

Др Игор Вуковић*

О СУБЈЕКТИВНИМ ОБЕЛЕЖЈИМА ПРОТИВПРАВНОСТИ У КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Чланак разматра проблем субјективних елемената противправности, односно питање да ли учинилац мора да зна за постојање околности које воде искључењу противправности његовог дела да би његово дело било оправдано. Замислимо да А пуца на Б хотећи да га лиши живота, а да се касније испоста ви да је то учинио управо у тренутку када је Б подигао оружје како би њега усмртио. Према објективној теорији, на противправност дела нема утицаја учиниочева субјективна страна. С друге стране, субјективисти предлажу два могућа решења. Једно учење захтева само свест о постојању позиције оправдања, док друго схватање негира постојање основа искључења против правности ако учинилац није био мотивисан управо околностима оправдања. Аутор износи различите аргументе, заступајући став да је за искључење про тивправности довољна искључиво свест о деловању унутар основа оправдања. Кривичноправно дејство неиспуњења субјективног елемента противправности јесте одговорност за неподобан покушај кривичног дела.

Кључне речи: Субјективно обележје противправности. Свест о позицији оправдања. Неваљана мотивација. Неподобан покушај.

1. УВОД

Уобичајено, под основом искључења противправности под-разумева се *скуп претпоставки*, што понашање учиниоца које остварује обележја једног дела предвиђеног у закону чини допуштеним – *правом оправданим*. Традиционално, у науци кривичног права овај скуп претпоставки дуго се разумевао као скуп искључиво *објективних претпоставки*. Уосталом, ово схватање доминирало је и

* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, igorvu@ius.bg.ac.rs. Овај рад је настао у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније правни, економски, политички и социолошки аспекти“.

у српској теорији кривичног права, која се или није бавила питањем некакве субјективне стране противправности,¹ или се овим занимала ограничено и усредсређено на поједине основе оправдања.² Тако се постојање нужне одбране разматра с обзиром на испуњеност услова напада и одбране, док се крајња нужда везује за оствареност услова опасности и њеног отклањања. Да ли, међутим, за постојање једног основа искључења противправности, независно о којем основу се ради, треба захтевати и свест учиниоца о постојању објективних претпоставки, какав је садржај овог субјективног обележја и која бисмо правна дејства за неиспуњење таквог једног услова везали – јесте круг питања којима се бави ова расправа.

Пођимо од показног примера из проблематике крајње нужде. Узмимо да је један младић у лошим односима са својим старијим комшијом, јер је овај више пута претходно позивао полицију због музике коју је младић волео да слуша нешто гласније. Хотели да комшији науди, младић овоме под окриљем ноћи баци на прозор стана повећи камен, који разнесе комшијино стакло у парампарчад. Међутим, тиме што је разбио стакло и остварио обележја уништења и оштећења туђе ствари (чл. 212 српског Кривичног законика)³, младић је и не знајући спасао већ онесвешћеног комшију од сигурне смрти гушењем од пуштеног плина.⁴ На први поглед, ово чињенично стање остварује претпоставке крајње нужде (чл. 20 КЗ). Од добра комшије отклоњена је истовремена нескривљена опасност од наступања смрти, при чему учињено зло (разбијени прозор) није веће од зла што је претило (опасности од смрти гушењем). Како дело учињено у крајњој нужди није кривично дело (чл. 20 ст. 1 КЗ), требало би да је противправност младићевог акта искључена, што би за последицу имало његову кривичну неодговорност. Али, истовремено, учинилац није знао за стање опасности, нити је његово дело учињено како би

¹ Тако субјективну страну противправности не помињу: Никола Срзентић, Александар Стајић, Љубиша Лазаревић, *Кривично право СФРЈ Општи део*, Савремена администрација, Београд 1990¹⁶, 163-178; Александар Стајић, у: Никола Срзентић (прир.) *et al.*, *Коментар Кривичног закона СФРЈ*, Савремена администрација, Београд 1986, 36-62.

² Ово питање се у нашој литератури углавном разматрало у вези са нужном одбраном. Тако нпр. Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд 2006, 93; у југословенској литератури Franjo Bačić, *Krivično pravo Opći dio*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb 1986³, 213.

³ Кривични законик КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09 и 111/09.

⁴ Сличан пример Helmut Fuchs, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Grundlagen und Lehre von der Straftat*, Springer, Wien New York 2004⁶, 167.

⁵ Проблематика субјективних елемената противправности позната је и у англосаксонском праву под називом „Дедсон принцип“ (*The Dadson principle*). Питање је постало актуелно након случаја из 1850. године, у којем је полицијски

се ова опасност отклонила. Слични примери су замисливи код већине основа искључења противправности,⁵ а дешавају се и у пракси.⁶

2. ОБЈЕКТИВНА ТЕОРИЈА

Према већ поменутом, у старијој теорији владајућем, а данас ретко заступаном схватању,⁷ тзв. објективној теорији, није неопходно утврђивање било каквог субјективног обележја противправности. Довољно је да се учинилац објективно налази у позицији нужне одбране, крајње нужде или неког другог основа, па да његово дело буде оправдано. Према овом учењу, знање или незнање позиције противправности не може да промени објективно стање ствари, које нам говори да учиниочево дело није супротстављено захтевима правног поретка. Младић је објективно отклонио истовремену нескривљену опасност, док је учинена штета неупоредиво мања од претећег губитка живота.

Корен оваквог разумевања може се препознати у класичном разумевању кривичног дела, које почива на јасној одвојености објективног неправда и субјективне кривице, где се у умишљају и нехату виде само врсте кривице, а не и субјективна обележја што саодређују невредност понашања. Евентуално кажњавање у

службеник пуцао и ранио у ногу једног крадљивца дрва. Службеник није знао да је крадљивац раније био двапут осуђиван за исто дело, а према ондашњем енглеском праву тек је трећи преступ допуштао такву примену силе према крадљивцу у бекству. Суд је казнио полицајца, истичући да незнање околности које воде искључењу противправности искључује оправдање учиниоца, поставивши тако темељ ширем прихватању субјективних учења (вид. Russell. L. Christopher, „Unknowing Justification and the Logical Necessity of the Dadson Principle in Self Defence“, *Oxford Journal of Legal Studies* 2/1995, 229).

⁶ Интересантан је случај учиниоца који је присвојио руксак остављен на јавном месту (према српском праву радило би се о лакшем облику утаје – чл. 207 ст. 5 КЗ), да би након што га је отворио видео да се у њему налази експлозивна направа припремљена за терористички акт. Дело није гоњено, јер је закључено да су многи животи били спашени, тако да је израелски суд избегао да се бави субјективном страном учиниоца (вид. Mitchell N. Berman, „Justification and Excuse, Law and Morality“, *Duke Law Journal* 1/2003, 58 фн. 127).

⁷ Вид. нпр. Ernst Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, J. C. B. Mohr, Tübingen 1906, 141. У нашој старијој науци такође нпр. Тома Живановић, *Основи кривичног права Краљевине Југославије Onumti deo, I*, Београд 1935¹⁻³, 233. У новијој литератури вид. примера ради Friedrich Christian Schroeder, „Zum selbsthilferecht des Bedienungspersonals“, *Juristenzeitung* 13/1991, 682. У англосаксонској доктрини тако изричито Paul H. Robinson, „A Theory of Justification: Societal Harm as a Prerequisite for Criminal Liability“, *UCLA Law Review* 2/1975, 289 (иако изузетно допушта конструкцију неподобног покушаја); Glanville Williams, „The Lords and Impossible Attempts, or *Quis Custodiet Ipsos Custodes*“, *Cambridge Law Journal* 1/1986, 82 (који једнако искључује одговорност и за довршени и за покушани деликт).

ситуацији када учиниочево дело није објективно противправно, заснивало би се, према заступницима овог учења, искључиво на његовом унутрашњем усмерењу – умишљају да поломи стакло, што би представљало кажњавање за својеврсни голи *помишљај*. Како се за помисли међутим не кажњава (*cogitationis poenam nemo patitur*) – субјективне елементе противправности не треба уносити у структуру основā оправдања.

У прилог објективном схватању понајвише говоре аргументи из перспективе института нужне одбране, чији полазни принцип није само заштита правног добра, већ и очување правног поретка,⁸ нарочито у констелацији нужне помоћи. Допунимо излагање још једним примером, овога пута из света нужне одбране. Замислимо да је разбојник опљачкао мењачницу и да је бежећи улетео у оближњу споредну улицу. Ту налеће на члана зараћене супарничке банде, који и не зна шта се непосредно пре тога десило. Бандит вади оружје, пуца и тешко повређује разбојника. Касније се испоставља да је разбојник држао оружје, да је бежао са новцем и да је пуцањ према околностима био неопходно потребан за заустављање крадљивца. Ако циљ нужне одбране није само заштита добра, већ и *одбрана правног поретка* у ситуацији када државни органи као овлашћени чувари поретка нису ту да реагују – овај циљ је остварив независно од тога да ли учинилац зна да одбија напад. Ову функцију је успешно обавио и бандит као помоћник у одбрани имовине банке. Како је заштита жртве друштвено пожељна и корисна, друштво треба – независно од учиниочеве представе – такав чин да подржи и охрабри, а не да га кажњава.

Најснажнији аргумент објективног учења јесте то што се и *противправност напада* код нужне одбране схвата управо објективно. Противправност напада цени се искључиво према томе да ли је понашање супротстављено захтевима правног поретка,⁹ независно од његове субјективне управљености.¹⁰ Ако бисмо нужну одбрану условили свешћу да се одбија напад, онда би онај ко такву свест нема можда такође био у противправном нападу, јер се противправност ваљда посматра с обзиром на целину условā које треба испунити. То би истовремено представљало тешко разумљиво фаворизовање само-

⁸ Вид. Игор Вуковић, „О социјално етичким границама нужне одбране уопште и ситуације крајње несразмере добара“, *Међународна научна конференција „Правни систем и друштвена криза“*. Зборник радова, II, Косовска Митровица 2011, 432.

⁹ Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, C. H. Beck, München 2006⁴, 640.

¹⁰ Против онога који се креће унутар објективних граница једног основа оправдања није допуштена нужна одбрана. Зато нпр. није дозвољена нужна одбрана на нужну одбрану, већ само на њено прекорачење.

одбране у односу на нужну помоћ, јер је незнање да се одвија напад у позицији самоодбране мање вероватно.¹¹ На другој страни, рекло би се да објективистима у прилог говори и *нескривљеност напада* као претпоставка нужне одбране. Ножем може напасти и душевно болесно лице које не зна шта ради, које је неурачунљиво или кривично неодговорно (дете), од чега, независно од овог недостатка на субјективном плану – свако има право да се на одговарајући начин брани. Ако се напад дакле разуме објективно, зашто је онда оправдано условљавати одбрану нечим субјективним?

3. СУБЈЕКТИВНЕ ТЕОРИЈЕ

Не изненађује што је објективно схватање било владајуће у старијој теорији кривичног права.¹² Ондашњи приступ одликовало је такво разумевање кривичног неправу, које је нагласак стављало не *невредност последица* људских аката, занемарујући невређеност самог учиниоцевог понашања. Каузални приступ невређености кривичног дела данас је међутим напуштен, јер се ова невређеност не препознаје само у проузроковању последице у спољном свету, већ и у понашању учиниоца супротстављеном кривичноправној норми. Већински прихваћено, персонално учење о кривичном неправу,¹³ полази од неопходности уважавања и једног *субјективног елемента противправности*,¹⁴ заснивајући то на различитим аргументима.

¹¹ Ипак, ни оно није искључено. Тако можемо замислити како бесна супруга, којој је банчења њеног мужа преко главе, у главо доба ноћи удара оклагијом по глави наоружаног провалника, погрешно верујући да је у питању њен супруг који се враћа са уобичајене пијанке (Klaus Geppert, „Die subjektiven Rechtfertigungselemente“, *Juristische Ausbildung* 2/1995, 106).

¹² Филозофско теолошке темеље субјективног учења у западној мисли, како то Флечер примећује (George P. Fletcher, „Domination in the Theory of Justification and Excuse“, *University of Pittsburgh Law Review* 3/1996, 562), налазимо још код Томе Аквинског (Thomas Aquinas, *Summa Theologiae*, Па IIae q. 64 а. 7, вид. <http://www.op.org/summa/a4/summa-II-IIq64a7.pdf>, 4. јули 2011).

¹³ О данас доминантном персоналном учењу о неправу вид. више Игор Вуковић, *Покушај кривичнога дела*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, 2009, 2 и даље.

¹⁴ У делу литературе се указује да питање уношења субјективних претпоставки противправности јесте *ствар законодавца*. Од њега зависи да ли ће формулисати такво једно обележје или ће поједине основе искључења противправности уредити потпуно објективно (тако нпр. Reinhart Maurach, Heinz Zipf, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband I. Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat*, C. F. Müller, Heidelberg 1992⁸, 349; Otto Triffterer, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, Wien New York 1994², 211). То није нетачно, али сличан закључак релативизује место субјективних елемената противправности у општој структури основā оправдања и њихов универзални карактер.

Најпре, не стоји тврдња објективиста да захтевање нарочитог субјективног елемента на нивоу противправности представља кажњавање за помисли, за злу вољу. Овде није више реч само о вољи, већ о *испољеној вољи* – умишљају који је отпочео да се остварује у спољном свету. Да и таква воља може бити кривичноправно релевантна показује уосталом кажњавање за покушај, како подобни тако и неподобни. Дакле, и радњом манифестована воља може представљати кривично релевантно неправо, о чему се овде заправо и ради.

Осим тога, постојање субјективних обележја противправности није већ по себи нешто што је страно систему кривичног дела. Као што је развој учења о кривичном делу на плану предвиђености у закону довео до разликовања *објективних и субјективних обележја бића*, тако је и на плану противправности могуће разликовати објективне и субјективне претпоставке конкретног основа допуштења.¹⁵ Због чега би поступање у ситуацији која треба да произведе тако далекосежна правна дејства било ослобођено сваког субјективног садржаја? Паралелизам се овде намеће сам по себи. Ако незнање какве околности објективног бића може ићи учиниоцу у корист, искључењем кривичног дела због неотклоњиве стварне заблуде у којој се нашао (учинилац мисли да пуца у дивљу свињу, а пуца у човека), зашто овде незнање позиције каквог основа искључења противправности (учинилац хоће да повреди, не знајући да тиме истовремено спасава) – не би могло да се протумачи на његову штету. Заправо, субјективно обележје противправности има и своје „друго лице“. Стварна заблуда о околности која би учинила дело дозвољеним (чл. 28 КЗ) представља заправо обрнуту слику субјективног обележја противправности.¹⁶ На једној страни имамо учиниоца који погрешно замишља да се налази у позицији што искључује противправност његовог деловања (умишља да га неко напада, што није тачно), док овде, обрнуто, не зна за актуелну позицију искључења противправности.

Ни аргументи из угла института *нужне одбране* нису непобитни. Само онај ко делује у намери одбијања напада, заиста чува право од неправда. Онај ко за то не само да не зна, већ и сам истовремено представља агресора – ни специјално-превентивно ни генерално-превентивно не заслужује привилеговање. Његово некажњавање, управо обрнуто, показује да се злочин, макар покривен маском не-противправности, исплати, што може имати неповољан утицај на евентуални поврат. Истовремено, ни аргумент да социјална корисност одбране жртве може да охрабри на слично друштвено пожељно ангажовање нема потребну убојитост, ако знамо да на онога који ни не зна да брани неко добро, по природи ствари и није утицала никаква генерално-превентивна порука из света *нужне одбране*.

¹⁵ Слично К. Geppert, 104.

¹⁶ Тако С. Roxin, 639.

Ни најснажнији аргумент објективног учења – да се противправност напада увек цени објективно – није неспојив са субјективним учењем. Противправност напада од значаја је превасходно за *нападнутог*, који, према томе како право вреднује један акт у спољном свету, може да усклади своје властито понашање. Ако је акт праву сагласан, он се не сме спречити; ако је праву противан, од њега се може бранити. То међутим не утиче на кривичну одговорност нападача, чак и ако је његов напад заправо одбрана од истовременог противправног напада другог. Јер, овај са умишљајем започиње остварење једног кривичног дела, што је слика *покушаја*. Како је и неподобан покушај кажњив, објективно одређивање граница противправности и умишљајно неподобно отпочињање вршења дела нису ствари које се међусобно искључују. Осим тога, и сам појам „одбране“ као да имплицира свест о постојању напада. На концу, захтевање субјективног услова код нужне одбране и нема неки нарочит практични значај,¹⁷ осим у ситуацијама нужне помоћи, тако да аргументација из угла искључиво овог института има ограничен домаћај.

Због изнетих разлога, већина теоретичара данас одбацује објективно учење, захтевајући код свих основа оправдања субјективно обележје *свести о постојању основа искључења противправности и деловању унутар њега*. У прилог оваквом закључку говори и законско обличје крајње нужде, која према чл. 20 КЗ постоји када је дело учињено *ради тога* да учинилац од свог добра или добра другог отклони истовремену нескривљену опасност. Отклањање опасности, о којем говори ова одредба, свакако претпоставља учиниочеву свест о постојању стања опасности и знање да се дело чини управо како би се опасност отклонила. Да ова свест треба да постоји само код крајње нужде, а не и код других основа оправдања, рецимо нужне одбране – не чини нам се прихватљивим. Ипак, споран је *садржај* овог субјективног елемента. Донекле ћемо изменити наш претходни пример тиме што ћемо случајног пролазника, члана супарничке банде, учинити сведоком пљачке. Бандит је, дакле, свестан да је његов стари противник управо похарао банку и да са украденим новцем бежи. Истовремено, он хоће да искористи постојећу ситуацију и да повреди крадљивца, због чега он пуца на њега на самом излазу из банке.

3.1. Свест о позицији оправдања

Према већинском схватању,¹⁸ довољно је да учинилац има *свест да постоји позиција основа искључења противправности*.¹⁹

¹⁷ То уочава и Thomas Hillenkamp, *32 Probleme aus dem Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Franz Vahlen, München 2010¹³, 30.

¹⁸ Између осталих тако Theodor Lenckner, у: Adolf Schönke, Horst Schröder (Hrsg.) *et al., Strafgesetzbuch. Kommentar*, C. H. Beck, München 2001²⁶, 549; Ingeborg Puppe, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung. Band 1*, Nomos, Ba

Субјективна страна противправности обухватила би искључиво когнитивни елемент. Учиница, свестан позиције непротивправности, треба да учини оно што му је објективно допуштено. На примеру нужне одбране то би значило да учинилац има сазнање о постојању истовременог противправног напада који својим радњама одбија. За ово размишљање не би био од значаја правац воље учиниоца и његова мотивација. Дакле, у нашем примеру, пролазник би поступао у нужној одбрани, јер је свестан да врши нужну помоћ, а његова одбрана је била неопходно потребна за одбијање напада. Околност што он то чини из других мотива – за постојање нужне одбране не би било релевантно.

У прилог оваквом закључку говори најпре то што би кажњавање саме ниске побуде (мржње, гнева, освете и сл.), до којег би дошло ако бисмо нужну одбрану условили и ваљаном мотивацијом, водило значајном ширењу сфере кажњивог. Ту се према заступницима овог схватања више и не би радило о санкционисању невредности учиничевог понашања. „Ономе који се креће на терену права и то зна, не може се приговорити нити због недостајућих позитивних, нити због постојећих негативних намера и мотива“.²⁰ Учиница не може својом погрешном представом да помери објективно утврђене границе кажњивог. То заправо више и није слика неподобног покушаја, већ *путативног деликта*,²¹ чије кажњавање излази из оквира права.

Уосталом, смислено разликовање свесног и вољног, у позицији каквог основа искључења противправности, није лако извести, а ако би тако нешто и било утврдиво, свакако би било *тешко доказиво*,²²

den Baden 2002, 426; C. Roxin, 642; Bernd Schünemann, „Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars“, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 8/1985, 372. У аустријској литератури нпр. H. Fuchs, 170. У англосаксонском праву тако нпр. Lawrence Crocker, „Justification and Bad Motives“, *Ohio State Journal of Criminal Law* 1/2008, 297; Wayne R. LaFave, *Criminal Law*, West Group, St. Paul 2000³, 495.

¹⁹ У литератури наилазимо на различита означавања овог схватања: теорија знања (Bernd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil I. Grundlagen der Strafbarkeit, Aufbau der Straftat beim Vollendungs- und Versuchsdelikt*, W. Kohlhammer, Stuttgart 2010², 161), учење о умишљају одбијања напада (T. Hillenkamp, 31), учење о „једноставној“ вољи оправдања (K. Geppert, 104), итд. Нама се разликовање услова „ексклузивне мотивације“ и услова „свесности“ позиције оправдања (тако нпр. L. Crocker, 282) овде чини најприменијим.

²⁰ K. Geppert, 104.

²¹ Код некажњивог путативног (умишљеног, уображеног) кривичног дела учинилац умишља да чини штогод забрањено, што или није уопште обухваћено законским описом (обрнута директна правна заблуда), или што је начелно кажњиво али покривено каквим основом искључења противправности (обрнута индиректна правна заблуда).

²² L. Crocker, 281; B. Heinrich, 161.

с обзиром на то да је објективна слика учињеног меродавна и за унутрашњу учиниочеву страну. А ова објективна слика оцртава понашање које је праву сагласно, што пре говори о беневољентном неголи малеволентном ставу.²³ Оправдано се, дакле, отвара питање смислености постављања услова који је на темељу постојећих околности или тешко доказив, или пре аргумент за потпуно супротно тврђење. Штавише, отварање могућности кажњавања независно од ове објективне слике води не само правној несигурности, већ и темељној неправедности оних субјеката који су непосредно заинтересовани за судбину титулара уплетених добара. Оно у позицији основа искључења противправности доводи у објективно тежи положај она лица која су на било који начин од раније повезана са актерима догађања. Довољан је само трачак сумње у њихове побуде да све друге испуњене претпоставке основа буду доведене у питање, а право на оправдање негирано. То не одговара ни животу, јер и онај чији је морални лик окрњен или чије су стварне побуде у позицији оправдања сумњиве – може запасти у позицију нужне одбране, крајње нужде или неког другог основа искључења противправности, с правом да његово дело буде оправдано.²⁴

3.2. Ваљана мотивација

Друго учење на субјективном плану не сматра довољним само свест о положају каквог основа искључења противправности, већ тражи и одговарајућу *вољу страну учиниоца*.²⁵ Тако у констелацији нужне одбране актер мора имати вољу да добро одбрани (тзв. *од-*

²³ Стога и не изненађује што су скоро све одлуке из немачке судске праксе које дотичу овај субјективни однос, искључивале противправност остварених дела (С. Roxin, 642), иако су у образложењима наглашавале да је одговарајућа воља услов оправдања.

²⁴ Никоме не би пало на памет да лажљивом пастиру из народне приче, којем су вуци напали овце, ускрати право да овце брани, само зато што је раније у више наврата лажним повикивањем да вуци долазе прокоцкао поверење других. То што му нико више не верује, па неће да му помогне не искључује његово право да се од вукова брани.

²⁵ Тако нпр. Jürgen Baumann, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2003¹¹, 360; Hans Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlin 1996⁵, 328. Ово учење је било доминантно у старијој англосаксонској литератури (Walter Harrison Hitchler, „Motive as an Essential Element of Crime“, *Dickinson Law Review* 3/1931, 113–114; Rollin M. Perkins, „A Rationale of Mens Rea“, *Harvard Law Review* 6/1939, 923), али налази поборнике и данас (тако примера ради Jonathan Herring, *Criminal Law. Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford–New York 2004, 615). У српској науци ово схватање, рекло би се, заступа Стојановић, који код нужне одбране закључује да „одбрана подразумева свест о нападу и вољу да се тај напад одбија“ (З. Стојановић, 93). У југословенској литератури слично Ф. Бачић, 213.

брамбена воља), код крајње нужде вољу да добро спаси (тзв. *спасилачка воља*), код дисциплинског кажњавања деце одлучна је сврха васпитавања (*animus corrigendi*), итд.²⁶ Треба, међутим, нагласити да тако схваћена воља, под условом да је субјект свестан позиције искључења противправности, овде редовно већ постоји. Учиниолац хоће одбрану добра јер му управо она омогућава искоришћавање ове позиције за остварење властитих интереса.²⁷ Овде се, заправо, ради о покретачу воље – учиниоцевим *побудама*. Хтење одбране или спасавања је у другом плану у односу на хтење остварења деликта, па се мотивација учиниоца показује као неваљана. Заступници овог учења истина не искључују постојање и других побуда у конкретном случају, али ове не смеју да потисну вољу оправдања као примарну. Према овом схватању, пролазник у нашем примеру, иако свестан да је разбојник у бекству са непосредно украденим пленом, не би поступао у нужној одбрани, јер он не повређује како би помогао, већ *како би се осветио* супарнику.

Да закључимо, ако циљ човековог деловања према овом схватању није социјално вредан или бар прихватљив, ни противправност тог деловања не заслужује да буде искључена. То би требало да наговесте најпре *специјално превентивни разлози*, јер фаворизовање заслужује само онај код којег су остварени и свест о постојању објективних обележја основа искључења противправности и одговарајућа мотивација. Опаснији је по друштво онај ко искоришћава позицију одбране како би повредио нападача, него онај ко о позицији одбране ништа не зна, па га основ и не извињава. Инсистирање само на елементу свести омогућава тако својеврсну манипулацију и злоупотребу основа искључења, на начин сличан институту *actio illicita in causa*.²⁸

На неопходност уважавања и овог вољног обележја упућује и већ поменута законска формулација крајње нужде, која би се имала

²⁶ Воља се овде не разуме као воља код умишљаја, у смислу некаквог хтења или пристајања на последице свог деловања. Умишљај се увек утврђује с обзиром на објективна обележја оствареног законског описа, и у датом примеру подразумева хтење (директни умишљај) или пристајање (евентуални умишљај) да се други повреди. То се некад занемарује, па тако и Роксин говори о „умишљају да се чини нешто објективно законито“ (С. Roxin, 641). Законитост поступања није предмет умишљаја.

²⁷ Отуда не прихватамо тумачење да општа воља да се учини било шта у циљу одбране не задовољава, већ се она тумачи искључиво у контексту одговарајућег бића (тако I. Рипре, 435). Одбрамбена воља значи управо вољу да се добро одбрани, нешто различито од вољног супстрата умишљаја. Ако се воља односи на остварење конкретног бића, онда би заиста у исходу, како то Пупе сматра, оправдање нехатног деликта било искључено.

²⁸ Реч је о радњама „противправним у узроку“. Слично институту радњи слободних у узроку (*actio libera in causa*), где се нескривљеност у време дела надомешћује кривицом у време довођења у стање неурачунљивости, овде је реч о скривљеном довођењу у стање непротивправности.

аналогно применити и на друге позиције оправдања. Нема ниједног ваљаног разлога, сматрају заступници овог схватања, да мотивацију учиниоца сматрамо условом искључиво код крајње нужде. Отуда, и нужна одбрана би постојала ако је дело било неопходно потребно *ради тога* да учинилац од свог добра или добра другог одбије истовремен противправан напад, а слично бисмо тумачили сваки други основ оправдања. Ако таква побуда недостаје, учиниочево понашање не би било извињено. Не мислимо да се формулација крајње нужде и других основа искључења противправности мора овако тумачити. Ту постоји недовољно артикулисано разликовање психолошких процеса на релацији побуда – циљ. Већ смо указали на то да не видимо како учинилац нема одбрамбену или спасилачку вољу, ако зна да постоји факт напада или ситуација опасности. Он управо хоће да отклони опасност или да одбије напад. То је циљ његове акције, јер је само у том случају његово деловање извињено. Да тога нема, његов умишљај повређивања другог био би огољен и раскринкан. Његово деловање је отуда *циљно*; он увек делује *ради тога* да отклони опасност или да одбије напад, чим је свестан чињенице постојања основа оправдања у оквиру којег поступа. Друго је, међутим, питање које га *побуде* покрећу на деловање у постављеном циљу. Ту, на плану мотивације, свакако су замисливи и најплеменитији, али и неваљани потицаји. У сваком случају, законски оквир крајње нужде не мора се нужно тумачити у правцу прихватања услова мотивације већ, како видимо, само с обзиром на свест о позицији оправдања.

Истина је да и друге субјективне претпоставке кривичне одговорности које налазимо у кривичном праву редовно садрже не само когнитивни елемент, већ и одговарајући волунтативни елемент. Такав је, рецимо, случај са свешћу и вољом код *умишљаја*. Слично структури умишљаја, и субјективни елемент противправности могао би се раздвојити на компоненту свести и воље. Заиста, на први поглед овај аргумент делује примамљиво. Тако и код урачунљивости разликујемо когнитивни (способност расуђивања) и волунтативни аспект (способност одлучивања) као претпоставку кривице. Ипак, поређење није адекватно. Остварење каквог описа предвиђеног у закону као противправног понашања и испуњење претпоставки каквог основа искључења противправности као правно ваљаног понашања – ипак се разликују. Ако учинилац не поштује правне норме, онда је од значаја и његов унутрашњи однос према сопственом понашању, побуде које су га на то потакле, циљеви које је хтео да оствари. Док год се његово понашање, међутим, креће у оквирима правног поретка, његови мотиви и представе нису од значаја за суд. То онда представља питање моралности, а не легалности,²⁹ па евентуално

²⁹ Тако с правом I. Purpe, 425.

санкционисање заиста представља неприхватљиво кажњавање за помишљај, и на концу *повреду начела кривице*.³⁰

Ситуација крајње нужде, која се обично наводи у прилог образложењима учења о ваљаној мотивацији, истовремено пружа и један противаргумент. Некада је отклањање опасности по живот или тело другог *дужност*. Онај ко овој дужности не одговори, чини дело у закону предвиђено као кривично. Наше кривично законодавство познаје неколико таквих описа.³¹ Тако, непружање помоћи остварује онај ко не притекне у помоћ лицу које се налази у непосредној животној опасности, а могао је то без опасности по себе или другог. Под овај опис, разуме се, не потпада онај који је давленика спасао гунђајући што је морао да се покваси да би га извукао из воде или који је то можда учинио због очекивања да ће му овај опростити неки ранији дуг. Услов одговорности није, дакле, никаква нарочита спасилачка воља. Зашто би онда исте неваљане побуде имале другачију тежину и дејство ако је ради отклањања исте те опасности, али овај пут у крајњој нужди, од власника брода било неопходно силом одузети појас за спасавање? Иако је поступање еквивалентно, уношењем нарочите воље, кривичноправни третман чињења и нечињења био би потпуно различит.³²

Како дакле можемо закључити, сама свест о постојању основа оправдања представља довољну субјективну претпоставку противправности. Учиниочеve побуде могу бити од значаја на плану одмеравања казне (чл. 54, ст. 1 КЗ), али нису услов оправдања. Ипак, код појединих основа оправдања, субјективни елемент противправности нужно обухвата не само свест о деловању унутар основа, већ и одговарајућу сврху. Реч је о тзв. *непотпуним двоактним основама оправдања*, где је формално искључење противправности из практичних разлога умерено у један ранији стадијум у односу на суштинско, материјално оправдање.³³ Сврха допуштања повредe правног добра овде се не остварује већ самим делом, као рецимо код нужне

³⁰ Да нема сваки субјективни услов кривичне одговорности вољни супстрат показује већ *свест о противправности* као трећа компонента кривице (вид. чл. 22 ст. 1 КЗ), где недостаје елемент вољног. И иначе, ову свест о забрањености дела (више о томе вид. Наташа Делић, „Свест о противправности као конститутивни елемент кривице“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2008, 161 и даље) треба разликовати од свесности деловања унутар каквог основа оправдања.

³¹ Између осталих, ту су: непружање помоћи (чл. 127 КЗ), неуказивање лекарске помоћи (чл. 253 КЗ), неотклањање опасности (чл. 285 КЗ) или непружање помоћи лицу повређеном у саобраћајној незгоди (чл. 296 КЗ).

³² Слично С. Roxin, 642.

³³ Вид. Ernst Joachim Lampe, „Unvollkommen zweiaktige Rechtfertigungsgründe“, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1/1978, 11.

одбране, већ тек радњама што следе за делом.³⁴ Пример представља тзв. *грађанско хапшење* као основ оправдања.³⁵ Наиме, према чл. 230 Законика о кривичном поступку,³⁶ лице затечено при извршењу кривичног дела за које се гони по службеној дужности свако може лишити слободе. По самој природи ствари, циљ овог привременог хапшења јесте омогућавање кривичног гоњења учиниоца.³⁷ За постојање основа оправдања довољно је тако лишење слободе лица затеченог при извршењу кривичног дела, али *ради његове предаје* истражном судији или органу унутрашњих послова. Ако хапшење није учињено у том, већ неком другом циљу – није искључена противправност лишења слободе.³⁸ Тако можемо замислити лице које другоме одузима слободу кретања, како би од његове породице изнудио откуп, чиме остварује обележја отмице (вид. чл. 134 КЗ). Чак и ако би објективне претпоставке грађанског хапшења као основа искључења противправности биле остварене (лишени слободе је управо извршио кривично дело за које се гони по службеној дужности), због неодговарајуће намере отмица не би била оправдана, независно од тога да ли је учинилац знао да је ухапшени управо извршио кривично дело. Обрнуто, како учиниочеве побуде нису релевантне, ако је лишење слободе учињено у циљу предаје ухапшеног органима кривичног гоњења – основ искључења противправности постоји, независно од тога што учинилац своју дужност није испунио зато што је хтео да помогне органима гоњења, већ како би уклонио противника.³⁹ У споредном кривичном законодавству налазимо и друге непотпуне двоактне основе искључења противправности са сличним дејством.⁴⁰

³⁴ Т. Lenckner, 550.

³⁵ Алтернатива овом називу јесте „лишење слободе од стране грађана“ (вид. Милан Шкулић, „Лишење слободе од стране грађана“, *Архив за правне и друштвене науке* 3/1999, 282).

³⁶ Законик о кривичном поступку ЗКП, *Службени лист СРЈ*, бр. 70/2001 и 68/2002, *Службени гласник РС*, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005, 49/2007, 20/2009 и 72/2009.

³⁷ На то уосталом указује и законодавац, истичући у наставку овог члана да се лице лишено слободе „мора одмах предати истражном судији или органу унутрашњих послова, а ако се то не може учинити, мора се одмах обавестити један од тих органа“.

³⁸ Слично између осталих Е. Ј. Lampe, 9.

³⁹ Тако С. Roxin, 644.

⁴⁰ Тако је, рецимо, према Закону о ауторским и другим сродним правима (*Службени гласник РС*, бр. 104/2009) дозвољено физичком лицу да без дозволе аутора и без плаћања ауторске накнаде умножава примерке објављеног дела за личне некомерцијалне потребе (чл. 46, ст. 1). Само, дакле, ако је умножавање праћено овом сврхом, искључена је кривична одговорност за кривично дело неовлашћеног

4. СТАНДАРД ДУЖНЕ ПАЖЊЕ КАО СУБЈЕКТИВНО ОБЕЛЕЖЈЕ ПРОТИВПРАВНОСТИ?

У делу стране литературе заступа се становиште да код појединих основа оправдања субјективно обележје противправности представља и *савесно испитивање објективних претпоставки основа*. У такве основе се, рецимо, сврставају претпостављени пристанак, вршење службене дужности или заштита оправданих интереса код увреде (чл. 170, ст. 4 КЗ).⁴¹ Овде је овлашћење на поступање донекле условљено ваљаном проценом ситуације и објективних претпоставки под којима је овлашћење валидно. Тако, примера ради, овлашћено службено лице органа унутрашњих послова има право да лица затечена на месту извршења кривичног дела задржи до шест сати на месту извршења до доласка истражног судије, „ако би та лица могла да дају податке важне за кривични поступак и ако је вероватно да се њихово испитивање доцније не би могло извршити или би било скопчано са знатним одуговлачењем или другим тешкоћама“ (чл. 231 ЗКП). Ова процена може се показати као мањкава и у исходу довести до неутемељеног и произвољног лишења слободе другога. Заступници⁴² сврставања стандарда дужне пажње у субјективне претпоставке противправности казнили би такво службено лице за умишљајно противправно лишење слободе, јер није довољно брижљиво испитало да ли су испуњене законом утврђене претпоставке задржавања.

То међутим *није прихватљив исход*. Уношење стандарда брижљивог поступања као претпоставке основа оправдања морало би имати дејство слично другим субјективним обележјима противправности. То би дакле значило да би у ситуацији да се деловање службеника кретало у границама објективно допуштеног, али без траженог стандарда дужне пажње (овлашћено службено лице је на аљкав начин, и не утврдивши ко уопште има сазнање о спорном догађају, задржало све присутне као сведоке, али се испоставило да је добро учинило) – опет морали закључити постојање умишљајног покушаног или довршеног противправног лишења слободе. Али, тако нешто није могуће, јер повреда захтева брижљивог поступања може засновати само одговорност за нехат. А нити постоји нехатни облик противправног лишења слободе, нити покушај из нехата право познаје.⁴³ Умишљај противправног лишења слободе није дакле могуће искључити, нити то одговара чињеничном стању. Полицајац

искоришћавања ауторског дела или предмета сродног права (чл. 199 КЗ). Ако умножавање није учињено у овом циљу основ искључења противправности не постоји.

⁴¹ Код нужне одбране, крајње нужде или пристанка повређеног, слично вредновање не постоји.

⁴² Тако нпр. Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, 331; Т. Lenckner, 551.

⁴³ С. Roxin, 635.

хоће да лиши слободе под датим околностима, јер мисли да на то има право. Дакле, реч је о типичној констелацији отклоњиве индиректне правне заблуде (вид. чл. 29, ст. 3 КЗ).⁴⁴

5. ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ УНОШЕЊА СУБЈЕКТИВНОГ ОБЕЛЕЖЈА ПРОТИВПРАВНОСТИ

Осим питања да ли је уопште смислено тражити испуњење субјективне стране основа искључења противправности, отвара се и проблем правних дејстава ако тражени субјективни елемент у конкретном случају *није остварен*. Ово питање је актуелно у случају прихватања било које варијанте субјективне теорије. У случају *објективне теорије* оно није релевантно, јер је према овом учењу, како смо видели, дело учиниоца покривено основом искључења противправности независно од сазнања о постојању основа.

5.1. Први исход: довршено кривично дело

Једно схватање у случају непостојања захтеваног субјективног елемента кажњава за *довршени деликт*.⁴⁵ Како није остварен један од услова основа искључења противправности, основ у целости није наступио, с исходом да се одговара за учињено довршено кривично дело. Ако учинилац у нашем уводном примеру није знао да својим разбијањем стакла спасава комшију, он и није поступао у крајњој нужди. Због тога он треба да одговара за довршено дело уништења и оштећења туђе ствари (чл. 212 КЗ). Као што је предвиђеност дела у закону остварена тек испуњењем објективних и субјективних претпоставки, то је случај и са противправношћу. Учиниоца је хтео да оштети комшију разбијањем стакла и то је и учинио. Чињеница да је сплетом околности његово дело у датој ситуацији помогло другоме у нужди може евентуално представљати само *олакшавајућу околност* с обзиром на јачину угрожавања или повреде заштићеног добра (чл. 54, ст. 1 КЗ). Друго значајније привилеговање у погледу дејства не би било могуће, осим уколико суд не закључи постојање нарочито олакшавајућих околности у смислу чл. 56, тач. 3 КЗ, са дејством факултативног ублажавања казне.⁴⁶

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Вид. нпр. Michael Köhler, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin Heidelberg 1997, 323; Diethart Zielinski, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Duncker & Humblot, Berlin 1973, 266. У аустријској литератури Friedrich Nowakowski, „Zur subjektiven Tatseite der Rechtfertigungsgründe“, *Österreichische Juristen Zeitung* 21/1977, 579; O. Triffterer, 211. У англосаксонској доктрини тако R. L. Christopher, 250.

⁴⁶ И поред испуњености претпоставке „одсутности или незнатности штетних последица“, не би се радило о делу малог значаја (чл. 18), не толико због

На први поглед, кажњавање за довршени деликт делује као једино могуће решење, с обзиром на то да учинилац по правилу остварује одговарајућу *последицу* у спољном свету описану бићем одговарајућег деликта, према којој се свесно и вољно односи.⁴⁷ Чим је наступила последица, било каква одговорност само за покушај, заступницима овог решења изгледа као *вештачка конструкција*, пре резултат правничке домишљатости неголи оствареног чињеничног стања. Невредност ове последице не би требало да отпадне само зато што би поредак учињену повреду у неким другачијим околностима опростио.

Решење довршеног деликта такође боље одговара чињеници да искључењем противправности може бити оправдано и *нехатно дело*.⁴⁸ Супротно решење, које би пошло од одговорности за покушај, овде би за исход имало некажњивост учиниоца, јер је покушај кажњив само у случају умишљајног отпочињања дела. Такође, у свим оним ситуацијама где сам покушај није кажњив, решење покушаја имало би за исход својеврсне *празнине у кажњавању*, што опет води неједнаком поступању.

5.2. Други исход: покушано кривично дело

Супротно, већинско становиште,⁴⁹ закључује да недостатак субјективног елемента противправности има за исход *кажњавање за покушај*. Оно почива на идеји да се невређност кривичног дела састоји из две компоненте: персоналне стране (*невређности радње*) и објективне стране (*невређности последице*). Слично томе, и само оправдање поседује персоналну вредност радње и објективну вредност последице. Остварене позитивне последице унутар једног основа искључења противправност отуда потиру невређност негативних

ограничавајућег услова у погледу тежине кривичног дела, колико због чињенице да је дело малог значаја према нашем праву формално основ искључења противправности, који би такође требало да буде праћен одговарајућим субјективним елементом противправности.

⁴⁷ Тако F. Nowakowski, 576.

⁴⁸ Тако можемо замислити лице што чисти свој пиштољ, који услед непажње опали и усмрти другог који је већ био непажено подигао пушку, како би овога лишио живота због ранијих размирица.

⁴⁹ Између осталих: Н. Н. Jescheck, T. Weigend, 330; R. Maurach, Н. Zipf, 350; T. Lenckner, 549; I. Puppe, 420; C. Roxin, 644. У аустријској литератури нпр. Н. Fuchs, 168. У швајцарској доктрини тако нпр. Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, Stämpfli Cie AG, Bern 1996², 251; Stefan Trechsel, Peter Noll, *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Voraussetzungen der Strafbarkeit*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1998⁵, 116. У српској литератури тако З. Стојановић, 93.

дејстава учиниоачевог дела, због чега одговорност за учињену последицу *отпада*.⁵⁰ Испада, дакле, да се учиниоцу што проузрокује последицу предвиђену законом као кривично дело, она не може урачунати, јер остварено чињенично стање испуњава објективне претпоставке једног основа искључења противправности. Оно што преостаје, међутим, јесте *невредност његовог понашања*. Учиниоца би хтео да оствари кривично дело, у ком смислу предузима и одговарајућу радњу – што је типична констелација (*неподобног*) *покушаја*.⁵¹ Отуда би учинилац одговарао за неподобан покушај кривичног дела, разуме се само под условом да је такав покушај *кажњив*. Тако би у нашем уводном примеру учинилац учинио само неподобан покушај уништења и оштећења туђе ствари (чл. 212 у вези са чл. 31 КЗ), с дејством факултативног ослобођења од казне. Како, међутим, такав покушај према запређеној казни не би био кажњив (чл. 30, ст. 1 КЗ) – учинилац ни не би кривично одговарао. Некажњивост би уследила и у случају *нехатног дела* учињеног под основом искључења противправности, јер такав покушај није кажњив.

Разликовање невредности радње и последице, иако није јасно изведено у српској кривичноправној теорији, није могуће једноставно пренебрегнути. Читав концепт искључења противправности почива на идеји да правни поредак каткада у ситуацијама колизије супротстављених вредности предност даје *очувању претежнијег интереса*. Ако напад постоји, добро се може бранити докле год је одбрана неопходно потребна; ако опасност постоји, она се може отклањати докле год нема друге опције, а учињено зло није веће од зла што прети, итд. Ова невредност последица остварених у спољном свету не зависи од субјективне учиниоачеве стране, од тога шта он хоће да оствари и какав је правац његове воље. Противправност је условљена искључиво интересима поретка, због чега се некада *допушта* повреда кривичним правом иначе заштићених добара. Зато није оправдано да учинилац одговара за последицу на чије наступање поредак благонаклоно гледа и коју чак одобрава.⁵² То би, уосталом, имало неприхватљиве *практичне консеквенце*. Ако учинилац који не зна позицију основа искључења противправности чини довршено дело, оно је онда у целини противправно, те свако овога може спре-

⁵⁰ Овај модел сравњивања ових вредности односно невредности има и своје недостатке, али они не потиру исправност темељног разликовања персоналне и објективне компоненте (I. Purpe, 421).

⁵¹ На слична објашњења да се изузетно може радити о неподобном покушају наилазимо и у англосаксонској литератури (слично P. H. Robinson, 291, иако је реч о критичару субјективног учења).

⁵² Да ово разликовање неправа радње и неправа последице треба учинити упућује уосталом чињеница да је према нашем праву и апсолутно неподобан покушај начелно кажњив, иако ту неретко нема никаквог угрожавања заштитног објекта.

чити да последицу реализује, иако је она друштвено пожељна. Штавише, савесни умешач би након тога могао некажњено да предузме исто оно дело које је управо био спречио.⁵³

Спорно је, међутим, да ли би се овде радило о *директној* примени одредаба о покушају.⁵⁴ Поједини аутори упућују искључиво на *аналогну* примену ових одредаба, с обзиром на то да је „претпоставка кажњавања за покушај увек непотпуно остварење бића деликта“,⁵⁵ што би овде према њиховом виђењу недостајало, јер је последица описана бићем ипак наступила. Како је, међутим, аналогија из перспективе начела законитости спорна – каткада се због недостатка изричитог законског правила закључује фактичка непримењивост конструкције покушаја и на концу учиниочева *некажњивост*.⁵⁶ Изнета критика ипак не стоји, јер елемент покушаја није непотпуно остварење деликта које би се разумело искључиво као ненаступање последице. Већ смо констатовали да наступањем основа оправдања није негирана каузалност учиниочевог понашања у односу на оправдану последицу, већ да је само отпало *нормативно урачунавање* овог штетног исхода. Зато и не треба да изненади што неко ко је другог заиста тешко повредио, може да одговара само за покушај тешке телесне повреде. Наступање последице не искључује одговорност за покушај. Ово је само једна од констелација када је тако нешто могуће.⁵⁷

Аргумент да закључак о покушају води неуједначеном третирању умишљајних и нехатних деликата не сматрамо значајним, с обзиром на то да остварење нехатног дела у ситуацији незнања позиције искључења противправности представља више теоријску конструкцију.⁵⁸ Истовремено, тешко може бити говора о томе да решење покушаја води празнинама у кажњавању у ситуацијама када покушај није кажњив. Не видимо због чега би покушај због недостатка субјективног елемента противправности заслужио покривенију кажњивост него редован покушај због ненаступања последице. Како су критеријуми кажњивости покушаја општи (чл. 30 КЗ), евентуалне примедбе више дотичу материју покушаја уопште, него што су особеност покушаног дела услед недостатка субјективног обележја противправности.

⁵³ Слично Т. Hillenkamp, 35.

⁵⁴ То заступају нпр. F. Nowakowski, 578; C. Roxin, 644.

⁵⁵ Peter Lewisch, „43. Lieferung: § 3“, у: Frank Höpfel, Eckart Ratz (Hrsg.) *et al.*, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2003, 52.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Вид. опширније И. Вуковић, *Покушај кривичнога дела*, 31-33.

⁵⁸ Вид. Игор Вуковић, „Структура нехатног кривичног дела“, *Архив за правне и друштвене науке* 3-4/2008, 265-269.

Закључујемо, дакле, да учинилац код којег није постојала неопходна свест о деловању унутар одговарајућег основа искључења противправности – чини покушано кривично дело. Решење довршеног деликта показује се ипак као неминовност у два изузетка. Прва ситуација су поменути *двоактни основи оправдања*,⁵⁹ где се невређност последице препознаје у одговарајућој намери.⁶⁰ Заправо, док је код редовних основа искључења противправности дело објективно допуштено независно од знања учиниоца о постојању основа, овде је дело објективно оправдано тек уз претпоставку одговарајуће сврхе. Због тога би у нашем ранијем примеру отмичар одговарао за довршено кривично дело из чл. 134 КЗ. Друга ситуација односи се на случајеве у којима је законодавац из криминално-политичких разлога већ покушај остварења штетне последице формално учинио довршеним деликтом. Тако би нпр. незнање акушера да у вршењу недозвољеног прекида трудноће до навршене двадесете недеље старости плода постоје еугенички разлози за прекид трудноће⁶¹ – представљало довршено дело недозвољеног прекида трудноће, јер је већ започињање вршења побачаја (чл. 120, ст. 1 КЗ) описано као радња извршења.⁶²

Dr. Igor Vuković

Assistant Professor

University of Belgrade Faculty of Law

ON SUBJECTIVE ELEMENTS OF UNLAWFULNESS IN CRIMINAL LAW

Summary

The article deals with the problem of so-called unknowing justification and the question whether an actor must have knowledge of the presence of justificatory circumstances, so his crime could be justified.

⁵⁹ Тако већина, нпр. J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, 335; C. Roxin, 645.

⁶⁰ E. J. Lampe, 10; B. Schünemann, 374. Док умишљај заснива невређност радње, невређност последице садржана је у намери која се редовно окончава у материјалном довршењу дела (вид. Игор Вуковић, „Материјално довршење кривичнога дела“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2008, 145).

⁶¹ Вид. чл. 6 Закона о поступку прекида трудноће у здравственим установама (*Службени гласник РС*, бр. 16/95 и 101/05).

⁶² То би могло бити и неподобно отпочињање побачаја (у погледу аргументације вид. И. Вуковић, *Покушај кривичнога дела*, 166 167).

Suppose that A shoots at B with intent to murder him, and turns out later that, unknown to A, B was about to shoot him dead. Although A killed a man, he unknowingly repelled an attack on his life. According to objective theory, lawful acts should be encouraged and justified regardless of the actor's mental state. On the other hand, subjectivists suggest two possible answers. The weaker version of subjective theory requires merely the awareness of justificatory position, while the stronger variant denies justification if the actor wasn't motivated by justifying circumstances. The author gives arguments on these viewpoints, supporting the idea that justification requires only knowledge of the justificatory circumstances. The consequence is that the unknowing actor isn't liable for the completed offence, but may be liable for impossible attempt.

Key words: *Subjective elements of unlawfulness. – The knowledge of justificatory circumstances. – Bad motivation. – Impossible attempt.*