

Маринка Цетинић

ПОГЛЕД НА НУЖНУ ОДБРАНУ У ЕВРОКОНТИНЕНТАЛНОМ И АНГЛОСАКСОНСКОМ СИСТЕМУ КРИВИЧНОГ ПРАВА

Још су присутне разлике између два највећа система кривичног права: евроконтиненталног и англосаксонског. Стриктна примена начела законитости, с једне стране, и Common Law-а који још није напуштен, с друге стране. Међутим, у раду се посматра само један мали сегмент те разлике – институт нужне одбране. Аутор наводи да евроконтинентално кривично право, према законским изворима који су му били доступни, није на исти начин решило питање природе, обима и садржине нужне одбране. Новодонети кривични законици, у последња два и по века и они након распада источног блока у Европи, регулишу нужну одбрану, али постоје разлике да ли је законским путем одређена њена правна природа, да ли у нужној одбрани постоји противправност дела, или је у питању основ искључења кривичне одговорности, кажњивости или чак друштвене опасности. С друге стране, иако су државе САД донеле кривичне законе, а Енглеска Model Pennal Code, аутор примећује да је, ипак, у овим државама нужна одбрана остала изван законске регулативе.

Кључне речи: *Нужна одбрана. – Евроконтинентално кривично право. – Англосаксонско кривично право.*

УВОД

Последња два века и почетак трећег карактерише доношење нових кривичних законика (закона) у многим државама света. Започето постављање кривичног права на нове основе, под утицајем класичне школе и Француске револуције (начело *nullum crimen nulla poena sine lege* – Кривични законик из 1971. године) условило је да многе државе Европе донесу нове кривичне законе (законе) којима су дотадашње кривично право иновирале. Наиме, нове школе или правци који су се појавили у науци кривичног права Европе, захтевали су прилагођавање законодавстава новонасталом стању.

Европско право је тада постало, и до данас остало, законско право. Начело *nullum crimen nulla poena sine lege*, први пут садржано у Декларацији о правима човека и грађанина из 1891. године, постепено се развило у четири сегмента (*nulla poena sine lege scripta, nulla poena sine lege previa, nulla poena sine lege certa, nulla poena sine lege stricta*). Многе државе Европе до данас су прихватиле начело законитости као фундаментално начело кривичног права, а међу њима има и оних које га користе у сва четири сегмента.

Насупрот њима, англосаксонске државе су створиле прецедентно право или систем *Common Law*. Ово право се заснивало на судским одлукама, тј. судска пракса је била извор кривичног права, посебна правна категорија. Наиме, право ванконтиненталне Европе, новијег датума, ишло је самосталним путем независно од француско-немачког права. Међутим, ни међу земљама англосаксонског кривичног права не постоје једнозначности. На један начин се развијало кривично право Енглеске, а на други начин кривично право Америке.

Енглеско право је најтврдокорније остало на првобитном значењу *Common Law-a*. Закони, почев од оних донетих још у петнаестом веку (и ново парламентарно законодавство), чине допуну судској пракси, али поред њих извор кривичног права могу бити чак и дела познатих теоретичара кривичног права.¹ У ствари, у Енглеској је развијеније кривично процесно право. Постоји већи број закона такве природе, па се веома често кривично право расправља и у овим законима. Управо је то случај са нужном одбраном која није разлог искључења противправности, кривичне одговорности или кажњивости, већ се јавља као могућност одбране или као приговор у кривичном поступку.

Кривично право Америке, такође је засновано на *Common Law*. Међутим, данас се у САД не може говорити да је једини извор кривичног права судска. Наиме, савремено кривично право, поред судског прецедента, као извор права примењује законе (*Statutari Law*) и, поред Устава САД из 1787. године, у многим државама донете законике. Наиме, двадесети век је у САД довео до гласних захтева за напуштањем *Common Law-a* и доношењем кодификација заснованих на начелу законитости. Тако је 1962. године сачињен *Model Penal Code* који се заснива на основним начелима европског

¹ Веома често се у Енглеској као извор кривичног права користи „Институција“ Е. Кука, радови класика Хејзла, Хоуксинса, Фостера, а нарочито „Коментар закона Енглеске“ Блекстоуна објављеног 1765. године. Овај коментар многи сматрају обавезним извором права: Групов ауторов: *Курс уголовного права, Том 1, Обенция часть*, Москва, 2002, стр. 547.

кривичног права. Након тога, између 1960. и 1980. године готово све државе, полазећи од Устава САД, донеле су кривичне законике. Ипак, у многим од ових законика нема одредаба о нужној одбрани ни као основу искључења противправности, ни као основу ослобођења од кривичне одговорности, ни као оправдавајућим основом заштите. Само изузетно законници садрже део у коме се прописују основи искључења кривичне одговорности, међу којима се налази и нужна одбрана (КЗ Њујорка).

НЕУЖНА ОДБРАНА У ЕВРОКОНТИНЕНТАЛНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Наслов овога рада постављен је према називу института у готово свим земљама света. Већина земаља евроконтиненталног и англосаксонског права основ о којем је реч схвата као основ који искључује кривичну одговорност. Било као оправдавајућим основима (САД, Енглеска) или као оправдавајућим чињеницама које ослобађају од кривичне одговорности (Француска), као последица прихватања различитих објективних или субјективних разлога оправданости овог института. Приказан је само институт нужне одбране, јер остали основи искључења противправности које познају законодавства веома су различити и нема уједначености изузев, можда, института крајње нужде у неким државама континенталноевропског права, док је у англосаксонском праву мање заступљен.

У два система кривичног права присутна је велика разлика када је у питању нужна одбрана.² Пре свега, континенталноевропски систем кривичног права овај институт регулише законом (Немачка, Аустрија, Француска, Италија, Русија, Шведска, Данска, Холандија, Шпанија, Швајцарска, Пољска, све државе бивше СФРЈ), док је у англосаксонском систему кривичног права (САД, Енглеска и земље које су под њиховим утицајем) остављено да елементе и услове нужне одбране одреди доктрина и судска пракса. То ствара велике проблеме и још је један доказ да начело законитости треба поштовати како не би дошло до арбитрарности у пракси.

Иако веома стар институт³ (познат још у римском праву), и поред тога што спада у највише обрађиване, па тако и најразвијеније

² У теорији кривичног права постоји супротно мишљење да је „нужна одбрана свуда, у принципу, конципирана на исти начин“. J. Pradel: *Droit péenal comparé*. Paris, 2002, стр. 327.

³ „Институција нужне одбране неизоставни је дио сваког правног поретка, и онога од јучер и од данас и од сутра.“ F. Vačić: *Krivično pravo, Opći dio*, Zagreb, 1980, стр. 203.

институте кривичног права, у законодавству евроконтиненталног права није на исти начин формулисан, а нема ни исти кривичноправни значај.⁴ Тако је у Немачкој нужна одбрана основ искључења противправности (параграф 32 тачка 1 КЗ), као нпр. у Аустрији (параграф 3 КЗ) и Швајцарској (ст. 33 КЗ). У Шведској је нужна одбрана основ искључења кривичне одговорности (Глава 24 ст. 1), као и у Шпанији (параграф 5 ст. 21 КЗ), Француској (глава 2 део II Књига II КЗ), Холандији (чл. 41 КЗ). Данска је нужну одбрану предвидела као основ искључења кажњивости (параграф 14. КЗ). У Кривичном законнику Руске Федерације нужна одбрана је основ искључења постојања кривичног дела, што значи свих саставних елемената кривичног дела (чл. 37).⁵ Само изузетно, кривични законици још, као бугарски, предвиђају нужну одбрану као основ који искључује друштвену опасност дела (чл. 12 ст. 1 КЗ).

У Републици Србији нови Кривични законик није променио давнашњу концепцију да нужна одбрана искључује кривично дело (чл. 19 ст. 1 КЗ). Најновија доктрина⁶ чврсто стоји на ставу да је нужна одбрана један од три законом предвиђена основа који искључују противправност дела. Ипак, наилази се и на мишљење да „Мада постоје извесне разлике у законском регулисању услова за постојање нужне одбране, суштина овог института се свугде своди на искључење кажњивости“.⁷ Да нужна одбрана представља основ који искључује противправност дела недвосмислено произлази из законом одређеног општег појма кривичног дела (конститутивни елементи: дело, предвиђеност у закону, противправност и кривица). Мотиви за уношење противправности у опште елементе кривичног дела нису никакви други до основа искључења противправности (дело малог значаја, нужна одбрана и крајња нужда). Наиме, „...еле-

4 Нужна одбрана је у сва времена и код свих народа, иако у различитом обиму, била призната и као оправдана, а не само као некажњива радња. Тако је тачно кад Цицерон говори о „*non scripta sed nata lex*“, или кад Гајб ипак показује да је писано право о нужној одбрани имало своју богату и значајну историју развоја. Ф. фон Лист: *Немачко кривично право*, Београд, 1902, стр. 156.

5 Пре него што је сачињен теоријски модел Основа кривичног законодавства Савеза ССР и република 1991. године, који је предвидео нужну одбрану као основ искључења кривичност дела, у литератури кривичног права постојала су веома различита мишљења о природи нужне одбране. Према једнима, она је била основ који искључује друштвену опасност (М. И. Якубович), према другима искључује кривичну одговорност и кажњивост (И. И. Слуцкий), према трећима искључује противправност дела (А. А. Пионмковский) и др.: *Курс Уголовного Права, оп. cit.*, стр. 219.

6 З. Стојановић: *Кривично право, Општи део*, Београд 2006, стр. 140.

7 Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Београд 2006, стр. 48.

менат противправности у том појму могао би се одредити у негативном смислу као одсуство основа који искључују противправност“.⁸ Све остале државе бивше СФРЈ предвиђају нужну одбрану као основ искључења постојања кривичног дела (чл.11 ст. 1 КЗ Словеније, чл. 9 ст. 1 КЗ Македоније, чл. 29 ст. 1 КЗ Хрватске, чл. 10 ст. 1 КЗ Црне Горе, чл. 24 ст. 1 Кривични/казнени закон Босне и Херцеговине, чл. 26 ст. 1 Кривични/казнени закон Федерације Босне и Херцеговине, чл. 11. ст. 1 Кривични/казнени закон Републике Српске и чл. 26 ст. 1 Кривични/казнени закон Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине). Међутим, у теорији кривичног права ових држава не наилази се на јединствени став који је конститутивни елемент општег појма кривичног дела нужном одбраном искључен. Тако се у теорији кривичног права Словеније наилази на мишљење да она искључује противправност и кажњивост дела.⁹ У македонској доктрини кривичног права у најеминентнијим радовима истиче се да је реч о једном од три општа основа искључења противправности.¹⁰ У Хрватској остаје отворено питање који саставни елемент општег законског појма кривичног дела искључује нужна одбрана.¹¹ Иста је ситуација и у Црној Гори.¹² Према једном мишљењу у литератури Федерације Босне и Херцеговине, нужна одбрана представља општи основ искључења постојања кривичног дела, што је разумљиво ако се има у виду да поступање управљено на одбијање противправног напада нема карактер противправног дела.¹³

Нужна одбрана је у немачком КЗ општи институт, дефинисан као она одбрана која је неопходна да се од себе или другог одбије истовремени противправни напад (чл. 32 ст. 2 КЗ). Анализом дефиниције из немачког Кривичног законика и Кривичног законика Србије, закључује се да је у српском законодавству нужна одбрана општи институт који је готово преузет из немачког КЗ. Међутим, нови законодавац је побољшао услове елемента нужне одбране као одбијање напада, додатком који је произашао из потреба судске

8 З. Стојановић: *op. cit.*, стр. 138.

9 L.J. Bavcon, A. Šelih: *Kazensko pravo, Splošni del*, Ljubljana, 2003, стр. 236.

10 В. Камбовски: *Казнено право, Општ дел*, Скопје, 2005, стр. 480.

11 У доктрини кривичног права Хрватске истакнуто је мишљење да је реч о основу искључења противправности: Р. Novoselec: *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb, 2004, стр. 164.

12 У црногорској литератури има мишљења: „...да нужна одбрана искључује противправност законом одређеног извршеног дјела.“: Љ. Лазаревић, Б. Вукчевић, С. Вукчевић: *Коментар Кривичног законика Републике Црне Горе*, Цетиње, 2004, стр. 44.

13 *Група аутора: Коментари кривичних/казнених закона у Босни и Херцеговини, Књига I и II*, Сарајево, 2005, стр. 138, 893, 1356 и 1883.

праксе због неразумевања претходног законског текста: додато је одбијање напада од свог добра или добра другог. Тиме се хтелo и успело указати судској пракси да је нужна одбрана дозвољена против напада на свако, било које добро, заштићено кривичним законодавством. Реч је о томе да се напад могао одбијати од себе или другог (нужна помоћ), што судска пракса није најбоље разумела. Да би отклонио ту недоумицу, у чл. 19 ст. 2 законодавац је прецизирао одредбу речима: „од свог или туђег добра“.

Нови Кривични законик је, пошавши од судске праксе која је дан услов нужне одбране готово није примењивала, морао увести проширење законског текста. Без обзира на то што нужна одбрана у српском кривичном законодавству није доживљавала неке промене, у нашој старијој литератури се расправљало да ли је она основ искључења противправности, или друштвене опасности, или и једног и другог.¹⁴ Најсавременија доктрина кривичног права Србије, полазећи од чл.14. ст.2. КЗ, једнодушна је у ставу да је нужна одбрана један од три општа основа искључења противправности.¹⁵ Ипак, још има застарелих мишљења „Да уколико су испуњени законом одређени услови учињено дело није кривично дело јер није друштвено опасно ни противправно, пошто одбијање напада у оваквим случајевима није друштвено опасно...“.¹⁶ Друштвена опасност, међутим, представља законодавни мотив инкриминације и не би се могла посматрати као основ, а законски текст кривичног дела данас не садржи овај елемент. Осим тога, друштвена опасност као елемент општег појма кривичног дела представља реликт прошлости који долази из послератног (1947) социјалистичког режима старе Југославије.

У аустријском кривичном законнику су, међутим, набројана добра која су нападнута или им прети непосредна опасност од противправног дела: живот, здравље, телесна неприкосновеност, слобода

14 С обзиром на то да је нужна одбрана експлицитно прописана Кривичним законом СРЈ, нема сумње да искључује кривичну противправност. З. Стојановић: *Кривично право, Општи део*, Београд, 2000, стр. 148. Дело учињено у нужној одбрани није кривично дело јер није друштвено опасно, *Коментар Кривичног закона СФРЈ*, Београд, 1978, стр. 52. Нужна одбрана је основ искључења друштвене опасности, односно противправности дела. Ј. Таховић, *Коментар Кривичног законика*, Београд, 1957, стр. 93.

15 З. Стојановић: *Кривично право, Општи део*, Београд, 2006, стр. 140, Б. Чедјовић: *Кривично право, Општи и посебни део*, Београд, 2006, стр. 138, Н. М. Петровић: *Кривично право, Београд*, 2005, стр. 78. „...искључује противправност самоодбране или нужне одбране.“ Можда би овде требало додати да је нужна одбрана самоодбрана регулисана правом.

16 М. Ђорђевић, Ђ. Ђорђевић: *Кривично право са основама привреднопреступног и прекршајног права*, Београд, 2003. стр. 25.

или имовина, уколико опасност угрожава само лице или његове интересе. Холандија је давне 1886. године донела Кривични законик, али га је изменама и допунама из 1999. и 2001. године осавременила у мери у којој је то било потребно да би достигла савремено поимање кривичног права. И у овом законнику нужна одбрана је основ искључења кривичне одговорности и представља општи институт. Према чл. 41. ст. 1, лице које изврши повреду закона, уколико је то неопходно ради заштите њега самог или другог лица, његове личне неприкосновености или својине, или неприкосновености или својине другог лица у случају непосредног незаконитог напада, не подлеже кривичној одговорности. У шведском Кривичном законнику (ст. 1 глава 24) ограничена је нужна одбрана као заштита од фактичког или неизбежног противправног напада на лице или имовину од стране лица затеченог на месту извршења кривичног дела, или лица које силом или претњом силе или другим делима пропушта да врати својину; или лица које незаконито напада или покушава ући у собу, стан, двориште или брод, или лица које одбија да напусти стан након што му је било наређено да то уради. Услов одбране, да би представљала основ искључења кривичне одговорности, јесте оправданост дела онога који се штити. Слична су ограничења у Кривичном законнику Шпаније, те нужна одбрана у овом законнику, такође, нема општи карактер.

Општи карактер је дат нужној одбрани још у Русији, у чијем законнику је нужна одбрана одређена као истовремена заштита личности, њених права и законских интереса, друштва и привреде од друштвено опасних напада путем причињавања штете напагнутом лицу. Новела законика Руске Федерације из 2002. године (лк,1 ст. 37) значајно је променила институт нужне одбране из Кривичног законика из 1977. године проширивши услове нужне одбране, а тај институт се сматра прогресивним законским решењем проблема нужне одбране,¹⁷ иако има мишљења да је ово ново решење „...далеко од савршенства“.¹⁸ Према том решењу, нужна одбрана постоји ако је истовремено причињавање штете напагнутом, уколико је напад на законом заштићене интересе био повезан са насиљем опасним по живот напагнутог или другог лица, или непосредне опасности примене било каквог насиља.

Пољски Кривични законик из 1997. године, у чл. 25 ст. 1 прописује да не чини кривично дело онај који у стању нужне одбране

17 И. З. Звечаровский, С. В. Пархоменко: *Уголовно-правовые гарантии реализации права на необходимую оборону*, Иркутск, 1997, стр. 21. Наведено према: В. В. Орехов: *Необходимая оборона и иные обстоятельства, исключающие преступность деяния*, Санкт-Петербург, 2003, стр. 49.

18 *Ibidem*.

непосредно одбија незаконит напад на било какво добро заштићено правом. Та општа одредба говори да је пољски законодавац пошао од става да је нужна одбрана општи институт и да дело учињено у нужној одбрани искључује постојање кривичног дела. Могло би се приметити да је то поставка која је углавном заступљена у најмодернијим европским савременим кривичним законодавствима, као, уосталом, у нашем.

2. НУЖНА ОДБРАНА У АНГЛОСАКСОНСКОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

У англосаксонском кривичном праву постоји више основа који имају различит кривичноправни значај: искључују кривичну одговорност, кривицу или кажњивост кривичног дела. Поред тога, англосаксонско право углавном не садржи писане одредбе о нужној одбрани, већ се случајеви решавају путем *Common Law-a*, или је одређивање института препуштено доктрини, или се понекад институт предвиђа као процесноправни (право одбране – Енглеска). Према неким ауторима, нужна одбрана се у кривичном праву САД решава у границама проблема потпуно исправне примене физичке силе.¹⁹

У Енглеској, нужна одбрана предвиђа у делу 3. ст. 1 *Criminal Law Act-a* из 1967. године да лице може да употреби силу у мери у којој је то разумно, с обзиром на околности случаја, законитог хапшења или помагања у хапшењу учинилаца или осумњичених или лица која су поступала у великој мери незаконито; и ст. 2 услови из ст. 1 треба да замене правила *Common Law-a* када је употребљена сила под околностима из става 1 овог члана. Међутим, енглеска судска пракса поступа самостално, независно од *Criminal Law Act-a*. Наиме, у енглеској судској пракси судије се често одлучују на примену нужне одбране као основу искључења постојања кривичног дела уместо на промену квалификације кривичног дела. Тако *murder* квалификују као убиство из нехата или *manslaughter*. Поред тога, у случајевима путативне нужне одбране судска пракса поступа либералније, јер заблуда о постојању опасности не мора да буде разумна.²⁰

У *Common Law-u* нису постављени услови и елементи нужне одбране. Према неким ауторима, нужна одбрана је имала много рестриктивнију примену од прописаних критеријума у наведеном за-

19 Группов авторов: *Уголовное право, Обычая часгь*, Москва, 2005, стр. 981.

20 *Ibid.*, стр. 329.

кону.²¹ Теоретичари сматрају да је суштина нужне одбране у разумном одговору на силу или предстојећу претњу силом.²² Објашњење разумне силе коју дају неки аутори није довољно прецизно одређено, па тако и примена закона у пракси доводи до бројних проблема и арбитрарности суђења. У Енглеској постоје мишљења теоретичара да је основ искључења постојања кривичног дела управо нужна одбрана. Судска пракса, иако у већем броју случајева примењује прецеденте, ипак примењује и *Criminal Law Act* када је потребно решавати случајеве нужне одбране. Све то говори да је низ питања и проблема везаних за нужну одбрану препуштено судији и прецедентима. Класични случајеви нужне одбране према евроконтиненталном праву – одбрана своје личности или другог лица и имовине од напада – сматрају нужном одбраном, али не према наведеном пропису већ у складу са *Common Law*. Због тога се нужна одбрана може веома широко примењивати и тако у пракси довести и до очигледне несразмере између напада и одбране.

Само у неким законима САД детаљно су прописани услови за законито проузроковање примене физичке силе уопште. Од прегледаних готово свих законика САД, само Законик државе Њујорк садржи општу одредбу о нужној одбрани. Уосталом, тај законик, поред још неколико,²³ најближи је принципима, институтима и појмовима евроконтиненталног кривичног права. То је још један доказ да је законско кривично право већине држава САД засновано на енглеском *Common Law*-у. Иако је федерално право покушало да наметне, пре свега начело законитости, а затим и да преузме основне поставке евроконтиненталног кривичног права, *Common Law* је још сувише јако да би га законици и судије одбацили, понекад чак и у најмањој мери.

Према чл. 35.15 Кривичног законика државе Њујорк, дозвољена је употреба физичке силе у случајевима заштите своје личности или трећих лица, заштите просторија и непокретности, као заштита од провале, благовременог спречавања или сузбијања крађе, вршење хапшења или предупређивања бекства лица које се налази у затвору.

21 A. P. Simester, G. R. Sullivan: *Criminal Law theory and doctrine*, Oxford-Portland Oregon, 2003, стр. 622.

20 *Ibidem*.

22 M. Jefferson: *Criminal Law*, Schiffeld, 2001, стр. 324.

23 Примера ради, законици Алабаме, Калифорније, Корнела, Флориде, Мена, Пенсилваније, Вирџиније, Висконсина, Индијане, Масачусетса, Ајдаха, Ајове, Неваде, Утаха, Кентакија, Минесоте, Охаја, Оклахоме, Вајоминга, уопште не садрже одредбу о нужној одбрани, а често ни друге опште одредбе евроконтиненталног законодавства.

У даљим одредбама прописани су услови под којима се у сваком од ових конкретних случајева може употребити сила и коликог интензитета. Штавише, предвиђени су и услови под којима нападнути може употребити силу која је смртоносна (проузроковање смрти дозвољено је ако нападач примењује или започиње примењивати смртоносну физичку силу). И више од тога, безусловно право на лишење живота нападача дозвољено је у случајевима када се нападнути налази у свом стану, а није први започео напад, као и лицима која су службеници полиције, лицима која врше неке дужности и лицима задуженим за чување друштвеног поретка или лицима која указују прву помоћ. Најзад, нужна одбрана је према Законику државе Њујорк основ искључења кривичне одговорности. Наиме, у САД постоје различити основи „заштите“ који или искључују кривичну одговорност (нужна одбрана) или искључују кажњивост (крајња нужда).

Marinka Cetinić

SELF-DEFENCE IN CONTINENTAL AND ANGLO-SAXON LAW CRIMINAL LAW

Summary

A comparison of the self-defence institute would reveal stark differences between continental and Anglo-Saxon systems. Not only between those systems, but also within them. Although this claim is not in line with Pradel's contention that 'Self-defence rests on the same grounds everywhere, in principle', we are of the opinion that other point of view is possible. Namely, continental law specifies self-defence and its grounds through statutory criminal law provisions. There are differences among national legislations with regards to the breadth of this defence, since a minority of statutes regards self-defence to be a general institute. Besides, there is no consensus with regard to importance and operation of this institute. In other countries, self-defence is a basis for exclusion of responsibility, in other of illegality and in the third group of countries of punishment. On the other hand, Anglo-Saxon criminal law, as a rule, does not contain statutory provisions on self-defence and it is invoked as a part of the Common Law. Moreover, self-defence is regarded to be a procedural institute in England. Although the US have enacted criminal law statutes, they have left self-defence out of it.

Finally, Common Law is only now codified, and the process is dragging in conservative England. If and when it is regulated, self-defence is treated similarly, but not identically, in continental and Anglo-Saxon criminal law.

Keywords: *Self-defence. – Continental criminal law. – Anglo-Saxon criminal law.*