

Др Радосав РИСИМОВИЋ
Криминалистичко-полицијска академија, Београд

UDK- 343.226(430)
Прегледни научни рад
Примљено: 20.11.2012.

Крајња нужда у немачком праву*

Апстракт: У раду се разматра правна природа и сврха примене крајње нужде у немачком кривичном праву. Посебна пажња посвећена је условима за примену крајње нужде и проблемима са којима се суочава судска пракса. Анализира се и однос нужне одбране и крајње нужде, с обзиром да је стање нужде карактеристично за оба института. Такође, образложена је у Немачкој владајућа тзв. диференцирајућа теорија, према којој постоје две врсте крајње нужде: оправдавајућа и извињавајућа. На крају рада је указано на разлоге за прихватање ове концепције и у нашем законодавству.

Кључне речи: крајња нужда, оправдавајућа, извињавајућа, нужна одбрана.

Увод

Кривични законик Немачке у параграфу 34 прописује: „Не поступа противправно ко учини кривично дело да би од себе или другог отклонио истовремену опасност за живот, тело, слободу, част, имовину или неко друго правно добро, која се на други начин није могла отклонити, ако код просуђивања супротстављених интереса, посебно погођених правних добара и просуђивања степена опасности која им прети, значајно претеже штета која прети заштићеном интересу. Ово важи само у случајевима када је кривично дело прикладно средство за отклањање опасности“ (Павловић, 1998:22).

Параграфом 35 *Законика* је прописано: 1) „Без кривице поступа ко учини кривично дело да би од себе, свог сродника или друге блиске особе отклонио истовремену опасност за живот, тело или слободу, која се на други начин није могла отклонити. Ово не важи ако се од учиниоца, с обзиром на конкретне околности, посебно ако је сам изазвао опасност или ако се налазио у посебном правном односу или својству, могло захтевати да се изложи опасности. Према одредби параграфа 49, став 1, казна може ипак да буде ублажена оном учиниоцу који се и поред свог посебног правног

* Овај рад је резултат реализовања научноистраживачког пројекта под називом „Развој институционалних капацитета, стандарда и процедура за супротстављање организованом криминалу и тероризму у условима међународних интеграција“. Пројекат финансира Министарство просвете и науке Републике Србије (бр. 179045), а реализује Криминалистичко-полицијска академија у Београду (2011-2014). Руководилац пројекта је проф. др Саша Мијалковић.

својства или односа није изложио опасности. 2) Учиниоца који је при извршењу кривичног дела био у заблуди да постоје околности које су извињавајуће у смислу става 1, казниће се само ако је могао да отклони заблуду. Казна ће се ублажити по одредби параграфа 49, став 1“ (Павловић, 1998:22).

У немачкој доктрини кривичног права постоје различита мишљења о томе шта је сврха постојања овог института у кривичном законодавству. Такође, спорно је његово дејство у односу на учиниоца кривичног дела. Према једном мишљењу, које се заснива на Кантовој филозофији, крајња нужда не може бити основ који искључује кривицу учиниоца, јер би то било у супротности са категоричким императивом (*Adäquitätstheorie*). Ипак, с обзиром да учинилац спасава једно правно добро на рачун другог, не треба да буде кажњен (Jeschech, 1978:283). Ово се не може безусловно прихватити јер су кривична дела у стању крајње нужде често умишљајна дела. Учиниоца је свестан опасности која угрожава неко његово или туђе правно добро и хоће да повреди или угрози добро другог ради отклањања опасности.

Према теорији сврхе или тзв. утилитистичкој теорији (*Zwecktheorie*), учинилац отклања опасност желећи да спасе једно правно добро жртвујући друго (Grebing, 1979:81). Поједини аутори иду и корак даље сматрајући да за разлику од нужне одбране, у чијој је суштини заштита права од неправда (Рисимовић, 2011:169), крајњу нужду пре свега одликује заштита правног добра веће вредности, на рачун мање значајног добра (*Güterabwägungstheorie*) (Erb, 2003:1352). Према томе, није довољно да је радња којом се отклања опасност од једног правног добра усмерена на спасавање другог, већ се захтева несразмерна вредност добара у сукобу. Овај принцип је критикован у теорији истицањем да је вредност добара у сукобу само један од критеријума за примену овог института. Једноставније речено, при разматрању крајње нужде треба узети у обзир све укључене интересе, а не само интерес имаоца добра од кога се отклања опасност (Renzikowski, 1994:33). Ово се у начелу може прихватити, јер стање крајње нужде подразумева сукоб веома различитих интереса који су често супротстављени. Такође, реч је о сукобу права и права, због чега се може поставити питање да ли је чињеница да се спасава добро веће вредности довољна да оправда примену крајње нужде.

Истакнуто је мишљење да због специфичности крајње нужде (сукоб права и права), правни поредак препушта учиниоцу и његовој савести одлуку о евентуалном предузимању радње отклањања опасности (*Exemptionstheorie*) (Jeschech, 1978:283). Супротно томе, према теорији колизије (*Kollisionstheorie*), уколико је једно од добара у сукобу живот, увек га треба спасити јер је реч о најважнијем правном добру за сваког човека (Jeschech, 1978:283).

Узимајући у обзир све што је напред речено, сматрамо да је суштинско обележје крајње нужде и разлог њеног постојања у модерним законодавствима потреба да се у случају избора између два зла дозволи учиниоцу да заштити правно добро које је веће вредности од добра које се жртвује. Овим се не доводи у питање чињеница да за разлику од нужне одбране, оштећени код крајње нужде по правилу није проузроковао опасност која прети. Ипак, иако је овде реч о сукобу права и права, радња отклањања опасности је оправдана, с обзиром да обавеза трпљења повреде која произлази из зла које прети није сврсисходна, јер би често значила кажњавање лица која би требало славити као хероје. Даље, правни поредак није незаинтересован за судбину угроженог правног добра у стању крајње нужде, јер је у општем интересу да буде спасено правно добро веће вредности. Осим тога, интереси лица чије се правно добро жртвује нису незаштићени, јер примена института крајње нужде претпоставља испуњавање строго постављених услова. То лице има право на нужну одбрану, односно крајњу нужду у односу на радњу учиниоца, о чему ће у излагањима која предстоје бити више речено.

Као што се из одредби које се односе на овај институт у КЗ Немачке види, у овој земљи је прихваћена тзв. диференцирајућа теорија о крајњој нужди (Grebinger, 1979:81). Полазиште ове теорије је неспорна чињеница да је стање крајње нужде могуће у веома различитим животним ситуацијама,¹ због чега јединствено регулисање (које је прихваћено у КЗ Србије) није најбоље решење (Jeschek, 1978:283). Из диференцирајуће теорије произлазе два облика крајње нужде у немачком кривичном законодавству: оправдавајућа и извињавајућа. Оправдавајућа крајња нужда искључује противправност дела, уколико је учињено зло знатно мање од зла које је претило. Извињавајућа искључује кривицу учиниоца, али законодавац код овог облика крајње нужде не прописује услов чињења мањег зла. Произлази да уколико учињено зло није знатно мање од зла које је претило, треба применити параграф 35, који регулише извињавајућу крајњу нужду, уз испуњење осталих законом предвиђених услова. Наше је мишљење да и у нашем законодавству треба прихватити диференцирајућу теорију, јер уколико је учињено зло знатно мање од зла које прети, нема сумње да је правни поредак сагласан са предузимањем радње којом се отклања опасност. С друге стране, уколико се проузрокује исто или незнатно мање зло од зла које прети, правни поредак је равнодушан

¹ Примери који се наводе у немачкој теорији: 1. учинилац убија пса који га напада; 2. при гашењу пожара, уништи се шума која припада трећем лицу; 3. спасилац узима туђи чамац и користи га ради спасавања дављеника; 4) лекар вози брзином већом од дозвољене да би у што краћем року дошао до повређених; 5. планинар је одсекао уже да би спасао свој живот, услед чега други планинар пада са стене и задобија смртоносне повреде; 6) службеник банке под утицајем претње да ће бити убијен помаже разбојнику да сакрије одузети новац; 7) издавање лажних исправа да би се бившем терористи омогућило да побегне и избегне освету од стране саучесника.

у погледу исхода тог сукоба који укључује добра исте или сличне вредности, због чега се може говорити само о искључењу кривице учиниоца. Наравно, уколико се при отклањању опасности изазове знатно веће зло од зла које је претило, нема сумње да се не може говорити како о оправдавајућој, тако и о извињавајућој крајњој нужди.

Примена диференцирајуће теорије или јединственог регулисања крајње нужде није од значаја само за учиниоца кривичног дела, већ и за правни положај лица чије се правно добро жртвује. Ово лице према концепцији која је прихваћена у нашем законодавству нема право на нужну одбрану у односу на радњу отклањања опасности, јер лице које предузима ту радњу не поступа противправно. Своја правна добра може заштитити позивајући се на крајњу нужду, али под условом да су у сукобу добра исте вредности (у супротном би се могло говорити о прекорачењу граница крајње нужде) (Стојановић, 2011:132). Према томе, за разлику од нужне одбране код које није дозвољена нужна одбрана на нужну одбрану, под одређеним условима је дозвољена крајња нужда на крајњу нужду. Произлази да се према немачком кривичном законодавству лице чије се добро жртвује у стању оправдавајуће крајње нужде, не може позвати на оправдавајућу крајњу нужду. Међутим, у случају извињавајуће крајње нужде може се позвати на нужну одбрану, јер се радња лица која отклања опасност квалификује као противправно понашање.

Опасност код крајње нужде

Опасност је стање у коме објективне околности случаја указују на вероватноћу да неко правно добро буде повређено (Grebing, 1979:102). Опасност је објективна категорија, што је прихваћено и у нашој кривичноправној литератури (Стојановић, 2011:133). Нема сумње да опасност не постоји у случајевима свакодневних животних ризика, којима смо сви изложени у модерном друштву (на пример, ризик зрачења из нуклеарне електране итд.) (Schönke, Schröder, 2001:641). Ипак, поједини аутори истичу да при утврђивању да ли у конкретном случају опасност постоји, треба узети у обзир како објективне критеријуме (*ex ante*), тако и субјективне критеријуме (*ex post*) (Grebing, 1979:102). Опасност постоји из *ex ante* перспективе уколико би просечан човек у околностима конкретног догађаја сматрао да постоји вероватноћа повреде правног добра. Овде се може поставити питање који степен вероватноће наступања повреде је потребан да би се могло говорити о опасности. Сматра се да није потребно утврдити највиши степен вероватноће наступања повреде. У прилог томе истиче се да је степен вероватноће повреде фактичко питање на које треба одговорити у сваком конкретном случају, узимајући у обзир пре свега вредност правног добра које се штити (Kindhäuser, Neumann, Paeffgen, 2005:1210). Ово практично значи да је у

погледу заштите најважнијих правних добара довољна мања вероватноћа наступања повреде, тј. да њено наступање није сасвим искључено. Овај приступ није убедљив, посматрано са становишта одредбе о крајњој нужди у КЗ Србије, јер се веома често у крајњој нужди жртвују најважнија правна добра. Произлази да би било дозвољено лишити живота једно лице (известан губитак живота лица које најчешће није допринело опасности) да би се спасило друго лице чији је живот угрожен, али није известен губитак његовог живота у случају изостанка радње отклањања опасности. Иако је живот без сумње најважније правно добро за сваког човека, у кривично-правној литератури не постоји јединствено гледиште о томе да ли заштита живота подразумева исту реакцију законодавства, без обзира на околности конкретне догађаја (Коларић, 2008:103).

Опасност из *ex post* перспективе постоји уколико лице које предузима радњу спасавања правног добра сматра да је у датим околностима опасност реална. У немачкој доктрини је истакнуто да утврђивање постојања опасности само из *ex ante* перспективе може да нас доведе до погрешних резултата, без обзира на стручност лица која то чине (Schönke, Schröder, 2001:642).

Уопштено говорећи, свако правно добро може бити угрожено, тј. свако правно добро се може заштитити отклањањем опасности у смислу крајње нужде. То произлази из параграфа 34 КЗ Немачке у коме се као добра која се могу заштитити помињу „живот, тело, слобода, част, имовина или неко друго правно добро“. Граматичким тумачењем долазимо до закључка да су поменута правна добра само примера ради наведена у параграфу 34 КЗН. Према судској пракси, породични мир може бити изложен опасности (BGH, Urt. v. 15. 5. 1979 – 1 StR 74/79 (NJW 40/1979, 2053)). Из одредбе о крајњој нужди произлази да је сврха овог института превасходно заштита индивидуалних правних добара, али то не значи да се општа добра не могу спасавати позивањем на параграф 34 КЗ Немачке. Ипак, у теорији је заузет став да се од општих добара може отклањати опасност, али само под условом да се на тај начин посредно штите индивидуална добра (Kindhäuser, Neumann, Paefgen, 2005:1205). На пример, предузимањем радње којом се отклања опасност која угрожава безбедно одвијање саобраћаја посредно се штите и индивидуална правна добра (живот, телесни интегритет, имовина итд.).

Поједини аутори сматрају да је појам правног добра које се може заштитити крајњом нуждом прешироко одређен, што има за резултат да се сваки правни интерес може заштитити позивањем на овај институт. Истиче се да се опасност не може отклањати од општих правних добара у смислу параграфа 34 КЗ Немачке, јер држава има суверено право да брине о њиховој заштити. Осим тога, укључивање грађана у заштиту општих добара може проузроковати несагледиве последице, односно проузроковати више

штете него користи (Erb, 2003:1367-1368). На пример, јасно је да се грађанима не може дозволити да врше интервенције у циљу заштите јавног реда и мира, као општег добра. Према овом мишљењу, заштита општих добара позивањем на крајњу нужду је дозвољена изузетно, уколико су испуњена два услова: 1. ако држава својим нечињењем пропусти да врши своју функцију, и 2. ако би непредузимање радње отклањања опасности проузроковало тешке последице. У нашој кривичноправној теорији се начелно не искључује могућност да поједина општа добра буду заштићена применом одредбе о крајњој нужди (Стојановић, 2011:133).

Треба прихватити становиште да није сагласно праву отклањање опасности од општих добара. Наведени разлози који се у прилог томе истичу у немачкој теорији су оправдани. Осим тога, ако као полазиште расправе о овом проблему прихватимо став да се општа добра не могу штитити позивањем на нужну одбрану (осим ако и индивидуална добра нису посредно угрожена) (Krause, 1979:335), тим пре се учинилац не може позвати на крајњу нужду. Уколико није дозвољено штитити општа добра повредом или угрожавањем лица које предузима противправни напад на та добра, још је мање разлога да се дозволи отклањање опасности повредом или угрожавањем добра лица које ни на који начин није допринело проузроковању опасности. Осим тога, анализом члана 20 КЗ Србије („учинилац отклони од свог добра или добра другог“) и параграфа 34 КЗ Немачке („да би од себе или другог отклонио“) долазимо до закључка да је законодавац имао на уму заштиту пре свега индивидуалних правних добара. Наравно, ако отклањање опасности која угрожава општа добра истовремено значи заштиту индивидуалних правних добара, учинилац се може позвати на крајњу нужду.

Сматрамо да не треба прихватити мишљење према коме уколико држава не интервенише правовремено у циљу заштите општих добара, појединци могу отклонити опасност позивањем на крајњу нужду. Поље примене крајње нужде је већ довољно проширено могућношћу да се овај основ искључења противправности примени уколико се заштитом општих добара посредно штите индивидуална добра. Због тога је непотребно примењивати крајњу нужду и у случајевима када општа добра остану без заштите јер их држава не штити. У прилог томе иде и чињеница да нема поузданог критеријума да ли је реакција надлежних државних органа у циљу заштите општих добара правовремена, тј. реч је о фактичком питању. Према томе, ово решење се не може прихватити јер без оправдања шири поље примене крајње нужде, а с друге стране, не доприноси правној сигурности.

Код крајње нужде су у највећем броју случајева за одлуку суда о примени овог института заинтересовани учинилац који штити своје или туђе правно добро, друго лице чије се добро штити, и треће лице чије се добро жртвује. Међутим, могуће је замислити ситуацију у којој добро које се шти-

ти и добро које се жртвује припадају истом лицу (на пример, спасава се живот ускраћивањем слободе кретања) (Engländer, 2010:15), као и ситуацију у којој добро које се штити може да буде спасено само излагањем опасности која је мањег интензитета (на пример, опасност по живот се отклања давањем лекова који угрожавају здравље) (Schönke, Schröder, 2001:641).

Нема сумње да се позивањем на крајњу нужду може отклонити опасност од свог или туђег правног добра, под истим условима. Спорно је да ли је при отклањању опасности која угрожава другог потребна сагласност лица чије се добро штити. Ово питање се може поставити и код нужне одбране, тј. нужне помоћи. Наше је мишљење да код нужне одбране сагласност није потребна јер је реч о сукобу права и неправа у коме предност треба дати праву. У немачкој теорији је заузет став да, у начелу, отклањање опасности од правних добара другог није дозвољено без сагласности тог лица (Kindhäuser, Neumann, Paeffgen, 2005:1208). Истиче се да примена одредбе о крајњој нужди без сагласности долази у обзир само изузетно: 1. уколико имаоца правног добра није способан да се сагласи са отклањањем опасности (на пример, изгубио је свест); 2. сагласност се претпоставља (нпр. да би га спасили од пожара, родитељи бацају дете ватрогасцима који га хватају); 3. уколико лице које се спасава покушава да изврши самоубиство (Schönke, Schröder, 2001:641). Ово се може прихватити пре свега због тога што је код крајње нужде реч о сукобу права и права, због чега није дозвољено спасавање једног правног добра на рачун другог без сагласности имаоца добра које се спасава. За разлику од нужне одбране, правни поредак код крајње нужде није нарушен, већ је реч искључиво о сукобу индивидуалних правних добара. Због тога не видимо разлог да радња отклањања опасности буде предузета против воље лица чије је добро угрожено (осим у поменутих случајевима који представљају изузетак од правила). Према томе, при решавању овог проблема се треба ослонити на аутономију воље. Није од значаја ни околност да је према правилима струке сврсисходно отклонити опасност која прети, што најбоље видимо из норми које регулишу пружање медицинске помоћи, према којима је она условљена пристанком пацијента (Engländer, 2010:16).

Временски услов крајње нужде је истовременост опасности и отклањања опасности, произлази из параграфа 34 КЗН. Обично се каже да је опасност истовремена док траје и то је тачно, али се може поставити питање на основу којих критеријума утврдити да опасност траје. Према једном мишљењу, опасност је истовремена уколико може у времену које непосредно предстоји (опасност да лице искрвари или да изгуби живот утапањем у реци), или у дужем периоду да се преобрази у повреду заштићеног правног добра (Grebing, 1979:103). Према томе, за разлику од нужне одбране код које је напад истовремен уколико траје или непосред-

но предстоји, код крајње нужде повреда не мора да наступи у времену које непосредно предстоји.

У вези са временским условом опасности у нашој теорији је оправдано критикован став да стање крајње нужде подразумева и опасност која непосредно предстоји, јер и опасност која непосредно предстоји јесте опасност (Стојановић, 2011:133). Треба прихватити становиште да је опасност истовремена ако у дужем периоду може да се преобрази у повреду, јер је због природе опасности која прети њено отклањање могуће само уколико се радња предузме одмах (Erb, 2003:1374). Уколико изостане деловање учиниоца у садашњем времену, отклањање опасности у будућности неће бити могуће. Кључни критеријум је неопходност тренутног деловања, док, с друге стране, није од значаја да ли је вероватно да повреда заштићеног правног добра буде проузрокована у садашњости, ближој или даљој будућности. Може се поставити питање да ли је опасност истовремена уколико је њено отклањање у будућем времену могуће, али је условљено знатно већим ризицима. Прихватамо становиште да је у овом случају испуњен временски услов крајње нужде (Roxin AT/I 16/17, према: Kindhäuser, Neumann, Paeffgen, 2005:1214). Учиниоца се налази пред избором да предузме радњу отклањања опасности или да пасивно посматра уништење или оштећење угроженог правног добра. На пример, прекида се трудноћа у раној фази јер би у каснијем стадијуму или при порођају живот пацијенткиње био угрожен.

Посебна врста опасности која се у немачкој теорији сматра истовременом је трајна опасност, односно перманентно угрожавање. За овај вид опасности је карактеристично да се не може са сигурношћу одредити када ће наступити повреда правног добра, јер се то може догодити сваког тренутка у садашњем времену или у будућности (Schönke, Schröder, 2001:644). На пример: 1. трајна је опасност од трошне куће која се у сваком тренутку може срушити; 2. опасност од душевног болесника који у сваком тренутку може повредити неког од чланова домаћинства, због чега га они изолују закључавањем у посебну просторију. Наведени пример душевног болесника илуструје комплексност временског услова крајње нужде и нужне одбране, као и међусобну повезаност ових основа искључења противправности. Сматрамо да се учинилац може позвати на нужну одбрану уколико врста обољења и друге околности указују да у сваком тренутку душевни болесник може предузети напад. Уколико околности указују да напад од стране оболелог лица неће бити предузет у времену које непосредно предстоји, али је могућ у ближој или даљој будућности, учинилац може изоловати болесника позивајући се на крајњу нужду. Овде је потребно нагласити да у немачкој теорији преовладава мишљење да напад у смислу нужне одбране може бити предузет само са умишљајем, што значи да напад који долази од стране неурачунљивих лица треба квалификовати као опасност у смислу крајње нужде (Otto, 1975:577).

Истовременост опасности која у дужем периоду који предстоји може да се преобрази у повреду послужила је као основ за став да је лишавање живота супруга тиранина за време док спава у складу са одредбом параграфа 34 КЗН (Kindhäuser, Neumann, Paeffgen, 2005:1215). За решавање овог проблема битан је одговор на питање да ли је испуњен поменути услов неопходности тренутног деловања, односно да ли је супруга могла у времену које предстоји да на други начин отклони опасност која јој прети од супруга насилника. Сматрамо да је овде реч о фактичком питању, на које треба одговорити узимајући у обзир све околности конкретног случаја. Због заштите живота као најважнијег правног добра потенцијалне жртве убиства произлази да изузетно треба дозволити примену одредбе о крајњој нужди. Наравно, само под условом да је насилник угрожавао живот сопствене супруге и да из околности случаја произлази да отклањање опасности на други начин (на пример, напуштањем заједнице живота) није било могуће. Иако разлози у прилог оправдања убиства насилника док спава имају значај, овај приступ проблему не делује убедљиво, јер је тешко замислити да супруга не може на други начин да отклони опасност.

Из члана 20 КЗ Србије који прописује услове за примену крајње нужде произлази да опасност мора бити нескривљена. Према општеприхваћеном ставу теорије у нашој земљи, опасност је скривљена уколико учинилац са умишљајем или нехатом проузрокује угрожавање правних добара. Учиниоцу који је сам изазвао опасност, али из нехата, казна се може ублажити. Према томе, ако је опасност изазвана без кривице, учинилац има право да је отклони позивајући се на крајњу нужду (Стојановић, 2011:133).

Супротно томе, у немачком кривичном законодавству је прихваћена потпуно другачија концепција. Законодавац у параграфу 34 КЗ уопште не помиње услов нескривљене опасности. Ипак, у теорији постоји јединствено мишљење да у случају намерне провокације учинилац нема право на крајњу нужду (уколико са умишљајем изазове стање крајње нужде, да би при отклањању опасности повредио туђа правна добра) (Erb, 2003:1395). Дакле, намерна провокација стања крајње нужде је по својој структури веома слична намерној провокацији код нужне одбране, али нису идентичне. Код намерно испровоциране нужне одбране повреди или угрожавању правних добара не доприноси само провокатор, већ и провоцирани који предузима противправни напад. С друге стране, код намерно испровоциране крајње нужде изазивање опасности је искључиво кривица учиниоца. Ово разликовање има значај јер се намерни провокатор код нужне одбране може под одређеним условима позвати на нужну одбрану (Рисимовић, 2012:63). То значи да правна добра провокатора нису у потпуности без заштите, јер се уз бројна ограничења (дужан је да се спаси бекством, да трпи напад и лаку телесну повреду) ипак може позвати на нужну одбрану (Jescheck, Weigend, 2003:346-347).

Може се поставити питање да ли треба искључити могућност примене оправдавајуће крајње нужде код намерне провокације уколико у конкретном случају постоји екстремна диспропорција вредности правних добара у сукобу. При разматрању овог проблема у немачкој теорији се често користи пример лица које сатима плива желећи да неовлашћено уђе на острво које је у приватном власништву, ризикујући давлeње због исцрпљености. Дакле, лице је са умишљајем довело у опасност сопствени живот знајући при томе да је једини начин да се отклони опасност ступање на острво, што неизбежно значи нарушавање приватности и спокојства власника. Овде се поставља питање да ли се његово понашање (ступање на острво) може квалификовати као противправно, или је сагласно праву применом одредбе о оправдавајућој крајњој нужди. Према једном мишљењу, његово понашање је сагласно праву због екстремне диспропорције вредности правних добара у сукобу, што значи да власник острва нема право да лице које ступа на његов посед гурне у воду, позивајући се на нужну одбрану (што би због психофизичке исцрпљености незваног госта сигурно проузроковало његово давлeње) (Kindhäuser, Neumann, Paeffgen, 2005:1228-1229). Супротно томе, истиче се да намерни провокатор нема право да се позове на крајњу нужду, чак и уколико су му угрожени живот и здравље као највреднија правна добра, без обзира што отклањање опасности ступањем на острво подразумева изазивање минималне штете (Erb, 2003:1396). Екстремна диспропорција вредности правних добара у сукобу је важна околност, али она може имати утицаја само на примену социјално-етичких ограничења нужне одбране од стране лица које предузима одбрамбену радњу (власник острва), сматрају заступници овог мишљења. Због ограничења у предузимању одбране власник острва нема право да уморног пливача гурне назад у воду, јер би у супротном прекорачио границе нужне одбране.

Ми сматрамо да треба прихватити схватање према коме без обзира на екстремну диспропорцију вредности правних добара у сукобу, у случајевима намерно изазване опасности учинилац поступа противправно при отклањању опасности. Наравно, не доводимо у сумњу потребу да због околности догађаја и његови интереси буду заштићени. Социјално-етичка ограничења нужне одбране су инструмент који може послужити тој сврси. Власник поседа може заштитити своје легитимне интересе позивајући се на нужну одбрану, не угрожавајући при томе живот незваног госта. Бројни су примери који се наводе у доктрини кривичног права из којих прилази да лице које предузима одбрану нема право да лиши живота нападача (или да му нанесе тешку телесну повреду или здравље тешко наруши), иако је то једини начин да се одбије напад. На пример, фармер нема право да пуца на лица која краду воће, што не значи да радња одузимања воћа није противправна (Lenckner, 1968:5). Очигледно је да лице које у наведеном примеру покушава да ступи на острво на тај начин крши прописе, свесно је проти-

вправне радње коју предузима и хоће да је предузме. Због тога не видимо ни један разлог да предузета радња не буде противправна, односно да се власнику поседа ускрати право на (ограничену) нужну одбрану.

Треба нагласити да се не доводи у питање примена оправдавајуће крајње нужде уколико је опасност изазвана нехатом, став је теорије и судске праксе (Schönke, Schröder, 2001:668; Beschl. v. 26. 5. 1978 – 3 Ob Owi 38/78 (NJW 40/1978, 2046)). Разлог треба тражити у примени начела солидарности, које је једно од полазишта у свим разматрањима овог института. У складу с тим, у Немачкој је одбачено правило према коме „ко изазове опасност, треба и да трпи последице“, јер је противно принципима хуманности, солидарности и заштите значајнијег правног добра. Смисао института оправдавајућа крајња нужда је да се из сукоба правних добара изађе са што мање штете за друштво и имаоце добара, при чему није од одлучујућег значаја како су правна добра дошла у сукоб. На то указује параграф 34 КЗ Немачке, према коме примена оправдавајуће крајње нужде подразумева да „код просуђивања супротстављених интереса, значајно претеже штета која прети заштићеном интересу“. Због значајно веће штете која прети заштићеном интересу, нехатом изазвана опасност се не узима у обзир као разлог да се не примени одредба о оправдавајућој крајњој нужди. Међутим, уколико је учинилац сам изазвао опасност, искључено је позивање на извињавајућу крајњу нужду, прописано је параграфом 35 КЗН.

На крају, треба рећи да скривљена опасност може послужити као критеријум избора чије правно добро ће бити жртвовано, уколико припадају различитим лицима. Лице које је скривило опасност треба да трпи радњу отклањања опасности, пре него треће лице које није допринело стању крајње нужде (Kindhäuser, Neumann, Paeffgen, 2005:1217). Осим тога, ако је могуће опасност отклонити на штету добара угроженог лица, није оправдано жртвовати добра трећих лица. Наравно, само под условом да не постоји велика несразмера између вредности правних добара лица које је скривило опасност и угроженог лица на једној страни, у односу на вредност добара трећег лица, на другој страни.

Примена одредбе о крајњој нужди из параграфа 34 КЗН је могућа само под условом да је опасност стварна (реална). Уколико учинилац има погрешну представу да је неко правно добро изложено опасности (тзв. путативна крајња нужда), примениће се аналогно параграф 16 КЗН, који регулише стварну заблуду, иако то *Законом* није изричито прописано (Jescheck, Weigend, 2003:308). Важно је напоменути да путативна крајња нужда не подразумева само погрешну представу учиниоца о постојању опасности, већ и о њеном интензитету, истовремености опасности и другим стварним чињеницама које су релевантне за примену параграфа 34 КЗН. Према томе, стварна заблуда је заснована на једноставном принципу: заблуда учиниоца о стварним чињеницама искључује његов умишљај. Из параграфа 16 КЗН,

који регулише стварну заблуду, произлази да кажњавање за нехатно извршење дела остаје недирнуто, што значи да ће бити кажњено лице које је било у отклоњивој заблуди да постоји стање крајње нужде. У вези с тим, у кривичноправној литератури је заузет став да при утврђивању нехата као облика кривице треба узети у обзир посебно психичко стање учиниоца, који мора брзо да донесе одлуку о отклањању опасности која (тобоже) прети заштићеном добру (Schönke, Schröder, 2001:659).

Међутим, уколико учинилац има реалну предству о стању крајње нужде, али погрешно процени да су испуњени услови из параграфа 34 КЗН, који прописује да „значајно претеже штета која прети заштићеном интересу“, односно да је кривично дело „прикладно средство за отклањање опасности“, треба узети да постоји правна заблуда прописана у параграфу 17 КЗН (Erb, 2003:1415).² Ерб критикује постојећу концепцију стварне заблуде у немачком законодавству истичући да су кривична дела остварена у стању крајње нужде, за разлику од кривичних дела учињених у стању нужне одбране, најчешће дела за која законик не прописује кажњавање за нехат. Због тога се учиниоци дела у путативној крајњој нужди, упркос својој лакомислености, веома често не кажњавају.

Отклањање опасности

Параграф 34 КЗН прописује да је примена института крајње нужде могућа под условом да се опасност „на други начин није могла отклонити“, тј. да је отклањање опасности неопходно. У теорији је истакнуто да, за разлику од нужне одбране, овај услов није остварен уколико је угрожено лице могло да се спасе бекством или позивањем надлежних државних органа који би отклонили опасност (Lenckner, 1965:79). Разумљиво је да законодавац поставља овај захтев јер тако штити правна добра лица чије се правно добро жртвује при отклањању опасности. Супротно томе, код нужне одбране није оправдано очекивати од нападнутог понижавајуће бекство од особе која предузима противправни напад, јер би то значило давање предности неправу у односу на право (Morgenstern, 2006:254).

Да би радња отклањања опасности била релевантна у смислу параграфа 34 КЗН, није потребно да постоји висок степен вероватноће да ће учинилац остварити циљ, односно спасити угрожено добро. Међутим, уколико постоји мала шанса са спасавање добра, одредба о крајњој нужди се не може применити. При одлучивању о постојању одређеног степена вероватноће да ће угрожено добро бити спасено, узима се у обзир став просечног човека о овом проблему (Kindhäuser, Neumann, Paeffgen, 2005:1216). Ако би просечан човек покушао да отклони опасност, то указује на оправданост

² Параграф 17 КЗН прописује да је искључена кривица учиниоца уколико предузима радњу у неотклоњивој правној заблуди, док се у случају отклоњиве заблуде казна може ублажити.

примене крајње нужде. На пример, лице које под утицајем алкохола великом брзином вози повређеног у болницу нема реалне шансе да му помогне, већ му може нанети штету.

Према томе, радњу отклањања опасности одликује неопходност, што значи да мора, с једне стране, бити ефикасна у погледу заштите угроженог добра, док с друге стране, у погледу добра које се жртвује, мора му нанети најмању штету (Schönke, Schröder, 2001:645). Уколико лице које предузима радњу отклањања опасности има могућност избора, дужно је да употреби најблаже средство, најблажи начин (Kindhäuser, Neumann, Paeffgen, 2005:1216). На пример, лице под утицајем алкохола треба да телефоном позове хитну помоћ ради спасавања повређеног (или да позове такси), уместо да га превезе до болнице. Уколико учинилац на располагању има средство или начин отклањања опасности који су блажи, али су у мањој мери ефикасни или нису ефикасни, употреба тог средства или начина долази у колизију са принципом да је отклањање опасности дозвољено само уколико постоји реална шанса да угрожено добро буде спасено, о чему је у овом раду већ било речи. Према томе, ако се утврди значајан додатни ризик који је повезан са употребом блажег средства, дозвољена је употреба агресивнијег средства. Ако је учиниоцу на располагању само једно средство (начин) за отклањање опасности, употреба тог средства је неопходна (опасност се није могла отклонити на други начин, осим употребом тог средства).

Из параграфа 34 КЗН произлази да код процене супротстављених интереса треба посебно узети у обзир значај погођених правних добара и степен опасности који им прети. Међутим, не треба занемарити вероватноћу спасавања угроженог правног добра уколико отклањање опасности подразумева ризик (Engländer, 2010:15). Неопходност радње отклањања опасности условљена је и поређењем вредности правних добара у сукобу. Једноставно речено, уколико је жртвовано правно добро вредније од заштићеног добра, не може се говорити о неопходности у смислу оправдавајуће крајње нужде (Erb, 2003:1429).

Наше је мишљење да поређење вредности сукобљених добара има значај при процени да ли је учињено зло веће, исто или мање од зла које је претило. Да ли је у конкретном случају било могуће отклонити опасност на други начин је фактичко питање, што значи да при утврђивању неопходности треба узети у обзир све релевантне околности догађаја. На пример, лекар вози повређеног у болницу и услед велике брзине изазове саобраћајну незгоду у којој је погинуо пешак. При процени неопходности радње отклањања опасности треба узети у обзир да ли је постојао алтернативни начин да се повређеном пружи помоћ, али и степен ризика коме је био изложен повређени, степен угрожавања пешака непрописном вожњом, значај правовремене лекарске интервенције за спасавање повређеног итд. (Haft, 1990:100). Дакле, нема прецизних критеријума на основу којих би у

сваком појединачном случају утврдили да ли је радња предузета у крајњој нужди неопходна.

При процени супротстављених интереса треба узети у обзир коме припадају правна добра, јер је могуће да се радњом отклањања опасности повреде или угрозе различита правна добра истог лица или правна добра различитих лица. У првом случају је кључни принцип аутономије воље, јер уколико су у конфликту интереси једног лица, оно мора да одлучи које ће правно добро бити жртвовано. То значи да је учиниоцу потребна сагласност оштећеног за предузимање радње отклањања опасности, а уколико не постоји могућност давања сагласности или лице коме припадају добра одбије сагласност, одлучује се на основу претпостављене сагласности.

Ако добра припадају различитим лицима, одлуку о томе које ће бити жртвовано доноси учинилац, узимајући у обзир њихов значај и интензитет повреде или угрожавања тих добара (Erb, 2003:1380). На пример, учинилац ће одлучити да ли да неовлашћено уђе у кућу и телефоном позове хитну помоћ или ће у алкохолисаном стању повређеног возити у болницу. Не треба посебно образлагати да је мање зло телефонски позив, иако ће у кућу ући неовлашћено. У оваквим случајевима је сагласност лица коме припада жртвовано добро релевантна само под условом да је ризик отклањања опасности исти у поређењу са ризиком отклањања опасности жртвовањем правног добра лица које није дало сагласност (Kindhäuser, Neumann, Paeffgen, 2005:1217). На пример, за транспорт повређеног се могу користити возила лица А и Б. Уколико лице А ускрати сагласност за коришћење свог возила, а лице Б се сагласи, јасно је да треба повређеног превести до болнице возилом чији је власник лице Б.

Уколико радња отклањања опасности није била неопходна, учинилац је прекорачио границе крајње нужде. Међутим, у том случају је противправност предузете радње умањена, што треба узети у обзир при одмеравању казне (Schönke, Schröder, 2001:660). О умањеном неправу се може говорити и у свим другим случајевима када нису испуњени услови за примену крајње нужде али је, с обзиром на околности, догађај веома сличан стању крајње нужде.

У немачкој литератури преовладава мишљење да је субјективни елемент крајње нужде воља учиниоца да отклони опасност. Према ставу који заступа судска пракса (BGH v. 15. 1. 1952 – 1 StR 552/51), уколико изостане субјективни елемент крајње нужде, искључена је примена параграфа 34 КЗН, тј. дело је противправно (Erb, 2003:1414). Ово становиште се не доводи у сумњу, јер је противправна она радња која је предузета у циљу извршења неког кривичног дела, а не ради отклањања опасности. На пример, лице А превезе повређеног у болницу, али не са циљем да га спасе, већ са циљем да се удаљи са места саобраћајне незгоде коју је проузроковао, и на тај начин избегне сусрет са полицијским службеницима. Воља учиниоца подразумева свест о стању крајње нужде и вољу да отклони опасност. Није

од значаја познавање одредбе КЗН која регулише овај институт.

Спорно је питање да ли радњу учиниоца у случају изостанка субјективног елемента треба квалификовати као покушај или свршено дело. У нашој доктрини је заузет став да, с обзиром на чињеницу да опасност објективно постоји, последица дела која је проузрокована противправном радњом сама по себи није противправна. Због тога се противправност делимично искључује, што указује на то да постоји некомплетно кривично дело на које би требало применити правила о кажњавању за покушај (Стојановић, 2011:130). Ово мишљење заступају и поједини аутори у немачкој теорији (Schönke, Schröder, 2001:660).

Закључак

После разматрања овог института у кривичном праву Немачке сматрамо да треба применити диференцирајућу теорију о крајњој нужди у *Кривичном законнику Србије*. У прилог томе истичемо да није сврсисходно једном одредбом регулисати: 1. остварење кривичног дела ради спасавања знатно вреднијег правног добра; 2. остварење кривичног дела ради спасавања добра које је истог или незнатно већег значаја у поређењу са добром које се жртвује. У првом случају нема никакве сумње да је правни поредак сагласан са радњом којом се отклања опасност (оправдавајућа крајња нужда која искључује противправност), док је у другом случају спорно да ли се може рећи да је сагласно праву учинити дело. Правни поредак је равнодушан у погледу исхода тог сукоба јер он укључује добра сличне вредности. Због тога се, уз испуњење одређених услова, може говорити о извињавајућој крајњој нужди која искључује кривицу.

На примену диференцирајуће теорије упућује у овом раду образложено схватање скривљене опасности. Јасно је да у случају нехатом изазване опасности треба применити институт оправдавајуће крајње нужде због значајно веће штете која прети правном добру које се штити. Смиао оправдавајуће крајње нужде је спасавање знатно вреднијег правног добра, при чему није од одлучујућег значаја како су добра дошла у сукоб. Супротно томе, ако учинилац са нехатом изазове опасност, искључено је позивање на извињавајућу крајњу нужду.

Литература

1. Engländer, A., (2010). *Die Anwendbarkeit von 34 StGB auf intrapersonale Interessinkollisionen*, GA 1, Heidelberg.
2. Erb, V., (2003). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, München.
3. Grebing, G., (1979). *Die Grenzen des rechtfertigenden Notstand im Strafrech*, GA 3, Heidelberg.
4. Haft, F., (1990). *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München.

5. Jescheck, H. H., (1978). *Lehrbuch des Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Berlin.
6. Jescheck, H. H., Weigend, T., (2003). *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, Berlin.
7. Kindhäuser, U., Neumann, U., Paeffgen, H. U., (2005). *Strafgesetzbuch*, Baden-Baden.
8. Коларић, Д., (2009). *Кривично дело убиства детета при порођају у Кривичном законнику Србије*, Безбедност 1-2, Београд.
9. Павловић, Д., (1998). *Превод са немачког: Кривични законик Савезне Републике Немачке са Уводним законом за кривични законик и Војно кривичним законом*, Београд.
10. Krause, F. W., (1979). *Zur Einschränkung der Notwehrbefugnis*, GA 9, Heidelberg.
11. Lenckner, T., (1968). „Gebotensein“ und „Erforderlichkeit“ der Notwehr, GA 11, Heidelberg.
12. Lenckner, T., (1965). *Der rechtfertigende Notstand*, Munster.
13. Morgenstern, C., (2006). *Referendarexamensklausur – Strafrecht: Unterschlagung und Notwehr*, JuS 3, München.
14. Otto, H., (1975). *Personales Unrecht, Schuld und Strafe*, ZStW 3, Berlin.
15. Renzikowski, J., (1994). *Notstand und Notwehr*, Berlin.
16. Рисимовић, Р., (2012). *Нужна одбрана у кривичном праву*, Београд.
17. Рисимовић, Р., (2012). *Изазвана нужна одбрана*, Безбедност, год. 53, бр. 2, Београд, стр. 168-182.
18. Schönke, A., Schröder, H., (2001). *Strafgesetzbuch – Kommentar*, München.
19. Стојановић, З., (2011). *Кривично право – опити део*, Београд.

Necessity in German Criminal Law

Abstract: *The subject of this paper is necessity in the German Criminal Law. Special attention is given to the concept and the legal nature of necessity, terms and limits for the application of this institute in the country. An explanation has been given of the so called differentiating theory of necessity in German Criminal Law according to which there are two types of the institute: justifying and excusing. The closing part of the paper gives reasons in favor of accepting the differentiating theory in our country. The following reasons are presented. It is not appropriate to regulate in one provision: 1) the perpetration of a crime in order to save more valuable legal interest and 2) the perpetration of a crime in order to save interest having the same or smaller importance as compared to the interest which is injured or endangered. The opinion of German theories of provoked danger also favours the differentiating theory. In order to enable better understanding of the topics dealt with in this paper, a few of court rulings from German judicial practice are considered.*

Keywords: *necessity, justifying, excusing, self-defence.*