

OTKLONJIVOST PRAVNE ZABLUDE U NEMAČKOM PRAVU¹

Radosav Risimović *

Kriminalističko-policijska akademija, Beograd

Sažetak

U prvom delu rada razmatramo pojam pravne zablude u nemačkom pravu. Osim toga, analiziraćemo dejstvo pravne zablude. Na kraju, najveći deo rada se odnosi na razmatranje kriterijuma koji nemačka pravna teorija i sudska praksa koriste pri oceni da li je pravna zabluda u konkretnom slučaju otklonjiva ili neotklonjiva. Ovo je veoma značajno pitanje, jer od odgovora zavisi dejstvo ovog instituta krivičnog prava. Obrazložićemo naše zalaganje za prihvatanje objektivno-subjektivnog kriterijuma otklonjivosti pravne zablude. Pokušaćemo da uočimo sličnosti i razlike između rešenja koje je u pogledu otklonjivosti pravne zablude prihvaćeno u našem KZ i zakonodavstvu Nemačke. Pri izradi rada je korišćen dogmatski i logički metod.

Ključne reči: pravna zabluda, otklonjivost, krivica, umišljaj, nehat.

Uvod

Pravna zabluda se ne može svrstati u grupu klasičnih instituta krivičnog prava. U većini evropskih zakonika pravna zabluda je pronašla svoje mesto tek u XX veku. Sve do modernog doba, u krivičnopravnoj literaturi, zakonodavstvu i sudskoj praksi bilo je prihvaćeno načelo *ignorantia juris neminem excusat*. Pravilo da nepoznavanje prava škodi je zasnovano na ideji da su građani dužni da poznaju sve pravne propise. Može se prihvatiti da je zakonski opis velikog broja krivičnih dela poznat svakom čoveku (ubistvo, krađa, prevara itd.), ali je isto tako nesporno da su pojedina dela prosečnom čoveku nepoznata. Čak i pravno obrazovana lica ne poznaju sve inkriminacije, jer je

¹ Ovaj rad je rezultat realizovanja naučnoistraživačkih projekata koje finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije: Razvoj institucionalnih kapaciteta, standarda i procedura za suprotstavljanje organizovanom kriminalu i terorizmu u uslovima međunarodnih integracija (br. 179045), koji realizuje Kriminalističko-policijska akademija u Beogradu 2011–2014 (rukovodilac projekta prof. dr Saša Mijalković).

* Docent, radosav.risimovic@kpa.edu.rs

uporedo sa razvojem društva u krivično zakonodavstvo unet veliki broj krivičnih dela koja ranije nisu postojala.³

U nemačkom zakonodavstvu je za status pravne zablude od velikog značaja bila teorija umišljaja (*Vorsatztheorie*) koja je preovladavala u krivičnopravnoj literaturi sve do sredine sedamdesetih godina prošlog veka. Polazište ove teorije je da umišljaj učinioa obuhvata obeležja bića krivičnog dela, ali i svest o protivpravnosti.⁴ Shodno tome, ako učinilac nije svestan zabranjenosti preduzete radnje, isključeno je umišljajno ostvarenje krivičnog dela. Proizlazi da institut pravne zablude u krivičnom zakonodavstvu nije potreban, jer zabluda o zabranjenosti već proizvodi dejstvo isključujući umišljaj.⁵ Međutim, vremenom je u teoriji preovladala teorija krivice (*Shuldtheorie*) prema kojoj su elementi krivice umišljaj i svest o protivpravnosti.⁶ Prihvatanjem ove teorije svest o protivpravnosti postaje samostalni element krivice, što je pretpostavka za konstituisanje pravne zablude u krivičnom zakonodavstvu. Može se zaključiti da je teorija krivice opravdano prihvaćena u doktrini i zakonodavstvu, jer ne može biti kriv učinilac koji ne zna da je njegovo delo zabranjeno. Teorija krivice je prihvaćena i u našoj zemlji, donošenjem Krivičnog zakonika 2006. godine.

Na ovim teorijskim osnovama pravna zabluda je regulisana u KZN koji je stupio na snagu 1975. godine. Član 17 KZN propisuje: „Učinilac krivičnog dela postupa bez krivice, ako pri izvršenju dela nije znao da postupa nezakonito, a zabludu nije mogao da otkloni. Kada je učinilac mogao da izbegne zabludu, kazna se po odredbi člana 49 stav 1 može ublažiti.“⁷ Za temu ovog rada je važno da teorija krivice predstavlja napredak u odnosu na teoriju umišljaja, između ostalog jer uzima u obzir razloge zbog kojih učinilac nije bio svestan zabranjenosti dela. Drugim rečima, pravna zabluda sama po sebi ne isključuje krivicu, već njeno dejstvo zavisi od toga da li je u konkretnom slučaju reč o otklonjivoj ili neotklonjivoj zabludu.⁸

U skladu sa tim, gramatičkim tumačenjem člana 17 KZN dolazimo do zaključka da dejstvo pravne zablude zavisi od toga da li je zabluda učinioa o zabranjenosti dela otklonjiva ili neotklonjiva. Ako u konkretnoj krivičnoj stvari sud utvrdi postojanje neotklonjive pravne zablude, isključena je krivica. Slično tome, u našem krivičnom zakonodavstvu je propisano da nije krivično delo ono delo koje je učinjeno u neotklonjivoj pravnoj zabludi (član 29, stav 1 KZS). Krivično delo ne postoji jer u slučaju neotklonjive pravne zablude nema krivice kao konstitutivnog elementa svakog krivičnog dela.

Sa druge strane, ako je zabluda o zabranjenosti otklonjiva učinilac je kriv, ali mu se kazna može ublažiti. Ukoliko je zabluda otklonjiva, učinilac ima tzv. potencijalnu svest o protivpravnosti, koja je konstitutivni element krivice.⁹ Ova koncepcija krivice je prihvaćena u našem krivičnom zakonodavstvu.¹⁰ Potrebno je naglasiti da bez obzira da li je učinilac delo ostvario u otklonjivoj ili neotklonjivoj pravnoj zabludi, umišljaj

3 W. Joeck, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, München, 2003, str. 681.

4 H. H. Schünemann, *Verbotsirrtum und faktische Verbots – kenntnis*, NJW, 14/1980, München – Frankfurt, str. 736.

5 J. Wessels, W. Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 2004, 152; E. Schmidhäuser, *Der Verbotsirrtum und das Strafgesetz* (16 I Satz 1 und 17 StGB), JZ, 11/12/1979, Tübingen, str. 367.

6 H. H. Schünemann, *Opus citatum*, str. 736.

7 W. Langer, *Vorsatztheorie und strafgesetzzliche Irrtumsregelung*, GA, 7/1976, Hamburg-Heidelberg, str. 194.

8 W. Joeck, *Opus citatum*, str. 681.

9 *Ibidem*, str. 688.

10 Z. Stojanović, *Krivično pravo – opšti deo*, Pravna knjiga, Beograd, 2001, str. 143.

ostaje netaknut.¹¹ Umišljaj nije isključen čak ni u slučaju neotklonjive zablude, jer je svest o protivpravnosti samostalni element krivice, kao i umišljaj. Ovo stanovište se ne može osporiti, jer se može zamisliti situacija da učinilac sa umišljajem ostvari delo, ali da nije kriv jer zbog neotklonjive pravne zablude nije znao da je to delo zabranjeno. Na primer, stranac u našoj zemlji drži marihuanu, smatrajući da je, slično rešenju koje je prihvaćeno u njegovoj matičnoj državi, držanje i konzumiranje ove opojne droge dozvoljeno. Postojanje umišljaja se ne dovodi u pitanje, jer je delo očigledno ostvareno sa umišljajem, a postojanje krivice zavisi od toga da li je zabluda o zabranjenosti dela otklonjiva ili neotklonjiva. Ovo rezonovanje je prihvaćeno u našoj krivičnopravnoj doktrini.¹² Stojanović svoje mišljenje zasniva ne samo na doslednom sprovođenju teorije krivice, već i na odredbama KZS (čl. 25 i 26) prema kojima umišljaj i nehat postoje u odnosu na „delo“, a ne u odnosu na krivično delo. Prema tome, činjenica da je delo ostvareno sa umišljajem nije dovoljna za zaključak da je ostvareno krivično delo. Moguće je da u konkretnom slučaju postoji neki od osnova isključenja krivice, odnosno krivičnog dela (na primer, neotklonjiva pravna zabluda).

Pravna zabluda je moguća kod dela sa umišljajem i nehatom. U vreme kada je prevladavala teorija umišljaja, o pravnoj zabludi se diskutovalo samo u pogledu dela koja su učinjena sa umišljajem. Prihvatanjem teorije krivice značaj je dobila pravna zabluda u pogledu nehatnih dela.¹³

1. Objektivni ili subjektivni kriterijum otklonjivosti pravne zablude

U našem krivičnom zakonodavstvu je propisano da je kriterijum otklonjivosti pravne zablude nesvesni nehat. Reč je o objektivno-subjektivnom kriterijumu. Prema rešenju koje je prihvaćeno u KZS, pravna zabluda je neotklonjiva ako učinilac „nije bio dužan i nije mogao da zna da je njegovo delo zabranjeno“ (član 29, stav 2). Suprotno tome, pravna zabluda je otklonjiva ako učinilac nije znao da je delo zabranjeno, „ali je to bio dužan i mogao da zna“ (član 29, stav 3).

Prema tome, zakonodavac je u našoj zemlji prihvatio objektivno-subjektivni kriterijum otklonjivosti pravne zablude. Drugim rečima, neotklonjiva pravna zabluda postoji ako su kumulativno ispunjena dva uslova: 1) učinilac nije bio dužan da zna da je delo zabranjeno; 2) učinilac nije mogao da zna da je delo zabranjeno. Učinilac je dužan da zna da je delo zabranjeno ukoliko bi prosečan čovek u okolnostima događaja znao da je delo zabranjeno. Subjektivni kriterijum otklonjivosti podrazumeva da sud u svakoj krivičnoj stvari utvrdi da li je učinilac s obzirom na psihofizičke sposobnosti (uzrast, profesiju, stepen inteligencije itd.) mogao da zna da je delo zabranjeno.

Međutim, u članu 17 KZN, koji reguliše pravnu zabludu, zakonodavac se odlučuje za subjektivni kriterijum otklonjivosti, jer se govori o tome da učinilac „zabludu nije mogao da otkloni“ kod neotklonjive zablude, odnosno da je „mogao da izbegne zabludu“ kod otklonjive zablude o zabranjenosti. Uprkos tome, starija sudska praksa je koristila objektivni kriterijum otklonjivosti, oslanjajući se na dužnost učinioca da predvidi protivpravnost svog dela. Ukoliko učinilac nije znao da je delo zabranjeno, a bio je

11 C. Roxin, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, München, 2006, str. 928; H. H. Schünemann, *Opus citatum*, str. 741; A. Schönke, H. Schröder, *Strafgesetzbuch – kommentar*, München, 2001, str. 344.

12 Z. Stojanović, *Opus citatum*, str.168.

13 F. Haft, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München, 1990, str. 247.

dužan da to zna, jer bi brižljiv i odgovoran čovek (tzv. brižljivi vinogradar) bio svestan zabranjenosti dela, prema ovom shvatanju postoji otklonjiva pravna zabluda.¹⁴ Čak i novija sudska praksa uzima u obzir brižljivost učinioca kao kriterijum otklonjivosti pravne zablude.¹⁵ U navedenoj presudi prvostepeni sud zauzima stav da je okrivljeni mogao da izbegne pravnu zabludu da je postupao u skladu sa zahtevima brižljivosti. Proizlazi da se u pojedinim presudama prihvata objektivno-subjektivni kriterijum otklonjivosti, što je na prvi pogled u suprotnosti sa članom 17 KZN. Prema zakonodavcu, od odlučujućeg značaja za otklonjivost pravne zablude jeste da li je učinilac mogao da izbegne zabludu ili nije mogao da zna za zabranjenost dela. Zakonodavac ne određuje kriterijume na osnovu kojih bi se u svakom konkretnom slučaju moglo utvrditi da li je učinilac mogao da zna za protivpravnost dela. Drugačije rečeno, sporno je da li pri utvrđivanju otklonjivosti pravne zablude koristiti isključivo subjektivni kriterijum (uzrast, životno i radno iskustvo, profesiju itd.) ili upotrebiti i objektivni kriterijum brižljivosti, jer zakonodavac to ne zabranjuje. U teoriji se objektivni kriterijum otklonjivosti naziva normativnim, dok se subjektivni kriterijum naziva psihološkim.¹⁶

Objektivni kriterijum otklonjivosti pravne zablude se u nemačkoj sudskoj praksi pre svega koristi ukoliko je učinilac ostvario delo preduzimajući radnju u okviru svoje profesionalne delatnosti. U navedenoj presudi iz 1988. godine učinilac je preduzetnik koji se bavi prikazivanjem porno filmova. Optužen je za krivično delo iz člana 184 stav 1 tačka 5 KZN – širenje pornografskih spisa, jer je reklamirao prikazivanje pornografskih filmova.¹⁷ Prema tome, sudovi polaze od toga da su lica koja obavljaju određene profesije dužna da se ponašaju brižljivo, tj. da se upoznaju sa propisima koji regulišu obavljanje delatnosti kojom se bave (na primer, propisi o odlaganju otpada, prevozu opasnog materijala itd.).¹⁸ Smatramo da se ovo stanovište može prihvatiti, jer bi u suprotnom bilo moguće da lica koja obavljaju određene delatnosti budu u neotklonjivoj zabludi u pogledu dela koje je učinjeno vršenjem delatnosti kojom se bave, jer navodno nisu mogla da znaju da je delo zabranjeno. U pogledu ovih lica kriterijumi otklonjivosti pravne zablude moraju biti strože postavljeni. Ipak, to ne znači da se ova lica ne mogu naći u neotklonjivoj pravnoj zabludi u pogledu dela koje je ostvareno vršenjem neke radnje u okviru profesionalne delatnosti, o čemu će biti više reči u izlaganjima koja predstoje.

Prema jednom mišljenju, koji će kriterijum otklonjivosti pravne zablude sud primeniti zavisi od vrste pravne norme koju učinilac navodno nije poznao.¹⁹ Ako je reč o specijalnoj normi od čije primene zavisi svakodnevni život građana, prednost treba dati objektivnom kriterijumu otklonjivosti pravne zablude. Na primer, specijalne norme regulišu odvijanje javnog saobraćaja ili čuvanje i stavljanje u promet prehrambenih proizvoda. Sa druge strane, ako je reč o nepoznavanju neke opše norme koja se odnosi na svako lice, treba primeniti pre svega subjektivni kriterijum otklonjivosti

14 H. H. Schünemann, *Opus citatum*, str. 742.

15 BGH, Beschl. v. 6. 10. 1988 – 1 StR 395/88 (Prema: *NJW*, 6/1989, München-Frankfurt/Main, str. 410).

16 G. Timpe, Normatives und Psychisches im Begriff der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums, *GA*, 2/1984, Heidelberg, str. 51.

17 D. Pavlović, *Krivični zakonik Savezne Republike Nemačke sa Uvodnim zakonom za krivični zakonik i Vojno krivičnim zakonom*, Centar marketing, Beograd, 1998, str. 19. (Član 184 stav 1 tačka 5 KZN propisuje da krivično delo širenje pornografskih spisa ostvaruje: „Ko pornografske spise na mestu koje je pristupačno licima mlađim od 18 godina ili koja ona mogu videti, javno ili širenjem spisa izvan redovnog poslovnog prometa, nudi, oglašava ili hvali takve spise).

18 A. Schöнке, H. Schröder, *Opus citatum*, str. 342.

19 U. Kindhäuser, U. Neumann, H. U. Paeffgen, *Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, 2005, str. 595.

pravne zablude. Polazi se od toga da specijalne norme služe za smanjenje rizika od preduzimanja radnji u određenim oblastima društvenog života, zbog čega je veoma važno da se građani uzdrže od kršenja tih normi.

U sudskoj praksi je zauzet stav da pri utvrđivanju otklonjivosti pravne zablude u pogledu dužnosti brižljivosti učinioca kao objektivnog kriterijuma treba postaviti strože zahteve u odnosu na dužnost brižljivosti kod nehata.²⁰ Polazište ovog shvatanja je da se dela u pravnoj zabludi veoma često vrše sa umišljajem, pri čemu je protivpravnost ponašanja „indikovana“, odnosno „opterećena indicijom zabranjenosti“.²¹ Prema stanovištu najviše sudske instance u Nemačkoj, učinilac koji zna da je njegova radnja usklađena sa zakonskim opisom krivičnog dela (obeležjima bića), po pravilu zna da čini zabranjeno delo.²² Ovo shvatanje je u teoriji opravdano kritikovano, isticanjem da kod direktne pravne zablude učiniocu nije poznato da je njegova radnja usklađena sa zakonskim opisom krivičnog dela.²³ Samo u slučaju da učinilac zna da delom vrši povredu tuđeg pravnog dobra ima smisla postaviti posebno stroge zahteve pri utvrđivanju brižljivost.²⁴ Suprotno tome, kod direktne pravne zablude sa aspekta generalne prevencije ne postoji razlog da se postave stroža merila od onih koja se primenjuju za nehatna dela.

2. Slučajevi iz sudske prakse

U napred navedenom primeru iz sudske prakse, okrivljeni je 1988. godine krivično gonjen zbog krivičnog dela iz člana 184 stav 1 tačka 5 KZN – širenje pornografskih spisa – jer je u novinama reklamirao prikazivanje pornografskih filmova.²⁵ S obzirom da je već ranije u toku 1984. godine optužen za krivično delo iz člana 184 stav 1 tačka 7, odlučio je da se informiše kod advokata u pogledu reklamiranja prikazivanja pornografskih filmova.²⁶ Iako je sud doneo oslobađajuću presudu u vezi sa optužbom iz 1984. godine, odlučio je da traži savet od advokata o dozvoljenosti reklamiranja prikazivanja pornografskih filmova. Prema savetu koji je dobio od advokata, reklamiranje prikazivanja pornografskih filmova u novinama nije zabranjeno. U prvostepenoj presudi sud zauzima stav da je učinilac u ovoj krivičnoj stvari bio u otklonjivoj pravnoj zabludi, jer se nije ponašao u skladu sa zahtevima brižljivosti. Sud u obrazloženju presude polazi od toga da je učinilac kao iskusan profesionalac u filmskoj industriji bio dužan da od advokata zahteva detaljnije obrazloženje navodne dozvoljenosti njegovog dela, tj. da mu izloži sve razloge u prilog i protiv dozvoljenosti dela. Da je tako postupio, advokat bi izvršio obuhvatniju proveru, tj. utvrdio bi da je delo zabranjeno. S obzirom da učinilac advokatu nije dao nalog da izvrši sveobuhvatnu proveru, nalazi se u otklonjivoj pravnoj zabludi, stav je prvostepenog suda.

20 A. Schönke, H. Schröder, *Opus citatum*, str. 341.

21 H. H. Schünemann, *Opus citatum*, str. 742.

22 W. Joeck, *Opus citatum*, str. 689.

23 U. Kindhäuser, U. Neumann, H. U. Paeffgen, *Opus citatum*, str. 595.

24 W. Joeck, *Opus citatum*, str. 689.

25 BGH, Beschl. v. 6. 10. 1988 – 1 StR 395/88 (Prema: NJW, 6/1989, München-Frankfurt/Main, str. 410).

26 D. Pavlović, *Opus citatum*, str. 99. (Član 184 stav 1 tačka 7 KZN propisuje da krivično delo širenje pornografskih spisa ostvaruje: „Ko pornografske spise prikazuje na javnim filmskim predstavama za naknadu koju je u celosti ili pretežno zahtevao za takvu predstavu.“).

Međutim, uprkos ovim argumentima provostepenog suda, u postupku po žalbi doneta je oslobađajuća presuda. Drugostepeni sud polazi od ispravne pretpostavke da optuženi kao laik ne može da rezonuje na način koji je obrazložen u nepravosnažnoj odluci. Advokat je stručnjak za pravna pitanja i prosečan čovek je uveren da je tumačenje prava od strane advokata ispravno. Zbog toga je prema drugostepenom sudu učinilac bio u neotklonjivoj pravnoj zabludi. Ovo shvatanje je zastupljeno i u jednoj presudi iz 1988. godine.²⁷

Smatramo da se ovo stanovište sudske prakse može prihvatiti. Primenom pravila o otklonjivosti pravne zablude iz našeg zakonodavstva došli bismo do istog zaključka: učinilac nije bio dužan da zna da nije dobio odgovarajući savet od advokata i nije to mogao da zna. Suprotno tome, da je u ovom slučaju učinilac znao da se advokat nije upuštao u sveobuhvatnu analizu postavljenog pravnog pitanja ili da je učinilac znao da se iz nekog drugog razloga mišljenje advokata može dovesti u pitanje, moglo bi se govoriti o otklonjivoj pravnoj zabludi.

U drugom primeru iz sudske prakse okrivljeni je Pakistanac M (32 godine) koji je 1986. godine došao u Nemačku (dobio je azil).²⁸ Pripadnik je islamske sekte Ahmadija i oženio se nemačkom državljankom. U zgradi u kojoj je okrivljeni stanovao sa svojom suprugom, u susednom stanu je često dolazilo do sukoba između partnera. Preciznije rečeno, supruga L (43 godine) često je bila žrtva porodičnog nasilja od strane supruga H (41 godinu). Intenzitetu sukoba je dodatno doprinosila činjenica da su žrtva i nasilnik bili alkoholičari. Zvučna izolacija zidova u zgradi nije bila adekvatna, zbog čega je učinilac M veoma često mogao da čuje šta se događa u susednom stanu. 18. januara 1988. godine L i H su konzumirali alkohol i započeli još jedan sukob koji se završio nanošenjem teške telesne povrede L: zadobila je ubod nožem u predelu leđa. Učinilac M je čuo raspravu između partnera u susednom stanu, a zatim je čuo da neko kuca na vrata njegovog stana (22h i 30 minuta). Otvorio je vrata i ugledao žrtvu L kako stoji u donjem vešu i moli za pomoć. Primetio je krv na nozi žrtve. Zbog straha da bi mogao da bude uključen u sukob partnera iz susednog stana, odbio je da pruži pomoć žrtvi (zatvorio je vrata i ubrzo nakon toga zaspao). Žrtva je preminula oko 23h. Učinilac M je optužen za krivično delo iz člana 323 c KZN – nepružanje pomoći. U toku prvostepenog postupka veštačenjem je utvrđeno da je život oštećene mogao biti spasen da je učinilac blagovremeno pozvao hitnu medicinsku pomoć.

Odbrana učinioca je zasnovana na četiri okolnosti. Prvo, učinilac je tvrdio da nije znao da iz sukoba partnera iz susednog stana može proizaći smrt jednog od njih. Drugo, na njegovu odluku da uskrati pomoć uticao je strah od H, zbog njegove nasilne prirode. Treće, bio je uznemiren i u posebnom psihičkom stanju zbog prizora nage žrtve koja je uz to bila u alkoholisanom stanju. Četvrto, učinilac nije znao da je nepružanje pomoći prema nemačkom krivičnom zakonodavstvu krivično delo. Uprkos ovim argumentima odbrane, okrivljeni je u prvostepenom postupku osuđen na šest meseci zatvora (članom 323 c KZN propisana je kazna do jedne godine zatvora ili novčana kazna).

Međutim, u postupku po žalbi doneta je oslobađajuća presuda, jer je u vreme izvršenja dela učinilac bio u neotklonjivoj pravnoj zabludi. Drugostepeni sud je na-

27 BayObLG, Urt. v. 8. 9. 1988 – Rreg. 5 St 96/88 (Prema: NJW, 28/1989, München-Frankfurt/Main, str. 1744).

28 LG Mannheim, Urt. v. 3. 5. 1990 – (12) 2 Ns 70/89 (Prema: NJW, 35/1990, München-Frankfurt/Main, str. 2212-2213).

redio veštačenje od strane stručnjaka za uporedno krivično pravo, koji su utvrdili da u KZ Pakistana ne postoji delo koje je slično delu nepružanje pomoći iz člana 323c KZN. Osim toga, drugostepeni sud zauzima stanovište da je sporno umišljajno ostvarenje krivičnog dela nepružanje pomoći. Ovo se može prihvatiti, jer u prvostepenom postupku nije utvrđeno da je okrivljeni znao da je žrtvi nasilja ugrožen život. U prilog tome ističemo sledeće: iako je okrivljeni primetio krv na nozi žrtve, zbog stalnih svađa i fizičkih sukoba između L i H, kao i zbog činjenice da je reč o hroničnim alkoholičarima, smatrao je da je reč samo o još jednom sukobu u susednom stanu, iz koga neće proizaći teže posledice. Takođe, smatramo da treba prihvatiti stav drugostepenog suda da je okrivljeni stranac bio u neotklonjivoj pravnoj zabludi, jer nije mogao znati da je nepružanje pomoći krivično delo.

U krivičnopravnoj literaturi se veoma često u prilog postojanja pravne zablude u krivičnom zakonodavstvu navodi mogućnost da delo ostvari stranac koji ne zna da je reč o zabranjenom delu.²⁹ Međutim, kao što se iz navedenog slučaja može zaključiti, ovo nije opšteprihvaćeno stanovište sudske prakse. Možda je razlog želja sudova da restriktivno primenjuju odredbu o pravnoj zabludi, zbog generalne prevencije. U vezi sa tim, u krivičnopravnoj teoriji se postavlja pitanje koliko nepoznavanja prava sa aspekta generalne prevencije društvo sme da dozvoli, a da pri tome ne bude destabilizovano.³⁰ Naravno, ne želimo da kažemo da se stranci samim tim što imaju taj status mogu uvek pozvati na neotklonjivu pravnu zabludu. Oni su dužni da se informišu i upoznaju sa propisima države u kojoj privremeno ili trajno borave. U našem primeru okrivljeni je nekoliko godina boravio u Nemačkoj, zbog čega se od njega ne može očekivati da poznaje sve krivičnoppravne propise. Pri tome treba imati u vidu da krivično delo nepružanja pomoći ne spada u grupu krivičnih dela koja su zlo sama po sebi (*mala in se*). U svakom slučaju, potrebno je razmotriti sve relevantne okolnosti događaja i na taj način utvrditi otklonjivost pravne zablude. U našem primeru treba uzeti u obzir da je učinilac sa kulturološkog, civilizacijskog, vrednosnog i religijskog aspekta različit od državljana Nemačke i da u njegovoj matičnoj državi nepružanje pomoći nema značaj koji ima u evropskim zemljama. Na kraju, treba reći da bismo primenom objektivno-subjektivnog kriterijuma otklonjivosti koji je propisan našim KZ u ovom slučaju došli do zaključka da je učinilac bio u neotklonjivoj pravnoj zabludi.

Treba naglasiti da pri proceni otklonjivosti pravne zablude treba uzeti u obzir, između ostalog, običaje zemlje iz koje dolazi učinilac koji je stranac. Ipak, ključni kriterijum je da li je u matičnoj zemlji okrivljenog pravnim propisima zabranjeno učinjeno delo. U jednoj krivičnoj stvari učinilac koji je poreklom iz Turske je lišio života lice za koje je sumnjao da je u intimnoj vezi sa njegovom suprugom. Osuđen je za ubistvo jer je u obe zemlje (Nemačkoj i Turskoj) delo zabranjeno, iako je sud utvrdio da je učinilac postupao u skladu sa „stečenim predstavama iz svoje domovine“.³¹

29 K. Laubenthal, H. Baier, Durch die Ausländereigenschaft bedingte Verbotsirrtümer und die Perspektiven europäischer Rechtsvereinheitlichung, GA, 5/2000, Heidelberg, str. 212–213; D. Atanacković, Pojam zablude u krivičnom pravu, JRKK, 1/1977, Beograd, str. 54; J. Ćirić, Nova koncepcija pravne zablude, objavljeno u: *Kazneno zakonodavstvo: progresivna ili regresivna rešenja*, Beograd, 2005, str. 143–144.

30 W. Joecks, *Opus citatum*, str. 689.

31 K. Laubenthal, H. Baier, *Opus citatum*, str. 212.

Posebnu pažnju stručne javnosti je privukao neobičan slučaj tzv. „kralja mačaka“ iz 1988. godine.³² U ovoj krivičnoj stvari optuženi (muškarci P i R) i jedna žena (H) bili su u bliskim vezama koje su zasnovane na praznoverju. H i P su manipulacijama naveli povodljivog i ograničenog u pogledu kritičkog razmišljanja, ali ne i neuračunljivog, policajca R (koji je bio emotivno vezan za H) da veruje u tzv. kralja mačaka kao u simbol zla. R je služio za zabavu H i P sve dok H nije došla na ideju da ga iskoriste kao sredstvo za lišavanje života trećeg lica (N). H je ubedila R da demon „kralj mačaka“ zahteva od njega ljudsku žrtvu. Takođe, ubedila ga je da će, ako R u kratkom roku ne liši života N, demon uništiti milione ljudi. Iako je R znao da se od njega očekuje ubistvo i pokušao da se uzdrži od izvršenja krivičnog dela, H i P su ga ubedili da se zabrana ubijanja u ovim okolnostima ne odnosi na njih. Oni imaju „božiji nalog“ da spasu čovečanstvo od uništenja. Stavili su mu u izgled večno prokletstvo njegove besmrtno duše ako ne izvrši ubistvo. R je doneo odluku da izvrši ubistvo, a savest je umirivao uverenjem da to čini radi spasavanja miliona ljudi. Od H i P je dobio oružje i uputstvo da ubistvo izvrši ubodom u leđa žrtve. Shodno tome, R je ušao u cvečaru N tobože da kupi ruže. Žrtvi koja se očajnički branila naneo je teške telesne povrede. S obzirom da su treća lica pružila nužnu pomoć žrtvi protivpravnog napada, R je odustao od daljeg napada, uveren da će usled povreda nastupiti smrt žrtve. Ipak, smrt žrtve nije nastupila zahvaljujući blagovremenoj medicinskoj pomoći. Sud je zauzeo stav da je pravna zabluda učinioaca u ovom slučaju bila otklonjiva. On je bio svestan da se od njega očekuje ubistvo, tj. povreda osnovnih socijalno-etičkih normi. Osim toga, njegove dileme na nivou savesti su mu dale povod da se informiše o zabranjenosti dela kod pravnog stručnjaka ili nadležnog organa, ali on to nije učinio. O značaju povoda za sumnju u zabranjenost dela u nemačkoj sudskoj praksi biće više rečeno u izlaganjima koja slede.

3. Kriterijumi za utvrđivanje otklonjivosti pravne zablude

Zakonodavac u članu 17 KZN nije propisao kriterijume za utvrđivanje otklonjivosti pravne zablude. Odgovor na ovo veoma važno pitanje od koga zavisi dejstvo ovog instituta prepušteno je sudskoj praksi i pravnoj teoriji.

Pre nego što se upustimo u razmatranje ovog problema, odgovorićemo na jedno prethodno pitanje. Da li otklonjivost pravne zablude treba utvrđivati s obzirom na vreme izvršenja krivičnog dela ili je relevantno i vreme pre izvršenja dela? Ovaj problem naročito dolazi do izražaja kod krivičnih dela kod kojih u vreme izvršenja učinilac nije imao povoda da sumnja u protivpravnost svog dela. Sporno je da li se može zauzeti stav da je pravna zabluda otklonjiva jer se na primer, pre vremena izvršenja učinilac nije informisao i saznao da je reč o zabranjenom delu. Naše je mišljenje da formulaciju iz člana 17 KZN „pri izvršenju dela nije znao da postupa nezakonito“ treba tumačiti restriktivno, tj. da se otklonjivost pravne zablude utvrđuje s obzirom na vreme izvršenja krivičnog dela. Ovo stanovište zasnivamo na činjenici da je pravna zabluda osnov koji isključuje krivicu učinioaca, a krivica se utvrđuje s obzirom na vreme izvršenja dela. Osim toga, ne možemo očekivati od učinioaca da se u vremenu pre izvršenja dela informiše i sazna da je delo koje namerava da ostvari zabranjeno, jer za takvu vrstu preispitivanja

32 BGH, Urt. v. 15. 9. 1988 – 4 StR 352/88 (Prema: NJW, 14/1989, München-Frankfurt/Main, str. 912; (Prema: JZ, 13/89, Tübingen, str. 617).

po pravilu nedostaje povod.³³ Shvatanje prema kome se otklonjivost pravne zablude utvrđuje s obzirom na vreme izvršenja dela zastupljeno je u pojedinim sudskim odlukama.³⁴ Prema jednom mišljenju, izuzetno se vreme utvrđivanja otklonjivosti pravne zablude može pomeriti unazad, ukoliko je reč o navodnom neznanju propisa koji se odnose na vršenje profesije. Polazi se od toga da svako lice mora pre izvršenja dela da se informiše o propisima koji regulišu njegovu profesiju (profesionalni vozač, bankar, trgovci prehrambenim proizvodima itd.).³⁵ Slično tome, ističe se da postoji mogućnost da učinilac prethodno propusti da pribavi informacije o zabranjenosti (na primer, dela u javnom saobraćaju), zbog čega u vreme izvršenja dela pribavljanje tih informacija više nije moguće.³⁶ Da li u tom slučaju treba uzeti da je njegoza zabluda neotklonjiva?

Sudovi u obrazloženju pojedinih presuda navode da je kriterijum za utvrđivanje otklonjivosti pravne zablude savest učinioca. Ako je učinilac mogao da zna da je delo zabranjeno uključivanjem svoje savesti, reč je o otklonjivoj pravnoj zabludi. Ukoliko uključivanjem savesti dođe do zaključka da je delo možda protivpravno, pravni poređak od njega očekuje da se informiše i utvrdi da li je delo zabranjeno. Prema tome, savest i informisanje su sredstva za spoznaju zabranjenosti dela. To znači da sud pri razmatranju otklonjivosti pravne zablude treba da utvrdi da li bi učinilac uključivanjem svoje savesti i informisanjem mogao da sazna da je delo protivpravno.³⁷ Prema ovom mišljenju, da li će u konkretnom slučaju korišćenjem ovih kriterijuma pravna zabluda biti otklonjiva ili neotklonjiva zavisi od „inteligencije učinioca, očiglednosti učinjenog nepravda, dostupnosti informacija“. Može se prihvatiti stav autora ovog mišljenja da ponekad učinilac uprkos uključivanju savesti i informisanju o zabranjenosti dela ne može da dođe do saznanja da je delo protivpravno.

Iz argumenata autora koji zastupaju stav da su savest i informisanje kriterijumi otklonjivosti pravne zablude proizlazi da dejstvo ovog instituta zavisi od individualnih sposobnosti učinioca, tj. od životnog i profesionalnog iskustva.³⁸ Ako učinilac nije angažovao sve „svoje umne sposobnosti i moralno-vrednosne predstave“ u cilju utvrđivanja zabranjenosti dela postoji otklonjiva pravna zabluda.³⁹ Ovo rezonovanje je kritikovano u teoriji kao suviše usko. Ističe se da savest može ukazati da je delo protivno moralu, ali protivnost moralnim normama nije pouzdan kriterijum za utvrđivanje zabranjenosti dela.⁴⁰ Slično tome, ističe se da nam kriterijum savesti neće pomoći pri utvrđivanju otklonjivosti pravne zablude.⁴¹ Smatramo da treba prihvatiti mišljenje da savest učinioca nije adekvatan kriterijum za utvrđivanje otklonjivosti pravne zablude, jer nije izvor saznanja.⁴² Mada, prema stavu starije sudske prakse savest nije sama po sebi kriterijum otklonjivosti, već je treba posmatrati u vezi sa informisanjem učinioca koje treba da usledi ukoliko mu savest signalizira da je možda reč o zabranjenom delu. Uprkos tome, smatramo da nam savest kao neodređen pojam neće pomoći pri

33 W. Joeck, *Opus citatum*, str. 695.

34 FG Köln, Urt. v. 30. 1. 1985 – I (VI) 589-593/80 (Prema: NJW, 40/1986, München-Frankfurt/Main, str. 2529-2530).

35 W. Joeck, *Opus citatum*, str. 695.

36 C. Roxin, *Opus citatum*, str. 948.

37 D. Straus, Verbotssirrtum und Erkundigungspflicht, NJW, 33/1969, München-Frankfurt/Main, str. 1419.

38 A. Schönke, H. Schröder, *Opus citatum*, str. 341.

39 H. H. Schünemann, *Opus citatum*, 741; BayObLG, Urt. v. 8. 9. 1988 – RReg. 5 St 96/88 (Prema: NJW, 28/1989, München-Frankfurt/Main, str. 1744).

40 *Ibidem*, str. 743.

41 W. Joeck, *Opus citatum*, str. 690.

42 H. H. Schünemann, *Opus citatum*, str. 741.

utvrđivanju otklonjivosti pravne zablude. Savest nam ne može pomoći u pogledu komplikovanih pravnih pitanja.⁴³

U modernoj teoriji i praksi prevladava koncept prema kome otklonjivost pravne zablude zavisi od tri kriterijuma: 1) da li je postojao povod da učinilac sumnja u zabranjenost svog dela; 2) da li je postojala realna mogućnost da učinilac sazna za zabranjenost svog dela; 3) da li je učinilac mogao da sazna za zabranjenost svog dela.

U presudama se ističe da se, ako nema povod da sumnja u zabranjenost svog dela, učinilac po pravilu nalazi u neotklonjivoj pravnoj zabludi.⁴⁴ U navedenoj presudi je bilo povoda da učinilac sumnja u zabranjenost dela, ali uprkos tome on se nije informisao i na taj način došao do saznanja da je delo zabranjeno. Postupio je „suprotno svojoj dužnosti“. Međutim, propuštanje dužnosti informisanja samo po sebi nije dovoljno za zaključak da je pravna zabluda otklonjiva. O otklonjivoj zabludi se može govoriti samo ako bi u konkretnom slučaju učinilac dobio informaciju da je delo zabranjeno, da je pokušao da pribavi informaciju.⁴⁵ Drugim rečima, ako učinilac hipotetičkim informisanjem ne bi saznao da je delo zabranjeno, ne može biti kriv za ostvarenje protivpravnog dela. Za postojanje otklonjive pravne zablude je potreban kauzalitet između propuštanja učinioca da se informiše o zabranjenosti dela i neznanja da je delo zabranjeno.⁴⁶ Ako nije moguće utvrditi da li između propuštanja da se pribavi informacija o zabranjenosti i pravne zablude postoji kauzalitet, treba primeniti načelo *in dubio pro reo*.⁴⁷ Međutim, prema starijoj sudskoj praksi je za otklonjivost pravne zablude bilo dovoljno propuštanje informisanja od strane učinioca, jer se polazilo od dužnosti informisanja.⁴⁸

U vezi sa povodom za proveru zabranjenosti dela, postoji niz spornih pitanja čijem rešavanju nemačka teorija i praksa pokušavaju da doprinesu. Zauzet je stav da se pretpostavlja dužnost informisanja o zabranjenosti dela iako ne postoji konkretan povod, ako je reč o licu koje započinje delatnost u određenoj oblasti društvenog života koja je regulisana pravnim propisima.⁴⁹ Na primer, preduzetnik koji se bavi prikazivanjem pornografskih filmova i pri tome zna da postoje propisi koji regulišu ovu oblast, dužan je da se informiše iako konkretan povod za proveru zabranjenosti dela ne postoji. Ako učinilac ne zna da postoje pravni propisi koji regulišu određenu oblast društvenog života, treba uzeti da nije imao povod da se informiše, tj. da se nalazi u neotklonjivoj pravnoj zabludi.⁵⁰ U vezi sa tim, ne može se prihvatiti stav da je samo sumnja u zabranjenost dela preduslov za informisanje učinioca, jer kad sumnja u protivpravnost postoji, može se govoriti o potencijalnoj svesti o protivpravnosti, tj. nepotrebno je razmatranje otklonjivosti pravne zablude.⁵¹ Prema Roksinu, ako bismo svaku pravnu zabludu kvalifikovali kao neotklonjivu samo zbog toga što učinilac nije sumnjao u zabranjenost svog dela, to bi značilo primenu teorije umišljaja i onemogućilo bi kažnjavanje za nehatna dela.

43 A. Schönke, H. Schröder, *Opus citatum*, str. 341.

44 BayObLG, Urteil. v. 8. 9. 1988 – R Reg. 5 St 96/88 (Prema: JZ, 12/1989, Tübingen, str. 599–600).

45 U. Kindhäuser, U. Neumann, H. U. Paeffgen, *Opus citatum*, str. 600.

46 H. H. Schünemann, *Opus citatum*, str. 741; BayObLG, Urteil. v. 8. 9. 1988 – R Reg. 5 St 96/88 (Prema: JZ, 12/1989, Tübingen, str. 599–600); BayObLG, Urt. v. 8. 9. 1988 – R Reg. 5 St 96/88 (Prema: NJW, 28/1989, München-Frankfurt/Main, str. 1744).

47 A. Schönke, H. Schröder, *Opus citatum*, str. 344.

48 W. Joeck, *Opus citatum*, str. 694.

49 BGH, Urt. v. 7. 7. 1987. – 1 StR 247/87 (Prema: NJW, 5/1988, München-Frankfurt/Main, str. 272-273).

50 A. Schönke, H. Schröder, *Opus citatum*, str. 342.

51 C. Roxin, *Opus citatum*, str. 951.

Povod za proveru zabranjenosti dela postoji ako su učiniocu poznate činjenice koje na bilo koji način ukazuju na zabranjenost dela, a koje bi prosečnog čoveka podstakle da razmotri „pravni kvalitet svog dela“, čak i ako je reč o „sitnim“ sumnjama.⁵² Ovo se u načelu može prihvatiti. Da li „sitne“ sumnje imaju kvalitet koji je dovoljan da u konkretnom slučaju budu kriterijum otklonjivosti pravne zablude jeste faktičko pitanje na koje treba da odgovori sud, uzimajući u obzir sve relevantne okolnosti. Treba imati na umu da se ne može pre svake radnje proveravati zabranjenost dela, jer bi to onemogućilo normalno odvijanje društvenog života. Ipak, prema najvišoj sudskoj instanci u Nemačkoj svako lice pre preduzimanja bilo koje radnje treba da proveri njenu usklađenost sa pravnim propisima.⁵³ Ovo shvatanje je u pravnoj teoriji opravdano kritikovano kao prestrogo.⁵⁴

Povod za proveru zabranjenosti dela nesumnjivo postoji ako bi preduzetom radnjom bila povređena tuđa pravna dobra ili prekršene elementarne socijalno-etičke norme.⁵⁵ Suprotno tome, kriterijumi otklonjivosti pravne zablude treba da budu blaži, ako je reč o delu koje nije suprotstavljeno socijalno-etičkim temeljima društva.

Da li je postojala realna mogućnost da učinilac sazna za zabranjenost svog dela jeste drugi kriterijum otklonjivosti pravne zablude. Ovaj kriterijum zavisi od toga da li je u konkretnom slučaju postojao subjekt koji bi učiniocu mogao da pruži informaciju o zabranjenosti dela.⁵⁶

Da li je učinilac mogao da sazna za zabranjenost svog dela jeste treći kriterijum otklonjivosti pravne zablude. Ovaj kriterijum zavisi od sposobnosti učinioca da razmišljanjem i informisanjem sazna da je delo zabranjeno (uzrast, obrazovanje, životno i profesionalno iskustvo itd.).⁵⁷ Može se zamisliti situacija da učinilac već na nivou razmišljana dođe do odgovora na pitanje da li je reč o protivpravnom delu. Međutim, mnogo češće će biti potrebno da pored angažovanja svoji umnih sposobnosti pribavi mišljenje od stručnog lica ili nadležnog državnog organa. Na primer, ako učinilac smatra da je dozvoljena sitna krađa životnih namirnica (pola kilograma jabuka), pravna zabluda je otklonjiva. Sa druge strane, ako se učinilac informisao kod advokata o dozvoljenosti sitne krađe i dobio pogrešan savet da je delo dozvoljeno, nalazi se u neotklonjivoj pravnoj zabludi.⁵⁸ Učinilac se može informisati o zabranjenosti dela upoznavanjem sa sadržinom pravnih propisa. U vezi sa tim, postojaće otklonjiva pravna zabluda samo u slučaju da iz sadržine propisa nedvosmisleno proizlazi njegov smisao.⁵⁹

Jedan od načina informisanja je uvid u sudske odluke koje se odnose na radnju koju učinilac namerava da preduzme. Naravno, prednost treba dati shvatanjima najviših sudskih instanci. Može se postaviti pitanje da li je pravna zabluda otklonjiva ako učinilac postupi u skladu sa odlukom prvostepenog suda koja u postupku po žalbi bude ukinuta ili preinačena. Prema jednom mišljenju, pravna zabluda je neotklonjiva, osim ako je prvostepena presuda po donošenju bila izložena masovnoj javnoj kritici od

52 W. Joeck, *Opus citatum*, str. 690.

53 H. H. Schünemann, *Opus citatum*, str. 741.

54 C. Roxin, *Opus citatum*, str. 950.

55 A. Schönke, H. Schröder, *Opus citatum*, str. 342.

56 W. Joeck, *Opus citatum*, str. 690.

57 BayObLG, *Ürt. v. 8. 9. 1988 – Rreg. 5 St 96/88* (Prema: *NJW*, 28/1989, München-Frankfurt/Main, str. 1744); C. Roxin, *Opus citatum*, str. 950; H. H. Schünemann, *Opus citatum*, str. 741.

58 F. Haft, *Opus citatum*, str. 255.

59 A. Schönke, H. Schröder, *Opus citatum*, str. 343.

strane stručnjaka.⁶⁰ Na primer, kritika presude je dospela u sredstva javnog informisanja i samo je bilo pitanje vremena kada će ista biti preinačena.⁶¹

Informisanje od strane stručne, nepristrasne, objektivne i brižljive osobe je pretpostavka neotklonjive pravne zablude.⁶² Suprotno tome, na otklonjivu pravnu zabludu može ukazati pogrešan izbor lica od koga učinilac traži pravni savet. Na primer, učinilac se o plaćanju poreza informiše u policiji.⁶³ Ipak, o neotklonjivoj pravnoj zabludi se može govoriti ako učinilac dobije pogrešnu informaciju o zabranjenosti dela od lica koje nije očigledno nenadležno.⁶⁴

Sporna je otklonjivost pravne zablude ako učinilac zna za različite sudske odluke o istom pravnom pitanju. Treba uzeti da postoji otklonjiva pravna zabluda ako se okrivljeni odlučio za preduzimanje sporne radnje, iako je znao da je prema shvatanju viših sudskih instanci reč o zabranjenoj radnji.⁶⁵ Sa druge strane, postoji neotklonjiva pravna zabluda ako se učinilac kod kontradiktornih odluka sudova osloni na shvatanje više sudske instance ili shvatanje koje je zauzeto u presudi koja je novijeg datuma.⁶⁶

Moguće je zamisliti situaciju u kojoj je pravna zabluda otklonjiva, iako je učinilac dobio savet od advokata da je delo dozvoljeno. Na primer, advokat na očigledno neozbiljan i neprofesionalan način savetuje laika da preduzme zabranjenu radnju, što lice koje traži savet može da prepozna.⁶⁷ Smatramo da ovo mišljenje treba prihvatiti. Na primer, advokat daje savet laiku bez detaljnog upoznavanja sa činjeničnim stanjem. Ukoliko se učinilac suočava sa različitim odlukama sudova istog ranga o istom pravnom pitanju, naše je mišljenje da postoji neotklonjiva pravna zabluda, u skladu sa načelom *in dubio pro reo*.

Sporno je da li je zabluda otklonjiva ako učinilac traži i dobije informaciju o dozvoljenosti dela od strane pravnih stručnjaka u pravnom licu u kome je zaposlen. Prema sudskoj praksi, učinilac se može osloniti na informaciju koju dobije od ovih lica, jer se oni prema odredbama KZN mogu krivično goniti za podstrekavanje.⁶⁸

Sporno je kakav značaj za otklonjivost pravne zablude ima odustanak javnog tužioca od gonjenja za sporno delo. Da li je odustanak javnog tužioca od krivičnog gonjenja dovoljan argument u prilog tvrdnji da je učinilac bio u neotklonjivoj zabludi, ako se naknadno utvrdi da je delo zabranjeno? Odluke javnog tužioca nemaju autoritet sudskih odluka, ali se ne može dovesti u pitanje njegov autoritet kao stručnog i objektivnog državnog organa, zbog čega je pravna zabluda učinioca u ovakvim slučajevima neotklonjiva.⁶⁹ Ovo stanovište se može prihvatiti, jer se od učinioca ne može očekivati da se kod više stručnih lica ili nadležnih organa informiše o eventualnoj zabranjenosti radnje koju namerava da preduzme.⁷⁰

60 U. Kindhäuser, U. Neumann, H. U. Paeffgen, *Opus citatum*, str. 598.

61 W. Joeck, *Opus citatum*, str. 693.

62 BayObLG, *Ürt. v. 8. 9. 1988* – Rreg. 5 St 96/88 (Prema: *NJW*, 28/1989, München-Frankfurt/Main, str. 1744).

63 H. H. Schünemann, *Opus citatum*, str. 741.

64 A. Schönke, H. Schröder, *Opus citatum*, str. 343.

65 U. Kindhäuser, U. Neumann, H. U. Paeffgen, *Opus citatum*, str. 598.

66 A. Schönke, H. Schröder, *Opus citatum*, str. 344.

67 C. Roxin, *Opus citatum*, str. 954.

68 W. Joeck, *Opus citatum*, str. 694.

69 BayObLG, *Ürt. v. 20. 12. 1979* – Rreg. 5 St 237/79 (Prema: *NJW*, 19/1980, München-Frankfurt/Main, str. 1057-1058).

70 U. Kindhäuser, U. Neumann, H. U. Paeffgen, *Opus citatum*, str. 598.

Zaključak

Može se zaključiti da u nemačkoj teoriji i sudskoj praksi ne postoji jedinstveno mišljenje o kriterijumima otklonjivosti pravne zablude. Prema stavu starije sudske prakse, zabluda je otklonjiva ukoliko sud u konkretnom slučaju utvrdi da je učinilac povredio dužnost da predvidi zabranjenost dela.⁷¹ Suprotno tome, moderna teorija prednost daje subjektivnom kriterijumu otklonjivosti.⁷² U radu je obrazložena saglasnost teorije i sudske prakse da prednost treba dati objektivnom kriterijumu otklonjivosti kod pravne zablude u pogledu tzv. specijalnih normi koje služe smanjenju rizika od preduzimanja radnji u pojedinim oblastima društvenog života. Kada napred navedenom dodamo da teorija smatra da sudska praksa primenjuje suviše stroge kriterijume pri utvrđivanju otklonjivosti pravne zablude, jer u pogledu dužnosti brižljivosti zahteva primenu strožih merila u odnosu na brižljivost kod nehata,⁷³ postaje jasno zašto o ovom problemu ne postoji jedinstveno mišljenje.

Smatramo da objektivno-subjektivnim kriterijumima otklonjivosti pravne zablude koji su prihvaćeni u našem krivičnom zakonodavstvu treba dati prednost u odnosu na subjektivni kriterijum. Ako se prihvati samo subjektivni kriterijum otklonjivosti, sudovi pri utvrđivanju da li je učinilac mogao da zna da je delo zabranjeno moraju uzeti u obzir objektivne okolnosti konkretnog događaja. Jednostavno rečeno, otklonjivost pravne zablude ne zavisi samo od ličnih sposobnosti učinioca. Osim toga, kao što subjektivni kriterijum otklonjivosti zbog napred navedenog nije u potpunosti subjektivan, objektivni kriterijum nije u potpunosti objektivan. U prilog tome ističemo da se pri utvrđivanju da li bi prosečno brižljiv čovek znao da je delo zabranjeno uzima u obzir prosečan čovek koji je istog uzrasta, obrazovanja, životnog i profesionalnog iskustva kao učinilac.

Nadamo se da će u ovom radu obrazloženi stavovi nemačke teorije i sudske prakse o problemu otklonjivosti pravne zablude biti od koristi svima koji žele da razmatraju problem zablude o zabranjenosti dela u krivičnom pravu.

Literatura

1. Atanacković, D.; Pojam zablude u krivičnom pravu, *JRKK*, 1/1977, Beograd.
2. BayObLG, Urt. v. 20. 12. 1979 – Rreg. 5 St 237/79, prema: *NJW*, 19/1980, München-Frankfurt/Main.
3. BayObLG, Urt. v. 8. 9. 1988 – Rreg. 5 St 96/88, prema: *NJW*, 28/1989, München-Frankfurt/Main.
4. BGH, Beschl. v. 6. 10. 1988 – 1 StR 395/88, prema: *NJW*, 6/1989, München-Frankfurt/Main.
5. BGH, Urt. v. 15. 9. 1988 – 4 StR 352/88 (LG Bochum), prema: *NJW*, 14/1989, München-Frankfurt/Main, str. 912, prema: *JZ*, 13/89, Tübingen.
6. BGH, Urt. v. 7. 7. 1987. – 1 StR 247/87, prema: *NJW*, 5/1988, München-Frankfurt/Main.
7. Ćirić, J.; Nova koncepcija pravne zablude, u: *Kazneno zakonodavstvo: progresivna ili regresivna rešenja*, Beograd, 2005.

71 W. Joeck, *Opus citatum*, str. 689.

72 C. Roxin, *Opus citatum*, str. 951.

73 U. Kindhäuser, U. Neumann, H. U. Paeffgen, *Opus citatum*, str. 595.

8. FG Köln, Urt. v. 30. 1. 1985 – I (VI) 589-593/80, prema: *NJW*, 40/1986, München-Frankfurt/Main.
9. Haft, F.; *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München, 1990.
10. Joeck, W.; *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, München, 2003.
11. Kindhäuser, U., Neumann, U., Paeffgen, H. U.; *Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, 2005.
12. Langer, W.; Vorsatztheorie und strafgesetzbuchliche Irtumsregelung, *GA*, 7/1976, Hamburg-Heidelberg.
13. Laubenthal, K., Baier H.; Durch die Ausländereigenschaft bedingte Verbotsirrtümer und die Perspektiven europäischer Rechtsvereinheitlichung, *GA*, 5/2000, Heidelberg.
14. LG Mannheim, Urt. v. 3. 5. 1990 – (12) 2 Ns 70/89, prema: *NJW*, 35/1990, München-Frankfurt/Main.
15. Pavlović, D.; *Krivični zakonik Savezne Republike Nemačke sa Uvodnim zakonom za krivični zakonik i Vojno krivičnim zakonom*, Beograd, 1998.
16. Roxin, C.; *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, München, 2006.
17. Schmidhäuser, E.; Der Verbotsirrtum und das Strafgesetz (16 I Satz 1 und 17 StGB), *JZ*, 11. 12. 1979, Tübingen.
18. Schönke, A. Schröder, H.; *Strafgesetzbuch – kommentar*, München, 2001.
19. Schünemann, H. H.; Verbotsirrtum und faktische Verbots – kenntnis, *NJW*, 14/1980, München – Frankfurt.
20. Stojanović, Z.; *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd, 2001.
21. Straus, D.; Verbotsirrtum und Erkundigungspflicht, *NJW*, 33/1969, München-Frankfurt/Main.
22. Timpe, G.; Normatives und Psychisches im Begriff der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums, *GA*, 2/1984, Heidelberg.
23. Wessels, J., Beulke, W.; *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 2004.

ELIMINATION OF LEGAL ERROR IN GERMAN LAW

Radosav Risimovic

Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

Summary

The subject of this paper is inevitability of mistake of law in Criminal Law. In the first part of paper the author analyzes term and the effect of mistake of law in the German criminal law. Furthermore, the theory of premeditation and theory of guilt are analyzed as a theoretical basis for distinguishing the mistake of fact and mistake of law. To the acceptance of the theory of guilt during 70's of last century in German Criminal Law

there was no mistake of law as an autonomous institute. It has been pointed out the importance and advantages of the theory of guilt in relation to the theory of premeditation.

The author analyzes the relationship between mistake of law and premeditation in case when mistake of law is avoidable. The view that mistake of law regardless it is avoidable or unavoidable is not significant for the existence of premeditation is substantiated. Premeditation is not excluded as the awareness of the unlawfulness is an independent element of guilt, as well as premeditation. This view can not be questioned, because it may happen that the perpetrator with premeditation performs act, but because of unavoidable or avoidable mistake of law did not know that the act is prohibited. The existence of premeditation is not in question; the existence of guilt depends on whether the mistake of law in the particular case is avoidable or unavoidable.

Part of this paper refers to the evaluation of criteria by which the German theory and jurisprudence establish whether the mistake of law is avoidable or unavoidable. The prevailing concept according to which the effect of mistake of law depends on three criteria: 1. whether in particular case there was reason for perpetrator to doubt that the act is prohibited; 2. whether there was a real possibility that the perpetrator finds out whether the act is prohibited; 3. whether the perpetrator could have known that the act is prohibited.