цела дозвољавајућа норма), може се наићи на прилично необичан пример,

који ћемо управо због таквог својства на овом месту изложити. Ради се о ситуацији када лице не би знало да постоји дело малог значаја као основ искључења противправности.

Као прво, анализирајмо могућност постојања индиректне правне заблуде о постојању дела малог значаја као основа искључења противправности.

Дакле, учинилац предузима радњу за коју зна да је иначе правно забрањена, али мисли да је у конкретном случају дозвољена јер је дело малог значаја. Наиме, као спорна ствар пре свега фигурира „оцена“ самог учиниоца да његово дело, упркос том што зна да се ради о кривичном делу, није противправно јер је малог значаја. По нашем мишљењу ова подврста заблуде о постојању основа искључења противправности је „лажна правна заблуда“. Ово због тога што смо мишљења да дело малог значаја, због своје природе (специфичност процене испуњености услова), не може довести до индиректне правне заблуде, већ једино до сумње у забрањеност дела, односно условљене свести о противправности, која пак не негира постојање свести о противправности, а тиме је искључено постојање правне заблуде. Ако пак лице које мисли да је његово понашање „покривено“ делом малог значаја није у правној заблуди, онда, *argumentum a contrario*, лице које мисли да његово дело није „покривено“ овим основом правног оправдања, а заправо јесте, према становишту суда (или тужилаштва⁹⁵⁸) треба да буде у правној заблуди. Ово је наравно нетачно. (Видимо да се закључивање по разлогу супротности дисквалификује.) Такво лице неће бити у правној заблуди, јер би онда чинио нешто забрањено, у уверењу да није забрањено, а видели смо да лице мисли супротно – верује да чини нешто забрањено, а суд утврди да није забрањено. Такво лице би дакле чинило путативни деликт. Ако је пак путативни деликт обрнута правна заблуда, то значи да би „обртање“ предметне ситуације требало да „створи“ правну заблуду. Међутим, није тако. „Обртање“ ствара само „лажну“ индиректну правну заблуду. Једноставније речено, „обртање“ неће креирати правну заблуду. На концу, можемо ли путативни деликт онда „промовисати“ као обрнуту правну заблуду?

⁹⁵⁸ У случају одбацивања кривичне пријаве због дела малог значаја.

7.5.2. Разликовање обрнуте правне заблуде и обрнуте стварне заблуде
(неподобног покушаја)

У овом поднаслову бавимо се само најбитнијим одредницама разграничења уображеног кривичног дела и неподобног покушаја.

Наиме, неподобан покушај постоји када учинилац покуша да изврши кривично дело неподобним средством или према неподобном предмету.⁹⁵⁹ Другим речима, неподобан је онај покушај када учинилац није успео јер су чињеничне претпоставке за обележја бића кривичног дела, које је учинилац погрешно држао да постоје, недостајале.⁹⁶⁰ Фишер стога истиче да „неподобност покушаја проистиче из недостатка у слици о представи учиниоца која одговара обрнутој заблуди о делу“ (*Tatbestandsirrtum*, стварној заблуди у ужем смислу, прим. аут.).^{961,962}

Најједноставније изложено, код путативног деликта, учинилац не зна право, те зато мисли да је то што ради забрањено (а није). Са друге стране, код неподобног покушаја, учинилац не зна стварне околности, односно не зна чињенице, те је уверења да на тај начин како је замислио може учинити кривично дело, а заправо не може. Покушај учиниоца показује се као неподобан.⁹⁶³ Другим речима, тако како учинилац хоће да учини кривично дело, оно не може да се учини. Стојановић врло јасно објашњава да „у једном случају (неподобан покушај) постоји ситуација стварне заблуде, али у обрнутом смислу, а у другом (путативни деликт) постоји ситуација правне заблуде, такође у обрнутом смислу.“⁹⁶⁴ Затим, Госел *et al.* пишу да се код неподобног покушаја, заблуда учиниоца тиче и ограничава на објективно биће дела, док код путативног деликта постоји погрешна представа о кажњивости, противправности и осталим претпоставкама кажњивости осим претпоставци кажњивости из објективног бића.^{965,966}

⁹⁵⁹ З. Стојановић (2013), 227.

⁹⁶⁰ Т. Fischer (2015), 221.

⁹⁶¹ *Ibid.*, 222.

⁹⁶² Није сад тема, али ваља указати да постоји и обрнута стварна заблуда у ширем смислу (о чињеничним претпоставкама основа искључења противправности; када на пример лице „одбије напад“, мислећи да не постоји било какав напад на њега, а заправо је постојао).

⁹⁶³ За разлоге неподобности види више на одговарајућем месту у раду.

⁹⁶⁴ З. Стојановић (2013), 229.

⁹⁶⁵ Gössel Karl Heinz *et al.*, 93.

⁹⁶⁶ Иначе, зато је погрешна представа о испуњености претпоставки кажњивости исто уображени злочин; тако Госел *et al.* наводе: „Некажњиво је свако понашање неурачунљивога лица, које погрешно сматра да је урачунљиво...“. *Ibid.*, 95.

Видимо да (начелно) за разграничење умишљеног злочина и неподобног покушаја не би требало да буде проблема, обзиром да се разликовање може приказати кроз незнање права и незнање чињеница (обрнута правна и обрнута стварна заблуда), те да „линија“ може да се поставља по истом принципу као и на пољу правне и стварне заблуде.

Фишер објашњава да, ко у заблуди прихвата (сматра, верује, прим. аут.) да остварује неко обележје бића кривичног дела, тај је у заблуди у погледу неке чињенице (Фишер овде даје пример, кад лице мисли да је лутка у излогу у ствари жива особа, а не лутка), а не у погледу границе између права и неправа.⁹⁶⁷ Исти аутор истиче да је легитимно да кривично право полази од тога да вољна побуна против права мора бити кажњена.⁹⁶⁸ Ово је наине разлог због чега је неподобан покушај кажњив (наравно код оних дела где је и сам покушај кажњив⁹⁶⁹), а путативни деликт није кажњив. На сличном трагу објашњавају и Госел *et al.* да код неподобног покушаја учинилац хоће да предузме понашање које је кажњиво како из његовог тако и из угла правног поретка, међутим то не може, а путативни деликт се препознаје по томе што учинилац понашање које је из угла правног поретка некажњиво, држи/сматра за кажњиво.⁹⁷⁰

8. ПРАВНА ЗАБЛУДА И ПРОТИВПРАВНОСТ КАО ОБЕЛЕЖЈЕ БИЋА КРИВИЧНОГ ДЕЛА

8.1. Противправност и други њени називи из бића кривичног дела

Постоји низ кривичних дела у чијем законском опису се појављује „противправност/неовлашћеност“. Нека од њих су и: кривично дело противправно лишење слободе из чл. 132 КЗС, где у ст. 1 пише: „Ко другог противправно затвори...“; кривично дело повреда слободе кретања и настањивања из чл. 133 КЗС, где у ст. 1 пише: „Ко противправно ускрати или ограничи грађанину Србије слободу кретања...“; кривично дело повреда слободе говора и јавног иступања из чл. 148 КЗС, где у ст. 1 пише: „Ко другом на противправан начин ускрати или ограничи слободу говора или

⁹⁶⁷ Т. Fischer (2016).

⁹⁶⁸ *Ibid.*

⁹⁶⁹ Види и Т. Fischer (2015), 221.

⁹⁷⁰ Gössel Karl Heinz *et al.*, 92.

јавног иступања...“ . Посебно истицање противправности у законском опису кривичног дела несумњиво је учесталије него што би се на први поглед могло помислити. Наиме, она се појављује не само онда када у законском опису неког кривичног дела наиђемо на реч „противправно“. Напротив, противправност се у истој улози појављује и када је сусрећемо у „другим облицима/називима“, попут:

- 1) „Ко кршећи прописе“ (чл. 260 КЗС⁹⁷¹ – загађење животне средине);
- 2) „Ко противно прописима“ (чл. 268 – повреда права на информисање о стању животне средине);
- 3) „Ко противно прописима или наредбама“ (чл. 274 – пустошење шума);
- 4) „...не поступи по прописима или општепризнатим техничким правилима (чл. 281 – непрописно и неправилно извођење грађевинских радова);
- 5) „Ко ... не поступа по прописима, одлукама или наредбама“ (чл. 270 – преношење заразних болести код животиња и биљака);
- 6) „Ко се свесно не придржава прописа и мера“ (чл. 250 – преношење инфекције ХИВ вирусом);
- 7) „Ко свесним кршењем закона“ (чл. 152 – спречавање политичког, синдикалног и другог удруживања и деловања);
- 8) „Ко се свесно не придржава закона или других прописа, колективних уговора и других општих аката“ (чл. 163 – повреда права по основу рада и права из социјалног осигурања);
- 9) „Ко свесним кршењем прописа“ (чл. 164 – повреда права при запошљавању и за време незапослености);
- 10) „Ко непрописно држи, чува или рукује повереним оружјем...“ (чл. 412 – непрописно старање о повереном оружју);
- 11) „Ко се противно законом утврђеној обавези...“ (чл. 395 – избегавање пописа и прегледа);
- 12) „Ко кршећи правила међународног права“ (чл. 390 – заснивање ропског односа и превоз лица у ропском односу);
- 13) „... који се не придржава саобраћајних прописа“ (чл. 289 – угрожавање јавног саобраћаја);
- 14) „Ко супротно прописима“ (чл. 129 – повреда права употребе језика и писма);

⁹⁷¹ У набрајању које следи сваки пут се мисли на КЗС тако да се то неће посебно истицати.

- 15) „... које кршењем закона или других прописа или општих аката“ (чл. 361 – несавестан рад у служби);
- 16) „Ко се, кршећи мере заштите...“ (чл. 302 – неовлашћени приступ заштићеном рачунару, рачунарској мрежи и електронској обради података);
- 17) „... који су забрањени правилима међународног права“ (чл. 376 – употреба недозвољених средстава борбе);
- 18) „Ко другог..., противзаконито не упише у списак гласача“ (чл. 155 – повреда права гласања);
- 19) „Ко кршењем закона...“ (чл. 154 – повреда права кандидовања);
- 20) „...или уопште не поступа по прописима или техничким правилима о мерама заштите“ (278 – изазивање опште опасности);
- 21) „Ко самовласно прибавља...“ (чл. 330 – самовлашће);

Надаље, налазимо за потребно приметити да постоји и део привредних кривичних дела где је консултовање низа законских и подзаконских аката неопходан посао уколико се жели утврдити да ли је неко понашање забрањено или није. Другим речима, такво понашање је забрањено уколико се крше такви акти. Да би код лица постојао умишљај у односу на ова дела, он мора да зна да крши те (разноразне) прописе. Дакле, да би постојао умишљај, учинилац мора да зна да тиме што ради крши прописе. Ако дакле не зна да поступа противправно, он онда ни не зна да крши те прописе, јер да зна да крши прописе, имао би свест да је то што ради противправно. Једноставно, ако нема свести о противправности, нема ни умишљаја. Као пример наводимо кривично дело злоупотребе овлашћења у привреди из чл. 238 ст. 1 тач. 4 КЗ где се каже: „... на други начин грубо повреди овлашћења у погледу управљања, располагања и коришћења имовином“, као и кривично дело злоупотребе положаја одговорног лица из чл. 234 ст. 1 КЗ где се каже: „... које искоришћавањем свог положаја или овлашћења, прекорачењем граница свог овлашћења или невршењем своје дужности...“ На овом последњем примеру лако се уочава да КЗС не говори која су овлашћења одговорног лица, где су границе тих овлашћења и које су његове дужности, већ нам је за то потребан не само Закон о привредним друштвима⁹⁷² већ и оснивачки акт привредног друштва, правилник о унутрашњем уређењу и систематизацији радних места и сл.⁹⁷³

⁹⁷² *Службени гласник РС*, бр. 36/11, 99/11, 83/14 и 5/15.

⁹⁷³ На пример у чл. 221 Закона о привредним друштвима (у делу који се односи на друштва са ограниченом одговорношћу) пише: „Директор заступа друштво у складу са оснивачким актом, одлукама

Овако како смо изложили примере „за привредна дела“ може се закључити да смо на становишту како противправност, код кривичних дела која ово обележје садрже у законском опису, мора бити обухваћена умишљајем. Но, опишимо стање.

8.2. Нема свести о противправности – нема ни умишљаја; или прича о противправности као општем или посебном обележју дела

Дакле, утврдили смо да се противправност „крије“ под двадесетједним другим именом, функционално пак истим, у законском опису бића кривичног дела. Наше питање гласи, да ли оваква противправност мора бити обухваћена умишљајем да би се могло говорити о умишљајно учињеном кривичном делу. Ако се умишљај мора протезати и на обележје противправности из бића кривичног дела, тада ће правна заблуда искључивати умишљај и имати дејство као и стварна заблуда. Другим речима, у односу на ова кривична дела (којих приметили смо, има не баш мало) важила би теорија умишљаја, односно свест о противправности морала би тада бити обухваћена умишљајем, а ако пак није, онда отпада умишљај.

С тим у вези, а пре детаљнијег излагања овог питања, приметимо да се овде „расправља“ питање да ли постоји стварна заблуда у ужем смислу (заблуда о делу) или правна заблуда. Другим речима, да ли би незнање противправности, код кривичних дела код којих је противправност унета у законски опис дела, водило стварној или правној заблуди.

С тим у вези, Стојановић наводи: „У старијој теорији је било спорно да ли свест учиниоца (код умишљаја, прим. аут.) треба да обухвати и противправност. Код нас је преовладао став да то није потребно, осим изузетно код кривичних дела код којих је противправност битно обележје бића кривичног дела.“⁹⁷⁴ (А. Колер пише да је фон Лист био мишљења да учинилац (да би делао умишљајно, прим. аут.), мора имати свест

скупштине друштва и упутствима надзорног одбора, ако је управљање друштвом дводомно.“ Дакле, уколико хоћемо да испитамо да ли је директор прекорачио овлашћења или их је злоупотребио, ми прво морамо да сазнамо шта су све овлашћења директора ДОО. Наиме, то свакако не пише у КЗ.

⁹⁷⁴ З. Стојановић (2013), 171.

о противправности, код оних кривичних дела, где је противправност посебно обележје дела.⁹⁷⁵⁾

Тако на пример Стојановић, анализирајући кривично дело повреде слободе кретања и настањивања из чл. 133 КЗС („ко противправно ускрати или ограничи слободу кретања...“), наводи да се ово кривично дело може учинити „само са умишљајем који мора да укључи и свест о противправности“.⁹⁷⁶ И у погледу кривичног дела противправно лишење слободе из чл. 132 КЗС („ко другог противправно затвори...“), исти аутор пише да се као „посебно обележје захтева постојање противправности“⁹⁷⁷; затим за кривично дело повреде слободе говора и јавног иступања из чл. 148 КЗС („ко другом на противправан начин...“), наводи да „субјективну страну кривичног дела чини умишљај који мора да обухвати и свест о противправности“⁹⁷⁸. Такође, пример „другачијег назива“ противправности о којем смо већ говорили је и назив „неовлашћено“. Да се и овде ради о противправности као посебном обележју дела видимо и кад Стојановић указује да се кривично дело спречавања штампања и растурања штампаних ствари и емитовање програма из чл. 149 КЗС („Ко неовлашћено спречи...“) може учинити само са „умишљајем који обухвата и свест да се то чини неовлашћено“.⁹⁷⁹ Надаље, пример „другачијег назива“ противправности су и речи „противно прописима“. Тако код кривичног дела противправног вршења медицинских експеримената и испитивање лека из чл. 252 КЗ („ко противно прописима...“), „умишљај мора обухватити и свест о противправности“⁹⁸⁰ (исто и код кривичног дела повреде права на информисање о стању животне средине из чл. 268 КЗС⁹⁸¹; и код дела недозвољеног поступања са експлозивним и запаљивим материјалом из чл. 286 КЗС⁹⁸² Исто и за речи „ко кршећи прописе“ код кривичног дела убијања и злостављање животиња из чл. 269 КЗС, где „умишљај мора обухватити и свест о томе да се предузимањем радње крше одговарајући прописи“.⁹⁸³ Такође и речи „ко самовласно прибавља“ код кривичног дела самовлашће из чл. 330 КЗС, за које Стојановић указује

⁹⁷⁵ А. Köhler, 302-303.

⁹⁷⁶ З. Стојановић (2012), 451.

⁹⁷⁷ *Ibid.*, 449.

⁹⁷⁸ *Ibid.*, 478.

⁹⁷⁹ *Ibid.*, 479.

⁹⁸⁰ *Ibid.*, 731.

⁹⁸¹ *Ibid.*, 761.

⁹⁸² *Ibid.*, 791.

⁹⁸³ *Ibid.*, 764.

да то „у ствари значи противправно, а то подразумева да је противправност унета у биће кривичног дела као његово обележје“.⁹⁸⁴

Са друге стране, Лазаревић пише да у правној заблуди „поступа учинилац који за време епидемије какве опасне заразне болести код животиња (члан 270), продаје или коље стоку, не знајући да је то забрањено неким прописом, одлуком или наредбом надлежног органа“.⁹⁸⁵ Члан 270 КЗ се зове „Преношење заразних болести код животиња и биљака“, а у ставу 1 пише: „Ко за време епидемије неке болести животиња...не поступа по прописима, одлукама или наредбама којима се одређују мере за сузбијање или спречавање болести.“ Прво, уочавамо да члан 270 КЗ не говори о „продаји или клању стоке“, већ о непридржавању прописима за време епидемије какве заразне болести код животиња. Но, на страну уочено. Видимо да је овде противправност обележје бића дела. Да би лице поступало умишљајно, он мора да буде свестан свих обележја бића дела, а ако пак није, онда је у стварној заблуди (која ће искључити умишљај), а није у правној заблуди, како то Лазаревић наводи. Наиме, према чл. 270, тражи се да лице поступа противно прописима, што значи да поступа противправно. Дакле, заправо се одредба може читати и као „ко противправно поступа“. Шта је овде довољно за умишљај? Лазаревић пак, образлажући шта се захтева за умишљај код кривичног дела из чл. 270, дакле управо оног дела где исти аутор наводи да незнање тих прописа води правној заблуди, пише: „Код умишљајног извршења дела учинилац треба да је свестан да не поступа по прописима или наредбама за време епидемије неке сточне болести...“.⁹⁸⁶ Запажамо да Лазаревић за умишљај овде „тражи“ свест лица да „не поступа по прописима“. Даље, ако лице не зна ове прописе, а за умишљај се захтева да је свесно поступало противно прописима, односно свест о непоступању по прописима, није јасно како такво лице може делати умишљајно ако уопште и не зна за постојање прописа. Скраћено, како се може бити свестан да се поступа против неког правила, ако уопште нисмо ни свесни тог правила? Закључујемо, Лазаревић сматра да незнање прописа у истом случају, једном доводи до правне заблуде, а истовремено „иста ствар“ искључује умишљај. Заправо није спорно ни то да ли ће се „поступање...не знајући да је то забрањено неким прописом“ у овом случају звати правна или стварна заблуда. Проблем је то што ако већ тврдимо да је то правна заблуда, није јасно како ћемо

⁹⁸⁴ *Ibid.*, 872.

⁹⁸⁵ Љ. Лазаревић (2011), 152-153.

⁹⁸⁶ *Ibid.*, 830.

отклонити (како ће отпасти) умишљај код лица у (на пример) отклоњивој правној заблуди, ако истовремено тврдимо, за то исто дело, како се за умишљај захтева свест о кршењу односних прописа.

Идентично размишља Лазаревић и када коментарише кривично дело преношење заразне болести из чл. 122 КЗ/77 (став 1: „Ко не поступајући по прописима или наредбама којима надлежни орган или организација одређује прегледе, дезинфекцију...или неке друге мере за сузбијање или спречавање заразних болести код људи, проузрокује преношење заразне болести...“), пише: „Код дела из ст. 1 и 2 извршилац мора бити свестан постојања здравственог прописа или наредбе и њихове обавезности...“.⁹⁸⁷ Потом исти писац наводи: „О могућности утицаја непознавања прописа на одлуку о кривичној санкцији в. одредбе о правној заблуди- члан 17 КЗ СФРЈ (правна заблуда, прим. аут.)...“.⁹⁸⁸ Несумњиво се може приметити да је Лазаревић мишљења да је учинилац који не зна здравствене прописе, у правној, а не у стварној заблуди. Ипак, свега неколико редова пре ових навода Лазаревић пише и следеће: „За кривично дело из става 1 довољно је свесно и вољно непоступање по здравственим прописима..., под условом да је том умишљајном радњом проузроковано преношење заразне болести...“.⁹⁸⁹ Готово идентично резонување овај писац нуди у погледу кривичног дела повреда права из радног односа из чл. 86 КЗ Социјалистичке Републике Србије од 1977. године⁹⁹⁰ – („Ко се свесно не придржава закона или других прописа...“). Наводи: „Дело се може извршити само са умишљајем. Извршилац дела треба да је свестан да поступа противно прописима о правима радника и да ће услед тога бити, или да може бити, ускраћено или ограничено неко право радника.“⁹⁹¹

Чини нам се да Лазаревић, за умишљајно поступање ипак захтева да је учинилац свестан да поступа супротно прописима. У вези с тим, питамо се (још једном) да ли је искључен умишљај, или пак постоји „само“ правна заблуда, ако учинилац не зна здравствене прописе?

⁹⁸⁷ Љ. Лазаревић, у Никола Срзентић *et al.*, *Коментар кривичних закона СР Србије, САП Косова и САП Војводине*, Савремена администрација, Београд 1981, 386.

⁹⁸⁸ *Ibid.*

⁹⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁹⁰ Службени гласник СР Србије бр. 26/77, 28/77, 43/77 и 20/79.

⁹⁹¹ Љ. Лазаревић, у Никола Срзентић *et al.*, (1981), 260.

Осим код Лазаревића, на слично резонување у погледу описаних кривичних дела, а у вези постојања/непостојања правне заблуде или умишљаја наилазимо и код Ђорђевића, који правном заблудом сматра ситуацију када: „...учинилац не зна прописе којима се допуњује бланкетна димпозиција којом је дело одређено у закону. Тако би нпр. учинилац био у правној заблуди, иако зна да непоступање по прописима за време епидемије представља кривично дело, ако не зна за те прописе.“⁹⁹² Свега неколико редова касније, Ђорђевић указује: „Правна заблуда се односи на противправност као општи елемент кривичног дела уопште а не и на противправност која се појављује као посебно обележје код неких кривичних дела. Пошто код ових кривичних дела противправност представља законско обележје кривичног дела она има значај стварне околности дела, те заблуда о њој представља стварну заблуду.“⁹⁹³

Да је за умишљај код кривичних дела у чијем законском опису „се позива на кршење прописа“ неопходно да учинилац буде свестан да поступа супротно тим прописима, те да се стога може рећи да свест о противправности мора бити обухваћена умишљајем, видимо и код Стајића, Крауса и Јовановића.

Тако Стајић, коментаришући кривично дело загађивање ваздуха и вода из чл. 133 КЗ/77 (ст. 1: „Ко кршењем прописа о заштити и унапређењу човекове средине...“), пише: „Код дела из става 1 умишљај извршиоца се испољава у његовој свести да кршењем прописа загађује ваздух...“.⁹⁹⁴

Краус, анализирајући кривично дело преношење заразних болести код животиња, биља и дрвећа из чл. 157 КЗ/77 (ст. 1: „Ко за време епидемије неке сточне болести...не поступи по прописима...“), наводи: „Код кривичног дела извршеног са умишљајем извршилац треба да је свестан...да поступа супротно прописима односно наредбама...(свест о противправности дела).“⁹⁹⁵ Скраћено речено, овде је противправност обележје бића дела; и ако је нема, нема ни умишљаја. Краус доследно резонује и код кривичног дела пустошење шума из чл. 160 КЗ/77 (ст. 1: „Ко противно прописима...врши сечу или крчење шуме...“), те пише: „За кривичну одговорност

⁹⁹² Мирослав Ђорђевић, у Фрањо Бачић *et al.*, *Коментар Кривичног закона Социјалистичке Федеративне Републике Југославије*, Савремена администрација, Београд 1978, 90.

⁹⁹³ *Ibid.*, 91.

⁹⁹⁴ Александар Стајић, у Никола Срзентић *et al.* (1981), 414.

⁹⁹⁵ Божидар Краус, у Никола Срзентић *et al.* (1981), 469.

потребан је умишљај. Извршилац треба да је свестан да својом радњом уништава шуму и да то чини противправно.⁹⁹⁶

Јовановић, анализирајући кривично дело повреда права из радног односа из чл. 86 КЗ/77, пише да се кривично дело „састоји у свесном непридржавању закона и других прописа или самоуправних општинских аката о заснивању или престанку радног односа, о радном времену, о годишњем одмору“.⁹⁹⁷ Такође наводи: „Кршење прописа мора да буде учињено свесно. То значи да учинилац дела мора да зна да поступа противно прописима...Уколико дело није учињено свесно (мисли на свест о противности прописима, прим. аут.) тада може постојати прекршај или повреда радне дужности.“⁹⁹⁸ Другим речима, ако недостаје свест да се поступа противно прописима, нема ни умишљаја, а у овом случају онда нема ни кривичног дела, с обзиром да није прописано кажњавање за нехат. Још један пример како делује незнање о противправности, код дела код којих је противправност обележје бића дела.

Надаље, и С. Вуковић пише: „Стварна заблуда не односи се на противправност (сем када је противправност обележје кривичног дела).“⁹⁹⁹ Закључујемо да се ради о стварној заблуди, ако би дакле противправност била обележје дела. С друге стране, код Чејовића пише: „...уколико се ради о погрешној представи о противправности као општем елементу појма кривичног дела, онда је заиста у питању правна заблуда. Међутим, ако је у питању погрешна представа о противправности као елементу бића кривичног дела, онда се ради о стварној, а не о правној заблуди.“¹⁰⁰⁰ Чејовић дакле уводи категорије „општег елемента појма кривичног дела“ и „елемента бића кривичног дела“. Оно што нам не говори Чејовић јесте следеће: 1) шта је „општи елемент појма кривичног дела“ и 2) да ли је за њега противправност (и њени други називи – неовлашћеност и сл.) „елемент бића кривичног дела“ увек када се појављује у законском опису дела или је пак могуће да постоје кривична дела у чијем законском опису се изричито наводи и противправност, али „таква“ противправност не мора бити обухваћена умишљајем, јер упркос што „стоји“ у законском опису, није посебно већ је опште обележје дела. Изгледа нам да код Чејовића излагања о наведеном уопште нема.

⁹⁹⁶ *Ibid.*, 474.

⁹⁹⁷ Љубиша Јовановић, *Кривично право - посебни део*, ИРО Светозар Марковић, Београд 1983, 232.

⁹⁹⁸ *Ibid.*, 234.

⁹⁹⁹ Светислав Вуковић, *Коментар Основног кривичног закона и Кривичног законика Републике Србије*, Пословни биро, Београд 2003, 33.

¹⁰⁰⁰ Б. Чејовић (1985), 162.

Препостављамо да он сматра да је противправност „обележје дела“ увек када се појављује у законском опису дела.

Мршевић анализирајући противправност као посебно обележје бића кривичног дела пише да је ту теорија „направила компромис“¹⁰⁰¹ и „прихватила решење да правна заблуда о противправности као посебном обележју кривичног дела кад је оправдана извињава у истом обиму и на исти начин као и стварна заблуда“.¹⁰⁰² Овде се онда свакако не ради о правној, већ управо о стварној заблуди и то у ужем смислу. Наиме, означити непостојање свести о противправности термином правна заблуда, код оних дела где је противправност посебно обележје дела, појављује се можда као спорно. Мршевић управо и користи израз „правна заблуда о противправности“, али, видели смо, оваквој заблуди „даје дејства“ стварне заблуде. Ако пак нешто има дејства стварне заблуде, односно делује/„понаша се“ идентично као стварна заблуда, чини нам се мало упитно избегавање да се то „нешто“ означи као стварна заблуда. Ипак, можда је разумљиво такво избегавање; јер да ли учинилац ту не зна право или не зна чињенице? Ако пак не зна право како можемо рећи да је у стварној заблуди? Већ смо истакли, овде уопште и није проблематично како ћемо звати ову заблуду, једино је битно препознати да она искључује умишљај. Међутим, занимљиво је у датом моменту, у „владавини/општеприхваћености“ теорије кривице, приметити да је то правна заблуда која искључује умишљај.

Даље, још 1937. године, Аћимовић дели обележја бића кривичног дела, на она која су стварне природе и она правне природе.¹⁰⁰³ У оквиру обележја правне природе која су предмет умишљаја, разликује три групе¹⁰⁰⁴: 1) „Обележја чињеничке и правне природе“, а као пример наводи „одузимање“ код крађе; 2) „Правни појмови“, за које пише да је кажњивост за та дела условљена „правилном оценом њиховог својства“; као пример наводи правне појмове: „службена дужност“, „поверилац“, „дужник“, „трговачка или индустријска тајна“, „исправа“ и др.; 3) „Обележја којима се кажњивост учиниоца заснива или повећава“; за пример „заснивања кажњивости“ упућује на тадашњи чл. 161 КЗ – код којег се кажњава само онај ко при ступању у чланство, зна да

¹⁰⁰¹ З. Мршевић, 74.

¹⁰⁰² *Ibid.*

¹⁰⁰³ М. Аћимовић, 90-91.

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*, 91-93.

су уређење и циљ друштва „противни наређењима казних или војних закона“.¹⁰⁰⁵ Другим речима, а у односу на ову трећу групу обележја правне природе, учинилац који нема свест о томе о којим се наређењима ради, те који војни закони су у питању, односно ако не зна њихову садржину, не поступа са умишљајем. Наиме, ради се о једном од „других назива“ противправности која се појављује у законском опису дела, а за коју Аћимовић (још пре 80 година) наводи да мора да буде обухваћена умишљајем.

У КЗ Немачке, наилазимо на низ кривичних дела, у чијем се законском опису налази и обележје противправности (и њених „других назива“). Међутим, незнање овог обележја не води увек стварној заблуди, јер се та „противправност“ некад не сматра обележјем дела, иако, понављамо, „стоји“ у законском опису.

Фишер пише да реч „неовлашћено“ у појединим бићима (кривичних, прим. аут.) дела може према садржају одредбе имати значење искључења бића дела (као код кривичног дела неовлашћено присвајање службених овлашћења из чл. 132 КЗН) или може бити само упућивање да на том пољу (у тој области) може често да дође до правних основа оправдања.¹⁰⁰⁶ Исти аутор даље наводи да ако се реч „противправно“, у опису бића дела, не односи на радњу, већ на неко појединачно обележје, онда такође означава обележје бића дела на које се умишљај мора протезати (које мора бити обухваћено умишљајем, прим. аут.).¹⁰⁰⁷ Видимо дакле да према Фишеру, појављивање противправности у законском опису дела не мора нужно да „води“ закључку да је у питању обележје дела које мора бити обухваћено умишљајем. Једноставно речено, из оваквог Фишеровог мишљења може се закључити да противправност која се појављује у законском опису дела може да буде и опште обележје дела и посебно обележје дела. Ако је опште обележје дела, онда не мора да буде обухваћена умишљајем, ако је посебно обележје онда мора.

Тако на пример, ситуације у којима је противправност посебно обележје дела која мора бити обухваћена умишљајем су:

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁰⁶ T. Fischer (2015), 143.

¹⁰⁰⁷ *Ibid.*

Кривично дело из чл. 298 КЗН – споразуми о ограничавању конкуренције код (јавних, прим. аут.) понуда (*Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen*), где је противправност је обележје дела.¹⁰⁰⁸ Противправан је споразум када крши забрану из чл. 1 Закона против ограничавања конкуренције¹⁰⁰⁹ (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB*)¹⁰¹⁰ Фишер пише да то доводи до тога да се учинилац који зна све чињеничне претпоставке кршења конкуренције, налази у казненоискључујућој стварној заблуди, и када (ове чињенице, прим. аут.) погрешно правно оцењује.¹⁰¹¹

Кривично дело прогањање (*Nachstellung*) из чл. 238 КЗН, где у ст. 1 пише: „...ко друго лице на неки неовлашћени начин прогања...“, где Фишер наводи да је неовлашћеност (*Unbefugtheit*) обележје дела.¹⁰¹² Обзиром да је сматра обележјем дела, умишљај се мора протезати и на њу.

У чл. 311 КЗН прописано је кривично дело ослобађање/(от)пуштање јонизујућих зрака (*Freisetzen ionisierender Strahlen*). Између осталог, у одредби ст. 1 тач 1 овог члана, пише: „Ко кршећи управноправне обавезе (у вези, прим. аут.; – чл. 330 ст. 1 тач. 4 и 5 и става 2) ослободи јонизујуће зраке...“. Фишер пише да кршење (управноправне, прим. аут.) обавезе мора бити обухваћено умишљајем- „знање о обавезама и свест о њиховом кршењу“.¹⁰¹³ Иначе, у чл. 330д КЗН (значење израза употребљених у 29. одељку КЗН-кривична дела против животне средине¹⁰¹⁴, прим. аут.) у ст. 1 у тач. 4, између осталог пише да је управноправна обавеза: „неки правни пропис; нека судска одлука; неки извршни управни акт...“. Очигледно је за закључивање, да овакво резонување важи и код низа других кривичних дела, из одељка кривичних дела против животне средине КЗН; попут: кривичног дела загађивања земљишта из чл. 324а (*Bodenverunreinigung*); кривичног дела загађивања ваздуха из чл. 325 (*Luftverunreinigung*); кривичног дела угрожавања заштићених области из чл. 329 (*Gefährdung schutzbedürftiger Gebiete*) и др.

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*, 2242.

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*, 2242.

¹⁰¹⁰ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/>, 18. март 2017.

¹⁰¹¹ T. Fischer (2015), 2245.

¹⁰¹² *Ibid.*, 1675.

¹⁰¹³ *Ibid.*, 2329.

¹⁰¹⁴ Иначе, кривично дело из чл. 311 КЗН, не спада у групу кривичних дела против животне средине, већ у општеопасна кривична дела из 28. одељка КЗН.

У чл. 132 КЗН прописано је кривично дело неовлашћено присвајање службених овлашћења (*Amtsanmaßung*), којим се (између осталог) санкционише неовлашћено бављење јавним/службеним овлашћењем. У овом случају, обележје „неовлашћено“ је обележје бића кривичног дела, и самим тим мора бити обухваћено умишљајем.¹⁰¹⁵ Заблуда о овлашћењу је (овде, прим. аут.) по правилу стварна заблуда.¹⁰¹⁶ Правна заблуда би у овом случају постојала када би се заблуда односила на границе овлашћења.¹⁰¹⁷ Слична је ситуација и са кривичним делом злоупотребе титула, пословних ознака и знакова из чл. 132а (*Mißbrauch von Titeln, Berufsbezeichnungen und Abzeichen*), где се у ст. 1 тач. 1 санкционише онај ко неовлашћено носи домаће или стране службене ознаке, академске титуле итд. И овде је обележје неовлашћености обележје бића дела, и заблуда о постојању овлашћења јесте стварна заблуда, а о границама овлашћења правна заблуда.

Ситуације у којима је противправност опште обележје дела и стога не мора бити обухваћена умишљајем, према Фишеру су:

Кривично дело принудног венчања (*Zwangsheirat*) из чл 237 КЗН, где у ст. 1 пише: „Ко неког човека противправно силом или претњом озбиљним злом принуди да склопи брак...“. С тим у вези, Фишер наводи да погрешно сматрање (учиниоца) на основу правних правила или традиционалних обичаја, да је овлашћен на дело, јесте само правна заблуда.¹⁰¹⁸ Иста је ситуација и код кривичног дела принуде (*Nötigung*) из чл. 240 КЗН, где у ст. 1 пише: „Ко неког човека противправно силом или претњом озбиљним злом принуди на неку радњу, трпљење или пропуштање...“. И ту Фишер пише да „свест о противправности не припада умишљају“.¹⁰¹⁹

Код кривичног дела уништавања важних средстава рада из чл 305а КЗН (*Zerstörung wichtiger Arbeitsmittel*) такође, према Фишеру, наилазимо на опште обележје дела (*allgemeines Verbrechensmerkmal*), а не на обележје бића дела (*Tatbestandsmerkmal*).¹⁰²⁰ А у 305а ст. 1 пише: „Ко противправно туђе техничко средство рада од значајне вредности... потпуно или делимично уништи...“.

¹⁰¹⁵ Тако и Т. Fischer (2015), 1032.

¹⁰¹⁶ *Ibid.*

¹⁰¹⁷ *Ibid.*

¹⁰¹⁸ *Ibid.*, 1660.

¹⁰¹⁹ *Ibid.*, 1719.

¹⁰²⁰ *Ibid.*, 2292.

Постоје пак у оквиру истог кривичног дела, у различитим облицима (ставовима), „различита“ природа обележја противправности:

Таква је ситуација код кривичног дела оштећење ствари из чл. 303 КЗН (*Sachbeschädigung*), где у ставу 1 наилазимо на обележје противправности у законском опису бића дела, а у ставу 2 на обележје неовлашћености. Тако у ст. 1 пише: „Ко противправно туђу ствар оштети или уништи...“; а у ст. 2 пише: „...ко неовлашћено...“. У првом случају – код противправности, не ради се о обележју дела (сматра се да се ради о општем обележју дела – „*ein allgemeines Deliktsmerkmal*“) ¹⁰²¹, а у другом- код неовлашћености, ради се о обележју дела. ¹⁰²²

Изгледа нам да Фишер појављивање противправности која описује радњу види као опште обележје дела, као и да њено појављивање онда служи својеврсном скретању пажње да приликом извршења таквих радњи неретко може да дође до примене неког основа искључења противправности. Као пример, узмимо кривично дело противправног лишења слободе из чл. 132 КЗС („Ко другог противправно затвори...“). Несумњиво је да се „оваква“ противправност односи на радњу – „затварања“. Може ли се стога тврдити да је ова противправност опште обележје дела, које само указује да је у тим случајевима могуће (учесталије) појављивање основа искључења противправности, те да стога не мора бити обухваћена умишљајем? Лако се може приметити да су основи правног оправдања који овде „могу доћи у обзир“: вршење службене дужности (на пример лишење слободе лица у односу на кога је издата потерница и одређен притвор) или пак тзв. *Festnahmerecht* (чл. 127 ЗКП-Н), односно хапшење при извршењу кривичног дела (чл. 292 ЗКП-С, тзв. грађанско хапшење). Према Фишеру, противправност би код овог дела, била „само“ опште обележје дела, на коју се дакле умишљај не мора протезати. Са друге стране, подсећамо, Стојановић истиче да је за постојање овог кривичног дела „потребан умишљај који мора обухватити свест о противправности“ ¹⁰²³.

Имајући у виду наведено, ми бисмо се сагласили са Стојановићем. Ево и зашто:

¹⁰²¹ Тако и код кривичног дела измена података из чл 303а КЗН (*Datenveränderung*); за 303а ипак не потпуно, види коментар Т. Fischer (2015), 2273.

¹⁰²² *Ibid.*, 2272.

¹⁰²³ З. Стојановић (2012), 449.

- 1) сваки учинилац зна да је, уопштено речено, правом забрањено лишити неко лице слободе;
- 2) сваки учинилац зна да се лица ипак лишавају слободе (притвор, затвор, хапшење и сл.), и такође зна да би се неко лишио слободе морају се испунити одређени (законом прописани) услови; другим речима, сваки учинилац зна да постоје ситуације када је ипак дозвољено лишити неко лице слободе; тада постоји дозвољавајућа односно овлашћујућа норма;
- 3) постојање овлашћујуће норме искључује противправност лишења слободе;
- 4) ако дакле учинилац лишава слободе неко лице, он то ради у уверењу да постоји норма која га на то овлашћује;
- 5) веровање у постојање овлашћујуће норме (односно у кретање у њеним границама) доводи нас на терен заблуде о основима искључења противправности;
- 6) заблуда о основима искључења противправности до које смо дошли ипак није индиректна правна заблуда јер основ искључења противправности – на пример вршење службене дужности право познаје, и не само да га право познаје, већ је учинилац лишио слободе неко лице поштујући правне границе основа искључења противправности; дакле, не постоји ниједна од две врсте индиректне правне заблуде, ни заблуда о постојању основа искључења противправности, ни заблуда о границама основа искључења противправности;
- 7) ипак, учинилац верује да поступа у оквиру основа искључења противправности; он зна да је његово понашање иначе забрањено, али сматра да је у конкретном случају дозвољено; међутим није дозвољено у конкретном случају;
- 8) разлог што није дозвољено у конкретном случају је тај што учинилац не зна чињеничне претпоставке основа искључења противправности;
- 9) пример – полицијски службеник лишава лице слободе јер мисли да постоји издата потерница и решење о одређивању притвора, а заправо не постоји; када би постојало, противправност би била искључена.
- 10) Закључујемо, ако се противправност у законском опису дела односи на радњу, и треба дакле да укаже да је учестало постојање основа искључења противправности у таквим случајевима, тада заблуда има корен у незнању стварне околности и зато је она стварна, а не правна заблуда.

У погледу дискусије о „противправности из бића дела“ као општем или посебном обележју, при чему само онда када је посебно обележје мора бити обухваћена умишљајем, мишљења смо да је таква подела вештачка и произвољна. Налазимо да свако изричито помињање противправности у законском опису дела од ње чини битно обележје дела на које се мора протезати умишљај.

На том трагу, чини нам се, Стојановић¹⁰²⁴ указује да „заблуда о противправности...има јаче дејство код кривичних дела у чије је биће унета противправност као битно обележје, него код осталих кривичних дела“¹⁰²⁵; указује да таква заблуда „искључује умишљај, а тиме и кривично дело (нема нехатних кривичних дела која у свом бићу садрже противправност)“.¹⁰²⁶ Наиме, налазимо да би се можда, и на основу цитираног Стојановићевог схватања, могло тврдити да, уколико законодавац у законски опис дела „унесе“ противправност, тада је она „Фишеровим речником речено“ посебно обележје дела (иако, видели смо, Фишер не сматра да је свака „поменута противправност“ и посебна противправност).

С изложеним у вези, још је Живановић 1922. године писао: „Противправност проузроковања није стварна околност, те према томе заблуда о истој није кривично-правно релевантна. Ко би н. пр. држао да изнуда није противправна, те према томе да није кривично дело, ипак ће бити умишљајни изнуђивач, ако је свестан свих стварних околности овог кривичног дела.“¹⁰²⁷ На том трагу, и дефинише умишљај као свест учиниоца о узрочном односу између своје радње и последице.¹⁰²⁸ Даље пише да свест о узрочном односу између радње и последице обухвата одређене представе увек, а одређене изузетно.¹⁰²⁹ Наводи да за умишљај није потребно да лице има: 1) свест о законској квалификацији; 2) свест о субјективним околностима као ни 3) свест о противправности.¹⁰³⁰ Живановић наводи да се свест о противправности не може захтевати за умишљај „јер једини извршилац може знати, да ли ју је имао или не“.¹⁰³¹

¹⁰²⁴ Анализирајући кривично дело самовлашће из чл. 330 КЗС.

¹⁰²⁵ З. Стојановић (2012), 872.

¹⁰²⁶ *Ibid.*

¹⁰²⁷ Т. Живановић, 233.

¹⁰²⁸ *Ibid.*, 222.

¹⁰²⁹ *Ibid.*, 222-223.

¹⁰³⁰ *Ibid.*, 223.

¹⁰³¹ *Ibid.*

„Сем тога тим захтевом би се судови сувише оптеретили, јер би се у сваком конкретном случају морало испитивати, да ли она постоји или не.“¹⁰³²

Међутим, овај аутор се осврће и на обележје противправности које се појављује у законском опису дела, те наводи: „Изузетно је заблуда о противправности кривично-правно релевантна, на име код оних кривичних дела, код којих је противправност изрично наведена у закону као елемент њиховог појма.“¹⁰³³ (Наводи да је свест о противправности (у оквиру свесног дела умишљаја, прим. аут.), потребна „код оних кривичних дела, где је противправност изрично наглашена у казненом закону“.¹⁰³⁴) Даље пише: „У овим се случајевима мора према томе увек да испитује постојање свести о противправности, и резултат испитивања мора у пресуди бити изрично наглашен.“¹⁰³⁵

Неспорно да ова „релевантност“ указује на искључење умишљаја ако нема свести о противправности. О „релевантности (битности)“ као „замени“ за речи – „умишљај ће бити искључен уколико учинилац није свестан противправности“, наилазимо и код Таховића који констатује да је „заблуда о противправности битна само код оних кривичних дела код којих противправност чини законско обележје кривичног дела“.¹⁰³⁶

Налазимо дакле да у југословенској литератури није била заступљена подела на општу и посебну противправност када је ова изричито описана у законском опису бића дела. С тим у вези додајемо – потпуно основано.

На крају овог наслова, налазимо за корисно да упутимо на Арцово схватање о разликовању умишљаја и свести о противправности код „модерних кривичних дела“ (Арц користи израз „*Modern Criminal Law*“), које он у пракси види као безначајно.¹⁰³⁷ Пише да се тешко може порећи да учинилац који поступа у незнању неког прописа о заштити животне средине, треба да из познавања чињеница извуче закључак о свом криминалном понашању (закључак да је његово понашање забрањено, прим. аут.).¹⁰³⁸ С тим у вези, Арц примера ради наводи ситуацију где „лице Г хода десном страном пута,

¹⁰³² *Ibid.*, 223-224.

¹⁰³³ *Ibid.*, 233.

¹⁰³⁴ *Ibid.*, 224.

¹⁰³⁵ *Ibid.*

¹⁰³⁶ Ј. Таховић, 192.

¹⁰³⁷ G. Arzt, 726.

¹⁰³⁸ *Ibid.*

поштујући (такво, прим. аут.) правило које важи у његовој земљи. Хола са умишљајем да користи десну страну пута. Међутим, с обзиром да немачко право захтева да се хола левом страном пута, чини преступ, односно крши Саобраћајни закон Немачке.“¹⁰³⁹

9. ОТКЛОЊИВОСТ ПРАВНЕ ЗАБЛУДЕ

Уколико је неотклоњива правна заблуда препозната као основ искључења кривице (а тиме дакле и кривичног дела), несумњиво је да се као централно питање афирмише отклоњивост ове заблуде. Управо „озбиљно“ дејство неизбежљиве правне заблуде „налаже“ установљавање прецизних критеријума за њено постојање. И Веселс/Бојлке/Зацгер сматрају да су критеријуми избегљивости још увек недовољно разјашњени.¹⁰⁴⁰

Једноставно речено, ако државноправни систем, „правичност“ и „разне оштрице кривичног права“ могу „поднети“ оправдање попут „нисам знао да је забрањено“, својеврсно одржавање смисла кривичноправне заштите и спречавање злоупотреба захтевају детаљну разраду питања – када је (правна) заблуда (не)отклоњива?

Као два општа/начелна критеријума фигурирају објективни и субјективни критеријум отклоњивости заблуда. Поред ових, афирмише се и мешовити објективно-субјективни критеријум.

9.1. Објективни и субјективни критеријум отклоњивости – постоје ли или смо их измислили?

Према објективном критеријуму, правна заблуда је отклоњива када је учинилац био дужан да зна да је његово дело забрањено. Са друге стране, према субјективном критеријуму отклоњивости, правна заблуда је отклоњива када је учинилац могао да зна да је његово дело забрањено.

¹⁰³⁹ *Ibid.*

¹⁰⁴⁰ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 184.

Што се тиче објективног критеријума, извесно је да законодавци готово никад не посежу за објашњавањем када је то лице дужно да зна да је његово дело забрањено. Ипак, прилично је тешко ослонити се искључиво на објективни критеријум отклоњивости. Наиме, „он“ нам не говори уопште зашто код неког лица постоји дужност, а код другог на пример не постоји. Овај критеријум потпуно одриче утицај субјективног у одлучивању. Међутим, тако изгледа само на први поглед. Јер, да би утврдили да ли код Марка постоји дужност, а код Петра не постоји, у односу на исту ситуацију – исто дело, исто време, исту „манифестацију“ дела, потребно је да међу овим лицима постоје неке разлике. Ако пак прихватимо да дужност постоји увек, без обзира на личне прилике, тада би се та дужност морала везивати за неку објективну околност као што би на пример била одређено кривично дело. Тако, могло би се тврдити да дужност да се зна забрањеност дела постоји увек код кривичног дела тешке телесне повреде. Међутим, овако објективизирана дужност заснована на природи кривичног дела „дозвољава“ своје постојање само на релацији са директном правном заблудом. (на страну што у драматичним размерама негира субјективни елемент). Потпуно непокривене су ситуације у којима учинилац савршено добро зна да је његово понашање иначе забрањено, али верује да је у конкретном случају дозвољено, јер поступа у оквиру правом признатог основа искључења противправности. Видимо дакле да везивање дужности за одређено дело потпуно игнорише могућност индиректне правне заблуде.

На основу изложеног примера, не може ли се утврдити да потпуно објективизирање критеријума отклоњивости правне заблуде не одговара природи овог института, затим принципу индивидуалне субјективне одговорности, односно кривичног права заснованог на кривици? Чини се да би таква објективизација била почетак укидања кривице. С тим у вези, управо због тога што је кривица различита у кривичном праву, од оне у прекршајном праву, можемо наићи на схватање да је у прекршајном праву довољан објективни критеријум отклоњивости.¹⁰⁴¹ Колер наводи да се ту (у прекршајном праву, прим. аут.) не ради о криминалној казни и кривици у строгом смислу, већ о објективном неправу; указује да у англосаксонском праву и француском праву и изричито важи *strict liability for infractions*.¹⁰⁴²

¹⁰⁴¹ M. Köhler, 416.

¹⁰⁴² *Ibid.*

Такође је и питање наметања одређене дужности, при чему се мора поћи од тога шта је тај неко у могућности да уради. Од вајкада је познато да се нико не може обавезати на немогуће. Другим речима, и можда мало радикалније изложено – може ли се Петру наметнути дужност да прелети са крова зграде од 20 спратова на кров друге зграде од 30 спратова? Или поставимо ствари нешто „реалније“ – можемо ли Петру прописати дужност да говори 30 страних језика? Одговор се појављује као прилично излишан. Дакле, да бисмо могли наметнути дужности „не би било лоше“ испитати шта и колико могу да ураде „они“ који ће морати да испуњавају те дужности.

Јер, измиче здравом разуму казнити за неиспуњавање немогућег. На трагу овог угла излагања као да већ учачамо „приговоре“ попут – „није такво поређење одговарајуће за питање дужности познавања правних прописа, а нарочито оних кривичноправних“. Ови приговори би се даље усмерили на терен (не)урачунљивости тако што би питање могућности поступања по кривичноправним прописима, у смислу њиховог сазнавања и поступања по њима, анализирали на начин да само лица код којих постоје одређене психичке абнормалности не би могла да сазнају и схвате пропис. Наиме, тачно је да се питање „могућности“ схватања прописа посматра кроз могућност схватања значаја дела. Али није јасно шта се дешава када се донесу такви прописи након којих адресату није јасно шта је прочитао; на пример нити зна да ли је нешто и шта је забрањено, а шта је дозвољено. Поред тога остаје нејасно и како третирати ситуације када постоји више супротних судских одлука о неком правном питању и многи други примери. Да се непознавање прописа не треба и не може посматрати „само“ кроз призму (не)урачунљивости, уочио је још Савезни суд у Немачкој у закључку GSSt 2/51 од 18.3.1952. године, када је утврдио да „свест да се чини неправо, може у појединачним (одређеним, прим. аут.) случајевима недостајати и урачунљивим лицима, јер не знају или погрешно знају (процењују, прим. аут.) забрањујућу норму.“¹⁰⁴³ Са друге стране, не треба мешати случајеве „немогућности увида у неправо“ при чему ова немогућност има основ у посебном психичком стању, тј. некој психичкој сметњи која постоји код учиниоца.¹⁰⁴⁴ У истом тону, правилно је и Арц уочио: „Растући значај дела/преступа (против, прим. аут.) социјалног благостања, *mala prohibita* дела, и административних

¹⁰⁴³ Der Große Senat für Strafsachen des BGH – Beschluß vom 18. März 1952 – GSSt 2/51

¹⁰⁴⁴ Тако Гроп, цитирајући Недопила (*Nedopil*) и Милера (*Müller*) пише: „Немогућност увида у неправо постоји када когнитивне функције нису довољне да омогуће увид у неправо неког понашања.“ W. Grop (2015), 286.

преступа, нас је натерао да препознамо, да нису само неурачунљива лица та која не могу да препознају кршење закона.¹⁰⁴⁵

Осим ситуација нејасних и неразумљивих прописа, затим прописа у односу на које постоје различита тумачења односно ставови заузети у судској пракси, наилазимо и на прописе који „болују“ од „престручног језика“. Наиме, замислимо пропис који обилује стручном терминологијом из области грађевине, а чије кршење је прописано као кривично дело. Лице је наиме упознато са прописом, али и даље не зна да је понашање које намерава да предузме забрањено. Ово не зна не зато што постоји неки од биолошких основа неурачунљивости, већ зато што је пропис за њега (и многе) друге у битном неразумљив и нејасан, јер је написан језиком чије је значење непознато адресату. Дакле, да ли онда можемо да кажемо да је лице једноставно дужно да зна пропис, без да смо претходно испитали бар неке индивидуалне карактеристике односног лица? Мишљења смо да се на описани начин не би могла наметати дужност. Морало би се „поћи“ од неких личних „одредница“ лица, попут: образовање; васпитање; породичне прилике; друштво у којем се креће; занимање; конкретно радно место на којем је ангажован (ако јесте); круг људи са којим долази у контакт како на послу тако и приликом обављања свакодневних ванпословних делатности; затим узраст; а некад и пол, уколико су у питању нека претежно „мушка“ занимања/области (попут рударства, аутомобилизма и сл.). Уколико пак „узмемо у обзир“ све ове околности одређеног лица, нећемо ли извршити „субјективизацију“ објективног критеријума, тако што ћемо у конкретном случају испитивати да ли би просечан припадник друштвене групе, којој припада и учинилац, а оформљене према свим наведеним одредницама, од образовања до пола, знао да је то што ради забрањено?

Дакле, ми испитујемо заправо, не да ли је конкретно Петар Петровић био дужан (и могао) да зна да ја његово дело забрањено, већ да ли је просечан грађанин, који има битно сличне друштвене одреднице као Петар Петровић, био дужан (и могао) знати да је његово дело забрањено. На тај начин, ми одступамо од принципа индивидуалне субјективне одговорности, јер не испитујемо да ли у конкретном случају Петар има потенцијалну свест о противправности, већ да ли би неко лице које је сличних субјективних карактеристика имало потенцијалну свест о противправности.

¹⁰⁴⁵ G. Arzt, 728.

Закључујемо да објективни критеријум ипак није потпуно објективан јер је у њега дубоко укореењено и субјективно.

Надаље, што се тиче субјективног критеријума, као главни проблем, који онемогућава његову примену, профилише се његова употребна безвредност. Једноставније речено, како ћемо утврдити да ли је учинилац у датом случају могао знати или није могао знати да је оно што ради забрањено? Ако се као искључиво мерило прихвати „гола“ могућност да се зна за забрањеност, поставља се питање који су то инструменти путем којих ће се открити овај одговор. Нећемо ли на питање да ли је учинилац могао да сазна забрањеност покушати дати одговор употребом следећих параметара/инструмената:

- узраст учиниоца;
- васпитање учиниоца;
- образовање учиниоца;
- занимање учиниоца; (заблуда службеника обезбеђења о допуштености употребе оружја је пребацива имајући у виду његово занимање/професионалну обуку.¹⁰⁴⁶)
- запослење учиниоца;
- породичне прилике;
- личне прилике;
- навике учиниоца;
- круг људи у којем се креће/из којег потиче¹⁰⁴⁷;
- природа кривичног дела; („Ако су у питању кривична дела чији противдруштвени карактер није очигледан и општепознат у датом друштву, већ се оцена о негативном друштвеном значају дела може извести само из правне забрањености таквог поступања, прекорност ће постојати зависно од тога да ли је учинилац могао или не да зна да право такво понашање забрањује, па ако он из оправданих разлога није могао да зна, правна заблуда у којој се он налазио била би оправдана.“¹⁰⁴⁸); („Теорија и пракса при томе основано указују на природу извршеног дела као један од основних критеријума за процену да ли су разлози за правну заблуду били оправдани.“¹⁰⁴⁹)
- учесталост тог кривичног дела;

¹⁰⁴⁶ OGH 3.5.1988 15 Os 45/88

¹⁰⁴⁷ C. Jäger, 158.

¹⁰⁴⁸ М. Ђорђевић, у Ф. Бачић *et al.* (1978), 92.

¹⁰⁴⁹ Љ. Лазаревић (2011), 155.

- појављивање у медијима извештаја о том кривичном делу;
- доступност правног савета;
- знање језика;¹⁰⁵⁰
- време боравка у одређеној држави;¹⁰⁵¹
- дужи боравак у иностранству („...када за те нове прописе није знао јер су донети у време док се он налазио на дужем боравку у иностранству са кога се тек недавно вратио.“¹⁰⁵² (говорећи о неотклоњивој правној заблуди);
- врста, тежина и извршење дела;¹⁰⁵³
- држављанство учиниоца;¹⁰⁵⁴
- психичка својства¹⁰⁵⁵

И када утврдимо ове параметре, да ли ћемо са сигурношћу моћи тврдити да је конкретно лице које смо „испитивали“ могло знати за забрањеност дела. Наравно да нећемо моћи знати, јер не можемо знати шта је било или шта се тренутно „одиграва“ у свести учиниоца. Не постоји инструмент који омогућава увид у садржај свести учиниоца. Постоје додуше објективно постојећи параметри који нам могу „рећи“ да ли би просечан припадник друштвене групе којој припада учинилац, да је био на његовом месту, могао знати да је његово дело забрањено. Из наведеног видимо да ни субјективни критеријум није потпуно субјективан већ да се остварује кроз објективне одреднице.

На крају овог поднасловa указујемо да прихватање искључиво објективног или искључиво субјективног критеријума заправо представља својеврсну „обману“, јер нити је објективни критеријум само објективни, нити је субјективни само субјективни. Наиме, утврђивање да ли је неки законодавац прихватио један или други критеријум према томе да ли је користио речи „био дужан да зна да је његово дело забрањено“ или „могао да зна да је његово дело забрањено“, једноставно није подобно. Јер, нити само помињање дужности указује на искључиво објективни критеријум, нити само помињање могућности упућује искључиво на субјективни критеријум отклоњивости. Рекли смо, нити је један потпуно објективан нити је други потпуно субјективан.

¹⁰⁵⁰ Т. Fischer (2015), 141.

¹⁰⁵¹ *Ibid.*

¹⁰⁵² М. Ђорђевић, у Ф. Бачић *et al.* (1978), 93.

¹⁰⁵³ Т. Fischer (2015), 141.

¹⁰⁵⁴ С. Вуковић, 34.

¹⁰⁵⁵ *Ibid.*

9.1.1. *Зашто је „дужност“ сувишна и на који начин она постоји*

Да „дужност да се зна право“ не уводи објективни критеријум као и да та „дужност“ не осликава објективни критеријум, те да објективизација субјективног постоји и без изричитог спомињања дужности, видимо и по томе што се „дужност“ као реч/категорија у одредби о правној заблуди, појављује као сувишна. Наиме, ако је дужност (као што није) „слика и прилика објективног критеријума“ и ако већ фигурира самостално и независно од могућности, како је онда замисливо да нешто што је „објективно постојеће и не меша се са субјективним“ буде у погледу истог дела различито за Петра и Марка. Једноставније, замислимо „објективну дужност“ која за исто дело постоји код Петра, али не постоји код Марка. Па од чега зависи то што за Петра постоји, а за Марка не постоји? Зависи управо од Петра и Марка. А по чему се Петар и Марко разликују за правни систем? Па не сигурно по обиму својих права и обавеза које им је тај правни систем као равноправним члановима друштва прописао. Дакле, чини нам се да (не)постојање дужности у односу на ова два лица зависи од њихових личних својстава, али и околности под којима је дело учињено. А да ли бисмо се усудили да лична својства не назовемо субјективним критеријумом? Тешко. Дакле, утврђивање постојања дужности скопчано је са читавим низом личних својстава сваког учиниоца понаособ. Није ли стога основано тврдити да постојање дужности није потпуно објективно?

Даље, може ли се рећи да постоји дужност ако не постоји могућност? Ово додуше може да се пита и на други начин – „Да ли сам ја дужан оно што не могу?“. Свакако да би само „посебни“ дали неочекивани одговор на ово питање. Дакле, ако већ прихватимо тезу да дужност без могућности не може да постоји, због чега се онда, на пример у чл. 29 ст. 2 КЗС, наводи: „Правна заблуда је неотклоњива ако учинилац није био дужан и није могао да зна да је његово дело забрањено.“ Примећујемо, заблуда је неотклоњива ако учинилац и није био дужан али и није могао да зна да је његово дело забрањено. Дакле, за неотклоњивост не би било довољно да „само“ није био дужан, а да је могао и обрнуто. Законодавац, извесно је, на овај начин „жели“ да каже да је потпуно замислива ситуација у којој је учинилац био дужан да зна пропис, али то није могао, односно није имао могућност да га сазна. Налазимо да је ово незахвално за коментарисање.

Дакле, због чега је реч „дужност“ сувишна у предметној одредби о правној заблуди? Па због тога, што „могућност“ већ садржи и „дужност“. Наиме, видели смо да апсолутна субјективизација отклоњивости правне заблуде није могућа због тога што, просто речено (и без устезања), никад не можемо сазнати са сигурношћу „шта је било у одређеном тренутку у нечијој глави“. Оно што можемо сазнати/оценити, јесте шта је могло, у погледу датог предмета, бити у глави просечног припадника друштвене групе чији чланови имају готово идентична лична својства као и учинилац. И то шта је „могло бити у глави просечног“, морало је да буде и у глави конкретног. Другим речима, и ту наступа „дужност“ у пуном сјају, конкретно је имао дужност да у глави има оно што је имао просечни, а да ли јесте у датом случају имао или није, то је неутврдиво, а тиме и непроверљиво и непознато.

9.2. Отклоњивост правне заблуде – општа разматрања у светлу критеријума отклоњивости

У овом наслову осврнућемо се на одређена уопштена размишљања о отклоњивости правне заблуде, а изложићемо и како се критеријуми отклоњивости (у општим разматрањима) виде у литератури.

Рисимовић наводи да је у КЗС прихваћен објективно-субјективни критеријум отклоњивости правне заблуде¹⁰⁵⁶ Истиче да је за неотклоњиву правну заблуду потребно да су кумулативно испуњена два услова: „1) учинилац није био дужан да зна да је дело забрањено; и 2) учинилац није могао да зна да је дело забрањено.“¹⁰⁵⁷ Каже да дужност постоји „уколико би просечан човек у околностима догађаја знао да је дело забрањено“¹⁰⁵⁸, а да субјективни критеријум отклоњивости подразумева „да суд у свакој кривичној ствари утврди да ли је учинилац с обзиром на психофизичке способности (узраст, професију, степен интелигенције итд.) могао да зна да је дело забрањено“.¹⁰⁵⁹ Није дакле тешко закључити да, према наведеном, „дужност“ установљава објективни критеријум отклоњивости, а „могућност“ субјективни. Стога и Рисимовић закључује да је као критеријум отклоњивости (у КЗС) прихваћен несвесни

¹⁰⁵⁶ Радосав Рисимовић, „Отклоњивост правне заблуде у немачком праву“, *Наука, безбедност, полиција* бр. 3/2014, 59.

¹⁰⁵⁷ *Ibid.*

¹⁰⁵⁸ *Ibid.*

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*

нехат.^{1060,1061} Ипак, а само укратко, на овом месту треба приметити да у немачкој литератури преовлађује мишљење да судска пракса ипак захтева више за неотклоњивост правне заблуде од критеријума за искључење нехата. Тако Фишер¹⁰⁶², затим Арц који примећује да је тест за извињавајућу правну заблуду строжи него тест за нехат¹⁰⁶³, те и Роксин¹⁰⁶⁴ и Ото¹⁰⁶⁵.

И поред тога, низ аутора, посебно у југословенској литератури, усваја субјективни критеријум отклоњивости, или нам бар тако изгледа.

Још Чубински наводи: „...има случајева, код којих учинилац може оправдано тврдити, да због нарочитих прилика не само није знао, већ и није могао знати или правилно схватити закон, који је повредио (на пример, ако је учинилац странац, који је тек дошао, а у чијој земљи извршена радња није кажњива; ако је свршио дело, које раније није било кажњиво, отпуштеник из казног завода, који је издржао дуготрајну казну, или лице, које је неправилно схватило казни закон, ако му је то схватање било погрешно потврђено од стране ауторитативног органа власти...“.¹⁰⁶⁶ Примећујемо да се нигде не помиње дужност да се зна, већ само могућност.

Затим, Таховић истиче: „... и овде оправдани разлози могу бити такви да учинилац није могао имати другу представу о правном значају дела (неотклоњива правна заблуда) или пак да је учинилац могао и био дужан да има представу о правном и законском значају дела (отклоњива правна заблуда).“¹⁰⁶⁷ Видимо да Таховић као критеријум отклоњивости прво узима могућност, а у наставку реченице и могућност и дужност. Није јасно да ли је ово непажња писца. Такође није јасно зашто се подвајају и тиме vznikом „и“ кумулативно траже и правни и законски значај дела?

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*

¹⁰⁶¹ Овде бисмо можда подсетили и на Франка који пише да „оправдани разлози постоје, кад незнање учиниочево није ни скривљено, т.ј. кад је учинилац дошао у заблуду без нехата. У таквом случају заблуда је без сумње оправдана, јер нема кривње.“ Види С. Франк (1955), 166.

¹⁰⁶² Т. Fischer (2015), 140.

¹⁰⁶³ G. Arzt, 725.

¹⁰⁶⁴ С. Roxin (2006), 947.

¹⁰⁶⁵ Н. Otto (2004), 222.

¹⁰⁶⁶ М. П. Чубински, 75.

¹⁰⁶⁷ Ј. Таховић, 195.

Даље, Ђорђевић пише: „Да ли су разлози због којих је учинилац био у правној заблуди оправдани цени се према томе да ли је и у којој мери учинилац могао да зна прописе који одређују забрањеност конкретног кривичног дела. Испитује се могућност познавања закона (и других прописа), а не и дужност, јер дужност познавања закона увек постоји ако је то могуће.“¹⁰⁶⁸ Са овим бисмо се потпуно сложили, јер, тешко је и замислити да неко нешто може да сазна, дакле има могућност да сазна, и упркос томе, ипак не уради то, а касније се позива да није знао нешто што је могао да сазна. Обрнуто је међутим незахвално замислити. Санкционисање због тога што нисам знао нешто што сам био дужан да знам, а у конкретном случају нисам могао сазнати. Но, свакако се на овом месту нећемо упуштати у поновно излагање из претходних поднаслова у делу о отклоњивости правне заблуде (већ смо видели да је изричито помињање дужности сувишно, а да је искључиво подвајање критеријума на субјективни и објективни једноставно нетачно, тј. не одговара стварности). Доследно наведеном, Ђорђевић пише: „Отклоњива правна заблуда постоји када је учинилац био у правној заблуди али, у околностима које су постојале у време извршења кривичног дела, он је могао да не буде у правној заблуди, тј. могао је да зна да је дело које чини забрањено.“¹⁰⁶⁹

За Новоселца је „питање отклоњивости заблуде о протуправности заправо питање разграничења потенцијалне свијести о протуправности и неотклоњиве заблуде о протуправности.“¹⁰⁷⁰ Чини нам се да о сувишности објективног критеријума можемо „сведочити“ и код овог писца. Наиме, он истиче: „Ако се објективни и субјективни критериј траже алтернативно, долази се до неприхватљивог резултата када је просјечни учинилац могао избјећи заблуду, али не и конкретни учинилац с исподпросјечним могућностима; у том би случају објективни критериј превладао па би био нарушен принцип кривње. Ако се објективни и субјективни критериј траже кумулативно, долази се до исправног резултата јер у том случају нитко не може бити оглашен кривим, а да према својим особним својствима није могао избјећи заблуду. У том случају увијек је одлучан субјективни критериј па објективни није ни потребан.“¹⁰⁷¹

Код Новоселца назиремо и одређено „откривање“ објективизације субјективног, односно својеврсно одређивање дужности према могућности, на начин да дужност

¹⁰⁶⁸ М. Ђорђевић, у Ф. Бачић *et al.* (1978), 93.

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*

¹⁰⁷⁰ П. Новоселец, 192.

¹⁰⁷¹ *Ibid.*, 195.

свакако постоји, али је њено изричито помињање сувишно. Јер, постојање могућности код учиниоца заснива уједно и његову дужност. Такво обликовање дужности заправо је у свему условљено могућношћу учиниоца. С обзиром на то, Новоселец и наводи: „Умишљај и свијест о протуправности нису величине истог ранга јер је умишљај чисто психолошки (онтолошки) појам, док свијест о протуправности садржи и психолошку и нормативну компоненту. Не постоји никаква дужност имати умишљај, али постоји дужност имати свијест о протуправности: сватко је дужан да према својим могућностима испита исправност својих поступака. Ту дужност учинилац не крши само онда када чини кривично дјело са актуалном свијешћу о протуправности, него и онда кад није стекао свијест о протуправности, иако је то према својим могућностима могао.“¹⁰⁷²

Новоселец још пише да је дужност да се упозна правна норма строго индивидуална и да она „води рачуна о својствима конкретног учиниоца“; као и да се „увијек пита што се може захтијевати од конкретног учиниоца, а не како би поступио просјечни човек“.¹⁰⁷³ Оваква тврдња би, не сумњамо, била више него пожељна у свету „инструмената за читање мисли“, с тим што би тај „инструмент“ морао да поседује и „могућност премотавања“, како бисмо сазнали шта је учинилац заправо мислио у тренутку дела. Такође, ваља приметити да уколико се већ и „запутимо“ у истраживање „свести у прошлости“ код конкретног учиниоца није јасно према чему бисмо „утврдили да је баш он могао знати нешто или није могао знати“. Наиме, без даљњег бисмо испитивали сва могућа лична својства датог учиниоца, али и када бисмо „сакупили збирку личних својстава“ није јасно на основу чега бисмо закључили да је могао знати нешто или да није могао знати. Одговор на ово питање лежи у упоређивању кроз „оцену просечног човека са приближно истом збирком личних својстава“ што нас опет доводи до просечног човека, колико год ову категорију Новоселец покушавао да избегне.

За крај анализе размишљања Новоселеца, истичемо и да смо код њега пронашли дефиницију отклоњиве правне заблуде као оне где је учинилац „могао и био дужан“.¹⁰⁷⁴ Имајући у виду дакле да је утврдио да неотклоњива постоји када није могао да зна за

¹⁰⁷² *Ibid.*, 174.

¹⁰⁷³ *Ibid.*, 193-194.

¹⁰⁷⁴ *Ibid.*, 159.

зобрањеност, не би ли онда отклоњива требало да буде она у којој је учинилац могао да зна за забрањеност, а не могао и био дужан да зна за забрањеност.

Даље, код Бачића, (који користи и израз „неуклоњива“ и „уклоњива“ заблуда о протуправности¹⁰⁷⁵; а такође и „опраштајућа“ и „испричавајућа“, „оправдавајућа“, „нескривљена“¹⁰⁷⁶), наилазимо на изостављање „дужности“ из одређења (не)отклоњивости правне заблуде. Први пут то видимо, посредно, код дефинисања кривице, када пише: „Отуда, крив је онај починитељ који је убројив, а дјело је остварио с долусом или из нехаја, при чему је био свјестан или је могао бити свјестан протуправности свог дјела.“¹⁰⁷⁷ Уочавамо да изостаје „дужност да се има свест о противправности дела“. Други пут видимо да Бачић прихвата субјективни критеријум отклоњивости и кад пише о превазиђености психолошких теорија кривице: „...могуће је да човјек доиста није знао нити је могао знати да је оно што ради недопуштено.“¹⁰⁷⁸

Затим, чини нам се да и Чејовић не поклања превише пажње „дужности да се зна забрањеност“, када пише: „Правна заблуда може да буде од кривичноправног значаја само онда када је настала из оправданих разлога. Значи, ако учинилац заиста није могао да зна да је дело које предузима недозвољено. Ради се дакле о неотклоњивој заблуди.“¹⁰⁷⁹ Исти писац међутим, барем нам се тако чини, можда прави грешку када тврди да отклоњива правна заблуда није правна заблуда. Да нисмо ми погрешно разумели видимо из следећих речи: „Уколико је заблуда отклоњива, тј. уколико је учинилац могао да зна да је његово дело забрањено, онда се он није налазио у правној заблуди....Међутим, околност да је учинилац погрешно држао да је његово понашање дозвољено, иако је могао да зна да није, може да буде узета у обзир код одмеравања казне.“¹⁰⁸⁰ Из цитираног уочавамо доследност код оправданог игнорисања дужности да се зна забрањеност дела. Ипак, јасно се препознаје и тврдња да отклоњива правна заблуда није правна заблуда. Ако незнање учиниоца да је његово понашање забрањено није правна заблуда, а шта је онда?

¹⁰⁷⁵ Ф. Бачић (1998), 267-268.

¹⁰⁷⁶ *Ibid.*, 268.

¹⁰⁷⁷ *Ibid.*, 207.

¹⁰⁷⁸ *Ibid.*, 212.

¹⁰⁷⁹ Б. Чејовић (1985), 162.

¹⁰⁸⁰ *Ibid.*, 163.

Одређену „компликацију“ на плану, према нама вештачког подвајања објективног и субјективног критеријума отклоњивости, примећујемо и код Лазаревића. Наиме, остаје нејасно да ли „дужност се зна за забрањеност“ заиста репрезентује објективни критеријум отклоњивости. С тим у вези, сматрамо да и Лазаревић прихвата субјективни критеријум отклоњивости код правне заблуде, иако се изричито позива и на објективни критеријум, јер пише: „...у таквим случајевима мора се процењивати да ли је учинилац по субјективним и објективним критеријумима могао знати за забрањеност таквог понашања“.¹⁰⁸¹ Овде треба анализирати шта се уопште сматра субјективним, а шта објективним критеријумом, да ли је објективни критеријум дужност да се зна пропис или је објективни критеријум могућност да се зна пропис због објективно постојећих околности, попут доступности закона, саветника и сл. Отуда и његово виђење: „Могло би се оријентационо узети да је учинилац био у оправданој правној заблуди када с обзиром на природу извршеног дела, околности под којима је дело извршено и личност учиниоца, није могао да има тачну представу.“¹⁰⁸² И овде видимо да тражи могућност да је знао за забрањеност, а не кумулативно и дужност да је знао да је дело забрањено.

Ипак, можда и није најјасније да ли Лазаревић када помиње „критеријуме“ мисли на „критеријуме отклоњивости заблуде“ или можда и не. Готово на озбиљне проблеме наилазимо када код истог аутора прочитамо и да је учинилац у правној заблуди из оправданих разлога „ако није морао и није био дужан да зна да је дело забрањено“.¹⁰⁸³ Чини нам се да „морање“ није исто што и „могао“, јер ово морао више вуче на дужност да се зна нешто, а не на могућност да се зна нешто. Ако се дакле ово „морање“ назове својим правим именом, а то је дужност, добијамо дуплу дужност као критеријум отклоњивости.

Даље, и Ђокић пише: „Учиниоца који никако није могао да зна за (правну) забрањеност свога дела не поступа скривљено.“¹⁰⁸⁴

На крају, као да и код Аристотела уочавамо субјективни критеријум отклоњивости, када истиче: „Исто тако се кажњава и непознавање законских прописа, који се морају

¹⁰⁸¹ Љ. Лазаревић (2011), 154.

¹⁰⁸² *Ibid.*, 155.

¹⁰⁸³ *Ibid.*

¹⁰⁸⁴ И. Ђокић, (2016), 253.

познавати и које није тешко научити.¹⁰⁸⁵; као и „а тако се поступа и у свим другим случајевима где је немарност крива за незнање, јер је ту од извршиоца зависило да не буде у незнању; сам је господар да се од нечега чува.“¹⁰⁸⁶ Другим речима, као да поручује да је учинилац могао да не буде у незнању, али је ипак био, те да је због тога крив. Још друкчије, да није могао да не буде у незнању, не би ни био крив.

9.3. Средства за отклањање правне заблуде

У овом наслову бавимо се одређеним виђењима о врсти и утицају „средстава за отклањање правне заблуде“ на које смо наишли у истраживању литературе. Настојаћемо да упоредо са навођењем схватања изложимо и наше коментаре у погледу истих.

1) Напрезање савести (*Gewissensanspannung*)

На ово средство наилази се првобитно у поступању Савезног суда – ВGH; тако истичу Маурах¹⁰⁸⁷, Роксин¹⁰⁸⁸, Креј¹⁰⁸⁹, Заферлинг¹⁰⁹⁰, Веселс/Бојлке/Зацгер¹⁰⁹¹, Ерхарт¹⁰⁹², Каспар¹⁰⁹³, Фишер¹⁰⁹⁴ и др. Тако на пример, Роксин пише да је Савезни суд првобитно, за избегавање правне заблуде, захтевао „напрезање савести“, те тако наводи да је правна заблуда неотклоњива када учинилац упркос од њега очекиваног напрезања савести није могао стећи увид у неправу.¹⁰⁹⁵ Ипак, Роксин објашњава да савест максимално може довести до тога да учинилац сазна да је његово понашање противно обичајима, а то (свест о противности обичајима) није предмет свести о противправности.¹⁰⁹⁶ Роксин и Креј цитирају Баумана/Вебера/Мича (*Baumann/Weber/Mitsch*): „Савест не говори баш ништа... о тешким (компликованим, прим. аут.) правним питањима; (јер) да је другачије, студије права биле би

¹⁰⁸⁵ Аристотел, *Никомахова етика*, Издавачка књижарница Зоран Стојановића, Сремски Карловци-Нови Сад 2013, 54.

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*

¹⁰⁸⁷ R. Maurach, 421.

¹⁰⁸⁸ C. Roxin (2006), 948.

¹⁰⁸⁹ V. Krey, 258.

¹⁰⁹⁰ C.J.M. Safferling, 224.

¹⁰⁹¹ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 184.

¹⁰⁹² E. Erhardt, 93.

¹⁰⁹³ J. Kaspar, 183.

¹⁰⁹⁴ T. Fischer (2015), 140.

¹⁰⁹⁵ C. Roxin (2006), 948.

¹⁰⁹⁶ *Ibid.*

излишне.^{1097,1098} Тако Креј примећује да је критеријум (средство, прим. аут.) напрезања савести упитан јер „савест би смела примарно бити надлежна за питања морала, али не и за компликована питања права и неправда“.¹⁰⁹⁹

Код Маураха налазимо и „објашњење“ онога што ВГН сматра напрезањем савести – „све његове (учиниоаче, прим. аут.) духовне сазнајне моћи и све обичајне вредносне представе уложити када је у питању изграђивање мишљења о законитости његовог понашања“.¹¹⁰⁰

У погледу предметног средства, приклонили бисмо се већинском мишљењу. Наиме, више него сликовито Вебер/Бауман/Мич указују на ситуацију када би „студије права биле излишне“. Јер, да је савест или било какав вид „њеног напрезања“ довољан да „пресуди о могућности знања о забрањености“ не само да би студије права биле излишне, већ би добар део правних професија прилично „кубурио“ са клијентима, који би увек и у свако доба могли сазнати да ли је неко понашање забрањено или није на необично једноставан начин – слушањем своје савести. На страну што би се, приликом проверавања одбране правном заблудом у кривичном поступку, веома увеселили употребом „чаробног инструментарија“ органа поступка који би нам омогућио да сазнамо да ли је окривљени „напрегнуо своју савест“ и ако јесте, „шта му је она шапнула“. Надаље, ако пак „причамо“ о употреби „свих духовних сазнајних моћи и улагању свих обичајних вредносних представа“, остаје нејасно како се ове сазнајне моћи описују само „употребом савести“. Није нам ваљда савест једини извор информација до којег би нас довела употреба „свих наших духовно сазнајних моћи“?

2) Размишљање (*Nachdenken*) и обавештавање/распитивање (*Erkundigung*)

Разумна средства за отклањање правне заблуде су размишљање (*Nachdenken*) и обавештавање/распитивање (*Erkundigung*).¹¹⁰¹ Слично и код Креја¹¹⁰², Фишера¹¹⁰³, Каспара¹¹⁰⁴ и Валтера.¹¹⁰⁵

¹⁰⁹⁷ *Ibid.*

¹⁰⁹⁸ V. Krey, 258.

¹⁰⁹⁹ *Ibid.*

¹¹⁰⁰ R. Maurach, 421.

¹¹⁰¹ C. Roxin (2006), 948-950.

¹¹⁰² V. Krey, 258.

¹¹⁰³ T. Fischer (2015), 141-142.

¹¹⁰⁴ J. Kaspar, 183.

Да би одређено лице уопште „приступило употреби“ ових средстава за отклањање правне заблуде, неопходно је да у његовој свести буде препознат повод да је потребно да то и учини. Другим речима, лице мора имати разлога да приступи размишљању и/или обавештавању/распитивању о дозвољености радње коју намерава да предузме. Можда и једноставније изражено кроз реторичко питање – „Није ваљда да пре него што предузмемо било коју радњу ми „застанемо и добрано поразмислимо прво“, а затим нам, ето тек онако, „падне на памет“ и да то „поразмишљање није довољно“ па се уздамо у активно тражење правних савета од различитих праву вичних лица као и државних и недржавних служби, а да не говоримо што обавезно пронађемо коментаре закона и збирке судских одлука са којима се, пре предузимања намераваног понашања, упознамо? Дакле, мора да постоји неки повод због чега ми, ако се одлучимо на такво „опсежно истраживање“, то и радимо. Тако на пример, Мршевић наводи да „учинилац мора да има конкретан повод да се замисли над правним квалитетом свог понашања...“.¹¹⁰⁶ Кратко, чини нам се да је тај повод сумња у дозвољеност понашања које желимо да предузмемо.

Сумњу о томе да ли поступа у складу са правом или не, лице има уклонити размишљањем или распитивањем (истраживањем, прим. аут.).¹¹⁰⁷ ВГН сматра да лице мора да предузме напрезање савести, које је одређено кроз околности случаја и кроз животне и пословне (занимање, прим. аут.) прилике (круг) појединца.¹¹⁰⁸ „Кад лице упркос (чињењу, прим. аут.) напрезања савести које се од њега очекује, увид у неправност свог понашања није могао остварити, заблуда је била несавладива, и дело неизбежљиво.“¹¹⁰⁹ Из цитиране одлуке уочавамо да напрезање савести заправо и „не иде/не постоји“ само за себе и не исцрпљује се искључиво увидом у сопствену савест и искуства. Наиме, ако постоји ли сумња у дозвољеност понашања, захтева се и напрезање савести датог лица, али и отклањање сумње размишљањем или распитивањем/обавештавањем.

Надаље, Креј примећује, да ако код учиниоца постоји сумња да ли је „понашање које планира да предузме дозвољено или није, или уколико је ову сумњу према околностима

¹¹⁰⁵ Т. Walter, 307-308.

¹¹⁰⁶ З. Мршевић, 79.

¹¹⁰⁷ ВГН GSt 2/51 од 18.3.1952.

¹¹⁰⁸ *Ibid.*

¹¹⁰⁹ *Ibid.*

конкретног случаја и његовим способностима и знањима морао имати, тада је правно обавезан да отклони ову сумњу¹¹¹⁰. Ова обавеза отклањања сумње о којој говори Креј се испуњава даљим „истраживањем“ о дозвољености намераване радње.

Роксин пише да је отклоњивост правне заблуде зависна од три повезана услова:

- 1) догађај – повод за размишљање и/или обавештавање/распитивање;

Исти аутор, поводе/прилике за распитивање дели у три групе:

Прва – када је учинилац спонтано или кроз упутство/указивање неког другог, кроз сопствено размишљање дошао до сумње (о дозвољености свог понашања, прим. аут.); ипак, по правилу (за отклањање заблуде, прим. аут.) није довољно сопствено размишљање¹¹¹¹

Друга – када код учиниоца нема сумње (о дозвољености понашања, прим. аут.), али зна да се „креће“ на пољу које је уређено посебним прописима и

Трећа – када зна да његово понашање изазива штету у конкретном случају или (у)опште.¹¹¹²

У погледу повода за распитивање, могли бисмо констатовати да он постоји када би просечно савестан учинилац (са личним својствима конкретног учиниоца) „застао“ са предузимањем радње, како би се упознао са тим да ли је то што намерава да уради допуштено или није. Јер, није спорно да би и у случају непокушавања упознавања са дозвољеношћу понашања код учиниоца постојала правна заблуда, ради се о томе да би таква правна заблуда била отклоњива, а самим тим и „само“ факултативни основ за блаже кажњавање. (Ипак не значи да ако ова средства нису исцрпљена да је самим тим правна заблуда отклоњива.)¹¹¹³ Као пример, Роксин наводи ситуацију када учинилац упркос постојању повода/прилике није консултовао адвоката већ је одмах пошао од тога да је његово понашање законито, тада његова правна заблуда ипак мора бити третирана као неизбежљива, ако би му и адвокат од поверења (да се распитао код њега, прим аут.) потврдио законитост његовог понашања.¹¹¹⁴ Супротно виђење заступао је

¹¹¹⁰ V. Krey, 258.

¹¹¹¹ K. Gaede, 455.

¹¹¹² C. Roxin (2006), 951.

¹¹¹³ *Ibid.*, 950.

¹¹¹⁴ *Ibid.*, 959.

раније ВGH, конкретно полазило се од тога да је заблуда увек избегљива ако је учинилац занемарио дужност распитивања/обавештавања о праву.¹¹¹⁵

Већ смо видели да просечан грађанин није заправо просечан у смислу целокупног становништва, већ да се у трагању за „просечним“ врши индивидуализација просечности, која доводи до тога шта би готово идентичан по личним својствима и у готово идентичним приликама као конкретни учинилац могао да зна и не зна. И рекли смо да ово „могао да зна“ не осликава ништа друго до својеврсну дужност да се зна. Надаље, приметили смо да Роксин постојање повода за распитивање не везује само за постојање сумње о дозвољености понашања већ и за ситуације када учинилац зна да се „креће“ на пољу које је уређено посебним прописима, као и када зна да његово понашање уопште или у конкретном случају изазива штету. Са концептом постојања повода без сумње у дозвољеност понашања, на начин како је Роксин изложио код другог и трећег повода не бисмо се сложили. Наиме, овај писац изричито и наглашава, на пример код другог повода – „када учинилац нема сумње...“¹¹¹⁶, да за учиниоца повод представља само то што зна да се „креће“ по пољу које је уређено посебним прописима. Мишљења смо да сумња постоји у сва три случаја-повода која помиње Роксин. Јер, ко би и због чега проверавао дозвољеност свог понашања осим онога који сумња да је оно што намерава да предузме можда забрањено? Другим речима, ако назначени поводи служе да нас „позову“ да упознамо право, какав би се то осећај, какво би се то стање „створило“ у нашој свести, које би од нас тражило да проверимо постојеће право? Ако је то дакле наше незнање о околности да ли је радња на коју се спремамо правно допуштена, не бисмо ли онда рекли да ми сумњамо у дозвољеност такве радње? Јер, ако не сумњамо, зашто проверавамо? Зашто губимо време, или да не кажемо, зашто се „плашимо“ да одмах предузмемо радњу?

2) захтевани обим испитивања/обавештавања;

У погледу „захтеваног обима испитивања/обавештавања“ ствари би требало да буду прилично јасне. Наиме, није ни пожељно ни реално захтевати немогуће, нити оно што је тешко могуће. О чему се заправо ради? Врло је вероватно да ћемо се сусрести са „примедбом“ да сазнавање права никад не може да буде потпуно (апсолутно) немогуће

¹¹¹⁵ C.J.M. Safferling, 226.

¹¹¹⁶ C. Roxin (2006), 950.

и да стога неотклоњива правна заблуда и не може лако да се замисли (или вероватније, никако). Па ипак, Роксин указује да се избегљивост (отклоњивост), у смислу чл. 17 (КЗН) не сме разумети на начин да само апсолутна немогућност стицања знања о неправу може искључити кажњивост.¹¹¹⁷ Слично резонује и Таховић када пише: „...треба правити разлику између нормалних случајева, када се може претпоставити познавање кривичног закона, и оних случајева када је то апсолутно немогуће. У овом другом случају треба поћи од једног супротног принципа, да немогуће никог не може обавезати.“¹¹¹⁸ Овако и Ђорђевић: „Сматра се да учинилац није могао да зна одређене прописе не само ако је у апсолутном смислу постојала немогућност упознавања са истим, већ и онда када се под датим условима није могло очекивати да учинилац дође до таквог сазнања.“¹¹¹⁹ На овом трагу је и Чејовић који наводи да „немогуће никог не може обавезати“, нарочито код „нових кривичних дела“.¹¹²⁰

Илустративно изложено, као што није реално тврдити да постоји апсолутна немогућност сазнавања права, исто је нереално тврдити да је свакоме доступан судија Врховног касационог суда или редовни професор универзитета да му да правни савет у свакој могућој ситуацији која би односном лицу била „правно сумњива“. Могућност савета, а тиме и захтевани обим истраживања о правном савету зависи од личних својстава лица и објективно постојећих прилика у којима се налази. Као закључак овог излагања о „захтеваном обиму испитивања/обавештавања“ намеће нам се појам разумног. Просто, огрешење би било тражити неразумно. Веселс/Бојлке/Зацгер сматрају да се правно-неупућени (*Rechtsunkundige*) пре понашања, мора, у оквирима разумног, о свом правном положају уверити, да је то што хоће да уради дозвољено, а не да се једноставно ослони на своју несигурну оцену.¹¹²¹ И овде видимо својеврсно ограничавање апсолутне могућности- разумом.

У кључној¹¹²² одлуци BGH GSSt 2/51 од 18.3.1952. године управо се и позива на „разум“: „За кажњивост у правној заблуди учињеног дела одлучујуће је питање, у којој мери је напрезање савести разумно; ово питање је правно питање, јер се односи на садржај и обим неке правне дужности...“ („Für die Strafbarkeit der im Verbotsirrtum

¹¹¹⁷ *Ibid.* 945.

¹¹¹⁸ J. Таховић, 195.

¹¹¹⁹ М. Ђорђевић, у Ф. Бачић *et al.* (1978), 93.

¹¹²⁰ Б. Чејовић, М. Кулић, 218.

¹¹²¹ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 184.

¹¹²² За правну заблуду.

begangenen Tat ist die Frage entscheidend, inwieweit Gewissensanspannung zumutbar ist; diese Frage ist insofern eine Rechtsfrage, als sie Inhalt und Umfang einer Rechtspflicht betrifft...“).

3) доступност знања о неправу у случајевима недовољног труда.¹¹²³

С тим у вези, Мршевић наводи: „...да би учинилац био кривично одговоран за њега мора постојати реално указив могући пут за сазнавање противправности свог понашања“¹¹²⁴, а Роксин да доступност знања о забрањености чини дело скривљеним.¹¹²⁵ „Питање оцене уложеног труда“ није „најсрећније“, а то је несумњиво приметио и Вајгенд када је уочио да је проблем у томе како утврдити који труд учинилац мора да предузме да би сазнао закон/пропис.¹¹²⁶

9.3.1. Конкретни примери – када је правна заблуда (не)отклоњива- допуњени нашим коментарима

1) Бављење одређеном делатношћу

Схватање (1): Отклоњива је, по правилу, она правна заблуда када се учинилац није потрудио да се распита/обавести о нужном/неопходном знању о праву, иако је знао да област, у којој ће делати- обављати делатност, подлеже нормирању – уређењу посебним нормама (у смислу специфичним, прим. аут.).¹¹²⁷ (Фишер пише да у том случају код учиниоца постоји обавеза распитивања/информисања о важећим прописима).¹¹²⁸

Овакав став сматрамо за потпуно прихватљив. Налазимо за сувишно подробније образлагање. Једноставно, замислимо да Петар хоће да отвори ауто школу и да се не упозна „баш са свим“ саобраћајним прописима. Или пак, Марко планира да започне производњу млечних производа, а не упозна се са прописима који уређују технологију производног процеса и одговарајуће здравствене стандарде. Другим речима, тешко се

¹¹²³ С. Roxin (2006), 950-959.

¹¹²⁴ З. Мршевић, 79.

¹¹²⁵ С. Roxin (2006), 944.

¹¹²⁶ Т. Weigend, 508.

¹¹²⁷ С. Roxin (2006), 952.

¹¹²⁸ Т. Fischer (2015), 141.

може замислити да учинилац који се регистровао за обављање одређене делатности, и чије је регулисање детаљно уређено посебним прописима од чијег поштовања зависи некад не само несметано одвијање те делатности већ неретко може имати утицаја на здравље и имовину других, није могао да зна те прописе. Не би се могло замислити ни како би такво лице уопште добило дозволу за рад ни како би „правдао“ своје непознавање прописа из управо оне делатности којом се бави. Ово би било једнако извесно као када би судија кривичар истицао да му није било познато да је нека радња коју је предузео кривично дело. Наиме, чак и да му није било познато, свакако да се од њега могло очекивати да му буде познато, односно да се упозна са тим. Иначе, налазимо за сходно да на овом месту укажемо и на другачија резоновања (конкретно у англосаксонском правном систему), која не само да се не баве свешћу о противправности дела у оквиру кривице, већ се уопште не баве ни самом кривицом. Помињемо их на овом месту јер им као „повезницу“ налазимо „бављење одређеном делатношћу“. Тако, Вајгенд наводи да у САД, Уједињеном Краљевству и Француској, постоји категорија кажњивих понашања (*strict liability offenses*) (тако и Херинг – нека кажњива понашања не захтевају доказивање било каквог менталног стања, а ради се о *strict liability crimes*.¹¹²⁹) за чије постојање се не тражи *mens rea (mental element)*, а ова понашања се тичу области саобраћаја, здравства и безбедности у производњи, у којима би кршење норми довело до озбиљних ризика за друге, а доказивање да је учинилац знао релевантне чињенице би било прилично тешко.¹¹³⁰ Оваква солуција има идеју да се повећа притисак на лица која делају/раде у овим областима да се прилагоде/ускладе своје понашање са безбедносним прописима.¹¹³¹ Другим речима, „ако хоћеш да се бавиш овим делатностима, незнање прописа те никад неће оправдати“, штавише, потпуно је небитно. Самим „уласком у те делатности“ оваква „правила игре“ и прихваташ.

Схватање (2): Код дужег обављања одређене (пословне прим. аут.) делатности, не постоји обавеза за лице да се упозна са релевантним прописима који уређују ту делатност само пре почетка обављања делатности, већ постоји и обавеза да прати измене тих прописа током обављања делатности.¹¹³²

¹¹²⁹ J. Herring, 134.

¹¹³⁰ T. Weigend, 491.

¹¹³¹ *Ibid.*

¹¹³² T. Fischer (2015), 141.

Овакво становиште профилише се као разумно имајући у виду прво схватање. Јер, изгледало би необично бесмислено захтевати од лица да познаје прописе из уже специјалности којом се бави, односно (пре започињања делатности) намерава бавити, само у једном тренутку, и то оном који претходи обављању делатности, а да се иста таква „обавеза“ не „протегне“ заправо и на период због којег и постоји таква начелна обавеза, а то је период самог рада. Слично би било када би се од кривичног судије тражило само да зна ону „верзију“ закона о кривичном поступку која је важила (пре 30 година) када је он полагао кривично право на правосудном испиту, или пак ону која је била на снази када је изабран на функцију. Једноставније речено, онај ко хоће да се бави одређеном (уско-специјализованом) професијом која је регулисана посебним нормама, мора да зна те норме, како пре него што започне обављање делатности, тако и за све време обављања делатности. Не тражи се од лица да зна целокупно право; од њега се тражи минимум, а то је у овом случају да зна правила посебне делатности и да прати њихове измене, кад већ хоће да се бави тиме. Јер, не би ли било смешно да кривични судија, (на пример) из незнања, у кривичном поступку, направи низ „запањујућих грешака“ које „кокетирају са кривичним делом“ (а заправо се ради о пуком незнању), услед којих осуди окривљеног на пет година затвора, а после када се против њега (судије) покрене кривични поступак, брани се „да није знао закон о кривичном поступку или кривични закон“ те да зато није знао да је то што ради кривично дело“?

Схватање (3): „Што више мрежа прописа постаје компликована, више постаје разумније очекивање, да ће од сваког (ко је, прим. аут.) ангажован на одређеном пољу или професији, бити захтевано да научи норме које се примењују.“¹¹³³

Ово схватање је на трагу претходних. Стога и не би требало да је проблематично. Мада морамо приметити да „чињење прописа све више и више компликованим“ и те како утиче на могућност правилног сазнавања права а посебно оног злогласног „шта је доносилац прописа хтео да каже“, када се обавезно појављује „онолико мишљења колико мислилаца има“. На страну што се компликовањем прописа они на неки начин „елитизују“. Наиме, „елитизација прописа“ уводи ексклузивитет у разумевање прописа. Јасније речено, „само ми можемо да знамо шта пише у Библији, и нећемо је превести на народни језик“, а ако они којима је „Библија намењена“ и помисле да су можда и

¹¹³³ G. Arzt, 727.

открили шта у њој пише, „истумачићемо супротно, јер бар то никад није био проблем“. Простије, „моле се адресати (којима је и намењен закон) да не верују својим очима и разуму, већ да чекају наше тумачење“.

Схватање (4): Пупе наводи да данас постоји сагласност око тога да учинилац који се бави делатношћу која је уређена посебним правилима, не може да се позива на неотклоњивост правне заблуде ако у моменту предузимања понашања није постојала могућност да се истражи/распита о праву, а постојала је раније, када је почео да се бави том делатношћу, али је учинилац запоставио ту дужност.¹¹³⁴ Даље наводи да је прекор неизбегавања правне заблуде (*Nichtvermeidung des Verbotsirrtums*) померен у време пре извршења дела.¹¹³⁵ И Валтер напомиње да време „када је учинилац скривио своју правну заблуду није обавезно оно када је предузето понашање“.¹¹³⁶ Несагласност постоји по питању како да се ово „премештање у ранији временски моменат“ кривичног прекора усклади (доведе у хармонију) са принципом кривице.¹¹³⁷ Пупе указује да је Рудолфи ово покушао да реши кроз примену тзв. „кривице због начина живљења“ (*Lebensführungsschuld*), супротно Заферлинг¹¹³⁸; али је осим тога повукао паралелу између пред-скривљене (*vorverschuldet*) правне заблуде и несвесног нехата.¹¹³⁹ Наиме, ту се ради о прекору због тога што се учинилац није благовремено припремио за ситуацију у којој се нашао.¹¹⁴⁰ Пупе истиче и заговорнике тзв. „модела изузетка“ (*Ausnahmemodell*) који решење виде у *actio libera in causa*.¹¹⁴¹

Наведено резонување подржавамо. Налазимо да је усклађено и са принципом кривице. Као илустративан пример бисмо навели лице које вози аутобус, и које је знало да је дошло до измене саобраћајних прописа који се односе на ову врсту превозног средства, и које је имало прилику (могао је) да се упозна са њима, међутим није то учинио, а знао је да мора, јер треба да почне да ради као возач аутобуса. И када је као возач, био ангажован у саобраћају и када се у току вожње нашао у ситуацији да поступи по важећим правилима, он то у датом тренутку није могао. Једноставно није могуће у току вожње упознавати се са правилима у саобраћају, већ је то морало да буде учињено

¹¹³⁴ I. Puppe (2004), 231-242.

¹¹³⁵ *Ibid.*

¹¹³⁶ T. Walter, 308.

¹¹³⁷ I. Puppe (2004), 231-242.

¹¹³⁸ C.J.M. Safferling, 232.

¹¹³⁹ I. Puppe (2004), 231-242.

¹¹⁴⁰ *Ibid.*

¹¹⁴¹ *Ibid.*

раније. Исто важи и за сваку другу делатност, а посебно нама „омиљену“, судијску, конкретно „судовање“ кривичног судије. Замислимо да судија у току главног претреса прекрши одредбе кривичног закона (не пријави кривично дело за које је сазнао у вршењу службене дужности, а за које дело се може изрећи казна затвора у трајању од пет година или тежа казна – види непријављивање кривичног дела и учиниоца из чл. 332 ст. 2 КЗС¹¹⁴²), јер није знао да би такво нечињење било забрањено (у овом случају кривично дело), а испред себе том приликом није имао кривични закон у судници, те није могао да се упозна да ли постоји такво кривично дело или не. Такође не може да пита тужиоца или браниоца да ли постоји то кривично дело, затим, не може да прекине главни претрес да би тражио кривични закон или се посаветује са колегом о том питању. Међутим, свакако да је пре уласка у судницу, и уопште имао 101 могућност да се упозна са предметном одредбом кривичног закона. Да закључимо, оправдано је резонување да правна заблуда не треба да извињава и у оним случајевима када учинилац у тренутку учињења дела није могао да сазна пропис уколико се ради о делатности уређеној посебним нормама којом се учинилац иначе бави, а могао је, и заправо морао да се упозна са тим посебним нормама и пре него што је уопште почео да се бави том делатношћу. Замислимо фармацеутску компанију чијем директору (или запосленом) није пало на памет да се упозна са прописима и одговарајућим стандардима у производњи лекова пре него што је почео да се бави овом специфичном делатношћу, и који у току производње не испоштује одређене стандарде и тиме на пример учини кривично дело, јер није имао времена ни могућности да се упознаје нити да тражи релевантне прописе када је требало руковати са неком опасном хемијском материјом. Просто, то лице је могло и морало то да учини пре него што је започео да се бави тиме. Решење *actio libera in causa* налазимо за сасвим прихватљиво.

Схватање (5): Ако се лекар водио ставом лекарске коморе, привредник ставом савезног министарства за привреду, постоји неотклоњива правна заблуда.¹¹⁴³

Ово становиште је потпуно оправдано. Штавише указује и на савесност односног лица (лекара или привредника) да се упозна са ставовима служби које су управо надлежне и компетентне за материју у којој издају ставове.

¹¹⁴² Иначе, за ово кривично дело забрањена је казна затвора у трајању од шест месеци до пет година.

¹¹⁴³ С. Roxin (2006), 956.

2) Прибављање савета од адвоката

Схватање (1): Правно неуки учинилац (лице, прим. аут.) се по правилу може ослонити на информацију (савет, прим. аут.) од адвоката, кога сматра компетентним, (осим) ако недозвољеност понашања противно информацији није лако препознатљива.¹¹⁴⁴ (Види и OLG Frankfurt am Main пресуда 3 Ss 114/03 од 14.7.2003.; BGH, 4.4.2013.- 3 StR 521/12).

Схватање (2): Роксин је мишљења да се не може захтевати од тражиоца савета (*Ratsuchende*) да проверава „општу ваљаност и специјално стручно знање“ адвоката јер му за то недостаје стручност; већ грађанин полази од тога, да адвокат који је положио све захтеване испите, може да му да правни савет на који се може ослонити.¹¹⁴⁵

Ипак, судска пракса највиших судова¹¹⁴⁶ Немачке и Аустрије не мисли тако.

Схватање (3): *Rechtssatz – Entscheidungstext* OGH 25.8.1993 13 Os 97/93, (Аустрија, прим. аут.)¹¹⁴⁷ - Учиниоца не може екскулпирати околност да је приликом извршења дела следио савет свог адвоката.

Оваква сентенца није довољно прецизна да бисмо се изјаснили о њој. Наиме, свакако да није свеједно ни какав савет је дат, ни у којој форми га је адвокат дао, ни да ли је тај адвокат специјализован за ту област, ни да ли је учинилац на прави начин разумео адвоката, ни колико му је овај јасно образложио савет и да ли му је уопште образложио одговор на постављено правно питање.

Схватање (4): BGH – 3 StR 521/12 од 4.4.2013. – Поверење у савет прибављен од адвоката не може у сваком случају засновати неотклоњиву правну заблуду.

У наведеном резонувању BGH свакако препознајемо трагове „жеље за детаљнијим истраживањем“ могућности сазнавања права. Кратко и јасно, BGH би и прихватио неотклоњивост правне заблуде лица које је информацију о дозвољености прибавило од адвоката, али суду „само савет адвоката није довољан“. Ова „зависност од случаја“

¹¹⁴⁴ Т. Fischer (2015), 142.

¹¹⁴⁵ С. Roxin (2006), 954.

¹¹⁴⁶ BGH је у Немачкој највиши суд за грађанске и кривичне ствари.

¹¹⁴⁷ База судске праксе Републике Аустрије, Bundeskanzleramt – Rechtsinformationssystem-
<https://www.ris.bka.gv.at/Judikatur/>, приступио 22. фебруар 2017.

указује нам да није у сваком случају могуће „сакрити се иза савета адвоката“. Другим речима, неће увек бити довољно да учинилац каже „адвокат ми је рекао да смем то да урадим“.

Схватање (5): Савет адвоката није сам по себи поуздан само због тога што је адвокат „по сили свог занимања“ поуздан.¹¹⁴⁸

Схватање (6): Прибављен савет адвоката да дело није кажњиво у једној земљи не значи да постоји неотклоњива правна заблуда уколико се по праву друге (суседне) земље сматра да је дело учињено и на њеној територији. (Види BGH 2 StR 86/99 од 19.5.1999. године и Валтера који тим поводом помиње „заблуду о применљивости“ (*Andwendbarkeitsirrtum*).¹¹⁴⁹

Савезни суд (BGH) укинуо је, по изјављеној ревизији савезног тужиоца, пресуду Земаљског суда у Франкфурту на Мајни, и то својом одлуком BGH 2 StR 86/99 од 19.5.1999. године. У првостепеној пресуди, суд је нашао да су оптужени били у неотклоњивој правној заблуди, односно „није доказано да су знали да је њихово понашање према немачком праву забрањено“. Радило се о томе да су од адвоката у Швајцарској прибавили информацију да њихово понашање по швајцарском праву није кажњиво, а првостепени суд је сматрао да се „нису морали информисати о кривичноправној оцени (дозвољености, прим. аут.) њихове делатности у Немачкој, јер нису делали/поступали на немачкој територији“. Наиме, оптужени су помогли трговцима некретнинама, који су касније осуђени за превару и кредитну превару тако што су им помогли у бегу за САД и тамо им обезбедили место за скривање. Наиме, иако су оптужени странци, и иако су предузели радње у Швајцарској и САД, место извршења кривичног дела није само оно где је предузета радња, већ и где је последица наступила. Овим се оправдава примена немачког права (из пресуде BGH 2 StR 86/99 од 19.5.1999. године). Даље се наводи да за прихватање правне заблуде није довољно да је учинилац поступао у незнању о кажњивости његовог понашања и (незнању о томе, прим. аут.) који кривични закон се примењује. Иначе, Савезни суд је утврдио да је и у Швајцарској забрањено ометање правде, тј. да је и тамо прописано као кривично дело. Поред тога је наведено да за оптужене, околност да њихове радње нису уперене против

¹¹⁴⁸ BGH – 1 StR 213/10 од 11.10.2012.

¹¹⁴⁹ T. Walter, 305.

швајцарских власти већ против немачких, односно из њиховог угла - страних органа кривичног гоњења, није околност (која би оправдавала, прим. аут.) да своје радње сматрају дозвољеним. Утврђено је да из изјаве адвоката о исправности њиховог понашања према швајцарском праву нису могли извести закључак да је њихово понашање дозвољено према праву земље која предузима кривично гоњење.

Схватање (7): BGH пресуда – 3 StR 394/07 од 3.4.2008. – У посебно компликованим чињеничним стањима и тешко сазнатљивим правним питањима, по правилу се захтева детаљно, писано мишљење, да би се (утврдило) постојање неотклоњиве правне заблуде. (Тако и у пресудама BGH – 1 StR 213/10 11.10.2012. и BGH – 3 StR 521/12 од 4.4.2013.).

Схватање (8): Судска пракса претпоставља да из угла учиниоца, и прибављена информација и лице које даје, односно од кога се прибавља информација, буду поуздани.^{1150,1151,1152} Гаеде, у ставовима судова налази између осталих и следеће критеријуме, а у погледу информисања/саветовања, код адвоката: 1) адвокат не може да следи сопствене интересе приликом давања информације; 2) информација мора да се ослања/заснива на савесном испитивању чињеничног и правног стања.¹¹⁵³

Ово се и може и не може прихватити, као уосталом и претходно поменути виђења суда о (не)довољности поступања по савету адвоката. Наиме, прво, како ће лаик да зна када постоји „комплицовано чињенично стање“; друго, како ће лаик да зна када је неко правно питање „тешко сазнатљиво“; треће, које писано мишљење је „детаљно“, а које није; четврто, како ће лаик да захтева од адвоката „озбиљан приступ“ и „довољно образложен одговор“, ваљда тако што ће да наложи и објасни адвокату како би овај требало да ради свој посао; пето, како би лаик могао да „пази“ на професионалан приступ адвоката када је управо лаик; шесто, зашто би уопште лаик требао да сумња и има критички приступ према правном савету из (на пример) неке специфичне области, о којој нема појма, а због чега је и дошао код адвоката да му помогне. Седмо, на који начин ће адвокат да објасни клијенту ту компликовану правну проблематику, да ли је

¹¹⁵⁰ K. Gaede, 456.

¹¹⁵¹ Тако и у пресуди Савезног суда Немачке 3 StR 521/12 од 4.4.2013. године („*Dabei müssen sowohl die Auskunftsperson als auch die Auskunft aus der Sicht des Täters verlässlich sein...*“).

¹¹⁵² OLG Hamm, 21.6.2016 - 4 RVs 51/16

¹¹⁵³ K. Gaede, 456.

можда дужан да му држи наставу из права? Осмо, чак и да му да „писано мишљење“, имајући у виду сложеност правног питања, клијенту ће тај текст изгледати као писмо Инка или Маја и потпуно је нејасно шта ће он добити тим „писаним мишљењем“. Девето, како ће клијент да зна да ли адвокат „дајући информацију“ следи сопствене интересе. Десето, како ће клијент да зна да ли је адвокат „савесно испитао чињенично и правно стање“.

Схватање (9) (избегљивост заблуде у светлу информација које је учинилац могао добити): Раније је судска пракса била на становишту, да је самим тим што учинилац није испунио (занемарио је) своју „дужност истраживања/распитивања о праву“ (*Rechtserforschungspflicht*), довољно да му се недостатак свести о противправности стави у прекор, при чему се уопште није постављало питање какве је (правне) информације могао добити/стећи, да је испунио своју дужност истраживања/распитивања о праву.^{1154,1155} Ипак, Пупе наводи, да је од скоро Савезни суд заузео супротан став, а то је да избегљивост заблуде зависи од информација које је учинилац могао добити/до којих је могао доћи да је испунио своју обавезу истраживања/распитивања о праву.¹¹⁵⁶ Тако и Заферлинг.¹¹⁵⁷ Пупе наводи да је теорија одавно захтевала овакав став и да је поздравила овакву измену у судској пракси.¹¹⁵⁸ Ипак, и овакав став изазива проблеме, јер уколико учинилац није прибавио информације (о праву, прим. аут.), не може се утврдити ни идентитет лица које би дало/од којег би биле прибављене информације (*Auskunftsperson*) ни садржина одговора који би учинилац добио од лица код којег би се распитао.¹¹⁵⁹

Схватање (10): Чак и када учинилац, упркос постојању „такве ситуације“ (која би га „упозорила/подстакла“ да се распита о праву, прим. аут.), није консултовао адвоката, мора се сматрати да је и онда правна заблуда неотклоњива, ако би му и поуздани адвокат (у тој прилици, прим. аут.) потврдио правну дозвољеност његовог понашања.¹¹⁶⁰ Слично размишљање налазимо и код Каспара, који у том делу цитира Ренгира (*Rengier*), те истиче да се, у случају да се учинилац није распитао/информисао,

¹¹⁵⁴ I. Puppe (2004), 231-242.

¹¹⁵⁵ C.J.M. Safferling, 226.

¹¹⁵⁶ I. Puppe (2004), 231-242.

¹¹⁵⁷ C.J.M. Safferling, 226.

¹¹⁵⁸ I. Puppe (2004), 231-242.

¹¹⁵⁹ *Ibid.*

¹¹⁶⁰ C. Roxin (2006), 959.

мора утврдити да (ли) би, да се информисао, добио исправан (правни, прим. аут.) савет.¹¹⁶¹

Схватање (11): У закључку 1 BvR 299/89 од 25.2.1998. године BverfG наводи да уколико се у појединачном случају не може конкретизовати лице, одлучује се апстрактно – нормативном оценом уз разматрање свих околности случаја, „које информације у погледу противправности његовог дела, би неко поуздано лице учиниоцу дало, односно морало дати“.

У односу на претходна три схватања ваља прво осврнути се на примедбу из првог, а која се састоји у томе да „ако учинилац није прибавио правни савет/информацију, не може се ни утврдити идентитет лица код којег би се распитао/такву информацију тражио, а стога ни то какав би правни савет добио“. Другим речима, замера се неутврдивост исправности правног савета који би учинилац добио да се распитао. С тим у вези, налазимо не само да то није проблем већ је и крајње небитно за одлучивање о избегљивости заблуде. Наиме, сасвим је могуће истражити која расположива лица је учинилац имао на располагању за прибављање правног савета. Простије речено, потпуно је могуће утврдити која лица је учинилац могао питати за правни савет. Ово би се истраживало на следећи начин: утврђивањем да ли у кругу људи у којем се креће има и неки правник; затим, да ли неко од чланова његове уже породице познаје неког правника, али не само у површном смислу, већ би требало захтевати да он или дакле члан његове уже породице познаје неког правника на тај начин да му квалитет познанства дозвољава да му се обрати за правни савет. Јер, свакако је немогуће тражити од учиниоца да се распита код судије Врховног касационог суда или код редовног професора универзитета или пак у некој угледној адвокатској канцеларији, уколико му ови стручњаци реално нису доступни. Дакле, ако се учинилац није распитао о праву, односно није прибавио правну информацију, а био је у правној заблуди, таква заблуда неће се аутоматски сматрати отклоњивом само из разлога што учинилац није прибавио правни савет од неког лица. Наиме, испитаће се прво која лица – извори правних информација су му објективно била доступна, и у зависности од „правног знања“ – правног савета који би му дала та лица, утврђиваће се (не)отклоњивост правне заблуде. Уколико би му та лица, да их је питао, саветовала/дала исти одговор којим се и

¹¹⁶¹ J. Kaspar, 183.

он водио, односно ако би му потврдила дозвољеност предузетог понашања, радило би се о неотклоњивој правној заблуди. У супротном, од учиниоца би се тражило „доказивање савесности вршењем залудног и беспотребног посла“. Поред тога, довољно је само подсетити се шта неотклоњива заблуда тражи – а то је „могао (са)знати“; ако дакле учинилац све и да је питао та лица не би сазнао за забрањеност свог понашања, како му се онда пропуштање испитивања може замерити?! Ако би му се то „замерило“, значило би то да је он распитивањем код тих лица, могао сазнати за забрањеност, а видели смо, чак и да их је питао, они би му потврдили оно што је он и урадио; другим речима, и да је питао, не би сазнао. И на крају долазимо до тога да бисмо замерили учиниоцу што није урадио објективно узалудан посао. Ово нас подсећа на награђивање труда без обзира на резултат. И то не било каквог труда. Наиме, наградили бисмо труд који је неподобан да доведе до циља. Признајемо, није на одмет наградити труд, морално је то и лепо и савесно, и подстиче и друге да покушају, али би било драматично дрско и осветнички казнити некога јер није урадио бесмислен посао.

Вероватно одвише баналан пример, али не мари; било би то исто као захтевати од лица коме су за правни савет о компликованом питању доступна деца у другом разреду основне школе, да се консултује са децом и пита их за правни савет. Можда и „лепши“ пример бесмислености био би „случај реда за млеко“. Наиме, замислимо да Марко није у уторак дошао да чека у реду млеко, а тада млеко свеједно није дошло, или пак, било је толико људи, да чак и да је Марко дошао, не би добио млеко јер би сувише људи било испред њега у реду и млеко би се одавно распродало. Е сад, следећи дан, у среду, Марко дође на ред за млеко, и млека има, али му продавац каже, да не може да му прода млеко, јер јуче није дошао и није чекао у реду са осталима, иако да је дошао не би „ни у којој комбинацији“ стигао на ред и купио млеко. А млекација би констатовао, да је „требало да се потруди“, без обзира што не би дошао на ред. И следећа схватања јасно говоре у прилог описиваном резонувању.

Схватање (12): Роксин пише да прихватање да кршење неке посебне дужности такве врсте (распитивања, информисања и сл., прим. аут.), води односно заснива избегљивост (отклоњивост) правне заблуде, јесте погрешан закључак.¹¹⁶² Ипак (а као пример таквог погрешног закључка, прим. аут.), Роксин цитира један од ставова (заузетих кроз

¹¹⁶² C. Roxin (2006), 944.

поступање, прим. аут.) Савезног суда: „Ако је учинилац противно својој дужности пропустио да се информише/распита онолико колико се очекивало од њега, тада је скривио правну заблуду, невезано од тога које/какве информације је могао прибавити.“¹¹⁶³ Роксин за овакво поступање каже да је погрешно и да крши принцип кривице.¹¹⁶⁴

Схватање (13): Када неко није имао могућност да стекне сазнање о неправу, тада није доступан за заповест из норме („*ist er für den Normbefehl nicht erreichbar*“).¹¹⁶⁵ Из тога произлази да кривица код правне заблуде постоји, односно састоји се само у могућности (да се сазна неправу, прим. аут.), а не у повреди дужности да се распита/истражи/информише о праву или у „напињању савести“.¹¹⁶⁶

Схватање (14): Лице од кога се прибавља информација (*Auskunftsperson*) као и сама информација (*Auskunft*) морају из угла учиниоца бити поуздани. (BGH – 3 StR 521/12 од 4.4.2013.).

Схватање (15): Ако је само лице адвокат, онда се поводом правних питања која спадају у његов фах, не мора консултовати са другим адвокатом, али се међутим не може ослонити ни само на своју процену, већ мора консултовати судску праксу и литературу.¹¹⁶⁷

Схватање (16): Савет адвоката који је очигледно у супротности са правним схватањем последње инстанце надлежног суда је по правилу ирелевантан.¹¹⁶⁸ (Тако у одлуци BGH – KRB 2/65 од 27.1.1966.).

3) Судске и тужилачке одлуке као оријентир за дозвољеност понашања

Схватање (1): Ни судска пракса није оријентир (референтна тачка, прим. аут.) за свест о противправности.¹¹⁶⁹ Ипак, Роксин је виђења да онај који зна да његова процена правног положаја одступа од судске праксе има условљену свест о противправности.¹¹⁷⁰

¹¹⁶³ *Ibid.*

¹¹⁶⁴ *Ibid.*

¹¹⁶⁵ *Ibid.*

¹¹⁶⁶ *Ibid.*

¹¹⁶⁷ С. Roxin (2006), 955.

¹¹⁶⁸ К. Gaede, 456.

Схватање (2): Лице се сме ослонити и на правно схватање тужилаштва, када је тужилац одустао од гоњења за неко понашање јер је сматрао да није кажњиво, јер се од грађанина не може захтевати правно знање које не поседује ни тужилац.^{1171,1172}

Изложено у целости подржавамо. Потпуно би било нереално вршити било каква поштравања односно додатна условљавања на овом пољу.

Схватање (3): Када је неуједначена судска пракса, лице се сме ослонити на одлуке виших судова, јер би иначе такве одлуке за грађане биле безначајне ако би могли бити кажњени упркос што су поступали по тим одлукама.¹¹⁷³ Из истих разлога (као и за одлуке виших судова), учинилац би се требао сматрати неодговорним, чак и ако му је познато да су у литератури заступани и другачији ставови, у односу на ставове из одлука (виших, прим. аут.) судова за којима се он повео.¹¹⁷⁴

Налазимо да је и овде ситуација неспорна. Преведено на правни систем Републике Србије; замислимо да Основни суд у Зајечару сматра да неко понашање „спада“ под законски опис одређеног кривичног дела и осуди оптуженог. Међутим, Апелациони суд у Београду је након такве одлуке суда у Зајечару, одлучивао по изјављеној жалби и то против пресуде неког другог основног суда који је, у истом правном питању, сматрао да не постоји кривично дело и донео ослобађајућу пресуду. Апелациони суд је одбио жалбу и у образложењу „подржао“ став тог неког од основних судова да предузето понашање није кривично дело, при чему се ради управо о истом понашању које Основни суд у Зајечару сматра за кривично дело. И не само Основни суд у Зајечару, истог је виђења и један део „литературе“ (не ни изблиза већина). Мишљења смо да би лице које би било свесно овакве правне ситуације – различитих одлука судова и тенденција у литератури, а које би „поступило“ поуздајући се у правни став апелационог суда било, без даљег испитивања, у неотклоњивој правној заблуди, уколико би касније на пример Врховни касациони суд по изјављеном захтеву за заштиту законитости „подржао“ супротно становиште. Или уколико би на нивоу самих апелационих судова, без да је уопште ВКС и одлучивао по том питању, био заузет

¹¹⁶⁹ C. Roxin (2006), 934.

¹¹⁷⁰ *Ibid.*

¹¹⁷¹ *Ibid.*, 955.

¹¹⁷² C.J.M. Safferling, 232.

¹¹⁷³ C. Roxin (2006), 956.

¹¹⁷⁴ *Ibid.*

другачији став. Наиме, једноставно речено – уколико постоје различите одлуке вишег и нижег суда о истом правном питању, и учинилац поклони веру и понаша се сходно одлуци вишег суда, која касније буде измењена „у корист“ правног става нижег суда, такав учинилац налазиће се у неотклоњивој правној заблуди. Међутим, и овде би требало бити опрезан. Наиме, могуће да је при постојању различитих одлука вишег и нижег суда, а пре него што је лице предузело намеравану радњу, већ у току поступак, на пример, по захтеву за заштиту законитости пред Врховним касационим судом, и да је поступање вишег суда наишло на „осуду“ стручне јавности, а које „прилике“ су све биле познате учиниоцу. У таквој ситуацији сигурни смо, наишли бисмо на оне, који би тврдили да би лице у питању морало чекати на одлуку ВКС и на својеврсно „коначно изјашњавање о спорном питању“. Ипак, ми се никако не бисмо сложили са тим. Јер, успешност и реализација низа људских одлука условљена је благовременошћу предузимања. Другачије, ако није предузета у одговарајућем тренутку, неретко се назире бесмисленост њеног каснијег предузимања. На страну, што би „чекајући судове“, некад могли слободно и да променимо (привредну или какву) другу делатност којом се бавимо. Посебно је питање да ли би лице које испред себе има одлуку основног суда и њој супротну одлуку апелационог суда уопште требало да „ослушкује“ шта о ономе што пише у њима мисли стручна јавност и да ли је неко изјавио захтев за заштиту законитости који се односи управо на „исто правно питање“.

Пупе пише да (цитирајући низ аутора, из чега произлази да је то већинско схватање) ако постоји нејединство између судова, онда је релевантан став вишег суда.¹¹⁷⁵ Истиче да Рудолфи то образлаже већом стручношћу судова у односу на грађане, који се не би требали ослањати на своје мишљење (оцену) већ на оно што кажу судови.¹¹⁷⁶ Занимљиво је што Пупе истиче своју сумњу да би се данас (рад је писала 2004., а Рудолфи 1969. – „*Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*“), овај писац сложио са њом. Она се пита – „Има ли судија Савезног суда, чак иако је судија Савезног суда, самим тим већ боље знање права од судије основног суда?“¹¹⁷⁷

¹¹⁷⁵ I. Puppe (2004), 231-242.

¹¹⁷⁶ *Ibid.*

¹¹⁷⁷ *Ibid.*

Схватање (4): Ако постоје две различите одлуке судова истог ранга по неком правном питању, учинилац се не може безусловно ослонити на један од ставова.¹¹⁷⁸ Роксин сматра да би се ту онда радило о постојању условљене свести о противправности.¹¹⁷⁹ Међутим, код Фишера наилазимо на став да неотклоњива правна заблуда постоји и када постоје различите одлуке виших судова истог ранга о неком (истом, прим. аут.) правном питању („*bei unterschiedlicher Entscheidungen gleichrangiger Obergerichte über eine Rechtsfrage*“).¹¹⁸⁰ Ипак, и Фишер налази да знање о томе да је неко правно питање спорно може у конкретном случају довести до „условљене“ свести о противправности.¹¹⁸¹

За разлику од претходно изложеног „схватања“ потпуно би другачија ситуација била када би постојале две различите одлуке апелационих судова, на пример оног у Крагујевцу и оног у Нишу, а лице које намерава да предузме понашање је у Новом Саду, чији апелациони суд о томе још увек није одлучивао (као ни онај у Београду). При томе, ни у Новом Саду ни у Београду нису у току поступци у којима би се расправљало о том питању, па да се устврди како би лице можда могло сачекати, мада опет, спорна би уопште била дужност лица да се интересује за поступке у току, било код „свог“ апелационог било код другог апелационог суда. Али замислимо да се и интересовало, и сазнало да се ни Нови Сад ни Београд не баве тиме, нити су имали раније сличних поступака. Наиме, потпуно смо сагласни са становиштем да би у том случају, уколико се лице не би даље распитивало, постојала условљена свест о противправности. Другим речима, такво лице уопште и није у правној заблуди.

Схватање (5): У одлуци Савезног Уставног суда СР Немачке (BVerfG) 2 BvR 1230/10 од 16.5.2011. године¹¹⁸², суд се позвао на раније заузете ставове у поступању (превасходно Савезног суда – BGH), у којима је утврђено да неотклоњива правна заблуда постоји, када је у време (предузетог, прим. аут.) понашања, према до тада устаљеној судској пракси, такво понашање сматрано за некажњиво, а промена овакве судске праксе није била очекивана/предвидљива.

¹¹⁷⁸ С. Roxin (2006), 956.

¹¹⁷⁹ *Ibid.*

¹¹⁸⁰ Т. Fischer (2015), 141.

¹¹⁸¹ *Ibid.*, 142.

¹¹⁸² База судских одлука Bundesverfassungsgerichts (BVerfG), http://www.bundesverfassungsgericht.de/SiteGlobals/Forms/Suche/Entscheidungensuche_Formular.html?language_=de, приступио 27. фебруар 2017.

Схватање (6): У погледу измена судске праксе, Пупе пише да, уколико виши суд измени свој став, у смислу да прошири зону кажњивости, тада би учиниоцу била „одобрена“ неизбежљива правна заблуда.¹¹⁸³

Схватање (7): Ново, строже схватање (став) суда, није од значаја, за постојећи случај (онај који је већ у току, прим. аут.), због забране ретроактивне примене закона (*Rückwirkungsverbot*).^{1184,1185}

Истакнута резоновања о својеврсној забрани ретроактивности подржавамо. Наиме, извесно је да би једнако смислено било санкционисати лице за понашање које је тек након што је предузето, прописано као кривично дело, као и „санкционисати“ (негирање отклоњивости) искључиво због измене судске праксе у питању дозвољености одређеног понашања. Надаље, посебно истицање да је случај већ у току заправо и није потребно јер се то подразумева. Наиме, ако је до промене судске праксе дошло пре него што је предузето понашање, онда такво предузето понашање није у складу са постојећом судском праксом, прецизније, однос различитих судских одлука расправљао би се кроз призму виши-нижи суд. Ако су пак у питању судови истог ранга, могло би се говорити о неотклоњивости. Ово би дакле била ситуација када је до промене у судској пракси дошло пре предузимања намераваног понашања. Ако би пак дошло до промене када случај више „није у току“ то би значило да је одлука постала правноснажна и накнадна измена судске праксе у правцу да би понашање за које је већ пресуђено да није забрањено било посматрано ипак као забрањено, не би могла никако утицати на ту пресуђену ствар. Зато се утицај измене судске праксе може анализирати искључиво кроз поступак (случај) који је већ у току, или пак у ширем смислу, на случај који тек треба да уследи. Ипак ствари и нису баш толико једноставне. Јер, BverfG у навођеној одлуци – 2 BvR 1230/10 од 16.5.2011. године, изледа не сматра за довољно да није дошло до измене судске праксе у погледу правне допуштености неког понашања пре него што је оно предузето. Наиме, тренутак измене судске праксе „на горе“ помера и након предузимања понашања, уколико је таква промена била

¹¹⁸³ I. Puppe (2004), 231-242.

¹¹⁸⁴ *Ibid.*

¹¹⁸⁵ Не постоји опште слагање у погледу проширења забране ретроактивног важења и на судску праксу. Види фусногу број 11 у *Ibid.*

очекивана/предвидљива. Другим речима, ако је промена била предвидљива, заблуда неће бити неотклоњива.¹¹⁸⁶

Схватање (8): У литератури и у немачкој судској пракси постоји широка сагласност, да учинилац који зна да је, према ставу судске праксе његово понашање забрањено, има свест о забрањености, иако сам сматра да је такво схватање (судске праксе, прим. аут.) погрешно.¹¹⁸⁷

Схватање (9): До доношења пресуде којом се понашање, које раније није сматрано забрањеним по судској пракси, сматра забрањеним, у смислу да суд сада строже тумачи закон, се не може бити у заблуди.¹¹⁸⁸ Зато се у таквим ситуацијама и не поставља питање проблема избегљивости (отклањања) правне заблуде путем истраживања/распитивања о праву.¹¹⁸⁹ Пупе пише да (накнадно, прим. аут.) поштравање тумачења закона због забране ретроактивности може деловати само *ex nunc* али не *ex tunc*.¹¹⁹⁰

Сматрамо да овакво деловање не би могло да важи уколико би радња учиниоца „из схватања“ била предузета у току кривичног поступка на чијем крају ће суд „изменити на горе“ постојећу праксу, у смислу строжег тумачења закона. С обзиром да је ситуација да се за то правно питање, које се до тада „није сматрало“ спорним, ипак спорна. Јер, државно тужилаштво је и раније кривично гонило за предузимање те радње али су поступци завршили ослобађајућом пресудом, при чему преиспитивање таквих пресуда које би по свој прилици тужилаштво у том случају побијало, није достигло такав ниво да се по том питању заузме јединствени став у смислу да о томе није одучивао Врховни касациони суд на пример, или да није усвојено такво схватање на заједничкој седници апелационих судова.

Ако је дакле у току кривични поступак и чека се одлука суда како би се утврдило да ли ће суд одређену радњу сматрати кривичним делом или неће, може ли се рећи да је отклоњивост правне заблуде у таквој ситуацији небитна тј. да се у погледу тог питања

¹¹⁸⁶ BVerfG 2 BvR 1230/10 од 16.5.2011.

¹¹⁸⁷ I. Puppe, 231-242.

¹¹⁸⁸ *Ibid.*

¹¹⁸⁹ *Ibid.*

¹¹⁹⁰ *Ibid.*

које се расправља пред судом не може бити у правној заблуди. Никако се не бисмо сложили са овим питањем. Јер, није ли се код лица које хоће да предузме радњу створила макар сумња о допуштености његовог дела, уколико већ види да се за исту радњу против другог лица води кривични поступак, и предмет је рецимо у фази главног претреса? Значи, то лице зна да је државно тужилаштво мишљења да је предузета радња забрањена (без обзира на другачији став судске праксе који је постојао до тада; а и ово „постојао до тада“ захтева појашњење на ком „нивоу“ је постојао, јер није баш исто уколико је о питању одлучивано само пред основним судом, или пак само пред неким жалбеним судом). За овај државни орган значи нема никакве сумње да се ради о правно недозвољеном понашању, а ми треба да прихватимо „схватање“ да лице које предузме накнадно радњу због које се против другог лица већ води кривични поступак, у уверењу наравно, да је то што ради дозвољено, уопште није у правној заблуди, и да се ту стога ни не поставља питање њене отклоњивости. Тешко. Надаље, долазимо и до оног дела који нам говори због чега је битно сазнати извор информације учиниоца да је предметно правно питање ипак спорно (чим тужилаштво кривично гони за ту радњу). Ради се о томе да учинилац (оправдано) не може да прати све кривичне поступке у земљи, али зато начелно може и мора да се распита да ли је намеравано понашање дозвољено (видели смо, изузев када би такав труд био узалудан, тј. не би дао никакве резултате). И тако се учинилац, у замишљеном случају распитао и сазнао да је то питање спорно и да се чека како ће суд да одлучи у конкретном предмету који се води. Од тада, учинилац свакако није у правној заблуди, и у томе делу се слажемо са коментарисаним „схватањем“, али с тим што ово слагање доводи до различитих полова. За „схватање“ доводи до тога да тако предузета радња не би била кривично дело због забране ретроактивног важења, те да зато и нема дискусије о заблуди, а код нас нема дискусије о правној заблуди, јер код учиниоца у најмању руку постоји сумња о забрањености, тј. постоји условљена свест о противправности. Да закључимо, није реално да се мисли да ће искључиво од одлуке суда зависити да ли одређено понашање „потпада“ под одредбу неког кривичног дела. Наиме, неће суд створити неко ново правило, неће суд проширити зону кажњивости, јер и кад би хтео не може то да уради. А одредба под коју ће суд подвести спорну радњу је постојала и пре суђења за то „нерешено правно питање“ и свакако пре радње коју намерава да предузме лице из нашег примера.

Схватање (10): „Неотклоњива правна заблуда је прихваћена код неразјашњених правних питања, на која у литератури не постоји јединствен одговор, посебно ако је правно стање/положај, у целини прилично нејасан.“ Даље се наводи: „На питање усклађености са правом (законитости, прим. аут.) обрезивања детета на основу пристанка родитеља, у судској пракси и литератури различито је одговарано.“ (LG Köln пресуда 151 Ns 169/11 од 7.5.2012. године).¹¹⁹¹

Земаљски суд у Келну, у пресуди 151 Ns 169/11 од 7.5.2012. године, у кривичном поступку против лица оптуженог због кривичног дела опасне телесне повреде из чл. 224 ст. 1 тач. 2¹¹⁹² у вези чл. 223¹¹⁹³ КЗН, ослободио је оптуженог, јер је поступао у неотклоњивој правној заблуди. Оптужени (лекар) је уз сагласност и фактички на молбу родитеља муслиманске вере извршио уклањање препуцијума (обрезивање) код њиховог детета. Вештачењем у кривичном поступку је утврђено да је интервенција извршена у складу са правилима струке. Ипак, код детета је дошло до компликација око заустављања крварења; и родитељи су га морали одвести у болницу, где је ситуација санирана у потпуности (заустављено је крварење). Суд је нашао следеће: „Неотклоњива правна заблуда је прихваћена код неразјашњених правних питања, на која у литератури не постоји јединствен одговор, посебно ако је правно стање/положај, у целини прилично нејасан.“

Код „неразјашњених правних питања“ постоје две солуције за њихово „третирање“ на плану правне заблуде. Наиме, на првом месту може се радити о правној празнини. На пример, неко понашање би свакако требало прописати као кривично дело, али то није учињено изричито, а то понашање се не може подвести под постојеће одредбе из посебног дела КЗ без да повредимо начело законитости (у сегменту забране аналогije). Тада је бемислено дискутовати о правној заблуди. Једноставно, дело није кривично дело. Друга је ситуација када се предузето понашање може подвести под законски опис неког већ постојећег кривичног дела, међутим, на питање да ли је предметно понашање заиста то неко кривично дело до сада је различито одговарано. Другим речима, као што и у образложењу пресуде пише: „у судској пракси и литератури различито је одговарано“. Ако је дакле „различито одговарано“ значи да је већ одговарано, односно

¹¹⁹¹ За детаљнију анализу одлуке види Julian Krüper, „Entscheidungsanmerkung LG Köln, Urt. v. 7.5.2012 – 151 Ns 169/11, *Zeitschrift für das Juristische Studium* 4/2012.

¹¹⁹² § 224 Gefährliche Körperverletzung – наносење телесне повреде оружјем или другим опасним средством („*mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs*“).

¹¹⁹³ § 223 Körperverletzung - кривично дело телесна повреда.

да се „неко“ већ бавио тиме, а конкретно су то судови и наука. И не само да су се бавили тиме, већ су и различито одговарали на то питање, тј. неки судови су сматрали да је то кривично дело, а неки су сматрали да није кривично дело. Е сада, ми сматрамо да овакво стање можда заслужује прецизније истраживање о (не)отклоњивости заблуде. Наиме, прво би требало испитати да ли је лекар уопште имао повод да се распита о дозвољености таквог понашања. Без дилеме сматрамо да је имао. Јер, ради се о посебној делатности¹¹⁹⁴, са чијим се правилима лекар мора упознати и пре започињања обављања делатности, затим мора бити „у току“ са тим правилима, тј. мора пратити њихове измене.¹¹⁹⁵ Код таквог лица постоји повећана обавеза за распитивањем/обавештавањем.¹¹⁹⁶ И не само то, видели смо да је већ било и судских одлука и ставова у литератури који нису ишли у прилог лекару који је извршио захват. Такође, међу до сада изложеним схватањима наишли смо и на оно да се учинилац не сме пребрзо поуздати у исправност за њега повољног става и затварати очи пред супротним мишљењима и одлукама.¹¹⁹⁷ Ипак, анализирали смо и непотпуну прихватљивост таквог становишта. У овде описаном случају, лекар би на првом месту свакако морао да потражи правни савет, односно да се додатно информише, и ако то не би учинио налазимо да заблуда не би смела да буде неотклоњива. Овде се не ради о томе да би он (лекар) добио или не би добио потпуно тачан правни савет или неки коначни апсолутно исправни одговор на питање. Ради се о томе што би од правника или чак других својих колега, али и из медија сазнао да је реч о „неразрешеном правном питању“, као и да је оно спорно, управо због тога што су судови већ одлучивали различито, те да и наука мисли различито. Посебно треба имати у виду да и државно тужилаштво мисли да је то кривично дело, чим је кривично гонило у свакој ситуацији за такву радњу. Не би ли све поменуте информације код лекара створиле барем сумњу, а не би ли та сумња сигнализирала да се ради о условљеној свести о противправности, што би искључило „расправу“ о правној заблуди? Овде би можда требало подсетити и на становиште да је заблуда у сваком случају отклоњива, када се учинилац само нада да не крши право.¹¹⁹⁸

¹¹⁹⁴ T. Fischer (2015), 140.

¹¹⁹⁵ *Ibid.*

¹¹⁹⁶ OLG Hamm, 21.6.2016 – 4 RVs 51/16

¹¹⁹⁷ T. Fischer (2015), 141.

¹¹⁹⁸ *Ibid.*, 142.

- 4) Прибављање информације о дозвољености понашања од полиције; (другог) државног органа; другог лица; правне службе у фирми; самосталним истраживањем; прећутна дозвола понашања; неотклоњива правна заблуда лица које се није ни позвало на правну заблуду; наредба или оно што се њоме покрива;

Схватање (1): Када се лице распита у полицији да ли је његово понашање дозвољено, сме поћи од тога да је информација тачна и потпуна, те постоји неотклоњива правна заблуда ако се испостави да је погрешна.¹¹⁹⁹

Са оваквим становиштем бисмо се потпуно сагласили јер је лице у питању показало ванредну савесност управо обавештавајући се о забрањености намераваног понашања код управо оног државног органа који открива кривична и друга кажњива дела. Није спорно да полиција није дужна да пружа правну помоћ, с обзиром да за то постоји адвокатура и служба бесплатне правне помоћи; као што није спорно да полиција, чак и уз сву добру вољу да помогне грађанину у погледу информације о правној допуштености понашања, то неће моћи правилно и потпуно да учини у погледу читавог низа правних питања имајући у виду њихову разноликост и пре свега чињеницу да полицијски службеници нису ни обучени за то. Ипак, имајући у виду да када дискутујемо о правној заблуди у кривичном праву, не долазе у обзир макар каква правна питања око којих би се информисали у полицији, већ управо правна питања о томе да ли је нешто кривично дело или није, а која се упућују „главној служби“ за откривање кривичних дела, такво информисање показује се као довољно за неотклоњиву правну заблуду. Ипак, и ту би ваљало бити опрезан. Јер, није исто да ли се као привредник о дозвољености неког понашања у погледу привредне делатности распитујете у одсеку за сузбијање привредног криминалитета или пак код саобраћајне полиције или „јавног реда и мира“.

Схватање (2): Није исправно тражити од запослених у фирми да допунски критички проверавају правне савете које им да правна служба фирме, јер онда не би ни било потребе да фирме запошљавају правнике, ако би већ морали консултовати допунски и

¹¹⁹⁹ С. Roxin (2006), 955.

адвоката.^{1200,1201} Плус би правници у фирми (*Hausjuristen*) највише штетили себи кад би давали непоуздане информације.¹²⁰²

Једноставно постављено, правници у фирми, на одређени начин су се и специјализовали/извештили у обављању правничких послова који су „блиски делатности“ фирме. Запослени у фирми, који није правник, и који се пре предузимања намераване радње, у правној служби исте те фирме распита да ли је одређено понашање правно допуштено, има се сматрати, уколико се накнадно испостави да је такво понашање правом забрањено, да је поступао у неотклоњивој правној заблуди. Замислимо на пример да машински инжењер у великој (успешној) фирми мора, осим што је прибавио информацију о дозвољености понашања од шефа правне службе такве једне успешне фирме, пре предузимања радње, да назове и адвоката или пак да тражи, чита и тумачи билтене судске праксе (иако се није сусрео са „изучавањем“ правних питања чак ни у средњој школи на часовима социологије и устава и права грађана и то само под претпоставком да је ишао у гимназију). Посебно је питање и односа тражења информација о дозвољености и повреде пословне тајне (у смислу распрострањене економске шпијунаже). Наиме, да би неко поуздано лице (било да се ради о адвокату или другом правнику; треба имати у виду „растегљивост“ и „флексибилност“ односа адвокат-клијент у погледу адвокатске тајне, нарочито у констелацији прилика где неретко у адвокатским канцеларијама раде десетине приправника и помоћног техничког особља) дало квалитетан правни савет тражиоцу информације, тај тражилац мора изложити детаљно шта намерава да предузме, а чиме ће неспорно открити пословне планове. Тајност таквих потеза и евентуална њихова исплативост онда остаје „у рукама“ лица од кога се тражи правни савет, а такво лице није запослени у правној служби фирме. Нисмо сигурни дакле да би се могло прихватити наметање „општег распитивања“. Све наведено не значи да не би требало испитивати „злонамерно пословање“ фирме, у смислу да правна служба служи давању савета за заобилажење закона. Међутим, и тада треба бити опрезан и не брзати са одрицањем неотклоњивости. Тако, Фишер наводи: „Трагање за рупама у закону се не може ставити у прекор учиниоцу“ када је, у време дела, мислио да дела у дозвољеној области.¹²⁰³ Слично размишљање наилазимо и код Гаеде који указује да самим тим што је учинилац

¹²⁰⁰ *Ibid.*, 954.

¹²⁰¹ C.J.M. Safferling, 227.

¹²⁰² C. Roxin (2006), 954-955.

¹²⁰³ T. Fischer (2015), 142.

спреман да иде до граница закона, и што је дискутабилан неморал циља, у смислу да се користе границе закона, не сме се извести закључак да је учинилац спреман и да прекрши закон.¹²⁰⁴

Схватање (3): Неизбегљива може бити заблуда када је нека власт (мисли на државни орган, прим. аут.) погрешно информисала учиниоца, који је стога држао/сматрао да је његово понашање дозвољено.¹²⁰⁵

Схватање (4): Поуздана је, према ставу судске праксе, само она информација о праву коју је (из)дала надлежна, стручна и непристрасна особа односно служба, која пружа гаранцију објективног и одговорног информисања о праву.¹²⁰⁶ BverfG у одлуци 1 BvR 299/89 од 25.2.1998. године, (позивајући се на општеприхваћен став у литератури и судској пракси), наводи да је обавеза распитивања/информисања испуњена када се учинилац распитао код „стручног и поузданог лица које нуди гаранције за објективно (из)давање/пружање информације. Иначе, оцењује се из угла учиниоца да ли се лице или орган од којег прибавља информацију сме сматрати компетентним.¹²⁰⁷

Ово схватање довољно говори само за себе. Мишљења смо да не захтева додатно објашњење/коментарисање. Ипак, треба имати у виду да и BverfG у цитираној одлуци (1 BvR 299/89) указује да је такво резонување „релативизовано“ утолико што се „учинилац мора и даље распитивати, ако због посебних околности мора да има сумњу у поузданост информације“.

Схватање (5): До неотклоњиве правне заблуде понекад могу довести и нетачне информације од ненадлежног органа (власти)¹²⁰⁸, када се учиниоцу недостајућа надлежност и стручност за процену (тог органа, прим. аут.) не намеће.¹²⁰⁹

Схватање (6): У зависности од случаја, од лица се може захтевати да прибави информацију (о праву/дозвољености, прим. аут.) од органа власти, од адвоката или од другог стручног лица или да сазна релевантну судску праксу у тој сфери.¹²¹⁰

¹²⁰⁴ K. Gaede, 462.

¹²⁰⁵ *Ibid.*, 455.

¹²⁰⁶ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 184.

¹²⁰⁷ C.J.M. Safferling, 228.

¹²⁰⁸ V. Krey, 259.

¹²⁰⁹ T. Fischer (2015), 142.

Ово схватање односи се уопште на „обавезу прибављања савета“, и даље распитивање о дозвољености. Није анализирано у делу који се односи на прибављање савета од адвоката јер укључује и испитивање и код „других стручних лица“.

Схватање (7): Отклоњива је правна заблуда када се учинилац о праву није информисао или је уопште показао незаинтересованост за право.^{1211,1212}

Ово је, видели смо већ, само условно тачно. Дакле, уколико распитивање не би ни довело до другачијег мишљења од онога које је постојало код учиниоца, онда се изостанак таквог распитивања неће „замерити“. Овај други део схватања који се односи на „уопштено показивање незаинтересованости за право“ је прилично незахвалан као параметар за заснивање суда о отклоњивости. Наиме, остаје нејасно када ће се сматрати да је учинилац показао „незаинтересованост за право“, а да се та незаинтересованост не огледа у томе што није прибавио правни савет или се покушао информисати на други начин (на пример читањем закона и сл.). Ако се дакле „незаинтересованост за право“ сведе на пропуштање информисања онда „схватање“ остаје са опцијом „или је јабука или је јабука“. Па само и јесте „јабука“.

Схватање (8): Роксин као „нереалистичан захтев“ (*unrealistische Forderung*) означава онај из става Савезног суда који захтева да се лице, увек пре предузимања неког понашања, упозна да ли је (такво понашање) у хармонији са правом.¹²¹³

Уколико би се ово захтевало за савесност или пак касније доказивање неотклоњивости заблуде, направило би се ванредно пуно посла правницима који би несумњиво озбиљно профитирали. Само, проблем је што би тај профит био кратког даха, јер централна банка не би могла да одштампа силне милијарде које би створила инфлација због потпуног краха привреде до којег би довело преиспитивање сваког „корака“. На страну што би „савесно консултовање права“ пре сваке радње неизбежно понудило и нови концепт „слободе“.

¹²¹⁰ *Ibid.*, 141-142.

¹²¹¹ *Ibid.*, 140.

¹²¹² OLG Hamm, 21.6.2016 – 4 RVs 51/16

¹²¹³ C. Roxin (2006), 950.

Схватање (9): Учинилац се мора потрудити да разјасни сумњу о правној дозвољености свог понашања, не сме пребрзо (исхитрено) поверовати (поклонити веру, прим. аут.) решењу које њему иде у прилог и затварати очима пред другачијим становиштима.¹²¹⁴ (Ово схватање налазимо и код дискутовања о „контролисању савета“ који дају адвокати¹²¹⁵; а види BGH – 1 StR 213/10 од 11. 10.2012.; BGH – 3 StR 394/07 од 3.4.2008.)

Чини нам се да овакав став није до краја прецизан. Кратко и јасно, овим се од учиниоца тражи да сакупља различите ставове судске праксе, те да након што их прикупи узме у обзир аргументе који се наводе у сваком од тих ставова. Међутим, истини за вољу, овде доста тога зависи и од момента када је лице у питању сазнало за „другачија становишта“ која му по свој прилици не иду у прилог. Уколико се то деси истодобно када и сазнање о „повољном решењу“ тада би постојала сумња о забрањености и тиме условљена свест о противправности (не би дакле постојала правна заблуда). Проблем настаје онда када учинилац прво „наиђе“ на, за њега, „повољно решење“. Ту се поставља питање да ли има обавезу да настави да истражује или је већ довољно учинио.

Схватање (10): Неотклоњива правна заблуда постоји ако лице не зна да трговина коју обавља представља кривично дело недозвољене трговине (и уопште да је његова радња недозвољена), ако је надлежном државном органу пријавила да обавља предметну делатност и плаћала је порез на приходе од те делатности.

Чејовић цитира образложење пресуде Врховног суда АПВ Кж. бр. 338/54: (суд је ослободио од казне окривљену за кривично дело недозвољена трговина из чл. 226 ст. 1 КЗ)

„По становишту овог суда, при утврђивању овог дела одлучено је и то под којим условима је оптужена наведена трговину обављала. Несумњиво је утврђено да је она своје занимање пријавила надлежним органима власти и да је на основу тога плаћала порез на приход од овог занимања. Према томе је пропустом надлежних органа оптужена одржавана у уверењу да обављање трговине законом није забрањено и да је она плаћањем пореза прећутно добила потребно овлашћење. На тај начин је оптужена

¹²¹⁴ Т. Fischer (2015), 141.

¹²¹⁵ К. Gaede, 456.

била у правној заблуди пошто из оправданих разлога није знала да је упитно дело под изнетим условима законом забрањено...“.¹²¹⁶

Суд је ослободио од казне, а није донео ослобађајућу пресуду, јер у то време неотклоњива правна заблуда није била основ искључења кривичног дела (конкретно кривице). Иначе, став суда је потпуно оправдан. Наиме, лице је пријавило „надлежном државном органу оно шта ради“ и на основу такве пријаве делатности државни орган јој је разрезивао порез на приходе од управо те делатности. Не само да је окривљена пријавом делатности надлежном државном органу показала савесност него се сматра да је и тиме удовољила обавези информисања и распитивања о допуштености обављања делатности. Посебно се треба осврнути на део образложења где је утврђено да је окривљена пријавила своју делатност „надлежном“, а не ненадлежном органу власти. Готово да би негирање неотклоњивости заблуде у овом случају било као када би се лице обратило државном тужиоцу са саветом за обављање неког посла и овај му не би рекао да је то што намерава да ради правом забрањено.

Схватање (11): Ако је у питању медицинскоправно питање долази у обзир и прибављање информације од лекара (за неотклоњивост правне заблуде, прим. аут.).¹²¹⁷

Схватање (12): Учиниоци су деловали у неотклоњивој правној заблуди, а без значаја је то да се (у току поступка, прим. аут.) нису позвали на правну заблуду. (види пресуду LG Düsseldorf- XIV 5/03 од 22.7.2004.).¹²¹⁸ (Иначе, ову пресуду Земаљског суда у Дизелдорфу укинуо је Савезни суд по ревизији државног тужилаштва, својом пресудом 3 StR 470/04 од 21.12.2005. године.)

Схватање (13): ВГН сматра да су у неотклоњивој правној заблуди били припадници *Ministerium für Staatssicherheit* (MfS; Штази, прим. аут.), везани инструкцијама, а који нису кривично гонили и подржавали су припаднике *Rote Armee Fraktion* (RAF).¹²¹⁹

Схватање (14): Према становишту ВГН, у *Mauerschützenprozesse*, војник граничних трупа ДДР који је отворио ватру на лица која су бежала (избеглице) налазио се у

¹²¹⁶ Б. Чејовић (1985), 162.

¹²¹⁷ С.Ј.М. Safferling, 227; фуснота 85.

¹²¹⁸ У питању је познати Mannesmann-Fall.

¹²¹⁹ Т. Fischer (2015), 141.

отклоњивој правној заблуди.¹²²⁰ Фишер примећује да посебни проблеми (код отклоњивости правне заблуде, прим. аут.) постоје у случајевима тзв. „законског неправна“- ситуације где сазнање о противправности не проистиче из позитивног права већ из међународног права и изнадпозитивног права.¹²²¹

10. БЛАНКЕТНА КРИВИЧНА ДЕЛА И ПРАВНА ЗАБЛУДА

10.1. Уопште о бланкетним кривичним делима

Бланкетна кривична дела јесу она дела која у свом бићу садрже један или више бланкетних појмова (делимично упућивање на другу норму) или пак потпуно упућују на другу норму која фактички испуњава биће кривичног дела. Другим речима, из самог „читања“ неког облика бланкетног дела, лице не може сазнати дело. Да би га сазнао мора се упознати са бланкетном нормом, која садржи допуну, а некад заправо и скоро цео опис датог кривичног дела. На том трагу, Пупе наводи да постоје бића кривичних дела која су толико непотпуна као да је из њих самостално било каква смислена одређујућа норма неизводива, те да уколико се покуша из таквог бића кривичног дела извести било каква одређујућа норма добија се таутологија.¹²²² Као пример наводи кривично дело из чл. 283б КЗН („*Verletzung der Buchführungspflicht*“, повреда дужности у погледу књиговодства – вођења књига) где би одређујућа норма (искључиво из ове одредбе) гласила да се не пропусти вођење пословних књига када постоји законска обавеза да се воде пословне књиге.¹²²³

Роксин такође указује да постоје таква бића кривичних дела која садрже само (прописану, прим. аут.) санкцију, а своје „попуњавање“ препушта другим законима, прописима и чак управним актима.¹²²⁴ Другим речима, под бланкетним кривичним

¹²²⁰ *Ibid.*

¹²²¹ *Ibid.*

¹²²² Ingeborg Puppe (1990), 160-170.

¹²²³ *Ibid.*

¹²²⁴ C. Roxin (2006), 491-492.

законом/нормом, подразумева се она која забрањено понашање не описује потпуно/у целисти, већ га чини зависним од садржаја друге норме.¹²²⁵

Ова бланкетна норма налази се ван самог КЗС¹²²⁶. Она дакле може да буде у другом закону, али може да буде и у подзаконском акту, а такође и у акту аутономног права, попут аката привредног друштва.

Овакав приступ инкриминисању неминовно отежава и утиче на процес сазнања права и дозвољености уопште, а такође и извесности у кривичном праву. Пре даље разраде описа/садржине овог проблема, напомињемо да смо свесни да се од учиниоца не тражи свест/знање о правном значењу појмова које употребљава законодавац, попут речи „покретна ствар и сл.“, нити нам је стога намера да укажемо да је потребно да људи имају такво знање нити да законодавац треба да користи „простију“ терминологију, већ да једноставно постоји огроман број кривичноправних норми са којима се човек не може упознати „простим“ увидом у КЗ, јер се „други“ и често „битнији“ део норме налази у непрегледном мору других правних прописа, од техничких мера, аутономног пословног права до закона. Ти други прописи се наравно неупоредиво брже мењају него норме из КЗ, а често су и прилично недоступни правницима, а поготово лаику. О свести о (уопште) постојању свих тих прописа нећемо ни говорити.

Бланкетна кривична дела нису обележје само споредног кривичног законодавства. Роксин сматра да им споредно кривично законодавство обилује али нису ретки ни у основном кривичном законодавству (при чему даје пример кривичног дела из чл. 315, према којем ће се казнити возач који грубо супротно дужности прекрши прописе (у области, прим. аут.) железничког, жичарског, бродског или ваздушног саобраћаја и тиме изазове конкретну опасност).¹²²⁷

¹²²⁵ Karl Binding, *Die Normen und ihre Übertretungen: Eine Untersuchung über rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*, Bd. I, 2. Aufl., 1890, цитирано према Konstantina Papathanasiou, *De gustibus et erroribus – transzendente Ästhetik und strafrechtliche Irrtumslehre y Urteilen lernen II: Ästhetische, politische und eschatologische Perspektiven moralischer Urteilsbildung im interdisziplinären Diskurs* (Hg. – Ingrid Schoberth), V&R unipress Göttingen 2014, 162.

¹²²⁶ Анализирајући из угла КЗС.

¹²²⁷ C. Roxin (2006), 491–492.

Већ смо утврдили да је у КЗС¹²²⁸ прописано укупно 326 кривичних дела. Ово је основно кривично законодавство. Поред тога, у споредном кривичном законодавству, које чини 28 закона, прописано је укупно 59 кривичних дела.¹²²⁹ Целокупно кривично (материјално) законодавство Србије чини дакле 385 кривичних дела, прописаних у 29 закона.

Увидом у законски опис свих 385 кривичних дела утврдили смо да 261 кривично дело има прописан минимум један став/облик¹²³⁰ који има у потпуности или делимично бланкетни карактер, што износи 67,8% од укупног броја кривичних дела.¹²³¹ Надаље, од 326 кривичних дела предвиђених у КЗС, 202 кривична дела има (у потпуности или делимично) бланкетни карактер, што је 62% (61,97%) од укупног броја.

У КЗС уочили смо разликовање условно речено три начина појављивања бланкетних кривичних дела:

- 1) Први је употреба израза попут „ко противно прописима“ и других назива за противправност у бићу дела.¹²³²

Од 202 бланкетна кривична дела, близу 70 (34,65% од укупног броја бланкетних дела у КЗС¹²³³) садржи експлицитне формулације „позивања на бланкет“ попут: „Ко противно прописима (чл. 268)“; „Ко кршећи прописе“ (чл. 260); „Ко противно прописима или наредбама“ (чл. 274); „... не поступи по прописима или општепризнатим техничким правилима“ (чл. 281); „Ко ... не поступа по прописима, одлукама или наредбама“ (чл. 270); „Ко се свесно не придржава прописа и мера“ (чл. 250); „Ко свесним кршењем

¹²²⁸ Према стању од фебруара 2015.

¹²²⁹ Према стању од 20.1.2016. Унапред се извињавамо уколико је дошло до грешке у бројању. Уколико се пак поткрала, моли се читалац да има у виду да је пребројавање вршено више пута од стране различитих лица.

¹²³⁰ Најбољи пример да ни кривична дела за која не бисмо то никад ни помисли имају „бланкете“, па тако кривично дело тешка крађа из чл. 204 ст. 2 КЗС где се каже: „... или украдена ствар представља културно добро, односно добро које ужива претходну заштиту или природно добро“. Очигледан „бланкет“ у овој групи кривичних дела је и кривично дело противправно заузимање земљишта из чл. 218 ст. 2 КЗС где се каже: „Ако је заузето земљиште део заштитне шуме, националног парка или другог земљишта са посебном наменом.“ Такође, у тој глави су још и прикривање из чл. 221 ст. 4 КЗС; неовлашћено изношење културног добра у иностранство из чл. 221а КЗС; грађење без грађевинске дозволе из чл. 219а ст. 4 КЗС и др.

¹²³¹ Овом приликом ограничавамо се у погледу строге прецизности датих бројки. Ипак, указујемо да и ситне грешке у бројању не мењају очигледан закључак или можда боље да кажемо проблем.

¹²³² Види део у овом раду – „Противправност и други њени називи из бића кривичног дела“.

¹²³³ У наредном набрајању неће се посебно наводити да је у питању КЗС, већ само члан.

закона“ (чл. 152); „Ко се свесно не придржава закона или других прописа, колективних уговора и других општих аката“ (чл. 163); „Ко свесним кршењем прописа“ (чл. 164); „Ко непрописно држи, чува или рукује повереним оружјем...“ (чл. 412); „Ко се противно законом утврђеној обавези...“ (чл. 395), „Ко кршећи правила међународног права“ (чл. 390); „... који се не придржава саобраћајних прописа“ (чл. 289); „Ко супротно прописима“ (чл. 129); „... које кршењем закона или других прописа или општих аката“ (чл. 361); „Ко се, кршећи мере заштите...“ (чл. 302); „... који су забрањени правилима међународног права“ (чл. 376); „Ко другог..., противзаконито не упише у списак гласача“ (чл. 155); „Ко кршењем закона...“ (чл. 154); „...или уопште не поступа по прописима или техничким правилима о мерама заштите“ (чл. 278). Утврдили смо постојање 21 начина изричитог упућивања на бланкетну норму.¹²³⁴

- 2) Други је употреба појмова у бићу кривичног дела чије је значење одређено у неком другом правном пропису, било закону било подзаконском акту. Као пример другог начина указујемо на следеће појмове:

Пословна тајна (чл. 240 КЗ) – Стојановић на пример пише да је „прихваћен рестриктивни, формално-материјални појам службене тајне“, те да се службеном тајном сматрају „подаци или документи који су законом, другим прописом или одлуком надлежног органа проглашени пословном тајном (формални елемент)...“¹²³⁵;

Географска ознака порекла (чл. 233 КЗ); значење овог термина можемо открити у Закону о ознакама географског порекла¹²³⁶, где у чл. 1 ст. 2 пише: „Ознаке географског порекла су име порекла и географска ознака.“. Ипак, увидом у ову одредбу још нисмо сазнали шта су те две врсте ознаке географског порекла. За „сазнавање“ имена порекла морамо „консултовати“ чл. 3 истог закона („Појам имена порекла“) где се наводи: „Име порекла је географски назив земље, региона или локалитета, којим се означава производ који одатле потиче, чији су квалитет и посебна својства искључиво или битно условљени географском средином, укључујући природне и људске факторе и чија се производња, прерада и припрема у целини одвијају на одређеном ограниченом подручју.“ За сазнавање географске ознаке пак, налазимо чл. 4 („Појам географске

¹²³⁴ Види наслов 8.1. – „Противправност и други њени називи из бића кривичног дела“.

¹²³⁵ З. Стојановић (2012), 702.

¹²³⁶ Службени гласник РС, бр. 18/10.

ознаке“), где пише: „Географска ознака је ознака која идентификује одређени производ пореклом са територије одређене земље, региона или локалитета са те територије, где се одређени квалитет, репутација или друге карактеристике производа суштински могу приписати његовом географском пореклу и чија се производња и/или, прерада и/или припрема одвијају на одређеном ограниченом подручју.“ Иначе, занимљиво је да КЗ у законском опису дела не употребљава ни термин „ознаке географског порекла“, ни термин „име порекла“, као ни „географска ознака“. Напротив, употребљава термин „географска ознака порекла“, који је пак, Закону о ознакама географског порекла непознат.

Културно добро (чл. 221а КЗ); КЗ не уређује шта се сматра културним добром, односно шта је културно добро, као ни шта је „добро које ужива претходну заштиту“). Значење овог појма налазимо у чл. 2 Закона о културним добрима.¹²³⁷ Тако, у ставу 1 пише да су културна добра „ствари и творевине материјалне и духовне културе од општег интереса које уживају посебну заштиту утврђену овим законом“. Надаље, у ставу 2 се детаљније упознаје адресат са тим шта све може бити културно добро. Наиме, наводи се да културна добра „у зависности од физичких, уметничких, културних и историјских својстава, јесу: споменици културе, просторне културно-историјске целине, археолошка налазишта и знаменита места – непокретна културна добра; уметничко-историјска дела, архивска грађа, филмска грађа и стара и ретка књига- покретна културна добра“. За „добро које ужива претходну заштиту“, види чл. 4 цитираног закона. Поред тога, на бланкет у законском опису кривичног дела неовлашћеног изношења културног добра у иностранство из чл. 221а, наилазимо и у ставу 2 који је тежи облик дела, а односи се на „културно добро изузетног или великог значаја“. За откривање које је и шта је уопште културно добро изузетног или великог значаја пожељно је опет консултовати Закон о културним добрима.

Опојна дрога (чл. 246 КЗ); видети Закон о психоактивним контролисаним супстанцама¹²³⁸, као и Правилник о утврђивању Списка психоактивних контролисаних супстанци¹²³⁹.

¹²³⁷ Службени гласник РС, бр. 71/94, 52/11 и 99/11.

¹²³⁸ Службени гласник РС, бр. 99/10.

¹²³⁹ Службени гласник РС, бр. 27/15.

Ових бланкетних појмова има читав низ. Структура рада нам ипак не дозвољава набрајање свих тих појмова и односних бланкетних прописа на овом месту. На крају рада, приложен је списак свих прописа на које упућују бланкети из прописаних кривичних дела.

3) Трећи начин је употреба речи „неовлашћено“.

Низ кривичних дела почиње речима: „Ко неовлашћено“. Да би знали када је нешто овлашћено, а када није, свакако је неопходно консултовати правни акт у којем су прописана овлашћења тог лица. На пример „део привредних кривичних дела где је консултовање низа законских и подзаконских аката неопходан посао уколико се жели утврдити да ли је неко понашање забрањено или није, а код којих је то упућивање на бланкетну норму посредно. Као пример наводимо кривично дело злоупотреба овлашћења у привреди из чл. 238 ст. 1 тач. 4 КЗ где се каже: „... на други начин грубо повреди овлашћења у погледу управљања, располагања и коришћења имовином“, као и кривично дело злоупотреба положаја одговорног лица из чл. 234 ст. 1 КЗ где се каже: „... које искоришћавањем свог положаја или овлашћења, прекорачењем граница свог овлашћења или невршењем своје дужности...“ На овом последњем примеру лако се уочава да КЗ не говори која су овлашћења одговорног лица, где су границе тих овлашћења и које су његове дужности, већ нам је за то потребан не само Закон о привредним друштвима¹²⁴⁰ већ и оснивачки акт привредног друштва, правилник о унутрашњем уређењу и систематизацији радних места и сл.¹²⁴¹

10.2. Посебно о правној заблуди код бланкетних кривичних дела

Упознали смо се већ са проблематиком бланкетних кривичних дела. Међутим, у циљу употпуњавања излагања сматрамо за потребно да укажемо и на одређена питања која могу искрснути на релацији бланкетних кривичних дела и правне заблуде.

¹²⁴⁰ *Службени гласник РС*, бр. 36/11, 99/11, 83/14 и 5/15.

¹²⁴¹ На пример у чл. 221 Закона о привредним друштвима (у делу који се односи на друштва са ограниченом одговорношћу) пише: „Директор заступа друштво у складу са оснивачким актом, одлукама скупштине друштва и упутствима надзорног одбора, ако је управљање друштвом дводомно.“ Дакле, уколико хоћемо да испитамо да ли је директор прекорачио овлашћења или их је злоупотребио, ми прво морамо да сазнамо шта су све овлашћења директора ДОО. Наиме, то свакако не пише у КЗ.

Наиме, приличан број кривичних дела у чијем законском опису се „крије“ или се пак изричито препознаје обележје противправности чине бланкетна кривична дела. У таквим случајевима, да би се сазнало шта је, тј. које и какво понашање је противправно намеће се потреба за консултовањем управо тог другог прописа на који упућује бланкетно кривично дело. Другим речима, у пропису на који се упућује открива се када је предузето понашање противправно. Међутим, видели смо свакако да се диференцира противправност као опште обележје и као посебно обележје дела; мада је то некад незавидно учинити. Такође смо учили и да се противправност у неким законским описима дела помиње из разлога што су „ту“ повећање шансе/ситуације да се „дела“ у основу искључења противправности. Но, о томе је свакако већ било речи.

Као централна тачка описивања односа између бланкетног дела и правне заблуде јесте управо када постоји стварна, а када правна заблуда, у ситуацији када лице не зна или пак зна само „позадину/подлогу“ бланкетног прописа. Као кључне фигуре у овом излагању фигурирају следеће: подела бланкетних дела; „довољност“ критеријума „паралелног вредновања у лаичкој сфери“; нормативно обележје бића дела, и противправност у законском опису бића дела, која се сазнаје у бланкетном пропису.

Хајнрих подсећа да бланкетна бића дела не регулишу потпуно сама кажњивост, већ упућују на друге норме, било норме истог тог закона, било другог закона; те да код ових није јасно на које елементе мора да се односи умишљај учиниоца.¹²⁴² (Слично и Пупе резонује када указује да су нас бланкетни закони и бланкетна обележја присилили да одустанемо од принципа да је кривични законодавац једини компетентан да одређује садржину умишљаја.¹²⁴³) Хајнрих као још већинско мишљење наводи оно које умишљај (код бланкетних бића дела) искључује кад се заблуда односи на чињеничне претпоставке допуњујуће норме (*Ausfüllungsnorm*), док би се о правној заблуди радило када би се заблуда односила на постојање допуњујуће норме (*Irrtum über die Existenz der ausfüllenden Norm*).¹²⁴⁴ На идентичан начин размишља и Роксин који је такође приметио да у случајевима бланкетних кривичних дела, правна заблуда постоји ако се односи на постојање употпуњујуће норме, или прихватање неког непостојећег основа

¹²⁴² В. Heinrich, 459.

¹²⁴³ I. Puppe (1990), 145-182.

¹²⁴⁴ В. Heinrich, 459.

искључења противправности; док заблуда о околностима дела - употпуњавајуће норме искључује умишљај.¹²⁴⁵

Ипак, постоји низ бланкетних дела где за постојање умишљаја није довољно да учинилац зна чињеничне претпоставке допуњујуће норме. Тако, Пупе истиче да за постојање умишљаја није довољно да учинилац зна само чињеничне претпоставке норме која употпуњује биће бланкетног дела, већ мора да зна и да је то правом забрањено.¹²⁴⁶ Пупе као пример наводи следеће описе: „Ко кршећи прописе за безбедност шинског, жичарског, бродског или ваздушног саобраћаја...“¹²⁴⁷; „Кршећи управноправне обавезе“ у чл. 324а (кривично дело загађење земљишта¹²⁴⁸); и др. Даље објашњава да је испуштање материјала у земљиште правно неутрално, а постаје неправно, односно забрањено тек када се забрани управним правом.¹²⁴⁹ У том делу наводи да Царевински суд има право у односу на Савезни суд, када каже да заблуда о садржини или постојању бланкетне норме искључује умишљај код бланкетног дела.¹²⁵⁰ Другим речима, ова ауторка пише да „ко не зна шта му наређују норме за безбедност шинског саобраћаја, у смислу чл. 315 (КЗН, прим. аут.), не може их умишљајно прекршити.“¹²⁵¹; као и да „ко не зна да крши управне обавезе на начин да проузрокује измене у ваздуху, не поступа умишљајно у односу на кривично дело загађивање ваздуха из чл. 325¹²⁵² (КЗН).¹²⁵³ Пупе и закључује да код бланкетних кривичних дела мало простора преостаје за директну правну заблуду и заблуду о супсумцији, јер када учинилац није свестан своје обавезе/дужности која је забрањена казном, не поступа умишљајно.¹²⁵⁴ То има свој узрок у чињеници да законодавац није успео да на јасан и потпун начин позитивно формулише кажњиву забрану или заповест.¹²⁵⁵

Примећује се неизоставно да би сва бланкетна кривична дела могла да се поделе у две групе. Прва група директно упућује на одређене и неодређене прописе. Упућивање на одређене прописе је случај код кривичног дела угрожавање јавног саобраћаја из чл. 289

¹²⁴⁵ C. Roxin (2006), 491-492.

¹²⁴⁶ I. Puppe (2008), 291-299.

¹²⁴⁷ § 315 Gefährliche Eingriffe in den Bahn-, Schiffs- und Luftverkehr.

¹²⁴⁸ § 324a Bodenverunreinigung.

¹²⁴⁹ I. Puppe (2008), 291-299.

¹²⁵⁰ *Ibid.*

¹²⁵¹ *Ibid.*

¹²⁵² § 325 Luftverunreinigung.

¹²⁵³ I. Puppe (2008), 291-299.

¹²⁵⁴ *Ibid.*

¹²⁵⁵ *Ibid.*

КЗС, где се изричито наводи „који се не придржава саобраћајних прописа“. У оквиру ове прве велике групе бланкетних кривичних дела, друга подгрупа пак упућује на неодређене прописе, попут кривичног дела недозвољена изградња нуклеарних постројења из чл. 267 КЗС, где је у ст. 1 прописано: „Ко противно прописима одобри или приступи изградњи нуклеарне електране...“ Дакле, овде се не каже тачно (боље рећи, не одређује се тачно) противно којим прописима се мисли, односно на које прописе се упућује. Несумњиво да се из бића кривичног дела може закључити да су то прописи који уређују изградњу нуклеарних постројења, али је сасвим могуће да то буду и неки други прописи, на пример о заштити животне средине и сл. Друга велика група бланкетних кривичних дела јесу она која садрже одређени појам (један или више) чије је значење уређено другим прописом. Тако рецимо, у чл. 221а КЗС прописано је кривично дело неовлашћено изношење културног добра у иностранство, а у ст. 1 пише: „Ко изнесе или извезе у иностранство културно добро или добро које ужива претходну заштиту...“ Да бисмо сазнали шта се сматра „културним добром“ и „добром које ужива претходну заштиту“ неопходно је упознати се са одредбама Закона о заштити културних добара.

Наведено елаборирање поделе бланкетних кривичних дела има за циљ да покаже да код оних бланкетних дела која изричито упућују на важећа правна правила (прва група бланкетних дела), учинилац, да би поступао умишљајно, мора да актуелно - у моменту предузимања радње, зна (буде свестан) свих наведених бланкета - па било да су у питању и читави прописи. Код друге групе бланкетних дела (која садрже одређене „бланкетне појмове“), учинилац пак не мора да зна тачно правно значење одређеног појма, довољно је упоредно вредновање на лаичкој равни.¹²⁵⁶ Са друге стране, сматрамо за несумњиво да, како код прве групе бланкетних дела, непознавање у целини бланкетног прописа, доводи, не до правне заблуде и тиме до знатно отежаног „покушавања да се ослободи или умањи одговорност“ учиниоца, већ до стварне заблуде, која искључује умишљај, а тиме у многим случајевима и кривично дело. Све ово, само кроз доказивање да се не зна прецизно и у потпуности бланкетна норма. Повољна околност код доказивања стварне заблуде је управо непостојање дужности да се зна одређени пропис и небитност постојања могућности да се зна бланкетни пропис. Наиме, могућност (и у оквиру њених граница дужност) је критеријум отклоњивости

¹²⁵⁶ Бачић „упоредно врједновање на лаичкој равни“ објашњава код свести о нормативним обележјима бића кривичног дела. Види Ф. Бачић (1998), 232-233. Тако и Стојановић, уп. 3. Стојановић (2013), 171.

правне заблуде, а о њој, ма колико то изгледало најприродније управо због бројности и компликованости бланкетних кривичних дела, ни не можемо говорити код бланкетних дела из прве групе – оних која се позивају на кршење важећих правних правила. Несумњиво да је тако јер стварна заблуда искључује правну заблуду.

Код друге групе бланкетних кривичних дела такође не би могло да дође до правне заблуде, али ово само делимично из разлога због којих до правне заблуде не може да дође код прве групе бланкетних кривичних дела. Наиме, друга група бланкетних кривичних дела за умишљај не захтева тачно знање о правном значењу одређеног бланкетног појма, већ је довољно „паралелно вредновање у лаичкој сфери“.^{1257,1258} (иначе ова синтагма према Роксину¹²⁵⁹ и Заферлингу¹²⁶⁰ потиче од Мецгера, а види и код Фишера¹²⁶¹, Ота¹²⁶², Јегера¹²⁶³). Ипак, обзиром да су такви бланкетни појмови нормативна објективна обележја бића кривичног дела, непознавање њих јесте у ствари незнање/погрешно знање о елементу бића кривичног дела, а то доводи до неостварења/непостојања умишљаја, што пак доводи до стварне заблуде. Треба ипак бити опрезан те истаћи да је за стварну заблуду, у случају нормативног обележја бића кривичног дела, потребно да учинилац није свестан његовог постојања као чињенице јер не схвата његов друштвени значај ни на основу паралелног вредновања у лаичкој сфери.¹²⁶⁴ (Иначе, потребно је имати у виду, а како Каспар правилно наводи, да су нормативна обележја бића дела разумљива само у вези са правним и социјалним нормама (као пример наводи обележја „туђе“ и „исправа“).¹²⁶⁵ Уколико би пак био свестан постојања такве чињенице која репрезентује нормативно обележје бића кривичног дела, а „грешио“ у погледу правне дозвољености таквог понашања, тада би се могло говорити о правној заблуди.

Међутим, постоји и мишљење да се критеријум „паралелног вредновања у лаичкој сфери“ показује као недовољан, посебно у области привредног кривичног права, пошто се чисто правно-нормативна обележја бића кривичног дела, попут исправе, разумеју

¹²⁵⁷ О паралелном вредновању у лаичкој сфери, види Ф. Бачић (1998), 232-233.

¹²⁵⁸ Види код Велцела, Н. Welzel, 166.

¹²⁵⁹ С. Roxin (2006), 486.

¹²⁶⁰ С.Ј.М. Safferling, 128-130.

¹²⁶¹ Т. Fischer (2015), 143.

¹²⁶² Н. Otto (2004), 80.

¹²⁶³ С. Jäger, 50.

¹²⁶⁴ Н. Welzel, 166.

¹²⁶⁵ Ј. Kaspar, 174.

пре правнички него лаички.¹²⁶⁶ (И Хајнрих упозорава на произвољност/арбитрност термина попут „паралелно вредновање у лаичкој сфери“ („*Parallelwertung in der Laiensphäre*“); „знање језгра термина/појма“ (*Kenntnis des Begriffskerns*) односно знање „социјалног смисла/значаја“ (*sozieller Sinn*).¹²⁶⁷ У сличном тону и Заферлинг за паралелно вредновање“ сматра да је „догматски излишно“.¹²⁶⁸

Тако Папатанасиу (*Papathanasiou*) предлаже увођење уставом везане формуле „Рефлектовања законске основне одлуке (намере, хтења, прим. аут.) у хоризонту разумевања учиниоца“ (*Widerspiegelung der gesetzgeberischen Grundentscheidung im Verständnishorizont des Täters*). Исти аутор даје прилично оригиналан опис свести о забрањености дела (у погледу нормативних обележја бића дела, прим. аут.), те објашњава да учинилац не мора имати тачно знање законске основне одлуке (намере, хтења, прим. аут.) у случају нормативних обележја бића кривичног дела, већ је неопходно оквирно поклапање/одговарање; на таквом трагу, Папатанасиу илуструје овакав став Веласкезовом (*Velázquez*) барокном сликом „Венера испред огледала“; на којој се Венерино лице може видети само у огледалу, при чему се не могу видети сви детаљи (лица, прим. аут.) прецизно, али су главне карактеристике ипак препознатљиве.¹²⁶⁹ Несумњиво бисмо се сложили са Папатанасиу око недостатака критеријума „паралелног вредновања у лаичкој сфери“. Наиме, мишљења смо да овај проблем свакако не искрсава само код привредног кривичног права, односно код нормативних обележја бића привредних кривичних дела. Критеријум „паралелног вредновања“ тешко излази на крај са „проблемом сазнавања“ нормативних обележја бића и других „непривредних“ кривичних дела. Наиме, то нормативно обележје је често дефинисано у бланкетном пропису. Стога, умишљај не постоји уколико лице не зна значење нормативног обележја које је пак дефинисано у бланкетној норми. И у таквом случају, тешко да можемо да се ослонимо на критеријум „паралелног вредновања у лаичкој сфери“, посебно уколико се има у виду сва компликованост израза који се употребљавају за означавање чињеничних конструкција иза нормативних обележја дела.

¹²⁶⁶ Konstantina Papathanasiou, „De gustibus et erroribus – transzendente Ästhetik und strafrechtliche Irrtumslehre“ у *Urteilen lernen II: Ästhetische, politische und eschatologische Perspektiven moralischer Urteilsbildung im interdisziplinären Diskurs* (Hg. - Ingrid Schoberth), V&R unipress Göttingen 2014, 177.

¹²⁶⁷ B. Heinrich, 464.

¹²⁶⁸ C.J.M. Safferling, 139.

¹²⁶⁹ K. Papathanasiou, 177.

11. ДЕЈСТВО ПРАВНЕ ЗАБЛУДЕ – НЕКЕ ОПШТЕ ОДРЕДНИЦЕ

У овом наслову осврнућемо се само уопштено на дејство правне заблуде. Детаљнија образлагања неће бити потребна имајући у виду да је најбитнији део „грађе“ о овој теми већ „исцрпљен“ у одговарајућим насловима у овом раду, при чему пре свега мислимо на део о историјском развоју института правне заблуде у Србији; затим делу о (не)отклоњивости правне заблуде; потом наслову о појму правне заблуде, а нека посредна одређења смо могли уочити и код анализирања кривице. Због свега наведеног, излагања у предметном наслову ће се ограничити на опште одреднице.

Већ смо видели у раду, правна заблуда постоји када учинилац не зна да је оно што ради правом забрањено. Другим речима код лица у правној заблуди не постоји актуелна свест о противправности.¹²⁷⁰

Правна заблуда може да буде отклоњива и неотклоњива.

11.1. Дејство отклоњиве правне заблуде

Отклоњива правна заблуда постоји када учинилац не зна да је оно што ради противно праву, али је могао (и био дужан, према КЗС) да зна. Другим речима, лицу недостаје свест противправности, а могао је да је има.

Према чл. 29 ст. 3 КЗС, отклоњива правна заблуда је факултативни основ за блаже кажњавање. Наводи се: „Учиниоцу који није знао да је дело забрањено, али је то био дужан и могао да зна, казна се може ублажити.“. Уочавамо да законодавац не помиње термин „отклоњива“, док се неотклоњивост ипак помиње (ст. 1 и 2).

Исто дејство отклоњиве правне заблуде сусрећемо и у:

¹²⁷⁰ Ако је заблуда неотклоњива онда не постоји ни потенцијална свест о противправности.

- КЗН у чл. 17, где је прописано да се казна сходно чл. 49 ст. 1 може ублажити уколико је учинилац заблуду могао избећи („*Konnte der Täter den Irrtum vermeiden, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden.*“).
- КЗХ у чл. 32 ст. 2, који пак изричито користи термин „отклоњива“, када наводи: „Ако је заблуда из ставка 1. овог чланка била отклоњива, починитељ се може блаже казнити.“
- КЗ ЦГ¹²⁷¹ у чл. 19 ст. 3 (садржи идентично решење као и КЗС).
- КЗ Словеније¹²⁷² у чл. 31 ст. 3 отклоњиву правну заблуду види као ону коју је учинилац могао да избегне и даје јој дејство факултативног основа за блаже кажњавање.

Отклоњива правна заблуда може додуше да се појави и као обавезни основ за ублажавање казне. Такав је случај у Швајцарској. Наиме, КЗ Швајцарске¹²⁷³, у чл. 21 предвиђа да уколико је заблуда била избегљива, суд ублажава казну. Валтер (коментаришући чл. 17 и 49 КЗН, прим. аут.) наводи да „владајуће схватање с правом узима, да суд то ублажавање само изузетно сме ускратити“¹²⁷⁴ и подсећа на Тидемана (*Tiedemann*) који сматра да ублажавање треба да буде облигаторно као у чл. 14 ст. 3 КЗ Шпаније.¹²⁷⁵ У нашој старијој литератури, Ђорђевић је истицао да степен оправданости правне заблуде може бити мањи или већи, те отуда и остављена могућност суду да ублажи или ослободи од казне.¹²⁷⁶ Иако је схватање о неискључењу кривице у случају оправдане правне заблуде превазиђено, ипак мерило о којем овај аутор говори није. Ради се о „степену оправданости“ у зависности од којег је суд користио своја факултативна овлашћења. Мишљења смо да на сличан начин ваља резоновати и на пољу „само“ факултативног ублажавања казне код отклоњиве правне заблуде. Дакле, према степену оправданости, односно отклоњивости требало би одлучивати о могућем дејству. Тако, ВГН у закључку GSt 2/51 од 18.3.1952. године истиче: „Према мери колико је код учиниоца недостајало напрезање савести, кривични прекор ће бити ублажен.“¹²⁷⁷

¹²⁷¹ Службени лист Р. Црне Горе бр. 70/03, 13/04, 47&06 и Службени лист Црне Горе бр. 40/08, 25/10, 32/11, 40/08, 25/10, 32/11, 40/13 и 56/13.

¹²⁷² <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, 10. јануар 2017.

¹²⁷³ *Ibid.*

¹²⁷⁴ T. Walter, 326.

¹²⁷⁵ *Ibid.*

¹²⁷⁶ М. Ђорђевић, у Ф. Бачић *et al.* (1978), 93.

¹²⁷⁷ ВГН – GSt 2/51 vom 18. März 1952

Уколико суд пак не искористи могућност да ублажи казну испод посебног минимума, тада се правна заблуда може „урачунати“ код оцене степена кривице као околности која утиче да казна буде већа или мања (види чл. 54 КЗС). Другачије, суд је може оценити као олакшавајућу околност. На том трагу и Велцел наводи да избегљива (отклоњива, прим. аут.) правна заблуда ублажава прекорљивост, а сходно томе и казну према мери избегљивости.¹²⁷⁸

Међутим, да правна заблуда не мора нужно указивати ни на нижи степен кривице, те стога да ни не би могла бити оцењена као олакшавајућа околност видимо и код Стојановића када наводи: „Ако је реч о грубом занемаривању дужности да се има знање о забрањености дела, која је лако препознатљива за већину грађана, или ако је учинилац пропустио да сазна за забрану упркос својој посебној дужности да за њу зна због свог позива или других околности, не би се могло говорити ни о нижем степену кривице, па ублажавање казне не би било оправдано.“¹²⁷⁹ С тим у вези, Роксин истиче да је свест о друштвеној штетности понашања индиција за избегљивост правне заблуде и у екстремним случајевима може довести до ускраћивања било каквог ублажавања казне.¹²⁸⁰

На крају излагања о дејству отклоњиве правне заблуде, указаћемо још само на ситуацију умањења кривице по два различита правна основа, отклоњиве правне заблуде и битно смањене урачунљивости.¹²⁸¹ (Маурах ову ситуацију назива „комбинација могућности ублажавања“ – *Kombination der Milderungsmöglichkeiten*).¹²⁸²

Ради се, како Дракић наводи, о ситуацији када „душевни поремећај који је (битно) смањео урачунљивост учиниоца, није ни на који начин утицао на то да се исти у конкретном случају нађе у (не)отклоњивој правној или стварној заблуди“.¹²⁸³ Исти аутор истиче да ту треба разликовати две ситуације – прву када је лице у неотклоњивој заблуди, када се не би ни разматрала (битно) смањена урачунљивост јер би свеједно било искључено постојање кривичног дела.¹²⁸⁴ Друга је пак она у којој је учинилац био

¹²⁷⁸ Н. Welzel, 165.

¹²⁷⁹ З. Стојановић (2013), 197.

¹²⁸⁰ С. Roxin (2006), 933.

¹²⁸¹ Д. Дракић (2012), 1334-1335.

¹²⁸² R. Maugach, 413.

¹²⁸³ Д. Дракић (2012), 1334-1335.

¹²⁸⁴ *Ibid.*

у отклоњивој заблуди и када је у време дела „због одређеног душевног поремећаја био у стању битно смањене урачунљивости, који поремећај, међутим, није утицао на то да се учинилац у исто време и у односу на исто дело нађе још и у оваквој заблуди“.¹²⁸⁵

И Дракић и Маурах сматрају да у том случају треба применити и пропис о отклоњивој правној заблуди и о битно смањеној урачунљивости.

Тако Дракић пише: „...у ситуацији у којој постоје два различита правна основа која умањују кривицу учиниоца, а чији извор представљају различити узроци, доћи ће до кумулирања умањења кривице учиниоца за почињено дело са могућим привилегујућим дејством оба правна основа које се надовезује на такво умањење.“¹²⁸⁶

И Маурах је такође јасан када објашњава да не треба одобрити ублажавање и по основу отклоњиве правне заблуде када ова потиче/последича од умањене способности урачунавања јер би учинилац у супротном незаслужено дошао у прилику да му се по истом основу два пута ублажава казна.¹²⁸⁷ Са друге стране, уколико отклоњива правна заблуда није узрокована стањем умањене способности урачунавања, „неће бити искључено додатно ублажавање (казне, прим. аут.) по основу правне заблуде“.¹²⁸⁸

11.2. Дејство неотклоњиве правне заблуде

Неотклоњива правна заблуда у потпуности отклања кривицу. Другим речима, неотклоњива правна заблуда је основ искључења кривице. Тада не постоји ни актуелна ни потенцијална свест о противправности.

Иначе, према неким немачким ауторима, постоје одређене групе случајева, у којима се може говорити о постојању неотклоњиве правне заблуде. Тако, Конце/Кустер (*Conze/Küster*), издвајају следеће: 1) споредно кривично законодавство (*Nebenstrafrecht*), при чему указују да пословни људи (односно делатници, лица која ће да се баве одређеном делатношћу, прим. аут.) треба да се информишу о релевантним правним прописима споредног кривичног законодавства које се тиче њихове области,

¹²⁸⁵ *Ibid.*

¹²⁸⁶ *Ibid.*, 1335.

¹²⁸⁷ R. Maurach, 413.

¹²⁸⁸ *Ibid.*

односно које се односи на област њиховог деловања; 2) правно питање које је спорно у судској пракси и литератури; 3) случајеви системског неправда (државни систем заснован на кршењу људских права, прим. аут.; *das Systemunrecht*), а као пример истичу тзв. *Mauerschützenprozesse* (кривични поступци који су се водили против граничара-„заштитника берлинског зида“ и политички одговорних за издавање наредби за такво поступање – употреба ватреног оружја према лицима која су покуша(ва)ла да пређу Берлински зид за време поделе Немачке; конкретно, лица која су покушавала да побегну у Западни Берлин; 4) поверење у погрешан правни савет правника (адвоката, прим. аут.).¹²⁸⁹

Из претходних наслова смо видели да правна заблуда није имала ни изблиза овакво дејство у (нашем) ранијем законодавству. И не само у нашем.¹²⁹⁰ Наиме, начело да непознавање права шкоди необично дуго се одржавало у кривичним законодавствима и кривичном праву уопште.

Ипак, Новоселец пише: „Ако је начело *error iuris nocet* имало смисла у римском праву које није обиловало кривичноправним забранама и заповиједима и у коме су постојала само елементарна кривична дјела код којих је заблуда о протуправности практично била искључена, неодрживо је инзистирање на њему у данашњем свијету с хипертрофираном правном регулативом.“¹²⁹¹

У КЗ из 1860. године правна заблуда није имала никакво дејство (у чл. 3 је писало: „Незнање закона никог не оправдава.“). У КЗ за СХС из 1929. године добија дејство факултативног основа за блаже кажњавање (чл. 21: „Незнање или неправилно схватање овога кривичног закона никога не извињава, али с обзиром на прилике, под којима је кривично дело учињено, може суд изрећи блажу казну, а у особито лаким случајевима може ослободити и од сваке казне.“). Тада Шиловић/Франк примећују: „Законодавац осјећајући неправедност стајалишта које безизнимно бацају правну заблуду као извињавајући разлог, пренио је дио своје власти на суд. Суд на основу ове овласти

¹²⁸⁹ Carlo Conze, Marcel Küster, „Rechtsrat – Fall“, http://famos.rewi.hu-berlin.de/file.php/inline/Famos_0414.pdf?id=96374, 26. септембар 2016.

¹²⁹⁰ Према је Аристотел писао: „...кажњава се чак и за преступе учињене из незнања, ако се утврди да је извршилац крив за своје незнање.“ Види, Аристотел, 53. Из наведеног пак није тешко закључити да се не кажњава уколико незнање није скривљено, а што би управо одговарало неотклоњивој правној заблуди, као нескривљеној заблуди.

¹²⁹¹ П. Новоселец, 160.

створит ће правило, по којему ће лучити случајеве, у којима се правна заблуда блаже кажњава од оних, у којима се редовно кажњава, односно особито лаке од обичних.¹²⁹² Почевши од КЗ из 1951. године, правна заблуда добија дејство и факултативног основа за ослобођење од казне (чл. 10: „Суд може блаже казнити учиниоца кривичног дела који из оправданих разлога није знао да је такво дело забрањено, а може га и ослободити од казне.“). За ослобођење од казне тражило се да је учинилац био у заблуди из оправданих разлога. На прву руку може се помислити да је данашња „неотклоњивост заблуде“ исто што и некадашња „оправданост заблуде“. Међутим, то ипак није случај, а концепт „подвајања“ оправдане и неотклоњиве заблуде, остао је присутан у домаћој литератури. Тако Лазаревић пише: „Неотклоњива правна заблуда би се увек сматрала заблудом из оправданих разлога, а отклоњива би се сматрала обичном правном заблудом.“¹²⁹³ (о правној заблуди из оправданих разлога и обичној правној заблуди види и Стојановића¹²⁹⁴) Поред тога додаје: „Није међутим прихватљиво да је у случају отклоњиве правне заблуде увек реч о правној заблуди из неоправданих разлога.“¹²⁹⁵ Другим речима, сматра да учинилац у отклоњивој заблуди може да се нађе и из оправданих разлога. Мршевић са друге стране указује само да је неотклоњива правна заблуда увек она у којој се учинилац нашао из оправданих разлога. У том тону, за неотклоњиву правну заблуду пише, да је то она у којој се учинилац „нашао из оправданих разлога, тј. потребно је да је имао довољно разлога да верује да поступа сагласно праву“.¹²⁹⁶

Већ постојећа хиперкриминализација понашања удружена са забрињавајућим полетом законодавца у до сада несанкционисане просторе, уз сазревање свести да кривично право и кривично правосуђе без уважавања начела кривице могу слободно да се „распусте“ или пак, да наставе да „симулирају суђења“, довела је, за сада макар до декларативне промене, а то је признање неотклоњивој правној заблуди дејства искључења кривице и тиме непостојања кривичног дела. (Тако у КЗС који је ступио на снагу 1.1.2006. године).

¹²⁹² Ј. Шиловић, С. Франк, 28.

¹²⁹³ Љ. Лазаревић (2011), 155.

¹²⁹⁴ З. Стојановић (2012), 150-151.

¹²⁹⁵ Љ. Лазаревић (2011), 155.

¹²⁹⁶ З. Мршевић, 71.

Како год, решење које није препознавало значај и реални домет неотклоњиве правне заблуде, било је незадовољавајуће; и једноставно речено, кршило је начело кривице. Вајгенд истиче да би било стварно нефер кривити и казнити некога због тога што је учинио нешто, при чему му је било онемогућено да сазна да је то забрањено.¹²⁹⁷ Арц пише да је страх да би правна заблуда могла да угрози објективност кривичног процеса и доведе у питање вредности заједнице, високо/прилично ирационалан¹²⁹⁸, те да „ниједна плаузибилна теорија кажњавања не може објаснити зашто лице које не зна и не може да зна да крши закон, треба да буде кажњено“.¹²⁹⁹ Закључио је, а управо у погледу дејства правне заблуде која искључује кривицу, да исто, на практичном нивоу, „није довело до слома права/закона и реда у Немачкој.“¹³⁰⁰ (Ђокић на пример наводи: „Образложење за круто правило о неуважавајућем дејству правне заблуде...поједини аутори су пронашли у процесним тешкоћама побијања учиниоцевог позивања на ову правну фигуру или у бојазни да ће се у супротном случају значајно повећати број ослобађајућих разлога.“¹³⁰¹) Наиме, још су Шиловић/Франк 1929. године напомињали да „опасности проведења правне заблуде у законик у нису нимало велике.“¹³⁰² (додуше тада није имала дејство које има данас). Иначе, ови аутори као да су предвидели какав ће однос суда према институту правне заблуде бити (а какво год њено дејство било), када су писали да „...теоретска важност захтјева, да правна заблуда има да извињује, далеко надмашује практичну.“¹³⁰³

У (нашој) старијој литератури је (на пример) Новоселец указивао: „Недопустиво је казнити некога за дјело чије протуправности није био свјестан, нити се од њега могло захтијевати да стекне такву свијест.“¹³⁰⁴ На сличном трагу, Мршевић пише да је: „...неоправдано и нехумано кажњавати учиниоца који је дело учинио у оправданој (неотклоњивој) правној заблуди. Он је учинио дело које није хтео и којег није био свестан.“¹³⁰⁵ (Овде, међутим примећујемо нераздвајање свести о делу и свести о

¹²⁹⁷ T. Weigend, 508.

¹²⁹⁸ G. Arzt, 725.

¹²⁹⁹ *Ibid.*, 728.

¹³⁰⁰ *Ibid.*, 731.

¹³⁰¹ И. Ђокић (2016), 257-258.

¹³⁰² Ј. Шиловић, С. Франк (1929), 24.

¹³⁰³ *Ibid.*, 28.

¹³⁰⁴ П. Новоселец, 160.

¹³⁰⁵ З. Мршевић, 78.

противправности. Јер, то што је лице у правној заблуди не значи да нема свест о делу. Он додуше нема свест о забрањености дела.¹³⁰⁶

Да је наведено резонување о дејству неотклоњиве правне заблуде широко прихваћено и препознато као исправно, неспорно је и у литератури и у законодавству. Тако у литератури Јакобс¹³⁰⁷, Ото¹³⁰⁸, Ерхарт¹³⁰⁹, Валтер¹³¹⁰, Заферлинг¹³¹¹, Јегер¹³¹², Тофарн¹³¹³, Фишер¹³¹⁴, Стојановић¹³¹⁵.

У законодавству види: чл. 29 ст. 1 КЗС; чл. 17 КЗН; чл. 9 ст. 1 КЗА¹³¹⁶; чл. 21 КЗ Швајцарске; чл. 9 ст. 1 КЗ Лихтенштајна¹³¹⁷; чл. 19 ст. 1 КЗ ЦГ; чл. 32 ст. 1 КЗХ; чл. 31 ст. 1 КЗ Словеније и чл. 30 КЗ Пољске¹³¹⁸

12. ПОЈАМ СТВАРНЕ ЗАБЛУДЕ

У оквиру излагања о стварној заблуди акценат је стављен на стварну заблуду у ширем смислу тј. заблуду о постојању чињеничних претпоставки неког основа искључења противправности. Видећемо и да се неретко управо означавањем ове заблуде „само“ као заблуде о постојању чињеничних претпоставки, али не и непостојању чињеничних претпоставки неосновано сужавао њен простор (или прецизније речено, можда су и такве ситуације „признаване“/декларисане као стварна заблуда у ширем смислу, али је у том случају њена дефиниција била непрецизна – непотпуно тачна). Затим, посебан

¹³⁰⁶ У погледу тога види *Rechtssatz, Entscheidungstext* OGH 3.9.1987 12 Os 180/86 – Правна заблуда не искључује умишљај, већ кривицу, којој (кривици, прим. аут.) као независан елемент, припада и свест о противправности. И Роксин указује да правна заблуда, без обзира да ли је избегљива или неизбежљива, не утиче (дотиче, прим. аут.) умишљај. Види, С. Roxin (2006), 928. Но, ми смо заправо потпуно сагласни са делом у којем Мршевић указује када је „неоправдано и нехумано кажњавати учиниоца“.

¹³⁰⁷ G. Jakobs (1991), 564.

¹³⁰⁸ H. Otto (2004), 220.

¹³⁰⁹ E. Erhardt, 93.

¹³¹⁰ T. Walter, 325.

¹³¹¹ C.J.M. Safferling, 224.

¹³¹² C. Jäger, 158.

¹³¹³ S. Tofahrn, 159.

¹³¹⁴ T. Fischer (2015), 140-142.

¹³¹⁵ З. Стојановић (2012), 150.

¹³¹⁶ <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296>, 10. јануар 2017.

¹³¹⁷ <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, 10. јануар 2017.

¹³¹⁸ *Ibid.*

поднаслов посвећен је „платформи“ *Erlaubnistatbestandsirrtum* у кривичном праву Немачке и утицају различитих теорија помоћу којих се одређивало место свести о противправности на правно дејство ове заблуде с обзиром да иста није регулисана у КЗН. Имајући у виду да није могуће анализирати ову стварну заблуду која је „блиска“ правној заблуди, а не осврнути се макар у основним цртама и на стварну заблуду у ужем смислу (заблуду о објективним обележјима бића дела); заблуду о квалификаторним и привилегујућим околностима као и обрнуту стварну заблуду (неподобан покушај), учињено је и то, али у односу на ове теме, управо у основним цртама, како „водећа нит“ рада не би трпела превише одступања.

12.1. Стварна заблуда у ужем смислу

Стварна заблуда у ужем смислу постоји када лице не зна чињенице, тј. стварне околности дела. Ова прва врста стварне заблуде коју излажемо означава се још и заблуда о стварним обележјима бића кривичног дела¹³¹⁹, заблуда о делу¹³²⁰, заблуда о законским обележјима кривичног дела¹³²¹, „заблуда с обзиром на обиљежја дјела“¹³²², „заблуда у погледу обиљежја кривичног дјела“¹³²³, заблуда о бићу дела¹³²⁴, заблуда у погледу неке стварне околности која представља обележје дела.¹³²⁵

У немачкој литератури сусрећемо називе *Tatbestandsirrtum* – тако код Веселс/Бојлке/Зацгер¹³²⁶, Валтер¹³²⁷, Фишер¹³²⁸, Хајнрих¹³²⁹, Роксин¹³³⁰, Каспар¹³³¹, али и *Tatumstandsirrtum* (види – М.Колер¹³³², Ерхарт¹³³³).

Једноставно речено, учинилац у овој заблуди не зна неко¹³³⁴ објективно обележје бића кривичног дела¹³³⁵, било дескриптивно било нормативно.^{1336,1337} Услед тога учинилац

¹³¹⁹ З. Стојановић (2013), 186.

¹³²⁰ Б. Чејовић, М. Кулић, 214.

¹³²¹ Ј. Таховић, 192.

¹³²² С. Франк (1955), 162.

¹³²³ Б. Златарић, М. Дамашка, 313-314.

¹³²⁴ Ф. Бачић, 260.

¹³²⁵ И. Вуковић (2013), 18.

¹³²⁶ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 179.

¹³²⁷ T. Walter, 368.

¹³²⁸ T. Fischer (2015), 129-130.

¹³²⁹ B. Heinrich, 464.

¹³³⁰ C. Roxin (2006), 481-485.

¹³³¹ J. Kaspar, 173.

¹³³² M. Köhler, 151.

¹³³³ E. Erhardt, 87.

нема свест о свим обележјима одређеног дела. С обзиром да сва објективна обележја бића неког кривичног дела нису обухваћена у свести учиниоца, не постоји умишљај учиниоца. Другим речима, такав учинилац нема свест о делу. Он има непотпуну свест о делу која није довољна да заснује умишљај јер је та свест – свест о неком другом стварном феномену, а не о обележјима из законског описа бића дела.¹³³⁸ Примери за ову врсту заблуде су када учинилац узме туђу ствар погрешно сматрајући да је његова¹³³⁹, затим када гост излази из ресторана и узме туђи мантил за кишу јер га је грешком заменио/држао за свој^{1340,1341}; или када неко другом лицу да течност у уверењу да се ради о освежавајућем напитку, а испостави се да је у питању отров¹³⁴²; или када у сумрак ловац пуца на сакупљача гљива мислећи да је у питању дивља свиња¹³⁴³; или када лице пуца на човека који спава у шуми, држећи да је звер.¹³⁴⁴

И ова заблуда може да буде отклоњива и неотклоњива. Прва увек искључује умишљај. Међутим, имајући у виду да немали број кривичних дела може бити учињен само умишљајно, то ће и у ситуацијама отклоњиве стварне заблуде (било у ужем било у ширем смислу) бити искључено постојање кривичног дела. Уколико је пак код одређеног кривичног дела предвиђено да се може учинити и из нехата, остаје кажњавање за нехат. Са друге стране, неотклоњива стварна заблуда искључује и умишљај и нехат, а тиме увек и кривично дело.¹³⁴⁵

¹³³⁴ Укључено и погрешно знање.

¹³³⁵ О објективним обележјима бића кривичног дела види код З. Стојановић (2013), 108.

¹³³⁶ За дескриптивна и нормативна обележја види и Т. Fischer (2015), 130; Т. Walter, 242.

¹³³⁷ Стојановић правилно примећује да „заблуда не може постојати у односу на оно што чини субјективно биће кривичног дела. Види, З. Стојановић (2013), 189.

¹³³⁸ На том трагу, Бачић и наводи да „*dolus* претпоставља знање свих околности из бића дјела, а заблуда се управо састоји у томе да то знање недостаје починитељу“. Ф. Бачић (1998), 260

¹³³⁹ *Ibid.*

¹³⁴⁰ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 179.

¹³⁴¹ G. Freund, 218.

¹³⁴² З. Стојановић (2013), 188-189.

¹³⁴³ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 179.

¹³⁴⁴ Т. Живановић, 232.

¹³⁴⁵ Није на одмет приметити да још код Аристотела, у Никомаховој етици, наилазимо на препознавање „правног дејства“ стварне заблуде, када пише: „Хотимичним називам...оно што неко у чијој је то власти свесно и без заблуде у погледу лица којег се радња тиче, оруђа којим се служи и циља с којим то врши; на пример, да зна ко је онај кога удара, којим оруђем и с каквим циљем, а да је при томе искључен случај или спољна принуда.“ Аристотел, 108

12.1.1. Заблуда у односу на привилегујуће и квалификаторне околности

Заблуда о делу, видели смо, односи се на објективна обележја бића дела. Није спорно да низ кривичних дела, осим основног облика, „има“ и привилеговани и/или тежи облик. Ови „други“/“неосновни“ облици кривичног дела у свом бићу „имају“ једно или више „одступања“/“разлика“ у односу на основни облик, услед којих дело поприма лакши или тежи облик. Ове „разлике“ нису ништа друго до такође објективна обележја дела. Заблуда о тим „допунским“ обележјима дела, начелно би требало да функционише исто као и заблуда у погледу обележја дела из скупа основног облика.¹³⁴⁶

Надаље, умишљај учиниоца постоји само у односу на оно дело за које учинилац зна да га врши у смислу обележја дела. Ако пак учинилац није свестан неког од обележја дела, тешко, заправо никако, не би се могло устврдити постојање умишљаја у односу на то дело. (И не само умишљаја, већ и несвесног нехата).

Дакле, да и квалификаторне околности могу бити предмет стварне заблуде, примећујемо још код А. Колера (1917. године) – (*„...wenn er sich auf Tatumstände des gesetzlichen Tatbestandes (d.h. auf die konkreten objektiven Deliktsmerkmale) bezieht, mögen sie die Strafbarkeit begründen oder erhöhen“*).¹³⁴⁷

Затим, Маурах (1954. године) цитира верзију тадашњег чл. 59 ст 1 КЗ Немачке: „Ако неко при извршењу неке кривичне (казнене, прим. аут.) радње није знао за постојање околности дела, које припадају законском бићу дела или подижу (пооштравају) кажњивост, њему се ове околности неће урачунати.“ – (*„...“welche zum gesetzlichen Tatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umständen nicht zuzurechnen“*).¹³⁴⁸

Код нас Ђорђевић (1978. године) препознаје да и квалификаторне околности могу бити предмет стварне заблуде¹³⁴⁹, као и Лазаревић¹³⁵⁰ и Стојановић¹³⁵¹.

¹³⁴⁶ Тако и Ђокић, који анализирајући стварну заблуду објашњава да се заблуда може односити и на тежи односно лакши облик кривичног дела јер квалификаторне и привилегујуће околности представљају допунска обележја бића. И. Ђокић (2012), 273

¹³⁴⁷ А. Köhler, 291. Где пише о томе да заблуда искључује умишљај.

¹³⁴⁸ R. Maurach, 250.

¹³⁴⁹ М. Ђорђевић, у Фрањо Бачић *et al.*, (1978), 88.

¹³⁵⁰ Љ. Лазаревић (2011), 147.

¹³⁵¹ З. Стојановић (2012), 401.

Наведено, Ђокић објашњава следећим примером: „Ако учинилац нпр. не зна да књиге које је украо из Народне библиотеке представљају културно добро не може бити кажњен распоном казне прописаним за тешку крађу, јер му недостаје умишљај у односу на околност која дело чини тежим.“¹³⁵² Из последњег примера недвосмислено се може уочити „одвојена“ раван деловања стварне заблуде, а то је раван квалификаторних и привилегујућих околности које се налазе у бићу дела, и због којих је управо то дело предвиђено као тежи односно лакши облик кривичног дела, најчешће у одвојеном ставу одређеног члана КЗ.¹³⁵³ Наиме, ради се о томе да (овде) та стварна заблуда неће искључити умишљај, на начин да учињено дело, уколико се не кажњава за нехат, уопште неће бити кривично дело. Напротив, постојаће онај облик кривичног дела чија су се сва обележја стекла у свести код учиниоца. Другим речима, неће постојати оно дело чија је учинилац „обележја“ објективно остварио, већ оно дело чија обележја тај учинилац верује да остварује.

Наиме, могло би се тврдити, да уколико постоји стварна заблуда у односу на обележје које се налази у бићу кривичног дела, а које обележје чини учињено кривично дело лакшим или тежим, неће постојати умишљај у односу на лакши или тежи облик кривичног дела, али ће постојати умишљај у односу на основни (остварени) облик кривичног дела. Ово због тога што је „основно“ правило да стварна заблуда искључује умишљај, те стога уколико лице не зна да испуњава неко обележје, не може му се ни приписати умишљај у односу на то обележје.

Дакле, уколико учинилац пуца из пиштоља у женско лице, хотећи да је лиши живота, али не зна да је бременита, тада неће постојати умишљај учиниоца у односу на кривично дело тешко убиство („ко лиши живота... бремениту жену“ - чл. 114 ст. 1 тач. 9 КЗС), већ ће постојати кривично дело (обично) убиство из чл. 113 КЗС, без обзира што је оштећена¹³⁵⁴ била бременита. Квалификаторна околност у описаном примеру је бременитост жене. Кривично дело тешко убиство може бити учињено искључиво умишљајно. Да би постојао умишљај, учинилац мора бити свестан да је жена бременита. Ако међутим, није свестан ове околности, било зато што је не зна, било зато

¹³⁵² И. Ђокић (2012), 273.

¹³⁵³ Некад је лакши или тежи облик предвиђен у посебном ставу; тако у случају крађе, где лакши облик није предвиђен у члану 203 КЗ, већ у чл. 210 КЗ који се зове „Ситна крађа, утаја и превара“, а тежи у чл. 204 КЗ „Тешка крађа“; исто је нпр. и са убиством.

¹³⁵⁴ Процесноправни термин, материјалноправни би био пасивни субјект.

што верује да жена на коју пуца није бременита, не постоји умишљај у односу на овај облик дела, а самим тим не постоји ни то дело. Постоји пак, „само“ оно што је „учинилац остварио у својој глави“, а то је (обично) убиство. Кратко речено, учинилац је био у стварној заблуди да жена није трудна, и због тога је „искључен умишљај у односу на ту околност“.

Описани пример се тичао дакле стварне заблуде у односу на квалификаторну околност, ону која чини дело тежим. Други случај односи се на стварну заблуду у погледу постојања обележја (стварне околности), које када би стварно постојало, чинило би дело лакшим, односно био би остварен лакши облик кривичног дела.

Наиме, замислимо кривично дело лишења живота из самилости из чл. 117 КЗС („Ко лиши живота пунолетно лице из самилости због тешког здравственог стања у којем се то лице налази, а на његов озбиљан и изричит захтев...“). У питању је без сумње привилеговани (лакши) облик убиства. Учинилац верује да постоји „озбиљан и изричит захтев“, а у ствари не постоји, и такав учинилац лиши живота односно лице. Да ли је учињено кривично дело убиство или пак постоји његов лакши облик, лишење живота из самилости? Несумњиво је дакле да је учинилац у стварној заблуди у односу на допунско обележје (једно од) које дело чини лакшим. Уколико је пак у стварној заблуди у односу на одређено обележје из бића дела, тада, према „општем“ правилу о деловању стварне заблуде, умишљај у односу на то обележје мора да буде искључен, а ако је искључен умишљај у односу на то одређено обележје, искључен је и за само умишљајно остварење тог кривичног дела. Закључујемо да не би могло да постоји умишљајно кривично дело лишење живота из самилости, јер у свести учиниоца постоји погрешно уверење да постоји „озбиљан и изричит захтев“ лица које се налази у тешком здравственом стању. Које би онда дело требало да постоји?

С тим у вези, Ђокић указује да су Вуковић и он на становишту које прихватају и одређена законодавства попут немачког, швајцарског и др., а које заговара решење да, уколико је учинилац у заблуди у погледу постојања околности која чини обележје привилегованог облика кривичног дела, онда се може казнити само за умишљајно

вршење таквог привилегованог дела, а не за умишљајно вршење основног облика кривичног дела.¹³⁵⁵ Тако наводе и Јакобс¹³⁵⁶ и Фројнд¹³⁵⁷.

Међутим, оваква одредба није одувек постојала у КЗ Немачке. Тако Маурах, у свом уџбенику из 1954. године, оправдано критикује тадашњи чл. 59 КЗ Немачке, који није уредио дејства заблуде о постојању привилегујућих обележја (из бића дела, које да постоје, био би остварен лакши облик дела. прим. аут.).¹³⁵⁸ Овај аутор истиче неразумност резултата до којег би, у том случају, довео чл. 59, а то је покушај лакшег облика дела у стицају са покушајем основног облика дела.¹³⁵⁹ Предлаже да се ово привилегујуће обележје бића дела посматра као субјективно обележје бића дела.¹³⁶⁰

Актуелна верзија КЗ Немачке пак, у чл. 16 (*Irrtum über Tatumstände*) у ст. 2, прописује да се учинилац који је у заблуди у погледу постојања привилегујућих околности (које да постоје, било би остварено биће дела блажег закона; мисли се на лакши облик дела, прим. аут.), може казнити за умишљајно извршење само за тај лакши облик дела (*„...kann wegen vorsätzlicher Begehung nur nach dem milderen Gesetz bestraft werden“*). Валтер објашњава да се у смислу чл. 16 ст. 2 КЗН, под блажим законом сматра привилегован облик дела (*„Mit dem milderen Gesetz ist eine privilegierende lex specialis gemeint“*).¹³⁶¹

На том трагу, Роксин заблуду из чл. 16 ст. 2 КЗН назива заблуда о привилегујућим околностима (*Irrtum über privilegierende Tatumstände*).¹³⁶² И Фројнд наводи да је, погрешно сматрање да постоје околности које би (да постоје, прим. аут.) чиниле привилеговани облик дела, уређено у чл. 16 ст. 2 КЗН.¹³⁶³

¹³⁵⁵ И. Ђокић (2012), 273-274.

¹³⁵⁶ G. Jakobs (1991), 306.

¹³⁵⁷ G. Freund, 218.

¹³⁵⁸ R. Maurach, 252-253.

¹³⁵⁹ *Ibid.*

¹³⁶⁰ *Ibid.*

¹³⁶¹ T. Walter, 299.

¹³⁶² C. Roxin (2006), 505. Иако наслов који обрађује ову заблуду (у уџбенику цитираног аутора) носи назив „Der Irrtum über strafmildernde Umstände nach § 16 II“, што би се у буквалном преводило као „Заблуда о околностима ублажавања казне“.

¹³⁶³ G. Freund, 218.

Роксин, као најчешће навођен пример примене чл. 16 ст. 2 (КЗН), наводи чл. 216 (КЗН; кривично дело лишење живота на захтев¹³⁶⁴, прим. аут.) кад неко лиши живота лице, погрешно узимајући, да је жртва то од њега изричито и озбиљно захтевала (а није, прим. аут.).¹³⁶⁵ У том случају ће се учинилац казнити по чл. 216 (лишење живота на захтев), а не за кривично дело обично убиство из чл. 212 (*Totschlag*).¹³⁶⁶ Иначе, за лишење живота на захтев прописана је казна затвора од шест месеци до пет година, а за обично убиство прописана је казна затвора од минимум пет година.¹³⁶⁷ Поред овог, Роксин наводи као пример и однос између (обичне) крађе (§ 242 *Diebstahl*) и посебно тешког случаја крађе (§ 243 *Besonders schwerer Fall des Diebstahls*), те пише да се учинилац може казнити само за (обичну, прим. аут.) крађу, а не за посебно тешки случај крађе, уколико је погрешно сматрао да је украдена ствар мале вредности.¹³⁶⁸ Тако и Стојановић, који указује да је за постојање тешке крађе „неопходан умишљај који мора обухватити и свест о квалификаторној околности“¹³⁶⁹; а истиче да то правило важи и за „квалификаторну околност која се везује за вредност украдене ствари“¹³⁷⁰, те да „уколико учинилац није знао да вредност прелази прописани износ, и уколико не би извршио кривично дело да је то знао, треба узети да постоји обична крађа“.¹³⁷¹ (Лазаревић пише да учинилац „мора бити свестан да је украо ствар чија је вредност велика“.¹³⁷²)

Као својеврсни закључак овог поднаслова фигурирају следеће одреднице:

- Ако учинилац не зна које (неко) битно обележје дела, он је у стварној заблуди;
- Стварна заблуда негира умишљај (како у односу на „цело“ дело, тако и у односу на свако појединачно битно обележје – у смислу да ли је обухваћено њиме или није);

¹³⁶⁴ § 216 Tötung auf Verlangen StGB (Deutschlands).

¹³⁶⁵ С. Roxin (2006), 505.

¹³⁶⁶ *Ibid.*

¹³⁶⁷ Ваља напоменути да је најтежа казна, казна доживотног затвора запрећена за тешко убиство (§ 211 Mord).

¹³⁶⁸ С. Roxin (2006), 507.

¹³⁶⁹ З. Стојановић (2012), 611.

¹³⁷⁰ *Ibid.*, 611-612.

¹³⁷¹ *Ibid.*, 612.

¹³⁷² Љ. Лазаревић (2011), 689.

- Стварна заблуда може да постоји не само у односу на обележја дела која „улазе“ у основни облик бића дела, већ и у односу на обележја „која мењају“ основни облик на начин да дело поприма лакши или тежи облик;
- Стварна заблуда делује на исти начин у односу на допунска обележја бића дела као и према основним;
- Ако дакле допунско обележје дела није обухваћено умишљајем учиниоца, не може постојати умишљај у односу на лакши или тежи облик дела;
- Ипак, „одређење“ из претходне тезе важи само у односу на тежи облик дела, тј. у односу на квалификаторно обележје; наиме, у свести учиниоца „остају“/“постоје“ само обележја основног облика, те стога постоји умишљајно основно дело;
- Ако пак учинилац мисли да постоји обележје које би његово дело учинило лакшим, тада постоји „специфична“ супротна ситуација у односу на квалификаторно обележје. Док код квалификаторног обележја, учинилац погрешно мисли/не зна да оно постоји, код обележја које чини дело лакшим, учинилац верује супротно, сматра да такво „олакшавајуће“ обележје постоји, а заправо не постоји. Код квалификаторног „постоје“ обележја основног облика у свести учиниоца и зато постоји умишљај у односу на основни облик. Код „олакшавајућег“ обележја, оно не постоји у свести учиниоца, већ у таквој свести постоји „вишак“ који је погрешно умислио учинилац. Осим „вишка“ постоје и друга обележја, која по свој прилици испуњавају/одговарају обележјима основног облика дела, што значи да код учиниоца у свести егзистирају у целости сва обележја основног облика дела. Како онда утврђујемо да не постоји тај основни облик, већ постоји умишљајни привилеговани облик дела?
- Одговор на ово питање налази се у истој оној „равни резоновања“ као и одговор на питање о дејству стварне заблуде у ширем смислу, чији један модалитет¹³⁷³ такође „узима“ да је искључен умишљај у односу на урађено уколико учинилац мисли да постоји нека стварна околност која заправо не постоји, а постоје сва обележја предметног бића дела.
- Једноставно речено, умишљање учиниоца да постоји нека стварна околност у односу на оне које реално постоје, драматично и значајно мења његов однос

¹³⁷³ Јер, постоји стварна заблуда у ширем смислу и када лице мисли да нешто не постоји, а заправо постоји, а не само обрнуто, као што се то често погрешно сматра. О појавним облицицима ове врсте стварне заблуде види више у наслову у којем се бавимо тиме.

према делу, на начин да учинилац предузима потпуно друго дело, и он хоће баш то потпуно друго дело. Наравно да би било пожељно схватити/приметити да није исто да учинилац хоће да учини ситну крађу па учини обичну иако је убеђен да чини ситну. Колика разлика постоји у целокупном мотивационом процесу у оквиру доношења одлуке, те свести и хтења да се иста учини, можда се најочитије уочава управо на „линији поређења“ хтења кривичног дела убиство и кривичног дела лишење живота из самилости. Наиме, не би ли било неподношљиво неправично изједначити лице које хоће да убије свог пријатеља Марка и лице које услед огромних патњи кроз које пролази његов стари и одани пријатељ Марко, и који умире у тешким мукама, мислећи да његов тешко болесни пријатељ захтева да му прекине муке, лиши живота овога иако је погрешно „протумачио“ одређену његову радњу као „озбиљан и изричит захтев“? Не би ли се постојање и сврха права, али и морала, обесмислила „софизмом који би изједначио умишљај ових лица“? Одговор је ипак излишан.

- *Завршимо стога поднаслов:*

- 1) Стварна заблуда о квалификаторној околности → постоји основни облик дела;
- 2) Стварна заблуда о привилегујућој околности → постоји умишљај и кажњава се само за лакши облик дела.

12.2. Стварна заблуда у ширем смислу

Најједноставније речено, овде се ради о заблуди о постојању чињеничних околности које када би стварно постојале, искључиле би противправност. Неретко се користи и израз стварна заблуда у ширем смислу.^{1374,1375,1376,1377,1378,1379,1380} Таховић говори о заблуди о основима оправдања дела¹³⁸¹, тако и Чејовић¹³⁸², Златарић/Дамашка о

¹³⁷⁴ З. Стојановић (2013), 186-187.

¹³⁷⁵ Златарић/Дамашка, 314.

¹³⁷⁶ М. Ђорђевић, у Ф. Бачић *et al.* (1978), 88-89.

¹³⁷⁷ Б. Чејовић, М. Кулић, 214-215.

¹³⁷⁸ Игор Вуковић, (2013), 17-27.

¹³⁷⁹ Љ. Лазаревић, (2011), 146-147.

¹³⁸⁰ З. Мршевић, 72.

¹³⁸¹ Ј. Таховић, 192.

¹³⁸² Б. Чејовић. М. Кулић, 192 и Б. Чејовић (1985), 153.

заблуди о разлозима искључења противправности¹³⁸³, тако и Стојановић¹³⁸⁴, а Бачић о заблуди о околностима које искључују противправност као и заблуди о чињеничним претпоставкама разлога искључења противправности.¹³⁸⁵ Овако је назива и Ђокић.¹³⁸⁶ Овај аутор пише: „У том случају, објективне претпоставке неког основа оправдања нису испуњене али субјективне јесу, тј. учинилац погрешно држи да се креће у оквиру неког разлога који би искључио противправност његовог понашања.“¹³⁸⁷ Лазаревић је дефинише као погрешну представу о кривичноправно релевантним околностима које су ван бића кривичног дела.¹³⁸⁸ Мршевић стварну заблуду у ширем смислу сматра за „граничну област између правне и стварне заблуде“.¹³⁸⁹ Даље наводи да се ту ради „о врсти правне заблуде која је проглашена проширеним појмом стварне заблуде само зато да би производила правно дејство“.¹³⁹⁰

Ипак, напоменимо још и да дефинисање стварне заблуде у ширем смислу као заблуде о постојању основа искључења противправности никако не може да се прихвати као прецизно. Наиме, и индиректна правна заблуда је заблуда о постојању основа искључења противправности. И обе овакве дефиниције ових заблуда су све само не прецизне. Код стварне заблуде у ширем смислу, у питању је заблуда о постојању чињеница, а не заблуда о вредновању чињеница. Код индиректне правне заблуде учинилац у потпуности познаје/зна чињенично стање, али погрешно оцењује, док код стварне заблуде у ширем смислу, учинилац погрешно мисли да постоје одређене чињенице, које када би заиста постојале, чиниле би дело дозвољеним. Конкретније речено, чиниле би дело дозвољеним у том смислу што би таква чињеница/чињенице, за које учинилац сматра да постоје, а оне заправо не постоје, чиниле дело дозвољеним на начин што би успостављале основ искључења противправности; прецизније, учинилац би сматрао да поступа у оквиру основа искључења противправности. Најучесталији пример за објашњавање је свакако путативна нужна одбрана.¹³⁹¹

¹³⁸³ Б. Златарић, М. Дамашка, 313.

¹³⁸⁴ З. Стојановић (2013), 186-187.

¹³⁸⁵ Ф. Бачић (1998), 263-264.

¹³⁸⁶ И. Ђокић (2012), 283.

¹³⁸⁷ И. Ђокић (2016), 250-251.

¹³⁸⁸ Љ. Лазаревић, 146.

¹³⁸⁹ З. Мршевић, 72.

¹³⁹⁰ *Ibid.*, 73.

¹³⁹¹ Додуше, у кривичном законодавству Шпаније, ово не би био „прави“ пример за стварну заблуду, пошто је чл. 14 ст. 3 КЗ Шпаније уређује као правну заблуду. Рисимовић, анализирајући чл. 14 КЗ Шпаније, указује да се у законодавству Шпаније, стварна заблуда односи искључиво на погрешну представу у погледу обележја бића кривичног дела, док се на учиниоца дела у путативној нужној

У ранијој југословенској литератури, Шиловић/Франк пишу да се у заблуди „гледе битних обиљежја кривичног дјела налази и онај, тко при учињењу дјела погрешно узме, да постоје околности, према којима би то дјело било допуштено, ако би оне доиста постојале“.¹³⁹² Овде дакле уочавамо изједначавање у дејству заблуде о бићу и заблуде о чињеницама које су ван бића дела, а чије би постојање укинуло противправност дела. Као једну од ситуација наводе: „...када учинитељ погрешно узимље, да околности, које уистину постоје, творе разлог, који оправдава, н. пр. ... да као учинитељ смије свако непристојно дијете на улици казнити.“¹³⁹³ Међутим, случај где учинилац мисли да може казнити свако непристојно дете на улици, према „данашњим аршинима“ не би био разматран у оквиру заблуде која искључује умишљај¹³⁹⁴, већ у оквиру правне заблуде. Наиме, радило би се о индиректној правној заблуди. У поменутом цитираном примеру, учинилац мисли да је нешто основ искључења противправности, а то „нешто“ заправо није основ искључења противправности. Шиловић/Франк, на истој линији као што је претходни пример наводе и следеће: „када учинитељ околности, које не постоје, али за које мисли да постоје, погрешно држи за разлог, који оправдава. Мисли да као учитељ смије казнити своје ученике и на улици, и погрешно држи да је дијете његов ученик.“¹³⁹⁵ Овде би се пак радило о дуплој заблуди и то конкретно о „комбинацији“ стварне заблуде у ширем смислу и индиректне правне заблуде. Оваква „дупла“ заблуда заправо и није дупла заблуда, већ „само“ индиректна правна заблуда. Наиме, то што лице мисли да је ученик којег је казнио његов ученик, а он то заправо није, не креира (не ствара) ситуацију постојања услова за неки важећи основ искључења противправности. Стога, потпуно је небитно да ли је ученик његов или није. Другим речима, оваква заблуда је ирелевантна једнако као она када лице које пуца у Петра мисли да пуца у Марка, па га и убије (оваква заблуда је небитна изузев ако се ради о томе да само лице са одређеним својством може бити пасивни субјект код одређеног кривичног дела). Тако да су последице исте, без обзира да ли је „ученик заиста његов или није“. Имајући у виду наведено „остаје“ да као релевантна заблуда фигурира само индиректна правна заблуда, где лице мисли да (као учитељ, прим. аут.) има право на кажњавање ученика, а у стварности, односно у позитивном праву такав основ

одбрани примењују правила која се односе на правну заблуду. Рисимовић објашњава да се о правној заблуди ради и онда „ако лице које предузима одбрамбену радњу има погрешну представу у погледу неопходности одбране“. Радосав Рисимовић, „Нужна одбрана у кривичном законодавству Шпаније“, *Страни правни живот* 3/2008, 239-248.

¹³⁹² Ј. Шиловић, С. Франк, 21.

¹³⁹³ *Ibid.* 20.

¹³⁹⁴ За присталице теорије умишљаја, заблуда која искључује умишљај је и правна заблуда.

¹³⁹⁵ Ј. Шиловић, С. Франк, 21.

искључења противправности не постоји. Даље, Шиловић/Франк пишу да ту спада и случај: „Када учитељ не зна, да је његово понашање неправо, било да не познаје забрану или заповијед да ради, било да погрешно мисли, да његово понашање не спада под пропис кривичног законика. Учинитељ погрешно држи забрањено понашање незабрањеним.“¹³⁹⁶ Овде се, без дискусије, ради о правној заблуди.

Наиме, Кривични законик Србије разликује две врсте стварне заблуде, прва је заблуда у погледу неке стварне околности која представља обележје кривичног дела, а друга је заблуда у погледу неке стварне околности која би, да је заиста постојала, чинила дело дозвољеним.¹³⁹⁷

Готово да би се могло закључити да стварна заблуда у ширем смислу може да буде једино позитивна заблуда, односно она где лице мисли да постоји нека околност, а она не постоји заправо. На таквом трагу истицало би се да се може радити о стварној заблуди у ширем смислу уколико лице не зна да постоје неке околности, а оне заиста постоје. Ово због тога што се не може замислити да лице не зна да је у „ситуацији“ нужне одбране, на пример да не зна да је у току противправан напад, а да се каже да је поступао у овој заблуди. Наиме, ова заблуда постоји ако лице мисли да постоји нека чињенична околност, која да је заиста постојала, учинила би да не постоји противправност, другим речима, искључила би противправност. Тако и чл. 28 ст. 2 КЗС где пише: „...у погледу неке стварне околности која би, да је заиста постојала, чинила дело дозвољеним.“ Дакле ради се о томе да лице мисли да та стварна околност постоји, а она заправо не постоји. Обрнуто при томе не важи. И зато, стварна заблуда у ширем смислу може да буде само позитивна заблуда, а не и негативна. Барем би тако произлазило из „слова закона“, а видели смо, и низа литературе. Па ипак проверићемо и ту тврдњу у поднасловима који следе.

12.2.1. *Erlaubnistatbestandsirrtum*

Члан 16 КЗ Немачке се зове „Заблуда о околностима дела“ (§ 16 *Irrtum über Tatumstände*). Став 1 регулише ситуацију када учинилац, при извршењу дела, не зна

¹³⁹⁶ *Ibid.*, 22.

¹³⁹⁷ Иначе, Стојановић пише да су знатно чешћи случајеви стварне заблуде у погледу елемената бића кривичног дела. З. Стојановић (2013), 189.

околност која припада законском опису бића кривичног дела, те одређује да тада учинилац не поступа са умишљајем. У истом ставу је прописано да кажњивост због нехатног извршења остаје недирнута. Другим речима, уколико закон прописује кажњивост и за нехатно извршење (одређеног) дела, а учинилац је поступао са нехатом, казниће се казном предвиђеном за нехатно извршење тог дела. У ставу 2 прописано је следеће: „Ко приликом извршења дела погрешно сматра да постоје чињенице којима би било остварено дело по блажем закону, може се због умишљајног извршења казнити само по блажем закону.“

Одмах примећујемо да у КЗ Немачке, за разлику од КЗ Србије, није законом прописана тзв. стварна заблуда у ширем смислу, односно стварна заблуда о основима искључења противправности. Наиме, у КЗ Србије, у чл. 28 ст. 2, прописано је када постоји неотклоњива стварна заблуда; те се и може видети да закон разликује заблуду о обележјима кривичног дела и заблуду „у погледу неке стварне околности која би да је заиста постојала чинила дело дозвољеним“. У КЗ Немачке није законски регулисана ова врста стварне заблуде. У КЗ Аустрије, законски је регулисана ова врста заблуде, и то у чл. 8 (*Irrtümliche Annahme eines rechtfertigenden Sachverhaltes*), у којем пише: „Ко у заблуди сматра/прихвата чињенично стање, које би искључивало противправност, не може се казнити због умишљајног извршења (дела, прим. аут.). Кажњава се за нехатно извршење, када се заблуда заснива на нехату и када је нехатно извршење запређено казном.“¹³⁹⁸

Управо је *Erlaubnistatbestandsirrtum* у Немачкој оно што је стварна заблуда у ширем смислу код нас.

А. Колер, још 1917., пише да погрешно веровање о постојању околности о постојању основа искључења противправности, искључује умишљај.¹³⁹⁹ Као пример наводи путативну нужну одбрану и путативну крајњу нужду.¹⁴⁰⁰

¹³⁹⁸ § 8 StGB (Österreich): „Wer irrtümlich einen Sachverhalt annimmt, der die Rechtswidrigkeit der Tat ausschließen würde, kann wegen vorsätzlicher Begehung nicht bestraft werden. Er ist wegen fahrlässiger Begehung zu bestrafen, wenn der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht und die fahrlässige Begehung mit Strafe bedroht ist.“

¹³⁹⁹ А. Köhler, 287.

¹⁴⁰⁰ *Ibid.*

Царевински суд ову заблуду (о чињеничним претпоставкама искључења противправности, *Erlaubnistatbestandsirrtum*, прим. аут.) види као заблуду која искључује умишљај јер се односи на чињенице.¹⁴⁰¹

Роксин наводи да је један од најспорнијих проблема учења о заблудама управо тај како третирати случај када учинилац себи, у заблуди, представља постојање чињеничних претпоставки неког основа искључења противправности.¹⁴⁰² Исти писац наводи да је још законски предлог из 1962. године хтео да реши ову ситуацију на начин да искључује кажњавање за умишљај.¹⁴⁰³ (Иначе у чл. 20 тог предлога било је предвиђено да је искључено кажњавање за умишљај оваквог учиниоца (став 1), а кажњавао би се нехат, кад закон предвиђа нехат (став 2).)¹⁴⁰⁴ Роксин даље објашњава да онај ко узима да постоје околности чије постојање би оправдало дело, поступа на основу циља који је постављен потпуно у складу са правом, односно поклапа се са правом.¹⁴⁰⁵

Фројнд наводи да ако се погрешна представа односи на постојање чињеничних претпоставки неког основа искључења противправности, ради се о тзв. *Erlaubnistatbestandsirrtum*.¹⁴⁰⁶ Указује да се за ову врсту заблуде употребљавају и термини *Erlaubnistatumstandsirrtum* und *Erlaubnissachverhaltsirrtum*.¹⁴⁰⁷

Заферлинг истиче да „једва да постоји област у кривичноправној догматици која је испровоцирала више литерарне активности као што је *Erlaubnistatbestandsirrtum*“.¹⁴⁰⁸ Објашњава да се ради о томе да учинилац има „правноправдавајућу вољу (*Rechtfertigungswille*), међутим не постоји истовремено правнооправдавајуће биће дела (*Rechtfertigungstatbestand*)“.¹⁴⁰⁹ Заферлинг пише да правнооправдавајућа воља обухвата само знање о објективним правнооправдавајућим чињеницама а не дозвољеност као такву, те стога не утиче на свест о противправности, већ на њене чињеничне претпоставке.¹⁴¹⁰

¹⁴⁰¹ C. J. M. Safferling, 58.

¹⁴⁰² C. Roxin (2006), 622.

¹⁴⁰³ *Ibid.*

¹⁴⁰⁴ *Ibid.*

¹⁴⁰⁵ *Ibid.*, 626-627.

¹⁴⁰⁶ G. Freund, 249.

¹⁴⁰⁷ *Ibid.*

¹⁴⁰⁸ C. J. M. Safferling, 205.

¹⁴⁰⁹ *Ibid.*, 206.

¹⁴¹⁰ *Ibid.*

Каспар као пример наводи ситуацију где се лицу приближава џогер, за кога лице мисли да ће га напасти и (због тога што мисли да ће га напасти, прим. аут.) попрска му бибер спреј у очи, при чему је џогер само хтео да се рукује – (поздрави лице руковањем, прим. аут.).¹⁴¹¹

Хајнрих дефинише ову заблуду као заблуду о постојању околности, које када би стварно постојале, испуњавале би услове признатог основа искључења противправности (*eines annerkanten Rechtfertigungsgrundes*).¹⁴¹² Овај аутор наводи општеприхваћени пример путативне нужне одбране, као пример за ову врсту заблуде - учинилац упуца човека, јер је погрешно сматрао да ће га овај напасти и стога је веровао да постоји ситуација нужне одбране (*Notwehrsituation*).¹⁴¹³ Томпсон (*Thompson*) сматра да постојање *Erlaubnistatbestandsirrtum* долази у обзир уколико је учинилац при потпуном познавању (обележја, прим. аут.) бића дела веровао у дејство/постојање основа искључења противправности. Наводи да учинилац овде погрешно сматра да постоје чињенице, чије би га стварно постојање оправдало.¹⁴¹⁴ Пушке (*Puschke*) објашњава да је ова врста заблуде у позицији између стварне и правне заблуде, те да је са стварном заблудом повезује заблуда о чињеничним околностима, а са правном заблудом је повезује погрешна представа о праву (*Fehlvorstellung über die Rechtswidrigkeit*). Указује да је, због непостојања законске регулисаности ове заблуде, спорно да ли *Erlaubnistatbestandsirrtum* треба решавати кроз чл. 17 КЗ Немачке (*Verbotsirrtum*) или кроз чл. 16 (*Tatbestandsirrtum*).¹⁴¹⁵ И Каспар резонује слично као и Пушке, те „говори“ да ова заблуда стоји између заблуде о делу и правне заблуде; при чему са првом има заједничко то што су „предмет заблуде чињеничне околности“, иако се ова заблуда не односи на ниво бића дела већ на противправност „што оправдава близину недостајуће свести о противправности у оквирима правне заблуде“.¹⁴¹⁶

¹⁴¹¹ J. Kaspar, 184.

¹⁴¹² В. Heinrich, https://www.jura.uni-tuebingen.de/professoren_und_dozenten/heinrich/materialien/arbeitsblaetter-zur-vorlesung-strafrecht-at-pdf-dateien/28-erlaubnistatbestandsirrtum-erlaubnisirrtum.pdf, 30. мај 2016.

¹⁴¹³ *Ibid.*

¹⁴¹⁴ Viviana Thompson, *Konversatorium Strafrecht - Allgemeiner Teil I 8. Stunde - Irrtümer*, http://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02150400/Irrtuemer__8._Stunde_.pdf, 30. мај 2016.

¹⁴¹⁵ Jens Puschke, *Übersicht Erlaubnistatbestandsirrtum*, Seite 1., <https://strafrecht-online.org/lehre/sos-2008/strafrecht-anfaengerinnen-und-anfaenger-2-kleingruppe-puschke/materialien/%C3%9Cbersicht%20Erlaubnistatbestandsirrtum.pdf>, 31. мај 2016.

¹⁴¹⁶ J. Kaspar, 184.

12.2.1.1. *Hells Angels-Fall – Савезни суд Немачке пресуда 2*
StR 375/11 од 2.11.2011. године

Иначе, један од познатијих случајева (у последњих неколико година) у којима је примењен институт *Erlaubnistatbestandsirrtum* је свакако „Случај Анђела пакла“ (*Hells Angels-Fall*, пресуда Савезног суда Немачке ознака 2 StR 375/11 од 2.11.2011.). У првом степену је Земаљски суд у Кобленцу (*Landgericht Koblenz*) осудио члана моторашке групе Анђели пакла због кривичног дела убиства службеника специјалне полицијске јединице (*Spezialeinsatzkommando*).

Наиме, полицијски службеници упали су у стан који је користио припадник Анђела пакла јер је било потребно да се изврши претресање стана овог лица, при чему је процењено да је исти спреман на насиље, те је као помоћ у задатку ангажована и *Spezialeinsatzkommando*. Улазак је имао бити извршен у раним јутарњим часовима, међутим припадник Анђела пакла је чуо полицајце како улазе, пробудио се и без да је знао да су у питању полицијски службеници убио једног од њих хицем из ватреног оружја кроз улазна врата стана. Наиме, члан Анђела пакла је путем гласина, али и конкретних претњи био упознат/очекивао је напад противничке банде „Bandidos“.¹⁴¹⁷ Мислио је да је до напада дошло и деловао је у таквом стању и садржају свести. Савезни суд је по изјављеној ревизији ослободио окривљеног за кривично дело убиство из разлога што је утврдио да је поступао у *Erlaubnistatbestandsirrtum*, при чему је „отпало“ кажњавање за умишљај, а такође није утврђено ни нехатно поступање.¹⁴¹⁸ Конкретно, у образложењу пресуде, на стр. 16, наводи се да постоје претпоставке заблуде о чињеничним претпоставкама искључења противправности, а што води, сходно чл. 16 ст. 1 КЗН, искључењу умишљајне кривице.¹⁴¹⁹ Надаље, суд је утврдио да у конкретном случају није могао ни да се очекује (од учиниоца, прим. аут.) тзв. „хитац упозорења“ (*Warnschuss*) јер је „оптужени рачунао са тим да би могао кроз врата бити упуцан“.¹⁴²⁰ Поред тога, нашао је и да није очигледно/видљиво зашто би се имало

¹⁴¹⁷ Marco Antretter, Lea Balzer, „Hells Angels-Fall“, http://famos.rewi.hu-berlin.de/file.php/inline/famos_1203.pdf?id=94027, 9. октобар 2016.

¹⁴¹⁸ Thomas Rotsch, „BGH, Urt. v. 2.11.2011 – 2 StR 375/11- Entscheidungsbesprechung!“, *Zeitschrift für das Juristische Studium* 1/2012, 111.

¹⁴¹⁹ „Die Voraussetzungen eines Irrtums über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes liegen vor. Dies führt entsprechend § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB zum Ausschluss der Vorsatzschuld.“

¹⁴²⁰ „Das war hier nicht der Fall, zumal der Angeklagte damit rechnete, dass er seinerseits von den Angreifern durch die Tür hindurch beschossen werden könne.“

очекивати да хитац упозорења доведе до окончања напада; као и да се уопште „хитац упозорења не захтева, када би овај довео до даље ескалације“.

На крају излагања овог случаја, вероватно се може поставити питање због чега смо уопште разматрали проблематику „хица упозорења“. Кратко и јасно- реч је о испитивању могућности постојања дупле заблуде (у комбинацији стварна заблуда у ширем смислу и индиректна правна заблуда- она о границама основа искључења противправности). Јер, да је (којим случајем) ВГН оценио да је хитац упозорења био неопходан; другим речима да је испаливање смртоносних хитаца у полицијског службеника било „преоштро“ средство за одбијање „напада“, односно да је постојало блаже једнако ефикасно средство, а учинилац био таквог уверења да је такво понашање дозвољено, тј. да се креће у границама основа искључења противправности, радило би се дакле о дуплој заблуди, која би се имала расправити применом чл. 17 КЗН – одредбом о правној заблуди. Наиме, напад на учиниоца не постоји и плус прекорачује границу основа правног оправдања. На таквог учиниоца долази у обзир „само“ примена чл. 17 КЗН, а никако одредбе о стварној заблуди јер би се у супротном фаворизовао учинилац који је у заблуди у односу на оног који није у заблуди. Другачије, и да је напад заиста постојао, понашање учиниоца би остало противправно.

12.2.2. *Стварна заблуда у ширем смислу није „само“ заблуда о постојању већ и непостојању чињеничних околности/претпоставки*

У овом поднаслову излажемо став да није тачно да стварна заблуда у ширем смислу, односно стварна заблуда о постојању чињеничних претпоставки основа искључења противправности, представља „само“ заблуду о постојању ових околности. Из претходних наслова (уопште о појму стварне заблуде у ширем смислу и овој заблуди у Немачкој), видели смо да се ретко, можда пре никако, може наићи на дефинисање ове заблуде као заблуде о непостојању околности, које када не би постојале, довеле би до искључења противправности. Штавише, и у КЗ Србије, у којем је препозната (законом регулисана) стварна заблуда у ширем смислу, у чл. 28 ст. 2 пише: „...или у погледу неке стварне околности која би, да је заиста постојала чинила дело дозвољеним“.

Овакво мишљење покушаћемо да образложимо уз помоћ примера који смо пронашли код Роксина. Наиме, овај аутор указује да се у *Erlaubnistatbestandsirrtum* налази и

учинилац који, налазећи се у положају нужне одбране, пуца без да (пре)позна да му на располагању стоје блажа средства (за одбијање напада, прим. аут.).¹⁴²¹ У описаном примеру заблуда се односи на непостојање блажег средства за отклањање напада. Учиниолац наике мисли да је средство – пиштољ који му је стојао на располагању најблаже средство које му је било доступно да од себе ефикасно отклони напад, а заправо је постојало неко друго, блаже средство. Ипак, да ли сматрање оваквог примера за стварну заблуду у ширем смислу „излази из устаљеног колосека на којем је и постављена, али којим је и ограничена дефиниција *Erlaubnistatbestandsirrtum*“?

Наике, и сам Роксин *Erlaubnistatbestandsirrtum* дефинише као ситуацију када учинилац себи, у заблуди, представља постојање чињеничних претпоставки неког основа искључења противправности.¹⁴²² Дакле, несумњиво нам се чини да је за *Erlaubnistatbestandsirrtum* потребно да учинилац верује да постоји нека „чињенична претпоставка“. Другим речима, ради се као што смо раније истакли о позитивној заблуди, где учинилац мисли да нешто постоји, што заправо не постоји. Роксин пак у примеру са „блажим средством за одбијање напада“ пише да учинилац „није (пре)позна(о) да му на располагању стоје блажа средства (за одбијање напада, прим. аут.).¹⁴²³

Ово пак значи да је такав учинилац у заблуди о непостојању одређене чињеничне околности, а не о постојању чињеничне околности. На крају, остаје питање да ли се ради о *Erlaubnistatbestandsirrtum* и у случају када лице мисли да неке околности чије би непостојање искључило противправност заиста постоје? Мислимо да може. Сасвим је могуће да лице буде у заблуди и у погледу непостојања одређене чињеничне околности која када не би постојала искључивала би противправност, а она заправо постоји. С обзиром да постоји дакле, противправност није искључена.

Међутим, у том случају неопходно је редефинисање института стварне заблуде у ширем смислу и то на начин да се она не посматра „само“ као заблуда о постојању околности. Несумњиво смо видели да она дакако може бити и заблуда о непостојању

¹⁴²¹ C. Roxin (2006), 634.

¹⁴²² *Ibid.*, 622.

¹⁴²³ *Ibid.*, 634

околности. Као предлог дефиниције стварне заблуде у ширем смислу предлажемо следећу формулацију: „Заблуда о –

- а) постојању чињеничних претпоставки, које заправо не постоје, а чије би постојање чинило дело дозвољеним;
- б) непостојању чињеничних претпоставки, које заправо постоје, а чије би непостојање чинило дело дозвољеним.“

12.2.3. Општа питања о дејству стварне заблуде у ширем смислу

Није спорно да стварна заблуда искључује умишљај. Аћимовић пише: „Заблуда је контрадикторна умишљају и негација умишљаја, као што је и умишљај негација заблуде.“¹⁴²⁴ И Живановић заблуду види као негацију умишљаја.¹⁴²⁵ Шиловић/Франк пишу да је „наука о заблуди заправо друга страна науке о умишљају“¹⁴²⁶, као и да „заблуда уништује умишљај“.¹⁴²⁷ Из наведеног несумњиво се лако примећује да су заблуда и умишљај два супротна пола. Да је тако можда се најбоље види по „приступу“ аустријског законодавца, који не уређује посебно заблуду о бићу дела, већ „само“ стварну заблуду у ширем смислу (чл. 8 КЗА) и правну заблуду (чл. 9 КЗА). Нема одредбе о заблуди о делу нити има одредбе о правном дејству ове заблуде; просто из разлога јер је довољна одредба о умишљају. Уколико лице није свесно чињеница које одговарају „законској слици дела“ (*gesetzliches Tatbild*), из ма ког разлога, тада не постоји умишљај, и нема потребе да се посебно пише да је код лица које не зна елементе бића дела, искључен умишљај. Другим речима, КЗА налази за сувишно да посебно регулише правно дејство заблуде о делу, а с обзиром да се као „сувишно“ показује уређење њеног правног дејства, не видимо због чега онда уопште и регулисати у виду дефиниције макар, институт чије се ни правно дејство не регулише јер произлази недвосмислено јасно из дефиниције умишљаја.

Но, колико су „ствари“ јасне код правног дејства заблуде о делу, толико се наилази на „проблеме“ код стварне заблуде у ширем смислу. На страну што је и спорно означавање заблуде о чињеничним претпоставкама основа искључења противправности као „стварне“.

¹⁴²⁴ М. Аћимовић, 93.

¹⁴²⁵ Т. Живановић, 232.

¹⁴²⁶ Ј. Шиловић, С. Франк, 20.

¹⁴²⁷ *Ibid.*

Код ове врсте заблуде, учинилац, на пример, погрешно мисли да постоји напад на њега и услед тога мисли да има право на нужну одбрану. Затим, у таквој ситуацији учини дело, а заправо/у стварности, није постојао никакав напад на њега (учиниоца). Учиниоца је у том случају свестан да предузима радњу (кривичног) дела, односно сасвим је свестан свих обележја бића кривичног дела. Међутим, такав учинилац је убеђен да делује у оквиру основа искључења противправности и стога сматра да је његово понашање дозвољено. Примећујемо да је разлика између заблуде о бићу дела (стварне заблуде у ужем смислу) и стварне заблуде о постојању чињеница чије би постојање искључило противправност и у томе што код ове прве, учинилац не испуњава потпуно интелектуалну компоненту умишљаја елементима бића кривичног дела. Ово значи да учинилац у том случају није свестан свих елемената које чине биће кривичног дела и зато не можемо да кажемо да је свестан дела, што значи да није остварена интелектуална компонента умишљаја, а што опет значи да дело није учињено умишљајно. Ипак, код стварне заблуде у ширем смислу, учинилац је потпуно свестан свих обележја бића кривичног дела, тако да се основано може рећи да је свестан дела, у смислу интелектуалне компоненте умишљаја. И с обзиром на то, није јасно како и ова заблуда о околностима које не спадају у биће дела, може да искључи умишљај, када је већ учинилац у потпуности, у својој свести, остварио поимање (свест) о делу (односно о објективним обележјима бића кривичног дела). Дакле, у овом случају умишљај, који је неспорно остварен, искључује погрешно уверење о постојању чињеница које не улазе у биће дела, а које би, када би стварно постојале, искључиле противправност. Укратко, умишљај је искључен иако је лице у потпуности свесно свих обележја која улазе у биће кривичног дела. Разлог за искључење умишљаја су чињенице (погрешно мишљење да оне постоје) које се уопште не налазе у бићу кривичног дела. У нашој ранијој теорији, Бачић је покушао да реши овај „несклад“ истицањем да у таквој ситуацији не може отпасти умишљај учиниоца, те да истовремено недостаје за умишљајно поступање типична зла воља учиниоца, која би оправдала одговорност за умишљајно дело, па је закључио да отпада само кажњивост и кажњавање тог учиниоца казном коју је закон предвидео за умишљајно дело.^{1428,1429} Вуковић се оправдано не слаже са оваквим предлогом имајући у виду да искључење кажњивости (на начин на који то Бачић

¹⁴²⁸ Тако И. Вуковић, (2013), 23.

¹⁴²⁹ Ф. Бачић (1998), 264-265.

предлаже) није сагласно нашем кривичном законодавству понајпре због тога што кажњивост, према нашем праву, није општи елемент кривичног дела.¹⁴³⁰

12.2.3.1. Посебно о дејству стварне заблуде у ширем смислу

У настојању да се пронађе догматски задовољавајући одговор на питање правног дејства ове заблуде, испрофилисало се неколико теорија о којима смо говорили у делу о месту свести о противправности у општем појму кривичног дела. Управо се кроз призму теорија умишљаја (строге и ограничене) као и теорија кривице (строге и ограничених) може анализирати и правно дејство ове заблуде.

Тако, у случају *строге теорије умишљаја*, свест о противправности је елемент бића дела. Непостојање ове свести о противправности искључује умишљај, односно има идентично дејство као заблуда о бићу дела. Затим, код ограничене теорије умишљаја, свест о противправности и даље се посматра као елемент бића дела у случају чијег непостојања нема ни умишљајног остварења дела. Ипак, *ова теорија „ограничава“ се* у том делу, што се за умишљај кажњава и лице код којег услед „правног слепила“ или „непријатељског односа према праву“ није постојала актуелна свест о противправности. Несумњиво је дакле да и у оваквој констелацији, заблуда о чињеничним претпоставкама основа правног оправдања искључује умишљај.

Међутим, теорије умишљаја напуштене су још у закључку Великог сената за кривичне предмете Савезног суда Немачке GSSt 2/51 од 18.3.1952. године, када је као релевантна „узета“ теорија кривице, а што се такође (данас, прим. аут.) може видети из чл. 17 КЗН. Наиме, према теоријама кривице, свест о противправности је самосталан елемент кривице, а не умишљаја. У оквиру теорија кривице, већ смо се бавили разликом између строге и ограничених теорија кривице.

На овом месту само ћемо подсетити да се *строга теорија кривице* назива тако „зато што не дозвољава изузетке од правила да свест о противправности делује само у оквиру кривице“.¹⁴³¹ Имајући у виду наведено, јасно проистиче да се свака заблуда о противправности може једино расправљати кроз примену чл. 17 КЗН (правна

¹⁴³⁰ И. Вуковић (2013), 23.

¹⁴³¹ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 185.

заблуда).^{1432,1433,1434,1435,1436} Зато и Веселс/Бојлке/Зацгер и наводе да „овде“ није битно да ли је учинилац своје понашање држао за незабрањено (недозвољено, прим. аут.) иначе (уопште), или је због заблуде о постојању, врсти и обиму правно-оправдавајућег основа (основа искључења противправности) индиректно дошао до сазнања да је његово понашање дозвољено.¹⁴³⁷

Проблематичност код ове теорије (строге теорије кривице) лежи у томе што учинилац у таквој ситуацији остаје веран праву (*an sich rechtstreu*) и са правом долази у конфликт због тога што има погрешну представу о некој конкретној чињеници. Стога се таквом учиниоцу може упутити само прекор за нехат, а не такав прекор (какав се упућује, прим. аут.) због праву непријатељског (*rechtfeindlich*) понашања.¹⁴³⁸ Већ смо навели да Бојлке за ово лице наводи да је „ветропир, а не зликовац“ (*ein Schussel, kein Schurke*).¹⁴³⁹ Заферлинг пише да се оваквом „учиниоцу не може упутити прекор за неверу према праву (не може му се пребацити невера према праву, прим. аут.) јер зна право и хоће да се понаша сходно/у складу са правом“.¹⁴⁴⁰ Изложено резонавање довело је до *ограничених теорија кривице*, и то оне која упућује на сходну примену чл. 16 КЗН (заблуда о бићу дела, и самим тим искључивање умишљаја), а која негира неправу умишљаја (*Vorsatzunrechts*), и ону која не искључује умишљај (*rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie*), већ прекор за умишљај (*Vorsatzschuldvorwurf*).^{1441,1442,1443} Јегер пише да код *rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie* постоји невредност радње (*Handlungsunwert*) „али се због умањеног садржаја кривице кажњава само за нехат (тзв. недостатак умишљајне кривице – *Fehlen der Vorsatzschuld*).¹⁴⁴⁴ Налазимо за прихватљиву аргументацију „правно-последично упућујуће ограничене теорије кривице“ (мисли се на упућивање на правне последице, односно дејство које има заблуда о бићу дела из чл. 16 КЗН).

¹⁴³² G. Jakobs (1991), 371.

¹⁴³³ S. Tofahrn, 134.

¹⁴³⁴ T. Walter, 335.

¹⁴³⁵ M. Köhler, 326.

¹⁴³⁶ J. Kaspar, 186.

¹⁴³⁷ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 185.

¹⁴³⁸ J. Puschke, 2.

¹⁴³⁹ W. Beulke (2016a), 157.

¹⁴⁴⁰ C.J.M. Safferling, 206.

¹⁴⁴¹ W. Beulke (2016a), 160.

¹⁴⁴² J. Kaspar, 186.

¹⁴⁴³ T. Walter, 335-336.

¹⁴⁴⁴ C. Jäger, 175.

13. ЗАБЛУДА О ИЗВИЊАВАЈУЋИМ ОСНОВИМА

На самом почетку у излагању теме овог наслова ваља, само у кратким цртама, указати на то који извињавајући основи постоје (*Entschuldigungsgründe*), и подсетити да их не треба мешати са основима искључења кривице (*Schuldausschließungsgründe*) и основима умањења (ублажавања) кривице (*Schuldmilderungsgründe*). На извињавајуће основе наилазимо у КЗ Немачке, и то су: извињавајућа крајња нужда (*entschuldigender Notstand*¹⁴⁴⁵); прекорачење нужне одбране услед конфузије, страха или препасти (*Überschreitung der Notwehr*¹⁴⁴⁶); извршење необавезујућег¹⁴⁴⁷ упутства – војна или службена наредба (*militärischer Befehl/dienstliche Anordnung*)^{1448,1449}, изнадзаконска извињавајућа крајња нужда (*übergesetzlicher entschuldigender Notstand*) и неприписивост као општи извињавајући основ (*Unzumutbarkeit als allgemeiner Entschuldigungsgrund*).¹⁴⁵⁰

Ова заблуда се у „својој поставци“ или пак излагању може „представити“ на исти начин као „комбинација“, са једне стране, индиректне правне заблуде, односно заблуда о постојању основа искључења противправности и заблуда о границама основа искључења противправности и са друге стране, стварне заблуде у ширем смислу (о (не)постојању чињеничних претпоставки неког основа искључења противправности).

Тако, могуће је говорити о заблуди о постојању извињавајућег основа и заблуди о правним границама извињавајућег основа.

Међутим, оваква заблуда о извињавајућим основима је ирелевантна. Наиме, Веселс/Бојлке/Зацгер наводе да је, према преовлађујућем мишљењу, безначајна јер

¹⁴⁴⁵ § 35 КЗН

¹⁴⁴⁶ § 33 КЗН

¹⁴⁴⁷ Гроп пише да се мора радити о необавезујућем упутству, јер да је обавезујуће, радило би се о основима правног оправдања (основима искључења противправности, прим. аут.), W. Gropp (2015), 303. Јакобс пише да ако се наредба односи (извршење наредбе, прим. аут.) на кривичноправно неправо, онда је таква наредба необавезујућа; G. Jakobs (1991), 566.

¹⁴⁴⁸ Чл. 63 Савезног закона о службеницима (Bundesbeamtengesetz – BBG), који се зове одговорност за законитост (Verantwortung für die Rechtmäßigkeit). Текст Bundesbeamtengesetz – BBG, https://www.gesetze-im-internet.de/bbg_2009/index.html, 20. март 2017.

¹⁴⁴⁹ Чл. 5 и 22 Војног кривичног закона (Wehrstrafgesetz). Члан 5 се зове поступање по наредби (Handeln auf Befehl), а чл. 22 обавезност наредбе, заблуда (Verbindlichkeit des Befehls, Irrtum).

¹⁴⁵⁰ Види W. Gropp (2015), 294-308; J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 168-177; S. Tofahrn, 160; H. Welzel, 178-185; C. Jäger, 158; мало другачију систематизацију види код G. Jakobs (1991), 567-587.

само правни поредак (фактички законодавац, прим. аут.) одлучује када ће се уздржати од подизања кривичног прекора (*“wann sie von der Erhebung eines Schuldvorwurfs absehen will“*).¹⁴⁵¹

С обзиром на природу извињавајућих основа, а сходно којој се и закључује о небитности заблуде чији су предмет постојање или правне границе неког извињавајућег основа, мишљења смо да није нетачно заблуду о извињавајућим основима одредити „само“ као заблуду о чињеничним претпоставкама неког извињавајућег основа. Јер, само тада, ова заблуда има простор за „стицање“ релевантности.

Тако Каспар истиче да се заблуда о извињавајућим основима (поред осталог, прим. аут.) односи на случајеве када учинилац погрешно процењује чињеничне основе извињавајуће крајње нужде у смислу чл. 35 ст. 1 КЗН.¹⁴⁵² Предмет заблуде може на пример бити опасност, њена садашњост или недостајућа могућност избегљивости (*Abwendbarkeit*).¹⁴⁵³ С тим у вези наводи пример – „Кућног тиранина“ (*„Haustyrant“*) који годинама злоставља жену; она га упуца на спавању, да би се спасила, из њеног (субјективног) угла безнадежне ситуације, али која објективно није била безизлазна (прим. аут.).¹⁴⁵⁴ Примењен би био став 2 члана 35 (КЗН, прим. аут.) и казна би била ублажена.¹⁴⁵⁵ (Уочавамо да се ради о избегљивој заблуди о извињавајућем разлогу).

Што се тиче правног дејства, ове врсте заблуде, разликујемо избегљиву и неизбежљиву (отклоњиву и неотклоњиву) заблуду. Тако, постоји јединство у погледу тога да неизбежљива заблуда о постојању претпоставки неког признатог основа искључења кривице (*eines anerkannten Entschuldigungsgrundes*) извињава учиниоца.¹⁴⁵⁶ Фишер наводи да овде није у питању стварна заблуда, већ пре заблуда своје врсте која води искључењу кривице.¹⁴⁵⁷

¹⁴⁵¹ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 193.

¹⁴⁵² J. Kaspar, 188.

¹⁴⁵³ *Ibid.*

¹⁴⁵⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵⁵ *Ibid.*

¹⁴⁵⁶ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 192.

¹⁴⁵⁷ T. Fischer (2015), 335.

Наиме, ово се врло лако може закључити увидом у чл. 35 ст. 2 КЗН, којим се прописује да ће се учиниоцу који приликом извршења дела сматра/узима да постоје околности које би га према ставу 1 тог члана извињавале, казна може ублажити сходно чл. 49 ст. 1. (КЗН), уколико је ову заблуду могао избећи. Другим речима, уколико није могао избећи заблуду, учинилац би био „извињен“.

Иначе, Веселс/Бојлке/Зацгер наглашавају да је дуго било дискутабилно како третирати избегљиву (отклоњиву, прим. аут.) заблуду о извињавајућим околностима.¹⁴⁵⁸ У оптицају је било тзв. „решење нехата“ (*Fahrlässigkeitslösung*), где отпада кажњавање за умишљај, а остаје за нехат. Друго решење била је сходна примена правила правне заблуде, где би остало кажњавање за умишљај, али са могућношћу ублажавања казне.¹⁴⁵⁹ Видели смо да се законодавац, у чл. 35 ст. 2 (КЗН) определио за другу солуцију. Наиме, учинилац у овој заблуди кажњава се онда кад заблуду није могао избећи, а казна му се, према чл. 49 ст. 1, ублажава. Овде примећујемо да постоји обавезан основ за блаже кажњавање; („...*ist eine obligatorische Strafmilderung vorgesehen*“¹⁴⁶⁰). Тако и чл. 35 ст. 2 КЗН, где пише да се казна према чл. 49 ст. 1 ублажава („*Die Strafe ist nach § 49 Abs. 1 zu mildern.*“), за разлику од чл. 17 КЗН (правна заблуда, прим. аут.), где пише да се казна, уколико је учинилац могао отклонити заблуду, према чл. 49 ст. 1 може ублажити („...*so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden.*“).

14. ОДРЕЂЕНИ СЛУЧАЈЕВИ ИЗ СУДСКЕ ПРАКСЕ – ИНСТИТУТ ПРАВНЕ ЗАБЛУДЕ И НЕЗНАЊЕ ПРАВА УОПШТЕ; МОГУЋЕ ПРАВНЕ СИТУАЦИЈЕ ДО КОЈИХ МОЖЕ ДОЋИ

У овом наслову, излажу се одређени случајеви у вези са којима је расправљан институт правне заблуде, али и они где је то било/би било могуће.

¹⁴⁵⁸ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 192.

¹⁴⁵⁹ *Ibid.*, 192-193.

¹⁴⁶⁰ J. Kaspar, 173.

14.1. Случај Курта Борма (*Kurt Walter Werner Borm*) – Учествовање у масовним убиствима – лекар и системско убијање „неизлечиво“ болесних пацијената

Ото у свом удбенику пише о случају Борм (*Fall Borm*), о којем је расправљало велико судско веће у Франкфурту (Ks 1/66, 6.6.1972.).¹⁴⁶¹ У питању је било суђење лекару Борму, који је био распоређен као помоћни лекар (*Assistentarzt*) у установама за убиства (*Tötungsanstalten*), где је радио на извршавању Хитлерове наредбе о еутаназии душевно болесних.¹⁴⁶² Заправо, код Проктора (*Proctor*)¹⁴⁶³ наилазимо на тврдњу да Хитлер никада није (формално, прим. аут.) издао наредбе лекарима да убијају психијатријске болеснике и хендикепирану децу, већ су лекари били овлашћени/одобрено им је да поступају тако, а што су лекари, на своју иницијативу и без протеста и чинили.¹⁴⁶⁴ Проктор даље наводи да закон о еутаназии није никад усвојен, и да је описано поступање лекара било противно немачком праву, али је било „одобрено од стране владиних званичника“.¹⁴⁶⁵ Хитлер је 1939. годину прогласио за „годину дужности да се буде здрав и одобрио је тајни меморандум који овлашћује Reichsleiter-а Bouhlera и доктора Бранта да допусте лекарима одређених специјалности да одобре милосрдну смрт пацијентима процењеним за неизлечиво болесне“.¹⁴⁶⁶

Вратимо се на Борна; наиме, овај лекар је од децембра 1940. до августа 1941. године био распоређен у установама за убиства у Пирни-Зоненштајн (*Tötungsanstalt Pirna-Sonnenstein*) у Саксонији, и у Бернбургу (*Tötungsanstalt Bernburg*) у Саксонији-Анхалт. Тамо је „изабирао и идентификовао“ пацијенте који су били душевно болесни, да би потом ови пацијенти били отровани угљен моноксидом у гасним коморама. Приликом потписивања формулара тзв. „писам саучешћа/жаљења“ (*Trostbriefe*) користио је свој псеудоним.¹⁴⁶⁷ На описани начин учествовао је у убиству најмање 6652 душевно болесна лица. Суд га је ослободио за кривично дело помагање у тешком убиству (*Beihilfe zum Mord*) због непостојања свести о противправности.¹⁴⁶⁸

¹⁴⁶¹ Н. Otto (1976), 197-199.

¹⁴⁶² *Ibid.* 197.

¹⁴⁶³ Професор историје науке на Универзитету Станфорд (Stanford University).

¹⁴⁶⁴ Robert Proctor, *Racial Hygiene: Medicine Under the Nazis*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts - London, England 1988, 193.

¹⁴⁶⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶⁶ *Ibid.*, 177.

¹⁴⁶⁷ Н. Otto (1976), 197.

¹⁴⁶⁸ *Ibid.*

Између осталог, у образложењу је наведено и то да у „одлучујућим годинама његовог одрастања и (приликом, прим. аут.) изградње представе о вредностима и свести о околини, није могао ништа друго ни да научи/прихвати/чује осим величања националсоцијалистичких вредности/мисли“; анализира се и да је одрастао у „службеничком“ домаћинству (*Beamtenhaushalt*) са постојећим држави-оданим (*staatsgetreuen*) начином размишљања; да је „своју младост и време сазревања провео у Берлину, центру националсоцијалистичке власти и седишту Гебелсовог пропагандног апарата“; „поред тога могао је тамо из сопственог угла доживети глорификовање система, али и поштовање које је иностранство, делимично још и до почетка рата, указивало Трећем рајху кроз присуство високопозиционираних дипломата и државних посета (посета државних функционера на високом нивоу, прим. аут.)“.¹⁴⁶⁹ Даље се у пресуди наводи да „није имао везу са црквом, нити је припадао некој религијској заједници“; да је његово „животно искуство било мало“; да се према „доступним могућностима увида не може рећи да је оптужени у 1940/1941. години већ имао преглед..., да је националсоцијалистички режим у целини злочиначки“.¹⁴⁷⁰

Државно тужилаштво уложило је ревизију против ове пресуде Земаљског суда у Франкфурту, а ВGH је пресудом 2 StR 589/72 од 20.3.1974. године¹⁴⁷¹ одбио ревизију. Иначе, занимљиво је да Савезни суд оставља отворено питање неизбежљивости правне заблуде, већ је утврдио да је наступила застарелост за помагање у кривичном делу (обично) убиство, јер је „одговарајућа судска радња која прекида застарелост уследила тек 1962. године“. Наиме, ВGH је утврдио да је на субјективном плану оптуженог кривично дело у питању било (обично) убиство – Totschlag, а не тешко убиство (Mord), јер оптужени није имао (са)знање о подмуклим начинима убијања или убијању из ниских побуда.

14.2. Mauerschützenprozesse

Mauerschützenprozesse у слободном преводу значи процеси против граничара (заштитника зида), односно војника из граничних трупа (*Grenztruppen der DDR*) ДДР (Источне Немачке). У питању је израз којим се означавају кривични поступци који су

¹⁴⁶⁹ *Ibid.*, 198.

¹⁴⁷⁰ *Ibid.*, 198-199.

¹⁴⁷¹ Текст пресуде ВGH 2 StR 589/72 од 20.3.1974. године- https://www.jurion.de/urteile/bgh/1974-03-20/2-str-589_72/, 10. јануар 2017.

вођени против лица, војника из граничних трупа ДДР, који су осумњичени да су пуцали на избеглице које су покушавале да преко Берлинског зида побегну из Источне Немачке у Западну Немачку, односно из источног у западни део Берлина. Овим поступцима нису били обухваћени само војници граничних трупа ДДР, већ и одређени војни и политички функционери Источне Немачке. Укратко, један део становника Источне Немачке, хтео је да пређе/пребегне у Западну Немачку. Међутим, власти Источне Немачке то нису дозвољавале, тако да је прелазак био строго контролисан. На лица која су хтела да пребегну, односно да избегну у Западну Немачку, а која за то нису имала дозволу и сл., је пуцано из ватреног оружја, а између Источног и Западног Берлина, не само што је био зид, те граничне трупе, већ су биле постављене и мине. У покушају да пређу „унутарнемачку границу“ у периоду од 1946. године до 9. новембра 1989. године, забележено је укупно 270 смртних случајева који су били последица аката насиља, од чега 169 након подизања Берлинског зида.¹⁴⁷² Након поновног уједињења две Немачке, вођени су кривични поступци за ове догађаје. Први од *Mauerschützenprozesse* је почео у септембру 1991. године¹⁴⁷³, а последњи је завршио 2004. године.¹⁴⁷⁴

У оквиру подсећања на *Mauerschützenprozesse*, као изгледно питање може да фигурира институт правне заблуде. Ово посебно у смислу „наредбе за пуцање“ (*Schießbefehl*) и извршавања исте. Садржај појма „*Schießbefehl*“ је следеће: упутства војницима граничних трупа ДДР да пуцају на избеглице – лица која покушавају да пређу унутарнемачку границу, односно да у сваком случају, свим средствима, спрече такво поступање. Све до 1982. године овакво поступање није било законски регулисано. То је учињено тек 25. марта 1982. године доношењем Закона о државној граници Источне Немачке (*Gesetz über die Staatsgrenze der Deutschen Demokratischen Republik*)¹⁴⁷⁵, и то у чл. 27 који се зове „Употреба ватреног оружја“ (*Anwendung von Schußwaffen*), где је између осталог, у ст. 1 прописано да је употреба ватреног оружја крајња мера примене/употребе силе према лицима; у ст. 2, да је оправдана употреба ватреног оружја ради спречавања извршења предстојећег кривичног дела или настављања вршења

¹⁴⁷² Hansgeorg Bräutigam, „Die Toten an der Berliner Mauer und an der inner-deutschen Grenze und die bundesdeutsche Justiz“, *Deutsche Archiv* 37, 6/2004, 969; а цитирао према „Zahlenangaben Staatsanwaltschaft Berlin, Sept. 2004“.

¹⁴⁷³ „Mauerschützenprozesse“ - <http://www.mdr.de/damals/archiv/artikel40734.html>, 28. септембар 2016.

¹⁴⁷⁴ „Urteile im letzten Mauerschützenprozeß“ - <http://www.faz.net/aktuell/politik/maueropfer-urteile-im-letzten-mauerschuetzenprozess-1193284.html>, 28. септембар 2016.

¹⁴⁷⁵ *Gesetz über die Staatsgrenze der Deutschen Demokratischen Republik* - <http://www.verfassungen.de/de/ddr/staatsgrenze82.htm>, 28. септембар 2016.

кривичног дела; у ст. 3, да употреби ватреног оружја предстоји позивање лица или хитац упозорења; у ст. 4 су прописани услови када ватрено оружје не сме бити употребљено (живот или здравље другог лица- не оног према коме се примењује сила може бити угрожен; лица за која се по спољашњем изгледу види да су у дечијој доби и др.); и на крају, у ст. 5 је прописано да по могућности, ватрено оружје, према омладини и женским лицима не треба примењивати. За даље излагање налазимо за сходно да учинимо кратак осврт на став 2 овог члана, који се односи (поред осталог) на спречавање извршења кривичног дела. Наиме, ради се о кривичном делу незаконитог прелаза границе из чл. 213 КЗ ДДР (*ungesetzlicher Grenzübertritt*)¹⁴⁷⁶, које је пре него што је предвиђено кривичним законом, било прописано у чл. 8 Закона о путним исправама ДДР (*Paß-Gesetz der Deutschen Demokratischen Republik*).¹⁴⁷⁷ Амбос (*Ambos*) примењује да, иако је у чл. 27 Закона о државној граници ДДР, преласке границе избеглица требало спречавати по могућству (колико је могуће, прим. аут.) без убиства, ипак, важило је чврсто правило: „Боље да је избеглица мртав, него да је бег успео.“¹⁴⁷⁸

Прве (предзаконске) трагове „овлашћивања на ликвидацију лица која прелазе унутарнемачку границу“ проналазимо у Прописима службе за службе граничних места DV III/2 од 12. септембра 1958. године (*Dienstvorschrift für den Dienst der Grenzposten DV III/2*) и Наредби Министарства унутрашњих послова ДДР бр. 39/60 од 28. јуна 1960. године (*Befehl Nr. 39/60 vom 28. Juni 1960 des Ministers des Innern*); а 19. марта 1962. године министар унутрашњих послова ДДР издао је упутство за извршење број 2 (*Durchführungsanweisung Nr. 2*) наредбе бр. 39/60, у којем се наводи да је предвиђена употреба ватреног оружја према лицима која након позива граничне службе да стану (да се зауставе, прим. аут.) или након хица упозорења, то не учине, већ очигледно покушају да повреду државну границу, и код којих не постоји друга могућност хапшења.¹⁴⁷⁹

¹⁴⁷⁶ Strafgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik – КЗ ДДР, <http://www.verfassungen.de/de/ddr/strafgesetzbuch68.htm>, 3. октобар 2016.

¹⁴⁷⁷ Paß-Gesetz der Deutschen Demokratischen Republik - <http://www.verfassungen.de/de/ddr/passgesetz54.htm>, 3. октобар 2016.

¹⁴⁷⁸ Kai Ambos, „Zur Rechtswidrigkeit der Todesschüsse an der Mauer“, *Juristische Arbeitsblätter*, Heft 12, 1997, 983.

¹⁴⁷⁹ Пресуда *BGH 5 StR 111/94 od 20. марта 1995. године* поводом ревизије на пресуду Земаљског суда у Берлину 29. септембра 1993. године; обрађивач правних ставова из пресуде Rocco Beck, <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/5/94/5-111-94.pdf>, Seite 2, 28. септембар 2016.

Дакле, од 1982. године, војници граничних трупа ДДР располажу изричитим законским овлашћењем да употребе ватрено оружје према избеглицама (пре тога је, видели смо, то овлашћење произлазило из наредби Министарства унутрашњих послова ДДР). Они учине то и ликвидирају људе. Тако су, између осталих бројних случајева, 19. фебруара 1962. године убили Дорит Шмил (*Dorit Schmiel*, 20 година)¹⁴⁸⁰; 18. априла 1962. године Клауса Брускеа (*Klaus Brueske*, 24 године)¹⁴⁸¹; 17. августа 1962. године Петера Фехтера (*Peter Fechter*, 18 година)¹⁴⁸² и 6. фебруара 1989. године Криса Гуфроја (*Chris Gueffroy*, 22 године).¹⁴⁸³ Иначе, Гуфрој је био последња жртва *Schießbefehl*.¹⁴⁸⁴ Питање које се поставља на првом месту је да ли је такво понашање забрањено, ако смо већ констатовали да је постојало законско овлашћење у чл. 27 Закона о државној граници ДДР. Једноставно речено, по наведеном закону, војник граничних трупа може да пуца на избеглицу. Ипак, Арнолд (*Arnold*) подсећа да је пети сенат Савезног суда Немачке у тзв. другој пресуди за процес граничара, ознаке 5 StR 418/92 од 25. марта 1992. године (*Mauerschützenurteil*), оснажио ставове (смернице) које је овај суд пар месеци раније заузео по овом питању, а то је да чл. 27 Закона о државној граници ДДР и његово тумачење у практичној примени у ДДР, којим се оправдавају смртоносни хици, крше на очигледан и неподношљив начин елементарне (основне) заповести праведности и људских права на чије поштовање се ДДР обавезала потписивањем (као држава уговорница) Међународног пакта о грађанским и политичким правима од 19.12.1966. године.¹⁴⁸⁵

Иначе, овакви случајеви су анализирани из различитих углова. У нашем раду свакако нећемо анализирати ставове заузете у одлукама Савезног суда Немачке, нити ћемо препричавати мишљења правних писаца о овом питању. Ипак, подсетићемо да су неке од призми препознавања и решавања проблема који су се појављивали у *Mauerschützenprozesse*, и „Радбрухова формула“ (*Radbruch'sche Formel*) која решава проблем/конфликт (размимоилажење) између позитивног права и правичности тако што даје примат правичности када је противљење позитивног права правичности

¹⁴⁸⁰ <http://www.berliner-mauer-gedenkstaette.de/de/1962-300,342,2.html>, 29. септембар 2016.

¹⁴⁸¹ <http://www.berliner-mauer-gedenkstaette.de/de/1962-300,345,2.html>, 29. септембар 2016.

¹⁴⁸² <http://www.berliner-mauer-gedenkstaette.de/en/1962-300,353,2.html>, 29. септембар 2016.

¹⁴⁸³ Mauertote - Kugel ins Herz- <http://www.spiegel.de/einestages/mauertote-a-948153.html>, 29. септембар 2016.

¹⁴⁸⁴ *Ibid.*

¹⁴⁸⁵ Jorg Arnold, „Strafrechtsprobleme der deutschen Vereinigung“, *Strafentwicklung in Europa 5.1., Landesberichte 1993/1996 über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur* (Hrsg. A. Esser, B. Huber), Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau 1997, 172.

достигло неподношљиву меру.¹⁴⁸⁶ Иначе, уколико постоји конфликт, и када је садржински позитивно право неправедно и несврсисходно, треба дати примат позитивном праву, осим уколико не достиже неподношљиву меру (*unerträgliches Maß*).¹⁴⁸⁷ Поред Радбрухове формуле коришћено је и образложење да такво поступање на „очигледан и неподношљив начин крши елементарне (основне) заповести праведности и људских права“¹⁴⁸⁸; а Арнолд је указао да је у одлуци Савезног суда 5 *StR 167/94* од 26.7.1994. године потврђена и одговорност граничара и пре него што је у ДДР ступио на снагу Међународни пакт о грађанским и политичким правима (ДДР потписала пакт 23.3.1973. и 8.11.1973. године)¹⁴⁸⁹; а то је објашњавано Универзалном декларацијом о људским правима УН од 10.12.1948. године.¹⁴⁹⁰

Након излагања „углова разматрања“ ових случајева, можемо испитати евентуално постојање простора за институт правне заблуде. Несумњиво је да војник граничних трупа зна да је генерално забрањено лишити друго лице живота. Граничар нема никакве сумње у то. Закључујемо, не може бити говора о директној правној заблуди. Подсетимо се још једном, индиректна правна заблуда постоји када лице зна да је његово дело забрањено, али сматра да постоји: 1) одређени разлог искључења противправности, који заправо не постоји; односно другим речима, сматра да је нешто разлог искључења противправности, а то „нешто“ у ствари није; 2) погрешно тумачи или не зна неки правни услов (један или више) примене реално постојећег – правно признатог основа искључења противправности услед чега нема свест о забрањености дела. Војник граничних трупа је дакле добио наређење; то наређење (Наредба Министарства унутрашњих послова ДДР бр. 39/60 од 28. јуна 1960. године и Упутство за извршење број 2 наредбе бр. 39/60), још пре доношења Закона о државној граници ДДР, и наведеног члана 27, овлашћује га и истодобно му налаже да спречи незаконит прелазак границе, па макар то било и употребом ватреног оружја. Поред тога у чл. 17 ст. 2а Закона о задацима и овлашћењима немачке Народне полиције (*Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Deutschen Volkspolizei*) од 18. јуна 1968. године¹⁴⁹¹

¹⁴⁸⁶ К. Ambos, 984.

¹⁴⁸⁷ Радбрух, цитирано према К. Ambos, 984.

¹⁴⁸⁸ J. Arnold, 172.

¹⁴⁸⁹ International Covenant on Civil and Political Rights New York, 16 December 1966, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en#10, 3. октобар 2016.

¹⁴⁹⁰ *Ibid.*, 172-173.

¹⁴⁹¹ Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Deutschen Volkspolizei – Закон о полицији ДДР, <http://www.verfassungen.de/de/ddr/polizeigesetz68.htm>, 4. октобар 2016.

прописано је да је употреба ватреног оружја оправдана ради спречавања непосредно предстојећег извршења или настављања извршења кривичног дела, што се између осталог односи и на кривична дела против опште безбедности или против државног реда/уређења. При томе, кривично дело незаконит прелаз границе из чл. 213 КЗ ДДР, управо и спада у групу кривичних дела против државног реда/уређења (8. *Kapitel Straftaten gegen die staatliche Ordnung*). Осим чл. 17 Закона о полицији ДДР, ваља се осврнути и на чл. 20 ст. 3 овог закона у којем је прописано да су припадници Националне Народне армије (*Nationale Volksarmee*) овлашћени да, приликом извршавања војних, стражарских, безбедносних и задатака одржавања реда, у складу са мерама министра за националну одбрану, извршавају овлашћења из Закона о полицији ДДР.¹⁴⁹² Недвосмислено можемо закључити да овде (у овом случају) постоји основ искључења противправности. Закон о државној граници и Закон о полицији ДДР, као и наведена наредба и упутство за извршење те наредбе изричито овлашћују војника граничних трупа на употребу ватреног оружја у случају покушаја бекства преко границе (незаконитог преласка границе; као спречавања извршења тог кривичног дела). Дакле, војник зна да не сме да убије друго лице, али исто тако зна да га закон овлашћује да пуца из ватреног оружја на лице у намери да спречи извршење кривичног дела, а не у намери да убије. Питање је да ли војник може да одбије наредбу, односно извршење такве наредбе. Указујемо да овако постављено питање свакако не треба мешати са расправљањем о примени посебног основа искључења противправности који познају и многа страна законодавства, као наравно и КЗ Србије у чл. 430 („Кривично дело извршено по наређењу претпостављеног), где пише да се неће казнити потчињени ако учини кривично дело по наређењу претпостављеног које се тиче службене дужности, осим ако се наређење односило на извршење кривичног дела за које се може изрећи пет година затвора или тежа казна, а потчињени је знао да извршење наређења представља кривично дело. Ово наравно није иста ситуација због следећег: војник граничар је примио наређење да пуца (заправо то наређење/дужност/обавеза по наведеним законима у наређењу већ постоји); међутим, пуцањем војник спречава извршење кривичног дела које је у току или непосредно предстоји, затим таквом радњом – пуцањем војник неће учинити било које кривично дело, јер та радња у таквој ситуацији није кривично дело јер постоји основ искључења противправности - наведени закони и наредба и упутство за извршење наредбе. Ипак, овакав случај има и „сличности за

¹⁴⁹² Види и Dietmar von der Pfordten, Vorlesung: Die Radbruchsche Formel, <http://www.rechtsphilosophie.uni-goettingen.de/Vorlesung2WSS2010.pdf>, 4. октобар 2016.

могућност расправљања“ кроз чл. 430. КЗ Србије (какво решење свакако постоји у многим страним законодавствима). Ево и зашто: потчињени у смислу чл. 430 КЗ Србије, кад добије наредбу да изврши кривично дело за које се може изрећи пет година затвора или тежа казна, се такође неће казнити, али само онда ако није знао да извршење наређења представља кривично дело, што ће имајући у виду кривична дела за која се може изрећи казна затвора у трајању од пет година, а посебно врсту кривичних дела која се могу извршити у „посебним условима“ као што је служба у војсци у светлу наредби претпостављених, бити ипак она дела за које ће иоле нормалан човек тешко моћи да докаже да није знао да су забрањена. Е сад, потчињени у смислу чл. 430 КЗ Србије ће непобитно бити свестан да би извршење наређења представљало кривично дело, и штавише, уколико буде „ванредно задивљујуће савестан“ тражиће од свог пријатеља, дипломираног правника, да му или да на читање важећи кривични закон или пак да му тај пријатељ сам протумачи чл. 430 КЗ Србије; и сазнаће да не сме да изврши наређење ако би извршење наређења представљало кривично дело за које се може изрећи пет година затвора или тежа казна. Са друге стране, војник граничних трупа ДДР ће „такође ангажовати дипломираног правника“, можда чак и судију или државног тужиоца, да му каже да ли сме да употреби ватрено оружје на лице које прелази границу. Овакав покушај консултације звучи прилично комично из више разлога. Наиме, прво што се не одиграва у истом времену, „пошто ће док бегунац прескаче зид и прави маневре на минском пољу“, војник граничар прво телефоном да консултује државног тужиоца/судију, па ће тек онда ваљда да реагује. Друго, да ли заиста говоримо о консултацијама са правосудним функционерима у ДДР, где највиши суд ДДР (*Oberstes Gericht der DDR*) 29.12.1962. године осуђује Харија Зајдела (*Harry Seidel*) на казну доживотног затвора због тога што је помагао људима да пређу границу између Источне и Западне Немачке.¹⁴⁹³ Или би можда Хајнрих Топлиц (*Heinrich Toeplitz*), председник највишег суда у ДДР – *Oberstes Gericht der DDR*, и то у периоду од 1960. до 1986. године¹⁴⁹⁴, другачије посаветовао војника граничних трупа ДДР. Исти онај Хајнрих Топлиц који говори: „Социјалистичко право има задатак да све грађане васпитава у духу социјализма“ као и „Закони служе заштити моћи радника и сељака и

¹⁴⁹³ Harry Seidel (71) verhalf über 100 Bürgern der DDR zur Flucht und entging bei einem Schauprozess nur knapp der Todesstrafe Der Unbeugsame, <http://www.berliner-kurier.de/harry-seidel--71--verhalf-ueber-100-buergern-der-ddr-zur-flucht-und-entging-bei-einem-schauprozess-nur-knapp-der-todesstrafe-der-unbeugsame-21552460>, 4. октобар 2016.

¹⁴⁹⁴ Der Chef-Richter der DDR Heinrich Toeplitz, <http://www.berliner-kurier.de/der-chef-richter-der-ddr-heinrich-toeplitz-21520742>, 4. октобар 2016.

интересима нашег народа.¹⁴⁹⁵ Изражавамо сумњу да би тај Топлиц, председник највишег суда Источне Немачке, посаветовао војника граничара другачије од онога што пише у „социјалистичком праву.“ А управо у таквом и тада важећем праву, које је војник граничар силом прилика морао прочитати јер је уосталом и кроз систем обучавања за службу у граничним трупима ДДР упознат темељно са правилима службе, дакле управо у таквом праву је употреба ватреног оружја у циљу спречавања извршења кривичног дела, конкретно незаконитог преласка границе, оправдана. Другим речима, искључена је противправност радње – употребе ватреног оружја на лице које незаконито прелази границу. Још једном, отварамо питање, да ли код војника граничара постоји свест о забрањености дела. За сада, признајемо, још увек нисмо сигурни шта је у глави војника граничара. Покушајмо да банализујемо; да ли се заиста може дозволити лишење слободе другог лица само из разлога да би се спречио прелазак границе. Закони који су важили у ДДР кажу да може. Ове речи „закони кажу да може“ нас неодољиво подсећају на страшне законске и друге правне акте који су кроз историју улазили у бруталан обрачун, не само са основним (али буквално основним) људским правима, већ и са елементарним захтевима – минимумима здравог разума и људскости. Другим речима, може ли закон изнад правде? Видели смо да је Радбрух већ решио то питање и тиме дао јасна упутства за решавање конфликта између позитивног права и праведности. Не желимо да улазимо у даље елаборирање на околност да ли треба казнити лице које изврши „тако тешку повреду праведности“, иако проблематично може да се појави то „степеновање тешкоће повреде праведности“.¹⁴⁹⁶ Такође, није тема рада нити желимо да улазимо у разматрање и приоритет у односу између позитивног и природног права. Ипак, није на одмет тек поменути, да није лако изборити се за „победу мишљења“ у расправи „зашто одређено позитивно право драматично и неподношљиво крши природно право“. Посебно је тешко објаснити и убедити систем државне принуде заснован на готово потпуној већини грађана, која већина је у једном делу обезбеђена страхом, а у другом фанатизмом, зашто је позитивно право те државе у супротности са природним правом. Волели бисмо да кроз историју, у заједницама које су боловале од сукоба између „закона и правде“, малобројни визионари и праведници које је красила ванредна храброст, која им је и омогућила да дигну глас, нису испрва узалудно страдали чекајући или нечију војну помоћ или уразумљење својих суграђана.

¹⁴⁹⁵ „Sensibler Bereich“, <http://www.spiegel.de/spiegel/spiegelspecial/d-52397651.html>, 4. октобар 2016.

¹⁴⁹⁶ Види К. Ambos, 985 – где пише да је упитно да ли су релевантне одредбе (чл. 27 Закона о граници ДДР и чл. 213 КЗ ДДР) уопште представљају неподношљиво неправо у смислу Радбрухове формуле.

Но, вратимо се на војника граничара у ДДР који је поступио по наредби и употребио ватрено оружје према бегунцу преко границе и убио га. Једноставно речено, да није дошло до уједињења Немачке, не би никад ни било *Mauerschützenprozesse*. Чврсто смо убеђени да свака расправа о заблуди или било којем другом институту кривичног права који је суштински обликован да делује „у корист окривљеног“ (како би нажалост већина одмах указала; премда бисмо ми исправили то „у корист истине“, којој треба да теже и судија и државни тужилац), не може да се води искључиво на пољу теорије. На овај „проблем“ смо већ указали у раду, и сазнали да је то довело до фантастичних научних радова, али и до истребљења правне заблуде из судница, или кроз исмевање да је тако нешто могуће или кроз драматично незнање. Скромно (а неки ће вероватно сматрати запањујуће дрско) бисмо позвали на „научну обраду у практичној примени“. Простије, „како одбранити окривљеног или себе“, уколико се посматра из угла одбране, а „како бити професионалац“ из угла судије и државног тужиоца. Војник граничар ће се позивати на индиректну правну заблуду, његов бранилац ће истицати основ искључења противправности, који је несумњиво постојао у праву ДДР, међутим ретко које судско веће, ће уважити тако нешто. Па ипак, видели смо да је, у далеко екстремнијем примеру, у случају Курта Борма¹⁴⁹⁷, лекара оптуженог за помагање у тешком убиству најмање 6652 лица (за време Трећег Рајха), велико судско веће Земаљског суда у Франкфурту утврдило да је оптужени био у неотклоњивој правној заблуди. Занимљиво је да је суд тада закључак о постојању неотклоњиве правне заблуде засновао на свим оним разлозима које је у *Mauerschützenprozesse* игнорисао. Тако, подсетимо се, у случају Борм, суд је приметил да је оптужени младост и време сазревања провео у центру националсоцијалистичке пропаганде, те да није ништа друго могао да види и чује до величања тих идеја и глорификовања система, као и да су то биле одлучујуће године његовог одрастања у смислу изградње представе о вредностима и свести о околини.¹⁴⁹⁸

Ипак, судска већа, која су 20 и више година касније поступала у *Mauerschützenprozesse* као да су недовољно разматрала управо исте оне околности које су довеле до неотклоњиве правне заблуде лекара оптуженог за помагање у тешком убиству најмање 6652 лица. Мислимо на следеће околности: 1) у праву ДДР заиста је постојао основ искључења противправности у том случају, дакле такво дело није било забрањено,

¹⁴⁹⁷ Види претходни пример.

¹⁴⁹⁸ Више о томе у претходном поднаслову и Н. Otto (1976), 198–199.

напротив; 2) у питању је војник Националне Народне армије (војске Источне Немачке) који је силом прилика морао проћи обуку „морално-политичке индоктринације“ и који је извесно, системски, свакодневно одржаван у таквом стању; 3) у питању је војник граничних трупа који по свој прилици има око 25 година¹⁴⁹⁹, родио се, ишао у обданиште, у основну школу, средњу школу и прошао систем војне обуке у Источној Немачкој; нигде није путовао, и читао је само новине Источне Немачке, гледао телевизијске програме ДДР и дружио се свакодневно и познавао само исте такве људе; и једноставније речено, све што он зна и што је могао да сазна је систем вредности Источне Немачке; 4) замислимо да је први комшија тог војника од 25 година већ поменути председник највишег суда ДДР Хајнрих Топлиц или да му је отац који му је упутио и одобрио му примену „социјалистичког права“. Упркос овоме, суд је несумњиво утврђивао да је код окривљених постојала свест о забрањености дела.

Ипак, појављује нам се следећа дилема: Да ли свест о забрањености онда може да опстане као саставни део кривице или је треба заменити нечим другим? Да ли можда кривично материјално право посрће на путу за потпуно срастање са разумском основом природних наука? Упитајмо се шта би се догодило када бисмо кажњавали лица која не знају нити су могла да знају да је то што чине забрањено. Налазимо да би у том случају само кривично право постало непотребно или у најмању руку дубоко сумњиво као средство за циљ који му је номинално намењен.

На крају „хода кроз случајеве војника граничара“, можда бисмо препоручили одбрану крајњом нуждом која искључује кривицу (*entschuldigender Notstand*). Ипак проналазимо прилично оштре критеријуме за примену овог института, а у смислу шта све „стоји на располагању/треба да уради“ прималац/извршилац наредбе за извршење злочина; тако између осталог: да се претвара да је болестан, да одуговлачи или на други начин отвори жртви могућност да побегне, да се привремено „учини невидљивим“.¹⁵⁰⁰ Ово питање би се заправо расправљало кроз анализу тзв. *Befehlsnotstand* (крајња нужда која би искључила кривицу, издаје се наредба, а наредбопримцу прети зло уколико је изврши, при чему је њено извршење такође зло, прим. аут). Иначе, у погледу таквих наредби могле би се издвојити три подгрупе случајева (на које смо наишли у истраживању):

¹⁴⁹⁹ За потребе анализе овог случаја, не конкретан предмет.

¹⁵⁰⁰ Die Außenstelle Ludwigsburg, „Aus den Akten: NS-Verbrechen, totalitäre Herrschaft und individuelle Verantwortlichkeit: Das Problem des sog. Befehlsnotstandes“, *Mittelungen aus dem Bundesarchiv-Themenheft* 2008, 65.

наредбе издате припадницима Вермахта (*Wehrmacht*) и СС (*Schutzstaffel*); затим наредбе издате добровољцима (тзв. *Hilfswilliger*) у служби Трећег Рајха у окупираним земљама; у оквиру којих треба издвојити тзв. *Trawniki* (помоћна полиција обучена од стране СС, регрутована из редова совјетских ратних заробљеника у концентрационим логорима¹⁵⁰¹) и наредбе издате војницима граничних трупа ДДР. Фал (*Fahl*) је пак правилно приметити (упоређујући прву и другу групу, није помињао трећу јер није била предмет рада, прим. аут.) да (би) се случајеви позивања на извињавајућу крајњу нужду припадника Вермахта и СС ипак разликовали од позивања на ову врсту крајње нужде припадника Травникија, јер су ови први, у најгорем случају могли да буду премештени на Источни фронт; док за ову другу групу подсећа да су прве ликвидације у гасним коморама у Аушвицу извршене према совјетским ратним заробљеницима.¹⁵⁰² Детаљније о питању извињавајуће крајње нужде ипак другом приликом.

14.3. Случај убиства из части – индиректна правна заблуда¹⁵⁰³

Као пример заблуде о дозвољености (индиректне правне заблуде) указаћемо у кратким цртама на случај такозваних „убистава из части“ (*Ehrenmord*). Један такав пример обрадили су немачки аутори Крак (*Krack*) и Кише (*Kische*) у раду „*Übungsfall: Die unfreiwillige Tötung „im Namen der Ehre“*“.¹⁵⁰⁴ У питању је породица из Авганистана, у Немачкој су већ 20 година, породицу чине: отац, два сина, један од 23 године, други 26 година, и сестра од 16 година. Мајка је умрла на порођају сестре. Породица је прилично конзервативна. Сестра почиње да „прави проблеме“, наводно се сувише упадљиво шминка, носи мини сукње, дрогира се и проституише (што је супротно истини-*wahrheitswidrig*, напомињу аутори). Отац „поверава“ васпитање кћерке старијем сину (иначе, насилник, разбојник, осуђиван), који фактички „обавезује“ свог млађег брата да убије сестру, при чему му предочава, да би уколико не изврши задатак и њега могла задесити иста судбина као и сестру. Старији брат је „намамио“ да дође на железничку станицу, а млађи треба да се залети на њу и убије је убодом ножем. Старији брат је и сам одлучио да дође на железничку станицу како би млађем помогао око бекства

¹⁵⁰¹ Trawniki – United States Holocaust Memorial Museum, <https://www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleId=10007397>, 10. октобар 2016.

¹⁵⁰² Christian Fahl, „Einige materielle und prozessuale Überlegungen zum Fall Demjanjuk“, *Zeitschrift für das Juristische Studium* 3/2011, 232-233.

¹⁵⁰³ Свакако да би било простора разматрати и кроз призму праве заблуде о важењу – *Gültigkeitsirrtum*.

¹⁵⁰⁴ Ralf Krack, Sascha Kische, „Übungsfall: Die unfreiwillige Tötung „im Namen der Ehre“, *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 6/2009.

уколико све буде по плану, а ако не буде, онда ће он сам извршити убиство. Све ово чине, ради спречавања „обешчашћивања“ (*Entehrung*) породице. Млађи брат извршава убиство; старији побегне, а млађег одмах ухапси полиција. Млађи брат је на саслушању изјавио да је веровао да својим делом породици чини добро, а изјавио је и да би сестру свеједно убио старији брат да је није он убио. Такође је изјавио да је поступио сходно праву (правно дозвољено/непротивправно) с обзиром на традицију у заједници (којој припада, прим. аут.) према којој се осећа посебно везан, као и да није могло „проћи“ некажњено то што његова сестра својим понашањем јако/толико прља породичну част (*Familienehre*). Због многоструких претходних повреда части као последња одговарајућа реакција преостала је смрт. Млађи брат се брани да је деловао из страха од сродника као и због личног обешчашћивања (од стране сестре, прим. аут.), те да му се због тога не сме учинити кривични прекор (*Schuldvorwurf*), не може му се предузето понашање пребацити у кривицу. У раду је анализирано понашање млађег брата кроз призму нужне одбране (*Notwehr*), крајње нужде која искључује противправност (*rechtsfertiger Notstand*), стварне заблуде у ширем смислу, извињавајуће крајње нужде (*entschuldigender Notstand*) и индиректне правне заблуде (*Erlaubnisirrtum*). Аутори су анализирали учињено дело кроз квалификацију убиство из чл. 212 StGB (§ 212 Totschlag) и квалификацију тешко убиство из чл. 211 StGB (§ 211 Mord).¹⁵⁰⁵ Дошли су до резултата/закључка, са којим бисмо се сложили, а то је да је млађи брат поступао у отклоњивој индиректној правној заблуди (*vermeidbarer Erlaubnisirrtum*), а што је факултативни основ за ублажавање казне.¹⁵⁰⁶

14.4. Случај печурки са псилоцибином или размере надреалног у могућности сознавања права

Замислимо следећи пример у правосуђу Републике Србије. У Правилнику о утврђивању Списка психоактивних контролисаних супстанци који је донео министар здравља¹⁵⁰⁷, псилоцибин се налази на листи бр. 4 („Психотропне супстанце које могу проузроковати тешко оштећење здравља људи“). Није на одмет указати да се ова супстанца налази у печуркама. Занимљив би био исход суђења за кривично дело

¹⁵⁰⁵ Као и кривична дела опасна тешка телесна повреда из чл. 224 КЗН (§ 224 Gefährliche Körperverletzung) и тешка телесна повреда са смртном последицом из чл. 227 КЗН (§ 227 Körperverletzung mit Todesfolge).

¹⁵⁰⁶ R. Krack, S. Kische, 689-692.

¹⁵⁰⁷ Службени гласник РС, бр. 27/15.

неовлашћено држање опојних дрога из чл. 246а ст. 1 КЗС, уколико би се учиниоцу на терет стаљало држање (у мањој количини за сопствену употребу) печурки које садрже псилоцибин, а одбрана се позива на правну заблуду. Позивање на правну заблуду би се заснивало на незнању да је псилоцибин опојна дрога у смислу чл. 246а КЗС. У питању би била директна правна заблуда (зна за постојање правне норме, али је погрешно схвата - тумачи). Наиме, у чл. 246а утврђено је да је предмет кривичног дела опојна дрога. Затим, у чл. 112 („Значење израза у овом законикy“) у ст. 1 тач. 2 пише: „Опојним дрогама сматрају се супстанце и препарати који су законом и другим прописом заснованим на закону проглашени за опојне дроге и остале психоактивне контролисане супстанце.“ Дакле, уколико лице и купи печурке и зна да је у њима псилоцибин, да ли то њему ишта значи? Постоји ли било каква „упозоравајућа“ функција информације да лице зна да је у печуркама псилоцибин? Информисањем, увидом у КЗ Србије, и то додаћемо детаљним, пошто је лице открило, осим члана којим је прописано потенцијално кривично дело за које може одговорати, и члан који објашњава шта који израз употребљен у закону значи, не може се утврдити да ли је псилоцибин опојна дрога у смислу чл. 246а. Даље, у „објашњавајућем“ члану (112) пише да су опојне дроге супстанце које су „другим прописом заснованим на закону проглашени за опојне дроге и остале психоактивне контролисане супстанце“. Лице ће се прво збунити у покушају тумачења да ли речи „заснован на закону“ имају исто значење као и речи „донет на основу закона“. Затим ће лице успети „сасвим лако“ да пронађе Закон о психоактивним контролисаним супстанцама¹⁵⁰⁸ и да у чл. 2 ст. 1 прочита следеће: „Психоактивне супстанце у смислу овог закона су супстанце које се налазе на Списку психоактивних контролисаних супстанци.“ Међутим, у Закону о психоактивним контролисаним супстанцама неће пронаћи тај списак. Онда ће то лице, и даље да изучава поменути закон, па ће у чл. 8 („Списак“) ст. 1 открити да пише: „Министар надлежан за послове здравља утврђује Списак, на предлог Комисије.“; а из ст. 3 истог члана ће сазнати да се списак објављује у Службеном гласнику Републике Србије. Међутим, нигде не пише у којој форми се „утврђује списак“. Једноставније речено, како, када и где се „утврђује списак психоактивних контролисаних супстанци“. Након тога, савесно лице које смо узели за пример, ће путем више силе, сазнати да министар здравља доноси правни пропис у форми правилника, који се зове „Правилник о утврђивању Списка психоактивних контролисаних супстанци“. И када смо

¹⁵⁰⁸ Службени гласник РС, бр. 99/10.

помислили да је ту крај истраживању, савесно лице се подсећа да у чл. 8 ст. 3 Закона о психоактивним контролисаним супстанцама пише да се тај Списак објављује у Службеном гласнику Републике Србије. Онда ће на интернету пронаћи страницу Сл. гласника и непријатно се изненадити, јер му за увид у ранији или садашњи број гласника „траже“ да се „претплати“. Но, не будимо малодушни, савесно лице ће набавити новац за претплату на гласник, а затим ће се и без проблема регистровати и извршити електронско плаћање, након чега ће коначно угледати Правилник о утврђивању Списка психоактивних контролисаних супстанци.

Међутим, и када га је пронашао, прочитао је да пише да је тај акт донет на основу закона, а у „објашњавајућој“ одредби КЗ је пак видео да се „тражи“ да је пропис на „закону заснован“, а не „на основу закона донет“. Ипак, иако га је то збунило, претпоставио је да то мора бити то. Следеће што је видео било је да тај правилник има укупно 7 листа на којима је укупно 358 супстанци наведено. При томе, неке листе имају такве називе да му је потпуно нејасно да ли супстанце које се налазе на тим листама сме или не сме да користи. Тако на пример, листа 1 се зове „Опојне дроге које се користе у терапијске и научноистраживачке сврхе“; затим листа 3 се зове „Препарати који садрже опојне дроге, а користе се у терапијске сврхе; потом листа 5 са називом „Психотропне супстанце које се користе у ограничене терапијске и научноистраживачке сврхе“; листа 6 – „Психотропне супстанце које се користе у терапијске и научноистраживачке сврхе“ и листа 7 – „Психотропне супстанце које се користе у терапијске и научноистраживачке сврхе. Приметићемо прво да се листа 6 и 7 зову потпуно исто. Додуше непознато нам је због чега онда супстанце наведене у њима нису на истој листи, ако је већ назив листе исти. Друго, пет од седам листи наведеног правилника има такве називе да, као што смо рекли, лице није сигурно да ли сме или не сме да користи те супстанце, и ако сме, под којим условима. Дакле, савесно лице, нигде не успева да пронађе какву упозоравајућу реч попут „забрањено“, „недозвољено“, „противправно“, „опасно“ и сл. Посебно је интересантно, кад се поседује нека супстанца која се у правилнику зове другачије него на паковању које се држи за сопствену употребу у смислу чл. 246а КЗ, или још горе у смислу чл. 246 ст. 1 КЗ („Неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога“), за које је запрећена казна затвора у трајању од три до дванаест година, без могућности ублажавања

казне.¹⁵⁰⁹ Пример за то су и следеће супстанце: ривотрил (у Правилнику се налази на листи 7, редни број 24, под називом клоназепам); флормидал (у Правилнику се налази на листи 7, редни број 38, под називом мидазолам) и сл. Писац ових редова, упознао се са проблематиком назива, кроз обављање послова у правосуђу, и уз несебичну помоћ вештака хемијске струке из Националног криминалистичко-техничког центра Управе криминалистичке полиције Дирекције полиције. Остаје само да, као будући пресудитељи, да не кажем судије, измаштамо да је и окривљени – савесно лице, имао једнаке могућности као и ми да се упозна са наведеним информацијама¹⁵¹⁰, те да се изненадимо што се неко уопште и позвао на правну заблуду. Да не заборавимо, у образложењу пресуде, пожељно је да се ни једном речју не осврнемо на тезу одбране да је дело учињено у правној заблуди.¹⁵¹¹ И на крају, укажимо (подсетимо) на још неке карактеристике савесног лица (окривљеног, у потрази за информацијом да ли је његово дело забрањено). Биће да је у питању један од 2.121.499 лица у Р. Србији (приближно 35% укупног броја становника старих 15 и више година) који је или без школске спреме или има непотпуно основно образовање или само основно образовање; и један од 3.142.854 лица (51% укупног броја становника старих 15 и више година) које је компјутерски неписмено, при чему треба имати у виду да је још 910.586 лица (приближно 15% укупног броја становника старих 15 и више година) само делимично компјутерски писмено. Дакле, један од 4.053.440 лица (65% укупног броја становника старих 15 и више година) које или нема или има озбиљно лимитирано познавање рада на рачунару. Е управо такво лице је открило ланац од низа закона и подзаконских аката, регистровало се на интернет страници гласника, извршило електронско плаћање и сазнало да се на пример екстази, у ствари зове МДМА. Да, за такво лице смо ми као браниоци у судници истицали да је у правној заблуди, међутим суд се добро насмејао том „непостојећем институту“. Браниочев следећи корак, у погледу доказивања (не)постојања свести о забрањености дела код окривљеног био би - предлог за

¹⁵⁰⁹ Чл. 57 („Границе ублажавања казне“) ст. 3 КЗС прописује осам кривичних дела за које забрањено ублажити казну, међу којима је и кривично дело из чл. 246.

¹⁵¹⁰ Месе (*Messe*) и Ларкин (*Larkin*) такође упозоравају на нереалност олаког упознавања са прописима, кроз коментар да је то можда и било тако у Блекстоново (*William Blackstone, 1723-1780*) време, када је кривични закон био мали и осликавао обичаје заједнице. Ови писци овако коментаришу мишљење да чак и онај ко не зна да је нешто забрањено може лако да се информише, те да је у најмању руку (ако то не учини прим. аут.), због тога, крив за нехат. Edwin Messe III, Paul J. Larkin, JR., „Reconsidering the Mistake of law defense“, *The Journal of Criminal Law & Criminology* 3/2012 vol. 102, 738.

¹⁵¹¹ Признаћемо да нас овакав начин писања неизоставно подсети на текст професора Пихлера где он каже: „...зато је основно питати се, не примењује ли се оно (право прим. аут.) само егземпларно, није ли оно само имитација права, па тиме и средство имитације живота ?“, Станко Пихлер, „Имитација права – имитација живота“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине* 6/1996, 212.

испитивање сведока, председника Врховног касационог суда, и то ради постављања само једног питања – Поштовани, можете ли нам рећи шта је псилоцибин?

14.5. Имагинарни случај – производња канабиса и давање на употребу тешко оболелом члану породице

Образложићемо илустративан случај, који никако није далеко од стварности. Анализу вршимо кроз одредбе КЗ Србије.

Намера нам је да будуће судије, тужиоци и адвокати (браниоци), након излагања овог случаја, ипак промисле, да ли је оптужени учинио кривична дела за која му се може изрећи казна затвора у трајању од 20 година (одмеравањем казне за кривична дела учињена у стицају, применом принципа асперације).

Кривична пријава је поднета против лица А због кривичних дела неовлашћена производња опојне дроге из чл. 246 ст. 1 КЗС¹⁵¹² и омогућавање уживања опојних дрога из чл. 247 ст. 2. За прво кривично дело запрећена је казна затвора у трајању од 3 до 12 година и постоји законска забрана ублажавања казне испод посебног минимума (чл. 57 ст. 3 - „Границе ублажавања казне“). За друго кривично дело (једна од радњи из става 2 је – и ако је дело из става 1 учињено према више лица) запрећена је казна затвора од 2 до 10 година. Укратко, лице А има око 30 година, раније је користио амфетамин, марихуану, а једно време и хероин. Пре 5 година је последњи пут био на одвикавању. Тренутно не користи опојне дроге. Раније није осуђиван и против њега се не води други кривични поступак. Има завршену основну школу и незапослен је. Психички је нестабилан; посећивао је једно време психијатра, боловао је од депресије. Купио је десет садница конопље, узгајао је и из тога добио марихуану. Марихуана има више од 0,3% ТХЦ (овај проценат је потребан због чл. 58 ст. 2 тач. 1 Закона о психоактивним контролисаним супстанцама; а иако нема у тренутку утврђивања довољан проценат ТХЦ, потребно је утврдити да ли се ради о врсти и варијетету канабиса који може имати преко 0,3% ТХЦ, тако ВКС бр. 63/13 од 26.6.2013. године). Бранио се да је купио те саднице да би имао марихуану за сопствену употребу (овде упућујемо на Стојановића који подсећа да је у судској пракси општеусвојен став да је без значаја да

¹⁵¹² У даљем делу примера КЗ или без означања.

ли се опојна дрога производи за продају или за сопствену употребу (ВСС Кж. I бр. 60/09)¹⁵¹³, прим. аут.); и за „медицинске потребе“. Истакао је да му марихуана помаже да лакше преброди депресију; наводи да често има црне мисли – жели да се убије; мајка му је неизлечиво болесна, има канцер у одмаклој фази, прима хемиотерапију, и трпи неиздрживе болове. Такође, покушала је да се убије у неколико наврата, али је он спречавао у последњи моменат. Он се стара о њој. Бака такође живи са њима у домаћинству, и потпуно је дементна. Он производи марихуану, користи је и даје на коришћење мајци и баки. Сва лица тврде да им употреба марихуане олакшава стање у којем се налазе. Сва лица имају завршену основну школу и живе од социјалне помоћи.

Лице А се у својој одбрани изричито позива да није знао да је то што ради забрањено. Конкретно, истиче да је знао да је „узгајање“ марихуане забрањено; такође зна да се дроге не смеју продавати нити нудити било коме на употребу. Међутим, прилично емотивно и са очигледним узбуђењем негира да је знао да је забрањено гајити марихуану и касније је користити за личну употребу и давати је на коришћење мајци и баки, а све у медицинске сврхе (конкретно, ради олакшавања тешких физичких и психичких болова). Несумњиво распознајемо да предмет испитивања у овом поступку има да буде (не)постојање индиректне правне заблуде. Учинио је да је такво понашање иначе забрањено; зна да је забрањено гајење/производња марихуане, али сматра да је у конкретном случају дозвољено. Уверен је да може да гаји/производи марихуану коју ће користити да би олакшао психичке и физичке муке лица са којима је провео читав живот, са којима и даље живи у домаћинству, на која је и једино упућен и на крају крајева, која највише воли. Убеђен је да није забрањено спашавати себе и своје најближе од, према његовом мишљењу и стању свести, неподношљивих психичких и физичких мука/болова. Сматра, на један лаички начин наравно, да је у таквим околностима, искључена противправност дела. Пре него што га у потпуности изигноришу садашњи, а надамо се не и будући правници (судија и тужилац претежно), укажимо на пар ствари, које би могле говорити у прилог постојању индиректне правне заблуде. У медијима може се наићи на следеће наслове/изјаве: „Пре само неколико година, Колтин је био толико болестан да је био прикован за инвалидска колица. Данас,

¹⁵¹³ З. Стојановић (2012), 713.

захваљујући медицинској марихуани, овај петнаестогодишњак вози бицикл.¹⁵¹⁴; „У Хрватској медицински канабис тренутно могу добити само пацијенти који болују од мултипле склерозе, карцинома, сиде и деца оболела од ретког епилептичког синдрома.“¹⁵¹⁵; изјава министарке здравља-„Ту се дакле не ради о легализацији дроге, већ да стручњаци ваљаним методама процене да ли марихуана у неким околностима, код неких особа може имати својство лека.“¹⁵¹⁶; „Навео је пример колеге (лекар, прим. аут.) којем је дијагностификован рак јетре, а којем је лекар на директно питање треба ли да користи уље канабиса, рекао да обавезно то учини јер тиме може да спречи раст канцера, а можда га чак и смањи.“¹⁵¹⁷; „Навео је и пример четворогодишње девојчице Миле која се лечи уљем канабиса, и већ је успела да двотрећински излечи рак хипофизе.“¹⁵¹⁸. Дакле, лице А из нашег случаја, могло је да наиђе на наслове у којима се наводи да канабис лечи канцер, зауставља канцер, да га у Хрватској могу добити пацијенти који болују од канцера, те да дете које је било приковано за инвалидска колица, не само да више нема никакве болове, већ вози бицикл. Лице је такође било свесно да канабис који је узгојио не сме да продаје или на било који начин ставља у промет. Међутим, био је убеђен да не постоји никаква препрека коју би наметнуло било правно, друштвено или морално правило, а које правило би у његовој свести изазвало упозоравајућу функцију, која би га натерала да посумња да је производња канабиса ради употребе у медицинске сврхе (за тешко болесне мајку и баку, те њега као лице психички нестабилно), те сама употреба, за коју је према вестима које је низ медија пренео, сазнао да олакшава патње лица која болују од канцера, те да спречава и смањује раст канцера, забрањена. Надаље, чак и да је посумњао у то, односно да му је кроз свест пролетело да можда не може да произведе канабис, користи га и омогући да га користе и његови најближи чији је квалитет живота на најнижим границама; чак и тада, да ли је могао деловати било какав упозоравајући механизам, у смислу да је могао да зна да је такво његово понашање друштвено штетно? Какав је могао бити одговор на

¹⁵¹⁴ „Радије бих био нелегално жив него легално мртав“, <http://www.telegraf.rs/zivot-i-stil/1616927-radije-bih-bio-nelegalno-ziv-nego-legalno-mrtav-ovo-je-ispovest-decka-koji-se-leci-uljem-od-kanabisa-video>, 10. октобар 2016.

¹⁵¹⁵ „За две недеље: Канабис ће моћи легално да се купи на само сат времена од Београда“, <http://www.telegraf.rs/vesti/2111723-za-dve-nedelje-kanabis-ce-moci-legalno-da-se-kupi-na-samo-sat-vremena-od-beograda>, 10. октобар 2016.

¹⁵¹⁶ „Дејановић: Легализација марихуане у медицинске сврхе није легализација дроге“, <http://www.blic.rs/vesti/drustvo/dejanovic-legalizacija-marihuane-u-medicinske-svrhe-nije-legalizacija-droge/pplb90f>, 10. октобар 2016.

¹⁵¹⁷ „Канабис за медицинске сврхе није легализација марихуане“, <http://rs.n1info.com/a29541/Vesti/Kanabis-za-medicinske-svrhe-nije-legalizacija-marihuane.html>, 10. октобар 2016.

¹⁵¹⁸ *Ibid.*

следеће питање које би лице А евентуално поставило себи: „Како наносим штету друштву (и држави) у којој живим, ако желим да спасем мајку, разорену од канцера и хемиотерапије, која је у пеленама, која сваки дан подноси неиздрживе муке и која је већ неколико пута покушала да се убије, ако направим канабис и дам јој на коришћење, јер сам чуо да чак и лекари говоре да може да спречи раст канцера и да олакша муке, при чему моја мајка зна шта узима и моли ме да јој дам још канабиса јер јој олакшава бол?“ И то није све; додали бисмо да је лице А вероватно у потпуности онемогућено у евентуалној жељи да обезбеди мајци да је приме у болницу, а разлози те немогућности ипак нису тема нашег рада. Поједностављено речено, како може бити друштвено штетна (она) радња којом лице А мајци олакшава неизрециве муке. На све изложено ваљало би подсетити и на следеће факторе: лице А врло лако може да буде један од 2.121.499 грађана Србије (приближно 35% становништва старих 15 и више година) које спада у групу која или нема уопште основно образовање или има непотпуно основно образовање или има само основно образовање; или пак да буде један од 164.884 грађана Србије (старих 15 и више година) који немају никакво образовање или пак један од 677.499 лица (старих 15 и више година) која имају непотпуно основно образовање; затим лице А је о „повољним/чудесним“ дејствима канабиса по свој прилици сазнало од неког другог припадника исте друштвене групе у којој се силом прилика креће; јер не заваравамо се да је за те вести сазнао на интернету, јер је тешко да има компјутер, а камоли да зна да га користи и да као корисник социјалне помоћи још има да плати и претплату за интернет. Зашто тако мислимо; па због тога што је компјутерски неписмено 3.142.854 лица старих 15 и више година (51,01%).¹⁵¹⁹ Даље, у поступку би свакако требало инсистирати на психолошком и психијатријском вештачењу, при чему би било пожељно да се уради једно комбиновано вештачење које ће се посебно бавити утврђивањем личне, социјалне и емотивне зрелости, као и утицаја личних (образовних посебно) и породичних прилика на могућност лица А да буде свесно забрањености дела. Такође, бранилац у таквом предмету би свакако требао да предложи да одговарајућа референтна установа уради анкету међу репрезентативним узорком друштвене групе којој лице А припада, а у погледу питања „Да ли је забрањена производња марихуане и давање на употребу лицу које је у неподношљивим мукама које у потпуности уништавају квалитет живота, а његов наставак чине незаустављивом агонијом?“ Ово питање ваљало би међутим допунити, тако што би се испитаницима

¹⁵¹⁹ Иначе, ови бројеви су већ цитирани у уводу рада.

предочиле све оне изјаве лекара, министара, људи који из „личног искуства говоре“, а у којима потоњи тврде да употреба канабиса у медицинске сврхе спречава даљи раст канцера, олакшава драматичне болове, па чак и лечи канцер. Исто питање само мало другачије формулисано могло би се поставити не само одређеној „изоливаној“ друштвеној групи, већ свим члановима друштва, а гласило би: „Да ли је забрањено покушати спасити најближе вам биће на свету које је у стању неиздрживе патње тако што ћете учинити нешто што држави/друштву не може да шкоди, односно што ови извесно да неће ни сазнати/осетити/приметити, па и кад би то учинили (сазнали) не би претрпели апсолутно никакву штету?“ Или пак питање: „Може ли држава забранити грађанину да учини (предузме) све што му је доступно да спаси свој живот и може ли му забранити да при томе употреби било које средство/начин, док год такво средство не наноси штету животу других лица у тој заједници?“ Може ли држава забранити грађанину да спаси себи или својој мајци живот и онда када начин на који би то урадио, држави не би нанео никакву штету? Такође, свакоме ко би оваквом нашем наступу опонирао аргументом да није 100% медицински доказано да канабис може помоћи у лечењу канцера, те да је читава та прича непроверена и да је (употреба) штетна по здравље људи који би тај канабис користили, указали бисмо на следеће: прво, лица која болују од тежих облика канцера (а нарочито ако су у одмаклој фази), су или пробала „све лекове и начине“ у „редовној“ медицини или их је хемиотерапија дехуманизовала на начин да су прошли кроз тешко издржљиве муке, или немају новца за „најновије озбиљније и делотворније“ лекове фармацеутских кућа, које здравствени систем још не може да приушти, а свакако да не могу да их приуште болесници који примају социјалну помоћ, при чему је питање како би уопште они и сазнали за постојање тих „нових делотворнијих“ лекова фармацеутских кућа; друго, како би такви пацијенти прибављали себи све оне допунске суплементе чије коришћење се препоручује оболелима од канцера, попут сибирске ароније и/или разних капсула мешавине витамина Б 17 и др.; треће, чак и да није доказано да канабис поуздано може помоћи тешким болесницима (а колико овај аутор зна, није доказано), може ли се одузети тешко оболелом или њему блиском лицу нада у постојање могућности позитивног дејства канабиса, а у свакодневници која „врви“ од изјава конкретно одређених лица (како у медијима тако и мимо њих) да им је канабис помогао у лечењу од канцера? Налазимо за сходно да упозоримо да овај пример није заговарање одређеног решења (одговора), да ли треба легализовати употребу марихуане у медицинске сврхе или не. За давање таквог одговора свакако нисмо позвани, барем због наше недовољне

стручности у низу области. Ипак, овде и не разговарамо о легализацији марихуане у медицинске сврхе, већ о томе да ли је лице А било у индиректној правној заблуди и делимично о томе да ли је, уколико јесте био у овој врсти заблуде, она била отклоњива или неотклоњива.

14.5.1. Пресуда Вишег суда у Новом Саду К. бр. 136/13 од 3.10.2013.

*године (неовлашћена производња опојних дрога из чл. 246 ст. 1 КЗ
Србије)*

Дозволићемо себи, иако ограничено информисани у погледу стања у списима, да позовемо читаоце да провере домете које смо покушали да осветлимо излагањем овог примера. Учинићемо то упућивањем на пар „новопридошлих новинских наслова“ попут: „Осуђен на три године затвора јер је болесној жени куповао канабис за лечење“¹⁵²⁰; и „Од марихуане правио лек за болесну мајку, завршио у затвору“¹⁵²¹. У првом случају, супруга осуђеног је оболела од мултипле склерозе, а осуђеном је изречена казна затвора од три године и два месеца. Други случај свакако није тако „црно-бео“, посебно ако се има у виду да је суд, неуобичајено за „редовне“ прилике, ипак успео да се осврне и „приупита“ окривљеног да ли је знао да је то што ради забрањено. Но, пређимо на ствар. Из медија смо сазнали да је лице¹⁵²² осуђено на казну затвора од три године јер је производио канабис да би касније правио уље од канабиса које је било намењено лечењу његове мајке, која је боловала од канцера. Мајка је преминула, а лице је осуђено због кривичног дела из чл. 246 ст. 1 КЗС. Понављамо, упорно и доследно се противимо извођењу закључака информисањем из медија; и не пада нам на памет да се бавимо преиспитивањем конкретне пресуде. Ипак, нису ли овакви случајеви постали неретки, и није ли непромишљено забранити човеку да предузме све што је у његовој моћи да се спаси, док год такво његово поступање не омета друге чланове друштва односно заједницу уопште? (Овде је право питање заправо- када и зашто би појединац помислио да законодавац хоће да му забрани да се „спаси на који год начин жели докле год тиме не угрожава друге“?) На трагу

¹⁵²⁰ „Osudjen na tri godine zatvora jer je bolesnoj ženi kupovao kanabis za lečenje“, <http://www.021.rs/story/Info/Srbija/149820/Osudjen-na-tri-godine-zatvora-jer-je-bolesnoj-zeni-kupovao-kanabis-za-lecenje.html>, 1. децембар 2016.

¹⁵²¹ „Od marihuane pravio lek za bolesnu majku, završio u zatvoru“, <http://rs.n1info.com/a52646/Vesti/Od-marihuane-pravio-lek-za-bolesnu-majku-dobio-tri-godine-zatvora.html>, 1. децембар 2016.

¹⁵²² Често средњи род касније у тексту прелази у мушки род, тако што се почне од „лица“ а заврши на „учиниоцу“. Напомињемо да није превид, већ у циљу „технички лакшег предствљања“.

непромишљености, није ли баш непромишљеност искована одбијањем барем покушаја истраживања постојања свести о забрањености дела? Да ли је и било тако или је пак истраживачко новинарство непотпуно консултовало лице задужено „за објашњавање правних питања“ за потребе стварања репортажа и вести уопште? Чини нам се да је одговор на пола пута, при чему постоји изгледа више споредних путева из којих су „дошла или могла доћи“ мишљења (или пак „стратегија“ браниоца). Дакле, након сазнања (информација) из новинског натписа¹⁵²³, установили смо да се ради о пресуди Вишег суда у Новом Саду К. бр. 136/13 од 3.10.2013. године, која пресуда је потврђена пресудом Апелационог суда у Новом Саду Кж 1. бр. 4138/13 од 5.2.2014. године. Окривљени је осуђен због кривичног дела неовлашћена производња опојних дрога из чл. 246 ст. 1 КЗС, и изречена му је казна затвора у трајању од три године. Окривљени је у својој одбрани изјавио да је „опојну дрогу узгајао како би своју мајку излечио од канцера...“; да је „о лековитим дејствима марихуане читао и набавио документацију о томе коју је суду и приложио и то текст... - „Студије доказују да марихуана лечи рак“, те текст „Марихуана спречава раст туморских станица - зашто је забранити?“..., као и научне радове на енглеском језику. Окривљени је приложио и лекарску документацију из које се могло видети да његова мајка болује од канцера. Изричит је у тврдњи да је кренуо да производи марихуану само из разлога јер му је била потребна „марихуана високог квалитета“, какав квалитет нема марихуана која се купује на тржишту, а како би направио екстракт којим би излечио мајку од канцера. Окривљени је даље указао да је из филма „*The Rick Simpson Story*“ сазнао да је за прављење екстракта којим је човек себе и друге излечио од канцера, потребна велика количина квалитетне марихуане. На крају изношења одбране окривљени је изјавио да је „знао да је гајење марихуане забрањено, али да није био свестан запрећености казне, те да се због свега каје и да је све то урадио из хуманих разлога, како би помогао својој мајци која је у међувремену и преминула.“. Првостепени суд наводи да је „овако изнету одбрану окривљеног...у претежном делу прихватио као истиниту јер је иста дата на веома уверљив начин и искрено, а која је потврђена и осталим изведеним доказима“. Наиме, из образложења пресуде (стр. 9 пресуде) може се закључити да суд није прихватио одбрану окривљеног у делу где наводи да је марихуану узгајао, а ово из разлога што је окривљени већ започео процес производње. Подсетићемо читаоце, да је разликовање узгоја и производње пре свега осталог (пре свих правних разматрања и утврђивања границе

¹⁵²³ Заправо је у питању интернет страница на којој је поред текста објављен и видео прилог.

када престаје узгој, а почиње производња), битно због тога што је за узгој запрећена казна затвора од шест месеци до пет година (види чл. 246 ст. 2 КЗС), при чему не постоји забрана ублажавања казне испод посебног минимума (види чл. 57 ст. 3), што значи да се може изрећи (уз ублажавање казне) казна затвора од тридесет дана.¹⁵²⁴ Са друге стране, радња извршења „производња“ је једна од 10 алтернативно прописаних радњи¹⁵²⁵ извршења основног облика кривичног дела из чл. 246, за које је запрећена казна затвора у трајању од три до дванаест година, при чему чл. 57 у ст. 3 одређује забрану ублажавања казне, тако да за „промет (производњу)“ 0,5 грама „добацијате“ минималних три године затвора, без икакве шансе за мање. Дакле, разликовање између узгоја и производње се заправо своди на избор између тридесет дана затвора и три године затвора. Ипак, ово није тема излагања овог поднаслова, тако да се враћамо анализи случаја. Наиме, био је то део одбране окривљеног (и то једини) који суд није прихватио. Суд је пак прихватио следеће: „утврђено је да је исту производио за сопствене употребе и употребе своје болесне мајке која је преминула у априлу ове године од канцера, а за шта је приложио научне текстове и лекарску документацију на име...“. Видимо дакле, да је суд утврдио да окривљени није производио дрогу само за тешко болесну мајку, односно за њену употребу, већ и за своју употребу. Ипак, неопходно је приметити да облик из става 1 члана 246 постоји и када лице производи дрогу за сопствену употребу, као и за било чију употребу уопште, био тај неко болестан или не. Није дакле ни најмање спорно да је суд утврдио правилну правну квалификацију дела. Да је којим случајем дошло до тога да је мајка окривљеног остала жива и да јој је окривљени дао на коришћење овако произведену опојну дрогу, постојало би и кривично дело омогућавање уживања опојних дрога из чл. 247 ст. 1. Но, није овде ни проблематична била правна квалификација, нити смо ми за анализу издвојили овај случај због правне квалификације дела, већ због испитивања могућности постојања правне заблуде. Суд је у образложењу пресуде (стр. 6) написао да је окривљени у својој одбрани изјавио да је „знао да је гајење марихуане забрањено, али да није био свестан запрећености казне“. Ако је окривљени изјавио да је био свестан да је гајење марихуане забрањено, при чему окривљени радње које му се стављају на терет

¹⁵²⁴ У чл. 57 („Границе ублажавања казне“) у ст. 1, у тачки 6 прописано је да „ако је за кривично дело као најмања мера казне прописан затвор испод једне године, казна се може ублажити до тридесет дана затвора“.

¹⁵²⁵ Имајући у виду наше залагање за доследније поштовање трећег сегмента начела законитости – начела одређености које налаже да кривичноправне норме у што је могуће вишем степену буду одређене и прецизне (види З. Стојановић (2012), 36), посебно ћемо истаћи нашу приврженост овој последњој, од десет алтернативно прописаних радњи, тој чувеној „стоглавој аждаји“ „или на други начин неовлашћено ставља у промет“, што у преводу значи „све је промет што није држање за сопствену употребу и узгој“.

доживљава управо као гајење, а не као производњу, свакако да нема говора о постојању правне заблуде. Првостепени суд, имајући у виду да окривљени није оспоравао да је био свестан забрањености дела, те да се уз то и претпоставља постојање ове компоненте кривице, правилно у образложењу пресуде није објашњавао да је код окривљеног постојала свест о забрањености дела. Међутим, није ли на страни браниоца постојао приличан простор за употребу правне заблуде, додуше, под условом да окривљени није сам изричито признао/изјавио да је био свестан забрањености дела? И под условом наравно, да одбрана свакако није „омеђена“ говорењем истине? Да је бранилац одустао од „животне“ али правно потпуно неупотребљиве одбране, окривљени можда не би издржавао казну затвора у трајању од три године. Под „животном“ одбраном подразумевамо позивање на имагинарну правичност без упоришта у закону, попут „околности дела (тешко болесна мајка, преминуо отац) су такве да је потпуно изванправично не ублажити казну окривљеном на период испод три године“, и апсолутно без консултовања одредби КЗ Србије, које од 2009. (ЗИД КЗ) забрањују ублажавање казне за одређена кривична дела, међу којима је и кривично дело из чл. 246 ст. 1. Наиме, тешко се може порећи да овакву „животну“ одбрану, неретко може да пружи и окривљени сам себи, управо самим изношењем ових околности, које је ионако изнео сам окривљени у својој одбрани, а не бранилац. Где је заправо био слободан простор за правну заблуду?

Прво, могао је да каже да је мислио да је гајење марихуане за потребе лечења тешко оболелог члана породице дозвољено, иако зна да је, иначе (да није у питању гајење за тешко болесног члана породице) забрањено. Ово би била индиректна правна заблуда, где лице мисли да је нешто основ искључења противправности, а то „нешто“ заправо није основ искључења противправности.

Друго, могао је да каже да је мислио да је дозвољено гајити (иако је у пресуди утврђено да је у питању производња, ми овде користимо његов термин, односно оно што је он мислио да ради, а то је гајење, а не производња; мада би се онда радило о заблуди о супсумцији) марихуану у случају кад су исцрпљене све друге могућности лечења, и да уз то приложи лекарску документацију из које би се видело да се мајка окривљеног подвргла хемиотерапији која није дала очекиване резултате. Дакле, још једном, зна да је иначе недозвољено гајење марихуане, али мисли да је незабрањено кад су исцрпљене

све доступне могућности лечења. Овде би дошло до посебног расправљања заблуде о супсумцији и индиректне правне заблуде, која би се могла означити као дупла заблуда.

Треће, могао је да донесе на суђење све оне (силне) текстове „познатих и озбиљних“ лекара и „стручњака“ који су обавештавали да је само питање дана када ће се употреба марихуане озакоњити у случају тешко оболелих пацијената, те би могао тврдити, а посебно имајући у виду да низ тих текстова датира од пре неколико година, да је до сада (до времена извршења дела) употреба марихуане у медицинске сврхе већ озакоњена. Овде би се пак радило о директној правној заблуди, где лице мисли да је нешто (и иначе) дозвољено. Конкретно, радило би се о неправној заблуди о важењу, када учинилац мисли да се одређени пропис примењује, а заправо се не примењује још увек. Од ове правне заблуде треба разликовати ситуацију када учинилац зна да треба да буде донет закон, и зна сва правна правила о ступању на снагу закона, али не зна да још није одржана седница парламента и да није објављен закон у јавном гласилу. Такво лице дакле не зна чињенице и он би онда био у посебној врсти стварне заблуде, али не и у правној заблуди јер он потпуно зна право, али не зна одређену стварну околност.

Четврто, могао је да каже да је знао да је гајење марихуане иначе забрањено, и да је знао да је забрањено чак и за тешко болесне чланове шире породице, али је мислио да је дозвољено за тешко оболелог члана уже породице. Још једна индиректна правна заблуда. Прецизније, заблуда о постојању основа искључења противправности.

Пето, могао је да каже да му је лични лекар рекао да је гајење марихуане за медицинске сврхе, у случају тешких болести дозвољено, те да се и информисао о дозвољености код лекара. И онда у кривичном поступку позове лекара да му буде сведок, и лекар изјави да му је рекао да он сматра да је то дозвољено. На страни лекара, због такве изјаве упућене пацијенту, не постоји ниједно кажњиво дело, а окривљени у поступку може да се позове на индиректну правну заблуду, где опет зна да је гајење иначе забрањено, али не и када је намењено за лечење тешко болесног члана породице. Иначе, овде би комотно могли да потврдимо постојање неотклоњиве правне заблуде, јер се ради о делимично медицинском питању при чему је савет о дозвољености прибављен од лекара.

Шесто, могао је да каже да је знао да је забрањено гајити марихуану, али да је дозвољено уколико се од тако узгојене (ипак на крају произведене, но то и није тема

сад) марихуане искључиво намерава правити уље за медицинску употребу, а не да се марихуана користи на други начин. Још једна могућа индиректна правна заблуда.

На крају, јасно је да се у конкретном случају радило о заблуди о супсумцији, која би несумњиво била релевантна приликом одмеравања казне, у оквиру околности „степен кривице“. Овде се ради о томе да учинилац мисли да остварује „нешто блаже“ у односу на оно што стварно остварује, при чему зна да је то што остварује исто тако забрањено, као што зна да би било (и јесте) забрањено и „то теже“ што заправо ради, а није свестан да ради баш то. Једноставније, лице мисли да врши радњу узгајања, а заправо у својим радњама остварује производњу, при чему зна да су оба облика кривичног дела забрањена, али да је узгајање битно лакше кривично дело, у смислу да је за тај (лакши) облик прописана нижа мера казне. И заправо, уколико пажљивије прочитамо образложење пресуде Вишег суда у Новом Саду К. бр. 136/13, приметимо да се у датом случају ради управо о заблуди о супсумцији; јер окривљени каже да је „знао да је гајење марихуане забрањено, али да није био свестан о (ово „о“ је очигледна правописна грешка у пресуди) запрећености (још једна грешка, исправније би свакако било запрећене) казне“ (стр. 6 образложења). Суд пак на страни 9 образложења пише: „Суд није прихватио одбрану окривљеног... у делу где наводи да је опојну дрогу марихуану узгајао, из разлога што је окривљени започео процес производње.“ О чему се дакле ради, кад окривљени каже да није био свестан запрећености казне и кад инсистира на томе да је „узгајао“, а не производио опојну дрогу? Ради се о томе да окривљени погрешно правно квалификује своје радње, на начин да их квалификује као лакши облик одређеног кривичног дела, те сходно томе и изјављује да није имао свест да је толика мера казне прописана за гајење. Једноставно речено, окривљени није свестан да је толика мера казне запрећена за радње које предузима из разлога што мисли да предузима радње које закон оцењује на други начин него што их он оцењује. Још „простије“ мисли да чини лакши облик дела, а чини тежи (односно у овом случају основни облик из чл. 246 ст. 1 КЗС).

14.6. Кривично дело из чл. 57 Закона о девизном пословању

Да ли сте некад од другара затражили да вам размени 5 евра пре него што сте сели у кафић, да имате да платите кафу и цигаре? Или можда боље, да ли сте некад питали у кафани, да ли је проблем да вам размене 10 евра да имате да „допуните“ како бисте платили рачун? О ванредно илустративном примеру на који указује Стојановић, да и не

говоримо. Наиме, пријатељ вам размени 20 евра по званичном курсу како бисте платили телефонски рачун на шалтеру поште (Општински суд у Новом Пазару К. бр. 747/05).¹⁵²⁶ На крају, да ли нисте седели са пријатељем на кафи који вам је бар једном рекао да га „мрзи да иде да тражи мењачницу“ или пак да је „мењачница прилично далеко“, и замолио вас да му „дате хиљаду динара нудећи вам истодобно десет евра“? Укратко, и ви и ваш другар чините кривично дело из чл. 57 Закона о девизном пословању. У питању је једно од оних кривичних дела које нема назив, што је обележје, које није страно споредном кривичном законодавству. Но, ево шта пише у ст. 1 овог члана: „Ко купује од физичких лица или ко продаје тим лицима ефективни страни новац...казниће се казном затвора од шест месеци до пет година.“ Као прво, видимо да и лице које је другару дало пет евра у замену за петсто динара, као и лице које прима тих пет евра за петсто динара чине кривично дело. Наиме, врло је једноставно; новчаница од пет евра је ефективан страни новац, једно лице га купује, друго продаје. „Цена“ тих пет евра је око петсто динара. Оба лица дакле чине кривично дело из чл. 57 Закона о девизном пословању. Шта вам дакле након подношења кривичне пријаве стоји на располагању? Можда је најбезболнија солуција примена начела опортунитета, односно одлагање кривичног гоњења. Међутим, уколико ви пак одиста и сматрате да нисте криви, и упорно тврдите да нисте знали да је такво понашање забрањено, можете окушати срећу у кривичном поступку у којем би се, бар се надамо, заиста и испитивало да ли сте имали актуелну свест о забрањености дела, а у случају да успете да „побијете“ постојање актуелне свести о забрањености дела, приступило би се испитивању могућности (и дужности) да се зна за забрањеност дела. У таквој ситуацији, не бисмо се либили да предложимо суду да се ангажује одређени научни институт (који се између осталог бави социологијом), те да испитају/прикупе податке на околност да ли просечан припадник друштвене групе којој припада окривљени (у конкретном случају ће их бити двојица-купац и продавац страног ефективног новца) зна да је то забрањено (и да ли је могао да зна). Као методе прикупљања података предложили бисмо свакако анкету или експеримент, а као метод за сређивање тако прикупљених података мерење. Налазимо да би се барем 80% испитаника изјаснило да сматра да је предузета радња забрањена (у случају анкете), односно низ испитаника би свакако „без проблема“ приступио предузимању радње (код експеримента). Морамо признати да је и писац ових редова, у десетинама случајева, приликом писања овог рада, „експериментисао“

¹⁵²⁶ З. Стојановић (2012), 153.

како са правницима тако и са економистима, лекарима, инжењерима, старости од 25 до 60 година. Наиме, писац је једноставно, „забаве, али и истраживања“ ради неретко на кафи, знао да упита саговорника, у полу-забринutom тону, „да ли ће имати да му размени“ пет евра, и, без изузетка, писац је након постављеног питања морао да прекида саговорника у покушају да из торбе или новчаника извади динаре, објашњавајући му да је то заправо „фора“. Или можда престаје да буде „фора“ када вас судија након читања оптужног акта (у овом случају оптужног предлога)¹⁵²⁷ упита да ли вам је јасно шта вам се ставља на терет. На крају овог примера, налазимо за сходно да подсетимо на замерку коју пресуди Општинског суда у Новом Пазару К. 747/05 правилно упућује и Стојановић. Наиме, уопште није испитивана могућност постојања индиректне правне заблуде, имајући у виду да се радило о 20 евра, а да из одбране окривљених произлази да су сматрали да то што чине због свог малог значаја није кажњиво.¹⁵²⁸ Иначе, одбрана „позивањем на дело малог значаја“, заправо може да се, у описаном случају, појави двојако. Први начин је да суд оцени (додуше, може и тужилац, након што му је поднета кривична пријава, али у ту солуцију сумњамо, због могућности одлагања кривичног гоњења-примене начела опортунитета) да је такво дело, управо та размена 5 евра, дело малог значаја. Другачије, иако садржи обележја кривичног дела, мали значај конкретног дела указује на недостатак кривичне противправности у материјалном смислу.¹⁵²⁹ Према КЗ Србије, дело малог значаја је општи основ искључења противправности (дакле искључена је и формална кривична противправност). Нећемо анализирати услове за примену овог института на овом месту. Вратимо се на први начин „његове употребе“ у случају „размене 5 евра“. Може се десити да суд донесе ослобађајућу пресуду јер „дело за које је оптужен није кривично дело...“ (чл. 423 ст. 1 тач. 1 ЗКП). Ова солуција је прилично неизвесна. Наиме, према важећем КЗ, дозвољена је примена института дела малог значаја за кривична дела за која је прописана казна затвора до пет година или новчана казна (чл. 18 ст. 3 КЗ). Обухватањем оваквог „спектра“ кривичних дела (до пет година затвора), несумњиво „решавамо“ и дело из чл. 57 Закона о девизном пословању. Међутим, не би било лоше да пожуре сви они који би покушали да заснују одбрану на овај начин. Ево због чега; 24. новембра 2016. године у Службеном гласнику бр. 94, објављен је Закон о

¹⁵²⁷ Прецизности ради, оптужни предлог се не чита, већ се излаже главна садржина оптужног предлога, види чл. 507 ст. 1 ЗКП.

¹⁵²⁸ З. Стојановић (2012), 153.

¹⁵²⁹ *Ibid.*, 99.

изменама и допунама Кривичног законика¹⁵³⁰, који у чл. 2 ст. 2 предвиђа да се чл. 18 ст. 3 КЗС, мења на начин да се речи „пет година“ замењују речима „три године“. Једноставније речено, примена института дела малог значаја, од 1. јуна 2017. године (када ступа на снагу, види чл. 42 ЗИД КЗС), долази у обзир само код кривичних дела за која је прописана казна затвора до три године или новчана казна. Други начин је посредна употреба овог института, кроз индиректну правну заблуду. Наиме, учинилац (код размене 5 евра), њих двојица, сасвим лако могу да знају, да је иначе забрањена неовлашћена куповина/продаја страног новца, али да забрањеност не постоји, уколико се ради о малом износу.

14.7. Кривично дело фалсификовање новца из чл. 223 ст. 4 КЗС

У чл. 223 ст. 4 КЗС је прописано: „Ко...зна да је начињен лажан новац..., па то не пријави, казниће се новчаном казном или затвором до три године.“ Замислите да знате да је ваш син начинио лажан новац, да ли ћете га пријавити? У ставу 1 овог члана пише да ће се лице које начини лажан новац казнити затвором од две до дванаест година. Дакле, ако пријавите сина, прети му казна затвора од две до дванаест година. Желели бисмо да још и правника консултујете и да га питате да ли постоји „то нешто“ што се зове лични основ искључења кажњивости, јер сте чули да ако постоји, нема кривичног дела. Наиме, у чл. 332 КЗС прописано је кривично дело непријављивање кривичног дела и учиниоца, где у ст. 1 пише: „Ко зна да је неко лице учинило кривично дело за које се по закону може изрећи затвор од тридесет до четрдесет година или зна само да је такво дело учињено па то не пријави пре него што су дело, односно учинилац откривени, казниће се затвором до три године.“ У ставу 4 овог члана прописан је лични основ искључења кажњивости. Другим речима, нема овог кривичног дела у случају да непријављивање учини супружник, лице са којим живи у трајној ванбрачној заједници, сродник по крви у правој линији, брат или сестра, усвојилац или усвојеник, као и супружник неког од наведених лица, односно лице које са неким од њих живи у трајној ванбрачној заједници, а на крају и бранилац, лекар и верски исповедник учиниоца. Дакле, поједноставимо - непријављивање кривичног дела и учиниоца је право кривично дело нечињења, и односи се само на непријављивање које се односи на кривично дело за које је запређена казна затвора од тридесет до четрдесет година. Вратимо се на „причу“; наиме, консултовали сте правника, и он вам је објаснио да непријављивање

¹⁵³⁰ Закон о изменама и допунама Кривичног законика - ЗИД КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 94/16.

кривичног дела и учиниоца не важи за сва она кривична дела за која се не може изрећи затвор од тридесет до четрдесет година. Сазнали сте свакако да се фалсификовање новца из чл. 223 ст. 1 кажњава затвором од две до дванаест година. Закључили сте, славодобитно, и додаћемо, мирне савести, да никако не чините кривично дело тиме што нисте пријавили да је ваш син направио лажан новац. Међутим, овакво ваше резонување је наравно нетачно. О вашем „правном саветнику“ да и не говоримо. Одредба члана 223 став 4 је савршено јасна; кажњава се онај који зна да је направљен лажан новац па то не пријави. Лице, отац, овде не чини кривично дело непријављивање кривичног дела и учиниоца из чл. 332 ст. 1, већ управо кривично дело из чл. 223 ст. 4, јер у чл. 223 не постоји лични основ искључења кажњивости. Да ли је отац ово знао? Није. Да ли је могао (и био дужан) да зна? Нисмо баш сигурни. Да ли је био у недоумици око дозвољености такве радње (то што није пријавио да је направљен лажан новац)? Био је. Да ли је показао савесност покушавајући да се информише о дозвољености радње, код лица које је правник? Јесте, покушао је, и овај му је рекао да његово нечињење у конкретном случају није недозвољено, односно да може да се понаша тако како и жели да се понаша, тј. да не пријави сина. Да ли је лице, отац, тражио додатно појашњење од правника? По свој прилици и јесте, чим је сазнао да у том случају не постоји обавеза пријављивања кривичног дела и учиниоца, јер се не односи на кривично дело за које је запрећен затвор од тридесет до четрдесет година, те да чак и да се односи на кривично дело за које је запрећена ова најтежа казна, чак и онда не би имао дужност да пријави сина, због постојања личног основа искључења кажњивости. Резимирајмо, отац се показао ванредно савесним, не само да је тражио савет правника, већ и додатно образложење због чега је правник дао савет какав је дао. Убеђени смо да је отац у неотклоњивој правној заблуди.

14.8. Кривично дело ометања правде из чл. 336 б ст. 2 КЗС

У чл. 336 б ст. 2 КЗС пише: „Ко увредом, силом, претњом или на други начин омета... судију, јавног тужиоца, заменика јавног тужиоца...у вршењу тужилачке функције, казниће се затвором од шест месеци до пет година и новчаном казном.“ Ево нам и примера где ће нам судија, председник већа, показати да нема ништа лоше, или ако више желите, ништа „понижавајуће“ бранити се правном заблудом. Позваћемо читаоце, да дођу у суднице виших судова, да дођу на главне претресе, у Београд и Нови Сад. Тамо ће чути, свакако неретко, следеће речи: „Оптужница тужиоца је политичка“;

„оптужница је потпуно измишљена“; „тужилац пита глупости на које је и онако већ одговорено“; „тужилац измишља и прогони мог браћеника“; „изгледа да тужилац није прочитао закон“; „тужилац без доказа ставља у притвор“; а тек нешто ређе ћете наићи и на: „видећеш како ћеш проћи на реизбору тужиоце“ и „тужилац подмеће доказе преко полиције“. Дакле, поштовани, да ли није увреда описати тужиоца као лице које „подмеће доказе, политички прогони, нема појма закон нити га је читао, пита глупости и измишља“? Није ли то означавање тужиоца као: глупог, пакосног, злонамерног, необразованог? Не ометају ли такве изјаве у судници тужиоца у обављању тужилачке делатности? Стојановић увреду (анализирајући кривично дело увреде из чл. 170 КЗС) дефинише као омаловажавање неког лица, а омаловажавање као негирање или потцењивање вредности које чине част неког лица.¹⁵³¹ Наставимо, да ли није претња рећи тужиоцу да ће видети да ли ће „проћи реизбор“ и „икада напредовати“ или пак „остати без посла“? Није спорно, да је низ тужилаца навикао на овакве увреде и претње у судници, и да их услед тога што се труде да буду професионалци и не констатују превише, нити на њих реагују. Ипак, да ли је разлог томе потпуна хладнокрвност или можда нешто друго, нисмо сигурни. На страну, подсетимо, да и није битно како лице коме је упућена увреда исту доживљава, јер је прихваћен објективни критеријум за утврђивање да ли нешто представља омаловажавање.¹⁵³² Вратимо се у судницу, на главни претрес. Чули смо овакве изјаве упућене тужиоцу. У реалности, на њих ће се реаговати благим упозорењем председника већа или евентуално стидљивом свађом или одбраном тужиоца од лица које му упућује такве изјаве. Када се тако нешто деси, шта мора да учини и да ли уопште нешто и мора да учини судија, па и сам тај заменик јавног тужиоца? Почнимо увидом у чл. 376 ЗКП који се зове „Кривично дело учињено на главном претресу“, где је у ст. 1 прописано: „Ако оптужени или друго лице на главном претресу учини кривично дело за које се гони по службеној дужности, председник већа обавестиће о томе надлежног јавног тужиоца.“ И председник већа наравно, да се не би правио „проблем“, и да не би био позван као сведок у поступку пред основним судом, „смири/испегла“ ситуацију, кроз речи: „Ајде нека се свако пристojно понаша“. При чему, није уопште јасно зашто се говори „свако“ када се јасно видело и чуло ко је коме и шта рекао. Но, шта ради председник већа? Поступа супротно чл. 376 ст 1 ЗКП у којем је предвиђена обавеза да обавести надлежног јавног тужиоца ако је на главном претресу учињено кривично дело. Па ипак, непоступање по чл. 376

¹⁵³¹ З. Стојановић (2012), 505.

¹⁵³² *Ibid.*, 506.

ст. 1 ЗКП и није толико проблематично колико чињеница да је председник већа непријављивањем кривичног дела ометања правде из чл. 336 б ст. 2 КЗС, за које је запређена казна затвора од шест месеци до пет година и новчана казна, учинио кривично дело непријављивања кривичног дела и учиниоца из чл. 332 ст. 2 КЗС где пише: „Службено лице...које свесно пропусти да пријави кривично дело за које је сазнало у вршењу своје дужности, ако се за то дело по закону може изрећи пет година затвора или тежа казна, казниће се затвором од шест месеци до пет година.“ Укратко речено, председник већа је учинио кривично дело из чл. 332 ст. 2 КЗС, и не само председник већа, већ и заменик јавног тужиоца (који иако је оштећен кривичним делом), ипак јесте службено лице које је у вршењу своје дужности пропустило да пријави кривично дело из чл. 336 б ст. 2 КЗС. Не заборавимо, уколико је у питању велико веће, и судију по позиву члана већа и троје судија поротника. Дакле, објективно постоји шест кривичних дела непријављивања кривичног дела и учиниоца из чл. 332 ст. 2 КЗС (судско веће – њих пет, и заменик јавног тужиоца) и једно кривично дело ометања правде из чл. 336 б ст. 2 КЗС. И замислимо сад, да један од бранилаца (рецимо да је било пет бранилаца у поступку), тражи да се унесе у записник са главног претреса, до детаља, опис увреда које су упућене заменику јавног тужиоца, образлажући такав свој захтев „колегијалним и фер односом према суду и тужилаштву“. И замислимо оно што се сигурно неће десити, а то је да председник већа не обавести надлежног јавног тужиоца о томе, а то такође не пријаве ни остали чланови већа, па ни сам заменик јавног тужиоца. И тај бранилац је после завршеног рочишта затражио и добио копију записника са главног претреса коју је без одлагања однео месно надлежном основном јавном тужиоцу. Читаоче, да ли ће основни јавни тужилац да покрене кривични поступак против двоје судија по позиву вишег суда, троје судија поротника и једног заменика вишег тужиоца? Наравно да неће, упркос чл. 6 ЗКП („Законитост кривичног гоњења“), где у ст. 1 пише: „Јавни тужилац је дужан да предузме кривично гоњење када постоје основи сумње да је учињено кривично дело или да је одређено лице учинило кривично дело за које се гони по службеној дужности.“ Морамо признати, штета што неће, али никако због тога што желимо да неко буде осуђен; не, то би било ниско. Штета што неће, јер бисмо уживали да видимо оне који су „протерали“ и „исмејали“ правну заблуду, како се на њу енергично позивају и моле је за помоћ.

14.9. Кривично дело повреда тајности поступка из чл. 337 ст 1 КЗ

У чл. 337 ст 1 КЗС се наводи: „Ко неовлашћено открије оно што је сазнао у судском... поступку, а што се по закону не може објавити, казниће се новчаном казном или затвором до једне године.“ Замислите одељење за малолетнике Вишег суда у Новом Саду или Београду, и замислите суђење малолетним учиниоцима кривичних дела. Наиме, код сваког судије, бар док је писац ових редова волонтирао у суду, беше увек бар по пет приправника волонтера, тек дипломираних правника, жељних стицања нових знања, и задивљених што су „део суђења“. Сви ти волонтери, свакако су препуни утисака, и имају неодољиву жељу да их поделе што између себе, што са дојучерашњим колегама са факултета, који не раде, односно не обављају приправнички стаж у суду. О осталима, тј. не-колегама, у циљу „изигравања“ (можда је прејака реч, но нећете нам замерити) битности да и не говоримо. Уколико пак не верујете у ове наше „предрасуде“, позивамо вас да посетите кафиће у близини суда, у току радног времена. Наиме, на удаљености од десет столова, безмало, савршено ћете моћи да се информишете о току данашњих „малолетничких кривичних суђења“. Сазнаћете, како се зове малолетник према коме се води кривични поступак, сазнаћете и тренутно стање у поступку, затим како се бранио малолетник, односно шта је изнео у својој одбрани, а уколико је окончан поступак, обавештени ћете бити и о исходу поступка. Додуше, не само ви, већ и други гости кафића. Скратимо, и упитајмо се прво; да ли је приправник-волонтер учинио кривично дело повреда тајности поступка из чл. 337 ст. 1 КЗ? Дело из става 1 постоји када се усменим саопштавањем другим лицима открије податак о поступку који се води према малолетнику, о идентитету малолетника или судској одлуци која је донета у поступку.¹⁵³³ Осврнимо се на онај део става 1 у којем се тражи да се то нешто што је лице сазнало у судском поступку „по закону не може објавити“. У чл. 55 ст. 1 Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетника¹⁵³⁴ пише: „Без дозволе суда не сме се објавити ток кривичног поступка према малолетнику, ни одлука донесена у том поступку. У ставу 2 се даље наводи: „Објавити се може само онај део поступка, односно само онај део одлуке за који постоји одобрење, али у том случају не смеју се навести име малолетника и други подаци на основу којих би се могло закључити о ком је малолетнику реч.“ Наставимо дакле; имамо озбиљне сумње да постоји одобрење суда, које је пак суд издао

¹⁵³³ Љ. Лазаревић (2011), 983.

¹⁵³⁴ Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетника - ЗМ, *Службени гласник РС*, бр. 85/05.

волонтерима, да објаве ток поступка према малолетнику; а као што смо прочитали у ЗМ, одобрење се у сваком случају, чак и кад се издаје у конкретном случају, не може односити на име малолетника или друге податке из којих би се могло закључити о ком је малолетнику реч. Хајде сад да поставимо питање, да ли је приправник волонтер знао/могао знати да је то што ради (прича шта је видео на суђењу, и уопште какво је било суђење) забрањено? Одговорићемо прилично неодређено. И јесте и није. Зашто? Па зато што је свакако могао знати да „не би требао то да уради“ (шта год значило овакво одређење), али му истодобно ни на памет није могло пасти да ће неко „стварно да га казни због тога“. Но не будимо лицемерни; нећемо ваљда казнити волонтера. Да ли је сувише очигледно, након изложеног, подсетити да и судије и тужиоци између себе разговарају, и браниоци дакако, те да на пример судија, тражећи савет од старијег и искуснијег колеге, предочавајући му стање/ситуацију (ток) у поступку према малолетнику, чини исто ово кривично дело? Да ли ћемо гонити волонтера? Тешко. Да ли ћемо гонити судију који управо и води тај поступак? Тешко. Зашто смо онда овакво понашање предвидели као кривично дело? Не знамо, ваљда за „неке ситуације“. Да ли то онда значи да ћемо селективно примењивати кривично право? Изгледа да хоћемо. Да ли је свесно селективна примена кривичног права (од стране судије и тужиоца) кривично дело кршења закона од стране судије, јавног тужиоца и његовог заменика из чл. 360 ст 1 КЗ („јавни тужилац или његов заменик... који у судском поступку у намери да другом... нанесе какву штету... на други начин прекрши закон, казниће се затвором од шест месеци до пет година.“)? Јесте. Да ли су судија и тужилац свесни/могли бити свесни забрањености таквог поступања? И јесу и нису. Како такав одговор? Отуда што као и волонтер, свакако да су могли знати да „не би требало то да ураде“ (шта год значило овакво одређење, опет), али им истодобно ни на памет није могло пасти да ће неко „стварно да их казни због тога“.

14.10. Кривично дело недозвољена производња, држање, ношење и промет оружја и експлозивних материја из чл. 348 ст. 4 КЗ – Или, суочавање са казном затвора од две до десет година

У чл. 348 ст. 4 КЗ пише: „Ко неовлашћено носи предмете дела из ст. 1. и 2. овог члана, казниће се затвором од две до десет година.“ Иначе, предмет дела јесу ватрено оружје, његови делови, муниција и експлозивне материје. Пређимо одмах на питање – да ли постоји овај облик кривичног дела ако лице преноси пиштољ, за који има дозволу за

држање, из старог у нови стан? Једноставно, лице се сели и пренесе пиштољ у нови стан. Лице, које ћемо за потребе овог примера звати Марко, има уредну дозволу за држање оружја, али нема дозволу за ношење оружја. Надаље, није спорно да за преношење оружја лице не мора да има дозволу за ношење оружја. Иначе, чл. 25 Закона о оружју и муницији, уређује питања која се односе на ношење оружја. Но, понављамо, није нам то тема, те се нећемо упуштати у излагање кад се, на који начин и коме, може издати дозвола за ношење оружја. Ово једноставно из разлога што, понављамо, за преношење оружја, није потребна дозвола за ношење оружја. Наставимо, Марко је дакле, у цепу од зимске јакне, пренео, из старог у нови стан, пиштољ, чија је величина, управо одговарајућа, да може без проблема стати у цеп поменуте јакне. Да ли је такво преношење, заправо неовлашћено ношење оружја из чл. 348 ст. 4 КЗ, за које се кажњава казном од две до десет година затвора? У Закону о оружју и муницији (ЗООМ), у чл. 33 уређено је како се обавља преношење оружја. Обављено, онако како је у закону прописано, преношење оружја је дозвољено. Међутим, извесно, ако није обављено на тај начин, није дозвољено, а самим тим „улази“ у неовлашћено ношење оружја. Увидом у чл. 33 ст 1 ЗООМ сазнали смо да власник оружја може уз важећу издату исправу о оружју преносити, за сопствене потребе, спаковано у одговарајућу амбалажу (кофер, кутију, футролу) која онемогућава његову тренутну употребу. Несумњиво, ако пиштољ није пренет „спакован“ у одговарајућој амбалажи (коферу, кутији, футроли)“, преношење није обављено на законом предвиђен начин. А ако то није случај, тешко можемо оспорити да Марко неовлашћено носи ватрено оружје. Упућујемо питање читаоцима, да ли је Марко знао/могао (и био дужан) да зна да је забрањено пренети оружје на начин како је он то учинио? Уколико пак неко од вас помисли да би се могло радити о прекршају, који је прописан у казним одредбама на крају ЗООМ, устврдили бисмо да би га то одвело на погрешан пут. Јер, истина, у чл. 48 ЗООМ који се зове „Прекршаји за које се физичко лице кажњава новчаном казном или казном затвора“, у ст. 1 тач. 9 пише: „Новчаном казном у износу од 20.000 до 150.000 динара или казном затвора до 60 дана казниће се за прекршај физичко лице које ваздушно или конвертибилно оружје не преноси испражњено од муниције у складу са чланом 33. став 2. овог закона.“ Примећујемо да се прекршај не односи на ватрено, већ само на ваздушно и конвертибилно оружје. Даље, приметили бисмо да се прекршај односи на чл. 33 ст. 2, који ипак помиње и ватрено оружје, и који прописује да се ватрено, ваздушно и конвертибилно оружје преноси испражњено од муниције. Међутим, поновимо, поступање супротно овој одредби јесте прекршај, али само ако се односи на

ваздушно и конвертибилно оружје, а не и ако се односи на ватрено оружје. Непобитно, ако се односи на ватрено оружје постоји кривично дело. Но, у примеру који смо изложили, не ради се о томе да ли је ватрено оружје – пиштољ испражњен или није, односно да ли се преноси испражњен или не. На ту околност бисмо се осврнули касније у излагању. У овом тренутку, поставља се питање, да ли је кривично дело ако се ватрено оружје, преноси, али не у одговарајућој амбалажи, тј. у кофери/кутији/футроли, већ у џепу јакне? Одговорили бисмо да јесте. Следеће питање, да ли би нешто променила околност да је Марко претходно испразнио пиштољ од муниције, и затим га испражњеног пренео у џепу од јакне? Такође бисмо одговорили да би и онда постојало кривично дело, јер џеп није одговарајућа амбалажа – кофер/кутија/футрола. И застанимо на тренутак; колико ли ситуација можемо претпоставити да се могу „дешавати у Марковој глави“ на плану (не)постојања свести о забрањености дела? Прво, могуће је да мисли да је дозвољено пренети пиштољ уколико се поседује дозвола за држање оружја, а да начин преношења уопште није битан. Ово води индиректној правној заблуди. Друго (подврста првог), мисли да може пренети неиспражњен пиштољ, опет на било који начин, ако има дозволу за држање оружја. Још једна индиректна правна заблуда. Треће, мисли да може на било који начин пренети пиштољ, под условом да је испражњен од муниције. Опет индиректна правна заблуда. Четврто, мисли да је одговарајућа амбалажа за преношење и џеп од зимске јакне. И ово води индиректној правној заблуди. Заборавите на тренутак све наведено и питајте рођака који има дозволу за држање оружја, да ли би приликом селидбе могао да пренесе испражњен пиштољ у јакни? Наравно, не заборавите да му предочите колико га дели од осуде на казну затвора у трајању између две и десет година.

14.11. Кривично дело утаје из чл. 207 ст. 5 КЗС

У чл. 207 ст. 5 КЗС прописано је: „Ко туђу покретну ствар... до које је случајно дошао противправно присвоји у намери да себи или другом прибави противправну имовинску корист, казниће се новчаном казном или затвором до једне године.“ Ваља истаћи и да је у ставу 6 истог члана предвиђено да се гоњење, између осталог и за дело из става 5, ако је утајена ствар у својини грађана, предузима по предлогу. Ово последње значи да ће вас гонити јавни тужилац након што оштећени поднесе предлог за кривично гоњење. Немојте мислити да је овде „проблем“ било каква санкција јер забрањена санкција није проблем ни код много драматичнијих кривичних дела, или уколико више волите, код

тежих кривичних дела. „Проблем“ је „повлачење“ по тужилаштву и суду, одузимање времена, и на концу, можда најбитније од свега, уписивању осуђујуће пресуде у извод из казнене евиденције. Сетите се тога када се следећи пут будете правдали послодавцу (који иначе и не сме да вам тражи да приложите овај документ), да та осуда заправо није ништа и да је то „нека глупост“. Дозволите да вас подсетимо да се у извод из казнене евиденције не уписује назив кривичног дела, нити пак пише било шта о „безазлености дела“ или „глупости случаја“. Наиме, пише само број члана, изречена санкција, извршена санкција, ознака предмета, број, датум доношења и правноснажности пресуде. Но, пређимо на ствар. Били сте на оној кафи из претходног примера. И замислите конобара који вам не жели добро (да не кажемо другачије), или можда зна да се и његов брат пријавио на конкурс за приправника у суду, баш као и ви. Скратимо, вратиће вам „случајно“ вишак кусура, и то у присуству других лица, а што ће се такође видети на надзорној камери из кафића. Тај вишак ће бити сто динара. Ви то одмах нећете приметити, већ тек по изласку из кафића, или можда кад се вратите кући. Затим ћете помислити – „ма нема везе, частићу конобара следећи пут“ или можда и боље, „хеј супер, још сто динара за кафу“. Укратко, случајно сте дошли до ствари, јер конобар наравно никад неће рећи да су вам то подметнули организовано, али ће се конобар сетити да вам је вратио више кусура и „прегледаће камере“, неће хтети да буде одговоран за штету и пријавиће вас. Ово се наравно може учинити и на благајни у банци. Дакле, у случају сто динара, у питању ће бити кривично дело ситне крађе, преваре и утаје из чл. 210 КЗС у вези чл. 207 ст. 5 КЗС. Гоњење се предузима по приватној тужби, према одредби чл. 210 ст. 3 КЗС. Казна запрећена за ово дело је новчана или затвор до шест месеци. Упитајте дакле, саговорника, да ли је забрањено, да се не усудимо пак да преформулишемо питање због неких концепцијских препрека на – да ли је задржавање сто динара или можда и тридесет динара кусура кривично дело? Убеђени смо да би се одговор кретао на линији описа где би прилично савесни рекли да је тако нешто неморално, до оних лежернијих – „нема везе, таман да частиш кафу“. Међутим, ко би рекао да се и због тога, упркос што се претор не бави малим стварима (*De minimis non curat praetor*), може доћи пред суд?

14.12. Низ прекршаја – функционери не пријављују имовину – Закон о Агенцији за борбу против корупције

Овај пример, први пут у раду, додуше на рудиментаран начин, приказаће „проблем“ прекршаја и правне заблуде. Оградаћемо се одмах; неће се анализирати општи аспект односа запањујуће/забрињавајућег „метастазирања“ прекршаја и правне заблуде. На концу, овај рад се ипак односи на правну заблуду у кривичном праву. Ипак, нашу пажњу, а све током истраживања о томе „шта је све и зашто забрањено“, „ухватили“ су новински наслови који су осветлили објективну одговорност, у једној од иначе прилично актуелној сфери прекршаја. У тој „сфери“ свакако долази до изражаја свевременски карактер „жеље да се ти неки познати/моћни/утицајни“ казне. На страну што су категорије моћи и утицаја иманентно нестабилне, а готово више од тога, можда зачуђујуће релативне. Ово може да се представи и уличарским описом: „данас о судбинама десетина хиљада, сутра пак, ред испред пекаре изгледа ужасно дугачак.“ Неспорно је да су масе увек хтеле „доказ људскости оних виших“ (или бар оних за које масе мисле да су „виши“). Где боље наћи такав доказ, до у покоравану казни. Застаћемо на тренутак и замолити читаоца да се не усуди да помисли да је овај поднаслов апологија функционера. Овај поднаслов би се евентуално могао видети као подстрек једнакости приступа (да не кажемо права, а нећемо рећи, јер, навели смо већ низ пута у раду, суд је ионако на линији „игнорисања кривице“). Скратимо и укажимо да није циљ поступка „хајка“ на функционере, којима врло лако (у шта нас редовно праћење медија може уверити) исти тај поступак може „отићи“ у тај, обичном човеку, или ако више волите – не-функционеру, омражен израз, застару.¹⁵³⁵ Пре појединости, поновимо још једном, не бранимо функцију, већ кривицу. Функција већ сноси „одговорност/трпи терет“ због тога што је функција, али управо безлична функција, и зато што је функција, за њу важе посебна правила. Правила дакле важе за функцију, али не и за физичко лице које врши функцију. Разјаснимо, када кажемо правила мислимо на посебне одредбе које има носилац функције (функционер) по Закону о Агенцији за борбу против корупције (ЗАБПК). Функционер дакле има неке посебне дужности које нема лице које није носилац функције. Зашто? Па управо зато што је функција сама по себи значајна, те за њено обављање важе та посебна правила, која обезбеђују да било које лице које обавља ту функцију, законито и потпуно савесно обавља тај посао. Е сад, право се увек појави да нам помогне; јер ипак, човек колико год био савестан, професионалан и поштен, увек треба помоћ права да би остао такав. Овде се помоћ

¹⁵³⁵ Иначе, намерно смо написали „застара“, јер, нажалост, све чешће, осим правних лаика и суд користи овај можда необичан али свакако неправилан термин. Да је неправилан види се из релевантне одредбе КЗ (пример чл. 103 – „Застарелост кривичног гоњења“), али и иначе нигде у литератури нисмо пронашли „застару“.

права манифестује тим посебним правилима која омогућују надзор и контролу над правилним обављањем функције. Ако пак функционер прекрши ова правила он не треба да буде линчован; за њега ипак важе и она правила за не-функционере. Најзначајније је свакако поштовање начела кривице у поступку који се води због кршења тих правила. Ради се дакле о прекршајним поступцима.

У чл. 74 ст. 1 тач. 8 Закона о Агенцији за борбу против корупције прописано је да ће се новчаном казном од 50.000 динара до 150.000 динара казнити за прекршај функционер ако: „поступа супротно одредбама чл. 39. и 40. овог закона.“ У чл. 40 ст. 1 пише: „Функционер коме је понуђен поклон који не сме да прими, дужан је да понуду одбије и да саопшти послодавцу да поклон, ако га прими, постаје јавна својина.“ У ст. 3 се наводи: „Функционер је дужан да у најкраћем року поднесе писмени извештај о случају из става 1. овог члана непосредно претпостављеном и Агенцији.“ Дакле, поједностављено, ако функционер не поднесе писмени извештај постоји прекршај. Надаље, постојао би прекршај и ако би сачинио и поднео писмени извештај и поднео га само једном од два субјекта којима мора поднети писмени извештај, а то су непосредно претпостављени и Агенција. Другим речима, замислите судију који је потпуно савесно одбио да прими поклон, затим је исто тако потпуно савесно, сачинио писмени извештај о томе (истог дана, ако не и чим је лице које је понудило поклон изашло из канцеларије суднице), поред тога сачинио је и службену белешку коју је уложио у спис предмета, и одмах сачињени писмени извештај послао Агенцији за борбу против корупције, али не и председнику суда, или пак обрнуто; усмено је хитно обавестио председника суда и одмах му послао писмени извештај који је сачинио о одбијању понуде поклона. Ипак, ово није довољно јер прекршај постоји ако функционер поступи супротно одредби чл. 40, а несумњиво би у описаном случају било поступљено супротно одредби чл. 40. Прецизније, није у потпуности поступљено по тој одредби, односно само делимично је поступљено.

Надаље, чл. 74 ст. 2 ЗАБПК који прописује: „За прекршај из става 1. овог члана функционеру се може изрећи заштитна мера забране одговорном лицу да врши одређене послове у трајању до једне године.“ Наиме, функционеру који због једне релативно багателне ствари буде прекршајно осуђен, поред новчане казне од минимум 50.000 динара може бити изречена и заштитна мера забрана одговорном лицу да обавља одређене послове у трајању до једне године. Иначе, у питању је заштитна мера

из чл. 57 Закона о прекршајима. Но, то никако нису све „ситнице“ на које ћемо вам скренути пажњу. Наиме, у чл. 62 Закона о судијама („Разлози за разрешење“) прописано је, између осталог, да се судија разрешава кад је осуђен за кажњиво дело које га чини недостојним судијске функције. Шта мислите како ће бити, барем у јавности (и нажалост то констатујемо, чији је суд понекад битнији), третиран онај судија који је осуђен због тога што је прекршио одредбе Закона о Агенцији за борбу против корупције? Питање би било минута, када би на једној од интернет страница дневних новина био објављен наслов следеће садржине „Судија осуђен због корупције“. А ако би пак све „нормално“ прошло, у смислу, да не би била изречена заштитна мера, нити би био вођен поступак за разрешење, обзиром да ће онај који чита спис видети да је то ипак онај судија који је одбио поклон, који је о томе сачинио службену белешку, који је одмах назвао председника суда и известио га да му је понуђен поклон и да је одбио да га прими, који је сачинио писмени извештај, али је тај писмени извештај послао само Агенцији, али не и непосредно претпостављеном¹⁵³⁶ (што је супротно његовој дужности из чл. 40 ст 3 ЗАБПК), тада би пак, у новинама наишли на благо другачији наслов попут „Судија због корупције кажњен само новчано“. На страну и сви ови потенцијални новински наслови, будуће судије за прекршаје, упитајте се, да ли је та правна заблуда баш толико немогућа? На крају анализирања овог прекршаја предочићемо, а због повезаности са истим, и још један прекршај. Другим речима, тај „нови прекршај“ неће бити посебно изложен јер је „сувише“ у вези са првим прекршајем који смо изложили (неподношење писменог извештаја непосредно претпостављеном и Агенцији). Та веза огледа се у томе да, управо одвојен прекршај представља необавештавање државног органа од стране функционера о поклону. Зашто је ово у вези са претходно изложеним прекршајем? Да ли у описивању савесног судије коме је понуђен поклон, нисмо описали да је тај савесни судија сачинио службену белешку, назвао председника суда и обавестио га о понуди поклона, који је, поновимо то још једном, и иначе одбио, затим је поднео писмени извештај Агенцији, али не и председнику суда, јер је мислио да не треба, односно да није у обавези да писмени извештај поднесе председнику. Или је пак мислио да је довољно то што је сачинио службену белешку, уложио је у спис, а председника суда телефонски обавестио, при чему је нашао да је све ово довољно, уместо „подношења писменог извештаја“. Видели смо дакле да није. И ово није тај

¹⁵³⁶ Нећемо образлагати неадекватност израза „претпостављени“ у односима судије и председника суда.

прекршај, ово је понављање описа претходног прекршаја, јер је „јачо близу“ тог „новог“ прекршаја, тог необавештавања председника суда. Још једна битна разлика је у томе што се прекршај неподношења писменог извештаја односи на одбијање примања поклона. Наиме, обавеза подношења писменог извештаја из чл. 40 ст. 3 ЗАБПК не постоји ако је функционер примио поклон, већ само ако је одбио да прими поклон. Са друге стране, прекршај необавештавања о пријему поклона је прописан у чл. 74 ст. 1 тач. 9, и односи се на ситуације у којима је функционер (судија) примио поклон, али о томе није обавестио државни орган у којем врши функцију. Иначе, у чл. 41 ст. 1 ЗАБПК, чије кршење представља тај „нови“ прекршај о којем говоримо гласи: „Функционер је дужан да о сваком поклону у вези са вршењем јавне функције обавести државни или други орган..., јавну службу у којој врши јавну функцију.“ Након читања овакве одредбе остаје потпуно нејасно да ли се обавештава о пријему поклона или о одбијању пријема поклона. Ово се пак сазнаје тек из одредбе чл. 74 ст. 1 тач. 9 овог закона, којом је прописано да је прекршај необавештавање о пријему поклона у смислу чл. 41 ст. 1 ЗАБПК; из чега се недвосмислено закључује да се обавеза обавештавања државног органа односи само на случајеве када је функционер примио поклон. Након свега, позовимо читаоце да оду у посету код неких функционера; нека то буде на пример „Дан отворених врата у суду“ (који се иначе одржава сваке године), и нека питају неког судију, када се подноси писмени извештај и коме, а када се само обавештава и у којој форми се обавештава, у „ситуацијама поклона“. Можете допунити питање, претходним питањем, у којем пропису је то уређено?

Идемо на следећи прекршај. У чл. 74 ст. 1 тач. 11 ЗАБПК прописано је да ће се за прекршај казнити функционер (новчаном казном од 50.000 до 150.000 динара), ако не пријави имовину након истека рока предвиђеног у чл. 43 и 44 тог закона. Укратко, законодавац је желео да каже да прекршај постоји ако функционер не пријави имовину у одређеном року. Међутим, на основу језичке формулације овог прекршаја, и увида у чланове на које се позива (чл. 43 и 44 закона), нисмо сигурни у то да је законодавац написао оно што је хтео. Прекршај постоји ако функционер пријави имовину након истека рока. Ипак, несумњиво, прекршај не постоји ако функционер уопште не пријави имовину. Тако добијамо прилику да казним лице које је пријавило имовину, али је закаснило један дан са пријавом, а не кажњавамо лице које уопште није пријавило имовину. Прилично надреално. Ово се пак могло решити прилично једноставно. Требало је написати да прекршај постоји ако лице не пријави имовину у року

предвиђеном у чл. 43 и 44 тог закона. На тај начин, прописује се обавеза функционеру да пријави имовину у том року, а ако тај рок истекне, а функционер није пријавио имовину, постоји прекршај. И прекршај постоји свакако код онога ко је каснио један дан, као и код онога ко уопште није пријавио имовину, али то ће се решавати на плану избора и одмеравања санкције. У формулацији коју предлажемо, функционер који није пријавио имовину не остаје некажњен, односно и његова радња се „покрива“ прекршајем. Ако пак неко „приговори“ да ако функционер не пријави уопште имовину ни након рока, да то представља кривично дело из чл. 72 тог закона где пише: „Функционер који не пријави имовину Агенцији..., у намери да прикрије податке о имовини, казниће се затвором од шест месеци до пет година“; одговорили бисмо, да лице које би нам упутило такву примедбу, ипак треба да има у виду да се за кривично дело захтева не само да није пријавио имовину, већ да је постојала намера да прикрије податке о имовини. Шта је са ситуацијама када лице не пријави имовину при чему није имао намеру прикривања имовине? Па ништа, ти случајеви би остали изван кривичног дела, али свакако и прекршаја. Налазимо да је овај „мини увод“ био неопходан, и да баш овакав, само наизглед „сложен“, говори о неслућеним могућностима правне заблуде, када у „сазнавању и информисању“ о забрањености уз доста муке може да помогне и солидан правник. Но, пређимо на осветљавање могућег простора правне заблуде. У чл. 43 ст. 2 ЗАБПК пише: „Функционер је дужан да у року од 30 дана од дана избора... поднесе Агенцији извештај о својој имовини и приходима... и о имовини и приходима супружника или ванбрачног партнера, на дан избора...“. У ставу 4 истог члана прописано је да се извештај подноси и у року од 30 дана од дана престанка јавне функције. Дакле, лице које је изабрано за судију, мора прво да обрати пажњу на датум од којег му тече рок. Ту га чека прва замка. ЗАБПК говори о дану избора на функцију. У чл. 51 Закона у судијама („Избор судије који се први пут бира“) прописано је да Народна скупштина бира судију који се први пут бира (став 1), те да се одлука о избору објављује у Службеном гласнику Републике Србије (став 2). Видите, избор судије није исто што и ступање судије на функцију. У чл. 55 Закона о судијама („Ступање на функцију“) пише да судија који је изабран ступа на функцију на свечаној седници свих судија у суду за који је изабран; а у чл. 53 истог закона („Полагање заклетве“) да пре ступања на функцију, судија полаже заклетву пред председником Народне скупштине. У чему је наине проблем? Неретко, од момента избора за судију до тренутка ступања на функцију „уме“ да прође и по неколико месеци (у скоријој прошлости и до девет месеци). У том „вакуму“, лице које је изабрано за судију, а није ступило на функцију,

још увек се бави неким својим другим/претходним послом, потпуно несвесно својих „обавеза као судије“, да не кажемо функционера. Поштовани читаоци, не часите часа, питајте кандидате пријављене на конкурс за избор судија о овим обавезама, и имајте у виду те одговоре, када једном неки од вас постану прекршајне судије и у рад добију ове предмете. Но, ово никако није све у погледу обавезе подношења извештаја о имовини. Знате ли да уколико у извештају не наведете да се „Лада“ из 1983. године, коју сте пре 7 месеци дали сину вашег брата од даље тетке, а да нисте претходно превели кола на њега, и даље води на вас и представља вашу имовину? Наравно да знате. Да, та „Лада“ која је прешла 577.000 километара, стара преко 30 година, је свакако, према чл. 46 ЗАБПК ст. 1 тач. 2 податак који обавезно мора да буде у извештају о имовини (и приходима), јер се ради о „праву својине на покретним стварима које подлежу регистрацији код надлежних органа у Републици Србији и иностранству“. И на крају, с обзиром да се обавеза подношења извештаја односи и на престанак функције, не заборавите да када одете у пензију, у 65. години живота, и буде вам до свега осим до права, а након 40 година проведених на „извршењима“ у основном суду, и када се будете прерачунавали за сваки динар „велике“ пензије; не заборавите ту неку нову/стару „Ладу“ која ће тада можда имати и милион пређених километара. Е да, и не узнемиравајте се што вам неће поверовати да стварно нисте знали да и таква „Лада“ треба да се пријави, и не узнемиравајте се што ћете, пошто коначно будете нашли времена за те силне новине, у неким од њих видети своје име, поред којег ће писати да сте „осуђени због корупције“. Након 40 година каријере, у стану ваших родитеља, ви бивши судија, уживаћете у пензији, као „осуђеник због корупције“.

14.13. Случај – Heien v. North Carolina – Врховни суд САД – одлука од 15.12.2014. године¹⁵³⁷ – за кога важи *ignorantia iuris nocet* и њени домети

У овом поднаслову укратко ћемо анализирати последице незнања права државног службеника на дозвољеност употребе тако прикупљеног доказа. Приметно је да уместо правне заблуде користимо израз незнање права. Разлог за то је једноставан. Наиме, незнање права које је показао државни службеник и радња коју је у том незнању предузео није кажњиво дело (ни кривично дело ни прекршај), те је стога и не можемо називати правном заблудом (у смислу овог института кривичног права). Ипак,

¹⁵³⁷ Supreme Court of the United States No. 13-604, Nicholas Brady Heien v. North Carolina, December 15, 2014, https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/13-604_ec8f.pdf, 15. август 2016.

неспорно је да је односни службеник поступао противправно и то у уверењу да ради у складу са правом. Уочавамо дакле да анализа овог случаја не претендује да се бави искључиво правном заблудом, већ пре свега феноменом немогућности познавања васколиког права.

Ради се о следећем; полицијски службеник је 29.4.2009. године зауставио аутомобил, мислећи да има овлашћење за то. Наиме, сматрао је да је овлашћен да заустави ауто због тога што на ауту не ради десно (задње) кочионо светло, а што (према његовом мишљењу, прим. аут.) представља кршење саобраћајног закона Северне Каролине. Зауставио је кола и обавестио путнике у колима о разлогу заустављања. У колима су била два путника Николас Хејен (*Nicholas Heien*) власник возила, и Мејнор Хавијер Васкез (*Maunor Javier Vasquez*) који је управљао возилом. Док је писао казну (тачније *warning ticket*), полицајац је постао сумњичав у погледу понашања два путника у колима, као и у погледу одговора које су дали на постављена питања. Власник кола, Николас Хејен, је дао пристанак полицајцу да претражи његова кола, а у колима је пронађен кокаин. Хејен је ухапшен и оптужен за покушај трговине/стављања у промет дроге. Одбрана је позивањем на четврти амандман (на Устав САД, прим. аут.), који штити од неоснованих претреса, хтела да издвоји доказ настао као резултат претреса кола и тврдила је да су заустављање возила и претрес возила који је уследио, учињени уз кршење четвртог амандмана. Првостепени суд није уважио став одбране. Исти суд је сматрао да је, светло које није радило, дало полицијском службенику разумну сумњу да заустави ауто. Апелациони суд Северне Каролине (*North Carolina Court of Appeals*) је пак заузео другачије становиште. Утврдио је да је по релевантним правним прописима, довољно да су кола опремљена само са једном лампом/светлом, те да заустављање возила није било оправдано/основано. Другим речима, управљање возилом са само једним кочионим светлом није кршење закона Северне Каролине. Врховни суд Северне Каролине (*Supreme Court of the State of North Carolina*) је међутим био другачијег мишљења, и утврдио да је погрешно схватање/разумевање права полицијског службеника било оправдано, и самим тим је и заустављање било оправдано. Предмет је „отишао“ на Врховни суд САД (*Supreme Court of the United States*). Врховни суд САД одлучио је 15.12.2014. године, са осам гласова за и једним против, да оправдана заблуда о праву полицијског службеника може да произведе основану сумњу која се захтева четвртим амандманом, а која би оправдала заустављање. У својој одлуци, Врховни суд САД се позвао на став из одлуке *Brinegar v. United States*, а то је да се од владиних

службеника захтева да делују разумно, а не перфектно. Затим, подсетио је и да није спорно да се заустављање возила сматра претресом (ипак не користи у одлуци реч *search*, већ користи *seizure*, у смислу хватања) путника у возилу и самим тим подлеже правилима четвртог амандмана, у смислу одлуке *Brendlin v. California*. Одлуку Врховног суда сачинио је председник суда Џон Робертс (*John Roberts*); једноставно је приказао „проблем“, а то је, да ли разумна сумња може да се заснује на погрешном разумевању обима правне забране и утврдио је: „Ми сматрамо да може.“¹⁵³⁸ Такође, указано је и на став из одлуке *Illinois v. Rodriguez*, а то је да претреси засновани на стварној заблуди (у погледу испуњености услова за претрес, прим. аут.) могу да буду оправдани/основани/разумни. Као пример наводе претрес стана без наредбе (суда, прим. аут.), ако је предузет уз сагласност станара, који претрес је основан/разуман и остаје законит, уколико је сагласност за претрес прибављена од лица које није станар, али се разумно чини да јесте станар.¹⁵³⁹ По истом резону, позивајући се на одлуку *Hill v. California*, указује се и на пример када полицијски службеници ухвате/ухапсе лице које одговара индивидуалном опису осумњиченог, а заправо није осумњичени, те тада само хватање/хапшење и претрес овог лица нису незаконити.¹⁵⁴⁰ Закључују да разумни људи праве/долазе у правну заблуду, и такве грешке/заблуде, нису ништа мање компатибилне са концептом разумне сумње; а сама разумна сумња извире из комбинације разумевања чињеница и разумевања права од стране полицијског службеника, при чему полицијски службеник може бити у разумној заблуди из оба основа.¹⁵⁴¹ Робертс, поводом максиме „непознавање права не извињава“, објашњава да само зато што правна заблуда не може оправдати наметање или избегавање кривичне одговорности, то не значи да не може оправдати заустављање (*investigatory stop*). Образлаже, да они који се позивају на ову максиму, заправо погрешно разумеју примену/значење максиме, те да је права симетрија следећа - као што појединац не може избећи кривичну одговорност позивајући се на правну заблуду (грешку о праву), тако власт/влада (*government*) не може наметнути кривичну одговорност на основу погрешног разумевања права. Робертс ово објашњава на примеру да ако закон захтева два кочиона светла, Хејен није могао избећи плаћање казне тврдећи да је разумно мислио да му треба само једно; са друге стране, ако закон захтева само једно кочионо

¹⁵³⁸ *Ibid.*

¹⁵³⁹ *Ibid.*, 5-6.

¹⁵⁴⁰ *Ibid.*

¹⁵⁴¹ *Ibid.*

светло, полицијски службеник није могао издати валидну казну, тврдећи да је разумно мислио да возачи морају да имају два кочиона светла.¹⁵⁴²

Према нашем мишљењу овде се ради о незаконитом прибављању доказа, али не и правној заблуди. Овде се ради о пољу примене и последицама начела *ignorantia iuris nocet*. Указујемо да је одвојено питање да ли се заустављање возила у саобраћају сматра „хватањем“ и слично. Прво, да бисмо могли да говоримо о правној заблуди, било би потребно да је полицијски службеник учинио неко кажњиво дело. Намерно не користимо израз кривично дело, већ кажњиво дело, из разлога што правна заблуда, на пример у Р. Србији, постоји и у прекршајном, а не само у кривичном праву; а у САД постоји више различитих врста кажњивих понашања. Надаље, у САД правна заблуда нема никакво дејство, јер у САД и даље важи да непознавање права никога не оправдава (*ignorantia juris non excusat*) и непознавање права шкоди (*ignorantia iuris nocet*). Дакле, да би се могло говорити о правној заблуди и анализи овог случаја кроз призму института правне заблуде, како га познају европско-континентална права, било би потребно да је полицијски службеник заустављањем возила учинио неко кажњиво дело (остварио обележја неког кажњивог дела). Уколико није, нема говора о постојању правне заблуде. Е сад, у САД је за правну заблуду у употреби термин *Mistake of Law*. Буквални превод – грешка о праву, а лице које „греша“ о праву не мора да таквом „грешком о праву“ чини кажњиву радњу, у смислу на пример кривичног дела и сл. Другим речима, није све што је забрањено истовремено и казном санкционисано, у смислу да је кажњиво понашање. Према томе, анализа случаја *Heien v. North Carolina* је свакако адекватнија кроз појам *Mistake of Law*. Међутим, подобна је и за правну заблуду. С тим у вези, не слажемо се са већинским мишљењем Врховног суда САД. Не слажемо се да се не може поистоветити поступање државног службеника/службеника власти и просечног грађанина, у смислу обавеза које имају ове две групе лица, у погледу дужности да познају право и у погледу употребе израза „разумно“, којим се одлуком Врховног суда САД „привилегује“ службеник власти. Ипак, сама дужност да се познаје право, у смислу изреке да непознавање права шкоди, и у контексту у којем се користи у области кривичног (уопште казненог права), се односи на дужност познавања казнене норме, односно правила, чије кршење повлачи казну. Неспорно је да није иста област примене/дејства правила непознавање права шкоди, у случају казненог права и у

¹⁵⁴² *Ibid.*, 12.

случају целокупног важећег позитивног права. Несумњиво је да више „оправданости“ има примена овог правила у области казненог права, јер је њена примена и замишљена на начин да онемогући учиниоце казних дела, другим речима прекршиоце казних норми да се „извлече“ од одговорности због тога што нису знали право. Наиме, овако једно строго правило као што је непознавање права шкоди, могло би да има своје оправдање, само ако се то непознавање односи на нека „прилично битна“ правна правила, од чијег поштовања може да зависи функционисање заједнице. На трагу оваквог става, тешко је порећи да су та „прилично битна“ правила управо правила чије би кршење требало санкционисати применом казне. Међутим, на више места у овом раду видели смо да то баш и није случај, већ да се казни прибегава једноставно зато што је тако „лакше“. Но вратимо се на област важења *ignorantia iuris nocet*, и упитајмо се где пише и зашто сужавамо њено дејство само на казнене норме. Мишљења смо да колико год било „оправданије“ да се ограничи важење ове изреке само на казнено право, да то није и не сме бити случај. Затим, мишљења смо да није нетачна тврдња из анализиране одлуке Врховног суда САД да се ово правило погрешно приказује на ситуацију вршења казненог дела од ситуације генерално непознавања неке неказнене норме, као што је у конкретном случају норма саобраћајног закона. И није нетачно рећи да полицијски службеник не може да напише казну некоме зато што сматра да је то што је неко лице учинило кажњиво понашање, ако према важећим прописима такво понашање није кажњиво, и није нетачно рећи да учиниоца (према праву САД) неће ослободити одговорности околност да није знао да је његово дело забрањено. Међутим, исто тако сматрамо за нетачно да полицијски службеник који није знао саобраћајне прописе (дакле у питању је саобраћајни полицајац који није знао саобраћајне прописе), не сноси никакве последице због непознавања права само зато што је поступао разумно. Па зашто онда сноси последице лице које је прекршило казнену норму, иако је разумно мислило да такво понашање није забрањено? Другим речима, зашто трпи штетне последице лице које није знало казнену норму, а поступало је разумно? Не кажемо да штетне последице треба да трпи полицијски службеник лично, али кажемо да штетне последице треба да трпи циљ који је тај полицијски службеник желео постићи - на првом месту писање саобраћајне казне, а на другом месту и оно до чега је такво кршење норме, услед непознавања права које се манифестовало кроз заустављање, довело, а то је претрес кола, који је довео до кокаина, а овај до кривичног поступка за диловање дроге. Једноставно, уколико непознавање права шкоди, а посебно уколико је у питању непознавање правила које се односи на

ускостручну/специјализовану службу/дужност којом се лице бави, као у случају саобраћајног полицајца који не зна саобраћајне прописе; зашто такво непознавање правила није ни на који начин нашкодило, не полицијском службенику, зато што и не треба њему да нашкоди, јер је и он човек, и као сваки човек може и мора да погрешити, и као од сваког човека од њега се може тражити само да поступа разумно, а не као суперхерој; већ зашто није нашкодило резултату/циљу/и доказу до којег се дошло услед такве грешке? Сви они који би тврдили да је циљ заустављања био издавање саобраћајне казне због тога што је лицу на возилу било покварено задње кочионо светло, тј. једна лампа, при чему је једна кочиона сијалица-лампица уредно радила, а што је било у складу са саобраћајним прописима Северне Каролине, те да није циљ заустављања био претрес возила, налазили би се, према нашем ставу, на погрешном путу. Наиме, без обзира што је полицијски службеник због покварене једне лампице хтео да напише казну, он то не би могао, јер не би могао да казни за понашање које није забрањено. Ово је утврдио и Врховни суд САД. Не може се наметнути кривична одговорност која би била заснована на грешци о праву у смислу да полицијски службеник хоће да вас казни због тога што он мисли да сте учинили саобраћајни прекршај, а ви то заправо нисте учинили јер радња коју сте предузели није забрањена, а полицијски службеник погрешно сматра да јесте. Дакле, имајући у виду овакво стање ситуације, као циљ полицијског службеника се више не може сматрати издавање саобраћајне казне, јер таква казна свеједно, у том случају, колико год полицијски службеник то хтео, јер је убеђен да тако пише у саобраћајним прописима, не може бити валидна, јер једноставно и не пише тако у саобраћајним прописима. Значи, мора се тражити други циљ односно резултат којем мора да нашкоди овакво непознавање права полицијског службеника. Ако пак неко каже да је циљ већ трпео, и као циљ означи издавање саобраћајне казне, указаћемо да такав циљ није трпео штету услед грешке о праву полицијског службеника, јер такав циљ није ни могао бити остварен без обзира да ли је службеник направио грешку о праву или није. Другим речима, тај циљ није ни могао да буде остварен, ни у ком случају. Још једном дакле, морамо тражити неки други циљ односно резултат који мора бити „кажњен/претрпети штету“ због непознавања права, а које према изреци која је у САД општеприхваћена и челична, мора да нашкоди. Први следећи у ланцу циљева/резултата полицијског службеника је кокаин који је пронађен у возилу и који је довео до вођења кривичног поступка због диловања дроге. Налазимо да резултати претреса возила не могу бити коришћени у кривичном поступку без обзира што је претрес учињен уз сагласност држаоца возила.

Наиме, да није било неовлашћеног заустављања, не би било ни претреса возила, а да није било претреса возила, не би било ни пронађеног кокаина, нити кривичног поступка после. Закључимо на кратко, у форми питања, да ли мање шкоди, ако лице разумно сматра да је нешто дозвољено, а није, па у доброј вери и поступајући разумно предузме такво понашање, него што шкоди ако саобраћајни полицајац као „извршилац“ државне власти, не зна саобраћајне прописе ?

Сада ћемо покушати да изанализирамо описану правну ситуацију да се догодила у Р. Србији. Наиме, колико је нама познато, према позитивним правним прописима у Р. Србији, нема забране да вас заустави саобраћајна полиција ради (на пример) провере исправа (саобраћајна дозвола и сл.). Полицијска овлашћења прописана су у седмом делу Закона о полицији¹⁵⁴³, у чл. 64 („Врсте полицијских овлашћења). Тако, чл. 64 ст. 2 тач. 2 овог закона овлашћује полицију да врши „проверу и утврђивање идентитета лица“, а тач. 9 овлашћује полицију на „заустављање и прегледање лица, предмета и саобраћајних средстава“, а тач. 12 на „утврђивање присуства алокохола и/или психоактивних супстанци“. Дакле, полицијски службеник је овлашћен да заустави возило (ради примене неког од наведених овлашћења), а у чл. 65 ст. 2 Закона о полицији („Услови за примену полицијских овлашћења“) пише: „Полицијски службеник примењује полицијска овлашћења по сопственој иницијативи...“ Затим, у чл. 64 ст. 1 Закона о полицији прописано је да полицијски службеници у обављању полицијских послова примењују полицијска овлашћења, а у чл. 30 овог закона („Врсте полицијских послова“), одређено је шта се све сматра полицијским пословима, па тако, у ову групу спада, између осталог и следеће: превенција криминала и унапређење безбедности у заједници; откривање и расветљавање кривичних дела, прекршаја и преступа; одржавање јавног реда; регулисање, контрола, пружање помоћи и надзор у саобраћају на путевима и други послови из прописа о безбедности саобраћаја, и др. Наставимо, несумњиво је да је полицијски службеник овлашћен да заустави возило, и да је овлашћен да га прегледа и без сагласности држаоца возила. Међутим, питање је шта је претрес, а шта преглед возила, јер за претрес возила треба наредба суда или сагласност држаоца (или се, наравно, може приступити и претресању, када су испуњени услови за претресање без наредбе), а за преглед ништа од наведеног није битно. У чл. 97 ст. 4 Закона о полицији пише: „Прегледом саобраћајног средства у смислу става 1.

¹⁵⁴³ Службени гласник РС, бр. 6/16.

овог члана, сматра се преглед свих отворених и затворених простора саобраћајног средства и предмета који се превозе.“ Па ипак, наилазимо и на став да претресање возила које је паркирано на јавном месту мора да има своје оправдање у смислу чл. 8 ст. 2 Европске конвенције за заштиту људских права („Право на поштовање приватног и породичног живота“)¹⁵⁴⁴; као и на став да се под домом подразумева земљиште у својини лица које на њему живи у каравану приколице¹⁵⁴⁵, као и сама приколица.¹⁵⁴⁶ Вратимо се на „поређење ситуација“. Према позитивним прописима Р. Србије, полицијски службеник би дакле могао да заустави возило, и да у њему прегледа све отворене и затворене просторе, као и предмете који се у њему налазе, иако би то било унеколико дискутабилно, имајући у виду ставове ЕСЉП. Међутим, укажимо и на одредбу чл. 97 ст. 9 Закона о полицији (управо члан који регулише прегледање лица и саобраћајних средстава), у њој пише: „Ако је вероватно да лице код себе, у саобраћајном средству или у предмету који носи са собом има предмете који могу послужити као доказ у кривичном или прекршајном поступку, полицијски службеник овлашћен је да задржи лице до прибављања наредбе за претресање, а најдуже шест часова.“ Из наведеног произлази, да уколико приликом прегледа возила или лица, полицијски службеник пронађе на пример кесицу у којој је кокаин (постоји сумња да је кокаин), он мора да задржи лице – држаоца кола, у којима је пронађен кокаин, до „прибављања наредбе за претресање. Морамо признати да звучи занимљиво; „прегледали“ смо нечија кола, нисмо их претресали, јер немамо наредбу за претресање, а кад смо „прегледом“ кола пронашли кокаин, онда морамо да прибавимо наредбу за претресање тих кола, при чему смо већ уздуж и попреко испретурали кола и све затворене и отворене просторе, и нашли кокаин. Након свега тога ћемо дакле прибавити наредбу за претресање возила и добити је, и поново ћемо прегледати кола на исти начин као што смо то учинили и први пут без било какве наредбе. Нећемо пронаћи ништа приликом претресања кола, јер смо предмет кривичног дела, кокаин, већ пронашли приликом „прегледа“. Сачинићемо записник о претресању у којем ће писати да нисмо пронашли предмете кривичног дела, јер их и нисмо пронашли приликом претресања. У каснијем поступку, просечно талентован бранилац ће поставити питање: „Извините, а где и када сте пронашли кокаин код мог браћеника?“ Још једном,

¹⁵⁴⁴ Европска Комисија за људска права, X. против Белгије, 5488/72, 30. мај 1974. године; цитирано према Г. П. Илић *et al.* (2015), 424.

¹⁵⁴⁵ ЕСЉП, *Buckleу против Уједињеног Краљевства*, 20348/92, 29. септембар 1996. године; цитирано према *Ibid.*

¹⁵⁴⁶ ЕСЉП, *Beard против Уједињеног Краљевства*, 24882/94, 18. јануар 2001. године; цитирано према *Ibid.*

„поистоветимо“ наш пример са случајем *Heien v. North Carolina*. Дакле, држалац возила којег је зауставио полицајац у Р. Србији, и који је дао сагласност за претресање кола, не може да се позива на неосновано заустављање, јер као што смо видели, такво заустављање (и иначе заустављање) не би било неосновано, а следило би претресање без наредбе, које је законито, имајући у виду да су испуњени услови за претресање без наредбе у смислу чл. 158 ст. 1 тач 2 ЗКП (сагласност држаоца стана и друге просторије).

14.14. Зашто би судској пракси (у Србији) можда требало ово штиво – одређена резоновања судова (и судија) о правној заблуди

Први случај. Увидом у електронски билтен Основног суда у Новом Саду¹⁵⁴⁷, под објављеним сентенцама из кривичног материјалног права, пронашли смо и једну под називом „Правна заблуда“, објављену 26.11.2014. године. У питању је сентенца коју је приредио и објавио Основни суд у Новом Саду, а у којој се наводи: „Околност да је окривљени потписао приступницу за чланство у „Diners Club International Belgrade“, те тиме прихватио изричит услов да неће користити картицу уколико у тренутку коришћења нема довољно средстава којима може платити трошак у року доспећа, као и да је истим условима приступнице упозорен да коришћење картице без обезбеђивања покрића у уговореном року представља кривично дело, те да је насупрот томе окривљени картицу ипак користио, иако је знао да нема покриће за настали трошак, јасно указују да је окривљени поступао са директним умишљајем и да је код њега постојала свест о забрањености дела, односно да је могао и био дужан да зна да је његово дело забрањено.“ Сентенца је утврђена на основу пресуде Основног суда у Новом Саду К. бр. 192/12 од 10.3.2014. године, која је потврђена пресудом Апелационог суда у Новом Саду Кж. 1. бр. 611/14 од 15.9.2014. године. Из наведене сентенце произлази да је окривљени у односу на исто дело имао свест о забрањености дела и да је могао и био дужан да има свест о забрањености дела. Другим речима, код окривљеног је, према објављеној сентенци, постојала свест о забрањености дела и истодобно је постојала и могућност и дужност свести о забрањености дела. Још једноставније, код окривљеног, у смислу сентенце, постоји и актуелна и потенцијална свест о забрањености дела. На концу, окривљени је био свестан забрањености дела, али

¹⁵⁴⁷ <http://bilten.osns.rs/site/index>, 14. март 2016.

у исто време и није био свестан забрањености дела, али је могао и био дужан да буде свестан да је дело забрањено. Наиме, потенцијална свест о забрањености управо и значи да код лица у датом тренутку не постоји свест о забрањености. Потенцијална свест о забрањености значи да код лица постоји могућност (и дужност) да има свест о забрањености, али је у датом моменту није имао. Било би то као да у односу на исто дело утврдимо да га је окривљени учинио и са умишљајем и са нехатом или још боље, и као урачунљив и неурачунљив, да не кажемо „урачунљивонеурачунљив“?! На трагу наведеног, уз наведену сентенцу, објављен је и део образложења пресуде Апелационог суда у Новом Саду Кж. 1. бр. 611/14 од 15.9.2014. године, где се наводи: „Имајући у виду да је окривљени потписао приступницу за чланство „Diners Club International Belgrade“, те тиме прихватио изричит услов да неће користити картицу уколико у тренутку коришћења нема довољно средстава којима може платити трошак у року доспећа, односно у року од 45 дана од дана учињеног трошка, као и да је истим условима приступнице (члан 14 и 17) упозорен да коришћење картице без обезбеђивања покрића у уговореном року представља кривично дело, али је насупрот томе окривљени картицу ипак користио, иако је знао да покриће за настали трошак нема, овај суд, као другостепени, налази да је окривљени поступао са директним умишљајем, те да нема говора о постојању било какве правне заблуде, како жалба неосновано тврди.“ Дакле, Апелациони суд у Новом Саду закључује да је окривљени поступао са директним умишљајем те да због тога нема говора о постојању правне заблуде!? Укратко, суд се можда повео за теоријом умишљаја (*Vorsatztheorie*), мада оправдано сумњамо у ту солуцију.

Имајући у виду намеру оживљавања института правне заблуде, указаћемо да се ова активност врши и кроз контролу суда, у виду изјављивања жалбе на пресуду. Наиме, суд је дужан да у образложењу пресуде (по правилу ће то бити осуђујућа пресуда¹⁵⁴⁸) наведе разлоге о кривици. Кад кажемо „наведе разлоге о кривици“ подразумевамо обавезу суда да образложи како је утврдио постојање односно непостојање кривице. (Већ смо навели које се компоненте кривице претпостављају, а које не.) Другим речима, које се компоненте доказују, а за које важи претпоставка да постоје и да се не доказују уколико не постоји сумња у њихово постојање. За потребе тренутне анализе описаног случаја, закључујемо лапидарно, да уколико се одбрана позивала на правну

¹⁵⁴⁸ О термиолошком разликовању између значења „осуђујућа пресуда“ и пресуда којом се оптужени оглашава кривим, види Г. П. Илић *et al.* (2015), 942 и М. Грубач, Т. Васиљевић, 725.

заблуду, суд има обавезу да у образложењу наведе јасне разлоге због чега није прихватио овакву тезу одбране. Ако пак суд уопште није дао разлоге због чега јесте или није прихватио одређене „тезе/ставове/предлоге“ странака и браниоца, могло би се говорити о повреди права на образложену судску одлуку.^{1549,1550,1551,1552} У примеру из сентенце, засноване на пресуди Основног суда у Новом Саду К. бр. 192/12 од 10.3.2014. године, која је потврђена пресудом Апелационог суда у Новом Саду Кж. 1. бр. 611/14 од 15.9.2014. године, може се закључити да су разлози пресуде у знатној мери противречни. Истини за вољу, разлози у сентенци, не у пресуди, су у знатној мери противречни, јер се закључује да истовремено код окривљеног и постоји и не постоји свест о забрањености дела. Сентенца пак није извод из образложења пресуде, али сентенцу прати извод из образложења пресуде, на основу којег је наведена сентенца утврђена и објављена. Ако би се дакле следећи навод предметне сентенце: „...окривљени поступао са директним умишљајем и да је код њега постојала свест о забрањености дела, односно да је могао и био дужан да зна да је његово дело забрањено.“, нашао у образложењу пресуде, тада би суд учинио релативно (битну)¹⁵⁵³ повреду одредаба кривичног поступка из чл. 438 („Битне повреде одредаба кривичног поступка“) ст. 2 тач. 2 ЗКП, која постоји (између осталог) ако су разлози о чињеницама¹⁵⁵⁴ које су предмет доказивања у знатној мери противречни.

Други случај се односи на кривично дело приказивања, прибављања и поседовања порнографског материјала и искоришћавања малолетног лица за порнографију из чл.

¹⁵⁴⁹ Илић иначе наводи да значај који се у упоредном праву придаје образложењу судске одлуке, у великој мери зависи од правне традиције којој одређена земља припада. Г. П. Илић (2011), 230. Исти аутор се позива на одлуку ЕСЉП Руиз Торија против Шпаније од 9.12.1994. године, те наводи да је из текста чл. 6 ЕСЉП („Право на правично суђење“) изведен закључак о постојању обавезе образложења судске одлуке, иако поменута одредба не поставља изричито овај захтев. *Ibid.*, 232.

¹⁵⁵⁰ Виткаускас (*Vitkauskas*) и Диков (*Dikov*), такође се позивајући на одлуку ЕСЉП Руиз Торија против Шпаније, истичу да право на образложену судску одлуку има корен у једном општијем начелу, а то је начело које појединца штити од произвољности. Dovydas Vitkauskas, Grigory Dikov, *Zaщтита права на правично суђење према Европској конвенцији о људским правима*, Савет Европе, Стразбур 2012, 82.

¹⁵⁵¹ Зајлер указује да суд, своју обавезу образлагања („*die Begründungspflicht*“) не сме одбацивати/ослободити је се, тако што ће уместо независно формулисаним образложењем, из списка фотокопирати голе/саме писане делове и инкорпорисати их у образложење. Види S. Seiler, 223.

¹⁵⁵² Тако и Бертел/Венир истичу да из образложења мора де се види из којих разлога је суд одређене чињенице прихватио као доказане. За сваку утврђену чињеницу мора навести резултате доказа, који су суд довели до таквог закључка/утврђења (прим. аут.), а са друге стране мора навести и резултате доказа којима је суд ускратио веру/поверење. Види С. Bertel, A. Venier, 130.

¹⁵⁵³ Да би била у питању битна повреда одредаба кривичног поступка, у описаној ситуацији, није довољно само да су разлози о чињеницама које су предмет доказивања у знатној мери противречни, већ је потребно да због тога није могуће испитати законитост и правилност пресуде. Види чл. 438 ст. 2 тач. 2 ЗКП.

¹⁵⁵⁴ Треба приметити да одредба чл. 438 ст. 2 тач. 2 ЗКП разликује „разлоге пресуде“ и „разлоге о чињеницама које су предмет доказивања“

185 КЗ, и то конкретно ст. 4 („Ко прибавља за себе или другог, поседује, продаје, приказује, јавно излаже или електронски или на други начин чини доступним слике, аудио-визуалне или друге предмете порнографске садржине настале искоришћавањем малолетног лица, казниће се затвором од три месеца до три године.“). Држимо да је апсолутно неспорно, да нема говора о могућности постојања правне заблуде. Тако сматра и Апелациони суд у Београду у пресуди Кж. I. ПоЗ. бр. 32/11 од 27.12.2011. године, којом је потврђена пресуда Вишег суда у Београду К. ПоЗ. бр. 89/11 од 9.11.2011. године. Поводом ових одлука, објављена је сентенца у Билтену Вишег суда у Београду, бр. 83, у којој се наводи следеће: „У ери масовних комуникација опште је познато да је забрањено прибављати порнографски материјал на коме су приказана малолетна лица, па се окривљени не може позивати на правну заблуду, да није знао да је то кривично дело.“ Још једном, апсолутно смо сагласни са наведеним ставом. Додуше, сентенца је унеколико могла бити прецизнија у делу где се наводи „па се окривљени не може позивати на правну заблуду, да није знао да је то кривично дело“. Наиме, не мора окривљени да зна да је неко понашање прописано као кривично дело, да не би био у правној заблуди. Једноставније речено, за постојање свести о забрањености се не тражи да је окривљени знао да је његово понашање прописано као кривично дело. Но, није проблем сентенца. Утврђену и објављену сентенцу прати следећи текст (вероватно из образложења пресуде Апелационог суда у Београду Кж. I. ПоЗ. бр. 32/11 од 27.12.2011. године): „...па са тих разлога Апелациони суд налази да су неосновани наводи браниоца окривљеног да он није знао да је дело забрањено, а то даље значи да је окривљени свесно и вољно, значи са директним умишљајем, како то правилно првостепени суд закључује, прибављао наведени порнографски материјал са дечјом порнографијом.“ Као прво (не)постојање свести о забрањености дела нема никакве везе са постојањем умишљаја. Поново изражавамо сумњу да се суд приклонио теорији умишљаја (*Vorsatztheorie*), нарочито зато што није дао образложење за њу, није се позвао на њену примену, а такође је евентуално пропустио да примети да у КЗ Србије, као и у КЗ Немачке (пошто је потекла из немачке кривичноправне науке), као прихваћена важи теорија кривице (*Schuldtheorie*). Подсећамо, теорија умишљаја, свест о забрањености дела сматра саставним делом свести о делу, у смислу интелектуалне (свесне) компоненте умишљаја. Теорија кривице, свест о забрањености сматра самосталном компонентом кривице. Тако Стојановић наводи: „Пошто је стварна или могућа свест о противправности самостална компонента кривице, она није део умишљаја и зато њено постојање или одсуство нема никаквог значаја за утврђивање

умишљаја (или нехата).¹⁵⁵⁵ У односном примеру, начин закључивања типа „наравно да је знао да је дело забрањено, што даље значи да је дело учинио свесно и вољно, односно са директним умишљајем“, је неповезан, догматски недоследан и просто речено, нетачан. Наиме, постојање свести о забрањености не може да претходи постојању свести о делу. Не може лице бити свесно забрањености дела, а да нема свест о делу. Другим речима, не можете бити свесни да радите нешто забрањено ако уопште не знате ни шта радите. Овај однос подсећа на однос (у једном аспекту) испитивања постојања стварне и правне заблуде. Не може се истовремено бити и у стварној и у правној заблуди. Уколико сте у стварној заблуди, нема говора о правној заблуди.¹⁵⁵⁶

Трећи случај је пресуда Врховног касационог суда (ВКС) Кзп. бр. 2/10 од 25.2.2010. године и сентенца проистекла из ње, утврђена на седници кривичног одељења од 13.9.2010. године. Сентенца гласи: „Свест о противправности као самостални елемент кривице не мора се утврђивати у сваком конкретном случају већ се утврђује само постојање основа који ту свест искључују (неотклоњива правна заблуда – чл. 29 ст. 1 КЗ).¹⁵⁵⁷ Исправно је утврђено да је свест о противправности самосталан елемент кривице, зато што и јесте. Наиме, није потребно позивати се на теорију кривице и анализирати ставове њених аутора и еволуцију њеног настанка. То судији у предмету није потребно. Довољно је да прочита чл. 22 КЗ Србије. Даље, у односу на дату сентенцу, убеђени смо да би се озбиљна већина кривичара сложила и са утврђењем да се свест о противправности претпоставља, али о томе више на одговарајућем месту у раду. Најјасније речено, сентенца Врховног касационог суда, утврђена на седници кривичног одељења од 13.9.2010. године, из пресуде Врховног касационог суда Кзп. бр. 2/10 од 25.2.2010. године није ни изблиза довољно прецизна. Није нетачна, али није ни тачна. Ниво прецизности одговара тврдњи да је лице мушког пола човек, али не одговара на питање шта је лице женског пола. Или још пластичније, одговарала би тврдњи - људи су мушкарци. Тачно је да су мушкарци људи, али тиме смо само половично утврдили ко су људи, односно ко све спада у појам „људи“. Сентенца „каже“ да се „утврђују само основи који ту свест (о противправности) искључују“, те се вероватно као пример (не може се закључити да ли једини пример), у загради као

¹⁵⁵⁵ З. Стојановић (2012), 152. Стојановић с тим у вези указује да је данас у том погледу скоро општеприхваћена теорија кривице, док је ранија теорија умишљаја, која је свест о противправности уносила у умишљај, готово сасвим напуштена.

¹⁵⁵⁶ Види више у делу о дуплој заблуди.

¹⁵⁵⁷ <http://www.vk.sud.rs/sr/судска-пракса>, 18. март 2016.

саставни део сентенце указује на неотклоњиву правну заблуду из чл. 29 ст. 1 КЗ. Свест о противправности не искључује само неотклоњива правна заблуда, већ и отклоњива правна заблуда, из чл. 29 ст. 2 КЗС. Ипак, морамо да се оградимо од терминологије коју је употребио састављач сентенце. Речи „основи који ту свест искључују“, са указивањем на неотклоњиву правну заблуду, претпостављамо као пример таквог основа, нису одговарајуће. По „терминологији“ сентенце, неотклоњива правна заблуда је основ искључења свести о противправности дела. Колико је ово нетачно најбоље се види увидом у чл. 29 ст. 1, где пише: „Није кривично дело оно дело које је учињено у неотклоњивој правној заблуди.“ Строго законским језиком, неотклоњива правна заблуда је основ искључења кривичног дела. Међутим, научно прецизније, рекли бисмо да је неотклоњива правна заблуда основ искључења кривице. Дакле, не постоји обавезан елемент кривичног дела, што значи да кривично дело не постоји. Потпуно је погрешно утврдити да је неотклоњива правна заблуда основ искључења свести о противправности. Било би то једнако „тачно“ као утврдити да је син рођен пре свог (биолошког)¹⁵⁵⁸ оца. Не производи неотклоњива правна заблуда непостојање свести о противправности, већ обрнуто. Чак није тачно ни да кажемо да је обрнуто. Непостојање свести о противправности не доводи до постојања неотклоњиве правне заблуде, већ до отклоњиве правне заблуде. До неотклоњиве правне заблуде доводи непостојање свести о противправности и непостојање могућности и дужности да се има свест о противправности.¹⁵⁵⁹ Сам израз правна заблуда подразумева да код лица не постоји свест о противправности, а придеви „отклоњива“ и „неотклоњива“ утичу на постојање кривице.

Даље, цитираћемо наводе из образложења пресуде Врховног касационог суда Кзп. бр. 2/10 од 25.2.2010. године, где се каже: „По налажењу овог суда, првостепени и другостепени суд су о кривици као субјективном односу осуђеног према делу ...“ Из наведеног дефинисања кривице, закључујемо да ВКС прихвата психолошку теорију кривице, па ипак, на више места у образложењу пресуде указује како је свест о противправности самосталан елемент кривице, чиме истовремено „прихвата“ законску дефиницију кривице из чл. 22 КЗ, која је заснована на психолошко-нормативној теорији кривице. Затим, наводи се да су првостепени и другостепени суд: „...дали разлоге и нашли да је осуђени био урачунљив, да је умишљајно поступао и да присуство свести

¹⁵⁵⁸ Намерно наглашавамо „биолошки“ с обзиром да постоји могућност да очух буде млађи од њега.

¹⁵⁵⁹ Према чл. 29 ст. 2 КЗ Србије.

код осуђеног о противправности дела у редовном кривичном поступку није доведено у питање и да није био у заблуди, нити пак браниоци осуђеног истичу околности које би указивале да осуђени није био дужан нити је могао бити свестан да је његово дело забрањено.“ Пре анализе навода који се тичу института правне заблуде, указаћемо да речи „редован кривични поступак“ употребљене у образложењу пресуде „имају“ никакво значење. Није познато шта је редован кривични поступак, а шта би био нередован кривични поступак. Надамо се само да се није мислило да је редован кривични поступак онај који „тече“/постоји/води се до правноснажности пресуде, а како би то могло изгледати/звучати у контексту у којем је употребљен израз.

Да се вратимо на образложење и правну заблуду. Може се закључити да је суд утврдио да је осуђени урачунљив, да је поступао са умишљајем, да је имао свест о противправности и да није био у заблуди као и да браниоци осуђеног не истичу околности које би указивале да осуђени није био дужан нити је могао бити свестан да је његово дело забрањено. На првом месту овде се користе неки појмови који, преведено на језик математике, једноставно не припадају истим скуповима елемената. Затим, одвојено је питање да ли је лице у заблуди или није од питања да ли је заблуда отклоњива или неотклоњива. Надаље, кад суд утврђује да лице није у заблуди, и уопште кад разматра питање заблуде, било би добро да означи да ли расправља о правној или стварној заблуди. Указаћемо још и на део из образложења где се каже: „При томе треба истаћи да, а насупрот наводима захтева бранилаца осуђеног који износе тврдњу да код осуђеног није било умишљаја, па самим тим ни свести о противправности кривичног дела, да свест о противправности нема значаја да утврђивање умишљаја, или нехата...“. Претпостављамо овде да су браниоци осуђеног употребили термин „свест о противправности кривичног дела“. Ово је само још један озбиљан разлог због којег читава ова проблематика тражи приближавање пракси. Стојановић је пак, у погледу анализираних сентенци, указао да је ВКС пропустио да расправи питање на које је указала одбрана (у том предмету), а то је да ли је учинилац био у заблуди да због његове сарадње са УБПОК, оно што чини није противправно.¹⁵⁶⁰ Наиме, у том случају би предмет расправе било евентуално постојање индиректне правне заблуде (учинилац мисли да је основ искључења противправности нешто што

¹⁵⁶⁰ З. Стојановић (2012), 153.

није основ искључења противправности; односно не постоји тај основ искључења противправности).

Четврти случај је решење Врховног суда Србије (ВСС) Кж. бр. 333/07 од 15.5.2007. године. Сентенца утврђена овим решењем гласи: „Изрека осуђујуће пресуде за кривично дело правно квалификовано по новом Кривичном законнику је неразумљива ако опис дела не садржи облик кривице окривљеног и његову свест или могућност свести о забрањености дела.“ Прво, не мора посебно да се наглашава да је у питању опис кривице окривљеног, јер се то подразумева. Не постоји опис кривице сведока, вештака, тумача, преводиоца и др. Но, важнија од тога је чињеница да Врховни суд указује да опис кривице мора да садржи свест о забрањености дела или могућност свести о забрањености дела. Дакле, или-или. Уколико дакле судије послушају ВСС, како им изрека не би била неразумљива, осудиће лице за радњу која онако како би је описао суд није/не представља кривично дело. Ако судија у изреци пресуде, описујући кривицу напише да је лице могло да има свест да је његово дело забрањено, тако описано дело није кривично дело јер не постоји/није описана кривица. Чл. 22 ст. 1 КЗ Србије тражи да је учинилац био свестан да је његово дело забрањено или да је могао и био дужан да зна да је његово дело било забрањено. Другим речима, уколико код лица не постоји актуелна свест о забрањености, мора да постоји потенцијална свест о забрањености, а она се састоји, кумулативно, у могућности и дужности лица да има свест да је његово дело забрањено. Ипак, ми смо у раду већ изнели мишљење о односу могућности и дужности да се зна забрањеност дела. Међутим, колико год ми дужност сматрали за сувишну (јер већ постоји у могућности/извире из ње), то не мења чињеницу да КЗС изричито тражи и могућност и дужност у случају одсуства свести о противправности. Уколико не постоје обе прилично је проблематично тврдити да постоји кривица, тј. једна од две њене треће компоненте – потенцијална свест о противправности. Ово посебно имајући у виду да чл. 29 ст. 2 КЗС прописује да неотклоњива правна заблуда постоји онда кад учинилац није могао и није био дужан да зна да је његово дело забрањено. Дакле, уколико је могао, а није био дужан, и обрнуто, не би постојала неотклоњива правна заблуда и самим тим изгледа да постојање кривичног дела не би било искључено. Ипак, закон је више него јасан у чл. 22 ст. 1 где прописује шта је потребно за постојање кривице код учиниоца. Наиме, у случају непостојања свести о забрањености, мора да постоји и могућност и дужност постојања свести о забрањености дела, а не само могућност или само дужност.

Пети случај је сентенца објављена 28.11.2014. године, а утврђена на основу пресуде Апелационог суда у Новом Саду Кж. бр. 4452/13 од 14.7.2014. године којом је одбијена жалба Основног јавног тужиоца у Новом Саду изјављена против пресуде Основног суда у Новом Саду К. бр. 2626/11 од 11.10.2013. године. Сентенца гласи: „Околности да је окривљени, који није правне струке, власник и директор предузећа које се бави увозом и продајом свих врста медицинских помагала, и чије је књиговодствене послове поверио агенцији, поклатио својим пословним партнерима разну робу широке потрошње у намери даљег унапређења пословних односа са њима, а да ниједног тренутка није био свестан забрањености свог дела, тј. своје обавезе да плати и обрачуна порез на доходак грађана, те околност да је одмах по опомену Пореске управе измирио целокупно дуговање и уплатио наведени порез, и да је увек измиривао и много веће пореске обавезе према држави, указују да намера окривљеног није била утаја пореза, односно да у овом случају није доказан умишљај окривљеног за кривично дело пореска утаја из чл. 229 ст. 1 КЗ.“ Скраћено речено, пошто нам није циљ да анализирамо конкретан случај, из објављене сентенце произлази да „окривљени ниједног тренутка није био свестан забрањености свог дела,..., што указује да намера окривљеног није била утаја пореза, односно да у овом случају није доказан умишљај окривљеног“. Дакле, пошто окривљени није био свестан забрањености дела, није доказан умишљај. Колико је ово нетачно, најбоље и најкраће говори, у претходним примерима већ указана чињеница, да свест о забрањености дела није саставни део интелектуалне компоненте умишљаја. Одвојено је питање место свести о забрањености дела, код оних кривичних дела где је она саставни део бића кривичног дела (пример – „ко противно прописима“), међутим, пореска утаја није такво кривично дело. У сентенци се (нажалост) једноставно мешају компоненте кривице, и јасно се утврђује да се трокомпонентност института кривице не разуме. Изгледа нам да много више од објављене сентенце на то указује део образложења пресуде Апелационог суда у Новом Саду Кж. бр. 4452/13 од 14.7.2014. године, на основу којег је и утврђена сентенца. Тако се у образложењу ове пресуде између осталог наводи: „...а из чега свакако произлази да у конкретном случају у овом кривичном предмету није доказан умишљај да је окривљени био свестан забрањености свога дела...“. Не усуђујемо се ни да коментаришемо значење речи „умишљај да је окривљени био свестан забрањености дела“. Неодговарајућа и нетачна терминологија која неселективно и незадрживо

„упада“ у судске одлуке помало нас и плаши.¹⁵⁶¹ Мишљења смо да највише лутања, како у терминологији тако и у разумевању, има у области кривице.

Шести случај је сентенца објављена у Билтену Вишег суда у Краљеву бр. 1/2011, утврђена на основу пресуда Вишег суда у Краљеву 1К. бр. 193/10 од 8.10.2010. године и Апелационог суда у Крагујевцу Кж. 1. бр. 5807/10 од 20.12.2010. године. Сентенца гласи: „Кривица окривљеног је потпуно описана уколико је у изреци осуђујуће пресуде наведено да је окривљени био свестан свога дела, те да је забрањено и хтео његово извршење, јер је особа која је у време извршења имала овакав психички однос према радњи и последици учинила дело са директним умишљајем, па је самим тим била урачунљива...“. У образложењу пресуде Апелационог суда у Крагујевцу Кж. 1. бр. 5807/10 од 20.12.2010. године се наводи: „...да је оптужени био свестан свога дела, његове забрањености, и да је хтео његово извршење, из чега произлази да је кривично дело учинио са директним умишљајем и да је при извршењу дела био у потпуно урачунљивом стању.“ Из наведеног видимо да Апелациони суд у Крагујевцу закључак о постојању „потпуне урачунљивости“ извлачи из постојања директног умишљаја и свести о забрањености дела. Такође, у самој сентенци примећујемо да њен аутор сматра да је кривица потпуно описана уколико су описани умишљај и свест о забрањености дела. Интересантно је, да је одлучујући по жалби, Апелациони суд у Крагујевцу управо и испитивао да ли изрека првостепене пресуде садржи све „објективне и субјективне елементе¹⁵⁶² кривичног дела“, те је утврдио да садржи. Додајемо, у самој пресуди, тачније у чињеничном стању из изреке пресуде, можда је и описана прва компонента кривице - урачунљивост, али образложење пресуде свакако ово хипотетичко постојање није испратило. Депласирано би било указивати да тако описано дело није кривично дело, те да је у првом степену (уколико је оптужни акт са таквим описом кривичног дела), првостепени суд требао да донесе ослобађајућу пресуду на основу чл. 423 ст. 1 тач. 1 ЗКП, због тога што дело за које је оптужено није кривично дело (а нема услова за примену мере безбедности).

Седми случај је сентенца објављена у Билтену Вишег суда у Нишу бр. 32/2014, а утврђена на основу пресуде Вишег суда у Нишу К. бр. 143/11 од 12.12.2011. године.

¹⁵⁶¹ Одавно су пресуде „пуне“ израза попут: „починилац“; „починиоц“; „кривично дело крађа у продужењу“; „служење казне“ и др. Питање је времена када ће у пресуди за термин разбојништво почети да се употребљава „пљачка“, а за изнуду „рекет“.

¹⁵⁶² Иако постоји само један субјективни елемент кривичног дела, кривица.

Сентенца гласи: „Код неотклоњиве правне заблуде учинилац из оправданих разлога није могао да има тачну представу о забрањености дела, док је код отклоњиве заблуде учинилац био дужан и могао да зна да је дело које врши забрањено.“ Аутор сентенце сматра дакле да неотклоњива правна заблуда постоји ако учинилац из оправданих разлога није могао да има тачну представу о забрањености дела. Нисмо сигурни да ли је аутор сентенце био свестан тога, али је као критеријум отклоњивости правне заблуде одредио/изабрао могућност да се има свест о забрањености дела, односно субјективни критеријум отклоњивости. Према чл. 29 КЗ Србије, правна заблуда је неотклоњива ако учинилац није био дужан и није могао да зна да је његово дело забрањено. Сентенца је дакле нетачна јер каже да правна заблуда постоји онда уколико учинилац није могао да зна да је његово дело забрањено. На овом месту неизоставно морамо да изнесемо наше неуверење да је аутор сентенце имао на уму „правну празнину“ која би требала да опише ситуације када је учинилац био дужан да зна да је његово дело забрањено али није могао да зна и обрнуто. Другим речима, ова поменута правна празнина указује да је КЗ Србије оставио неуређене ове ситуације, јер каже да отклоњива¹⁵⁶³ правна заблуда постоји када је учинилац био дужан и могао да зна да је његово дело забрањено, а у чл. 29 ст. 2 наводи да је правна заблуда неотклоњива ако учинилац није био дужан и није могао да зна да је његово дело забрањено. Описани случајеви (правна празнина) би се можда могли и тумачити као неотклоњива правна заблуда, али то свакако није тема овог поднаслова, и свакако није толико једноставно за објашњавање као што је несвесно приказано у садржају сентенце. Да смо у праву када мислимо да судској пракси свакако треба разјашњење одређених питања којима се бавимо у овом раду говори нам и део образложења пресуде Вишег суда у Нишу К. бр. 143/11 од 12.12.2011. године у којем се наводи: „Свест о забрањености мора бити присутна и код умишљаја и код нехата, при чему је код умишљаја учинилац свестан да постоји супротстављеност некој правној норми, а код нехата је могао и требало да буде свестан тога.“ Налазимо за сходно да укратко прокоментаришемо и ове наводе. Пре свега, свест о забрањености не може да постоји код умишљаја, нити да буде присутна како се то наводи у цитираном образложењу. Свест о забрањености постоји независно од умишљаја. Такође, није тачно да код умишљаја учинилац мора да буде свестан да је његово понашање супротстављено некој правној норми (осим у случајевима кривичних дела, где је изричито унета у биће кривичног дела). Свест учиниоца да је његово понашање

¹⁵⁶³ Истини за вољу КЗ Србије нигде не спомиње отклоњиву правну заблуду, али теорија сматра да је она описана у чл. 29 ст. 3.

противно некој правној норми је свест о формалној противправности. Укратко речено, суд је применио теорију умишљаја, а да то уопште и не зна, а што се види и из дела образложења у којем објашњава неотклоњиву правну заблуду.

Осми случај који упућује на закључак да је потребно штиво за исправно разумевање правне заблуде је реферат објављен у Билтену Врховног суда Србије бр. 2/2006, под називом „Стварна и правна заблуда у новом Кривичном законуку“.¹⁵⁶⁴ Анализираћемо укратко само део који се односи на правну заблуду. Тако, наводи се у реферату: „... правна заблуда је неотклоњива ако учинилац није био дужан и није могао да зна да је његово дело забрањено, у ком случају кривично дело учињено у правној заблуди није кривично дело.“¹⁵⁶⁵ Исправно је требало утврдити да дело учињено у неотклоњивој правној заблуди није кривично дело, а не да кривично дело учињено у неотклоњивој¹⁵⁶⁶ правној заблуди није кривично дело. Није могуће рећи „кривично дело учињено у неотклоњивој правној заблуди“. Заправо могуће је, као и све остало што је могуће, али је *contradictio in adjecto*. Даље, на истој страни се наводи: „За разлику од стварне заблуде у правној заблуди учинилац је свестан свих обележја која чине радњу његовог дела, али није свестан да је то дело забрањено – нити је био дужан нити је могао да зна да је његово дело забрањено.“ Ово је такође непрецизно. Учиниолац у правној заблуди није свестан забрањености дела, али код њега може да постоји могућност и дужност свести о забрањености дела. Другим речима, рећи да је учинилац у правној заблуди у неотклоњивој правној заблуди је једнако прецизно као и рећи да је пловуша као ред птица, гуска или лабуд.¹⁵⁶⁷ Даље, наводи се: „... јер да би кривица постојала, осим урачунљивости – умишљаја или нехата, нужно је да је учинилац био свестан, јер је био дужан и могао бити свестан да је његово дело забрањено...“.¹⁵⁶⁸ Не може учинилац да буде свестан јер је могао и био дужан да буде свестан. Или је свестан или није, а ако није, испитује се да ли је могао и био дужан да буде свестан забрањености дела.¹⁵⁶⁹ Уколико кажемо да је учинилац могао и био дужан да буде свестан, то значи да не

¹⁵⁶⁴ Никола Латинић, „Стварна и правна заблуда у новом Кривичном законуку“, *Билтен Врховног суда Србије* 2/2006, 31-35.

¹⁵⁶⁵ *Ibid.*, 34.

¹⁵⁶⁶ У реферату не пише неотклоњива (на том месту), али се из првог дела реченице види да је у питању неотклоњива с обзиром да писац употребљава баш ту реч, а то се види и из завршетка реченице где објашњава да онда не постоји кривично дело, што у случају отклоњиве правне заблуде није могуће, с обзиром да не искључује постојање кривичног дела.

¹⁵⁶⁷ У ред пловуша, између осталих, улазе гуске, патке и лабудови.

¹⁵⁶⁸ Н. Латинић, 34-35.

¹⁵⁶⁹ У чл. 29 ст. 2 КЗ Србије се прво помиње дужност па онда могућност.

поседује актуелну свест о забрањености дела, већ потенцијалну. Такође, ако има свест о забрањености дела излишно је говорити да је у том тренутку могао и био дужан да има ту свест, управо из разлога што она код њега већ постоји. Једноставно речено, или има актуелну, или потенцијалну свест о противправности; не може обе да има у исто време. Ако неко пак сматра да може, прихвата концепцију да је лице истовремено у правној заблуди и да није у правној заблуди. Посебно се не може рећи да је био свестан забрањености дела јер је био дужан и могао је да буде свестан забрањености дела. У истом реферату, у истом пасусу, каже се да је у питању: „...нови институт као основ искључења постојања кривичног дела“, а затим да је: „...правна заблуда основ искључења кривичне одговорности када у односу на забрањеност дела није постојао ни умишљај ни нехат“.¹⁵⁷⁰ У овим тврдњама је опет проблем непрецизност, а у једном делу и нетачност. Наиме, правна заблуда није основ искључења постојања кривичног дела, већ је то неотклоњива правна заблуда, а тако и пише у чл. 29 ст. 1 КЗ Србије: „Није кривично дело оно дело које је учињено у неотклоњивој правној заблуди.“ Не пише да није кривично дело оно дело које је учињено у правној заблуди. Даље, није нетачно да је неотклоњива правна заблуда основ искључења постојања кривичног дела, али не би било лоше прецизирати да је у питању основ искључења кривице. Даље, није неотклоњива правна заблуда основ искључења кривичне одговорности, јер кривична одговорност није елемент кривичног дела, нити се на било ком месту у КЗ Србије уопште и помиње. У истом реферату се (стр. 35.) наводи на једном месту да је у питању (код неотклоњиве правне заблуде) „одсуство кривице као елемента општег појма кривичног дела“, а затим се утврђује да је у питању „основ искључења кривичне одговорности“.

Девети случај је реферат под називом „Кривица и пропусти уочени у поступању првостепених судова“, објављен у Билтену Врховног касационог суда бр. 2/2013.¹⁵⁷¹ У реферату се наводи: „Одредба чл. 22 Кривичног законика за постојање кривице захтева да је учинилац био урачунљив и поступао са умишљајем (или из нехата, када то закон изричито предвиђа), а био је свестан или је био дужан и могао бити свестан да је његово дело забрањено.“¹⁵⁷² Са наведеним се у потпуности слажемо. Ипак, реченице које следе након ове исправне реченице, откривају нам да је трокомпонентност кривице

¹⁵⁷⁰ Н. Латинковић, 35.

¹⁵⁷¹ Оливера Бојовић, „Кривица и пропусти уочени у поступању првостепених судова“, *Билтен Врховног касационог суда* 2/2013.

¹⁵⁷² *Ibid.*, 186.

и уопште разликовање њених компоненти непозната. У продужетку текста/реферата се наводи: „Одредбама овог члана кривица је одређена у свом ужем, субјективном значењу и мора се одређивати кроз постојање урачунљивости и виности. Другим речима, кривица је скуп субјективних околности које су присутне код учиниоца у време извршења дела, а изражава се у урачунљивости и умишљају односно нехату (виност).“¹⁵⁷³ Постоји низ „непрецизности и нетачности“. Наиме, није јасно шта је кривица у субјективном значењу, а шта у објективном (разумемо за субјективну и објективну одговорност у грађанском праву). Даље, није јасно шта је кривица у ужем значењу, а шта би била кривица у ширем значењу. Затим, није тачно да се кривица изражава само „у урачунљивости и умишљају односно нехату (виност)“, јер недостаје трећа компонента кривице, а тако „изражена кривица“ уопште није кривица, и тако описана у оптужном акту доводи до тога да тако описано дело није кривично дело. Такође, свакако бисмо избегавали употребу термина виност као компоненте кривице, и то не само из разлога што није законски термин. Ипак, након ових реченица, у реферату, одмах следи и ова: „Сходно наведеном, кривица у смислу чл. 22 КЗ садржи три компоненте: урачунљивост, умишљај или нехат и свест о забрањености дела.“¹⁵⁷⁴ Међутим ни ова тврдња није потпуно тачна. Кривица постоји не само ако постоји свест о забрањености дела, већ и онда када таква свест не постоји, али је учинилац био дужан и могао бити свестан да је његово дело забрањено. Закључујемо и да се не прави било каква разлика између актуелне и потенцијалне свести о забрањености дела. Даље се каже: „...да се део кривице који се односи на умишљај или нехат мора утврђивати у сваком конкретном случају и следствено томе изрека осуђујуће пресуде мора да садржи чињенице и околности које се односе на овај део кривице.“¹⁵⁷⁵ Указујемо да је нејасно да ли оваква тврдња значи да у изреци пресуде не мора да буде описана урачунљивост и актуелна или потенцијална свест о забрањености дела.

Десети случај је реферат под називом „Кривица као обавезни елемент општег појма кривичног дела“, објављен у Билтену Врховног касационог суда 2/2011.¹⁵⁷⁶ Аутор реферата указује на дефиницију кривице из чл. 22 КЗ Србије, те закључује да постоје три компоненте кривице и то: урачунљивост, умишљај или нехат и свест о

¹⁵⁷³ *Ibid.*

¹⁵⁷⁴ *Ibid.*

¹⁵⁷⁵ *Ibid.*, 187.

¹⁵⁷⁶ Снежана Милошевић, „Кривица као обавезни елемент општег појма кривичног дела“, *Билтен Врховног касационог суда* 2/2011.

противправности.¹⁵⁷⁷ Ово наине и не мора да буде нетачно, али је свакако непотпуно. На страну полемика око употребе израза свест о „противправности“/“забрањености“, мада је законодавац у том погледу више него јасан. Опет примећујемо да се сматра да кривица постоји само уколико постоји актуелна свест о забрањености, али не и потенцијална свест о забрањености. На тај начин, аутор, убеђени смо, несвесно, „тврди“ да свака правна заблуда, конкретно - и отклоњива правна заблуда искључује кривицу. Другим речима, уколико нема (актуелне) свести о забрањености, нема ни кривице. Наравно да се нећемо упуштати у објашњавање нетачности ове „тврдње“. Да изложено мишљење аутора није случајна омашка, говори нам и изричит навод да је трећи конститутивни елемент кривице свест о противправности.¹⁵⁷⁸ Дакле, трећа компонената кривице се према аутору може испољити искључиво кроз актуелну свест о противправности. Даље, изгледа да аутор реферата сматра да свест о противправности постоји само онда уколико учинилац има свест да је то што чини кривично дело. Једноставније речено, у реферату се за трећу компоненету кривице захтева постојање свести о кривичној противправности. То се наине види из тврдње да неотклоњива заблуда постоји између осталог, када учинилац није знао да је његово понашање законом одређено као кривично дело¹⁵⁷⁹, из којег навода се закључује да ће тим пре постојати неотклоњива правна заблуда када учинилац сматра да је његово понашање забрањено неким некривичноправним правилом. Ипак, на другом месту у реферату, аутор свест о противправности дефинише као свест да понашање учиниоца представља напад на неко правом заштићено добро.¹⁵⁸⁰ Указујемо да се добра могу штитити разним гранама права, односно њиховим правилима, а не само кривичноправним. Закључујемо дакле да се аутор на овом месту определио, не за свест о кривичној противправности, већ за свест о противности било којој правној норми, односно свест о формалној противправности. На крају овог (десетог) случаја, сматрамо корисним указати на још један став изнет у реферату, а који укратко речено гласи – „изрека осуђујуће пресуде не мора садржавати законску формулацију кривице уколико она произлази из чињеничног описа радње конкретног кривичног дела“.¹⁵⁸¹ Подсетићемо на кратко, на (већ наведеноу) сентенцу из Билтена судске праксе Округног суда у Новом Саду бр. 11/2007, у којој се позива на пресуду ВСС Кж. I бр. 2398/06 од 1.2.2007. године, где се каже: „Кривица као

¹⁵⁷⁷ *Ibid.*, 173.

¹⁵⁷⁸ *Ibid.*, 174.

¹⁵⁷⁹ *Ibid.*, 175.

¹⁵⁸⁰ *Ibid.*, 174.

¹⁵⁸¹ *Ibid.*, 180.

саставни део општег појма кривичног дела је његов субјективни и конститутивни елемент па опис кривичног дела мора да садржи и кривицу.“ Тако и пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1. бр. 5807/10 од 20.12.2010. године (Билтен Вишег суда у Краљеву бр. 1/2011). Такође, указаћемо и на сентенцу из решења Врховног суда Србије Кж. бр. 333/07 од 15.5.2007. године која гласи: „Изрека осуђујуће пресуде за кривично дело правно квалификовано по новом Кривичном законнику је неразумљива ако опис дела не садржи облик кривице окривљеног и његову свест или могућност свести о забрањености дела.“ Надаље, приметимо и да коментатори ЗКП (једног од доступних коментара)¹⁵⁸² наводе: „Кривица је елемент дела, па уколико елементи кривице нису описани у оптужници, суд ће донети ослобађајућу пресуду...“¹⁵⁸³ Једноставно речено, став да се „из описа подразумевају обележја кривичног дела“ доводи до потпуног раскида са законском терминологијом и од законског описа одређеног кривичног дела доводи до лаицизираног описа који би разбојништво описивао речима: „Марко је опљачкао продавницу.“ Поврх свега, устврдили би неки и да се из наведене реченице/описа неспорно утврђују и виде компоненте кривице. Да закључимо, опис кривичног дела у изреци мора да садржи све елементе кривице. Ово не због тога што тако каже Врховни суд или коментатори закона, свакако не и због тога што ми тако кажемо. Ово због тога што опис кривичног дела који не садржи опис кривице уопште и није опис кривичног дела.

Једанаести случај је из збирке судских одлука.¹⁵⁸⁴ Односи се на пресуду Апелационог суда у Београду Кж1-По3. бр. 29/12 од 17.5.2012. године и пресуду Вишег суда у Београду К-По3. бр. 134/11 од 25.1.2012. године. Конкретну сентенцу нећемо анализирати, међутим, анализираћемо наведене одлуке на које се аутор позива. Наиме, у питању је део образложења пресуде Апелационог суда у Београду Кж1-По3. бр. 29/12 од 17.5.2012. године. Ради се о предмету у којем је окривљени првостепеном пресудом оглашен кривим за кривично дело прибављања и поседовања порнографског материјала из чл. 185 ст. 4 КЗ. Суд образлаже: „Изјављеном жалбом се истиче да окривљени није био дужан и није могао да зна да је његово дело забрањено, с обзиром на то да је предметни ди-ви-ди медиј прибавио само 14 дана након законске инкриминације таквог поступања, односно да није могао да избегне заблуду у погледу

¹⁵⁸² Г. П. Илић *et. al.* (2015).

¹⁵⁸³ *Ibid.*, 947.

¹⁵⁸⁴ Александар Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје-девета књига*, Службени гласник, Београд 2013, 22-23.

околности да ће му треће лице поред ди-ви-ди медија са дозвољеном испоручити један ди-ви-ди медиј са недозвољеном порнографском садржином.“ Дакле, уколико смо разумели добро, суд наводи да окривљени у жалби истиче да није био дужан и није могао да зна да је његово дело забрањено; укратко, тврди да је био у неотклоњивој правној заблуди. Затим, у продужетку исте реченице, суд користи прилог „односно“ на начин којим у реченицу уноси детаљније објашњење претходног појма/дела реченице. Тако суд схвата и објашњава да окривљени у жалби тврди да је у неотклоњивој правној заблуди, односно да није знао да му је треће лице продало и ди-ви-ди са недозвољеном садржином. Изгледа да окривљени упорно истиче да није знао да је дело забрањено и истовремено да није знао да му је треће лице продало ди-ви-ди са забрањеном садржином. Опције су следеће, или је окривљени подвојена личност кад истиче да су у његовој глави/свести истодобно постојале две садржине свести које не могу истодобно постојати, па би у том случају било простора за испитивање урачунљивости; или је пак имао недовољно доброг браниоца; или суд не разликује правну од стварне заблуде. Након увида у други део образложења, закључили бисмо да је ипак био проблем у састављачу жалбе, при чему је на такву жалбу, која „не зна разлику између правне и стварне заблуде“, суд могао прилично да скрати свако образлагање. Наиме, суд је у образложењу навео да је сам окривљени, у својој одбрани на главном претресу, изјавио да је садржина предметног ди-ви-ди медија ненормална и болесна. Самим тим, суд је без претераног образлагања, у циљу објашњења да ли је окривљени знао или није знао да је његово дело забрањено, могао да се задржи на наводима самог окривљеног да је садржина ди-ви-ди медија ненормална и болесна. Очигледно се ради о томе да се окривљени бранио прво стварном заблудом у делу који се односи на прибављање порнографског материјала у смислу чл. 185 ст. 4 КЗ, а у делу поседовања таквог порнографског материјала се бранио правном заблудом. Такође је питање која од алтернативно прописаних радњи извршења кривичног дела из чл. 185 ст. 4 КЗ се окривљеном ставља на терет, прибављање или поседовање (постоје и друге радње, прим. аут.). Уколико му се на терет ставља само поседовање, онда нема потребе да се брани стварном заблудом у делу где истиче да није знао да му је треће лице продало ди-ви-ди забрањене садржине, јер му се на терет не ставља прибављање, и самим тим суд евентуалне наводе жалбе у којој окривљени истиче да није знао шта прибавља треба да прокоментарише у пола реда. Уколико је пак окривљеном на терет стављено и прибављање и поседовање, у питању ће бити грешка тужилаштва, коју је опет суд у

пресуди морао да исправи, јер у том случају постоји привидни идеални стицај по основу супсидијаритета.¹⁵⁸⁵

Дванаести случај је такође из збирке судских одлука.¹⁵⁸⁶ Из њега се не може закључити да ли суд разликује стварну заблуду у ширем смислу од правне заблуде. У питању су пресуда Окружног суда у Београду Кж. 2124/05 од 31.8.2005. године и пресуда Општинског суда у Младеновцу К. бр. 289/03 од 28.10.2004. године. Утврђена сентенца из збирке гласи: „Када су окривљени као чланови управног одбора комуналног предузећа, донели одлуку, да се бившем директору који је враћен на ту дужност, исплати разлика у заради коју је изгубио док је био на радном месту са нижом зарадом и та разлика буде исплаћена, поступили су у стварној заблуди, јер су то могли да учине када оснивач-скупштина општине потврди избор.“ Укратко, суд је ослободио комплет управни одбор јер су били у стварној заблуди, а донета је само одлука управног одбора о враћању на дужност директора, коју није потврдио оснивач-скупштина општине, а која је морала да буде потврђена, да би затим, пре него што је потврђена одлука о враћању на дужност, управни одбор донео одлуку о накнади штете на име разлике зараде. У образложењу пише: „...поступали у стварној заблуди јер су погрешно сматрали да је пуноважном одлуком управног одбора тога предузећа враћен на ту дужност и пре него што је одлуку потврдила скупштина општине... Због тога су донели одлуку да он има право на накнаду штете на име разлике зараде... Погрешно су сматрали да постоје околности према којима би, да су оне стварно постојале одлука коју су донели била у складу са законом.“ Из оваквог образложења, потпуно је нејасно да ли су чланови управног одбора знали да одлука о враћању на дужност, да би била у складу са законом, мора да буде потврђена од стране оснивача-скупштине општине, па су мислили да је оснивач и потврдио такву одлуку, након чега су донели одлуку о накнади штете, у којем случају би се радило о стварној заблуди у ширем смислу. Конкретно, тада би чланови управног одбора мислили да је оснивач већ потврдио одлуку о враћању на дужност директора, и да они могу да донесу потом одлуку о накнади штете. Уколико су пак чланови управног одбора сматрали да имају

¹⁵⁸⁵ Код кривичног дела фалсификовање новца из чл. 223 КЗ, лице које прибави лажни новац у намери да га стави у оптицај, па га стави у оптицај, чини само кривично дело – стављања лажног новца у оптицај, прецизније речено, чини кривично дело фалсификовање новца из чл. 223 ст. 2 КЗ, чија је једна од алтернативно прописаних радњи стављање лажног новца у оптицај, а у питању је привидни идеални стицај по основу супсидијаритета. Види, Зоран Стојановић, Наташа Делић, *Кривично право посебни део*, Правни факултет Универзитета у Београду и Правна књига, Београд 2014², 177.

¹⁵⁸⁶ Илија Симић, Александар Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје-седма књига*, Службени гласник, Београд 2006, 29-30.

овлашћење, односно да је у складу са законом, да донесу одлуку о накнади штете директору, пре него што је оснивач потврдио одлуку о враћању на дужност директора, онда се чланови управног одбора налазе у правној заблуди. Из садржине дела образложења објављеног у цитираној збирци судских одлука несумњиво провејава да су чланови управног одбора мислили да су овлашћени на доношење одлуке о накнади штете и без претходне потврде одлуке о враћању на дужност од стране оснивача. Закључујемо, били су у правној заблуди. Даље, били су у правној заблуди, пре доношења КЗ из 2006. године, што значи да чак и да су били у неотклоњивој правној заблуди, морали би бити оглашени кривим. Овако како је учињено, чланови управног одбора су ослобођени, јер суд изгледа није знао разлику између стварне заблуде у ширем смислу и правне заблуде.

15. ДОПУНА – ЛИСТА ПРОПИСА У КОЈИМА СЕ НАЛАЗЕ БЛАНКЕТНЕ НОРМЕ И СПОРЕДНО КРИВИЧНО ЗАКОНОДАВСТВО

Ова допуна има за циљ да укаже, без изражавања мишљења у погледу оног што садржи, колико је тешко и нереално одржавати претпоставку *ignorantia iuris nocet*. Једноставно, у предметном наслову наводимо прописе за које је „пожељно“ да учинилац зна да постоје, а некад можда и да их зна. Непознавање неких ће га одвести у стварну, а других у правну заблуду; или ипак неће. Заборавили смо да су заблуде на маргинама, ако не ни тамо, према радару правосуђа.

15.1. Прописи у којима се налазе бланкетне норме

У овом поднаслову предочава се списак прописа, до којих смо успели да дођемо, а у којима је прописана бланкетна норма. Дакле, да би лице знало шта је забрањено, није довољно да се информише у Кривичном законнику Србије о томе да ли је понашање које намерава да предузме кривично дело или уопштеније речено, да ли је његово понашање забрањено. Додатни проблем код жеље и воље за информисањем о дозвољености понашања настаје из општеприхваћеног убеђења/уверења просечног грађанина, а то је да је забрањено оно што је прописано кривичним законом (мислимо и на споредно кривично законодавство). Поред бројке од скоро 400 кривичних дела у правном

систему Србије, постоји наравно и неколико хиљада понашања која су такође забрањена и прописана су као прекршаји. Није на одмет споменути и да су прекршаји прописани сигурно, у броју прописа – како законских тако и подзаконских, који прелази хиљаду. Но није нам то тема.

На почетку рада, поменули смо податак да смо увидом у 326 кривичних дела прописаних у КЗС, утврдили да бланкетна кривична дела упућују на најмање 172 прописа (ово су они које смо успели да детектујемо, међутим, имајући у виду природу ових прописа, не сумњамо у необично интензивну могућност њиховог размножавања). До ове бројке дошли смо сабирањем прописа у којим се налазе бланкетне норме (155 прописа) и прописа који чине споредно кривично законодавство (28 закона), након чега смо од збира од 183 прописа одузели 11 закона који обухватају споредно кривично законодавство, а који су већ уврштени/набројани/обухваћени приликом утврђивања броја прописа у којима се налазе бланкетне норме. Ово је, убеђени смо, непотпуна бројка. Пре свега из разлога што за привредна кривична дела, нисмо имали у виду оснивачке акте привредних друштава, одлуке њихових скупштина¹⁵⁸⁷, правилнике о систематизацији и уређењу радних места, упутства надзорних одбора и низ других аката који се доносе у привредном друштву.

Следи списак прописа на које упућује КЗ Србије. Уз сваки пропис наводимо и кривично дело из КЗ које упућује на тај пропис, као и бланкетни део законског описа тог кривичног дела.¹⁵⁸⁸ Списак прописа се не наводи по важности или правној снази прописа, већ по редоследу кривичних дела која садрже бланкет у КЗ. Такође, цитирају се одређене одредбе низа правних прописа на које упућују бланкетна кривична дела из КЗ. Надаље, указујемо да одређени пропис у којем се налази бланкетна норма за одређено бланкетно кривично дело, често садржи бланкетне норме и за кривична дела која су сродна том бланкетном кривичном делу. У набрајању бланкетних прописа није нам циљ да означимо сва кривична дела која садржи бланкет, већ да означимо све бланкетне прописе на која упућују бланкетна кривична дела. Стога, десиће се, као што смо рекли, да на пример један закон који садржи бланкетну норму, не садржи само бланкетну норму за једно кривично дело, већ за читав низ кривичних дела. Такође,

¹⁵⁸⁷ Прецизности ради, мисли се на друштва са ограниченом одговорношћу и акционарска друштва.

¹⁵⁸⁸ Неће бити анализирани бланкети за сваки облик кривичног дела, већ ће се за свако кривично дело „узимати“ по један пример бланкета тог кривичног дела.

десиће се да једно кривично дело упућује на више (различитих) бланкетних прописа. Ради прегледности и лакше разумљивости рада, одлучили смо се да означавамо бланкетне прописе појединачно, а не бланкетна кривична дела појединачно. У погледу укупног броја кривичних дела која, према нашем истраживању садрже бланкете, упућујемо на одговарајуће делове у раду.

1. *Закон о поступку прекида трудноће у здравственим установама*¹⁵⁸⁹ – кривично дело недозвољеног прекида трудноће из чл. 120 КЗ, где се у ст. 1 наводи: „Ко противно прописима о вршењу прекида трудноће ...“.
2. *Устав Републике Србије*¹⁵⁹⁰ – кривично дело повреде равноправности из чл. 128 КЗ, где се у ст. 1 наводи: „...другоме ускрати или ограничи права човека и грађанина утврђена Уставом, законима, или другим прописима или општим актима или потврђеним међународним уговорима...“.¹⁵⁹¹ Кривично дело угрожавања територијалне целине из чл. 307 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Ко силом или на други противустанан начин покуша да отцепи неки део територије Србије или да део те територије припоји другој држави...“; кривично дело напада на уставно уређење из чл. 308 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Ко ... покуша да промени уставно уређење Србије или да свргне највише државне органе...“; кривично дело позивања на насилну промену уставног уређења из чл. 309 КЗ; кривично дело убиства представника највиших државних органа из чл. 310 КЗ и др.
3. *Закон о службеној употреби језика и писма*¹⁵⁹² – кривично дело повреде права употребе језика и писма из чл. 129 КЗ, где се у ст. 1 наводи: „Ко супротно прописима о употреби језика и писма...“.
4. *Законик о кривичном поступку*¹⁵⁹³ (и Устав РС) – кривично дело повреде слободе кретања и настањивања из чл. 133 КЗ, где се у ст. 1 наводи: „Ко противправно ускрати или ограничи грађанину Србије слободу кретања или

¹⁵⁸⁹ *Службени гласник РС*, бр. 16/95 и 101/05.

¹⁵⁹⁰ *Службени гласник РС*, бр. 98/06.

¹⁵⁹¹ Овде наравно примећујемо читав низ бланкета.

¹⁵⁹² *Службени гласник РС*, бр. 45/91, 53/93, 67/93, 48/94, 101/05 и 30/10.

¹⁵⁹³ *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 и 55/14.

настањивања на територији Србије...“. Такође, долазе у обзир и кривично дело изнуђивања исказа из чл. 136 КЗ где се наводи: „Службено лице које у вршењу службе употреби силу или претњу или друго недопуштено средство или недопуштен начин...“; затим кривично дело нарушавања неповредивости стана из чл. 139 КЗ где се каже: „Ко неовлашћено продре у туђ стан или туђе затворене просторије...“; затим кривично дело противзаконитог претресања из чл. 140 КЗ где се каже: „Службено лице које у вршењу службе противзаконито врши претресање стана, просторија или лица...“; затим кривично дело повреде тајности писма и других поштиљки из чл. 142 КЗ где се у ст. 1 каже: „Ко неовлашћено отвори туђе писмо, телеграм или какво друго затворено писмено или поштиљку...“, у светлу одредбе чл. 220 ЗКП („Преписка са притвореником“) или посебне доказне радње тајног надзора комуникације из чл. 166 – 169 ЗКП; затим кривично дело неовлашћеног прислушкивања и снимања из чл. 143 КЗ, где се у ст. 1 наводи: „Ко посебним уређајима неовлашћено прислушкује...“ у светлу посебних доказних радњи тајног надзора комуникације (већ наведено) и тајног праћења и снимања из чл. 171 – 173 ЗКП; затим кривично дело неовлашћеног фотографисања из чл. 144 КЗ, где се у ст. 1 наводи: „Ко неовлашћено начини фотографски, филмски, видео или други снимак...“.

5. *Закон о заштити државне границе*¹⁵⁹⁴ – кривично дело противзаконитог претресања из чл. 140 КЗ где се каже: „Службено лице које у вршењу службе противзаконито врши претресање стана, просторија или лица...“. Наиме, у чл. 6 ст. 1 тач. 11 Закона о заштити државне границе пише да полицијски службеник граничне полиције може да изврши растављање превозног средства у случају да је потребан претрес возила. Овде се указује и да претресање возила које је паркирано на јавном месту мора да има своје оправдање у смислу чл. 8 ст. 2 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (Европска комисија за људска права Х. против Белгије, 5488/72 од 30.5.1974. године).¹⁵⁹⁵ Такође, у чл. 6 ст. 1 тач. 7 пише да је полицијски службеник граничне полиције овлашћен и да изврши претрес лица. Указујемо да је одвојено питање усклађивања овог закона са ЗКП Србије.

¹⁵⁹⁴ *Службени гласник РС*, бр. 97/08 и 20/15.

¹⁵⁹⁵ Г. П. Илић *et al.* (2015), 424.

6. *Закон о полицији*¹⁵⁹⁶ – кривично дело повреде слободе кретања и настањивања из чл. 133 КЗ, где се у ст. 1 наводи: „Ко противправно ускрати или ограничи грађанину Србије слободу кретања или настањивања на територији Србије...“. У чл. 88 Закона о полицији наводи се кад је дозвољено привремено ограничавање слободе кретања.
7. *Закон о адвокатури*¹⁵⁹⁷ – кривично дело неовлашћеног откривања тајне из чл. 141 КЗ, где се у ст. 1 наводи: „Адвокат, лекар или друго лице које неовлашћено открије тајну коју је сазнало у вршењу свог позива ...“. Члан 20 Закона о адвокатури се зове „Адвокатска тајна“. Овај члан упућује на статут и кодекс адвокатске коморе.
8. *Кодекс професионалне етике адвоката*¹⁵⁹⁸ – део 3 овог кодекса се зове „Адвокатска тајна“, члан 14 овог кодекса се зове „Предмет тајне“, члан 15 кодекса се зове „Чување тајне“, члан 16 кодекса се зове „Откривање тајне“. Наведено у вези са кривичним делом неовлашћеног откривања тајне из чл. 141 КЗ.
9. *Кодекс професионалне етике Лекарске коморе Србије*¹⁵⁹⁹ – чл. 19 кодекса се зове „Професионална тајна и њено чување“, чл. 20 се зове „Ослобађање од чувања професионалне тајне“. Наведено у вези са кривичним делом неовлашћеног откривања тајне из чл. 141 КЗ.
10. *Закон о заштити података о личности*¹⁶⁰⁰ – кривично дело неовлашћеног прикупљања личних података из чл. 146 КЗ, где се у ст. 1 наводи: „Ко податке о личности који се прикупљају, обрађују и користе на основу закона неовлашћено прибави...“

¹⁵⁹⁶ *Службени гласник РС*, бр. 6/16.

¹⁵⁹⁷ *Службени гласник РС*, бр. 31/11 и 24/12.

¹⁵⁹⁸ *Службени гласник РС*, бр. 27/12.

¹⁵⁹⁹ *Службени гласник РС*, бр. 121/07.

¹⁶⁰⁰ *Службени гласник РС*, бр. 97/08, 104/09, 68/12 и 107/12.

- 11. Закон о окупљању грађана**¹⁶⁰¹ – кривично дело спречавања јавног скупа из чл. 151 КЗ, где се у ст. 1 каже: „Ко силом, претњом, обманом или на други начин спречи или омета јавни скуп који је организован у складу са законом...“
- 12. Закон о раду**¹⁶⁰² – кривично дело спречавања политичког, синдикалног и другог удруживања и деловања из чл. 152 КЗ, где се у ст. 1 наводи: „Ко свесним кршењем закона или на други противправан начин спречи или омета политичко, синдикално или друго удруживање...“ Наиме, слобода политичког, синдикалног и другог удруживања гарантована је и Уставом РС у чл. 55 ст. 1 и Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода у чл. 11.¹⁶⁰³
- 13. Закон о избору народних посланика**¹⁶⁰⁴ – кривично дело повреде права кандидовања из чл. 154 КЗ, где се у ст. 1 наводи: „Ко кршењем закона или на други противправан начин спречи или омета кандидовање на изборима...“ Чланови 9 – 11 Закона о избору народних посланика уређују изборно право.
- 14. Закон о локалним изборима**¹⁶⁰⁵ – исто кривично дело повреде права кандидовања из чл. 154 КЗ. У чл. 6 Закона о локалним изборима прописано је ко има право да буде биран за одборника и ко има право да бира одборника.
- 15. Закон о избору председника Републике**¹⁶⁰⁶ – исто кривично дело повреде права кандидовања из чл. 154 КЗ. Чл. 2 Закона о избору председника Републике се зове „Пасивно и активнио бирачко право“; чл. 9 се зове „Ко може да предложи кандидата“, а поступак кандидовања уређују и чл. 10 до 13 овог закона.
- 16. Закон о јединственом бирачком списку**¹⁶⁰⁷ – кривично дело повреде права гласања из чл. 155 КЗ, где се у ст. 1 наводи: „Ко другог у намери да му онемогући вршење права гласања, противзаконито не упише у списак гласача, избрише из тог списка или га на други противправан начин спречи или омете да

¹⁶⁰¹ Службени гласник РС, бр. 51/92, 53/93, 67/93 и 48/94 и Службени лист СРЈ, бр. 21/01 и Службени гласник РС, бр. 101/05.

¹⁶⁰² Службени гласник РС, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13 и 75/14.

¹⁶⁰³ http://www.coe.org.rs/REPOSITORY/163_ekljp_-_tekst_konvencije.pdf, 14. април 2016.

¹⁶⁰⁴ Службени гласник РС, бр. 35/00, 57/03, 72/03, 75/2003, 18/04, 101/05, 85/05, 28/211 и 104/09.

¹⁶⁰⁵ Службени гласник РС, бр. 129/07, 34/10 и 54/11.

¹⁶⁰⁶ Службени гласник РС, бр. 111/07 и 104/09.

¹⁶⁰⁷ Службени гласник РС, бр. 104/09 и 99/11.

гласа...“ . Иначе, у наведеном закону уређен је, између осталог, поступак вођења бирачког списка, упис, промене и сл.

- 17.** *Закон о пензијском и инвалидском осигурању*¹⁶⁰⁸ – кривично дело повреде права по основу рада и права из социјалног осигурања из чл. 163 КЗ, где се у ст. 1 наводи: „Ко се свесно не придржава закона или других прописа, колективних уговора и других општих аката...“; затим кривично дело злоупотребе права из социјалног осигурања из чл. 168 КЗ, где се у ст. 1 наводи: „Ко симулирањем или проузроковањем болести или неспособности за рад или на други противправан начин постигне да му се призна неко право из социјалног осигурања које му по закону или другим прописима или општим актима не припада...“
- 18.** *Закон о здравственом осигурању*¹⁶⁰⁹ – такође кривично дело повреде права по основу рада и права из социјалног осигурања из чл. 163 КЗ.
- 19.** *Закон о здравственој заштити*¹⁶¹⁰ – такође кривично дело повреде права по основу рада и права из социјалног осигурања из чл. 163 КЗ. Кривично дело несавесног пружања лекарске помоћи из чл. 251 КЗ. Кривично дело неуказивања лекарске помоћи из чл. 253 КЗ. Кривично дело надрилекарства и надриапотекарства из чл. 254 КЗ.
- 20.** *Посебан колективни уговор за државне органе*¹⁶¹¹ - такође кривично дело повреда права по основу рада и права из социјалног осигурања из чл. 163 КЗ.
- 21.** *Закон о државним службеницима*¹⁶¹² – такође кривично дело повреде права по основу рада и права из социјалног осигурања из чл. 163 КЗ.
- 22.** *Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености*¹⁶¹³ – кривично дело повреде права при запошљавању и за време незапослености из чл. 164 КЗ, где се

¹⁶⁰⁸ *Службени гласник РС*, бр. 34/03, 64/04, 84/04, 85/05, 101/05, 63/06, 5/09, 107/09, 101/10, 93/12, 62/13, 108/13, 75/14 и 142/14.

¹⁶⁰⁹ *Службени гласник РС*, бр. 107/05, 109/05, 57/11, 110/12, 119/12, 99/14, 123/14, 126/14, 106/15 и 10/16.

¹⁶¹⁰ *Службени гласник РС*, бр. 107/05, 72/09, 88/10, 99/10, 57/11, 119/12, 45/13, 93/14, 96/15 и 106/15.

¹⁶¹¹ *Службени гласник РС*, бр. 25/15 и 50/15.

¹⁶¹² *Службени гласник РС*, бр. 79/05, 81/05, 83/05, 64/07, 67/07, 116/08, 104/09 и 99/14.

¹⁶¹³ *Службени гласник РС*, бр. 36/09, 88/10 и 38/15.

у ст. 2 наводи: „Казном из става 1. овог члана казниће се и ко се свесно не придржава закона или других општих аката о правима грађана за време незапослености...“.

23. Закон о привредним друштвима¹⁶¹⁴ – кривично дело повреде права на управљање из чл. 165 КЗ, где се у ст. 1 наводи: „Ко... свесним кршењем прописа...спречи или омета одлучивање органа управљања или члана органа управљања да учествује у раду и одлучивању у том органу...“. Кривично дело злоупотребе положаја одговорног лица из чл. 234 КЗ, кривично дело злоупотребе овлашћења у привреди из чл. 238 КЗ; кривично дело одавања пословне тајне из чл. 240 КЗ.

24. Закон о штрајку¹⁶¹⁵ – кривично дело повреде права на штрајк из чл. 166 КЗ, где се у ст. 1 наводи: „Ко...на други противправан начин спречи или омета запослене да, у складу са законом, организују штрајк, учествују у њему или на други начин остварују право на штрајк...“; затим кривично дело злоупотребе права на штрајк из чл. 167 КЗ, где се у ст. 1 каже: „Ко организује или води штрајк супротно закону или другим прописима...“.

25. Закон о безбедности и здрављу на раду¹⁶¹⁶ – кривично дело непредузимања мера заштите на раду из чл. 169 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Лице одговорно за предузимање мера заштите на раду које се свесно не придржава закона или других прописа или општих аката о мерама заштите на раду...“. Кривично дело изазивања опште опасности из чл. 278 КЗ, где се у ст. 2, између осталог, прописује: „... или уопште не поступа по прописима или техничким правилима о мерама заштите...“.

26. Закон о јавном информисању и медијима¹⁶¹⁷ – кривично дело клевете (брисано из КЗ, Законом о изменама и допунама КЗ – Службени гласник бр. 121/12). Овде би требало имати у виду чл. 9 Закона о јавном информисању и медијима који се зове „Обавеза новинарске пажње“ (ранији чл. 3 Закона о јавном

¹⁶¹⁴ Службени гласник РС, бр. 36/11, 99/11, 83/14 и 5/15.

¹⁶¹⁵ Службени лист СРЈ, бр. 29/96 и Службени гласник РС, бр. 101/05 и 103/12.

¹⁶¹⁶ Службени гласник РС, бр. 101/05 и 91/15.

¹⁶¹⁷ Службени гласник РС, бр. 83/14 и 58/15.

информисању¹⁶¹⁸), а где је у ст. 1 прописано: „Уредник и новинар дужни су да с пажњом примереном околностима, пре објављивања информације која садржи податке о одређеној појави, догађају или личности провере њено порекло, истинитост и потпуност.“

27. *Закон о изгледу и употреби грба, заставе и химне Републике Србије*¹⁶¹⁹ – кривично дело повреде угледа Србије из чл. 173 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Ко јавно изложи порузи Србију, њену заставу, грб или химну...“

28. *Породични закон*¹⁶²⁰ – кривично дело двобрачности из чл. 187 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Ко закључи нови брак иако се већ налази у браку...“. У чл. 3 Породичног закона (ПЗ), прописано је шта је брак и како се може склопити. Други део ПЗ носи назив „Брак“, а први поддео у оквиру дугог дела закона носи назив „Склапање брака“, док се трећи поддео зове „Престанак брака“. Затим, кривично дело ванбрачне заједнице са малолетником из чл. 190 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Пунолетно лице које живи у ванбрачној заједници са малолетником...“. Члан 4 ПЗ зове се „Ванбрачна заједница“. Затим кривично дело насиља у породици из чл. 194 КЗ где је у ст. 1. прописано: „Ко применом насиља... угрожава спокојство, телесни интегритет или душевно стање члана своје породице...“, а у чл. 197 ст. 3 ПЗ се изричито наводи ко се сматра чланом породице, а такође се и у чл. 112 ст. 28 КЗ прописује ко се сматра чланом породице. Затим кривично дело недавања издржавања из чл. 195 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Ко не даје издржавање за лице које је по закону дужан да издржава...“. Део седам ПЗ носи назив „Издржавање“, и обухвата чл. 151 до 167 ПЗ. Уређује издржавање супружника, издржавање ванбрачног партнера, издржавање мајке детета, издржавање детета, родитеља и других сродника и одређивање и престанак издржавања. Затим кривична дела кршења породичних обавеза из чл. 196 КЗ и родоскрвњења из чл. 197 КЗ.

¹⁶¹⁸ Види З. Стојановић (2012), 512.

¹⁶¹⁹ *Службени гласник РС*, бр. 36/09.

¹⁶²⁰ *Службени гласник РС*, бр. 18/05, 72/11 и 6/15.

- 29.** *Закон о ауторским и сродним правима*¹⁶²¹ – кривично дело повреде моралних права аутора и интерпретатора из чл. 198 КЗ, где се у ст. 1 користи на пример реч „ауторско дело“. У чл. 2 Закона о ауторским и сродним правима прописано је шта се сматра ауторским делом. Затим кривично дело неовлашћеног искоришћавања ауторског дела или предмета сродног права из чл. 199 КЗ.¹⁶²²
- 30.** *Закон о патентима*¹⁶²³ – кривично дело повреде проналазачког права из чл. 201 КЗ. У чл. 7 ст. 1 Закона о патентима одређен је појам патента.
- 31.** *Закон о правној заштити индустријског дизајна*¹⁶²⁴ – кривично дело неовлашћеног коришћења туђег дизајна из чл. 202 КЗ. У чл. 2 Закона о правној заштити индустријског дизајна уређен је појам индустријског дизајна.
- 32.** *Закон о културним добрима*¹⁶²⁵ – кривично дело тешке крађе из чл. 204 КЗ, где је у ст. 2 прописано: „Казном из става 1. овог члана казниће се и учинилац дела крађе ако... украдена ствар представља културно добро, односно добро које ужива претходну заштиту или природно добро.“ Друга глава Закона о културним добрима зове се „Врсте културних добара и добра која уживају претходну заштиту“, а четврта глава овог закона зове се „Утврђивање културних добара“. Затим кривично дело утаје из чл. 207 КЗ чији ст. 4 се односи на културно добро односно добро које ужива претходну заштиту; затим кривично дело ситне крађе, преваре и утаје из чл. 210 КЗ, чији се став 2 односи на културно добро, а исто и са кривичним делом уништења и оштећења туђе ствари из чл. 212 КЗ, где се став 3 односи на културно добро и др.; као и кривично дело прикривања из чл. 221 КЗ чији се став 4 односи на „културно добро од изузетног или великог значаја“; затим кривично дело неовлашћеног изношења културног добра у иностранство из чл. 221а КЗ.

¹⁶²¹ *Службени гласник РС*, бр. 104/09, 99/11, 119/12 и 29/16.

¹⁶²² Овде још једном подсећамо, на чињеницу да смо на почетку овог поднасловa указали да нећемо назначавати и набрајати сва бланкетна кривична дела, већ бланкете на које упућују бланкетна кривична дела.

¹⁶²³ *Службени гласник РС*, бр. 99/11.

¹⁶²⁴ *Службени гласник РС*, бр. 104/09 и 45/15.

¹⁶²⁵ *Службени гласник РС*, бр. 71/94, 52/11 и 99/11.

- 33.** *Закон о осигурању*¹⁶²⁶ – кривично дело преваре у осигурању из чл. 208а КЗ. Наиме, у чл. 2 Закона о осигурању уређено је шта се сматра за делатност осигурања уопште.
- 34.** *Закон о спорту*¹⁶²⁷ – кривично дело договарања исхода такмичења из чл. 208б КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Ко договори исход спортског или другог такмичења...“ У чл. 2 ст. 1 тач. 22 Закона о спорту прописно је шта се сматра спортским такмичењем. Кривично дело насилничког понашања на спортској приредби или јавном скупу из чл. 344а КЗ.
- 35.** *Закон о облигационим односима*¹⁶²⁸ – кривично дело неоснованог добијања и коришћења кредита и друге погодности из чл. 109 КЗ. У глави 35 Закона о облигационим односима уређен је уговор о кредиту (у чл. 1065 ЗОО, прописан је појам уговора о кредиту).
- 36.** *Закон о шумама*¹⁶²⁹ – кривично дело противправног заузимања земљишта из чл. 218 КЗ, где је у ст. 2 прописано: „Ако је заузето земљиште део заштитне шуме, националног парка или другог земљишта са посебном наменом...“ У чл. 5 Закона о шумама прописано је шта се сматра шумом и шумским земљиштем. Кривично дело пустошења шума из чл. 274 КЗ.
- 37.** *Закон о планирању и изградњи*¹⁶³⁰ – кривично дело грађења без грађевинске дозволе из чл. 219а КЗ; затим кривично дело прикључења објекта који је изграђен без грађевинске дозволе из чл. 219б. Кривично дело непрописног и неправилног извођења грађевинских радова из чл. 281 КЗ.
- 38.** *Закон о извршењу и обезбеђењу*¹⁶³¹ – кривично дело оштећења туђих права из чл. 220 КЗ, где је у ст. 2 прописано: „Казном из става 1. овог члана казниће се и ко у намери да осујети измирење повериоца у току принудног извршења отуђи,

¹⁶²⁶ *Службени гласник РС*, бр. 55/04, 70/04, 61/05, 85/05, 101/07, 63/09, 107/09, 99/11, 119/12, 116/13 и 139/14.

¹⁶²⁷ *Службени гласник РС*, бр. 10/16.

¹⁶²⁸ *Службени лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003.

¹⁶²⁹ *Службени гласник РС*, бр. 30/10, 93/12 и 89/15.

¹⁶³⁰ *Службени гласник РС*, бр. 72/09, 81/09, 64/10, 247/11, 121/12, 42/13, 50/13, 98/13, 132/14 и 145/14.

¹⁶³¹ *Службени гласник РС*, бр. 31/11, 99/11, 109/13, 55/14 и 139/14.

уништи...“ Члан. 2 Закона о извршењу и обезбеђењу зове се „Покретање и спровођење поступка“.

- 39.** *Закон о тржишту капитала*¹⁶³² – кривично дело фалсификовања хартија од вредности из чл. 224 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Ко направи лажне хартије од вредности или преиначи праве хартије од вредности...“ У чл. 2 ст. 1 тач. 1 Закона о тржишту капитала прописано је шта се сматра финансијским инструментима, а у тач. 2 је одређено шта се сматра преносивом хартијом од вредности.
- 40.** *Закон о акцизама*¹⁶³³ – кривично дело фалсификовања знакова за вредност из чл. 226 КЗ.
- 41.** *Уредба о изгледу контролне акцизне маркице, врсти података на маркици и начину и поступку одобравања и издавања маркица, вођења евиденција о одобреним и издатим маркицама и обележавању цигарета и алкохолних пића*¹⁶³⁴ – кривично дело фалсификовања знакова за вредност из чл. 226 КЗ.
- 42.** *Закон о чеку*¹⁶³⁵ – кривично дело издавања чека и коришћења платних картица без покрића из чл. 228 КЗ, где је у ст. 2 прописано: „Казном из става 1. овог члана казниће се и ко изда или стави у промет чек, меницу, акцептни налог, какву гаранцију ...“
- 43.** *Закон о меници*¹⁶³⁶ – кривично дело издавања чека и коришћења платних картица без покрића из чл. 228 КЗ, где је у ст. 2 прописано: „Казном из става 1. овог члана казниће се и ко изда или стави у промет чек, меницу, акцептни налог, какву гаранцију ...“

¹⁶³² *Службени гласник РС*, бр. 31/11 и 112/15.

¹⁶³³ *Службени гласник РС*, бр. 22/01, 73/01, 80/02, 43/03, 72/03, 43/04, 55/04, 135/04, 46/05, 101/05, 61/07, 5/09, 31/09, 101/10, 43/11, 101/11, 6/12, 43/12, 76/12, 93/12, 119/12, 8/13, 47/13, 4/14, 68/14, 142/14, 4/15, 5/15, 55/15, 103/15 и 5/16.

¹⁶³⁴ *Службени гласник РС*, бр. 137/04, 11/05, 29/05, 56/05, 75/05, 88/05, 108/06 и 83/11.

¹⁶³⁵ *Службени лист ФНРЈ*, бр. 105/46, *Службени лист СФРЈ*, бр. 12/65, 50/71 и 52/73, *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003.

¹⁶³⁶ *Службени лист ФНРЈ*, бр. 104/46, *Службени лист СФРЈ*, бр. 16/65, 54/70 и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/03.

44. *Закон о пореском поступку и пореској администрацији*¹⁶³⁷ – кривично дело пореске утаје из чл. 229 КЗ.
45. *Закон о порезу на додату вредност*¹⁶³⁸ – кривично дело пореске утаје из чл. 229 КЗ.
46. *Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање*¹⁶³⁹ – кривично дело пореске утаје из чл. 229 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Ко у намери да потпуно или делимично избегне плаћање пореза, доприноса или других прописаних дажбина...“ У чл. 3 Закона о доприносима за обавезно социјално осигурање одређено је шта су доприноси за обавезно социјално осигурање.
47. *Закон о порезима на употребу, држање и ношење добара*¹⁶⁴⁰ – кривично дело пореске утаје из чл. 229 КЗ.
48. *Закон о порезу на добит правних лица*¹⁶⁴¹ – кривично дело пореске утаје из чл. 229 КЗ.
49. *Закон о порезу на премије неживотних осигурања*¹⁶⁴² – кривично дело пореске утаје из чл. 229 КЗ.
50. *Закон о порезима на имовину*¹⁶⁴³ – кривично дело пореске утаје из чл. 229 КЗ.
51. *Закон о мировању и отпису дуга по основу доприноса за обавезно здравствено осигурање*¹⁶⁴⁴ - кривично дело пореска утаја из чл. 229 КЗ.

¹⁶³⁷ *Службени гласник РС*, бр. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 63/06, 61/07, 20/09, 72/09, 53/10, 101/11, 2/12, 93/12, 47/13, 108/13, 68/14, 105/14, 91/15, 112/15 и 15/16.

¹⁶³⁸ *Службени гласник РС*, бр. 84/04, 86/04, 61/05, 61/07, 93/12, 108/13, 6/14, 68/14, 142/14, 5/15, 83/15 и 5/16.

¹⁶³⁹ *Службени гласник РС*, бр. 84/04, 61/05, 62/06, 5/09, 52/11, 101/11, 7/12, 8/13, 47/13, 108/13, 6/14, 57/14, 68/14, 5/15, 112/15 и 5/16.

¹⁶⁴⁰ *Службени гласник РС*, бр. 26/01, 80/02, 43/04, 31/09, 101/10, 24/11, 100/11, 120/12, 113/13, 68/14, 140/14, 109/15 и 112/15.

¹⁶⁴¹ *Службени гласник РС*, бр. 25/01, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10, 101/11, 119/12, 47/13, 108/13, 68/14, 142/14, 91/15 и 112/15.

¹⁶⁴² *Службени гласник РС*, бр. 135/04 и 68/14.

¹⁶⁴³ *Службени гласник РС*, бр. 26/01, Сл. лист СРЈ, бр. 42/02, *Службени гласник РС*, бр. 80/02, 135/04, 61/07, 5/09, 101/10, 24/11, 78/11, 57/12, 47/13 и 68/14.

¹⁶⁴⁴ *Службени гласник РС*, бр. 102/08 и 31/09.

- 52.** *Закон о условном отпису камата и мировању пореског дуга*¹⁶⁴⁵ – кривично дело пореске утаје из чл. 229 КЗ.
- 53.** *Закон о порезу на доходак грађана*¹⁶⁴⁶ – кривично дело неуплаћивања пореза по одбитку из чл. 229а КЗ. У чл. 99 Закона о порезу на доходак грађана у ст. 1 прописано је на које приходе се плаћа порез по одбитку.
- 54.** *Царински закон*¹⁶⁴⁷ – кривично дело кријумчарења из чл. 230 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Ко се бави преношењем робе преко царинске линије избегавајући мере царинског надзора...“ У чл. 3 Царинског закона одређено је да је царинска линија истоветна са границом Републике Србије.
- 55.** *Закон о заштити конкуренције*¹⁶⁴⁸ – кривично дело злоупотребе монополистичког положаја из чл. 232 КЗ. У чл. 15 Закона о заштити конкуренције уређено је шта се сматра доминантним положајем на тржишту, а чл. 16 се зове „Злоупотреба доминантног положаја“.
- 56.** *Закон о жиговима*¹⁶⁴⁹ – кривично дело неовлашћене употребе туђег пословног имена и друге посебне ознаке робе или услуга из чл. 233 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Ко се у намери да обмане купце или кориснике услуга послужи туђим пословним именом, туђом географском ознаком порекла, туђим жигом или туђом посебном ознаком робе...“ У чл. 1 ст. 2 Закона о жиговима прописано је: „Жиг је право којим се штити знак који у промету служи за разликовање робе, односно услуга једног физичког или правног лица од исте или сличне робе...“, а у ст. 3 пише: „Жигом у смислу овог закона, сматра се и жиг који је међународно регистрован за територију Републике Србије, а на основу Мадридског аранжмана о међународном регистровању жигова, односно Протокола уз Мадридски аранжман о међународном регистровању жигова.“

¹⁶⁴⁵ *Службени гласник РС*, бр. 119/12.

¹⁶⁴⁶ *Службени гласник РС*, бр. 24/01, 80/02, 135/04, 62/06, 65/06, 31/09, 44/09, 18/10, 50/11, 91/11, 7/12, 93/12, 114/12, 8/13, 47/13, 48/13, 108/13, 6/14, 57/14, 68/14, 5/15, 112/15 и 5/16.

¹⁶⁴⁷ *Службени гласник РС*, бр. 8/2010, 111/2012 и 29/2015.

¹⁶⁴⁸ *Службени гласник РС*, бр. 51/09 и 95/13.

¹⁶⁴⁹ *Службени гласник РС*, бр. 104/09 и 10/13.

- 57.** *Закон о ознакама географског порекла*¹⁶⁵⁰ – кривично дело неовлашћене употребе туђег пословног имена и друге посебне ознаке робе или услуга из чл. 233 КЗ. У чл. 4 Закона о ознакама географског порекла уређен је појам географске ознаке.
- 58.** *Закон о јавним набавкама*¹⁶⁵¹ – кривично дело злоупотребе у вези са јавном набавком из чл. 234а КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Одговорно лице у предузећу или другом субјекту привредног пословања које има својство правног лица или предузетник, који у вези са јавном набавком поднесе понуду засновану на лажним подацима, или се на недозвољен начин договара са осталим понуђачима, или предузме друге противправне радње у намери да тиме утиче на доношење одлуке наручиоца јавне набавке...” У чл. 3 Закона о јавним набавкама, уређено је значење израза употребљених у том закону, те је одређено и шта се сматра под следећим изразима: јавна набавка, понуђач, послови јавних набавки и др.
- 59.** *Закон о стечају*¹⁶⁵² – кривично дело проузроковања стечаја из чл. 235 КЗ; затим кривично дело проузроковања лажног стечаја из чл. 236 КЗ; затим кривично дело оштећења повериоца из чл. 237 КЗ.
- 60.** *Закон о трговини*¹⁶⁵³ – кривично дело недозвољене трговине из чл. 243 КЗ.
- 61.** *Закон о метрологији*¹⁶⁵⁴ – кривично дело фалсификовања знакова за обележавање робе, мера и тегова из чл. 245 КЗ, где је у ст. 2 прописано: „Ко у намери да их употреби као праве направи лажна уверења о одобрењу типа мерила и уверења о оверавању мерила, односно жигове и друге знакове усаглашености којима се жигошу мерила и предмети од драгоцених метала у смислу прописа којима се уређују метрологија и контрола предмета од драгоцених метала...” У чл. 5 Закона о метрологији уређено је шта се сматра „законском метролошком контролом“, „законском контролом мерила“,

¹⁶⁵⁰ *Службени гласник РС*, 18/10.

¹⁶⁵¹ *Службени гласник РС*, бр. 124/12, 14/2015 и 68/15.

¹⁶⁵² *Службени гласник РС*, бр. 104/09, 99/11, 71/12 и 83/14.

¹⁶⁵³ *Службени гласник РС*, бр. 53/10 и 10/13.

¹⁶⁵⁴ *Службени гласник РС*, бр. 15/16.

„метролошким надзором“, „метролошком експертизом“, „оцењивањем усаглашености мерила“ и др.

- 62.** *Закон о контроли предмета од драгоцених метала*¹⁶⁵⁵ – кривично дело фалсификовања знакова за обележавање робе, мера и тегова из чл. 245 КЗ. У чл. 3 Закона о контроли предмета од драгоцених метала одређено је, између осталог, и значење следећих појмова: драгоцени метали, државни жиг, означавање предмета од драгоцених метала, жигосање предмета од драгоцених метала, контрола предмета од драгоцених метала и др.
- 63.** *Закон о психоактивним контролисаним супстанцама*¹⁶⁵⁶ – кривично дело неовлашћене производње и стављања у промет опојних дрога из чл. 246 КЗ; затим кривично дело неовлашћеног држања опојних дрога из чл. 246а КЗ и кривично дело омогућавања уживања опојних дрога из чл. 247 КЗ. У чл. 2 ст. 2 Закона о психоактивним контролисаним супстанцама одређено је шта се сматра психоактивним контролисаним супстанцама, те се наводи да су то: опојне дроге, психотропне супстанце, производи биолошког порекла који имају психоактивно дејство и друге психоактивне контролисане супстанце. У чл. 3 овог закона који се зове „Значење израза“ одређено је значење појмова: опојна дрога, психотропна супстанца, конопља, недозвољена производња и промет психоактивних контролисаних супстанци.
- 64.** *Правилник о утврђивању Списка психоактивних контролисаних супстанци*¹⁶⁵⁷ – кривична дела која се односе на опојне дроге из чл. 246 КЗ, 246а КЗ и 247 КЗ.
- 65.** *Закон о заштити становништва од заразних болести*¹⁶⁵⁸ – кривично дело непоступања по здравственим прописима за време епидемије из чл. 248 КЗ; затим кривично дело преношења заразне болести из чл. 249 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Ко не поступа по прописима, одлукама или наредбама за сузбијање или спречавање заразних болести...“ У чл. 2 овог закона одређено је значење

¹⁶⁵⁵ Службени гласник РС, бр. 36/11 и 15/16.

¹⁶⁵⁶ Службени гласник РС, бр. 99/10.

¹⁶⁵⁷ Службени гласник РС, бр. 111/15.

¹⁶⁵⁸ Службени гласник РС, бр. 15/16.

следећих појмова: заразна болест, спречавање појаве заразне болести, сузбијање заразне болести.

- 66.** *Уредба о здравственој заштити становништва од заразних болести*¹⁶⁵⁹ – кривично дело непоступања по здравственим прописима за време епидемије из чл. 248 КЗ, кривично дело преношења заразне болести из чл. 249 КЗ.
- 67.** *Закон о лековима и медицинским средствима*¹⁶⁶⁰ – кривично дело противправног вршења медицинских експеримената и испитивања лека из чл. 252 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Ко противно прописима на људима врши медицинске експерименте или друге сличне експерименте...“, а у ст. 3: „Ко противно прописима врши клиничко испитивање лека“. Чл. 25 Закона о лековима и медицинским средствима се зове „Испитивање лека“ и у ст. 2 овог члана пише: „Лек може да се фармацеутски, фармаколошко-токсиколошки и клинички испитује и пошто је за њега издата дозвола за лек ради добијања допунских података о леку.“, а у ст. 3 пише: „Лек се испитује у складу са Смерницама Добре произвођачке праксе, Добре лабораторијске праксе и Добре клиничке праксе, а ветеринарски лек се испитује у складу са Смерницама Добре клиничке праксе за ветеринарске лекове.“
- 68.** *Смернице добре клиничке праксе у клиничком испитивању*¹⁶⁶¹ – кривично дело противправног вршења медицинских експеримената и испитивања лека из чл. 252 КЗ.
- 69.** *Правилник о условима за производњу лекова, садржају обрасца дозволе за производњу лека и регистру издатих дозвола за производњу лекова*¹⁶⁶² – кривично дело надрилекарства и надриапотекарства из чл. 254 КЗ.
- 70.** *Правилник о условима за израду галенских лекова*¹⁶⁶³ – кривично дело надрилекарства и надриапотекарства из чл. 254 КЗ.

¹⁶⁵⁹ Службени гласник РС, бр. 29/02.

¹⁶⁶⁰ Службени гласник РС, бр. 30/10 и 107/12.

¹⁶⁶¹ Службени гласник РС, бр. 28/08.

¹⁶⁶² Службени гласник РС, бр. 18/12 и 91/13.

¹⁶⁶³ Службени гласник РС, бр. 10/12.

71. *Правилник о начину издавања и прописивања лекова*¹⁶⁶⁴ – кривично дело надрилекарства и надриапотекарства из чл. 254 КЗ, где је у ст. 2 прописано: „Казном из става 1. овог члана казниће се и ко се без одговарајуће стручне спреме бави справљањем, или издавањем лекова.“
72. *Закон о здравственој исправности животних намирница и предметима опште употребе*¹⁶⁶⁵ – кривично дело производње и стављања у промет штетљивих производа из чл. 256 КЗ, где је у ст. 2 прописано: „Ко животне намирнице, јело или пиће, лек или медицинско средство, ставља у промет без извршеног прегледа од стране овлашћеног лица кад је тај преглед прописима предвиђен...“ У чл. 52 ст. 1 Закона о здравственој исправности предмета опште употребе, пише да ће се до доношења подзаконских аката на основу овлашћења из овог закона (Закона о здравственој исправности предмета опште употребе) примењивати прописи донети на основу Закона о здравственој исправности животних намирница и предметима опште употребе, ако нису у супротности са одредбама Закона о здравственој исправности предмета опште употребе.
73. *Закон о здравственом надзору над животним намирницама и предметима опште употребе*¹⁶⁶⁶ – кривично дело производње и стављања у промет штетљивих производа из чл. 256 КЗ. У чл. 52 ст. 1 Закона о здравственој исправности предмета опште употребе, пише да ће се до доношења подзаконских аката на основу овлашћења из овог закона (Закона о здравственој исправности предмета опште употребе) примењивати прописи донети на основу Закона о здравственом надзору над животним намирницама и предметима опште употребе, ако нису у супротности са одредбама Закона о здравственој исправности предмета опште употребе.

¹⁶⁶⁴ Службени лист СРЈ, бр. 16/94, 22/97 и 55/2002 и Службени лист СЦГ, бр. 1/03.

¹⁶⁶⁵ Службени лист СФРЈ, бр. 53/91, Службени лист СРЈ, бр. 24/94, 28/96 и 37/02 и Службени гласник РС, бр. 51/09 и 95/13.

¹⁶⁶⁶ Службени гласник СРС, бр. 48/77 и 29/88 и Службени гласник РС, бр. 44/91, 53/93, 67/93, 48/94 и 101/05.

74. *Закон о здравственој исправности предмета опште употребе*¹⁶⁶⁷ – кривично дело производње и стављања у промет шkodљивих производа из чл. 256 КЗ.
75. *Закон о санитарном надзору*¹⁶⁶⁸ – кривично дело производње и стављања у промет шkodљивих производа из чл. 256 КЗ.
76. *Закон о водама*¹⁶⁶⁹ – кривично дело загађивања воде за пиће и животних намирница из чл. 258 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Ко каквом шkodљивом материјом загади воду која људима служи за пиће ...“ У чл. 3 ст. 1 тач. 5 одређено је шта се сматра водом за пиће – „вода која се користи за пиће, прераду и производњу хране и предмета опште употребе, као и остале потребе људи“, а у тач. 29, одређено је шта се сматра загађивањем – „директно или индиректно уношење, као резултат људске активности, супстанце или топлоте у ваздух, воду или земљу, а које може бити штетно по људско здравље или квалитет акватичних екосистема или сувоземних екосистема директно зависних од акватичних екосистема (приобални екосистеми), које проузрокује штету на материјалним добрима или умањује или омета обичајна и друга легитимна коришћења животне средине“.
77. *Закон о заштити животне средине*¹⁶⁷⁰ – кривично дело загађења животне средине из чл. 260 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Ко кршећи прописе о заштити, очувању и унапређењу животне средине загади ваздух, воду или земљиште у већој мери или на ширем простору...“ Кривично дело непредузимања мера заштите животне средине из чл. 261 КЗ; затим кривично дело противправне изградње и стављања у погон објеката и постројења који загађују животну средину из чл. 262 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Службено или одговорно лице које противно прописима о заштити, очувању и унапређењу животне средине...“; кривично дело оштећења животне средине из чл. 264 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Ко кршећи прописе, искоришћавањем природних богатстава, изградњом објеката, извођењем каквих радова...“ Кривично дело уништења, оштећења, изношења у иностранство и уношења у Србију заштићеног

¹⁶⁶⁷ *Службени гласник РС*, бр. 92/11.

¹⁶⁶⁸ *Службени гласник РС*, бр. 125/04.

¹⁶⁶⁹ *Службени гласник РС*, бр. 30710.

¹⁶⁷⁰ *Службени гласник РС*, бр. 135/04, 36/09, 72/09, 43/11 и 14/16.

природног добра из чл. 265 КЗ, где је у ст. 3 прописано: „Ко противно прописима извезе или изнесе у иностранство строго заштићену, односно заштићену врсту биљака или животиња или увезе или унесе у Србију страну врсту биљака или животиња заштићену међународним уговорима...“ У чл. 3 ст. 1 тач. 11 Закона о заштити животне средине одређено је шта се сматра загађењем животне средине; део три закона се зове „Мере и услови заштите животне средине“, а у овом делу уређено је следеће: превентивне мере; услови заштите животне средине; мере заштите од опасних материја; програми и планови и др.

78. Закон о управљању отпадом¹⁶⁷¹ – кривично дело уношења опасних материја у Србију и недозвољеног прерађивања, одлагања и складиштења опасних материја из чл. 266 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Ко противно прописима унесе у Србију радиоактивне или друге опасне материје или опасне отпатке, или ко превози, прерађује, одлаже, сакупља или складишти такве материје или отпатке...“ У чл. 5 ст. 1 тач. 16 Закона о управљању отпадом одређено је да се одлагањем отпада сматра „било која операција која није поновно искоришћавање отпада, чак и када та операција има за секундарну последицу настајање супстанце или енергије...“; у тач. 17 одређено је да је отпад „свака материја или предмет који држалац одбацује, намерава или је неопходно да одбаци“; а у тач. 18 одређено је да је опасан отпад „отпад који по свом пореклу, саставу или концентрацији опасних материја може проузроковати опасност по животну средину и здравље људи и има најмање једну од опасних карактеристика утврђених посебним прописима, укључујући и амбалажу у коју је опасан отпад био или јесте упакован...“ У чл. 8 Закона о управљању отпадом уређена је класификација отпада, те је у ст. 1 прописано да се отпад разврстава према каталогу отпада, а у ст. 2 да је каталог отпада збирна листа неопасног и опасног отпада према пореклу и саставу, а у чл. 8в уређен је престанак статуса отпада. У чл. 28 овог закона одређене су обавезе превозника отпада; у чл. 36 складиштење отпада, а у чл. 44 управљање опасним отпадом.

¹⁶⁷¹ Службени гласник РС, бр. 36/09, 88/10 и 14/16.

- 79.** *Закон о транспорту опасног терета*¹⁶⁷² – кривично дело уношења опасних материја у Србију и недозвољеног прерађивања, одлагања и складиштења опасних материја из чл. 266 КЗ.
- 80.** *Правилник о начину складиштења, паковања и обележавања опасног отпада*¹⁶⁷³ – кривично дело уношења опасних материја у Србију и недозвољеног прерађивања, одлагања и складиштења опасних материја из чл. 266 КЗ.
- 81.** *Правилник о превентивним мерама за безбедан и здрав рад при излагању хемијским материјама*¹⁶⁷⁴ – кривично дело уношења опасних материја у Србију и недозвољеног прерађивања, одлагања и складиштења опасних материја из чл. 266 КЗ.
- 82.** *Правилник о управљању медицинским отпадом*¹⁶⁷⁵ – кривично дело уношења опасних материја у Србију и недозвољеног прерађивања, одлагања и складиштења опасних материја из чл. 266. КЗ. У чл. 2 ст. 1 тач. 3 одређено је шта се сматра опасним медицинским отпадом.
- 83.** *Закон о забрани изградње нуклеарних електрана у СРЈ*¹⁶⁷⁶ – кривично дело недозвољене изградње нуклеарних постројења из чл. 267 КЗ.
- 84.** *Закон о добробити животиња*¹⁶⁷⁷ – кривично дело убијања и злостављања животиња из чл. 269 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Ко кршећи прописе, убије, повреди, мучи, или на други начин злоставља животињу...“ У чл. 5 ст. 1 тач. 18 овог закона одређено је шта се сматра злостављањем животиње, а у тач. 46 одређено је да је религиозно клање „клање које се обавља у објектима за клање животиња (кланицама) у складу са религиозним ритуалима верске заједнице регистроване у Републици Србији, уз претходну сагласност верске заједнице...“

¹⁶⁷² *Службени гласник РС*, бр. 88/10.

¹⁶⁷³ *Службени гласник РС*, бр. 92/10.

¹⁶⁷⁴ *Службени гласник РС*, бр. 106/09.

¹⁶⁷⁵ *Службени гласник РС*, бр. 78/10.

¹⁶⁷⁶ *Службени лист СРЈ*, бр. 12/95 и *Службени гласник РС*, бр. 85/05.

¹⁶⁷⁷ *Службени гласник РС*, бр. 41/09.

85. Закон о ветеринарству¹⁶⁷⁸ – кривично дело преношења заразних болести код животиња и биљака из чл. 270 КЗ, где у ст. 1 пише: „Ко за време епидемије неке болести животиња која може угрозити сточарство не поступа по прописима, одлукама или наредбама којима се одређују мере за сузбијање или спречавање болести...“ У чл. 2 овог закона у ст. 1 прописано је: „Заразне болести животиња, у смислу овог закона, сматрају се болести које су одређене зоосанитарним кодексом Међународне организације за заштиту здравља животиња – *Office International des Epizooties* (у даљем тексту: ОИЕ).“; у ст. 2 предвиђено је следеће: „Нарочито заразним болестима животиња..., сматрају се болести које се могу веома брзо ширити без обзира на државне границе и које изазивају велике здравствене проблеме праћене негативним економским последицама по земљу, као и на међународну трговину животиња, производа животињског порекла, хране животињског порекла и хране за животиње.“ У ст. 3 одређено је да министар надлежан за послове ветеринарства прописује листу заразних болести из ст. 1 тог члана и листу нарочито опасних болести из ст. 2 тог члана.

86. Закон о националним парковима¹⁶⁷⁹ – кривично дело пустошења шума из чл. 274 КЗ, где је у ст. 2 прописано: „Ко дело из става 1. овог члана изврши у заштићеној шуми, националном парку или другој шуми са посебном наменом...“.

87. Закон о дивљачи и ловству¹⁶⁸⁰ – кривично дело незаконитог лова из чл. 276 КЗ. У чл. 4 ст. 1 тач. 8 одређено је шта је дивљач; у тач. 23 одређено је шта је ловостај; у тач. 31 одређено је шта је отворено ловиште; у тач. 35 одређено је шта је појединачно право на лов; у тач. 38 одређено је шта је санитарни одстрел дивљачи. Члан 20 уређује статус заштите дивљачи; чл. 21 се зове „Начин проглашавања ловостајем заштићених врста дивљачи; чл. 60 се зове „Право на лов дивљачи“; чл. 63 се зове „Дозволе за лов“; чл. 69 се зове „Лов без одобрења; чл. 76 се зове „Забране у лову“; чл. 77 се зове „Забране у коришћењу оружја и муниције“. У чл. 276 ст. 4 КЗ пише: „Ко лови дивљач чији је лов забрањен или ко лови без посебне дозволе одређену врсту дивљачи за чији је лов потребна

¹⁶⁷⁸ Службени гласник РС, бр. 91/05, 30/10 и 93/12.

¹⁶⁷⁹ Службени гласник РС, бр. 39/93, 44/93, 53/93, 67/93, 48/94 и 101/05.

¹⁶⁸⁰ Службени гласник РС, бр. 18/10.

таква дозвола или ко лови на начин или средствима којима се дивљач масовно уништава...“

88. *Правилник о проглашавању ловостајем заштићених врста дивљачи*¹⁶⁸¹ – кривично дело незаконитог лова из чл. 276 КЗ, где је у ст. 3 прописано: „Ако је дело из става 2. овог члана учињено у односу на крупну дивљач...“ У чл. 2 ст. 1 тач. 1 Правилника о проглашавању ловостајем заштићених врста дивљачи одређено је шта се сматра крупном дивљачи; а у ст. 2 шта се сматра ситном дивљачи. Уз овај правилник налази се и „Прилог – Трајање ловне сезоне на ловостајем заштићене врсте дивљачи“ у којем је одређено које врсте ловостајем заштићене дивљачи се лове у ком периоду ловне године. У чл. 276 ст. 1 КЗ пише: „Ко лови дивљач за време ловостаја...“.

89. *Закон о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда*¹⁶⁸² – кривично дело незаконитог риболова из чл. 277 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Ко лови рибу или друге водене животиње за време ловостаја или у водама у којима је лов забрањен...“ У чл. 2 ст. 1 тач. 12 овог закона пише да је ловостај временски период (ово је иначе опасан плеоназам, прим. аут) у којем се поједине врсте риба, осим риба гајених у рибњацима, не могу ловити нити стављати у промет; чл. 24 се зове „Решење о промени режима риболова и периода ловостаја“.

90. *Правилник о евиденцијама у области безбедности и здравља на раду*¹⁶⁸³ – кривично дело изазивања опасности необезбеђењем мера заштите на раду из чл. 280 КЗ.

91. *Правилник о обезбеђивању ознака за безбедност и здравље на раду*¹⁶⁸⁴ – кривично дело изазивања опасности необезбеђењем мера заштите на раду из чл. 280 КЗ.

¹⁶⁸¹ *Службени гласник РС*, бр. 9/12 и 31/13.

¹⁶⁸² *Службени гласник РС*, бр. 128/14.

¹⁶⁸³ *Службени гласник РС*, бр. 62/07.

¹⁶⁸⁴ *Службени гласник РС*, бр. 95/10.

- 92.** *Правилник о превентивним мерама за безбедан и здрав рад на радном месту*¹⁶⁸⁵ – кривично дело изазивања опасности необезбеђењем мера заштите на раду из чл. 280 КЗ.
- 93.** *Правилник о начину и поступку процене ризика на радном месту и радној околини*¹⁶⁸⁶ – кривично дело изазивања опасности необезбеђењем мера заштите на раду из чл. 280 КЗ.
- 94.** *Правилник о садржини и начину вршења техничког прегледа објекта, саставу комисије, садржини предлога комисије о утврђивању подобности објекта за употребу, осматрању тла и објекта у току грађења и употребе и минималним гарантним роковима за поједине врсте објекта*¹⁶⁸⁷ – кривично дело непрописног и неправилног извођења грађевинских радова из чл. 281 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „...које при извођењу тих радова не поступи по прописима или општепризнатим техничким правилима...“
- 95.** *Правилник о техничким нормативама за темељење грађевинских објекта*¹⁶⁸⁸ – кривично дело непрописног и неправилног извођења грађевинских радова из чл. 281 КЗ.
- 96.** *Правилник о садржини, начину и поступку израде и начин вршења контроле техничке документације према класи и намени објекта*¹⁶⁸⁹ – кривично дело непрописног и неправилног извођења грађевинских радова из чл. 281 КЗ.
- 97.** *Правилник о саобраћајној сигнализацији*¹⁶⁹⁰ – кривично дело уништења, оштећења и уклањања знакова којима се упозорава на опасност из чл. 283 КЗ.
- 98.** *Закон о заштити од пожара*¹⁶⁹¹ – кривично дело неотклањања опасности из чл. 285 КЗ, где се у ст. 2 прописује: „Ко спречи другог у предузимању мера за отклањање пожара...“

¹⁶⁸⁵ *Службени гласник РС*, бр. 21/09.

¹⁶⁸⁶ *Службени гласник РС*, бр. 72/06, 84/06 и 30/10.

¹⁶⁸⁷ *Службени гласник РС*, бр. 27/15 и 29/16.

¹⁶⁸⁸ *Службени лист СФРЈ*, бр. 15/90.

¹⁶⁸⁹ *Службени гласник РС*, бр. 23/15 и 77/15.

¹⁶⁹⁰ *Службени гласник РС*, бр. 134/14.

- 99.** *Закон о експлозивним материјалима, запаљивим течностима и гасовима*¹⁶⁹² – кривично дело недозвољеног поступања са експлозивним и запаљивим материјалом из чл. 286 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Ко противно прописима складишти, држи, превози, или преда на превоз јавним саобраћајним средством експлозивни или лако запаљиви материјал...“ У чл. 3 овог закона одређено је шта се све сматра експлозивним материјама, а чл. 26 - 30 уређују запаљиве течности и гасове.
- 100.** *Закон о рударству и геолошким истраживањима*¹⁶⁹³ – кривично дело недозвољеног поступања са експлозивним и запаљивим материјалом из чл. 286 КЗ, где у ст. 3 пише: „Ко у јаму са метаном или другим запаљивим гасом или опасном угљеном прашином или у објекат на нафтном или гасном пољу...“
- 101.** *Закон о безбедности саобраћаја на путевима*¹⁶⁹⁴ – кривично дело угрожавања безбедности јавног саобраћаја из чл. 289 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Учесник у саобраћају на путевима који се не придржава саобраћајних прописа...“ У чл. 7 ст. 1 тач. 67 овог закона одређено је да је учесник у саобраћају „лице које на било који начин учествује у саобраћају“. Иначе, Закон о безбедности саобраћаја на путевима има 353 члана.
- 102.** *Правилник о начину вршења контроле и непосредног регулисања саобраћаја на путевима и вођењу обавезних евиденција о примени посебних мера и овлашћења*¹⁶⁹⁵ – кривично дело угрожавања безбедности јавног саобраћаја из чл. 289 КЗ.
- 103.** *Правилник о организовању, спровођењу и начину полагања возачког испита, вођењу и роковима чувања евиденција о возачком испиту и условима*

¹⁶⁹¹ Службени гласник РС, бр. 111/09 и 20/15.

¹⁶⁹² Службени гласник СРС, бр. 44/77, 45/85 и 18/89 и Службени гласник РС, бр. 53/93, 67/93, 48/94, 101/05 и 54/15.

¹⁶⁹³ Службени гласник РС, бр. 88/11.

¹⁶⁹⁴ Службени гласник РС, бр. 41/09, 53/10, 101/11, 32/13, 55/14, 96/15 и 9/16.

¹⁶⁹⁵ Службени гласник РС, бр. 69/10, 78/11, 31/13, 37/13 и 85/14.

које мора да испуни возило на којем се обавља возачки испит¹⁶⁹⁶ – кривично дело угрожавања безбедности јавног саобраћаја из чл. 289 КЗ.

104. *Правилник о подели моторних и прикључних возила и техничким условима за возила у саобраћају на путевима*¹⁶⁹⁷ – кривично дело угрожавања безбедности јавног саобраћаја из чл. 289 КЗ.

105. *Правилник о испитивању возила*¹⁶⁹⁸ – кривично дело угрожавања безбедности јавног саобраћаја из чл. 289 КЗ.

106. *Правилник о начину коришћења тахографа*¹⁶⁹⁹ – кривично дело угрожавања безбедности јавног саобраћаја из чл. 289 КЗ.

107. *Закон о ваздушном саобраћају*¹⁷⁰⁰ – кривично дело угрожавања безбедности ваздушног саобраћаја из чл. 291 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Ко непрописним или неправилним управљањем летом ваздухоплова, пропуштањем дужности или надзора у вези са безбедношћу саобраћаја...“

108. *Правилник о утврђивању захтева који се односе на идентификацију вазухоплова у оквиру надзора Јединствено европско небо*¹⁷⁰¹ – кривично дело угрожавања безбедности ваздушног саобраћаја из чл. 291 КЗ.

109. *Правилник о летењу ваздухоплова*¹⁷⁰² – кривично дело угрожавања безбедности ваздушног саобраћаја из чл. 291 КЗ.

110. *Правилник о полетању и слетању ваздухоплова изван аеродрома*¹⁷⁰³ – кривично дело угрожавања безбедности ваздушног саобраћаја из чл. 291 КЗ.

¹⁶⁹⁶ Службени гласник РС, бр. 93/13, 116/13, 108/14, 36/15, 51/15, 86/15 и 104/15.

¹⁶⁹⁷ Службени гласник РС, бр. 40/12, 102/12, 19/13, 41/13, 102/14, 41/15, 78/15, 111/15 и 14/16.

¹⁶⁹⁸ Службени гласник РС, бр. 8/12, 13/13, 31/13, 114/13, 40/14, 140/14, 18/15 и 82/15.

¹⁶⁹⁹ Службени гласник РС, бр. 43/11.

¹⁷⁰⁰ Службени гласник РС, бр. 73/10.

¹⁷⁰¹ Службени гласник РС, бр. 73/10, 57/11, 93/12, 45/15 и 66/15.

¹⁷⁰² Службени гласник РС, бр. 73/10, 57/11, 93/12 и 45/15.

¹⁷⁰³ Службени гласник РС, бр. 73/10, 57/11, 93/12 и 45/15.

- 111.** *Правилник о пријављивању догађаја у цивилном ваздухопловству*¹⁷⁰⁴ – кривично дело угрожавања безбедности ваздушног саобраћаја из чл. 291 КЗ.
- 112.** *Правилник о преузимању прописа Европске уније о заједничким правилима за управљање протоком ваздушног саобраћаја*¹⁷⁰⁵ – кривично дело угрожавања безбедности ваздушног саобраћаја из чл. 291 КЗ.
- 113.** *Правилник о одступању од основних заједничких стандарда обезбеђивања у цивилном ваздухопловству*¹⁷⁰⁶ – кривично дело угрожавања безбедности ваздушног саобраћаја из чл. 291 КЗ.
- 114.** *Правилник о инспекцији комисије у области обезбеђивања у цивилном ваздухопловству*¹⁷⁰⁷ – кривично дело угрожавања безбедности ваздушног саобраћаја из чл. 291 КЗ.
- 115.** *Правилник о безбедносном прегледу страних ваздухоплова на платформама аеродрома*¹⁷⁰⁸ – кривично дело угрожавања безбедности ваздушног саобраћаја из чл. 291 КЗ.
- 116.** *Правилник о начину предаје и враћања хладног и ватреног оружја и муниције и претресу лица и ствари у јавном авио-транспорту*¹⁷⁰⁹ – кривично дело угрожавања безбедности ваздушног саобраћаја из чл. 291 КЗ.
- 117.** *Правилник о начину избацивања хемијских средстава из ваздухоплова*¹⁷¹⁰ – кривично дело угрожавања безбедности ваздушног саобраћаја из чл. 291 КЗ.
- 118.** *Правилник о пружању услуга информисања ваздухоплова у лету и употреби израза на српском језику*¹⁷¹¹ – кривично дело угрожавања безбедности ваздушног саобраћаја из чл. 291 КЗ.

¹⁷⁰⁴ Службени гласник РС, бр. 73/10, 57/11.

¹⁷⁰⁵ Службени гласник РС, бр. 73/10, 57/11.

¹⁷⁰⁶ Службени гласник РС, бр. 73/10.

¹⁷⁰⁷ Службени гласник РС, бр. 73/10.

¹⁷⁰⁸ Службени гласник РС, бр. 73/10.

¹⁷⁰⁹ Службени лист СРЈ, бр. 13/00.

¹⁷¹⁰ Службени лист СФРЈ, бр. 23/78 и 20/79.

- 119.** *Закон о поморској и унутрашњој пловидби*¹⁷¹² – кривично дело отмице ваздухоплова, брода и другог превозног средства из чл. 293 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Ко силом или претњом...преузме контролу...над бродом у току пловидбе...“
- 120.** *Закон о тајности података*¹⁷¹³ – кривично дело одавања државне тајне из чл. 316 КЗ. Члан 14 овог закона се зове „Степени тајности и садржина података“. Према том члану, степени тајности су: државна тајна; строго поверљиво; поверљиво и интерно. Члан 16 се зове „Временско ограничење тајности података“. Иначе у чл. 316 ст. 5 КЗ прописано је следеће: „Државном тајном сматрају се подаци или документи који су законом, другим прописом или одлуком надлежног органа донесеним на основу закону проглашени државном тајном...“
- 121.** *Повеља Уједињених нација*¹⁷¹⁴ – кривично дело повреде територијалног суверенитета из чл. 318 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Ко кршећи правила међународног права продре на територију Србије...“ Глава VII Повеље УН се зове „Акције у случају претње миру, повреде мира и аката агресије“, а у чл. 42 пише: „Ако Савет безбедности сматра да мере предвиђене у чл. 41 не одговарају или се покажу да су недовољне он може предузети такву акцију ваздухопловним, поморским или сувоземним снагама која је потребна ради одржавања или васпостављања међународног мира и безбедности...“; а у чл. 42 прописана је између осталог и обавеза чланица да уступе право пролаза (преко своје територије) ради доприноса одржавању међународног мира и безбедности...“
- 122.** *Закон о архивској грађи*¹⁷¹⁵ – кривично дело одузимања и уништења службеног печата или списка из чл. 328 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Ко

¹⁷¹¹ *Службени гласник РС*, бр. 73/10, 57/11, 93/12, 45/15 и 66/15.

¹⁷¹² *Службени лист СРЈ*, бр. 12/98, 44/99, 74/99 и 73/00 и *Службени гласник РС*, бр. 101/05, 85/05, 73/10, 87/11 и 10/13.

¹⁷¹³ *Службени гласник РС*, бр. 104/09.

¹⁷¹⁴ http://www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/PROPISI/povelja_un_lat.pdf, 26. април 2016.

¹⁷¹⁵ У питању је нацрт Закона о архивској грађи од 9.12.2014. – <http://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/101214/101214-vest8.html>, 26. април 2016.

противправно одузме, сакрије, уништи, оштети...књигу, спис или исправу која припадају државном органу, предузећу, установи или другом субјекту који врши јавна овлашћења...“

123. *Правилник о управи у јавним тужилаштвима*¹⁷¹⁶ – кривично дело одузимања и уништења службеног печата или списка из чл. 328 КЗ. Члан 149 овог правилника се зове „Архивска грађа и регистратурски материјал“, а у ст. 1 пише: „Архивска грађа и регистратурски материјал чувају се у јавном тужилаштву у складу са прописима који уређују архивирање.“; док у ст. 3 пише: „Листу категорија регистратурског материјала са роковима чувања доноси Републички јавни тужилац по прибављеној сагласности надлежног архива.“. Поступак одабирања и издвајања безвредног архивског материјала прописан је одредбама чл. 150 до 153 Правилника о управи у јавним тужилаштвима.

124. *Судски пословник*¹⁷¹⁷ – кривично дело одузимања и уништења службеног печата или списка из чл. 328 КЗ. У члановима 239 до 241 Судског пословника уређено је чување и издвајање списка (конкретно у чл. 241 одређени су рокови чувања списка).

125. *Закон о програму заштите учесника у кривичном поступку*¹⁷¹⁸ – кривично дело повреде тајности поступка из чл. 337 КЗ, где је у ст. 3 прописано: „Ко неовлашћено открије податке о идентитету или личне податке лица заштићеног у кривичном поступку или податке у вези са програмом заштите...“ У чл. 2 ст. 2 овог закона одређено је шта је програм заштите, а део трећи закона се зове „Програм заштите“, у којем се налазе одредбе о мерама заштите; укључењу у програм заштите; продужењу програма заштите и обустави и престанку програма заштите.

126. *Закон о оружју и муницији*¹⁷¹⁹ – кривично дело недозвољене производње, држања, ношења и промета оружја и експлозивних материја из чл. 348 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Ко неовлашћено израђује, продаје, набавља, врши размену

¹⁷¹⁶ *Службени гласник РС*, бр. 116/08 и 104/09.

¹⁷¹⁷ *Службени гласник РС*, бр. 110/09, 70/11, 19/12, 89/13, 96/15, 104/15, 113/15, 39/16 и 56/16.

¹⁷¹⁸ *Службени гласник РС*, бр. 85/05.

¹⁷¹⁹ *Службени гласник РС*, бр. 20/15.

или држи ватрено оружје, његове делове, муницију, или експлозивне материје...“; док је у ст. 2 прописано: „Ако је предмет дела из става 1. овог члана ватрено оружје, муниција, експлозивне материје, или средство на бази те материје, распрскавајуће или гасно оружје чија израда, продаја, набавка, размена или држање није дозвољено грађанима...“ У чл. 3 ст. 1 тач. 1 Закона о оружју и муницији одређено је шта се сматра оружјем; у тач. 2. одређено је шта је ватрено оружје; у тач. 19 одређено је шта су основни делови оружја; у тач. 21 шта је муниција; а члан 5 се зове „Дозвољеност и забрана набављања, држања и ношења оружја.

127. *Закон о заштити државне границе*¹⁷²⁰ – кривично дело недозвољеног прелаза државне границе и кријумчарења људи из чл. 350 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Ко без прописане дозволе пређе или покуша да пређе границу Србије, наоружан или употребом насиља...“ Део трећи овог закона зове се „Прелазак државне границе“; а члан 12 се зове „Гранична дозвола“.

128. *Закон о азилу*¹⁷²¹ – кривично дело омогућавања злоупотребе остваривања права азила у иностраној држави из чл. 350а КЗ. Иако се кривично дело из чл. 350а КЗ односи на тражење азила у иностраној држави, треба имати у виду да чл. 112 КЗ („Значење израза у овом закону“) не уређује значење израза азил, те да је у чл. 2 Закона о азилу одређено које значење има појам азил у Закону о азилу, а које значење се може корисити свакако и за потребе КЗ.

129. *Закон о играма на срећу*¹⁷²² – кривично дело неовлашћеног организовања игара на срећу из чл. 352 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Ко без одобрења надлежног органа приређује игре на срећу...“ Члан 2 овог закона се зове „Појам игара на срећу“; члан 8 се зове „Преношење права на приређивање“; у делу закона о посебним играма на срећу у играчницама, уређена је и следећа материја: број дозвола, поступак давања дозволе, рок важења дозволе, одузимање дозволе, уплата накнаде за дозволу; у делу закона који се односи на посебне игре на срећу – клађење, уређује се и следеће: поступак давања

¹⁷²⁰ *Службени гласник РС*, бр. 97/08 и 20/15.

¹⁷²¹ *Службени гласник РС*, бр. 109/07.

¹⁷²² *Службени гласник РС*, бр. 88/11 и 93/12.

одобрења, рок важења одобрења, престанак важења одобрења, накнада за одобрење и др.

- 130.** *Закон о сахрањивању и гробљима*¹⁷²³ – кривично дело повреде гроба из чл. 354 КЗ. У чл. 4 ст. 1 овог закона пише: „Гробљем се, у смислу овог закона, сматра земљиште које је одговарајућим урбанистичким планом или одлуком скупштине општине одређено за сахрањивање умрлих.“
- 131.** *Одлука (Скупштине Града Новог Сада) о сахрањивању и гробљима*¹⁷²⁴ – кривично дело повреда гроба из чл. 354 КЗ, где је у ст. 2 прописано: „Казном из става 1 овог члана казниће се и ко неовлашћено уништи, оштети или уклони или грубо повреди споменик или друго спомен - обележје умрлом лицу.“ У чл. 5 ст. 1 ове одлуке се наводи: „Спомен гробна места на гробљима на територији Града Новог Сада утврђују се посебном одлуком Скупштине Града, на предлог Завода за заштиту споменика културе Града Новог Сада и на начин утврђен прописима којима се уређују културна добра.“
- 132.** *Закон о наслеђивању*¹⁷²⁵ – кривично дело фалсификовања исправе из чл. 255 КЗ, где је у ст. 2 прописано: „Ако је дело из става 1 овог члана учињено у погледу...тестаментa...“ У чл. 78 Закона о наслеђивању одређен је појам завештања као „једнострана, лична и увек опозива изјава воље за то способног лица којом оно распоређује своју имовину за случај смрти, у законом одређеном облику“.
- 133.** *Закон о буџетском систему*¹⁷²⁶ – кривично дело ненаменског коришћења буџетских средстава из чл. 362а КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Одговорно лице корисника буџетских средстава или одговорно лице у организацији обавезног социјалног осигурања, које створи обавезе или на терет рачуна буџета одобри плаћање расхода и издатака преко износа од милион динара у односу на износ утврђен буџетом, финансијским планом или актом Владе којим се утврђује

¹⁷²³ *Службени гласник РС*, бр. 20/77, 24/85, 6/89 и *Службени гласник РС*, бр. 53/93, 67/93, 48/94, 101/05 и 120/12.

¹⁷²⁴ *Службени лист Града Новог Сада*, бр. 16/04, 22/06, 47/06, 11/10 и 21/11.

¹⁷²⁵ *Службени гласник РС*, бр. 46/95, 101/2003 и 6/05.

¹⁷²⁶ *Службени гласник РС*, бр. 54/09, 73/10, 101/10, 101/11, 93/12, 62/13, 63/13, 108/13, 142/14, 68/15 и 103/15.

износ средстава позајмице...“ У чл. 2 ст. 1 Закона о буџетском систему одређено је значење следећих појмова: Закон о буџету Републике Србије; Одлука о буџету; Финансијски план; Јавна средства; Корисници јавних средстава; Корисници буџетских средстава; Корисници средстава организација за обавезно социјално осигурање; Наменски приходи и примања; Буџет и др.

- 134.** *Закон о буџету Републике Србије за 2015. годину*¹⁷²⁷ – кривично дело ненаменског коришћења буџетских средстава из чл. 362а КЗ.
- 135.** *Женевска конвенција о побољшању положаја рањеника и болесника у оружаним снагама у рату (I Женевска конвенција)*¹⁷²⁸ – кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом – глава тридесетчетврта КЗ. Примери – кривично дело злочина против човечности из чл. 371 КЗ; где је у ст. 1 прописано: „Ко кршећи правила међународног права...“; овим речима почињу и законски описи следећих кривичних дела: ратни злочин против цивилног становништва из чл. 372 КЗ; ратни злочин против рањеника и болесника из чл. 373 КЗ, ратни злочин против ратних заробљеника из чл. 374 КЗ и др.
- 136.** *Женевска конвенција о побољшању положаја рањеника, болесника и бродоломника оружаних снага на мору (II Женевска конвенција)*¹⁷²⁹ – кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом – глава тридесетчетврта КЗ.
- 137.** *Женевска конвенција о поступању са ратним заробљеницима (III Женевска конвенција)*¹⁷³⁰ – кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом – глава тридесетчетврта КЗ.
- 138.** *Женевска конвенција о заштити грађанских лица за време рата (IV Женевска конвенција)*¹⁷³¹ – кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом – глава тридесетчетврта КЗ.

¹⁷²⁷ Службени гласник РС, бр. 142/14 и 94/15.

¹⁷²⁸ http://www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/PROPISI/zen_konvencija_1_cir.pdf, 27. април 2016.

¹⁷²⁹ http://www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/PROPISI/zen_konvencija_2_cir.pdf, 27. април 2016.

¹⁷³⁰ http://www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/PROPISI/zen_konvencija_3_cir.pdf, 27. април 2016.

- 139.** *Допунски протокол уз Женевске конвенције од 12. августа 1949. године о заштити жртава међународних оружаних сукоба (Протокол I)*¹⁷³² – кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом – глава тридесетчетврта КЗ.
- 140.** *Допунски протокол уз Женевске конвенције од 12. августа 1949. године о заштити жртава немеђународних оружаних сукоба (Протокол II)*¹⁷³³ – кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом – глава тридесетчетврта КЗ.
- 141.** *Закон о потврђивању Конвенције о забрани развоја, производње, складиштења и употребе хемијског оружја и о његовом уништавању*¹⁷³⁴ – кривично дело употребе недозвољених средстава борбе из чл. 376 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Ко за време рата или оружаног сукоба нареди да се употребе борбена средства или начин борбе који су забрањени правилима међународног права или их сам употреби...“
- 142.** *Закон о ратификацији Конвенције о забрани употребе, складиштења, производње и промета антиперсоналних мина и њиховом уништавању*¹⁷³⁵ – кривично дело употребе недозвољених средстава борбе из чл. 376 КЗ.
- 143.** *Уредба о ратификацији Конвенције о забрани усавршавања, производње и стварања залиха бактериолошког (биолошког) и токсиколошког оружја и о њиховом уништавању*¹⁷³⁶ – кривично дело употребе недозвољених средстава борбе из чл. 376 КЗ.
- 144.** *Конвенција за заштиту културних добара у случају оружаних сукоба*¹⁷³⁷ – кривично дело уништавања културних добара из чл. 383 КЗ, где је у ст. 1

¹⁷³¹ http://www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/PROPISI/zen_konvencija_4_cir.pdf, 27. април 2016.

¹⁷³² http://www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/PROPISI/zen_protokol_1_cir.pdf, 27. април 2016.

¹⁷³³ http://www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/PROPISI/zen_protokol_2_cir.pdf, 27. април 2016.

¹⁷³⁴ *Службени лист СРЈ - Међународни уговори*, бр. 2/00.

¹⁷³⁵ *Службени лист СЦГ - Међународни уговори*, бр. 5/03.

¹⁷³⁶ *Службени лист СФРЈ - Међународни уговори и други споразуми*, бр. 43/74.

¹⁷³⁷ *Службени лист ФНРЈ - додаток*, бр. 4/56.

прописано: „Ко, кршећи правила међународног права, за време рата или оружаног сукоба, уништава културне споменике или друга културна добра или верске објекте...“

- 145.** *Закон о ратификацији међународне Конвенције о укидању свих облика расне дискриминације*¹⁷³⁸ – кривично дело расне и друге дискриминације из чл. 387 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Ко на основу разлике у раси, боји коже... крши основна људска права и слободе зајемчена општеприхваћеним правилима међународног права и ратификованим међународним уговорима од стране Србије...“
- 146.** *Закон о ратификацији међународне Конвенције о сузбијању злочина апартхејда*¹⁷³⁹ – кривично дело расне и друге дискриминације из чл. 387 КЗ.
- 147.** *Конвенција о ропству из 1926. године*¹⁷⁴⁰ – кривично дело заснивања ропског односа и превоза лица у ропском односу из чл. 390 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Ко, кршећи правила међународног права...“
- 148.** *Уредба о ратификацији завршног акта допунске Конвенције о укидању ропства, трговине робљем и установа и праксе сличних ропству*¹⁷⁴¹ – кривично дело заснивања ропског односа и превоза лица у ропском односу из чл. 390 КЗ.
- 149.** *Конвенција о отвореном мору*¹⁷⁴² – кривично дело заснивања ропског односа и превоза лица у ропском односу из чл. 390 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Ко, кршећи правила међународног права...“, а у ст. 2 наводи: „Ко превози лица која се налазе у ропском или њему сличном положају...“ У чл. 13 Конвенције наводи се да је свака држава дужна предузимати делотворне мере ради спречавања и кажњавања превоза робова, те да је сваки роб који пребегне на брод било које заставе *ipso facto* слободан.

¹⁷³⁸ Службени лист СФРЈ, бр. 31/67.

¹⁷³⁹ Службени лист СФРЈ, бр. 14/75.

¹⁷⁴⁰ Службене новине, бр. 234/29.

¹⁷⁴¹ Службени лист ФНРЈ - Међународни уговори и други споразуми, бр. 7/58.

¹⁷⁴² http://www.greenhome.co.me/fajlovi/greenhome/attach_fajlovi/lat/projekti/zeleni-resursnicentar/2011/10/pdf/Konvencija_o_otvorenom_moru.pdf, 27. април 2016.

- 150.** *Закон о ратификацији Конвенције о спречавању и кажњавању кривичних дела против лица под међународном заштитом, укључујући дипломатске агенте*¹⁷⁴³ – кривично дело угрожавања лица под међународном заштитом из чл. 392 КЗ, где је у ст. 1. прописано: „Ко према лицу под међународном заштитом...“. У чл. 1. ове конвенције одређено је шта се сматра под изразом „лица под међународном заштитом“.
- 151.** *Одлука о обустави обавезе служења војног рока*¹⁷⁴⁴ – кривично дело избегавања војне обавезе из чл. 394 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Ко се, без оправданог разлога, не одазове позиву за извршење регрутне обавезе, обавезе служења војног рока или обавезе лица у резервном саставу или избегава пријем позива за извршење те обавезе...“. У тачки 1 ст. 1 ове одлуке пише: „Обавеза служења војног рока у Војсци Србије обуставља се одслужењем војног рока последње партије војника упућене у 2010. години.“
- 152.** *Закон о војној, радној и материјалној обавези*¹⁷⁴⁵ – кривично дело избегавања војне обавезе из чл. 394 КЗ. Члан 2 овог закона одређује шта је војна обавеза; чл. 4 одређује ко се сматра војним обвезником; чл. 9 уређује престанак војне обавезе; чл. 13 уређује регрутну обавезу; чл. 39 до 46 уређују одлагање, прекид и ослобођење од обавезе служења војног рока; чл. 48 одређује шта обухвата резервни састав и др.
- 153.** *Закон о одбрани*¹⁷⁴⁶ – кривично дело избегавања пописа и прегледа из чл. 395 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Ко се противно законом утврђеној обавези, без оправданог разлога, не одазове позиву надлежног органа за попис или преглед или се противи попису или прегледу људства или материјалних средстава потребних за одбрану земље или ко при оваквом попису или прегледу да нетачне податке...“; затим кривично дело неизвршавања материјалне обавезе из чл. 396 КЗ, где у ст. 1 пише: „Ко противно законом утврђеној обавези, без оправданог разлога, не допреми на одређено место, у одређено време и у стању које омогућава њихову наменску употребу материјална средства или не приведе

¹⁷⁴³ Сл. лист СФРЈ - Међународни уговори, бр. 54/76.

¹⁷⁴⁴ Сл. гласник РС, бр. 95/10.

¹⁷⁴⁵ Сл. гласник РС, бр. 88/09 и 95/10.

¹⁷⁴⁶ Сл. гласник РС, бр. 116/07, 88/09, 104/09 и 10/15.

стоку...“ У чл. 4 ст. 1 тач. 13 Закона о одбрани одређено је значење појма материјални ресурси у одбрани; део пет закона се зове „Права и дужности грађана у области одбране“; у овом делу уређени су војна обавеза, радна обавеза и материјална обавеза.

154. *Уредба о начину и поступку извршавања војне, радне и материјалне обавезе*¹⁷⁴⁷ – кривично дело неизвршавања материјалне обавезе из чл. 396 КЗ. Наиме, у чл. 59 ст. 1 Закона о одбрани пише: „Ствари и материјална добра за потребе одбране земље, поступак и начин њиховог евидентирања, накнада за коришћење тих средстава и друга питања од значаја за извршавање материјалне обавезе, уређују се посебним законом и прописима за њихово извршење.“ Део три Уредбе о начину и поступку извршавања војне, радне и материјалне обавезе се зове „Начин и поступак извршавања радне обавезе“; а део четири се зове „Начин и поступак извршавања материјалне обавезе“.

155. *Закон о Војсци Србије*¹⁷⁴⁸ – кривично дело неизвршења и одбијања извршења наређења из чл. 400 КЗ, где је у ст. 1 прописано: „Војно лице које не изврши или одбије да изврши наређење претпостављеног у вези са службом...“; затим кривично дело противљење претпостављеном из чл. 401 КЗ; кривично дело злостављања потчињеног и млађег из чл. 406 КЗ. У чл. 7 овог закона наводи се да су војна лица „професионална војна лица, војници на служењу војног рока и лица у резервном саставу док се налазе на војној дужности у Војсци Србије“. У чл. 7 ст. 2 пише: „Војним лицима, у погледу права и обавеза уређених овим законом, сматрају се и држављани Републике Србије – ученици и кадети војношколских установа који се школују за војне дужности и лица на другом стручном оспособљавању за официре и подофицире. Занимљиво би било покушати одговорити на питање да ли се полазници Војне гимназије и Војне академије (ученици и кадети војношколских установа) сматрају војним лицима у смислу кривичног дела неизвршење и одбијање извршења наређења из чл. 400 КЗ. У КЗ није прописано значење термина војно лице, а у чл. 7 ст. 2 Закона о Војсци Србије, у делу који се односи на ученике и кадете војношколских установа, пише да се они сматрају војним лицима у погледу права и обавеза

¹⁷⁴⁷ *Службени гласник РС*, бр. 100/11.

¹⁷⁴⁸ *Службени гласник РС*, бр. 116/07, 88/09, 101/10, 10/15 и 88/15.

уређених тим законом (Законом о Војсци Србије). У чл. 20 ст. 1 Закона о Војсци Србије прописано је: „Према односима у служби припадници Војске Србије могу бити претпостављени и потчињени, а према чиновима и дужностима - старији и млађи.“; а у ст. 3 пише: „Старији, у смислу овог закона, јесте лице које има виши чин, а ако су истог чина – лице на вишој дужности.“

15.2. Споредно кривично законодавство

Наведени прописи, пописани у претходном поднаслову садрже бланкетне норме на које упућује Кривични законик. Рекли смо већ да КЗ представља основно кривично законодавство. Такође, указали смо да споредно кривично законодавство у Р. Србији, према нашем истраживању/пребројавању, чини још 28 закона у којима је прописано укупно 59 кривичних дела. У овом поднаслову приказујемо попис свих закона који чине споредно кривично законодавство и истовремено дајемо кратак приказ кривичних дела која су прописана овим законима. Налазимо за сходно да читаоцу напоменемо да су неке од главних одлика споредног кривичног законодавства – екстремни бланкетизам оличен у флоскули „ко противно том и том члану овог закона“ и апсолутна несразмера између друштвене опасности кривичног дела и запређене казне. Поред ових одлика, присутне су и следеће: непрецизност, недовољно разграничење са прекршајима из те области, преклапање са већ постојећим кривичним делима из КЗ и неимање назива, тако да се у изрекама пресуда наводи само законски члан у којем је то кривично дело прописано. Пример за то су и два кривична дела из Закона о девизном пословању, кривично дело из чл. 57 и кривично дело из чл. 58. Дакле, примећујемо да ова кривична дела немају свој законски назив. Поводом тога указујемо на чл. 424 ЗКП Србије („Осуђујућа пресуда“), где је у ст. 1 прописано шта мора да садржи изрека осуђујуће пресуде¹⁷⁴⁹, а у тач. 2 пише „законски назив кривичног дела и које су одредбе закона примењене“. Такође, и чл. 332 ЗКП („Садржај оптужнице“) прописује да оптужница садржи „законски назив кривичног дела, са навођењем одредаба закона које се по предлогу тужиоца имају применити“. Још једно значајно обележје споредног кривичног законодавства је да се односи на дела ниже/мање друштвене штетности (*von geringer Sozialschädlichkeit*), чији садржај неправности/противправности

¹⁷⁴⁹ Чл. 424 ЗКП пак не употребљава терминологију попут „изрека мора да садржи“, али зато употребљава речи „суд ће изрећи“, из чега несумњиво закључујемо да је у питању прописивање обавезне садржине изреке.

(*Unrechtsgehalt*) није једнако евидентан (као у случају основног кривичног законодавства, прим. аут.).¹⁷⁵⁰

Имајући у виду природу овог рада, нисмо у прилици да цитирамо законске описе свих кривичних дела из споредног законодавства (и свих њихових облика). У току набрајања ограничићемо се на селективно цитирање оних законских описа кривичних дела код којих је можда „екстремни бланкетизам“ и одсуство моралне недопуштености више изражено. Такође, напомињемо да неће бити назначавани бројеви службених листова за оне законе који су већ наведени у претходном поднаслову, јер су ти бројеви назначени приликом првог спомињања тих закона.

1. *Закон о привредним друштвима – прописује 4 кривична дела*; кривично дело давања изјаве неистинитог садржаја из чл. 581; кривично дело закључења правног посла или предузимање радње у случају постојања личног интереса из чл. 582; кривично дело повреде дужности избегавања сукоба интереса из чл. 583 и *кривично дело повреде дужности заступника да поступа у складу са ограничењима овлашћења за заступање из чл. 584 где је у у ст. 1 прописано*: „Ако заступник друштва повреди дужност поступања у складу са ограничењима својих овлашћења, која су утврђена актима друштва или одлукама надлежних органа друштва из члана 33 став 1 овог закона...“
2. *Закон о стечају – прописује 4 кривична дела*; кривично дело пријављивања лажног потраживања из чл. 204; *кривично дело необавештавања о намирењу потраживања из чл. 204а где се у ст. 1 наводи*: „Ко у току стечајног поступка намири своје потраживање од јемца или главног дужника, а у року од осам дана од дана извршене наплате не обавести суд о наплати потраживања...“; кривично дело располагања имовином стечајног дужника после отварања стечајног поступка из чл. 205 и кривично дело лажног приказивања и прикривања чињеница у унапред припремљеном плану реорганизације из чл. 206.
3. *Закон о девизном пословању – прописује 2 кривична дела*; кривично дело из чл. 57 где је прописано: „Ко купује од физичких лица или ко продаје тим лицима

¹⁷⁵⁰

Klaus Marxen et al., http://famos.rewi.hu-berlin.de/file.php/inline/famos_2006_11_waffenschein.pdf?id=47354, 23. септембар 2016.

ефективни страни новац и чекове који гласе на страну валуту без овлашћења Пореске управе...“; и кривично дело из чл. 58.

4. *Закон о пореском поступку и пореској администрацији – прописује 4 кривична дела; кривично дело неоснованог исказивања износа за повраћај пореза и порески кредит из чл. 173а; кривично дело угрожавања наплате пореза и пореске контроле из чл. 175 где је у ст. 1 прописано: „Ко у намери да угрози наплату пореза који није доспео за наплату или који није утврђен, али је покренут поступак утврђивања или контроле, односно пореза који је утврђен њему или другом лицу, по установљавању привремене мере за обезбеђење наплате пореза у складу са законом, односно у поступку принудне наплате или пореске контроле отуђи, сакрије, оштети, уништи или учини неупотребљивом ствар на којој је установљена привремена мера за обезбеђење наплате, односно ствар која је предмет принудне наплате пореза или пореске контроле...“; кривично дело недозвољеног промет акцизних производа из чл. 176 и кривично дело недозвољеног складиштења робе из чл. 176а, где је у ст. 1 прописано: „Ко складишти, односно смешта добра или дозволи складиштење, односно смештање добара за која не поседује прописану документацију о пореклу...“*
5. *Закон о водама – прописује 2 кривична дела; кривично дело неовлашћеног пуњења и коришћења акумулације из чл. 209 и кривично дело оштећења при експлоатацији речних наноса из чл. 210, где се у ст. 1 наводи: „Ко експлоатацијом речног наноса из корита водотока оштети корито, обале и регулационе објекте...“*
6. *Закон о рударству и геолошким истраживањима – прописује 3 кривична дела; кривично дело из чл. 154, где је у ст. 1 прописано: „Ко организује или учествује у спровођењу штрајка у јамским просторијама или другим објектима и просторијама из чл. 132 став. 2 овог закона...“; кривично дело из чл. 155 и кривично дело из чл. 156, где се у ст. 1 наводи: „Ко се, улазећи по било ком основу у магацин, складиште или спремиште експлозивних средстава, не придржава прописаних мера безбедности и здравља на раду (члан 113 ст. 3)...“*

7. *Закон о тржишту капитала – прописује 3 кривична дела*; кривично дело забране манипулације на тржишту из чл. 281 где се у ст. 1 тач. 3 наводи: „Ко предузима манипулације на тржишту на основу којих оствари имовинску корист за себе или друго лице или нанесе штету другим лицима тако што: шири информације путем медија, укључујући интернет или било којим другим путем преноси неистините вести или вести које могу изазвати заблуду о финансијским инструментима...“; кривично дело коришћења, откривања и препоручивања инсајдерских информација из чл. 282, где је у ст. 1 тач. 3 прописано: „Ко у намери да себи или другом лицу оствари имовинску корист или нанесе штету другим лицима, употреби инсајдерску информацију за препоручивање или навођење другог лица да на основу инсајдерске информације стекне или отуђи финансијске инструменте на које се та информација односи...“; кривично дело неовлашћеног пружања инвестиционих услуга из чл. 283.
8. *Закон о јавном реду и миру*¹⁷⁵¹ – прописује 1 кривично дело; кривично дело ометања службеног лица у вршењу службене дужности из чл. 23, где је у ст. 1 прописано: „Ко прети да ће напасти, покуша да нападне или нападне или на други начин омета службено лице надлежних органа из члана 2 овог закона у вршењу службене дужности – казниће се затвором од шест месеци до две године.“ У ставу 3 овог члана предвиђен је квалификовани облик овог кривичног дела, који између осталог постоји, уколико је приликом извршења дела из става 1, службеном лицу, нанета тешка телесна повреда. За облик из става 2 прописана је казна затвора од три до десет година. Налазимо за сходно да укажемо на један куриозитет. Наиме, у „старом“ Закону о јавном реду и миру¹⁷⁵², за облик из чл. 23 ст. 3, (са истим описом), била је прописана казна затвора од најмање три године. Ово је био класичан пример како споредно законодавство не само што није небитно и што је скривено/недовољно познато, већ је и прилично оштро. *За став 3 описаног кривичног дела (из старог закона), заправо може да се изрекне казна затвора у трајању од 20 година јер није одређен посебни максимум*, те стога важи општи максимум.

¹⁷⁵¹ Службени гласник РС, бр. 6/16.

¹⁷⁵² Службени гласник РС, бр. 51/92, 53/93, 67/93, 48/94, 101/05, 85/05.

9. *Закон о осигурању – прописује 3 кривична дела*; кривично дело неовлашћеног обављања делатности осигурања из чл. 222; кривично дело давања лажних мишљења и извештаја из чл. 223 и кривично дело давања лажне процене из чл. 224.
10. *Закон о Агенцији за борбу против корупције*¹⁷⁵³ – кривично дело непријављивања имовине или давања лажних података о имовини из чл. 72 где је у ст. 1 прописано: „Функционер који не пријави имовину Агенцији или даје лажне податке о имовини, у намери да прикрије податке о имовини...“
11. *Закон о спречавању допинга у спорту*¹⁷⁵⁴ – прописује 2 кривична дела; кривично дело омогућавања употребе допинг средстава из чл. 38, где је у ст. 1 прописано: „Ко спортисти у циљу допинга у спорту да или пропише или изда или на спортисти примени допинг средство, или наведе, помогне, или на други начин омогући спортисти да употреби допинг средство...“ *Колико је ово кривично дело готово потпуни бланкет најбоље објашњавају следећа питања која бисмо поставили:* ко се има сматрати спортистом; где се налази односно где се може пронаћи листа спортова; шта је допинг; шта је допинг средство и где се налази листа прописаних допинг средстава. Такође, постоји и кривично дело неовлашћене производње и стављања у промет допинг средстава из чл. 39.
12. *Закон о тајности података – прописује 1 кривично дело*; кривично дело из чл. 98, где се наводи: „Ко неовлашћено непозваном лицу саопшти, преда или учини доступним податке или документа који су му поверени или до којих је на други начин дошао или прибавља податке или документа, а који представљају тајне податке са ознаком тајности „ИНТЕРНО“ или “ПОВЕРЉИВО“, одређене према овом закону...“
13. *Закон о банкама*¹⁷⁵⁵ – прописује 3 кривична дела; кривично дело из чл. 135 којим се санкционише примање депозита без дозволе за рад Народне банке Србије; кривично дело из чл. 136 којим се санкционише давање кредита и издавање

¹⁷⁵³ Службени гласник РС, бр. 97/08, 53/10, 66/11, 67/13, 112/13 и 8/15.

¹⁷⁵⁴ Службени гласник РС, бр. 11/14.

¹⁷⁵⁵ Службени гласник РС, бр. 107/05, 91/10 и 14/15.

платних картица без дозволе за рад Народне банке Србије и *кривично дело из чл. 136а у којем се наводи*: „Ко без дозволе за рад Народне банке Србије у свом пословном имену има, односно у обављању своје делатности употребљава, односно користи реч „банка“ или изведеницу од те речи...“.

14. Закон о приватизацији¹⁷⁵⁶ – прописује 1 кривично дело; кривично дело прописано је у чл. 85 који се зове „Одговорност одговорног лица“, а у ст. 1 наводи се следеће: „Одговорно лице у субјекту приватизације из чл. 20. ст. 1. и 3. овог закона које не достави податке у прописаном року, као и одговорно лице у субјекту приватизације из чл. 24. ст. 4., члана 49. ст. 1. и члана 57. став 4. овог закона које министарству надлежном за послове привреде достави неистините или непотпуне податке о имовини и обавезама субјекта приватизације или достави нетачну или непотпуну документацију...“ *Да би се разумело односно уопште сазнало шта је забрањено овим кривичним делом, мора се претходно сазнати следеће*: шта је субјект приватизације; које податке треба да достави одговорно лице у субјекту приватизације; у ком року одговорно лице у субјекту приватизације треба да достави ове податке; коју документацију одговорно лице у субјекту приватизације треба да достави министарству надлежном за послове привреде и др.

15. Закон о трансплатацији органа¹⁷⁵⁷ – прописује 3 кривична дела; кривично дело из чл. 78 којим се између осталог санкционише лице које злоупотребом поверења присили другог да мимо своје воље потпише писмени пристанак за давање органа после смрти; кривично дело из чл. 79 којим се између осталог санкционише лице које орган другог лица уз накнаду ради трансплатације или врбује, превози, пребацује, предаје, продаје и др.; *кривично дело из чл. 80 којим се између осталог санкционише лице које* „учествује у поступку пресађивања органа лицу које није дало писмени пристанак за пресађивање органа или узме орган од умрлог лица, односно учествује у узимању органа од умрлог лица код кога није дијагностификована и утврђена мождана смрт на начин и у складу са поступком прописаним овим законом...“ *Дакле, за сазнавање забрањене радње из чл. 80 ст. 1 неопходно је да се лице информише о следећем*: да ли постоји

¹⁷⁵⁶ Службени гласник РС, бр. 83/14, 46/15 и 112/15.

¹⁷⁵⁷ Службени гласник РС, бр. 72/09.

писмени пристанак за пресађивање органа или узимање органа од умрлог лица; који је начин и поступак дијагностификовња и утврђивања мождане смрти и др.

- 16.** *Закон о трансплатацији ћелија и ткива*¹⁷⁵⁸ – прописује 3 кривична дела; кривична дела из чл. 98, 99 и 100. Законски описи ових кривичних дела у битном одговарају законским описима кривичних дела из Закона о трансплатацији органа.
- 17.** *Закон о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења*¹⁷⁵⁹ – прописује 3 кривична дела; кривично дело из чл. 71 којим се санкционише, између осталог, лице које „уз било какву накнаду да своје репродуктивне ћелије, односно ембрион“ и др.; кривично дело из чл. 72 којим се санкционише, између осталог, лице које „учествује у поступку БМПО лица које није дало писмени пристанак за поступак БМПО или за узимање репродуктивних ћелија, односно ембриона...“; *кривично дело из чл. 73, где је у ст. 1 прописано:* „Ко у поступак БМПО укључи жену која има намеру да дете после рођења уступи трећем лицу са или без плаћања било какве накнаде, односно остваривања било какве материјалне или нематеријалне користи или ко нуди услуге сурогат мајке од стране жена или било ког другог лица са или без плаћања било какве накнаде...“
- 18.** *Закон о генетички модификованим организмима*¹⁷⁶⁰ – прописује 1 кривично дело; кривично дело из чл. 45, где је у ст. 1 прописано: „Ко противно одредбама овог закона започне да употребљава ГМО и производ од ГМО у затвореним системима, намерно уводи у животну средину, ставља у промет, гаји у комерцијалне сврхе или одлаже у животну средину...“ Указујемо да ради сазнавања шта је забрањено овим кривичним делом, осим читања самог законског описа кривичног дела, неизоставно морамо да се упознамо са следећим: одредбе тог закона (Закон о ГМО), пошто пише „ко противно одредбама овог закона“; затим шта се сматра под ГМО; затим шта је „затворен систем и др.

¹⁷⁵⁸ Службени гласник РС, бр. 72/09.

¹⁷⁵⁹ Службени гласник РС, бр. 72/09.

¹⁷⁶⁰ Службени гласник РС, бр. 41/09.

19. *Закон о здрављу биља*¹⁷⁶¹ – прописује 1 кривично дело; кривично дело из чл. 95, где је у ст. 1 прописано: „Ко противно прописима о забрани уношења и ширења штетних организама или увоза биља, биљних производа и прописаних објеката исте унесе, шири или увезе у Републику Србију или заштићено подручје...“ За сазнавање шта је забрањено потребно је познавање прописа о забрани уношења и ширења штетних организама; а такође је потребно „открити“ шта се сматра под штетним организмима.
20. *Закон о ветеринарству* – прописује 2 кривична дела; кривично дело из чл. 154, где је у ст. 1 прописано: „Ко свесно прикрива постојање сумње да су животиње оболеле од заразне болести или не пријави такву сумњу ветеринару или ветеринарском инспектору...“
21. *Закон о јавним путевима*¹⁷⁶² – прописује 1 кривично дело; кривично дело из чл. 95, где је у тач. 4 прописано: „Предузетник, одговорно лице у правном лицу и физичко лице које испусти воду, отпадну воду и другу течност на јавни пут...“. Овде би се требало упознати са следећим : шта се сматра отпадном водом и шта је јавни пут. Приликом покушаја сазнавања појма јавни пут, прво бисмо наишли на чл. 2 ст. 1 тач. 2 Закона о јавним путевима, где је прописано следеће: „„јавни пут“ јесте пут који испуњава прописане критеријуме за категоризацију од стране надлежног органа“. Закључујемо да не знамо који су то прописани „критеријуми за категоризацију“, као ни који је то „надлежан орган“ који прописује критеријуме за категоризацију.
22. *Закон о финансирању политичких активности*¹⁷⁶³ – прописује 1 кривично дело; кривично дело из чл. 38, где је у ст. 1 прописано: „Ко даје, односно у име и за рачун политичког субјекта прибави средства за финансирање политичког субјекта противно одредбама овог закона у намери да прикрије извор финансирања или износ прикупљених средстава политичког субјекта...“. Потребно је упознавање са одредбама другог дела (део два) закона који се зове

¹⁷⁶¹ Службени гласник РС, бр. 41/09.

¹⁷⁶² Службени гласник РС, бр. 101/05, 123/07, 101/11, 93/12 и 104/13.

¹⁷⁶³ Службени гласник РС, бр. 43/11 и 123/14.

„Извори и начин финансирања“, затим са одредбама дела три закона који се зове „Финансирање редовног рада политичких субјеката“, потом са одредбама дела четири закона који се зове „Финансирање трошкова изборне кампање“ и др.

23. *Закон о инвестиционим фондовима*¹⁷⁶⁴ – прописује 1 кривично дело; кривично дело оглашавања проспекта са неистинитим подацима из чл. 86, где је у ст. 1 прописано: „Ко, у намери обмањивања инвеститора, у проспекту инвестиционог фонда, скраћеном проспекту, годишњем или полугодишњем извештају, објављује неистините податке о правном и финансијском положају инвестиционог фонда или његовим пословним могућностима или друге неистините чињенице које су релевантне за доношење инвестиционе одлуке, или објављује непотпуне податке о тим чињеницама...“. Излишно је и указивати на неразумљивост законског описа бића овог кривичног дела без откривања значења употребљених појмова.

24. *Закон о преузимању акционарских друштава*¹⁷⁶⁵ – прописује 3 кривична дела; кривично дело нуђења или обећања поклона, услуга или других користи из чл. 44, где је у ст. 1 прописано: „Ко акционару, након што понуђач објави понуду за преузимање, директно или оглашавањем путем средстава јавног информисања нуди или обећа поклоне..., да би прихватио или одбио понуду за преузимање...“; кривично дело злоупотребе привилегованих информација из чл. 45, где се у ст. 1 санкционише лице које изврши преузимање коришћењем привилегованих информација и кривично дело објављивања неистинитих података из чл. 46.

25. *Закон о добровољним пензијским фондовима и пензијским плановима*¹⁷⁶⁶ – прописује 2 кривична дела; кривично дело оглашавања проспекта са неистинитим подацима из чл. 72 и кривично дело недозвољеног обављања делатности друштва за управљање и недозвољено пословање из чл. 72а.

¹⁷⁶⁴ Службени гласник РС, бр. 46/06, 51/09, 31/11 и 115/14.

¹⁷⁶⁵ Службени гласник РС, бр. 46/06, 107/09 и 99/11.

¹⁷⁶⁶ Службени гласник РС, бр. 85/05 и 31/11.

26. *Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре*¹⁷⁶⁷ – прописује 1 кривично дело; кривично дело из чл. 45 којим се, између осталог, санкционише лице које регистру пријави или достави неистинит податак, у намери да се такав податак приликом регистрације и евиденције употреби као прави.
27. *Закон о избору народних посланика* – прописује 2 кривична дела; кривично дело из чл. 104 којим се санкционише члан Републичке изборне комисије или члан бирачког одбора или друго лице које у вршењу дужности у вези са избором посланика измени број датих гласова и др.; *кривично дело из чл. 106 којим се, између осталог, санкционише лице које после обављених избора за избор посланика захтева од бирача да каже како је гласао и др.*
28. *Закон о прикупљању и достављању података о извршеним ратним злочинима против човечности и међународног права*¹⁷⁶⁸ – прописује 1 кривично дело; кривично дело из чл. 10 којим се, између осталог, санкционише лице које одбија да стави на увид или да достави податке и ствари из члана 1 тог закона.

¹⁷⁶⁷ Службени гласник РС, бр. 99/11 и 83/14.

¹⁷⁶⁸ Службени лист СРЈ, бр. 37/93 и 44/99.

16. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Видели смо да је правна заблуда институт кривичног права уско повезан са начелом кривице, а ипак, као да није успео да се профилише на начин који му припада. Наиме, правна заблуда је супротан пол свести о забрањености дела, а свест о забрањености дела је, према чл. 22 КЗ Србије, једна од три компоненте кривице, уз урачунљивост и умишљај (и нехат када је то законом одређено). Уколико лице нема свест о забрањености дела, налази се у правној заблуди. Међутим, ово није довољно да би искључило кривицу, јер она постоји не само код учиниоца који је имао свест о забрањености дела (актуелна свест о забрањености), већ и код оног који није имао свест о забрањености дела, али је био дужан и могао да је има (потенцијална свест о забрањености). Другим речима, кривица постоји и код лица које није знало да је његово дело забрањено, али је било дужно и могло је да зна то. Лице које је у правној заблуди може да буде у отклоњивој и неотклоњивој правној заблуди. Ова подела базирана је управо на тзв. критеријумима отклоњивости правне заблуде. Несумњиво је да КЗС у чл. 29 прихвата мешовити, објективно – субјективни критеријум отклоњивости. Конкретно, за неотклоњивост се тражи да лице није било дужно (објективни критеријум) и да није могло (субјективни) да зна да је његово дело забрањено. Опредељивање за критеријуме отклоњивости извесно је једно од централних питања разматрања института правне заблуде. Разлог за то је дејство неотклоњиве правне заблуде. Оваква заблуда искључује кривицу, а тиме и кривично дело. Ако је отклоњива, правна заблуда је према КЗС факултативни основ за ублажавање казне. Овакво дејство правне заблуде данас је на Континенту готово општеприхваћено. Тако је у Немачкој, Аустрији, Швајцарској, Србији, Хрватској, Словенији, Црној Гори и др. Додајемо само да је у Швајцарској, отклоњивој правној заблуди признато дејство обавезног основа за ублажавање казне. Ипак, дејство овог института није увек било тако. У Србији је било потребно 146 година, од првог кривичног закона – Криминалног (казнителног) законика за Књажевство Србију да правној заблуди буде признато садашње дејство. Наиме, у закону од 1860. године почело се од правила *ignorantia iuris neminem excusat* прописаним у самим почетним одредбама закона – чл. 3. Шездесет једну годину касније, 1929., у Кривичном законикау за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца, у чл. 21, правна заблуда се препознаје као факултативни основ за ублажавање казне, с тим да

је у „особито лаким случајевима“ могла бити и основ за ослобођење од казне. Уз мање техничке измене, ово решење ће (уз измену броја члана у закону) бити задржано у наредних седамдесет седам (77) година, до ступања на снагу КЗ из 2006. године. Ипак, кривични закон из 1947. године изоставља одредбу о правној заблуди, да би је „вратио“ закон из 1951. године у чл. 10 и закон из 1976. године у чл. 17. Два последња изједначавају услове за ублажавање и ослобођење од казне. Наиме, оба прописују „оправдане разлоге“ као услов за могућност и ублажавања али и ослобођења од казне. КЗ/29 пак раздваја услове за ублажавање од оних за ослобођење. Јер, за могућност ублажавања тражи само „освртање на прилике“, а за ослобођење од казне тражи постојање „особито лаког случаја“.

II

Изгледа прилично једноставно – ко не зна да је оно што ради забрањено, тај је у правној заблуди. Ипак, овакав закључак је прилично наиван. Први проблеми се јављају већ код одређивања садржаја свести о забрањености дела. Тако, препознали смо да тај садржај може обухватити осам скупова, чији елементи некад формирају унију, а некад пресек скупова. Свест о забрањености дела изоловано посматрано не говори „у односу на шта је забрањено дело“, и тиме не казује јасно „о чему треба да се има свест“. И ту долазимо до премисе да је забрањено нешто што је противно неком скупу правила. Међутим, неспорно је да од вајкада постоји подела на „писана и неписана правила“. Тако у писана правила спадају следећи скупови: 1) кривична забрањеност – обухвата кривична дела; 2) кажњивост – обухвата дела за која се може изрећи казна, тако: кривична дела, прекршаји, привредни преступи; 3) противправност – обухвата све позитивноправне прописе и 4) дисциплинска забрањеност – обухвата дисциплинске преступе. У неписана правила улазе скупови: 1) друштвена забрањеност – обухвата кршења друштвених правила; 2) морална забрањеност – обухвата кршења моралних правила; 3) обичајна забрањеност – обухвата кршења обичајних правила и 4) верска забрањеност – обухвата кршења верских правила. Посебан проблем са „неписаним правилима“ је управо то што су неписана. Остаје спорно како их сазнати и утврдити њихову садржину. Ипак морамо признати да њихови елементи неретко чине пресек скупова са писаним правилима, те да онда тај пресек као скуп ипак добија природу писаног правила. Једноставније речено, незанемарљив број писаних правила има

порекло у неписаном правилу. С тим у вези, ваља истаћи и поделу на формалну и материјалну противправност. Чини нам се да су ово заправо два „макро“ скупа, од којих је формална противправност – скуп писаних правила, а материјална противправност – скуп неписаних правила. Затим, не би требало да је спорно да је писано правило све оно што се показује као неопходно за функционисање друштва, и да чим уређивање неког односа постане значајно за друштво, правни систем реагује тако што га уреди правном нормом. Другачије, „преведе“ га из неписаног у писано правило. Са друге стране, уколико га не жели превести у писано правило, то представља јасан знак да то неписано правило није од суштинског значаја за друштво, јер је исто непревођењем таквог правила из неписаног у писано несумњиво показало незаинтересованост за то питање. Усудили бисмо се да приметимо да је систем такво правило оставио у „простору слободе грађана“. Вратимо се сада на питање да ли је за свест о забрањености довољно да је лице знало да је његово понашање забрањено писаним или неписаним правилима. Сматрамо да ако лице зна да је његово понашање забрањено „само“ неписаним правилом да то није довољно за постојање свести о забрањености дела, јер лице може и треба да пође од оправдане претпоставке да уколико друштво није нашло за сходно да преузме ово правило у правни систем, и да му тиме обезбеди санкцију (у случају кршења), да је то „простор слободе“. Можда се на овом месту и најлакше може приказати неоправданост прихватања довољности свести о материјалној противправности за свест о забрањености дела. Наиме, ако лице зна да је његово понашање противно на пример неком друштвеном правилу, и зна да је оно противно само друштвеном правилу, нема разлога да себи ускрати предузимање радње која се противи таквом правилу, јер кршење тог правила систем (и друштво, који појам овде извесно може фигурирати као синоним), не детектује у мери да га препознаје као негативно односно штетно. У супротном, превео би га у писано правило и тиме обезбедио његово поштовање санкцијом. Свест о поступању противно друштвеном правилу или било којем другом неписаном правилу може имати улогу тек на пољу испитивања отклоњивости заблуде, где би имала „упозоравајућу“ функцију, у смислу да ако лице зна да је понашање које жели да предузме противно друштвеном правилу, треба „додатно“ да се потруди да испита/да се обавести да ли је такво понашање и правним правилом забрањено. Даље, на „терену“ елемената који чини пресек скупова писаних и друштвених¹⁷⁶⁹ правила могуће је да се појави ситуација када лице зна да

¹⁷⁶⁹ Један скуп неписаних правила.

крши друштвено правило, али не зна да је то друштвено правило пре тога већ преузето у писано правило и у истој садржини постоји као писано и као неписано правило. И тада се свест о томе да крши само друштвено правило показује као недовољна за свест о забрањености јер лице свеједно не зна да је његово дело супротно писаном правилу. Видели смо дакле, да свест о кршењу друштвеног правила није довољна ни онда када се писано и друштвено правило не поклапају ни онда када се поклапају. Стога, мишљења смо да би ваљало напустити концепт свести о материјалној противправности као мерила садржаја свести о забрањености дела и преместити га на терен испитивања могућности (и дужности) отклањања заблуде.

У раду смо утврдили да је преовлађујуће мишљење да се за свест о забрањености дела захтева да је лице било свесно да је његово понашање правним прописима забрањено. Ово важи за представнике српске и немачке кривичноправне науке, али и за судску праксу немачких и аустријских судова (који су се ипак унеколико више бавили питањем правне заблуде од судова у Србији). Осим тога истражујући литературу (посебно немачку) уочили смо да је могуће „поделити“ свест о забрањености дела. Ова дељивост свести о забрањености дела јавља се као необично важно питање у случајевима идеалног стицаја. Конкретно, дозвољава се могућност да је код учиниоца више кривичних дела у идеалном стицају постојала свест о забрањености у односу на нека дела, а у односу на друга пак да није. Ова дељивост свести о противправности можда подсећа и на „дељивост“ урачунљивости у смислу да је могуће да је учинилац у односу на једно дело био урачунљив, у односу на друго битно смањено урачунљив, а у односу на треће неурачунљив. Међутим, погрешно је рећи да је урачунљивост дељива.

Наиме, ниво поређења никако није исти јер се дељивост свести о забрањености дела анализира кроз призму дељивости само у ситуацијама идеалног стицаја, док код „дељивости“ урачунљивости то није случај. Наиме дељивост урачунљивости би прилично тешко могла да се замисли на примерима идеалног стицаја (рекли бисмо чак да је и немогућа), јер се она испитује у односу на предузето понашање – једну радњу којом су остварена обележја више кривичних дела. Тако на пример у случају обљубе злоупотребом поверења и родоскрвњења, као идеалног стицаја, тешко би се могло тврдити да је могуће да у односу на једно дело учинилац буде урачунљив, а у односу на друго битно смањено урачунљив или неурачунљив. Ово није могуће јер се способност схватања значаја дела и управљања поступцима испитују у односу на предузимање

радње као такве, а у случају испитивања постојања и дељивости свести о забрањености дела испитује се не толико сама радња као таква већ вредновање такве радње у смислу да ли је знао да је то што ради забрањено, те је замисливо да лице зна да је једно дело које чини забрањено, али да уопште није свестан да је таква радња забрањена на још један начин, тј. да чини још једно или више забрањених понашања. Поједностављено, урачунљивост је недељива код идеалног стицаја, а свест о забрањености јесте. Урачунљивост заправо није дељива ни код реалног стицаја већ се испитује посебно у односу на свако учињено дело, а то онда није дељивост „једне“ урачунљивости већ њено утврђивање за сваку радњу, као што би био случај и за свест о забрањености дела код реалног стицаја.

Код свести о забрањености мора се поменути још и условљена свест о забрањености. Ова категорија одговара евентуалном умишљају. Ради се о томе да лице сумња да је његово дело забрањено, па у тој сумњи ипак предузима радњу. Излишно је указивати да то лице није у правној заблуди. Разлог оваквог закључка намеће се сам по себи. Да би лице било у правној заблуди, код њега треба да недостаје свест о забрањености дела, тј. да је нема. Код лица које сумња да је његово дело забрањено то није случај. Напротив, код њега постоји свест о сумњи да је његово дело забрањено, односно оно држи да је могуће да је то што ради забрањено. Стање могућности да је дело забрањено не одговара стању незнања да је дело забрањено. За лице које сумња да је оно што предузима забрањено се не може рећи да не зна да је то што ради забрањено, штавише оно држи за могуће да то јесте забрањено, па упркос томе чини то, другим речима пристаје на то.

На крају закључака о свести о забрањености дела заслужује да се помене и могућност вештачења ове компоненте кривице. Једина компонента кривице која се не претпоставља је умишљај (нехат кад је законом одређено). Урачунљивост и свест о забрањености дела се претпостављају. Па ипак, у ЗКП је прописано да ће се наредити психијатријско вештачење једино у случају да се појави сумња да је искључена или смањена урачунљивост окривљеног. Дакле, као степен вероватноће за одређивање овог вештачења довољна је обична сумња, која се „постиге“ тако што окривљени каже да је некад конзумирао било коју дрогу или да активно пије. Оваква тврдња окривљеног се међутим ни на који начин не проверава већ се одмах доноси наредба за психијатријско вештачење. Када пак исти тај окривљени тврди да није знао да је то што је учинио

зобрањено, орган поступка се по правилу прави да то није чуо, а о вештачењу нема ни говора. Остаје нејасно због чега се избегава одређивање вештачења на околност да ли би лица која имају личне и друге карактеристике као конкретан окривљени могла знати да је такво дело забрањено. Једноставније, испитала би се референтна група људи чији припадници у битном имају исте „одреднице“ као окривљени – старост, пол, образовање, психичка својства, занимање, запослење, друге личне прилике, навике, породично стање, специфичности окружења у којем се тренутно креће и оног у ком је одрастао и др. Према резултатима би се закључивало да ли би просечан припадник такве групе могао знати да је дело забрањено.

III

Широко је прихваћена подела правне заблуде на директну и индиректну премда је овакво разликовање прилично уопштено. Директна правна заблуда схватана је као заблуда о забрањености дела генерално – тј. у смислу да је дело као такво забрањено, док је индиректна заблуда перципирана као заблуда о постојању неког основа искључења противправности. Међутим, ваљало је скренути пажњу на одређене „допунске“ – прецизније поделе обе ове врсте правне заблуде. Тако, у групу директне правне заблуде улазе: заблуда о постојању забрањујуће/обавезујуће норме, права заблуда о важењу, неправна заблуда о важењу и заблуда о тумачењу. У групу индиректне правне заблуде улазе заблуда о границама основа искључења противправности и заблуда о постојању правом непризнатог основа искључења противправности. Осим наведене две групе, треба указати и на дуплу правну заблуду, обрнуту правну заблуду са низом њених појавних облика и подоблика али и на разликовање које је правио Царевински суд у Немачкој на кривичноправну и ванкривичноправну правну заблуду.

Код прве врсте директне правне заблуде указано је да она не обухвата само случајеве када лице не зна да постоји забрањујућа норма, већ и оне када лице не зна да постоји обавезујућа норма. Ради се о ситуацији када лице не зна за постојање норме која га обавезује на чињење услед чега пропушта такво чињење и тиме врши забрањено дело. Даље, права заблуда о важењу обухвата случајеве када лице зна да својим делањем крши неки пропис, али уверен је да је тај пропис ништав јер га је донео ненадлежан

орган или се њиме крши нека норма јаче правне снаге – попут уставне нормe. Овде се ради о томе да ти разлози ништавости уопштено постоје тј., правни поредак их препознаје као разлоге због којих је норма ништава, међутим, у конкретном случају нису испуњени услови за ништавост. На пример, норма јесте ништава ако ју је донео ненадлежан орган, али у датом случају, норму је донео надлежан орган, при чему учинилац мисли да тај орган није надлежан. Такво лице је у незнању о праву и стога у правној заблуди – и то правој заблуди о важењу. Праву треба разликовати од неправне заблуде о важењу. Неправа постоји када лице зна за постојање нормe, али мисли да она више не важи. Лице у овој заблуди не зна правна правила која се односе на важење нормe услед чега не зна да одређено правило или више не важи или важи у измењеној форми или пак мисли да је та норма стављена ван снаге, а није. Разлог за извесно постојање ове врсте заблуде лежи у томе да све више закона садржи одредбе не само о свом ступању на снагу, већ и о различитом почетку примене само неких нових одредби, али и о продужетку примене, опет само неких, одредби старог закона. На тај начин долазимо у ситуацију да се паралелно примењују одредбе новог и старог закона. Међутим, као да то није довољно, појављује се и ситуација када се новим законом продужи примена одредби старог закона али на начин да се различите одредбе старог закона – оне којима је продужена примена, не примењују све до истог рока, већ се неке од старих примењују до (на пример) јуна наредне године, друге пак до децембра оне тамо године, а треће до марта текуће године. Заблуде о важењу, како праву тако и неправу, опет треба разликовати од посебне врсте стварне заблуде. Та посебна врста постоји када лице не зна да одређена норма важи не зато што не зна правила о доношењу, ступању на снагу и почетку примене закона и његових одредби, већ зато што не зна да је закон уопште и донет, односно да је на пример одржана седница законодавног тела или да је закон објављен у јавном гласилу. Услед незнања ових стварних околности – попут незнања да је закон ступио на снагу јер је већ прошло осам дана од дана објављивања у јавном гласилу, лице не зна да је то што ради забрањено. При томе, говоримо о лицу које је потпуно упознато са свим правним правилима. Ова заблуда се јавља као посебна стварна заблуда из разлога што није ни заблуда о бићу дела, а ни заблуда о чињеничним претпоставкама неког правом признатог основа искључења противправности.

Последња врста директне правне заблуде је заблуда о тумачењу, тј. заблуда о супсумцији. Ипак, неопходно је прецизирати да заблуда о тумачењу није нужно

директна правна заблуда, већ може да се појави и као заблуда о делу, али и заблуда о кажњивости. Као директна правна заблуда појављује се када лице погрешно тумачи нормативно обележје дела на начин да закључује да његово понашање није недопуштено. Овде се ради о погрешном – преуском тумачењу нормативног обележја у ситуацији када учинилац зна чињеницу која је подлога тог нормативног обележја дела. Као распрострањен пример за ову заблуду наводи се случај тумачења појма „иста правна ствар“ у опису кривичног дела обмањивања странке из чл 356 КЗН, када адвокат погрешно држи да се не ради о истој правној ствари, те да је стога његово поступање према обе странке допуштено, а није, јер се ипак ради о истој правној ствари.^{1770,1771} Поред овог примера чест је и онај са одвртањем вентила на гумама путничког моторног возила које судска пракса сматра кривичним делом оштећења туђе ствари, а када се лице брани да није знало да чини то дело ако није оштетило суштину путничког моторног возила.¹⁷⁷²

Код индиректне правне заблуде, навели смо, разликујемо две врсте, једна је заблуда о границама основа искључења противправности, а друга о постојању правом непризнатог основа искључења противправности. У индиректној правној заблуди је онај учинилац који зна да је његово понашање иначе недозвољено, тј. забрањено, али у конкретном случају верује да није. Ово веровање учиниоца да у конкретној ситуацији није забрањено заснива се на погрешном уверењу да је искључена противправност таквог дела. До лажног искључења противправности води пак мишљење да лице дела у границама правом признатог основа искључења противправности, а у стварности лице га је прекорачило и тиме дошло на подручје неправна односно поље на којем постојећи основ искључења противправности губи дејство. Другим речима, преласком тих граница, противправност се поново активира, а учинилац погрешно мисли да није прешао те границе. Битно је међутим истаћи да се ове границе манифестују као правни услови за примену датог основа искључења противправности, а не као чињеничне претпоставке основа искључења противправности. Једноставно речено, учинилац у заблуди проширује ове границе. Проширење граница пак, наступа као последица незнања правних услова за примену основа правног оправдања. Границе су наиме одређене управо тим правним условима.

¹⁷⁷⁰ T. Fischer (2015), 2563

¹⁷⁷¹ C. Roxin (2006), 939.

¹⁷⁷² V. Krey, 141.

Друга стаза која води лажном искључењу противправности јесте уверење лица да је нешто основ искључења противправности, а право не признаје такав основ. Скрећемо пажњу да основи правног оправдања нису прописани само у кривичном закону, већ и у другим законима, чак и у неписаним правилима – онима чији је основ у обичајном праву.^{1773,1774,1775} (У раду смо указали да Ото препознаје укупно 14 основа правног оправдања.¹⁷⁷⁶) Иначе, дејство овлашћујућих норми из грађанског и јавног права на искључење противправности у кривичном праву везује се за принцип јединства правног поретка.¹⁷⁷⁷

Колики је простор за испитивање постојања индиректне правне заблуде о границама основа искључења противправности најбоље показује број правом признатих основа искључења – 14, за чију примену је неретко потребно испуњење три и више услова. Ова бројка можда и не изгледа посебно велика, међутим то је само варка. Јер, у испитивању прекорачења појединог услова одређеног основа искључења противправности неретко се крије читав један микрокосмос вредновања. Узмимо за пример хапшење при извршењу кривичног дела (чл. 292 ЗКП – Србије, чл. 127. ЗКП – Немачке). Један од услова је и да буде учињено „при извршењу кривичног дела“, при чему је немали број пута нелако оценити да ли је „престало извршење кривичног дела“. Такође, услов је и да употребљено средство буде сразмерно сврси хапшења.¹⁷⁷⁸ Није спорно да лице зна које средство користи, и стога нема дилеме да се не ради о било каквој заблуди о чињеницама. Проблем је у незнању лица да неко средство није сразмерно, а друго пак јесте. И погрешна оцена о овоме доводи до правне заблуде, тј. погрешног закључка о дозвољености. Тако, несумњиво је да лице зна да пуца из гасног пиштоља на учиниоца у бекству или да се дављењем може угрозити живот¹⁷⁷⁹, али мисли да су ова средства допуштена у сврху грађанског хапшења, а нису, и тиме прекорачује границе тог основа искључења противправности у погрешном уверењу да их не прекорачује. Или на примеру нужне одбране, трећи услов одбране – да је неопходно потребна за одбијање напада, а таква је она којом би се с обзиром на околности конкретног случаја могао

¹⁷⁷³ V. Krey, 151.

¹⁷⁷⁴ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 108.

¹⁷⁷⁵ S. Tofahrn, 83.

¹⁷⁷⁶ H. Otto (2004), 105.

¹⁷⁷⁷ G. Jakobs (1991), 351.

¹⁷⁷⁸ Видети више – L. Meyer-Göbner (2013), 605; W. Beulke (2016b), 161; J. Joachimski, K. Haummer, 2015, C. Roxin, B. Schünemann, 255; H. Otto (2004), 139.

¹⁷⁷⁹ Види L. Meyer-Göbner (2013), 605.

ефикасно одбити напад уз најмању повреду нападачевог добра.¹⁷⁸⁰ С тим у вези, Стојановић истиче да овај услов изазива највише тешкоћа у судској пракси, те да је питање граница нужне одбране старо колико и сам тај институт.¹⁷⁸¹ Додуше, расправа о овом трећем услови у светлу употребљеног средства за одбијање напада пре ће се разматрати у делокругу стварне заблуде у ширем смислу. Ипак, неограниченост потенцијалних чињеничних конструкција свакако има битног удела и на пољу укрштања две врсте индиректних заблуда – о границама и о непостојећем основу оправдања. Јер, учинилац може бити у заблуди поводом не само прекорачења правних услова за примену неког основа искључења противправности као што је на пример случај када лице мисли да је дозвољена употреба било ког средства у циљу хапшења учиниоца при извршењу кривичног дела. Тада дакле лице прекорачује један од услова примене овог основа оправдања, а то је сразмерност средства сврси хапшења. Међутим, могуће је сасвим и да учинилац измисли потпуно нови правни услов и тиме прошири границе основа искључења противправности на начин који уопште није повезан са прекорачењем његових услова. (Додуше, ова заблуда и јесте заблуда о прекорачењу граница, а не о прекорачењу услова, међутим, границе су и нацртане условима.) На пример, случај са прекорачењем граница „редовног услова“ постоји када учинилац мисли да је нужна одбрана дозвољена и када је напад већ престао. Реч је о темпоралном ексцесу и несумњиво је да тада више не постоји нужна одбрана. Али, учинилац мисли да је дозвољено „настављати одбрану“ иако напада више нема. Овде се дакле прекорачује постојећи услов у уверењу да је такво понашање допуштено. Међутим, треба бити опрезан при избору речи којима се описује ова ситуација. Наиме, не мисли учинилац да је дозвољено прекорачење услова, већ он мисли да уопште и не прекорачује услов, да се креће у његовим границама. Лице у заблуди проширује тај већ постојећи услов, и тиме аутоматски проширује и границе, те зато мисли да не чини ништа забрањено. Мишљења смо пак да је другачија ситуација са проширењем граница основа искључења противправности када се умишља да постоји услов који уопште не постоји, па се услед таквог незнања погрешно мисли да се креће у сфери дозвољеног. Реч је заправо о додавању новог услова којим се већ утврђени терен на којем је искључена противправност проширује. До овог проширења међутим не долази проширењем већ постојећег услова већ додавањем новог услова којим се површина поља непротивправности повећава. На примеру нужне одбране, лице мисли да услов

¹⁷⁸⁰ З. Стојановић (2013), 148–150.

¹⁷⁸¹ *Ibid.*, 149.

сразмерности средства за одбијање напада не важи уколико се напад одбија од малолетне деце, у виду пружања нужне помоћи малолетној деци. Другим речима, учинилац верује да право на нужну одбрану (помоћ) малолетној деци није ограничено условом неопходности одбране, тј. да се такав напад може одбијати апсолутно свим средствима. Ово је заправо елиминисање једног услова (сразмерности средства) и увођења другог (да се напад одбија од малолетне деце) – замена услова. Овакве ситуације бисмо свакако окарактерисали као заблуду о границама основа искључења противправности, премда се не би могло порећи да је таква заблуда прилично блиска и заблуди о постојању правом непризнатог основа искључења противправности. Јер, иако се ради о погрешном веровању учиниоца да дела у нужној одбрани, он заправо дела у нужној одбрани која према његовом стању свести има другачије услове од оне која је законом (правом) прописана. Јасније речено, прекорачење граница може се учинити прекорачењем постојећих услова и умишљањем нових, правом непризнатих услова.

Случај који можда и више дозвољава приближавање две врсте индиректне заблуде је и право на дисциплинско кажњавање деце. У раду смо поменули ситуацију када тетка мисли да има право на дисциплинско кажњавање сестрића, а заправо то право имају само родитељи детета. Тетка не прекорачује границе основа правног оправдања, тетка, у односу на сестрића, никада и није била у границама дејства основа искључења противправности, тако да их не може ни прекорачити. Јер, да би их прекорачила, морала се претходно налазити у његовом делокругу. Једноставније, такав учинилац никада није ни крочио на терен основа искључења противправности. Тетка, дакле установљава нови правни услов за примену постојећег основа искључења противправности и на тај начин проширује границе дејства већ признатог основа правног оправдања. Ово проширење граница новим условима врло је блиско стварању новог (непризнатог) основа искључења противправности, који се додуше зове као и стари основ али му садржински не одговара.

Надаље, у разматрању врста правне заблуде, ваљало је скренути пажњу и на дуплу заблуду. Као што јој и назив говори, у питању је дупло – двоструко незнање. Ово двоструко незнање може се јавити у различитим комбинацијама, попут – дуплог незнања чињеница, као и незнања права и незнања чињеница на које се наслања незнање права. У литератури је најчешће (уз ову заблуду) приказивана ова последња комбинација и то у модалитету стварне заблуде у ширем смислу и индиректне правне

заблуде. Радило се о примеру где, након свађе између супружника, муж одлази у подрум, а жена након његовог изласка из подрума – приликом отварања врата убије мужа испаливањем смртоносног хица из ватреног оружја, верујући да носи секиру и да хоће да је убије и уверења да је овлашћена да у таквој ситуацији (коју је пак умислила) испали одмах смртоносне хице, а не да пуца у неки други део тела или да испали прво хитац упозорења. Решавање овог случаја показује се ипак као некомплицовано, а отуда и читава конструкција дупле заблуде као да се доводи у питање. Кратко речено, биће примењена правила само индиректне правне заблуде, јер, и да је муж заправо имао секиру у руци и кренуо да нападне жену, и тада би радња остала противправна, тј. прекорачен би био услов сразмерности, односно напад није могао бити отклоњен моменталним устрељивањем у срце. На првом месту, ако би се прихватила каква друга солуција, попут оне да се примене правила о стварној заблуди у ширем смислу, дошло би се до помало парадоксалног резултата – лице које није нападно секиром и које је у заблуди би се фаворизовало у односу на лице које је стварно нападно секиром и које није у заблуди. Надаље, да не може никако доћи у обзир примена одредби о стварној заблуди у ширем смислу говори и то што лице и није у стварној заблуди у ширем смислу. Неспорно је то лице (жена) у заблуди о чињеницама, али та заблуда није стварна заблуда у ширем смислу. Да је тако види се из дефиниције стварне заблуде у ширем смислу као заблуде о постојању чињеничних претпоставки неког основа искључења противправности. Другим речима, лице у овој заблуди је у незнању о некој стварној околности која би да је заиста постојала чинила дело дозвољеним. *Argumentum a contrario*, ако се ради о заблуди о стварној околности која чак и да је постојала не би чинила дело дозвољеним, не би се радило о стварној заблуди у ширем смислу. Примењено на датом примеру – да ли би дело било дозвољено да је муж заиста имао секиру и кренуо у напад? Не би. И тада би постојало прекорачење нужне одбране. Овакви примери пак говоре у прилог напуштања конструкције дупле заблуде.^{1782,1783,1784} И не само дупле заблуде у овој комбинацији већ и у осталим комбинацијама. Поменућемо комбинацију дупле правне заблуде. Лице овде мисли да чини једну забрањеност, а заправо чини другу забрањеност, при чему то (прво) што мисли да је забрањено, није забрањено, а друге недозвољености коју чини није свестан. У питању је заправо случај обрнуте правне заблуде (путативног деликта) и правне заблуде, на

¹⁷⁸² W. Gropp (2016), 607.

¹⁷⁸³ W. Beulke (2016a), 165.

¹⁷⁸⁴ J. Kaspar, 188.

који се имају применити „само“ одредбе о правној заблуди. Из наведених резоновања о дуплој заблуди, формира се и однос према вишеструкој заблуди. Свака вишеструка заблуда је заправо само привид кривичноправних заблуда, јер, увек постоји само једна кривичноправна заблуда – једна од оних које познаје кривични закон, док су друге заблуде о чињеницама или праву које не познаје кривични закон и стога не могу ни имати било какво правно дејство. Другим речима, оне су правно непостојеће.

У овим разматрањима, сматрамо за потребно пронаћи места и за поделу правне заблуде на кривичноправну и изванкривичноправну коју поделу је заступао Царевински суд у Немачкој, а чије смо трагове пронашли и у нашој литератури.¹⁷⁸⁵ Наиме, кривичноправна се односила на незнање кривичноправних термина – појмова, док се изванкривичноправна односила на незнање термина који су припадали другим гранама права – грађанском, управном и др. Прва је била ирелевантна, а друга је искључивала умишљај. Другим речима, ако се ради о појму који уређује кривично право онда је у питању кривичноправна (правна) заблуда, а ако се ради о појму који уређује друга грана права, тада постоји изванкривичноправна (правна) заблуда. Као одлучујући критеријуми фигурирали су „седиште правног прописа“¹⁷⁸⁶, околност да се обележје бића могло разумети само кроз грађанскоправне или управноправне прописе¹⁷⁸⁷ као и околност да ли кривични закон тај појам аутономно регулише.¹⁷⁸⁸ Ова подела је међутим напуштена, а најчешће замерке су биле да је непрецизна и произвољна.^{1789,1790} Покушај реактуелизације поменуте концепције Царевинског суда учинила је Ингеборг Пупе реосмишљавањем њених одредница. Као узрок проблема означила је погрешно означавање ове две заблуде као правне заблуде, при чему је изванкривичноправна била заправо заблуда о правно институционалним чињеницама, док је кривичноправна била заблуда о супсумцији.¹⁷⁹¹ Ова ауторка је приметила да сваки израз у бићу дела који означава ванкривичноправне правне последице може бити замењен чињеничним претпоставкама без да се измени област примене бића дела, те да то није учињено само из разлога „језичке удобности“.¹⁷⁹² Стога, знање о правној норми која је презентовала

¹⁷⁸⁵ Љ. Лазаревић (2011), 152.

¹⁷⁸⁶ A. Köhler, 299.

¹⁷⁸⁷ B. Heinrich, 451.

¹⁷⁸⁸ R. Maurach, 401.

¹⁷⁸⁹ H. Welzel, 158.

¹⁷⁹⁰ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 182.

¹⁷⁹¹ I. Puppe (2008), 291–299.

¹⁷⁹² I. Puppe (1990), 145–182.

такву чињеницу није било од значаја за умишљај, те њено незнање није ни могло искључити умишљај.¹⁷⁹³

Закључке о врстама правне заблуде завршавамо напоменама о обрнутој правној заблуди, тј. о путативном деликту. У овој заблуди налази се лице које мисли да је његово понашање забрањено, а у ствари није. Другим речима, лице не зна да је то што ради дозвољено, напротив. Иначе, уображено кривично дело ваља разликовати од неподобног покушаја као обрнуте стварне заблуде и правне илузије. Неподобан покушај постоји када је учинилац у заблуди у погледу чињеница, а понашање које лице хоће да предузме кажњиво је како из угла правног поретка тако и из угла тог лица, док код путативног деликта то није случај, јер ту учинилац понашање које из угла правног поретка није кажњиво држи за кажњиво.¹⁷⁹⁴ Од правне илузије се пак разликује по томе што се она односи на то да ли лице мисли да је његово понашање дозвољено или недозвољено према правилима његове савести или религије.¹⁷⁹⁵

И као што је основна подела правне заблуде на директну и индиректну, тако су могуће обрнута директна и индиректна правна заблуда. Исто је могуће и обртање све четири врсте директне правне заблуде и две врсте индиректне правне заблуде. Међутим, ми смо изложили следећу поделу умишљеног кривичног дела – три облика, од чега други и трећи облик имају по два подоблика, а сваки од два подоблика другог облика има и два огранка.

Први облик је обрнута заблуда о тумачењу, када учинилац погрешно тумачи нормативно обележје дела и долази до закључка да је његово понашање допуштено.

Други облик уображеног кривичног дела је погрешно мишљење о постојању целе или дела норме. Овај други облик рачва се у два подоблика према томе да ли се заблуда односи на целу норму или део норме. Тако први подоблик обухвата ситуације погрешног мишљења о постојању целе норме. Ово погрешно мишљење о постојању целе норме може се појавити као уверење да постоји цела забрањујућа норма (а она не постоји) или да не постоји цела дозвољавајућа норма (а она постоји). Први огранак је

¹⁷⁹³ I. Puppe (2008), 291–299.

¹⁷⁹⁴ K. H. Gössel *et al.*, 92.

¹⁷⁹⁵ A. Köhler, 308.

дакле обрнута директна правна заблуда и то она о постојању забране, а други огранак је обрнута индиректна правна заблуда – она о постојању основа искључења противправности. Пример за овај други огранак је случај када родитељ дисциплински кажњава дете (не дозвољава му да иде напоље да се игра док не уради домаћи задатак) мислећи да је то забрањено. Други подоблик односи се на погрешно мишљење о делу норме, које се појављује када лице допуњује постојећу норму непостојећом забраном, тј. шири област постојеће забране. Пример за то је када лице мисли да врши крађу иако одузима ничију ствар. Други огранак постоји када лице „скрађује“ дејство постојеће дозвољавајуће норме. Пример је када учинилац мисли да има право на нужну одбрану само онда ако се напад односи на живот и тело. Међутим овај услов за примену нужне одбране не постоји и ту се ради о обрнутој заблуди о границама основа искључења противправности. Овде лице мисли да постоји додатни услов који заправо не постоји, односно проширује – поштрава постојећи услов – делом норме, који не постоји.

Трећи облик путативног деликта је обрнута заблуда о важењу. Она има два подоблика и то обрнута права заблуда о важењу и обрнута неправна заблуда о важењу. Овде се дакле ради о „обртању“ две врсте директне правне заблуде.

На крају разматрања о путативном деликту указали смо на „лажну“ индиректну правну заблуду и поставили питање да ли је умишљено кривично дело увек обрнута правна заблуда. О „лажној“ правној заблуди ради се код дела малог значаја као основа искључења противправности. Ово је анализирано на примеру лица које зна да је његово понашање иначе забрањено, али мисли да је у конкретном случају искључена противправност јер се ради о делу малог значаја. Мишљења смо да учинилац који сматра да његово понашање није забрањено јер је дело малог значаја није у правној заблуди, већ у тзв. евентуалној правној заблуди која и није правна заблуда. Јасније, код тог лица постоји у најмању руку сумња да је његово понашање недозвољено, а ово посебно имајући у виду специфичност процене код примене института дела малог значаја. Другим речима, такав учинилац има условљену свест о забрањености дела и самим тим није у правној заблуди. Уколико сада „обрнемо“ наведени случај требали бисмо да добијемо правну заблуду, пошто „необрнути“ случај није правна заблуда. Међутим, то се неће десити. Тако лице које мисли да његово понашање није покривено овим основом искључења противправности, а заправо јесте неће бити у правној заблуди, већ ће чинити путативни деликт. Стога, ако се већ прихвати да је путативни

деликт обрнута правна заблуда, остаје проблематично што „обртање“ у примеру дела малог значаја није произвело правну заблуду.

IV

Постоји немали број кривичних дела чији законски опис садржи обележје противправности. Питање које се поставило код тих кривичних дела јесте – да ли умишљајем учиниоца мора бити обухваћено и то обележје, тј. да ли је за постојање умишљаја код тих дела неопходно да је учинилац свестан те противправности? Наиме, ако се пође од тога да учинилац (да би делао умишљајно) мора да буде свестан свих елемената који улазе у законски опис бића дела, произлази да се то захтева и у односу на противправност. Ако је пак не би био свестан, тада би био искључен умишљај. Другим речима, заблуда о противправности би код тих дела имала исто дејство као стварна заблуда. Увидом у КЗ Србије утврдили смо да се противправност као обележје у бићу дела не појављује увек под тим именом, већ и под двадесет једним другим називом, које смо означили као скривена обележја противправности. Радило се, између осталих, о следећим изразима : „Ко кршећи прописе“; „Ко противно прописима“; „Ко ... не поступа по прописима, одлукама или наредбама“; „Ко се свесно не придржава прописа и мера“; „Ко свесним кршењем закона“; „Ко се противно законом утврђеној обавези...“ итд. Поред тога, постоји и читав низ кривичних дела против привреде у чијим законским описима се упућује на поступање супротно законским и подзаконским актима као и актима аутономног права. Тако на пример кривично дело злоупотребе овлашћења у привреди из чл. 238 ст. 1 тач. 4 КЗ где се каже: „... на други начин грубо повреди овлашћења у погледу управљања, располагања и коришћења имовином“, као и кривично дело злоупотребе положаја одговорног лица из чл. 234 ст. 1 КЗ где се каже: „... које искоришћавањем свог положаја или овлашћења, прекорачењем граница свог овлашћења или невршењем своје дужности...“ На другом примеру се уочава да КЗС не говори ни која су овлашћења одговорног лица, ни где су границе тих овлашћења, ни које су његове дужности, већ прећутно упућује не само на Закон о привредним друштвима, већ и на оснивачки акт привредног друштва, правилник о унутрашњем уређењу и систематизацији радних места и сл.

У нашој литератури изгледа да је неспорно да учинилац код кривичних дела у чијем бићу се противправност изричито помиње мора бити свестан да поступа противно одређеним прописима, тј. да мора знати да дела противправно. Тако налазимо код Живановића¹⁷⁹⁶, Стојановића¹⁷⁹⁷, Стајића¹⁷⁹⁸, Јовановића¹⁷⁹⁹, Крауса¹⁸⁰⁰, Таховића¹⁸⁰¹, Чејовића¹⁸⁰², Мршевић¹⁸⁰³, али и код Ђорђевића¹⁸⁰⁴ и Лазаревића.¹⁸⁰⁵

Ипак, Ђорђевић налази да постоји правна заблуда када учинилац не зна правне прописе којима се допуњава бланкетна диспозиција.¹⁸⁰⁶ Као пример за овакву правну заблуду наводи случај када лице зна да непоступање по прописима за време епидемије представља кривично дело, ако не зна те прописе.¹⁸⁰⁷ Па ипак, Лазаревић (додуше на примеру кривичног дела преношења заразних болести код животиња и биљака, док је код Ђорђевића реч о кривичном делу непоступања по здравственим прописима за време епидемије, иако су радње дела исте – непоступање по прописима за време епидемије), који исто примећује да је у правној заблуди лице које за време епидемије продаје стоку, не знајући да је то забрањено неким прописом, објашњавајући шта је потребно за умишљај код таквог кривичног дела, наводи да учинилац „треба да је свестан да не поступа по прописима или наредбама за време епидемије...“.¹⁸⁰⁸ Другим речима, ако није свестан, тј. ако не зна те прописе, отпада умишљај. Ако дакле такву заблуду ипак назовемо правном заблудом као што чине Ђорђевић и Лазаревић, прихватили бисмо једну од две солуције – или се не ради о правној заблуди или правна заблуда може да искључи и умишљај. Краус пак, управо за кривично дело преношења заразних болести код животиња, биља и дрвећа истиче да за умишљај „извршилац треба да је свестан... да поступа супротно прописима односно наредбама...“¹⁸⁰⁹

¹⁷⁹⁶ Т. Живановић, 233.

¹⁷⁹⁷ З. Стојановића (2013), 171.

¹⁷⁹⁸ А. Стајић, у Н. Срзентић *et al.*, 414.

¹⁷⁹⁹ Љ. Јовановић, 232.

¹⁸⁰⁰ Б. Краус, у Н. Срзентић *et al.*, 469.

¹⁸⁰¹ Ј. Таховић, 192.

¹⁸⁰² Б. Чејовић (1985), 162.

¹⁸⁰³ З. Мршевић, 74.

¹⁸⁰⁴ М. Ђорђевић, у Ф. Бачић *et al.*, (1978), 90.

¹⁸⁰⁵ Љ. Лазаревић (2011), 830. Види о његовом мишљењу више у поднаслову 8.2. овог рада.

¹⁸⁰⁶ *Ibid.*, 90.

¹⁸⁰⁷ *Ibid.*

¹⁸⁰⁸ Љ. Лазаревић (2011), 152–153 и 830.

¹⁸⁰⁹ Б. Краус, у Н. Срзентић *et al.*, 469.

Међутим, управо Ђорђевић наговештава да се и у домаћој литератури препознаје разликовање противправности као општег елемента кривичног дела и противправности „која се појављује као посебно обележје код неких кривичних дела“, при чему је само у овом другом случају законско обележје дела и „има значај стварне околности дела, те заблуда о њој представља стварну заблуду“.¹⁸¹⁰ Оно што нам не говори овај аутор је – да ли само помињање/уношење противправности у законски опис дела од ње чини посебно обележје дела или постоје ситуације када је противправност унета у опис дела, али се ипак сматра општим, а не посебним обележјем дела.

У Немачкој је противправност (и други називи под којима се јавља) која се појављује у бићу дела, некад опште, а некад посебно обележје дела. Постоје чак и различити облици код истог кривичног дела, који садрже противправност, један као опште обележје дела, а други као посебно обележје дела (види кривично дело оштећења ствари из чл. 303 КЗН).¹⁸¹¹ Као критеријуми разликовања фигурирају околност да ли се таква противправност односи на радњу или на неко појединачно обележје, а други је упућивање да на том пољу може доћи до чешће примене основа искључења противправности.^{1812,1813} Ако се дакле односи на радњу и ако је у односу на то дело могућа учесталија примена основа искључења противправности, то би указивало да се ради о противправности као општем обележју дела. Веселс/Бојлке/Зацгер пишу да је противправност право обележје дела када се појављује као атрибут неке појединачне околности дела на коју се тада мора протезати умишљај.¹⁸¹⁴ На концу, Арц је још пре више од тридесет година приметио да је разликовање умишљаја и свести о противправности код модерних кривичних дела безначајно, те да се тешко може порећи да учинилац који је у незнању неког прописа о заштити животне средине, треба да из познавања чињеница извуче закључак о свом криминалном понашању.¹⁸¹⁵

Ми смо мишљења да је противправност (или неки од њених других назива), уколико је изричито унета у биће дела, посебно обележје дела које мора бити обухваћено умишљајем. Критеријуме попут „могућности учесталијег појављивања основа искључења противправности“ сматрамо за произвољне и непрецизне. Треба скренути

¹⁸¹⁰ М. Ђорђевић, у Ф. Бачић *et al.*, (1978), 91.

¹⁸¹¹ Т. Fischer (2015), 2273.

¹⁸¹² *Ibid.*, 143.

¹⁸¹³ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 54.

¹⁸¹⁴ *Ibid.*

¹⁸¹⁵ G. Arzt, 726.

пажњу и да то не значи да код кривичних дела код којих је противправност унета у биће дела није уопште могућа правна заблуда. Могућа је, и то не само индиректна правна заблуда, већ и подврсте директне правне заблуде – права и неправна заблуда о важењу, а не бисмо искључили ни заблуду о тумачењу.

V

Већ смо истакли да је питање отклоњивости правне заблуде од прворазредног значаја за разматрање института правне заблуде. Није тешко уочити због чега је тако. Наиме, ако је заблуда неотклоњива, не постоји кривица, а самим тим ни кривично дело. Дакле, дело учињено у неотклоњивој правној заблуди није кривично дело. Обично фигурирају два критеријума отклоњивости правне заблуде, објективни и субјективни. Према првом се сматра да је заблуда отклоњива када је лице било дужно да зна да је његово дело забрањено. Други пак тражи да је могао да зна да је његово дело забрањено. У КЗ Србије, прихваћен је мешовити објективно – субјективни критеријум. Тако је у чл. 29 ст 2 КЗ прописано да је правна заблуда неотклоњива ако учинилац није био дужан и није могао да зна да је његово дело забрањено. Са друге стране, видели смо да је у КЗ Немачке „прихваћен“ субјективни критеријум отклоњивости, где је у чл. 17 прописано да учинилац поступа без кривице када ову заблуду није могао избећи. Ипак, не можемо се сложити да употреба речи „био дужан“ указује на прихватање објективног критеријума, а речи „могао“ на усвајање субјективног критеријума. Нити је објективни критеријум потпуно објективан нити је субјективни потпуно субјективан. Наиме, субјективно је укорењено у објективно готово једнако као објективно у субјективно. Јер, дужност да се зна за забрањеност дела се не испитује у односу на неко апстрактно лице, већ у односу на лице које има битно исте субјективне карактеристике као и конкретни учинилац. У погледу субјективног критеријума, не можемо никада са сигурношћу утврдити да ли је учинилац био свестан забрањености дела, али можемо испитати да ли би лице које има карактеристике као учинилац могло знати за забрањеност. Тако, могућност да се зна забрањеност ћемо утврђивати махом преко „објективизације субјективних параметара“. Прикупићемо податке о следећих 19 чинилаца: узраст учиниоца; васпитање учиниоца; образовање учиниоца; занимање учиниоца; запослење учиниоца; породичне прилике; личне прилике; навике учиниоца; круг људи у којем се креће/из којег потиче; природа кривичног дела; учесталост тог

кривичног дела; појављивање у медијима извештаја о том кривичном делу; доступност правног савета; знање језика (државе на чијој територији је учињено дело); време боравка у одређеној држави; дужи боравак у иностранству (односно одсуство са територије државе где је учињено дело); врста и тежина дела; држављанство учиниоца и психичка својства. Након што смо утврдили ове факторе, оцењиваћемо да ли би просечан припадник групе која у битном има идентичне одреднице као конкретни учинилац, могао да зна за забрањеност дела. Уколико оценимо да је могао, закључићемо и да је конкретни учинилац могао знати за забрањеност. Ово је објективизација субјективног. Јер, закључак о могућности знања о забрањености не извлачимо из поузданог увида у ранију свест учиниоца¹⁸¹⁶, већ грубо (и прилично поједностављено) речено на основу тога да ли би лица која су слична као учинилац могла знати да је дело забрањено.

Мишљења смо да је „дужност“ сувишна у одредби о неотклоњивој правној заблуди. Наиме, ако је дужност потпуно објективна, онда не би требало да буде различита, односно условљена тиме на кога се односи. Другим речима, Петар је дужан исто оно што и Марко. Ипак, видели смо да (према КЗС) неотклоњива правна заблуда постоји ако учинилац није био дужан и није могао да зна да је његово дело забрањено. Другачије, дозвољава се постојање ситуације у којој би учинилац могао, а није био дужан да зна за забрањеност као и обрнуто. Дакле, уколико је постојање дужности у целости објективизирано, следи да на њено постојање не би смели да утичу субјективни фактори. Ако пак не утичу, једноставно, противно правној једнакости грађана би било да код једног лица постоји дужност да зна забрањеност одређеног понашања (конкретног кривичног дела на пример), а код другог не. Међутим, из одредбе о правној заблуди у КЗС несумњиво произлази супротно. Дозвољава се да код једног лица у односу на исто понашање буде искључена дужност док код другог лица у односу на то исто понашање постоји дужност. Разрешење оваквог стања видимо прилично јасно – или право не важи једнако за све (у смислу постојања дужности) или постојање дужности зависи од субјективних фактора. Неспорно је да прву солуцију искључујемо. Преостаје нам друга, која дужност обликује/успоставља према могућности, која се управо састоји од оцене постојања и свеукупног дејства субјективних фактора. Ипак, као што дужност зависи од субјективног, тако је и

¹⁸¹⁶ С обзиром да таквом техником још увек нисмо опремљени, ако човечанство једном и буде, чини нам се да ће то бити крај потребе правосуђа.

субјективно условљено објективним. Конкретно, ми не располажемо инструментима за испитивање стања свести у прошлости одређеног лица, стога никада са извесношћу не можемо тврдити да је лице знало за забрањеност или да није. Најближе што се можемо приближити јесте да ли би просечан грађанин (лице) које има низ карактеристика (на које смо већ указали) као и дато лице могао да има свест о забрањености. На овом месту можда се и најбоље осликава условљеност објективног субјективним (и обратно). Управо зато што би и просечан грађанин битно сличних субјективних карактеристика могао знати да је дело забрањено, то мора, односно дужно је да зна и конкретно лице. На концу, конкретно лице имало је дужност да има у свести онај садржај који би имало и просечно лице његових карактеристика. Да ли је пак у датом случају имао или није, спада, бар за сада, у домен непроверљивог.

Надаље, након излагања општих закључака у погледу критеријума отклоњивости потребно је навести и пар финалних напомена о средствима за отклањање правне заблуде као и указати на конкретне примере када је правна заблуда (не)отклоњива. У немачкој судској пракси али и научној литератури као средства за отклањање правне заблуде фигурирају: 1) напрезање савести и 2) размишљање и обавештавање /распитивање. Напрезање савести подразумева да учинилац мора да напрегне своје духовно – сазнајне моћи како би стекао увид у дозвољеност понашања. Ипак, ово средство отклоњивости појављује се као прилично спорно, што примећује и низ аутора.^{1817,1818,1819} Једноставно речено, савест није довољна да у време експанзије забрањених понашања у свим животним областима оцени да ли је конкретно понашање допуштено или није. Стога, неопходно је или пронаћи друго средство или постојеће допунити. Управо тада се појављује размишљање и обавештавање/распитивање као средство. Међутим, неспорно је да употреба овог средства (па и претходног) не може да буде иницирана сама од себе. Другачије, нико се неће додатно распитивати и обавештавати о дозвољености свог понашања ако нема неки конкретан повод за то. Наиме, просто измиче здравом разуму да се лице пре сваког понашања које намерава да предузме обавештава или пак само размишља да ли је оно забрањено или није. Нешто мора да постоји, а што ће бити својеврсно упозорење лицу да примени неко од средстава за отклањање правне заблуде, тачније, у том моменту и из угла тог лица – у

¹⁸¹⁷ С. Roxin (2006), 948.

¹⁸¹⁸ V. Krey, 258.

¹⁸¹⁹ Бауман/Вебер/Мич наводе да „савест не говори баш ништа... о тешким правним питањима, јер да је другачије, студије права биле би излишне“ – цитирано према С. Roxin (2006), 948 и V. Krey, 258.

питању су средства којима ће доћи до поуздане информације о дозвољености радње. То нешто је разлог испитивања о забрањености радње. Као главни разлог истиче се сумња. Просто, ако лице сумња/није сигурно да је оно што намерава да предузме допуштено, потребно је да отклони ту сумњу пре него што приступи радњи. Сумњу пак треба да отклони средствима за отклањање правне заблуде – напрезањем савести и размишљањем и обавештавањем/распитивањем. Затим, код Роксина смо приметили да овај аутор отклоњивост правне заблуде анализира кроз три повезана услова: 1) догађај – повод за размишљање и/или обавештавање/распитивање; 2) захтевани обим испитивања/обавештавања и доступност знања о неправу у случајевима недовољног труда.¹⁸²⁰ Управо ова прва група и говори о „разлозима за испитивање забрањености понашања“. Роксин тако поводе за распитивање дели у три групе: прва, када је учинилац спонтано, кроз указивање од стране другог или кроз сопствено размишљање дошао до сумње; друга, када код учиниоца нема сумње али зна да се креће на пољу које је уређено посебним прописима и треће, када зна да његово понашање изазива штету у конкретном случају или уопште.¹⁸²¹ У погледу наведеног, мишљења смо да се у све три ситуације мора радити о постојању сумње, јер ако нема сумње у дозвољеност понашања, тешко да би довољно упозорење било „кретање“ на пољу које је уређено посебним прописима. Наиме, у супротном би лице које се креће у области посебних прописа увек – пре сваке радње морало да застане са њеним предузимањем и да се претходно распита да ли је дозвољена, иако код њега не постоји било каква, ма и најмања сумња у допуштеност понашања. Једноставно, ако лице не сумња нема потребе ни да проверава, а ако сумња, тј. ако би просечан грађанин (конкретизован субјективним одредницама лица у питању) на његовом месту сумњао, онда треба да провери. У односу на трећи повод за проверавање, налазимо такође за мало вероватно, да лице зна да својим понашањем изазива штету, а да при томе не сумња да је то што ради забрањено. Други услов на којем се анализира отклоњивост је захтевани обим испитивања/обавештавања. На овом нивоу се утврђује колико се од конкретног учиниоца може тражити да проверава да би му се „признала“ неотклоњивост. Другим речима, право се увек може сазнати, и на том трагу апсолутна немогућност сазнавања права је искључена. Ипак, неопходно је поставити границу у захтевима који се постављају пред конкретно лице у одређеном случају. Ради се о испитивању (одређивању) границе, преко које се свако тражење појављује као неразумно.

¹⁸²⁰ C. Roxin (2006), 951–959.

¹⁸²¹ *Ibid.*, 951.

Веселс/Бојлке/Зацгер на том трагу говоре о „оквирима разумног“.¹⁸²² Ово се ради тако што се узимају у обзир спољашње околности дате ситуације и субјективни фактори који постоје код датог учиниоца, који се затим упоређују са оним што би просечан човек, битно сличних субјективних прилика, у том случају могао урадити. Надаље, трећи и последњи услов на којем се испитује отклоњивост заблуде према Роксину је доступност знања о неправу у случајевима недовољног труда. Овде се заправо ради о оцени да ли се лицу може пребацити то што се није распитао, тј. што није проверио да ли је његово понашање дозвољено, иако би га таква провера, да је предузета довела до истог одговора до којег је и сам дошао пре него што се одлучио на предузимање радње? Налазимо за неспорно да треба негативно одговорити на ово питање. Наиме, лице би се онда кажњавало јер није предузело узалудну радњу, а не зато што је нешто могло сазнати па није сазнало (јер једино што би могло сазнати јесте управо оно што већ зна). Наравно да лице које није извршило проверу не зна да би она била узалудна, али та провера би објективно посматрано била узалудна јер не би омогућила лицу да сазна за забрањеност. Другим речима, лице би након извршених провера – обавештења, распитивања, размишљања и сл., опет дошло до информације каквом је и пре тога располагало. Ако би се овакав учинилац кажњавао због изостанка „очекиваног труда“¹⁸²³, за који је утврђено да не би дао никакве резултате, било би то кажњавање због тога што није изгубио време као и друга „савесна“ лица и зато што се „правио паметан“, односно зато што је скраћеним путем дошао до циља.

На крају овог одељка закључних разматрања корисно је указати на конкретне параметре који су коришћени у судској пракси у Немачкој, а тичу се оцене о отклоњивости правне заблуде. На првом месту¹⁸²⁴ истичемо ставове/мишљења државних органа попут судова, тужилаштва, полиције и министарстава. Видели смо у раду да је заблуда неотклоњива ако се лице ослони на став вишег суда; затим, ако постоје различити ставови судова истог ранга, према Роксину лице има условљену свест о противправности¹⁸²⁵ (и самим тим није у правној заблуди, прим. аут.), док

¹⁸²² J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 184.

¹⁸²³ Посебан је проблем на који је указао Вајгенд, а то је како утврдити који труд је потребан да би учинилац сазнао закон/пропис. Види Т. Weigend, 508.

¹⁸²⁴ Излагање у закључним разматрањима о конкретним примерима о (не)отклоњивости правне заблуде не прати поделу у четири групе изложене на одговарајућем месту у раду из разлога што се закључна разматрања излажу само сумарно.

¹⁸²⁵ C. Roxin (2006), 956.

Фишер дозвољава да је и у таквој ситуацији могућа неотклоњивост заблуде.¹⁸²⁶ Даље, неотклоњива је и заблуда када лице поступа према постојећој судској пракси, па дође до промене праксе која није била очекивана/предвидљива¹⁸²⁷, а са тим у вези је мишљење Пупе која у новом – строжем схватању суда, види забрану ретроактивне примене закона.¹⁸²⁸ Надаље, не постоји правна заблуда ако учинилац зна да је према ставу судске праксе његово понашање забрањено, а он је уверења да је такво мишљење суда погрешно¹⁸²⁹, или му је познато да су у литератури заступани и другачији ставови.¹⁸³⁰ Неотклоњива правна заблуда се прихвата и код неразјашњених правних питања на која не постоји јединствен одговор у судској пракси и литератури¹⁸³¹, као и у случају када се лице поузда у правно схватање тужилаштва.¹⁸³² Такође се за неизбежљиву сматра и заблуда када се лице о дозвољености свог понашања распитало у полицији, а накнадно се испоставило да је та информација била погрешна¹⁸³³, а исто важи и када би се лице обратило каквом другом државном органу (власти).¹⁸³⁴ На тој линији је и схватање да се прихвата неотклоњивост заблуде и када је у питању прибављање нетачних информација од ненадлежног органа (власти).¹⁸³⁵ Друга група становишта о отклоњивости тиче се бављења одређеном делатношћу. Укратко речено, лице које се бави делатношћу која подлеже нормирању посебним нормама дужно је не само да се упозна са тим нормама пре почетка обављања те делатности већ и да се информише/да прати све даље евентуалне измене до којих дође на том пољу.¹⁸³⁶ Затим, неће постојати неотклоњива правна заблуда ако у моменту предузимања понашања лице није могло да се упозна са правом, а та могућност је постојала раније, када је почело да се бави том делатношћу, па то није учинило.^{1837,1838} Затим, неотклоњива заблуда постоји и када се лекар водио ставом лекарске коморе, а привредник ставом савезног министарства за привреду.¹⁸³⁹ Следећа група схватања о отклоњивости односи се на савете адвоката. Наиме, правно неуко лице може се ослонити на савет адвоката

¹⁸²⁶ T. Fischer (2015), 141.

¹⁸²⁷ BverfG – 2 BvR 1230/10 од 16.5.2011.

¹⁸²⁸ I. Puppe (2004), 231–242.

¹⁸²⁹ *Ibid.*

¹⁸³⁰ C. Roxin (2006), 956.

¹⁸³¹ Види J. Krüper, 547–552.

¹⁸³² C.J.M. Safferling, 232.

¹⁸³³ C. Roxin (2006), 955.

¹⁸³⁴ K. Gaede, 462.

¹⁸³⁵ V. Krey, 259.

¹⁸³⁶ T. Fischer (2015), 141.

¹⁸³⁷ I. Puppe (2004), 231–242.

¹⁸³⁸ Види и T. Walter, 308.

¹⁸³⁹ C. Roxin (2006), 956.

кога сматра компетентним осим ако недозвољеност понашања није лако препознатљива.¹⁸⁴⁰ Ипак, наилазимо и на мишљење да се од тражиоца савета не може захтевати да проверава „општу ваљаност и специјално стручно знање“ адвоката јер му за то недостаје стручност.¹⁸⁴¹ Међутим, у судској пракси највиших судова Аустрије и Немачке није прихваћено да савет прибављен од адвоката безусловно води неотклоњивој правној заблуди.¹⁸⁴² На том трагу и став да савет адвоката није сам по себи поуздан само због тога што је адвокат „по сили свог занимања“ поуздан.¹⁸⁴³ Затим, у посебно компликованим чињеничним стањима и тешко сазнатљивим правним питањима, по правилу се захтева детаљно, писано мишљење, да би се утврдило постојање неотклоњиве правне заблуде.¹⁸⁴⁴ Надаље, сматра се да је савет адвоката ирелевантан ако је очигледно у супротности са правним схватањем последње инстанце надлежног суда.¹⁸⁴⁵ Такође, тражилац савета треба водити рачуна да адвокат не може следити сопствене интересе приликом давања информације, као и да информација мора да се заснива на савесном испитивању чињеничног и правног стања.¹⁸⁴⁶ У групи савета од адвоката посебно је од значаја подсетити и на питање отклоњивости заблуде у светлу информација које је тражилац савета могао добити. С тим у вези, раније је Савезни суд сматрао да је занемаривање дужности истраживања/распитивања о праву довољно да се учинилац прекори, при чему се уопште није утврђивало какве је информације о праву лице могло добити, да је удовољило „обавези“ проверавања.¹⁸⁴⁷ Међутим, овакво резонување је од скора напуштено у поступању овог суда, те је прихваћено да отклоњивост заблуде зависи од информација које је учинилац могао добити, односно до којих је могао доћи да се распитао о праву.¹⁸⁴⁸ Ипак, у односу на истакнути став, уочен је и проблем који се састојао у томе да уколико учинилац није прибавио информације, не може се утврдити ни идентитет лица од којег би биле прибављене информације, а тиме ни садржина одговора који би учинилац добио да се распитао.¹⁸⁴⁹ Истакнути недостатак покушао је да реши Савезни уставни суд, тако што је утврдио да уколико се у датом случају не може конкретизовати лице, одлучује се

¹⁸⁴⁰ BGH – 3 StR 521/12 од 4.4.2013. и OLG Frankfurt am Main – 3 Ss 114/03 од 14.7.2003.

¹⁸⁴¹ C. Roxin (2006), 954.

¹⁸⁴² Тако у OGH – 13 Os 97/93 од 25.8.1993.; BGH – 3 StR 521/12 од 4.4.2013.

¹⁸⁴³ BGH – 1 StR 213/10 од 11.10.2012.

¹⁸⁴⁴ BGH – 3 StR 394/07 од 3.4.2008.

¹⁸⁴⁵ BGH – KRB 2/65 од 27.1.1966.

¹⁸⁴⁶ K. Gaede, 456.

¹⁸⁴⁷ C.J.M. Safferling, 226.

¹⁸⁴⁸ I. Puppe (2004), 231–242.

¹⁸⁴⁹ *Ibid.*

апстрактно – нормативном оценом уз разматрање свих околности случаја „које информације у погледу противправности његовог дела, би неко поуздано лице учиниоцу дало, односно морало дати“.¹⁸⁵⁰

VI

Институт правне заблуде било је посебно интересантно анализирати у вези са бланкетним кривичним делима. Наиме, ради се о кривичним делима која у свом бићу садрже један или више бланкетних појмова (делимично упућивање на другу норму) или пак потпуно упућују на другу норму која испуњава биће кривичног дела. Постоје три појавна облика бланкетних кривичних дела у КЗ Србије, и то: 1) употреба обележја противправности (или неког од њених синонима) у бићу дела – „ко противно прописима или наредбама“ (чл. 274 КЗС); 2) употреба појмова чије је значење одређено у неком другом пропису – „географска ознака порекла“ (чл. 233 КЗ) и 3) употреба термина „неовлашћено“, када је увек потребно испитати акте у којима су прописана овлашћења. Да је „бланкетизам“ узео маха у кривичном законодавству да се закључити и на основу тога што од укупно 385 кривичних дела, 261 дело има прописан најмање један облик који има у потпуности или делимично бланкетни карактер, а што износи 67,8% од укупног броја кривичних дела. У основном кривичном законодавству тај проценат је тек нешто мањи – од укупно 326 дела, 202 има бланкете односно 61,97%. Поред ових општих појавних облика примећујемо да би сва бланкетна дела могла да се поделе у две групе. Прва група директно упућује на одређене или неодређене прописе, а друга група садржи један или више појмова чије значење је дефинисано у другом пропису. Прва група има две подгрупе, прва упућује на одређене прописе – попут кривичног дела угрожавања јавног саобраћаја из чл. 289 КЗС („који се не придржава саобраћајних прописа“), а друга упућује на неодређене прописе – попут кривичног дела недозвољене изградње нуклеарних постројења из чл. 267 КЗ („ко противно прописима одобри или приступи изградњи нуклеарне електране...“).

Код прве групе бланкетних дела учинилац мора да зна важећа правна правила на која се упућује да би се могло устврдити постојање умишљаја. Код друге групе пак то није случај. Ту се говори да не мора знати тачно правно значење већ се довољним сматра

¹⁸⁵⁰ BverfG – 1 BvR 299/89 од 25.2.1998.

упоредно вредновање на лаичкој равни, тј. паралелно вредновање у лаичкој сфери. Уколико код прве групе бланкетних дела учинилац не зна у целини пропис на који упућује бланкетно дело не бисмо могли говорити о постојању правне заблуде, већ о стварној заблуди. Са друге стране, код друге групе бланкетних дела, незнање правног значења нормативног обележја бића дела чије је значење пак одређено у неком другом пропису, не би аутоматски водило стварној заблуди. Било би потребно да учинилац није свестан његовог постојања као чињенице, јер не схвата друштвени значај ни на основу паралелног вредновања у лаичкој сфери.¹⁸⁵¹ Ипак, критеријум паралелног вредновања у лаичкој сфери све више се показује као недовољан¹⁸⁵², произвољан¹⁸⁵³ и догматски излишан.¹⁸⁵⁴ Мишљења смо да је критеријум паралелног вредновања постао превазиђен/неупотребљив пре свега услед компликованости израза који се користе за означавање сложених чињеничних конструкција које се крију иза нормативног обележја бића кривичног дела. Другим речима, за умишљај се код оваквих (све учесталијих) нормативних обележја – дефинисаних у пропису на који се упућује, ипак мора познавати у битној мери и сам изходни пропис.

VII

Последња целина у закључним разматрањима односи се на место свести о забрањености дела и дејство стварне заблуде у ширем смислу. Стварна заблуда у ширем смислу постоји када лице мисли да постоји нека стварна околност која би, да заиста постоји, чинила његово дело дозвољеним, односно искључила би противправност. Другим речима, у питању је заблуда о чињеничним претпоставкама неког основа искључења противправности. Треба имати у виду да ова заблуда није само заблуда о постојању већ и непостојању чињеничних претпоставки неког основа искључења противправности. Наиме, КЗС у чл. 28 ст. 2, стварну заблуду о основима искључења противправности несумњиво види само као заблуду „у погледу неке стварне околности која би, да је заиста постојала чинила дело дозвољеним“, али не говори о заблуди о непостојању стварне околности која када заправо не би постојала чинила би дело дозвољеним, односно били би испуњени услови за примену неког основа искључења противправности. Тако би у овој заблуди било и лице које, налазећи

¹⁸⁵¹ Н. Welzel, 166.

¹⁸⁵² К. Papathanasiou, 177.

¹⁸⁵³ В. Heinrich, 464.

¹⁸⁵⁴ С.Ј.М. Safferling, 139.

се у положају нужне одбране, пуца у нападача, без да препозна да су му на располагању била и блажа средства за отклањање напада.¹⁸⁵⁵ Ради се о томе да је учинилац био у заблуди да не постоји стварна околност – блаже средство за отклањање напада, а да то средство заиста није било на располагању били би испуњени услови за примену нужне одбране.

Дејство стварне заблуде у ширем смислу може бити спорно питање у оним државама у којима се законодавац није одлучио да изричито регулише њено правно дејство. Такав је случај у Немачкој, где је у чл. 16 КЗ уређена само стварна заблуда о бићу дела. Отуда се појавило неколико теорија које су настојале да дају одговор на питање правног дејства ове заблуде. Једноставно речено, у зависности од места свести о забрањености дела у структури општег појма кривичног дела, зависило је и правно дејство стварне заблуде о чињеничним претпоставкама неког основа искључења противправности. Јер, стварна заблуда у ширем смислу јесте несумњиво заблуда о противправности дела, а од индиректне правне заблуде разликује се утолико што лице греши у погледу стварне околности, а не у погледу оцене права. И у једном и у другом случају, лице зна да је то што ради забрањено, али мисли да делује основ искључења противправности, те да је зато искључења противправност. Једноставније, учинилац је у заблуди о конкретној дозвољености иначе забрањеног понашања. Надаље, место свести о забрањености дела појављује се као прворазредно питање од којег зависи правно дејство ове заблуде. Постоји теорија умишљаја која свест о забрањености види као саставни део умишљаја (знање о незаконитости се једнако третира као и знање о осталим (фактичким) елементима – доктрина једнаког третмана¹⁸⁵⁶). Другачије, за умишљајно поступање тражи се да је учинилац знао да је његово дело забрањено. У оквиру ове теорије разликују се строга и ограничена теорија умишљаја. Строга не дозвољава никаква одступања у погледу захтевања свести о противправности за постојање умишљаја. Главна замерка овој теорији је то што погодује праву непријатељски настројеним учиниоцима на неподношљив начин.¹⁸⁵⁷ Ово је покушало да се отклони ограничавањем теорије умишљаја (ограничена теорија умишљаја) која је требало да омогући кажњавање учиниоца за умишљајно дело када је „деловао непријатељски праву или када се његова заблуда заснивала на представама које су неспојиве са општим

¹⁸⁵⁵ C. Roxin (2006), 634.

¹⁸⁵⁶ G. Arzt, 715.

¹⁸⁵⁷ H. Otto (1976), 210.

представама о праву“.¹⁸⁵⁸ Тако је ова теорија омогућила кажњавање за умишљај у ситуацијама тзв. правног слепила односно непријатељског односа према праву. Међутим, још је Маурах уочио да је основни проблем ове теорије лабилност термина непријатељски однос према праву, да би био практично употребљив.¹⁸⁵⁹ Од одлуке великог већа за кривичне предмете Савезног суда Немачке (BGH – GSSt 2/51 од 18.3.1952.) на сцену ступа теорија кривице. Наиме, ова одлука означила је историјску прекретницу изјашњавајући се за теорију кривице, а против теорије умишљаја.¹⁸⁶⁰ Свест о противправности препозната је као самостални део кривице одвојен од умишљаја. Међутим, и теорија кривице има своју строгу и ограничену варијанту. Строга теорија кривице сваку заблуду о противправности сматра за правну заблуду. Наводи се да се она управо и назива строга јер не дозвољава изузетке од правила да свест о противправности делује само у оквиру кривице¹⁸⁶¹, и да није битно да ли је учинилац своје понашање држао за незабрањено уопште, или је због заблуде о постојању, врсти и обиму правнооправдавајућег основа индиректно дошао до сазнања да је његово понашање забрањено.¹⁸⁶² Замерка овој теорији је управо ово неразликовање.¹⁸⁶³ Други вид теорије кривице је ограничена теорија кривице. Ограничавање се своди на то што се заблуда о чињеничним претпоставкама основа искључења противправности уклања из поља примене члана 17 (КЗН – правна заблуда) и у свом правном дејству се изједначава са заблудом о бићу дела.¹⁸⁶⁴ Стога се и указује да се „оваквом учиниоцу не може упутити прекор за неверу према праву јер зна право и хоће да се понаша у складу са правом“.¹⁸⁶⁵ Ограничне теорије кривице се гранају у ону која негира неправу умишљаја (*Vorsatzunrechtverneinende eingeschränkte Schuldtheorie*) и ону која не искључује умишљај већ прекор за умишљај (*Rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie*).^{1866,1867}

На крају, треба указати и на теорију о негативним обележјима бића кривичног дела. Овде се прави разлика на позитивна и негативна обележја бића дела, која заједно чине

¹⁸⁵⁸ Н. Otto (2004), 235.

¹⁸⁵⁹ R. Maurach, 404–405.

¹⁸⁶⁰ W. Gropp (2015), 571–573.

¹⁸⁶¹ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 185.

¹⁸⁶² *Ibid.*

¹⁸⁶³ W. Gropp (2015), 596.

¹⁸⁶⁴ J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, 186.

¹⁸⁶⁵ C.J.M. Safferling, 206.

¹⁸⁶⁶ W. Beulke (2016a), 160.

¹⁸⁶⁷ T. Walter, 335–336.

укупно неправо бића кривичног дела.¹⁸⁶⁸ За постојање умишљаја захтева се да је учинилац свестан постојања позитивних обележја бића дела и да је свестан непостојања негативних обележја бића дела. Ова теорија се још од 1929. године сматрала за „у доброј мери извјештачену конструкцију“.¹⁸⁶⁹ Негативно обележје бића дела је непостојање основа искључења противправности. Стога, ова теорија за постојање умишљаја захтева да је лице свесно да не постоје претпоставке основа искључења противправности. На пример, лице треба да је свесно да не делује у нужној одбрани, а ако пак мисли да делује у нужној одбрани, умишљај је искључен. Заблуда о противправности се овде профилише као заблуда о бићу дела и искључује умишљај.

¹⁸⁶⁸ Види I. Ruppel (1993), 188, И. Вуковић (2013), 24 и С. Roxin (2006), 287.

¹⁸⁶⁹ Ј. Шиловић, С. Франк, 22. Види више у наслову 6.4. овог рада.

17. ЛИТЕРАТУРА

ИЗВОРИ НА СТРАНОМ ЈЕЗИКУ (1-147)

- Литература на страном језику (1-100)
- Судске одлуке на страном језику (1-30)
- Правни прописи на страном језику (1-17)

ИЗВОРИ НА СРПСКОМ ЈЕЗИКУ (1-322)

- Литература - писци из Србије и других бивших југословенских република (1-75)
- Страна литература у преводу на српски језик (1-32)
- Судске одлуке судова у Републици Србији (1-19)
- Билтени судске праксе судова у Републици Србији (1-9)
- Правни прописи (1-187)

Литература на страном језику (1-100)

I – Уџбеници и коментари закона и друге књиге (1-34)

1. Roxin Claus, *Strafrecht - Allgemeiner Teil Band I - Grundlagen - Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Verlag C.H. Beck, München 2006⁴
2. Walter Tonio, *Der Kern des Strafrechts: die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum*, Mohr Siebeck, 2006
3. Jakobs Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, Walter de Gruyter, Berlin - New York 1991²
4. Wessels Johannes, Beulke Werner, Satzger Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg 2013⁴³
5. Beulke Werner, *Klausurenkurs im Strafrecht I*, C.F. Müller GmbH Heidelberg, Heidelberg 2016⁷
6. Köhler Michael, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, Springer Berlin - Heidelberg, 1997
7. Krey Volker, *Deutsches Strafrecht - Allgemeiner Teil Band 1: Grundlagen, Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld*, W. Kohlhammer Verlag, 2008³
8. Gropp Walter, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin – Heidelberg 2015⁴
9. Welzel Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, De Gruyter, Berlin 1989¹¹
10. Safferling Christoph J. M., *Vorsatz und Schuld: subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2008
11. Köhler August, *Deutsches Strafrecht - Allgemeiner Teil*, Verlag von Veit & Comp, Leipzig 1917
12. Kaspar Johannes, *Strafrecht - Allgemeiner Teil: Einführung*, Nomos, Baden-Baden 2015
13. Freund Georg, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre*, Springer-Verlag, 1998

14. Otto Harro, Grundkurs Strafrecht - Allgemeine Strafrechtslehre, Walter de Gruyter, Berlin 2004⁷
15. Otto Harro, *Grundkurs Strafrecht – Allgemeine Strafrechtslehre*, Walter de Gruyter, Berlin - New York, 1976
16. Tofahrn Sabine, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, C.F. Müller, 2013³
17. Jäger Christian, Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil, C.F. Müller GmbH, 2009³
18. Maurach Reinhart, *Deutsches Strafrecht: Allgemeiner Teil*, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe 1954
19. Gössel Karl Heinz et al., Strafrecht Allgemeiner Teil - Teilband 2 Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, C.F. Müller, 2014⁸
20. Erhardt Elmar, Strafrecht für Polizeibeamte, W. Kohlhammer, Stuttgart 2008²
21. Eckert Hans-Ulrich, Schuld - Verantwortung - Unrechtsbewußtsein: Bemerkungen zum personalen Konzept strafrechtlicher Sozialkontrolle, Forum-Verlag Godesberg, Mönchengladbach 1999
22. Heidingsfelder Thomas, *Der umgekehrte Subsumtionsirrtum*, Duncker & Humblot, Berlin 1991
23. Fischer Thomas, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Beck'sche Kurz-Kommentare Band 10, C.H. Beck, München 2015⁶²
24. Meyer-Goßner Lutz, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Beck'sche Kurz-Kommentare Band 6, C.H. Beck, München 2013⁵⁶
25. Roxin Claus, Schönemann Bernd, Strafverfahrensrecht, C.H. Beck, München 2014²⁸
26. Beulke Werner, Strafprozessrecht, C.F. Müller, Heidelberg 2016¹³
27. Seiler Stefan, *Strafprozessrecht*, Facultas Verlag, Wien 2015¹⁴
28. Bertel Christian, Venier Andreas, *Strafprozessrecht*, MANZ Verlag, Wien 2016⁹
29. Joachimski Jupp, Haummer Christine, Strafverfahrensrecht – Rechtssprechungsorientierte Vorbereitung für die Zweite Staatsprüfung, 2015⁷
30. Meyer-Goßner Lutz et. al., *Die Urteile in Strafsachen - (sowie Beschlüsse und Protokoll der Hauptverhandlung)*, München 2014²⁸
31. Herring Jonathan, Criminal Law: Text, Cases, and Materials, Oxford University Press, 2014⁶
32. Husak Douglas N., Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law, Oxford University Press, Oxford-New York 2008
33. Proctor Robert, Racial Hygiene: Medicine Under the Nazis, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts - London, England 1988
34. Mauz Gerhard, *Die Justiz vor Gericht - Macht und Ohnmacht der Richter*, Goldmann Verlag, 1993

II – Научни чланци (1-52)

1. Haft Fritjof, Grenzfälle des Irrtums über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, *Juristische Arbeitsblätter* 1981
2. Heinrich Bernd, „Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale“, Strafrecht als Scientia Universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Tom 1, Manfred Heinrich, Christian Jäger, Bernd Schönemann Walter de Gruyter, 2011
3. Puppe Ingeborg, „Bemerkungen zum Verbotsirrtum seiner Vermeidbarkeit“, Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag (Hrsg. Klaus Rogall, Ingeborg Puppe, Ulrich Stein, Jürgen Wolter), Wolters Kluwer, Neuwied 2004

4. Puppe Ingeborg, „Zur Struktur der Rechtsfertigung“, *Beiträge zur Rechtswissenschaft: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1993
5. Puppe Ingeborg, „Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum“, *Goltdammer's Archiv* 1990.
6. Puppe Ingeborg, „Vorsatz und Rechtsirrtum“, *Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg*, Mohr Siebeck, Tübingen 2008
7. Puppe Ingeborg, „Jedem nach seiner Schuld - Die Akzessorietät und ihre Limitierung“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 3/2008 vol. 3
8. Walter Gropp, „Abschied vom „Doppelirrtum““, *Zeitschrift für die Internationale Strafrechtsdogmatik* 9/2016
9. Arzt Gunther, „The Problem of Mistake of Law“, *BYU Law Review* vol. 1986 Issue 3 Article 8
10. Weigend Thomas, „Subjective Elements of Criminal Liability“, *The Oxford Handbook of Criminal Law* (eds. M. Dirk Dubber, T. Hörnle), Oxford University Press, 2014
11. Gaede Karsten, „Der unvermeidbare *Verbotsirrtum* des anwaltlich beratenen Bürgers – eine Chimäre?“ *Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht* Ausgabe 11/2013
12. Wagner Markus, „Das allgemeine Festnahmerecht gem. § 127 Abs. 1 S 1 StPO als Rechtsfertigungsgrund“, *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 6/2011
13. Krüper Julian, „Entscheidungsanmerkung LG Köln, Urt. v. 7.5.2012 – 151 Ns 169/11, *Zeitschrift für das Juristische Studium* 4/2012
14. Rotsch Thomas, „BGH, Urt. v. 2.11.2011 – 2 StR 375/11- Entscheidungsbesprechung!, *Zeitschrift für das Juristische Studium* 1/2012
15. Binding Karl, *Die Normen und ihre Übertretungen: Eine Untersuchung über rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*, Bd. I, 2. Aufl., 1890, цитирано према Konstantina Papatasiou, *De gustibus et erroribus – transzendente Ästhetik und strafrechtliche Irrtumslehre y Urteilen lernen II: Ästhetische, politische und eschatologische Perspektiven moralischer Urteilsbildung im interdisziplinären Diskurs* (Hg. - Ingrid Schoberth), V&R unipress Göttingen 2014
16. Papatasiou Konstantina, *De gustibus et erroribus – transzendente Ästhetik und strafrechtliche Irrtumslehre y Urteilen lernen II: Ästhetische, politische und eschatologische Perspektiven moralischer Urteilsbildung im interdisziplinären Diskurs* (Hg. - Ingrid Schoberth), V&R unipress Göttingen 2014
17. Bräutigam Hansgeorg, *Die Toten an der Berliner Mauer und an der inner-deutschen Grenze und die bundesdeutsche Justiz*, *Deutsche Archiv* 37, 6/2004, 969; а цитирао према „Zahlenangaben Staatsanwaltschaft Berlin, Sept. 2004“.
18. Ambos Kai, *Zur Rechtswidrigkeit der Todesschüsse an der Mauer*, *Juristische Arbeitsblätter*, Heft 12, 1997
19. Arnold Jorg, „Strafrechtsprobleme der deutschen Vereinigung“, *Strafentwicklung in Europa 5.1., Landesberichte 1993/1996 über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur* (Hrsg. Albin Esser, Barbara Huber), Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau 1997
20. Willaschek Marcus, „Der Begriff der Willensfreiheit im deutschen Strafrecht“, *Lebenswelt und Wissenschaft. XXI. Deutscher Kongreß für Philosophie* 15. – 19. September 2008 an der Universität Duisburg – Essen. Kolloquienbeiträge, herausgegeben von Carl Friedrich Gethmann in Verbindung mit J. Carl Bottek und Susanne Hiekel, Felix Meiner Verlag, Hamburg 2011
21. Keil Geert, *Keine Strafe ohne Schuld, keine Schuld ohne freien Willen ?*, *Studien zur theologischen Ethik* 128 (2010)

22. Fahl Christian, „Einige materielle und prozessuale Überlegungen zum Fall Demjanjuk“, *Zeitschrift für das Juristische Studium* 3/2011
23. Krack Ralf, Kische Sascha, „Übungsfall : Die unfreiwillige Tötung „im Namen der Ehre“, *Zeitschrift für das Juristisches Studium*, 6/2009
24. Die Außenstelle Ludwigsburg, „Aus den Akten: NS-Verbrechen, totalitäre Herrschaft und individuelle Verantwortlichkeit: Das Problem des sog. Befehlsnotstandes“, *Mittelungen aus dem Bundesarchiv-Themenheft* 2008
25. Kulhanek Tobias Oliver, „Der fragmentarische Charakter des Strafrechts als Argumentationsfigur - Exemplifiziert an der Frage nach einem Deliktskatalog für eine Verbandsbarkeit“, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 13/2014
26. Rotsch Thomas, „Plädoyer für eine Annäherung von Wissenschaft und Praxis“, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 1/2008
27. Schiemann Anja, „Die Willensfreiheit und das Schuldstrafrecht - eine überflüssige Debatte ?“, *Zeitschrift für das Juristische Studium* 6/2012
28. Hirsch Hans Joachim, „Zur gegenwärtigen deutschen Diskussion über Willensfreiheit und Strafrecht“, *Zeitschrift für die Internationale Strafrechtsdogmatik* 2/2010
29. Beckermann A. Would Biological Determinism Rule Out the Possibility of Freedom? In: Hüttemann A, ed. *Determinism in Physics and Biology*. Paderborn: mentis; 2003
30. Beckermann A. und Nimtz C. (Hg.), *Free Will in a Natural Order of the World, Philosophie und/als Wissenschaft*. Paderborn: Mentis 2004
31. Niggli Marcel Alexander, Vom Repressions- zum Präventionsstrafrecht: Die Abkehr von der Ahndung begangener hin zur Verhinderung befürchteter Delikte, in: *Forum Strafverteidigung et al. (Hrsg.): Strafverteidigung und Sicherheitswahn. 3. Dreiländerforum Strafverteidigung, Zürich 14./15. Juni 2013, Wien u.a.: NWV / Schulthess* 2014
32. Jakobs Gunther, „Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht“, *Ritsumeikan Law review* No 21, 2004
33. Asholt Martin, Die Debatte über das „Feindstrafrecht“ in Deutschland - Aufleben eines alten Dilemmas am Anfang des 21. Jahrhunderts ?, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 4/2011
34. Sinn Arndt, Moderne Verbrechenverfolgung - auf dem Weg zu einem Feindstrafrecht?, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 3/2006
35. Bung Jochen, Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung und der Person., *HRRS Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht* 2/2006
36. Marlie Marcus, Schuldstrafrecht und Willensfreiheit – Ein Überblick, *Zeitschrift für das Juristische Studium* 1/2008
37. Singer Wolf, „Ein neues Menschenbild ?“ Gespräche über Hirnforschung, 2003, цитирано према Н. Hirsch (2010)
38. Prinz Wolfgang, *Freiheit des Entscheidens und Handelns*, 1996, цитирано према Н. Hirsch (2010)
39. Roth Gerhard, „Fühlen, Denken, Handeln“, *Festschrift für Ernst - Joachim Lampe zum 70. Geburtstag* 2003, цитирано према Н. Hirsch (2010)
40. Frank Reinhard, Festschrift für die Juristische Fakultät in Gießen zum Universitätsjubiläum, 1907, 519. Цитирано према Boris Duru, „Gießener Erneuerung des Strafrechts - Reinhard Frank und Schuldbegriff“, *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 5/2012.
41. Boris Duru, „Gießener Erneuerung des Strafrechts - Reinhard Frank und Schuldbegriff“, *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 5/2012
42. Дракић Драгиша, „Ability to undertake action that constitutes a criminal offence; mental capacity and guilt“, *Facta Universitatis, Series: Law and Politics* 1/2015

43. Jakulin Vid, „Mistake in economic criminal offences“, *Ревија за криминологију и кривично право* 2-3/2011
44. Hall Jerome, „Ignorance and Mistake in Criminal Law“, *Indiana Law Journal* 1/1957 vol. 33
45. Larkin, Paul J. JR., „A Mistake of Law defense as a Remedy for Overcriminalization“, *Criminal Justice* 1/2013 vol. 28
46. Jareborg Nils, Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio), Page 521., *Ohio State Journal of Criminal Law* Vol. 2:521
47. Kadish Sanford H., „The Crisis of Overcriminalization“, *American Criminal Law Quarterly* 17. 1968-1969
48. Edwin Messe III, Paul J. Larkin, JR., „Reconsidering the Mistake of law defense“, *The Journal of Criminal Law & Criminology* 3/2012 vol. 102
49. Kremnitzer Mordechai, Hörnle Tatjana, Human Dignity and the Principle of Culpability, *Israel Law Review*, Vol. 44:115, 2011
50. Burkhardt Björn, Neurobiologie contra Schuldstrafrecht ? Thesen und Erläuterungen, http://www.studgen.uni-mainz.de/Dateien/Burkhardt_Thesen_Erlaeuterungen.pdf, 07. март 2016
51. Krauß Detlef, Schuld im Strafrecht - Zurechnung der Tat oder Abrechnung mit dem Täter, <http://edoc.hu-berlin.de/humboldt-vl/krauss-detlef/PDF/Krauss.pdf>, 9. март 2016
52. Beckermann Ansgar, Neuronale Determiniertheit und Freiheit, Seite 1, <http://www.uni-bielefeld.de/philosophie/personen/beckermann/wille4.pdf>, 13. јул 2016

III- Остало (1-14)

1. Conze Carlo, Küster Marcel, „Rechtsrat-Fall“, http://famos.rewi.hu-berlin.de/file.php/inline/Famos_0414.pdf?id=96374, 26. септембар 2016.
2. Antretter Marco, Balzer Lea, „Hells Angels-Fall“, http://famos.rewi.hu-berlin.de/file.php/inline/famos_1203.pdf?id=94027, 9. октобар 2016.
3. Marxen Klaus et. al., „Waffenschein-Fall“, http://famos.rewi.hu-berlin.de/file.php/inline/famos_2006_11_waffenschein.pdf?id=47354, 23. септембар 2016.
4. Fischer Thomas, „Von Mäusen und Mördern“, <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-07/recht-gesetz-justiz-irrtum-fischer>, 13. септембар 2016.
5. Husak Douglas, Culpability and Mistake of Law - (III deo - Malum Prohibitum Offenses - (у поље за претраживање на Google, укуцане речи : „Husak D. - Culpability and Mistake of Law“ - трећи резултат, Word file, приступио 10. март 2016
6. Hefendehl Roland, Bewusstsein der Rechtswidrigkeit und Verbotsirrtum - Vorlesung Strafrecht Allgemeiner Teil - Wintersemester 2015/2016 - Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg, KK 334 - 335, <https://strafrecht-online.org/lehre/ws-2015/strafrecht-at/%C2%A7%2019%20-%20Bewusstsein%20der%20Rechtswidrigkeit%20und%20Verbotsirrtum%20KK%20334-348.pdf>, 13. мај 2016.
7. Kindhäuser Urs, Skript zur Vorlesung Strafrecht AT, https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Kindhaeuser/Strafrecht_AT/s-at-39.pdf, 15. септембар 2016.

8. Puschke Jens, Übersicht Erlaubnistatbestandsirrtum, Seite 1., <https://strafrecht-online.org/lehre/sos-2008/strafrecht-anfaengerinnen-und-anfaenger-2-kleingruppe-puschke/materialien/%C3%9Cbersicht%20Erlaubnistatbestandsirrtum.pdf>, 31. мај 2016.
9. Thompson Viviana, Konversatorium Strafrecht - Allgemeiner Teil I 8. Stunde - Irrtümer, http://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02150400/Irrtuemer__8._Stunde_.pdf, 30. мај 2016.
10. Pfordten von der Dietmar, Vorlesung: Die Radbruchsche Formel, <http://www.rechtsphilosophie.uni-goettingen.de/Vorlesung2WSS2010.pdf>, 4. октобар 2016.
11. Kreuzer Arthur, Rückkehr zu molarizierendem Strafrecht ? Inflationär, wenig durchdacht und populistisch wird Strafrecht ausgeweitet zu vermeintlichem Opferschutz, http://www.arthur-kreuzer.de/GAZ_Rueckkehr_zum_Moralsrafrecht_12_2014.pdf, 1. март 2016
12. Weimer Joachim, Grundsätze der Strafzumessung, Seite 4., <http://www.justizministerium-bw.de/pb/site/jum/get/documents/jum1/JuM/import/justizministerium%20baden-w%C3%BCrttemberg/pdf/vo/Vortrag%20VRiLG%20Weimer.pdf>, 7. март 2016
13. Heger Martin, Petzsche Anneke, *Das „Feindstrafrecht“*, Sommersemester 2013, - преузето са http://heger.rewi.hu-berlin.de/doc/ap/Handout_F-StR.pdf, 11. фебруар 2016
14. Heinrich Bernd, https://www.jura.uni-tuebingen.de/professoren_und_dozenten/heinrich/materialien/arbeitsblaetter-zur-vorlesung-strafrecht-at-pdf-dateien/28-erlaubnistatbestandsirrtum-erlaubnisirrtum.pdf

Судске одлуке на страном језику (1-30)

1) СР Немачка (1-18)

1. BVerfG- 1 BvL 24/75, 17.12.1975.
2. BVerfG- 2 BvR 1230/10 од 16.5.2011.
3. BVerfG- 1 BvR 299/89 од 25.2.1998.
4. der Große Senat für Strafsachen des BGH - Beschluß vom 18. März 1952 - GSSt 2/51
5. BGH- 2 StR 86/99 од 19.5.1999.
6. BGH- 1 StR 213/10 од 11.10.2012.
7. BGH- 3 StR 394/07 од 3.4.2008.
8. BGH- 3 StR 521/12 од 4.4.2013.
9. BGH- 2 StR 589/72 од 20.3.1974.
10. BGH- KRB 2/65 од 27.1.1966.
11. BGH 3 StR 470/04 од 21.12.2005.
12. BGH- 2 StR 375/11 од 2.11.2011.
13. BGH- 5 StR 111/94 од 20. марта 1995. године поводом ревизије на пресуду Земаљског суда у Берлину 29. септембра 1993. године; обрађивач правних ставова из пресуде Росо Веck , <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/5/94/5-111-94.pdf>, Seite 2, 28. септембар 2016
14. OLG Hamm- 4 RVs 51/16 од 21.6.2016
15. OLG Frankfurt am Main- 3 Ss 114/03 од 14.7.2003.
16. LG Köln- 151 Ns 169/11 од 7.5.2012.
17. LG Düsseldorf- XIV 5/03 од 22.7.2004.

18. Kammergericht- 1 Ws (B) 112/09 од 3.9.2010.

2) Р. Аустрија (1-11)¹⁸⁷⁰

1. OGH- 9 Os 49/84 од 5.6.1984
2. OGH- 11 Os 27/71 од 23.6.1971.
3. OGH- 13 Os 62/95 од 13.12.1976.
4. OGH- 13 Os 113/77 од 13.10.1977. године
5. OGH- 9 Os 177/78 од 30.1.1979.
6. OGH- 13 Os 24/79 од 29.3.1979.
7. OGH- 28.09.1995 12 Os 114/95
8. OGH- (12Os70/76; 9Os164/78; 13Os24/79; 13Os115/81; 11Os151/84; 10Os7/85; 12Os136/12k)
9. OGH- 1 Ob 4/94 од 22.6.1994.
10. OGH- 15 Os 45/88 од 3.5.1988.
11. OGH- 13 Os 97/93 од 25.8.1993.

3) САД (1)

1. Supreme Court of the United States No. 13-604, Nicholas Brady Heien v. North Carolina, December 15, 2014, page 1-2, https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/13-604_ec8f.pdf, 15. август 2016.

Извори (1-6):

1. База судских одлука Bundesverfassungsgerichts (BVerfG), http://www.bundesverfassungsgericht.de/SiteGlobals/Forms/Suche/Entscheidungensuche_Formular.html?language_=de, приступио 27. фебруар 2017.
2. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs ab 2000, http://www.bundesgerichtshof.de/DE/Entscheidungen/EntscheidungenBGH/entscheidungenBGH_node.html, 10. фебруар
3. База судске праксе СР Немачке - <https://openjur.de/u/622501.html>
4. OpinioJuris - Die freie juristische Bibliothek, <http://opiniojuris.de/entscheidung/866>, судска пракса СР Немачке, приступио 23. фебруар 2017.
5. База судске праксе Републике Аустрије, Bundeskanzleramt - Rechtsinformationssystem-<https://www.ris.bka.gv.at/Judikatur/>, 15. март 2016. године
6. Правне сентенце (Аустрија) - интернет странице <https://www.jusline.at/index.php?cpid=d44d6ac98044db1e6494d22afb2c7e16&lawid=11&paid=9&absatz=&gericht=1>, 12. мај 2016. и односе се на Entscheidungen des Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) zu § 9 Absatz StGB. Члан 9 уређује правну заблуду

Правни прописи на страном језику (1-17)

1. Казнени закон Немачке (Das Strafgesetzbuch) - <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>, приступио 7. март 2016.

¹⁸⁷⁰ Из цитираних одлука утврђене су сентенце које су навођене у раду.

2. ЗКП Немачке - https://www.jusline.at/Strafprozessordnung_%28StPO%29.html, приступио 11. мај 2016.
3. Основни закон Немачке (GG) - Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, <http://www.gesetze-im-internet.de/gg/>, 15. март 2016.
4. Bundesbeamtengesetz –BBG, https://www.gesetze-im-internet.de/bbg_2009/index.html, 20. март 2017.
5. Wehrstrafgesetz (WStG), <https://www.gesetze-im-internet.de/wstrg/BJNR002980957.html>, 15. јануар 2017.
6. Gesetz über Ordnungswidrigkeiten - https://www.gesetze-im-internet.de/owig_1968/_46.html, 10. фебруар 2017.
7. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/>, 18. март 2017.
8. Gesetz über die Staatsgrenze der Deutschen Demokratischen Republik - <http://www.verfassungen.de/de/ddr/staatsgrenze82.htm>, 3. октобар 2016
9. Strafgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik - <http://www.verfassungen.de/de/ddr/strafgesetzbuch68.htm>, 3. октобар 2016.
10. Paß-Gesetz der Deutschen Demokratischen Republik - <http://www.verfassungen.de/de/ddr/passgesetz54.htm>, 3. октобар 2016.
11. Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Deutschen Volkspolizei - <http://www.verfassungen.de/de/ddr/polizeigesetz68.htm>, 4. октобар 2016.
12. Казнени закон Аустрије - (Das österreichische Strafgesetzbuch - https://www.jusline.at/32_Allgemeine_Grunds%3%A4tze_StGB.html) - приступио 7.3.2016.
13. ЗКП Аустрије - Strafprozeßordnung der Republik Österreich, https://www.jusline.at/Strafprozessordnung_%28StPO%29.html, 11. мај 2016.
14. Савезни уставни закон Аустрије (Bundesverfassungsgesetz), https://www.jusline.at/92._B-VG.htm, 12. мај 2016.
15. Казнени закон Швајцарске - Текст Schweizerisches Strafgesetzbuch - <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/index.html>, приступио 23. мај 2016.
16. Казнени закон Лихтенштајна - <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, 15. август 2016.
17. Кривични закон Пољске, <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, 10. јануар 2017.

Литература - писци из Србије и других бивших југословенских република (1-75)

1. Аћимовић Миодраг, *Кривично право - општи део*, Градска штампарија, Суботица 1937
2. Бавцон Љубо, „Човекова слобода и/или безбедност“, *Темид* 2/2012
3. Бачић Фрањо, *Казнено право: опћи дио*, Информатор, Загреб 1998⁵
4. Бачић Фрањо, „Границе репресије у свијетлу криминалне политике нашег социјалистичког друштва“, *Наша законитост* 2/1974, 182-206 према Стојановић Зоран, „Улога науке кривичног права и других научних дисциплина у процесу одређивања инкриминација“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1980 вол. 14
5. Бојанић Игор, Мрчела Марин, „Концепција кривње у новом Казненом закону“, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу* 2/2012 вол. 19

6. Бојовић Оливера, „Кривица и пропусти уочени у поступању првостепених судова“, *Билтен Врховног касационог суда* 2/2013
7. Великић Драган, *Иследник*, Лагуна, Београд 2015
8. Весел Јосип, Тимошкин Владимир, Кривични законик Краљевине Југославије и 343 решења свих апелационих судова и свих одељења Касационог суда год. 1930-1935, Штампарија „Босанска пошта“ Јосип Бретлер, Сарајево 1935
9. Вуковић Игор, „150 година од доношења Кривичног законика Кнежевине Србије“, *Crimen* 2/2010
10. Вуковић Игор, „Стварна заблуда у ширем смислу и српско кривично законодавство - теоријски оквир“, *Наука, безбедност, полиција* 2/2013
11. Вуковић Игор, О субјективним обележјима противправности у кривичном праву, *Анали Правног факултета у Београду* бр. 2/2011
12. Вуковић Светислав, Коментар Основног кривичног закона и Кривичног законика Републике Србије, Пословни биро, Београд 2003
13. Гарачић Ана, Значење појединих израза у Казненом закону и њихово тумачење у судској пракси, Актуална питања казног законодавства, Инжењерски биро, Загреб 2006
14. Грубач Момчило, Васиљевић Тихомир, Коментар Законика о кривичном поступку, *ProJuris*, Београд 2014¹³
15. Делић Наташа, „Свест о противправности као конститутивни елемент кривице“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2008
16. Десимировић Владимир, „Биолошке основе стања свести“, *Зборник „ Свест: Научни изазов 21. века“*, ЕЦПД и Чигоја, Београд 1996
17. Дракић Драгиша, *О кривичној одговорности малолетника*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Нови Сад 2010
18. Дракић Драгиша, *Неурачунљивост*, Школска, Нови Сад 2007
19. Дракић Драгиша, „Заблуда у кривичном праву условљена душевним поремећајем“, *Теме* 3/2012
20. Ђокић Иван, „Субјективни елемент кривичног дела у енглеском праву“, докторска дисертација, Београд 2016
21. Ђокић Иван, „Стварна заблуда у кривичном праву“, Казнена реакција у Србији II део (ур. Ђорђе Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012
22. Ђокић Иван, „Правна заблуда“ у *Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања II део*, Београд 2008
23. Ђорђевић Мирослав у Фрањо Бачић *et al.*, Коментар Кривичног закона Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, Савремена администрација, Београд 1978
24. Живановић Тома, Основи кривичног права општи део, Издавачка књижарница Геце Кона, Београд 1922
25. Златарић Богдан, Мирјан Дамашка, *Рјечник кривичног права и поступка*, Информатор, Загреб 1966
26. Игњатовић Ђорђе, *Криминологија*, Досије, Београд 2011¹¹
27. Илић Горан П., „Право на образложену судску одлуку“, *Crimen* 2/2011
28. Илић Горан П. *et al.*, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд 2015⁸
29. Илић Горан П. *et al.*, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд 2016⁹
30. Јовановић Љубиша, Кривично право - посебни део, ИРО Светозар Марковић, Београд 1983

31. Јовашевић Драган, Лексикон кривичног права, ЈП Службени лист СРЈ, Београд 1998
32. Краус Божидар у Никола Срзентић *et al.*, Коментар кривичних закона СР Србије, САП Косова и САП Војводине, Савремена администрација, Београд 1981
33. Кеџмановић Душан *et al.*, *Психијатрија*, Медицинска књига, Београд-Загреб 1983²
34. Крстић Драган, *Психолошки речник*, ИРО „Вук Караџић“, Београд 1988
35. Лазаревић Љубиша у Никола Срзентић *et al.*, Коментар кривичних закона СР Србије, САП Косова и САП Војводине, Савремена администрација, Београд 1981
36. Лазаревић Љубиша, Коментар Кривичног законика, Правни факултет Универзитета Унион у Београду, Београд 2011²
37. Латиновић Никола, „Стварна и правна заблуда у новом Кривичном законик у“, *Билтен Врховног суда Србије* 2/2006
38. Мајић Миодраг у Горан Илић *et al.*, Коментар Законика о кривичном поступку, Службени гласник, Београд 2015⁸
39. Маленица Антун, Римско право, Правни факултет у Новом Саду Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2007⁵
40. Миловановић Гргур, „Кривично право, предавања за годину 1890-91“, *Crimen* 1/2011
41. Милошевић Снежана, „Кривица као обавезни елемент општег појма кривичног дела“, *Билтен Врховног касационог суда* 2/2011
42. Мршевић Зорица, Кривичноправни значај правне заблуде или да је мање грешио (лутао) Одисеј би био мање познат, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право* вол. 34 бр. 1-2/1996
43. Новоселец Петар, Темелјни актуални проблеми кривње у кривичном праву, докторска дисертација, Загреб, 1985
44. Огњеновић Предраг, „Свест као (психичка) функција“, Зборник „Свест: Научни изазов 21. века“, ЕЦПД и Чигоја, Београд 1996
45. Павловић Димитрије, Правни речник немачко-српски, Службени гласник, Београд 2008
46. Пихлер Станко, „Правна заблуда и принцип субјективне одговорности“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине* 7-8/1988 вол. 60
47. Пихлер Станко, „Имитација права – имитација живота“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине* 6/1996
48. Пихлер Станко, „Кривичноправна заштита слобода и права човека и грађанина и њено значење за изградњу правне државе“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1-3/2002
49. Попов Даница, Грађанско право (општи део), Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2007⁵
50. Рисимовић Радосав, „Отклоњивост правне заблуде у немачком праву“, *Наука, безбедност, полиција* 3/2014
51. Рисимовић Радосав, „Нужна одбрана у кривичном законодавству Шпаније“, *Страни правни живот* 3/2008.
52. Селимовић Меша, *Круг*, Штампар Макарије, Београд 2008
53. Симић Илија, Кривични законик са краћим коментаром, ИНГ-ПРО, Београд 2005
54. Симић Илија, Трешњев Александар, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје-седма књига*, Службени гласник, Београд 2006

55. Стајић Александар, у Никола Срзентић *et al.*, Коментар кривичних закона СР Србије, САП Косова и САП Војводине, Савремена администрација, Београд 1981
56. Стојановић Зоран, *Кривично право општи део*, Правни факултет Универзитета у Београду и Правна књига, Београд 2013²⁰
57. Стојановић Зоран, Делић Наташа, Кривично право посебни део, Правни факултет Универзитета у Београду и Правна књига, Београд 2014²
58. Стојановић Зоран, *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд 2012⁴
59. Стојановић Зоран, „Превентивна функција кривичног права“, *Crimen* 2/2011
60. Стојановић Зоран, „Кривично право у доба кризе“, *Бранич* 1-2/2011
61. Стојановић Зоран, „Ка политици декриминализације“, *Архив за правне и друштвене науке* 2/1984 вол. 40
62. Стојановић Зоран, „Улога науке кривичног права и других научних дисциплина у процесу одређивања инкриминација“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1980 вол. 14
63. Стојановић Зоран, „Кривица или кривична одговорност?“, *Бранич* 3-4/2004
64. Стојановић Зоран, *Критеријуми одређивања инкриминација*, докторска дисертација, Љубљана 1981
65. Таховић Јанко, *Кривично право општи део*, Савремена администрација, Београд 1961
66. Трешњев Александар, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје-девета књига*, Службени гласник, Београд 2013
67. Ћирић Јован, Објективна одговорност у кривичном праву, Институт за упоредно право, Београд 2008
68. Фејеш Иштван, „Constitutio Criminalis Theresiana – кривична одговорност“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2010
69. Франк Станко, *Теорија казненог права по Кривичном законнику из 1951. године: опћи дио*, Школска књига, Загреб, 1955
70. Цирквени Невен, „Економска теорија криминалитета: неодољива привлачност и илузије егзактности“, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*, вол. 18, бр. 2/2011
71. Чејовић Бора, Кулић Мирко, *Кривично право*, Службени гласник, Београд, 2011
72. Чејовић Бора, Кривично право у судској пракси - прва књига, општи део, Југословенски завод за продуктивност рада. Београд 1985²
73. Михаило П. Чубински, Научни и практични коментар Кривичног законика Краљевине Југославије од 27. јануара 1929. год., новелираног Законом од 9. окт. 1931. год., Издавачко и књижарско предузеће Геца Кон, Београд 1934²
74. Шиловић Јосип, Казнено право, Загреб 1920
75. Шиловић Јосип, Франк Станко, Кривични законик за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца од 27. јануара 1929. - пропраћено биљешкама, Тисак и наклада југословенске штампе, Загреб 1929

Страна литература у преводу на српски језик (1-32)

1. Јасперс Карл, *Питање кривице*, Фондација Конрад Аденауер, Београд 2009
2. Vock Michael, Позитивна специјална превенција и нове тенденције у криминалној политици - О недостацима елиминаторног Feindstrafrecht -

- кривичног права и значају примењене криминологије за криминалну политику по мери заједнице, *Crimen* 2/2010
3. Dovydas Vitkauskas, Dikov Grigory, *Заштита права на правично суђење према Европској конвенцији о људским правима*, Савет Европе, Стразбур 2012
 4. Jung Heike, „L'etat et moi. Some reflections on the Relationship between Criminal Law and the State“, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 1998 vol. 6 Issue 3, 208-215, цитирано према Љубо Бавцон, „Човекова слобода и/или безбедност“, *Темид* 2/2012
 5. Baratta Alessandro, „Droits de l'homme et politique criminelle“, *Deviance et societe* 1999 vol. 23 No 3, 239-257, цитирано према Љ. Бавцон (2012)
 6. Brissot de Warville, *Theorie des lois criminelles*, 1781, 49, 50, 101, наведено према Мишел Фуко, *Историја лудила у доба класицизма*, Mediterran, Нови Сад 2013
 7. Платон, *Држава*, Дерета, Београд 2013
 8. Аристотел, „Никомахова етика“, Издавачка књижарница Зоран Стојановића, Сремски Карловци-Нови Сад 2013
 9. Радбрух Густав, *Правни и други афоризми*, Досије, Београд 2007
 10. Монтескје Шарл де, *Дух закона*, Завод за уџбенике, Београд 2011
 11. Јеринг фон Рудолф, *Циљ у праву*, први том – мото, Службени лист СРЈ – ЦИД Подгорица – Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Београд 1998
 12. Фуко Мишел, *Моћ/Знање: одабрани списи и разговори: 1972-1971*, Mediterran, Нови Сад 2012
 13. Фуко Мишел, *Историја лудила у доба класицизма*, Mediterran, Нови Сад 2013
 14. Волтер (François Marie Arouet), *Задиг или судбина*, Плато, Београд 2015
 15. Волтер (François Marie Arouet), *Кандид*, Плато, Београд 2015
 16. Карбоније Жан, *Правна социологија*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Нови Сад 1992
 17. Миноа Жорж, *Историја самоубиства: добровољна смрт у западном друштву*, Mediterran, Нови Сад 2008
 18. Токвил де Алексис, *О демократији у Америци*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Нови Сад 2002
 19. Токвил де Алексис, *Деспотска демократија*, Службени гласник, Београд 2016
 20. Хердер Јохан Готфрид, *Расправа о пореклу језика*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Нови Сад 2012
 21. Делимо Жан, *Грех и страх I - стварање осећања кривице на Западу од XIV до XVIII века*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци - Нови Сад 2013
 22. Делимо Жан, *Страх на западу (од XIV до XVIII века)*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Нови Сад 2003
 23. Берђајев Николај, *Филозофија слободног духа*, Дерета, Београд 2007
 24. Достојевски Фјодор М., *Записи из мртвог дома*, Отворена књига, Београд 2009
 25. Достојевски Фјодор М., *Браћа Карамазови*, Отворена књига, Београд 2007
 26. Достојевски Фјодор М., *Записи из подземља*, Отворена књига, Београд 2009
 27. Кафка Франц, *О питању закона* (у Пресуда: сабране приповетке), Лагуна 2013
 28. Кафка Франц, *Процес*, Новости, Београд 2004
 29. Јурсенар Маргерит, *Хадријанови мемоари*, Нова књига, Подгорица 2014
 30. Еко Умберто, *Фукоово клатно*, Плато, Београд 2008
 31. Еко Умберто, *Прашко гробље*, Плато, Београд 2013
 32. Орвел Џорџ, 1984, *Либрето*, Београд 2004

Судске одлуке судова у Републици Србији¹⁸⁷¹ (1-19):

1. пресуда Врховног касационог суда Кзп. бр. 2/10 од 25.2.2010. године
2. решење Врховног суда Србије Кж. бр. 333/07 од 15.05.2007. године
3. пресуду Врховног суда Србије Кж. I бр. 2398/06 од 1.2.2007. године
4. решење Врховног суда Србије (ВСС) Кж. бр. 333/07 од 15.5.2007. године
5. пресуда Апелационог суда у Новом Саду Кж. бр. 4452/13 од 14.7.2014. године
6. пресуда Апелационог суда у Новом Саду Кж. I. бр. 611/14 од 15.9.2014. године
7. пресуда Апелационог суда у Београду Кж. I. ПоЗ. бр. 32/11 од 27.12.2011. године
8. пресуда Апелационог суда у Београду Кж1-ПоЗ. бр. 29/12 од 17.5.2012. године
9. пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж. I. бр. 5807/10 од 20.12.2010. године
10. Апелациони суд у Крагујевцу Кж. I. бр. 5807/10 од 20.12.2010. године
11. пресуда Вишег суда у Новом Саду К. бр. 319/11 од 6.4.2012. године
12. пресуда Вишег суда у Београду К. ПоЗ. бр. 89/11 од 9.11.2011. године
13. пресуда Вишег суда у Београду К-ПоЗ. бр. 134/11 од 25.1.2012. године
14. пресуда Округног суда у Београду Кж. 2124/05 од 31.8.2005. године
15. пресуда Вишег суда у Краљеву 1К. бр. 193/10 од 8.10.2010. године
16. пресуда Вишег суда у Нишу К. бр. 143/11 од 12.12.2011. године
17. пресуда Основног суда у Новом Саду К. бр. 192/12 од 10.3.2014. године
18. пресуда Основног суда у Новом Саду К. бр. 2626/11 од 11.10.2013. године
19. пресуда Општинског суда у Младеновцу К. бр. 289/03 од 28.10.2004. године

Билтени судске праксе судова у Републици Србији (1-9):

1. Билтен Округног суда у Новом Саду бр. 11/2007
2. Билтен Вишег суда у Краљеву бр. 1/2011
3. Билтен Основног суда у Новом Саду, <http://bilten.osns.rs/site/index>, 14. март 2016
4. Билтен Вишег суда у Краљеву бр. 1/2011
5. Билтен Вишег суда у Нишу бр. 32/2014
6. Билтен Врховног суда Србије бр. 2/2006
7. Билтен Врховног касационог суда бр. 2/2013
8. Билтен Врховног касационог суда 2/2011
9. Билтени судске праксе ВКС и ВСС, <http://www.vk.sud.rs/sr/судска-пракса>, 18. март 2016

Правни прописи (1-187)

1. Кривични законик - Сл. гласник РС бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 и 108/2014.
2. Закон о спречавању допинга у спорту - Сл. гласник РС бр. 111/2014.
3. Закон о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења - Сл. гласник РС бр. 72/2009.
4. Закон о девизном пословању - Сл. гласник РС бр. 62/2006, 31/2011, 119/2012 и 139/2014.
5. Кривични закон - Сл. лист ФНРЈ бр. 13/51, 30/59, 11/62, 31/62, 37/62, 15/65 и 15/67.

¹⁸⁷¹ Из наведених пресуда утврђене су сентенце на које смо се позивали у раду, а такође су и цитирани делови из образложења наведених одлука.

6. Кривични закон - Сл. гласник СРС бр. 26/77, 28/77, 43/77, 20/79, 24/84, 39/86, 51/87, 6/89 и 42/89, Сл. гласник РС бр. 21/90. 16/90. 26/91, 9/92, 49/92, 51/92, 23/93, 67/93, 47/94, 17/95, 44/98, 10/02, 11/02, 80/02, 39/03, 67/03.
7. КЗ из 1860. види
<http://www.smrtnakazna.rs/Portals/0/SrbijaPropisi/Kaznitelni%20zakonik%201860.pdf>,
15. март 2017
8. Кривични законик за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца од 27.1.1929.
године^{1872,1873}
9. КЗ из 1947. године (Службени лист ФНРЈ бр. 106/47)
10. Законик о кривичном поступку - Сл. лист СРЈ бр. 70/2001 и 68/2002 и Сл. Гласник РС, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005, 49/2007, 20/2009, 72/2009 и 76/2010.
11. Одлука о Суду за суђење злочина и преступа против српске националне части Сл. гласник Србије, бр. 3/45 од 10.3.1945.
12. Закон о конфискацији имовине и о извршењу конфискације - Сл. лист ДФЈ бр. 40/45 и 70/45.
13. Закон о национализацији приватних привредних предузећа. Сл. лист ФНРЈ, бр. 98/46 и 35/48.
14. Правилник о утврђивању Списка психоактивних контролисаних супстанци - Сл. гласник РС бр. 27/15.
15. Закона о прекршајима - Сл. гласник РС бр. 65/13.
16. Закон о привредним друштвима Сл. гласник РС бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 и 5/2015.
17. Закон о поступку прекида трудноће у здравственим установама - Сл. гласник РС бр. 16/95 и 101/2005.
18. Устав Републике Србије - Сл. гласник РС бр. 98/2006.
19. Закон о службеној употреби језика и писма - Сл. гласник РС бр. 45/91, 53/93, 67/93, 48/94, 101/2005 и 30/2010.
20. Законик о кривичном поступку - Сл. гласник РС бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.
21. Закон о заштити државне границе - Сл. гласник РС бр. 97/2008 и 20/2015.
22. Закон о полицији - Сл. гласник РС бр. 6/2016.
23. Закон о адвокатури - Сл. гласник РС бр. 31/2011 и 24/2012.
24. Кодекс професионалне етике адвоката - Сл. гласник РС бр. 27/2012.
25. Кодекс професионалне етике Лекарске коморе Србије - Сл. гласник РС бр. 121/2007.
26. Закон о заштити података о личности - Сл. гласник РС бр. 97/2008, 104/2009, 68/2012 и 107/2012.
27. Закон о окупљању грађана - Сл. гласник РС бр. 51/92, 53/93, 67/93 и 48/94 и Сл. Лист СРЈ бр. 21/2001 и Сл. гласник РС бр. 101/2005.
28. Закон о раду - Сл. гласник РС бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014.
29. Закон о избору народних посланика - Сл. гласник РС бр. 35/2000, 57/2003, 72/2003, 75/2003, 18/2004, 101/2005, 85/2005, 28/2011 и 104/2009.
30. Закон о локалним изборима - Сл. гласник РС бр. 129/2007, 34/2010 и 54/2011.
31. Закон о избору председника републике - Сл. гласник РС бр. 111/2007 и 104/2009.
32. Закон о јединственом бирачком списку - Сл. гласник РС бр. 104/2009 и 99/2011.

¹⁸⁷² Јосип Шиловић, Станко Франк, Кривични законик за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца од 27. јануара 1929. - пропраћено биљешкама, Тисак и наклада југословенске штампе, Загреб 1929.

¹⁸⁷³ Јосип Весел, Владимир Тимошкин, Кривични законик Краљевине Југославије и 343 решења свих апелационих судова и свих одељења Касационог суда год. 1930-1935, Штампарија „Босанска пошта“ Јосип Бретлер, Сарајево 1935, 24.

33. Закон о пензијском и инвалидском осигурању - Сл. гласник РС бр. 34/2003, 64/2004, 84/2004, 85/2005, 101/2005, 63/2006, 5/2009, 107/2009, 101/2010, 93/2012, 62/2013, 108/2013, 75/2014 и 142/2014.
34. Закон о здравственом осигурању - Сл. гласник РС бр. 107/2005, 109/2005, 57/2011, 110/2012, 119/2012, 99/2014, 123/2014, 126/2014, 106/2015 и 10/2016.
35. Закон о здравственој заштити - Сл. гласник РС бр. 107/2005, 72/2009, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2012, 45/2013, 93/2014, 96/2015 и 106/2015.
36. Посебан колективни уговор за државне органе - Сл. гласник РС бр. 25/2015 и 50/2015.
37. Закон о државним службеницима - Сл. гласник РС бр. 79/2005, 81/2005, 83/2005, 64/2007, 67/2007, 116/2008, 104/2009 и 99/2014.
38. Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености - Сл. гласник РС бр. 36/2009, 88/2010 и 38/2015.
39. Закон о привредним друштвима - Сл. гласник РС бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 и 5/2015.
40. Закон о штрајку - Сл. лист СРЈ 29/96 и Сл. гласник РС бр. 101/2005 и 103/2012.
41. Закон о безбедности и здрављу на раду - Сл. гласник РС бр. 101/2005 и 91/2015.
42. Закон о јавном информисању и медијима - Сл. гласник РС бр. 83/2014 и 58/2015.
43. Закон о изгледу и употреби грба, заставе и химне Републике Србије - Сл. гласник РС бр. 36/2009.
44. Породични закон - Сл. гласник РС бр. 18/2005, 72/2011 и 6/2015.
45. Закон о ауторским и сродним правима - Сл. гласник РС бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012 и 29/2016.
46. Закон о патентима - Сл. гласник 99/2011.
47. Закон о правној заштити индустријског дизајна - Сл. гласник 104/2009 и 45/2015.
48. Закон о културним добрима - Сл. гласник РС бр. 71/94, 52/2011 и 99/2011.
49. Закон о осигурању - Сл. гласник РС бр. 55/2004, 70/2004, 61/2005, 85/2005, 101/2007, 63/2009, 107/2009, 99/2011, 119/2012, 116/2013 и 139/2014.
50. Закон о спорту - Сл. гласник РС бр. 10/16.
51. Закон о облигационим односима - Сл. лист СФРЈ 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, Сл. лист СРЈ бр. 31/93 и Сл. лист СЦГ бр. 1/2003.
52. Закон о шумама - Сл. гласник РС бр. 30/2010, 93/2012 и 89/2015.
53. Закон о планирању и изградњи - Сл. гласник РС бр. 72/2009, 81/2009, 64/2010, 247/2011, 121/2012, 42/2013, 50/2013, 98/2013, 132/2014 и 145/2014.
54. Закон о извршењу и обезбеђењу - Сл. гласник РС бр. 31/2011, 99/2011, 109/2013, 55/2014 и 139/2014.
55. Закон о тржишту капитала - Сл. гласник РС бр. 31/2011 и 112/2015.
56. Закон о акцизама - Сл. гласник РС бр. 22/2001, 73/2001, 80/2002, 43/2003, 72/2003, 43/2004, 55/2004, 135/2004, 46/2005, 101/2005, 61/2007, 5/2009, 31/2009, 101/2010, 43/2011, 101/2011, 6/2012, 43/2012, 76/2012, 93/2012, 119/2012, 8/2013, 47/2013, 4/2014, 68/2014, 142/2014, 4/2015, 5/2015, 55/2015, 103/2015 и 5/2016.
57. Уредба о изгледу контролне акцизне маркице, врсти података на маркици и начину и поступку одобравања и издавања маркица, вођења евиденција о одобреним и издатим маркицама и обележавању цигарета и алкохолних пића - Сл. гласник РС бр. 137/2004, 11/2005, 29/2005, 56/2005, 75/2005, 88/2005, 108/2006 и 83/2011.
58. Закон о чеку - Сл. лист ФНРЈ бр. 105/46, Сл. лист СФРЈ бр. 12/65, 50/71 и 52/73, Сл. лист СРЈ бр. 46/96 и Сл. лист СЦГ бр. 1/2003.
59. Закон о меници - Сл. лист ФНРЈ бр. 104/46, Сл. лист СФРЈ 16/65, 54/70 и 57/89, Сл. лист СРЈ бр. 46/96 и Сл. лист СЦГ бр. 1/2003.

60. Закон о пореском поступку и пореској администрацији - Сл. гласник РС бр. 80/2002, 84/2002, 23/2003, 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005, 62/2006, 63/2006, 61/2007, 20/2009, 72/2009, 53/2010, 101/2011, 2/2012, 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015, 112/2015 и 15/2016.
61. Закон о порезу на додату вредност - Сл. гласник РС бр. 84/2004, 86/2004, 61/2005, 61/2007, 93/2012, 108/2013, 6/2014, 68/2014, 142/2014, 5/2015, 83/2015 и 5/2016.
62. Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање - Сл. гласник РС бр. 84/2004, 61/2005, 62/2006, 5/2009, 52/2011, 101/2011, 7/2012, 8/2013, 47/2013, 108/2013, 6/2014, 57/2014, 68/2014, 5/2015, 112/2015 и 5/2016.
63. Закон о порезима на употребу, држање и ношење добара - Сл. гласник РС бр. 26/2001, 80/2002, 43/2004, 31/2009, 101/2010, 24/2011, 100/2011, 120/2012, 113/2013, 68/2014, 140/2014, 109/2015 и 112/2015.
64. Закон о порезу на добит правних лица - Сл. гласник РС бр. 25/2001, 80/2002, 43/2003, 84/2004, 18/2010, 101/2011, 119/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 142/2014, 91/2015 и 112/2015.
65. Закон о порезу на премије неживотних осигурања - Сл. гласник РС бр. 135/2004 и 68/2014.
66. Закон о порезима на имовину - Сл. гласник РС бр. 26/2001, Сл. лист СРЈ бр. 42/2002, Сл. гласник РС бр. 80/2002, 135/2004, 61/2007, 5/2009, 101/2010, 24/2011, 78/2011, 57/2012, 47/2013 и 68/2014.
67. Закон о мировању и отпису дуга по основу доприноса за обавезно здравствено осигурање - Сл. гласник РС бр. 102/2008 и 31/2009.
68. Закон о условном отпису камата и мировању пореског дуга - Сл. гласник РС бр. 119/2012.
69. Закон о порезу на доходак грађана - Сл. гласник РС бр. 247/2001, 80/2002, 135/2004, 62/2006, 65/2006, 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011, 7/2012, 93/2012, 114/2012, 8/2013, 47/2013, 48/2013, 108/2013, 6/2014, 57/2014, 68/2014, 5/2015, 112/2015 и 5/2016.
70. Царински закон - Сл. гласник бр. 8/2010, 111/2012 и 29/2015.
71. Закон о заштити конкуренције - Сл. гласник РС бр. 51/2009 и 95/2013.
72. Закон о жиговима - Сл. гласник бр. 104/2009 и 10/2013.
73. Закон о ознакама географског порекла - Сл. гласник РС 18/2010.
74. Закон о јавним набавкама - Сл. гласник бр. 124/2012, 14/2015 и 68/2015.
75. Закон о стечају - Сл. гласник РС бр. 104/2009, 99/2011, 71/2012 и 83/2014.
76. Закон о трговини - Сл. гласник РС бр. 53/2010 и 10/2013.
77. Закон о метрологији - Сл. гласник РС бр. 15/2016.
78. Закон о контроли предмета од драгоцених метала - Сл. гласник РС бр. 36/2011 и 15/2016.
79. Закон о психоактивним контролисаним супстанцама - Сл. гласник РС бр. 99/2010.
80. Правилник о утврђивању Списка психоактивних контролисаних супстанци - Сл. гласник РС бр. 111/2015.
81. Закон о заштити становништва од заразних болести - Сл. гласник РС бр. 15/2016.
82. Уредба о здравственој заштити становништва од заразних болести - Сл. гласник РС бр. 29/2002.
83. Закон о лековима и медицинским средствима - Сл. гласник РС бр. 30/2010 и 107/2012.
84. Смернице добре клиничке праксе у клиничком испитивању - Сл. гласник РС бр. 28/2008.

85. Правилник о условима за производњу лекова, садржају обрасца дозволе за производњу лека и регистру издатих дозвола за производњу лекова - Сл. гласник РС бр. 18/2012 и 91/2013.
86. Правилник о условима за израду галенских лекова - Сл. гласник РС бр. 10/2012.
87. Правилник о начину издавања и прописивања лекова - Сл. лист. СРЈ бр. 16/94, 22/97 и 55/2002 и Сл. лист СЦГ бр. 1/2003.
88. Закон о здравственој исправности животних намирница и предметима опште употребе - Сл. лист СФРЈ бр. 53/91, Службени лист СРЈ бр. 24/94, 28/96 и 37/02 и Службени гласник РС бр. 51/2009 и 95/2013.
89. Закон о здравственом надзору над животним намирницама и предметима опште употребе - Сл. гласник СРС бр. 48/77 и 29/88 и Сл. гласник РС бр. 44/91, 53/93, 67/93, 48/94 и 101/05.
90. Закон о здравственој исправности предмета опште употребе - Сл. гласник РС бр. 92/2011.
 91. Закон о санитарном надзору - Сл. гласник РС бр. 125/2004.
92. Закон о водама - Сл. гласник РС бр. 30/2010.
93. Закон о заштити животне средине - Сл. гласник РС бр. 135/2004, 36/2009, 72/2009, 43/2011 и 14/2016.
94. Закон о управљању отпадом - Сл. гласник РС бр. 36/2009, 88/2010 и 14/2016.
95. Закон о транспорту опасног терета - Сл. гласник РС бр. 88/2010.
96. Правилник о начину складиштења, паковања и обележавања опасног отпада - Сл. гласник РС бр. 92/2010.
97. Правилник о превентивним мерама за безбедан и здрав рад при излагању хемијским материјама - Сл. гласник РС бр. 106/2009.
98. Правилник о управљању медицинским отпадом - Сл. гласник РС бр. 78/2010.
99. Закон о забрани изградње нуклеарних електрана у СРЈ - Сл. лист СРЈ бр. 12/95 и Сл. гласник РС бр. 85/2005.
100. Закон о добробити животиња - Сл. гласник РС бр. 41/2009.
101. Закон о ветеринарству - Сл. гласник РС бр. 91/2005, 30/2010 и 93/2012.
102. Закон о националним парковима - Сл. гласник РС бр. 39/93, 44/93, 53/93, 67/93, 48/94 и 101/2005.
103. Закон о дивљачи и ловству - Сл. гласник РС бр. 18/2010.
104. Правилник о проглашавању ловостајем заштићених врста дивљачи - Сл. гласник РС бр. 9/2012 и 31/2013.
105. Закон о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда - Сл. гласник РС бр. 128/2014.
106. Правилник о евиденцијама у области безбедности и здравља на раду - Сл. гласник РС бр. 62/2007.
107. Правилник о обезбеђивању ознака за безбедност и здравље на раду - Сл. гласник РС бр. 95/2010.
108. Правилник о превентивним мерама за безбедан и здрав рад на радном месту - Сл. гласник РС бр. 21/2009.
109. Правилник о начину и поступку процене ризика на радном месту и радној околини- Сл. гласник РС бр. 72/2006, 84/2006 и 30/2010.
110. Правилник о садржини и начину вршења техничког прегледа објеката, саставу комисије, садржини предлога комисије о утврђивању подобности објекта за употребу, осматрању тла и објекта у току грађења и употребе и минималним гарантним роковима за поједине врсте објеката - Сл. гласник РС бр. 27/2015 и 29/2016.

111. Правилник о техничким нормативама за темељење грађевинских објеката - Сл. лист СФРЈ бр. 15/90.
112. Правилник о садржини, начину и поступку израде и начин вршења контроле техничке документације према класи и намени објекта - Сл. гласник РС бр. 23/2015 и 77/2015.
113. Правилник о саобраћајној сигнализацији -
114. Закон о заштити од пожара - Сл. гласник РС бр. 111/2009 и 20/2015.
115. Закон о експлозивним материјалима, запаљивим течностима и гасовима - Сл. гласник СРС бр. 44/77, 45/85 и 18/89 и Сл. гласник РС бр. 53/93, 67/93, 48/94, 101/2005 и 54/2015.
116. Закон о рударству и геолошким истраживањима - Сл. гласник РС бр. 88/2011.
117. Закон о безбедности саобраћаја на путевима - Сл. гласник РС бр. 41/2009, 53/2010, 101/2011, 32/2013, 55/2014, 96/2015 и 9/2016.
118. Правилник о начину вршења контроле и непосредног регулисања саобраћаја на путевима и вођењу обавезних евиденција о примени посебних мера и овлашћења - Сл. гласник РС бр. 69/2010, 78/2011, 31/2013, 37/2013 и 85/2014.
119. Правилник о организовању, спровођењу и начину полагања возачког испита, вођењу и роковима чувања евиденција оп возачком испиту и условима које мора да испуни возило на којем се обавља возачки испит - Сл. гласник РС бр. 93/2013, 116/2013, 108/2014, 36/2015, 51/2015, 86/2015 и 104/15
120. Правилник о подели моторних и прикључних возила и техничким условима за возила у саобраћају на путевима - Сл. гласник РС бр. 40/2012, 102/2012, 19/2013, 41/2013, 102/2014, 41/2015, 78/2015, 111/2015 и 14/2016.
121. Правилник о испитивању возила - Сл. гласник РС бр. 8/2012, 13/2013, 31/2013, 114/2013, 40/2014, 140/2014, 18/2015 и 82/2015.
122. Правилник о начину коришћења тахографа - Сл. гласник РС бр. 43/11.
123. Закон о ваздушном саобраћају - Сл. гласник РС бр. 73/2010.
124. Правилник о утврђивању захтева који се односе на идентификацију вазухоплова у оквиру надзора Јединствено европско небо - Сл. гласник РС бр. 73/2010, 57/2011, 93/2012, 45/2015 и 66/2015.
125. Правилник о летењу ваздухоплова - Сл. гласник РС бр. 73/2010, 57/2011, 93/2012 и 45/2015.
126. Правилник о полетању и слетању ваздухоплова изван аеродрома - Сл. гласник РС бр. 73/2010, 57/2011, 93/2012 и 45/2015.
127. Правилник о пријављивању догађаја у цивилном ваздухопловству - Сл. гласник РС бр. 73/2010, 57/2011.
128. Правилник о преузимању прописа Европске уније о заједничким правилима за управљање протоком ваздушног саобраћаја - Сл. гласник РС бр. 73/2010, 57/2011.
129. Правилник о одступању од основних заједничких стандарда обезбеђивања у цивилном ваздухопловству - Сл. гласник РС бр. 73/2010.
130. Правилник о инспекцији комисије у области обезбеђивања у цивилном ваздухопловству - Сл. гласник РС бр. 73/2010.
131. Правилник о безбедносном прегледу страних ваздухоплова на платформама аеродрома - Сл. гласник РС бр. 73/2010.
132. Правилник о начину предаје и враћања хладног и ватреног оружја и муниције и претресу лица и ствари у јавном авио-транспорту - Сл. лист СРЈ бр. 13/2000.
133. Правилник о начину избацивања хемијских средстава из ваздухоплова - Сл. лист СФРЈ бр. 23/78 и 20/79.

134. Правилник о пружању услуга информисања ваздухоплова у лету и употреби израза на српском језику - Сл. гласник РС бр. 73/2010, 57/2011, 93/2012, 45/2015 и 66/2015.
135. Закон о поморској и унутрашњој пловидби - Сл. лист СРЈ бр. 12/98, 44/99, 74/99 и 73/2000 и Сл. гласник РС бр. 101/2005, 85/2005, 73/2010, 87/2011 и 10/2013.
136. Закон о тајности података - Сл. гласник РС бр. 104/2009.
137. Повеља Уједињених нација - http://www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/PROPISI/povelja_un_lat.pdf (приступио 26.04.2016.)
138. Закон о архивској грађи - У питању је нацрт Закона о архивској грађи од 09.12.2014. године - <http://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/101214/101214-vest8.html> (приступио 26.04.2016.).
139. Правилник о управи у јавним тужилаштвима - Сл. гласник РС бр. 116/2008 и 104/2009.
140. Судски пословник - Сл. гласник РС бр. 110/2009, 70/2011, 19/2012, 89/2013, 96/2015, 104/2015, 113, 2015 и 39/2016.
141. Закон о програму заштите учесника у кривичном поступку - Сл. гласник РС бр. 85/2005.
142. Закон о оружју и муницији - Сл. гласник РС бр. 20/2015.
143. Закон о заштити државне границе - Сл. гласник РС бр. 97/2008 и 20/2015.
144. Закон о азилу - Сл. гласник РС бр. 109/2007.
145. Закон о играма на срећу - Сл. гласник РС бр. 88/2011 и 93/2012.
146. Закон о сахрањивању и гробљима - Сл. гласник СРС бр. 20/77, 24/85, 6/89 и Сл. гласник РС бр. 53/93, 67/93, 48/94, 101/2005 и 120/2012.
147. Одлука (Скупштине Града Новог Сада) о сахрањивању и гробљима - Сл. лист Града Новог Сада бр. 16/2004, 22/2006, 47/2006, 11/2010 и 21/2011.
148. Закон о наслеђивању - Сл. гласник РС бр. 46/95, 101/2003 и 6/2005.
149. Закон о буџетском систему - Сл. гласник РС бр. 54/2009, 73/2010, 101/2010, 101/2011, 93/2012, 62/2013, 63/2013, 108/2013, 142/2014, 68/2015 и 103/2015.
150. Закон о буџету Републике Србије за 2015. годину - Сл. гласник РС бр. 142/2014 и 94/2015.
151. Женевска конвенција о побољшању положаја рањеника и болесника у оружаним снагама у рату (I Женевска конвенција) - http://www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/PROPISI/zen_konvencija_1_cir.pdf (приступио 27.04.2016.)
152. Женевска конвенција о побољшању положаја рањеника, болесника и бродоломника оружаних снага на мору (II Женевска конвенција) - http://www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/PROPISI/zen_konvencija_2_cir.pdf (приступио 27.04.2016.)
153. Женевска конвенција о поступању са ратним заробљеницима (III Женевска конвенција) - http://www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/PROPISI/zen_konvencija_3_cir.pdf (приступио 27.04.2016.)
154. Женевска конвенција о заштити грађанских лица за време рата (IV Женевска конвенција) - http://www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/PROPISI/zen_konvencija_4_cir.pdf (приступио 27.04.2016.)
155. Допунски протокол уз Женевске конвенције од 12. августа 1949. године о заштити жртава међународних оружаних сукоба (Протокол I) -

- http://www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/PROPISI/zen_protokol_1_cir.pdf (приступио 27.04.2016.)
156. Допунски протокол уз Женевске конвенције од 12. августа 1949. године о заштити жртава немеђународних оружаних сукоба (Протокол II) - http://www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/PROPISI/zen_protokol_2_cir.pdf (приступио 27.04.2016.)
 157. Закон о потврђивању Конвенције о забрани развоја, производње, складиштења и употребе хемијског оружја и о његовом уништавању - Сл. лист СРЈ - Међународни уговори бр. 2/2000.
 158. Закон о ратификацији Конвенције о забрани употребе, складиштења, производње и промета антиперсоналних мина и њиховом уништавању - Сл. лист СЦГ - Међународни уговори бр. 5/2003.
 159. Уредба о ратификацији Конвенције о забрани усавршавања, производње и стварања залиха бактериолошког (биолошког) и токсиколошког оружја и о њиховом уништавању - Сл. лист СФРЈ - Међународни уговори и други споразуми бр. 43/74.
 160. Конвенција за заштиту културних добара у случају оружаних сукоба - Сл. лист ФНРЈ - додатак бр. 4/56.
 161. Закон о ратификацији међународне Конвенције о укидању свих облика расне дискриминације - Сл. лист СФРЈ бр. 31/67.
 162. Закон о ратификацији међународне Конвенције о сузбијању злочина апартхејда - Сл. лист СФРЈ бр. 14/75.
 163. Конвенција о ропству из 1926. године - Сл. новине бр. 234/29.
 164. Уредба о ратификацији завршног акта о допунске Конвенције о укидању ропства, трговине робљем и установа и праксе сличних ропству - Сл. лист ФНРЈ - Међународни уговори и други споразуми бр. 7/58.
 165. Конвенција о отвореном мору - http://www.greenhome.co.me/fajlovi/greenhome/attach_fajlovi/lat/projekti/zeleni-resursni-centar/2011/10/pdf/Konvencija_o_otvorenom_moru.pdf (приступио 27.04.2016.)
 166. Закон о ратификацији Конвенције о спречавању и кажњавању кривичних дела против лица под међународном заштитом, укључујући дипломатске агенте - Сл. лист СФРЈ - Међународни уговори бр. 54/76.
 167. Одлука о обустави обавезе служења војног рока - Сл. гласник РС бр. 95/2010.
 168. Закон о војној, радној и материјалној обавези - Сл. гласник РС бр. 88/2009 и 95/2010.
 169. Закон о одбрани - Сл. гласник РС бр. 116/2007, 88/2009, 104/2009 и 10/2015.
 170. Уредба о начину и поступку извршавања војне, радне и материјалне обавезе - Сл. гласник РС бр. 100/2011.
 171. Закон о Војсци Србије - Сл. гласник РС бр. 116/2007, 88/2009, 101/2010, 10/2015 и 88/2015.
 172. Закон о јавном реду и миру - Сл. гласник РС бр. 6/2016.
 173. Закон о Агенцији за борбу против корупције - Сл. гласник РС бр. 97/2008, 53/2010, 66/2011, 67/2013, 11272013 и 8/2015.
 174. Закон о банкама - Сл. гласник РС бр. 107/2005, 91/2010 и 14/2015.
 175. Закон о приватизацији - Сл. гласник РС бр. 83/2014, 46/2015 и 112/2015.
 176. Закон о трансплатацији органа - Сл. гласник РС бр. 72/2009.
 177. Закон о трансплатацији ћелија и ткива - Сл. гласник РС бр. 72/2009.
 178. Закон о генетички модификованим организмима - Сл. гласник РС бр. 41/2009.
 179. Закон о здрављу биља - Сл. гласник РС бр. 41/2009.

180. Закон о јавним путевима - Сл. гласник РС бр. 101/2005, 123/2007, 101/2011, 93/2012 и 104/2013.
181. Закон о финансирању политичких активности - Сл. гласник РС бр. 43/2011 и 123/2014.
182. Закон о инвестиционим фондовима - Сл. гласник РС бр. 46/2006, 51/2009, 31/2011 и 115/2014.
183. Закон о преузимању акционарских друштава - Сл. гласник РС бр. 46/2006, 107/2009 и 99/2011.
184. Закон о добровољним пензијским фондовима и пензијским плановима - Сл. гласник РС бр. 85/2005 и 31/2011.
185. Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре - Сл. гласник РС бр. 99/2011 и 83/2014.
186. Закон о прикупљању и достављању података о извршеним ратним злочинима против човечности и међународног права - Сл. лист СРЈ бр. 37/93 и 44/99.
187. Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетника - ЗМ, *Службени гласник РС*, бр. 85/05