

Ivana Kustura: Principles of German Criminal Law
Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 47, 2/2010., str. 483.-487.

Ivana Kustura, znanstveni novak
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu

**Principles of German Criminal Law
Studies in International and Comparative Criminal Law: Volume 2.
Michael Bohlander, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon,
2008. , str. 244.**

Kazneno pravo u posljednjih dvadeset godina doživljava velike promjene prije svega u smislu sve većeg razvoja međunarodnog kaznenog prava, ali i nastojanja da se ostvari što veći stupanj harmonizacije kaznenog prava u zemljama Europske Unije. Glavni razlog ovako velikom interesu za kazneno pravo svakako se može pripisati stvaranju mnogih *ad hoc* međunarodnih sudova, Međunarodnog kaznenog suda osnovanog Rimskim statutom, koji se po nekima smatra prvom kodifikacijom međunarodnog kaznenog prava te donošenje mnogobrojnih međunarodnih konvencija od strane međunarodnih organizacija (Ujedinjeni narodi, Vijeće Europe) kojim se stvara katalog međunarodnih kaznenih djela kao što su genocid, ratni zločini, trgovina ljudima, zlouporaba opojnih droga, međunarodni organizirani kriminal i sl. Autor je upravo iz prethodno navedenih razloga odlučio dati kratak prikaz najvažnijih načela njemačkoga prava i njihov razvoj koji se odvijao pod velikim utjecajem pravnih znanosti uspoređujući ih s načelima anglosaksonskog pravnog sustava ističući kako upravo njemačka pravna doktrina ima veliki utjecaj na razvoj kaznenog prava u mnogobrojnim zemljama, uključujući i Hrvatsku. Autor knjige Michael Bohlander profesor je na Durham Law School u SAD-u te jedan od glavnih urednika publikacije Međunarodnih komparativnih studija u okviru kojih je i ova knjiga izdana kao dio serije knjiga koje će se baviti različitim tematikom, ali uz najveći naglasak na razvoj i novosti u međunarodnom pravu, pravu Europske Unije, te radu međunarodnih sudova.

Knjiga Principles of German Criminal Law izašla je u prosincu 2008. godine u izdanju Hart Publishinga, Oxford and Portland, Oregon i ima ukupno 244. stranice teksta, te sadrži predgovor koji je napisao sam autor, popisa kratica koje se susreću u tekstu, a odnose se na nazive sudova, citirane propise, časopise, komentare zakona i upotreblijenu drugu literaturu, sadržaj i stvarno kazalo na kraju. Knjiga se treba promatarati kao cjelina zajedno sa prvom knjigom: **The German Criminal Code: A modern English Translation** koji je napisao isti autor, a čiji tekst se može pronaći i na službenim stranicama Njemačkog ministarstva pravosuđa¹.

Sadržaj knjige je podijeljen na 11. poglavlja: 1. Uvod, 2. Osnovni pojmovi i terminologija: Pregled, 3. The Tadb Bestand – prvi dio, 4. The Tadb Bestand – drugi dio, 5. Opravdavajuće obrane - razlozi isključenja protupravnosti, 6. Krivnja i ispričavajući razlozi, 7. Pokušaj, 8. Oblici sudionništva – Počinitelji, Pomagatelji

¹ http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/index.html

i Poticatelji, 9. Kazneno djelo ubojstva, 10. Kaznena djela protiv spolne slobode, 11. Kaznena djela protiv imovine.

U prvom poglavlju koje nosi naziv **Uvod** (1. – 5. str.) autor ukratko iznosi svoje razloge za pisanje ove knjige posebno naglašavajući da se njegov pristup obradi instituta i načela njemačkog kaznenog prava vrlo vjerovatno neće svidjeti većini njemačkih teoretičara jer je njegov osnovni cilj da pomoću ove knjige njemačko kazneno pravo približi čitateljima koji dolaze iz zemalja anglosaksonskog pravnog sustava i usporediti njihove osnovne institute i načela, ukazati na sličnosti i razlike koristeći pritom primjere iz sudske prakse ne ulazeći pri tom u veliku širinu i teorijska razmatranja. Knjiga se po mišljenju autora ne smije smatrati samo udžbenikom premda je namjenjena i studentima, niti knjigom koja daje potpuni komparativni pregled njemačkog i *common law* sustava već samo kao jedan doprinos raspravama vezano za zajedničke probleme na tu temu iz razloga što u knjizi nisu detaljno obrađena sva načela i instituti njemačkog kaznenog prava, a što navodi i sam autor (nedostaje dio o kaznenopravnim sankcijama, te se obrađuju samo neka kaznena djela iz Posebnog dijela). Terminologija koja se u knjizi koristi je većim dijelom prilagođena *common law* sustavu na način da se upotrebljavaju engleske istoznačnice za svaki pojam jer je autor želio pronaći poveznicu između dva sustava u svakom pojedinom institutu, ali je stvorio i neke nove izraze za koje nije mogao naći isti pojam u *common law* sustavu u nadi da će se početi upotrebljavati u praksi za lakše razumijevanje pravnikama između ova dva različita pravna sustava. Knjiga ne obrađuje povijesni razvoj njemačkog kaznenog prava već se daje prikaz postojećih trendova u razvoju njemačkog kaznenog prava od velike reforme 1970. godine pa nadalje. Kao glavna literatura u knjizi se navodi poznati komentar *Schönke-Schröder* iz 2006. godine (27. izdanje, a prvo je izašlo još 1942. godine) te slučajevi iz bogate prakse Njemačkih sudova (najviše Bundesgerichtshof – BGH, Bundesverfassungsgericht – BVerfG, Reichsgericht - RG) koji se navode uz svaki institut. Također autor je već na početku dao kratak prikaz svih poglavlja u svrhu lakšeg snalaženja u knjizi.

2. Poglavlje sadrži pregled **osnovnih pojmova i terminologije** (7. – 29. str.) njemačkog kaznenog prava koje se koriste u knjizi. Njemačko pravo je pod velikim utjecajem teorije (kaznenopravne znanosti) i deduktivne je naravi dok je *common law* sustav baziran na odlukama sudova – precedentima i induktivne je naravi, te već ta osnovna razlika koja danas s vremenom ipak postaje sve manja dovodi do različitih shvaćanja pojedinih instituta, premda su problemi u njihovoj primjeni u praksi slični. Prvo se kratko navode glavni izvori Njemačkog kaznenog prava i njihova međusobna hijerarhija uz posebnu obradu **tzv. Radbruchove formule**², koja analizira odnos između pozitivnog i prirodnog prava, pomoću koje su Nijemci

² *Gustav Radbruch (1878. - 1949.)*, filozof; **Radbruchova formula** tvrdi da pozitivno pravo u pravilu ima veću pravnu snagu u odnosu na temeljna (nezavisna) pravna načela, makar pozitivno pravo bilo u nekim slučajevima iracionalno i nepravedno. Ipak pozitivno pravo ne treba biti primijenjeno samo u apsolutno izuzetnim slučajevima kada ono predstavlja prepreku ostvarivanja objektivne pravednosti, te sustavno i izravno zanemaruje svoj osnovni cilj postizanja pravde i kada je pri tom načelo jednakosti u potpunosti zanemareno.

kažnjavali za zločine počinjene za vrijeme nacističkoga režima; nakon toga kratko su obrađene i metode tumačenja kaznenog zakona (doslovno tumačenje, gramatička, sustavna, povijesna i najvažnija teleološka metoda); utjecaj presuda viših sudova na presude nižih sudova; tripartitna struktura kaznenog djela koja je i odredila daljni tijek izlaganja u knjizi (a) *Tadb Bestand*: zakonski opis kaznenog djela - *actus reus i mens rea* - objektivni i subjektivni dio bića kaznenog djela, b) *Rechtswidrigkeit*: protuprtavnost i odsutnost opravdavajućih razloga, c) *Schuld*: krivnja i odsutnost ispričavajućih razloga); osnovna načela (načelo zakonitosti, zabrana analogije, zabrana retroaktivnog djelovanja zakona i iznimke, zaštitna svrha kaznenog prava, zaštita temeljnih pravnih interesa, načelo krivnje, zastara); načelo vladavine prava (utjecaj ustavnih normi i načela na kazneno pravo), odgovornost pravnih osoba, maloljetničko kazneno pravo, podjela kažnjivih djela na *Verbrechen* (zločin, kazneno djelo) – kaznena djela za koja se može izreći kazna zatvora od minimalno godinu dana i *Vergehen* (prijestup, povreda morala) za koja se može izreći novčana kazna i kazna zatvora do jedne godine. Svaka od navedenih tema je obrađena u osnovnim crtama dajući kratak uvod za daljnju razradu osnovnih instituta Općeg dijela kaznenog prava.

Treće poglavlje obrađuje prvi dio ***Tadb Bestanda* – Biće kaznenog djela** (zakonski opis kaznenog djela), odnosno njegov objektivni dio definirajući tipove bića kaznenog djela i njihovu funkciju, zatim radnju počinjenja kaznenog djela – činjenje (koja se ponašanja ne smatraju radnjom u pravnom smislu), nečinjenje, tj. propuštanje, uzročnost kao nepisani dio bića kaznenog djela (teorija ekvivalencije, njene prednosti i nedostaci), objektivna strana nehaja – nemarnost koja označava povredu objektivne dužne pažnje čije je mjerilo svaki prosječni čovjek koji pripada krugu kojem pripada i počinitelj, uz prikaz poznatih slučajeva iz prakse (Daloway Scenarios: OLG Stuttgart JZ 1979., 575. , Kennedy-type Cases: R v Kennedy [2007.]– zlouporaba droga). Četvrto poglavlje obrađuje drugi dio ***Tadb Bestanda* – Biće kaznenog djela**, odnosno njegovu subjektivnu stranu koja sadrži namjeru, odnosno usmjerenost volje počinitelja pri počinjenju kaznenog djela (podjela na izravnu namjeru prvog stupnja, izravna namjera drugog stupnja i neizravna namjera – *dolus eventualis*) uz obradu subjektivne strane nehaja koju treba razlikovati od namjere i uvrstiti u krivnju jer se nehaj u njemačkoj kaznenopravnoj znanosti isključivo sastoji od objektivnog elementa; zablude koje autor dijeli na zablude o pravu i zablude o činjenicama uz daljnu podjelu ovisno na koji dio bića kaznenog djela se odnose. Peto poglavlje se bavi **razlozima isključenja protupravnosti** (opravdavajuća obrana) i to više u smislu materijalne protupravnosti. U prvom dijelu poglavlja autor daje kratak prikaz pojmova koji vrijede za sve razloge isključenja protupravnosti, te zatim objašnjava svaki od njih; pristanak, presumirani pristanak (njemačka pravna teorija pravi razliku između pristanaka – odobrenje druge strane, tj. oštećenika za povredu pravnog dobra i suglasnosti – druga strana je pristala na povredu pravnog dobra), sve češće prisutno službeno odobrenje, postupanje na temelju službene zapovijedi, naredbe, slučajevi kolizije dužnosti, postupanje po opravdanom interesu (slučaj koji vrijedi samo kod kaznenih djela klevete, vezano uz pravo slobodnog izražavanja misli i dopuštenog rizika kod

kaznenog djela klevete), uhićenje od strane građana koje vrijedi samo kada građanin zateče počinitelja *in flagranti* u počinjenju kaznenog djela, te pravo na samoobranu (nužna obrana, nužda – krajna nužda). Šesto poglavlje obrađuje **krivnju** kao treći dio strukture kaznenog djela (povezujući elemente obrađene u okviru subjektivne strane *Tadbstanda* – namjera i subjektivna strana nehaja) zajedno s djelima koja isključuju krivnju ili tzv. ispričavajući razlozi u koje spadaju zablude o pravu, prekoračenja nužne obrane, poseban oblik krajnje nužde koji se odnosi samo na slučajeve kada je u pitanju zaštita života, tijela i slobode, neubrojivost (voljna i intelektualna sastavnica ubrojivosti, te obrada razloga koji mogu dovesti do neubrojivosti). Sedmo poglavlje razrađuje **pokušaj** kaznenog djela od definicije pokušaja, preko razlike između dovršenog i nedovršenog pokušaja, razlika između neprikladnog pokušaja i putativnog delikta, te pravne posljedice odustanka kod pokušaja. U osmom poglavlju se obrađuju različiti oblici **sudioništva** u počinjenju kaznenog djela uz poseban osvrt na teoriju limitirane akcesornosti sudionika koja je prevladavajuća teorija u Njemačkoj kod pitanja sudioništva. Nakon uvodnog dijela u kojem autor daje prikaz i zakonske definicije svakog pojedinog oblika sudioništva obrađuju se instituti posrednog počinitelja (počinitelj se služi drugom osobom kao sredstvom za počinjenje kaznenog djela, poznati slučaj iz prakse Sirius - BGH, 1983.) organizirani aparat moći - hijerarhijska struktura kao poseban oblik posrednog počiniteljstva, posljedice pogreške agenta, tj. neposrednog počinitelja, paralelno počiniteljstvo, supočinitelji, sudioništvo u užem smislu – poticanje i pomaganje; prenosivost ili neprenosivost posebnih osobnih karakteristika počinitelja na ostale sudionike; urota i odustanak jednog od supočinitelja od počinjenja kaznenog djela.

Kroz preostala tri poglavlja razrađuju se samo pojedina kaznena djela iz Posebnog dijela Kaznenog zakona; Kaznena djela protiv života i tijela, Seksualna kaznena djela i Kaznena djela protiv imovine gdje autor samo ukratko komentira zakonski opis kaznenog djela.

Knjiga na sažet i stručan način obrađuje osnovne institute, pojmove i načela njemačkog kaznenog prava potkrepljujući svaki institut s mnogobrojnim primjerima iz novije sudske prakse njemačkih sudova, ali i prakse engleskih sudova. Vrijednost ove knjige proizlazi i iz njenog poredbenopravnog karaktera premda se sam autor u početku odriče takvog atributa ipak je u većini instituta povučena paralela i istaknute su razlike u odnosu na anglosaksonsko pravo. Autor iznosi i svoja razmišljanja o razvoju kaznenog prava u budućnosti dotičući se trenutno aktualnih pitanja u rasponu od kaznenih djela terorizma koja dovode do mnogih moralnih dvojbi (rasprave koje se u Njemačkoj vode povodom Zakona o sigurnosti u zračnom prometu iz 2003. godine), do uvođenja novih tehnologija u vojsci (oružje koje radi pomoću kompjutera već postoji u SAD-u: problem je li se takvo djelovanje može smatrati radnjom i sl.). Svakako se može primjetiti kako je autor prije svega pravnik s područja *common lawa* jer inzistira kako je pravo prije svega ono što sudovi odlučuju u praksi. Iz tih razloga kritizira pojedina stajališta njemačke pravne teorije za koju smatra da ima prevelik utjecaj na praksu, ali također uočava i primjere sve većeg utjecaja sudova na rad zakonodavca u

Njemačkoj (kazneno djelo pobačaja formirano je pod utjecajem sudske prakse). Autor zato jako malo razrađuje teorije koje su u Njemačkoj mnogobrojne kod svakog instituta, te ih preskače prvenstveno zbog nedostatka prostora jer smatra da takva duboka razmatranja nisu primjerena namjeni knjige. Na posljetku možemo samo zaključiti kako se radi o djelu koje će uistinu pridonijeti boljem razumijevanju njemačkog kaznenopravnog zakonodavstva i pravne prakse, te raspravama o prednostima i nedostacima istog u odnosu na anglosaksonski pravni sustav.