

др Милош Бабић
професор на Правном факултету
Универзитета у Бања Луци

НЕСКРИВЉЕНОСТ КАО ЕЛЕМЕНАТ УСТАНОВЕ ИЗ ЧЛ. 10. КЗ РС И КЗ СРЈ

Предмет размишљања у овом раду је проблематика која је веома ријетко расправљана у нашој домаћој кривичној правној доктрини. Ријеч је о ишћању нескривљености, проблему који представља значајан теоријски и практични проблем установе крајње нужде. Аутор излаже теоријска схваћања и законска рјешења улазећи посебно у компаративне анализе европских и латиноамеричких земаља, с посебним ишћањем њемачке и аустријске легислативе и доктрине које су у овој материји кривичног права у сваком погледу и најразвијеније.

На основу изложених владајућих доктринарних схваћања и легислативних рјешења, у раду се заузима критичан став према рјешењу овог елемента у нашем садашњем кривичном законодавству. Стога се *de lege ferenda* предлаже да се елемент нескривљености не односи и на нехотино скривљење стања крајње нужде, односно скривљење настало усљед несвјесног нехата. У таквим случајевима би се препоручило суду да према околностима сваког случаја ишче да ли је или није оправдано признавање привилегије ове установе. Међутим, аутор на крају ипак предлаже да се напусти садашња, од Новеле из 1959. године, неусклађена концепција изв. јединствене крајње нужде (коју више не познаје гојово ниједно европско кривично законодавство) и да се пријегне на (углавном двије) више врста ове установе у смислу теорија диференцирања и да се овај елемент законски уреди у зависности од врсте и природе крајње нужде. Овакво рјешење према аутору је владајуће у савременом кривичном законодавству.

Кључне ријечи: *Нескривљеност (скривљеност). – Јединствена крајња нужда. – Теорије диференцирања. – Помоћ у нужди. – Крајња нужда која искључује противправност. – Крајња нужда која искључује виност или (и) кажњивост.*

I. При колизионим ситуацијама у којима је дјело којим се отклања опасност углавном управљено на повреду добара једног трећег и у опасности несудјелујућег лица, односно у којима правна добра начелно уживају подједнаку правну заштиту, правни поредак не може одобрити било какав излаз којим се наноси штета правним добрима наведених лица у таквим случајевима. Стога је сасвим разумљиво што се код установе крајње нужде постављају многи услови у доста строгој форми да би дјело учињено у таквој

ситуацији било *ојравдано* и (или) *некажњиво*. Један од тих услова је и *нескривљеност стања крајње нужде*, који представља значајан теоретски и практични проблем. То значи да се оно лице које је само скривљено проузроковало стање опасности које је запријетило и његовим добрима, неће моћи позивати на привилегију ове установе ако у заштити тих добара повриједи добро неког трећег лица.

Савремена кривична законодавства углавном предвиђају овај елемент као обавезни услов установе крајње нужде. И наше кривично законодавство је позивање на привилегију коју нуди ова установа редовно условљавало нескривљеношћу стања опасности. С обзиром да, бар према досадашњим ставовима наше теорије, питање крајње нужде иде у ред оних питања која би у наредној реформи нашег кривичног законодавства требала бити мање или више ревидирана, аутор овог прилога ће покушати дати свој скромни допринос његовом потпунијем и јаснијем законском уређивању.

II. *Елемент нескривљености* представља један од сложенијих услова установе крајње нужде и у вези с тим треба одговорити на два питања. Прво се односи на то у чему се састоји сама скривљеност, да ли она треба обухватити само опасност као такву, или је поред тога потребно да скривљеност постоји и у односу на то да ће се опасност морати отклањати повредом туђих правних добара. Друго питање се односи на оправданост истицања овог услова као битне претпоставке за постојање установе крајње нужде. Теоријска мишљења се крећу од оних која овај елемент истичу као битну претпоставку ове установе до оних који полазе од тога да он није елемент који треба да условљава позивање на крајњу нужду, чак ни у случајевима када је опасност била изазвана умишљајно од учиниоца. Једни скривљеност свде на психички однос према самој опасности, док други сматрају да је за постојање скривљености неопходно да је постојао одређени психички однос и према отклањању опасности.

Старија наука кривичног права углавном је стајала на становишту према којем је нескривљеност један од услова постојања крајње нужде. (1) Овакво схватање владајуће је и у нашој кривичноправној литератури. (2) У њемачкој и аустријској теорији овај

(1) На тај начин нпр. Meyer-Alfred, Schwartz, Olshausen, Moriaud, Живановић. Према Т. Живановићу, *Кривично право, ошшти део II*, с. 146. В. и нап. 2. Исто тако и Berner, Binding, Finger, Mezger, Frank, Caraga, Трајнин, Тагањцев. В. код Паше-Озерскиј, *Неободимаја оборона и крајња неоходимост*’ по совјетском уголовном праву, Москва, 1962, с. 153, нап. 2.

(2) В. Коментар КЗ СФРЈ (А. Стајић), с. 60; Срзентић, Стајић, Лазаревић, *Кривично право Југославије*, Београд, 1994, с. 143; Т. Живановић, *оп. сит.*, с. 146; Ј. Таховић, *Коментар Кривичног законика*, Београд, 1957, с. 98; М. Радовановић, *Кривично право, ошшти део*, Београд, 1975, с. 104; Јб. Јовановић, *Кривично право, ошшти део*, с. 145; Б. Чејовић, *Кривично право, ошшти део*, Ниш, 1995, с. 153. В. и наш рад, *Крајња нужда у кривичном праву*, Вања Лука, 1987, као и рад М. Томановић, *Нужна одбрана и крајња нужда*, Београд, 1995.

услов се истиче само код крајње нужде која искључује виност, док се код крајње нужде која искључује противпоравност не појављује као услов, али се може оцјењивати у оквиру питања прикладности дјела крајње нужде. (3) То произилази из учења које је владајуће у кривичноправној теорији ових земаља које се базира на *изв. теоријама диференцирања* према којима овај елемент није неопходан у свим случајевима крајње нужде. У кривичноправној теорији земаља бившег реал-социјализма, елемент нескривљеност углавном се није спомињао као обавезан услов установе крајње нужде, нити су га законодавства ових земаља нормирала у одредбама у којима је регулисана ова установа. (4)

Једни аутори елемент нескривљености истичу у врло оштрој форми. Тако је још Binding врло строго и кратко изјавио: „Ко се у опасност ставио нека у њој и пропадне”. (5) Срзентић, Стајић, Лазаревић наглашавају да се лице чијом је кривицом, а то значи умишљајно или нехатно, проузрокована опасност за правна добра не може позивати на крајњу нужду ако у спасавању свог добра повриједи туђе. (6) Lenckner истиче да уколико се угрожено лице на лакомислен и предбациван начин упустило у стање нужде у коме може да отклони опасност само на штету трећег лица које у овом не судјелује, зашто се онда не би могло прихватити да су његова добра мање достојна заштите од оних оног другог. (7) Неки аутори изричито истичу да је неопходно постојање скривљености и у односу на другу страну крајње нужде, тј. на отклањање опасности. Тако нпр. Бачић наводи на лице које је само изазвало опасност, а било је свјесно или је могло бити свјесно да ће из његове дјелатности доћи до те опасности и да ће ту опасност која пријети њему или неком његовом добру, морати отклањати повредом туђег добра, нема право на крајњу нужду. (8) И у Објашњењима се истиче да не постоји крајња нужда ако је учинилац скривно не само опасност, већ ако је морао предвидјети и даље последице те опасности, тј. захват у туђе интересе. (9) Руски аутор Домахин сматра

(3) V. Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 19. Aufl. пар. 35. пар. 26; Th. Lenckner, *Der rechtfertigende Notstand*, Tübingen, 1965, с. 103-105; D. Kienapfel, *Der rechtfertigende Notstand*, OJZ, 1975, 16, с. 427; Foregger-Serini, *Strafgesetzbuch-StGB*, Wien, 1975, с. 24-26.

(4) В. Коментарј УК РСФСР, Москва, 1980, с. 20-30; Курс совјетскова уголовнова права (част' обшња), Том I, изд. Ленинград универзитета, 1968, с. 388-389; I. Andrejew *Polskie prawo karne*, Warszawa, 1978, с. 209; I. Andrejew, *Kodeks Karni (Krotki komentarz)* Warszawa, 1986, чл. 23, с. 36-38; W. Swida, *Prawo karne*, Warszawa, 1987, с. 151; W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa, 1975, с. 177; Lekschas-Renneberg, *Strafrechts*, Allg. Teil. (Lehrbuch), Berlin, 1978, с. 409 и даље.

(5) Према Lenckner, *op. cit.*, с. 103, 104.

(6) В. цит. уџб. с. 143. Слично и у Коментару КЗ СФРЈ, с. 60; код Таховића, *op. cit.*, с. 98.

(7) Lenckner, *op. cit.*, с. 103.

(8) Бачић: Кривично право, општа дио, Загреб, 1978, с. 211.

(9) Објашњења уз Нацрт КЗ ФНРЈ, 2. изд., „Сл. лист ФНРЈ”, 1951, с. 70.

да је стварање и отклањање опасности потребно посматрати у њиховом јединству и у том смислу и утврђивати психички однос. (10) Слично се овај елеменат одређује и у њемачкој кривичноправној литератури. (11)

Према другом теоријском схватању не мора се захтијевати другачије понашање учиниоца само због тога што је он скривио опасност. Полази се од тога да за лице које се налази у стању опасности није важно како се у њој нашло, већ како ће се од те опасности заштитити. У том смислу се наглашава да лице које је поступало у нужди може да има увјерење да је без своје кривице дошло у стање опасности, што код њега сасвим потискује мисао да спашавајући своја добра чини нешто што је забрањено. (12) Поред тога, тврди се да би било неоправдано када би закон искључивао стање крајње нужде у свим случајевима скривљености опасности, нпр. у случајевима несвјесног изазивања опасности. (13) Заступајући ово становиште и Kienapfel наглашава да не може бити говора о генералном ограничењу права на крајњу нужду у ситуацији стања нужде изазване властитом кривицом учиниоца. (14) Неки аутори сматрају да само умишљајно изазивање опасности искључује могућност позивања на крајњу нужду. Тако Чубински наводи да се само у случајевима намјерно изазване опасности учинилац не може позивати на крајњу нужду, док у случајевима нехатно изазваног стања нужде може, јер код тог облика виности воља никада није управљена на проузроковање посљедице. (15) Према Домахину кривична одговорност није искључена само тада када лице умишљајно изазива опасност, предвиђајући, желећи или допуштајући њено отклањање на штету других лица. Остали случајеви виног стварања опасности не могу условљавати постојање крајње нужде. У том смислу аутор наводи да могу бити такви случајеви када је лице умишљајно створило опасност, али није предвидјело могућност или неизбјежност повреде права трећих лица или ако је предвидјело могућност или неизбјежност повреде права трећих лица, али је не жели и не допушта је. Другим ријечима, лице у моменту стварања опасности нема за циљ њено отклањање или чак не допушта могућност њеног отклањања нарушавањем права дру-

(10) Домахин, *Крајњаја неопходимост' по совјетском уџоловному праву*, Москва, 1955, с. 63.

(11) В. нпр, Н. Н. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrecht*, Allg. Teil., 3. Aufl. s. 393; Schönke-Schröder, пар. 35, нап. 26.

(12) В. Бачић, *op. cit.*, с. 211.

(13) У том смислу Франк. В. *Казнено право*, Биљешке о опћем дијелу КЗ од 4. 12. 1947, с. 73.

(14) В. Kienapfel, *op. cit.*, с. 427.

(15) М. Чубински, *Научни и практични коментар КЗ Краљевине Југославије*, Београд, 1930, с. 86, 87.

гих лица, али тада када је опасност настала и започела да дјелује, таква потреба се као нужна наметнула. (16) Италијанска теорија тумачећи формулацију овог услова из одредбе о крајњој нужди из чл. 54. у којој се каже да учинилац није вољно изазвао опасност, истиче да је крајња нужда искључена само када је опасност изазвана умишљајно, при чему је спорно да ли се тиме обухвата и евентуални умишљај. (17) На сличан начин и шпанска теорија тумачи израз који користи њихов закон, према којем установа крајње нужде не смије бити изазвана намјерно („intencionalmente”) од стране наручиоца. (18)

У теорији постоји и једно треће схватање овог елемента које се углавном заснива на језичким изразима којима се понекад закони користе у регулисању услова нескривљености. Према овом гледишту само изазивање, проузроковање опасности искључује могућност позивања на крајњу нужду. Тако се у Коментару Општег дијела КЗ од 1948. године наводи да опасност не смије бити изазвана, тј. проузрокована од онога који се налази у крајњој нужди. (19) Интересантно је, међутим, да Франк исти овај услов интерпретира на тај начин што опасност не смије бити проузрокована свјесном дјелатношћу лица које се налази у крајњој нужди. Према овом аутору, тај закон није захтијевао да опасност буде нескривљена, јер не би било праведно када би закон искључивао стање крајње нужде у случајевима несвјесног изазивања опасности. (20)

Да се изрази „неизазвана” или „изазвана” могу тумачити различито, потврђује и стање у њемачкој кривичноправној теорији у којој је ово питање актуелизовано послје измјена у кривичном законодавству од 1974. године. Наиме формулација „нескривљена крајња пужда” из одредбе чл. 54. КЗ од 1871. године, замијењена је формулацијом „изазвана опасност”. Према Рена-Wasaffу и поред ове измјене која није само формулацијског карактера, већина аутора и даље инсистира на скривљености опасности. И сам аутор истиче да израз „изазвана опасност” који користи закон, а што није исто што и скривљена опасност, треба схватити као „скривљење”. (21) Међутим, многи аутори овај елеменат одређују објективно и свде га на само проузроковање, истичући да такво тумачење произилази из самог текста закона. Дакле, према овом ставу изазивање и проузроковање стања нужде, макар и нескрив-

(16) В. Домахин, *op. cit.*, с. 63-66.

(17) V. Pena-Wasaff, *Der entschuldigende Notstand*, Tübingen, 1979, с. 132.

(18) Ibid.

(19) В. нав. Коментар, с. 71.

(20) С. Франк, *op. cit.*, с. 73.

(21) Pena-Wasaff, *op. cit.*, с. 126.

љено, искључује могућност примјене крајње нужде која искључује виност. (22)

Мислимо да је за *скривљеност* одлучујуће да је учинилац био вин у односу на чињеницу да његово понашање може проузроковати опасно стање из кога може произаћи повреда извјесних добара. То значи да за постојање овог елемента није довољно да постоји виност учиниоца само у односу на *саму опасност као такву*. Неопходно је да је постојала виност и у односу на реализацију те опасности у конкретним условима, тј. у односу на *могућност повреде одређених правних добара*. Другим ријечима, неопходно је да је у вријеме предузимања свог понашања код учиниоца постојао умишљај или нехат у односу на то да ће његов поступак изазвати *принудну ситуацију, тј. опасно стање које ће зајријети и одређеним правнозаштитеним вриједностима*. Међутим, ваља имати у виду да се учиниоцу могу ставити на терет само оне могућности повреде које су за њега биле предвидиве у конкретној ситуацији. У противном, прихватили бисмо код крајње нужде рјешење које би значило негирање принципа субјективне, а увођење објективне одговорности. Прихватити схватање да постоји скривљеност чим је створена могућност за настајање одређених повреда без обзира да ли постоји виност учиниоца у односу на те повреде, уствари је прихватање принципа „*versari in re illicitae*”. Сама чињеница да је неко свјесно предузео одређене опасне дјелатности, не мора да значи да је он аутоматски био дужан и могао да предвиди и све евентуалне могућности штетног манифестовања, односно све повреде које могу да настану из те дјелатности. (23) Урачунаће му се само оне повреде које је у тој конкретној ситуацији *био дужан и могао да предвиди*.

III. Када је у питању *ојравданост* *заштитјевања нескривљености* као услова крајње нужде, сматрамо да је у начелу исправно схватање према којем се нескривљеност стања крајње нужде истиче као битна претпоставка ове установе. Заиста би у већини случајева било неоправдано дозволити учиниоцу да помоћу ове установе заштићује своја правна добра на штету добара трећих лица из опасне ситуације коју је сам вино проузроковао. Добра лица које се на овај начин довело у стање нужде су *мање досиђојна заштити* од добара трећих, у стању нужде *несудјелујућих лица*. Тако нпр. ако је учесник у саобраћају веома безобзирним и дрским

(22) На тај начин Baumann, Maurach, Stree, итд. Према Pena-Wasaffu, *op. cit.*, с. 126.

(23) У том смислу и професор Д. Атанацковић када говори о виности код кривичних дјела квалификованих тежом посљедицом. В. Атанацковић, *Кривична дјела квалификована тежом посљедицом или нарочитом околношћу*, ЈРКК, бр. 3/1972, с. 403.

понашањем, очигледним и свјесним негирањем саобраћајних правила довео у опасност и своја добра и интересе, било би посве неправично да му се допусти да их, користећи се привилегијом ове установе, штити на штету туђих правних добара. Иако на први поглед увјерљиво, ипак ово схватање није прихватљиво и оправдано у свим, по свом садржају и значају веома различитим случајевима крајње нужде. Наиме, за разлику од нужне одбране код које *колидирају право и неправо*, код које је стање опасности за правна добра створено противправним нападом човјека, установа крајње нужде обухвата *веома хетерогене и међусобно доста различите ситуације*. То могу бити случајеви у којима су у колизији врло различита правна добра, као што су: живот и здравље, слобода, имовина, част, вршење одређених дужности, безбједност земље, интереси правосуђа, неки специфични општи или државни интереси, економски интереси предузећа, социјални и (или) економски интереси човјека или групе грађана и сл. Ријеч је о комплексним и по свом социјалном значењу веома различитим животним ситуацијама за које је, у вези са овим условима, немогуће дати једно генерално рјешење које би важило у свим случајевима крајње нужде. Навешћемо само неколико случајева који у извјесној мјери могу да доведу у сумњу оправданост истицања нескривљености као услова ове установе: лице А које је незнатно прекорачило брзину при вожњи изазове опасност судара са дјететом на бициклу које вози очигледно непрописно и да би избјегао повреду или можда смрт дјетета, скреће на паркиралиште поред пута и при томе оштећује туђи аутомобил али и сам задобија лакше или теже телесне повреде; лице А на одређено вријеме лишава слободе лице Б да би спрјечио његово самоубиство које је и он дјелимично скривио својим понашањем; једно лице непромишљеном ријечју изазове напад напрасита човјека и приликом одбране повриједи туђу имовину; планинар недовољно одјевен провали у закључану планинску кућу да би се спасио од смрзавања, итд. За наведене и многе сличне случајеве у литератури влада увјерење да је и поред скривљености неоправдано искључивати позивање на крајњу нужду. (24) У споменутим случајевима њемачка јудикатура признаје крајњу нужду која искључује виност односно кажњивост. (25)

Све наведено указује на то да крајња нужда захтијева један издиференциран приступ и да се ни овај елеменат не може нормирати једнако за све њене случајеве. Истицање овог услова у већини случајева је оправдано и нужно, али у неким како смо видјели није. Уколико би наш законодавац и убудуће остао при оваквој концеп-

(24) B. Lenckner, *op. cit.*, s. 103-105; Schönke-Schröder, пар. 35. нап. 26; Kienapfel, *op. cit.*, с. 427; Домахин, *op. cit.*, с. 63-66.

(25) Schönke-Schröder, пар. 35, нап. 26; Lenckner, *op. cit.*, с. 104.

пији крајње нужде према којој се она третира као једна јединствена установа која је обухваћена једном законском одредбом којом су постављени заједнички услови за све њене случајеве, онда овакво рјешење овог услова по нашем мишљењу не задовољава. Оваквој концепцији установе крајње нужде више одговарају друга рјешења овог елемента која су позната у савременим кривичним законодавствима. Према једном од њих оставља се суду да према околностима конкретног случаја одлучи да ли ће се крајња нужда признати и ономе који се својом сопственом кривицом ставио у стање нужде. (26) Према другом рјешењу закон изричито искључује крајњу нужду само у случајевима умишљајне скривљености, а у случајевима нехатне оставља суду да то питање рјешава опет према околностима дате ситуације. Овакво рјешење је прихваћено у оним законодавствима која захтијевају да стање крајње нужде није вољно проузроковано од учиниоца. Тако нпр. КЗ Италије и Шпаније. Треће рјешење овог елемента састоји се у томе што се крајња нужда искључује у свим случајевима када је она свјесно проузрокована од стране учиниоца, што значи да се суду препушта рјешавање само у случајевима када је на страни учиниоца постојао несвјесни нехат. Овакво рјешење садржи КЗ Аустрије од 1975. године. (27) Сматрамо да би нашем садашњем рјешењу крајње нужде највише одговарало ово рјешење.

Најзад уколико би наш законодавац рјешење ове установе *de lege ferenda* базирао на теоријама диференцирања, онда би рјешење овог елемента зависило од тога које све врсте крајње нужде закон познаје и како је поставио њихове услове. Оваква теоријска схватања су већ увелико позната и у неким земљама су владајућа и већ релативно дуже вријеме су уграђена у кривична законодавства (нпр. у њемачкој и аустријској кривичноправној теорији, а у законодавству од 1974, односно 1975, а у грчком још од 1950). Према овим законодавствима услов нескривљености се захтијева, како смо већ истакли, само код крајње нужде која искључује виност и која обухвата колизију добара исте вриједности или, у неким законодавствима, и случајеве у којима је повријеђено добро незнатно вредније од заштићеног. Код крајње нужде која искључује противправност овај елеменат се не истиче као услов, јер се ради о колизији добара другачијег вриједносног односа, односно другачијег карактера. Међутим и код ове крајње нужде евентуална скривљеност, као што смо рекли, може да се цијени у оквиру елемента прикладности дјела крајње нужде, што садржи нпр. КЗ Њемачке. Нека законодавства га истичу подједнако и код једне и

(26) Овакво рјешење је садржавао нпр. КЗ Норвешке (чл. 47. ст. 2). Према Живановићу, *op. cit.*, с. 146.

(27) V. Strafgesetzbuch-StGB (dr E. Foregger, dr E. Serini), Wien, 1975.

код друге крајње нужде, као нпр. кривично законодавство Грчке (у чл. 25. и 32. истиче се „нескривљена истовремена опасност“).

IV. Посебан проблем представља питање нескривљености у случајевима тзв. *јомоћи у нужди*. Према једном мишљењу мјеродавна је скривљеност учиниоца дјела, док је према другима битна скривљеност угроженог лица. Прихватајући прво мишљење Foriers наглашава да у случајевима када је опасно стање скривило само угрожено лице, учинилац поступа алтруистички, он спашава ситуацију и не може га теретити несмотреност тог трећег лица. (28) Овом ставу се приклања Zuglia који сматра да је мјеродавна виност или невиност онога који отклања опасност. (29) Према трећем схватању мјеродавна је скривљеност или нескривљеност и једног и другог лица. (30)

И овај проблем је актуелизован у њемачкој теорији након доношења Кривичног законика од 1974. године, с обзиром да је у одредби чл. 35. изричито истакнуто да не постоји скривљеност на страни учиниоца, док је према одредби из чл. 54. КЗ од 1871. ово питање било отворено, јер је овај закон користио формулацију „нескривљено стање нужде“. Пребацавање скривљености искључиво на учиниоца изазвало је расправе по овом питању. Тако Stree сматра да ово питање није довољно проучено и да је законодавац морао бити опрезнији. (31) Код Schönke-Schrödera се наглашава да је извињење искључено ако је учинилац изазвао опасност, али не и онда ако опасност пријети лицу из породице. (32) И Jescheck сматра да ако опасност пријети рођаку кога смо изложили опасности а који није скривео координирајућу ситуацију, извињење чина крајње нужде мора се прихватити упркос властитог скривљења, јер нема ничег светлијег него помоћи рођаку кога смо изложили опасности. (33) Dreher пледира за слободнију интерпретацију која би уважавала специфичности појединих случајева. (34) Многи други аутори заступају мишљење да скривљеност угроженог лица коме се пружа помоћ може искључити позивање на чл. 35, јер то према њима произилази из *генералне клаузуле приписивости*. (35) Наиме, случај у коме се угрожено лице довело у ситуацију опасности је једна од многих околности не наведених у чл. 35. када је могуће захтијевати излагање опасности угроженог лица.

(28) B. S. Zuglia: Стање нужде, велики Бечкерек 1920, с. 46.

(29) *Ibid*

(30) На тај начин Binding и Baumann. B. код Pena-Wasaffa, *op. cit.*, с. 130.

(31) W. Stree: Einführung in das neue Strafrecht, München, 1976, с. 59. Слично и Maurach, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, 4. Aufl. с. 400.

(32) Schönke-Schröder, *op. cit.*, пар. 35. нап. 26.

(33) Jescheck, *op. cit.*, с. 131.

(34) Према Pena-Wasaffu, *op. cit.*, с. 131.

(35) Tako Eser, Mezger-Blei, Rudolphi. Prema Pena-Wasaffu, *op. cit.*, с. 131.

Чини нам се у највећој мјери прихватљивим став према којем је мјеродавна скривљеност на страни учиниоца дјела крајње нужде. *Виносћ је индивидуална кайеџорија* и релевантна је само у односу на лице које предузима дјело управљено на отклањање опасности. И остали психички моменти, као нпр. воља за спашавањем, релевантни су само на страни учиниоца. Ово вриједи за све оне случајеве у којима учинилац *није био свјесћан џосћојања скривљеносћи на сћрани* угроженог лица. Било би неправично кажњавати онога који је несебично поступао у намјери да спашава угрожено лице, иако је на страни угроженог постојала скривљеност за коју учинилац није знао. У оваквим случајевима скривљеност угроженог могла би да има само грађанскоправне посљедице по питању накнаде штете. У другим случајевима рјешење овог питања зависи од околности конкретне ситуације крајње нужде. Мислимо да би овдје требало полазити од тога да ли би се позивање на крајњу нужду могло признати угроженом лицу да је било у могућности да отклања опасност. Ако би се то право могло признати угроженом лицу и *ђоред њеђове скривљеносћи*, онда не видимо разлога да се оно не *ђризна и друђом који се несебично жрћвује*, иако је био свјестан постојања кривице на страни угроженог. Тако нпр. ако је лице А нехатно (нпр. несвјесни нехат) изазвало пожар и довело у опасност и свој живот, лицу Б би се тешко могла искључити могућност позивања на привилегију ове установе ако га спаси повредом туђе имовине, иако је био свјестан да је лице А само скривило пожар.

V. Већина савремених кривичних законодавастава нескривљеност третирају као конститутивни елемент установе крајње нужде. Тако КЗ Аустрије од 1975. године у чл. 10. ст. 2. захтијева да учинилац *није свјесно* изазвао опасност. (36) Дакле, према овом закону у случају скривљености у виду несвјесног нехата не искључује се крајња нужда. Код крајње нужде која искључује противправност, теорија овај услов не захтијева (КЗ Аустрије ову врсту крајње нужде не регулише). Он се може узимати у обзир приликом процјене да ли је дјело које је предузето у отклањању опасности примјерено односно прикладно средство. (37) Слично рјешење садржи КЗ Њемачке, (38) који у чл. 34. не истиче услов нескривљености, док у чл. 35. у којем је регулисана крајња нужда која искључује виност наводи да крајње нужде нема ако је учинилац сам изазвао опасност. Видјели смо да је владајуће схватање у њемачкој теорији да појам „изазивање” треба тумачити као скрив-

(36) Pena-Wasaff наводи да је у Нацтру овог закона од 1964. године умјесто „свјесно” стајало „намјерно”. В. Pena-Wasaff, *op. cit.*, с. 132. В. и Foregger-Serini, *op. cit.*, с. 19.

(37) В. код Kienapfela, *op. cit.*, с. 427.

(38) В. Strafgesetzbuch (StGB) Bundesrepublik Deutschland, 48. Aufl. Stand. 1 München 1981.

љење. Према КЗ Швајцарске (39) (чл. 34) учинилац не смије скри-
вити опасност. КЗ Италије (чл. 54) захтијева да учинилац није
вољно изазвао опасност („*volontariamente causato*”). Слично и КЗ
Шпаније тражи да учинилац није намјерно („*intencionalmente*”) иза-
звао ситуацију нужде. Већ смо навели да теорија и једне и друге
земље ово тумачи углавном као умишљајно скривљење, иако може
бити спорно, нарочито за шпанску одредбу да ли је овим обухваћен
и евентуални умишљај. И у многим другим законодавствима Јужне
Америке услов нескривљености се истиче у различитим формула-
цијама. Бразилски КЗ од 1969. године у чл. 25. захтијева да учини-
лац није проузроковао опасност, док КЗ Перуа претпоставља оба-
везу прихватања опасности у случајевима када је она скривљена.
(40) Већ смо рекли да КЗ Грчке услов нескривљености захтијева
код обе врсте крајње нужде које познаје. КЗ Мађарске од 1978.
године искључује крајњу нужду уколико је опасност изазвана од
стране учиниоца.

Нека кривична законодавства елеменат нескривљености не
истичу као услов установе крајње нужде. Такво рјешење садрже
нпр. данско, шведско, финско, јапанско, аргентинско, као и зако-
нодавства бивших источно-европских социјалистичких земаља.

Што се тиче питања чије је скривљење одлучујуће, већина
законодавстава инсистира на *скривљености на стјрани самог учи-
ниоца*. На тај начин нпр. аустријско, италијанско, шпанско, ње-
мачко, швајцарско, бразилско (итд.) законодавство. Истина, у КЗ
Швајцарске се у ст. 2. наводи да уколико је учинилац био свјестан
„да се од угроженог лица може очекивати жртвовање угроженог
добра”, тада се крајња нужда не признаје, али суд може ублажити
казну. Од угроженог лица може се очекивати жртвовање угро-
женог добра, поред осталог, и тада када је скривило стање опас-
ности.

Југословенско кривично законодавство углавном је захтије-
вало нескривљеност као услов без кога се једно лице није могло
позивати на крајњу нужду као основ који би оправдавао његово
противправно понашање. Извјестан и дјелимичан изузетак у том
погледу био је КЗ од 1947. године који је захтијевао да опасност
не смије бити изазвана од онога који се налазио у стању крајње
нужде. Истицање претпоставке нескривљености при оваквој кон-
цепцији крајње нужде коју имамо у одредби чл. 10, гдје је могућност
позивања на ову установу искључена и када се ради о несвјесном
нехату, по нашем мишљењу води превеликом и *неоиправданом су-
жавању* ове установе. Оваквој концепцији ове установе више од-

(39) Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. December 1937, Bern, 1981.

(40) Детаљније о рјешењима у наведеним законодавствима в. код Pena-Wasaffa
у наведеној студији — додатак на крају рада.

говарају рјешења према којима је крајња нужда искључена само у случајевима умишљене скривљености или свјесно проузрокованог стања нужде. У случајевима када је стање крајње нужде изазвано нехатно, односно несвјесним нехатом, суд би могао према околностима сваког случаја да цијени да ли је оправдано или није признавање привилегије ове установе. Оваквим рјешењем елемента нескривљености остављало би се суду да према околностима и специфичностима сваког случаја крајње нужде одлучи да ли ће признати крајњу нужду и у случајевима када је она настала нехатним понашањем учиниоца. Тиме би се наше кривично законодавство укључило у ред савремених кривичних законодавстава која ову установу изричито не ограничавају када је у питању скривљеност у виду свјесног или несвјесног нехата. За овакав став смо се оприједелили не само на основу увида у рјешења многих, како европских тако и латиноамеричких законодавстава, већ и на основу анализе многих случајева крајње нужде у којима би и поред учиниоцеве скривљености било неправично искључивати постојање ове установе. (41) Поред тога, видјели смо да се у савременој теорији кривичног права све већи број аутора опредјељује за схватање према којем установу крајње нужде не треба у сваком случају условљавати елементом нескривљености. Овакав став произилази и из суштине нехата као облика виности, посебно несвјесног нехата гдје се често може радити о томе да учинилац предузима дјело крајње нужде без увјерења да је он скривио опасност. Ако се овоме дода и то да је овдје, (за разлику од нехатног извршења кривичног дјела гдје је учинилац обично), *немаран у односу на љуђа добра и инћересе*), учинилац *исћољио насћојање да сћријечи насћуијање ишћейних ћосљедица*, чиме може често потврдити да ради из осјећаја солидарности, онда је још оправданије да се овакво рјешење елемента нескривљености прихвати и у нашем кривичном законодавству. Кажњавање оваквих учинилаца у многим случајевима стања крајње нужде било би криминалнополитички *неоћравдано и несврсисходно*.

Међутим, као и многи други елементи ове установе и овај указује на то да за све случајеве крајње нужде не могу да вриједе

(41) Умјесто да могућност признавања ове установе проширујемо овдје где је то оправдано и што чине друга законодавства, ми смо је овдје поставили веома рестриктивно, а признајемо је са пуним правним дејством, тј. искључењем противправности односно кривичног дела у потпуности и онда када су добра која се налазе у колизији истог значаја или вриједности (рјешење које је прихваћено Новелом од 1959). Овакво рјешење, осим КЗ Словеније од 1995, није прихваћено ни у једном другом европском кривичном законодавству. Законодавства која и у колизији добара исте вриједности познају крајњу нужду, ограничавају је само на крајњу нужду која искључује виност или кажњивост, тако да дјело учињено у крајњој нужди остаје и даље противправно, са свим даљим правним консеквенцама које такав став повлачи. В. више о томе у нашој студији: *Крајња нужда у кривичном ћраву*, Бања Лука, 1987.

исти услови постављени кроз тзв. *јединствену крајњу нужду*, попут наше у чл. 10. Већ смо истакли да се ријетко која друга установа кривичног права односи на тако разноврсне случајеве, на ситуације које се по свом социјалном значењу веома разликују. Сасвим је разумљиво да то утиче и на њено законско уређивање у том смислу да је тешко обухватити једном јединственом одредбом у којој су постављени једнаки услови који би важили за све ситуације њоме обухваћене. Тако нпр. не могу вриједити иста правила за случајеве крајње нужде у којима се спашава живот на рачун материјалних добара и када се спашава једно материјално добро на рачун другог добра, поготово када су она исте вриједности, или пак када међусобно колидирају два живота. Стога би ову установу требало законски уредити у смислу тзв. *теорија диференцирања*, углавном у виду двије већ наведене врсте крајње нужде, са различитим кривичноправним дејством, код којих би се овај, као и многи други услови, поставио различито у зависности од тога о којој врсти ове установе је ријеч. (42) Тиме би се овај елеменат прилагодио природи крајње нужде и у зависности од тога изабрао начин његовог регулисања, што би у њеној практичној примјени отклонило многе дилеме и органима правосуђа олакшало разрјешавање многих врло сложених случајева на које се она односи.

(42) У том смислу би требало ревидирати рјешење дато у одредби чл. 12. Радног текста Предлога општег дела кривичног законика Савезне Републике Југославије од 1. јуна 1996. године. В. наведени Радни текст који је израдила Радна група за припрему Кривичног законика СРЈ, Савезно министарство правде, Београд, 1996.