

## **NUŽNA ODBRANA U KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU ŠPANIJE**

*Špansko krivično zakonodavstvo pripada grupi zemalja koje nužnu odbranu svrstavaju u osnove koji isključuju krivičnu odgovornost, dok krivično-pravna literatura u ovoj zemlji prihvata tzv. dualističko shvatanje nužne odbrane, iako o pravnoj prirodi ovog instituta ne postoji jedinstveno mišljenje.*

*Interesantno je da sudska praksa uprkos načelnom stanovištu teorije da svako pravno dobro može biti objekt napada, u velikom broju slučajeva odbacuje mogućnost da se zbog povrede časti učinilac pozove na nužnu odbranu. Preovladava mišljenje, prema kome za postojanje napada kao uslova za primenu člana 20. stav 4 Krivičnog zakonika Španije, nema značaja okolnost da li je radnja napadača preduzeta sa krivicom. U pogledu protivpravnosti napada, pojedini autori zastupaju stav da se može govoriti o posebnoj krivičnoj protivpravnosti radnje koju preduzima napadač. Veliki deo rada posvećen je isprovociranoj odbrani, tj. „izostanku dovoljne provokacije od strane napadnutog”. U vezi sa uslovom istovremenosti napada i odbrane, nismo prihvatili stanovište prema kome je u pojedinim slučajevima dozvoljeno povrediti ili ugroziti pravna dobra napadača posle okončanja napada. Dalje, uslov neophodnosti odbrane u velikoj meri zavisi od utvrđivanja „neophodnosti racionalne upotrebe sredstava radi sprečavanja ili odbijanja napada” (član 20. stav 4 Krivičnog zakonika Španije). Na kraju, iako zakonodavac u Španiji ne zahteva izričito tzv. odbrambenu volju kao uslov za isključenje krivične odgovornosti, jedinstveno je mišljenje teorije i prakse o neophodnosti postojanja subjektivnog elementa nužne odbrane.*

*Ključne reči: uslovi napada; protivpravnost napada; istovremenost napada; isključenje krivične odgovornosti; nužna odbrana; Španija*

### **1. POJAM I PRAVNA PRIRODA NUŽNE ODBRANE**

Član 20. Krivičnog zakonika Kraljevine Španije taksativno navodi osnove koji isključuju krivičnu odgovornost učinioa, između ostalih

i nužnu odbranu. Proizilazi da špansko krivično zakonodavstvo pripada grupi zemalja koje prihvataju koncepciju nužne odbrane kao osnova koji isključuje krivičnu odgovornost, za razliku od shvatanja o isključenju protivpravnosti, odnosno krivičnog dela koje je zastupljeno u velikom broju zemalja. Osim toga, delo učinjeno u nužnoj odbrani znači da napadnuti nije odgovoran za štetu koju prouzrokuje, obzirom da član 118. stav 1 Krivičnog zakonika Španije propisuje isključenje odgovornosti lica koje prouzrokuje štetu postupajući u nužnoj odbrani.<sup>1</sup>

Član 20. stav 4 koji određuje uslove za primenu ovog instituta glasi:

*„Isključena je krivična odgovornost lica koje učini delo u odbrani svojih prava ili prava drugoga ukoliko su ispunjeni sledeći uslovi:*

*Prvo. Protivpravni napad.<sup>2</sup> U slučaju odbrane dobara protivpravnim napadom će se smatrati napad na ista, kojim je učinjeno krivično delo ili izazana ozbiljna i neposredna opasnost od oštećenja ili uništenja dobara. U slučaju odbrane stana protivpravnim napadom će se smatrati nedozvoljen ulazak u isti.*

*Drugo. Neophodnost racionalne upotrebe sredstava radi sprečavanja ili odbijanja napada.*

*Treće. Izostanak dovoljne provokacije od strane napadnutog.”<sup>3</sup>*

Prema shvatanju krivičnopravne literature, nužna odbrana ima dvostruku funkciju: sa jedne strane, svrha postojanja ovog instituta krivičnog prava je zaštita individualnih pravnih dobara napadnutog, ali istovremeno njena primena omogućava zaštitu pravnog poredka koji je ugrožen protivpravnim napadom.<sup>4</sup> Calderon Cerezo sa pravom primećuje da princip zaštite individualnih prava i princip zaštite pravnog poredka

---

1 Carlos Climent Duran, Francisko Pastor Alcoy, *Codigo penal con todas sus reformas comparados por articulos*, 2004., Valencia, s. 103.

2 Određujući napad zakonodavac upotrebljava termin *agresion ilegítima* što se strogo gledano može prevesti kao nezakoniti napad, ali kako se u teoriji krivičnog prava Španije nezakonit napad i protivpravni napad upotrebljavaju kao sinonimi, tj. smatra se da pojam nezakonit napad obuhvata protivpravni (*antijuricidad*) napad, u daljim izlaganjima prihvat ćemo protivpravnost kao obeležje napada kod nužne odbrane.

3 Carlos Climent Duran, Francisko Pastor Alcoy, *Codigo penal con todas sus reformas comparados por articulos*, op. cit. s. 45.

4 Luzon Pena, *Aspectos esenciales de la legitima defensa*, 1978., Barcelona, s. 58, Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo, „Restricciones” jurisprudenciales al derecho de defensa: legitima defensa y principio de legalidad, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, sept.-diciembre 1991., Madrid, s. 921.

nisu suprotstavljeni, jer nužna odbrana „očuvanjem interesa pojedinca doprinosi očuvanju pravnog poretka.”<sup>5</sup> Praktične posledice ovog stanovišta ispoljavaju se pri proceni neophodnosti nužne odbrane, tj. primeni kriterijuma proporcionalnosti ugroženih dobara napadnutog i napadača, što kod nužne odbrane nema značaj koji ima kod krajnje nužde. Isto se može reći za bekstvo napadača sa mesta gde je napadnut, što se od njega ne zahteva čak i ukoliko je moguće, iako je kod primene krajnje nužde prihvaćeno suprotno. Sve ovo se može prihvatiti uzimajući u obzir okolnost da je napadač preduzeo protivpravni napad, odnosno činjenicu da su interesi napadnutog i interesi očuvanja pravnog poredka ispred zahteva za zaštitu dobara napadača. Ipak, napred navedeno nije nesporno u situaciji preduzimanja protivpravnog napada koji nije preduzet sa umišljajem ili bagatelnog napada, o čemu će biti više reči u izlaganjima koja predstoje.

Suprotno mišljenju većine, pojedini autori smatraju da suština nužne odbrane nije u sukobu interesa, već pre svega u karakterističnoj situaciji nužnosti.<sup>6</sup> Napadnuti se nalazi u situaciji u kojoj nema izbora, ili će povrediti neko pravno dobro napadača ili će zadobiti povredu. Analizirajući ovaj problem, *Rodriguez* ističe da se onaj ko brani sebe ili drugog suprotstavlja napadu koji je protivan pravnom poredku, tj. licu koje nepoštuje ono što zakoni nalažu kada su u pitanju druga lica i njihova prava. Iako je ključna uloga države zaštita prava, očigledno je da kod stanja nužne odbrane ona nije u stanju da vrši poverenu joj funkciju, jer ne može da spreči protivpravni napad koji pretili pravnim dobrima. Stoga, pojedinac koji preduzima odbranu na neki način preuzima funkciju države, tj. od države dobija prećutno ovlašćenje da vrši odbranu radi suprotstavljanja onome ko narušava pravni predak, i bio bi protiv sebe kada bi pri proceni suprotstavljenih interesa prednost dao napadaču.<sup>7</sup> Uopšteno govoreći, nužna odbrana je pravo koje država priznaje pojedincima a ne samo razlog koji isključuje krivičnu odgovornost učinioca krivičnog dela. Posledice ovog teorijskog razmatranja su jasne: kako nužnost nije jedino obeležje nužne odbrane, napadnutom je dozvoljeno da na primer, brani posed čak i po cenu života napadača koji preduzima protivpravni napad.

5 A. Calderon Cerezo, J. A. Choclan Montalvo, *Derecho penal - parte general*, 2001., Barcelona, s. 201.

6 Jose Maria Rodriguez Deveza, Alfonso Serrano Gomes, *Derecho penal Espanol - parte general*, 1994., Madrid, s. 555.

7 isto, op. cit., str. 555.

*Olivares* kritikuje ovo mišljenje, jer po njemu ono sadrži dva krupna nedostatka: prvo, postupak oštećenog se „*a priori*” posmatra kao protivpravan; drugo, poređenje vrednosti pravnih dobara u konfliktu kod nužne odbrane vodi konfuziji, naročito ako se uzmu u obzir opšteprihvatarena pravila stanja nužde (*estado de necesidad – krajnje nužda*), što vodi apsurdnim rešenjima.<sup>8</sup> Tako, ne može se opravdati delo lica koje pozivajući se na stanje nužnosti ubije nekog da bi zaštitio vlasništvo na automobilom, dok se može priznati pravo na nužnu odbranu ako učinilac rani napadača da bi izbegao da bude žrtva razbojništva, osim ukoliko ne postoje velika neproporcionalnost između napada na posed i odbrane koja je usmerena na fizički integritet napadača. Štaviše, pravo ne štiti oštećenog zbog toga što je pretrpeo napad, već zato što je sam napad kako kaže zakonodavac „protivpravan”.<sup>9</sup>

*Espinar* opravdanje povrede napadačevog dobra vidi u činjenici da je upravo on taj koji je svojim protivpravnim ponašanjem inicirao sukob, dovodeći na taj način u opasnost i sopstvena pravna dobra.<sup>10</sup> Zbog toga, propisujući nužnu odbranu kao osnov koji isključuje krivičnu odgovornost napadnutog, zakonodavac vodi računa pre svega o interesima onoga ko je izložen napadu i dozvoljava mu da u određenim granicama povredi pravna dobra napadača, uključujući i dobra veće vrednosti od onih koja su ugrožena ili povređena napadom. Uzgred rečeno, uprkos zakonskom određenju pojma nužne odbrane, pojedini autori ovaj institut smatraju osnovom koji isključuje protivpravnost krivičnog dela.<sup>11</sup>

## 2. POJAM NAPADA

Napad je osnovna pretpostavka primene nužne odbrane u krivičnom zakonodavstvu Španije, uključujući i član 21. stav 1 KZ koji omogućava ublažavanje kazne učiniocu u slučaju tzv. nepotpune nužne odbrane.<sup>12</sup>

8 Gonzalo Quintero Olivares, Fermin Morales Prats, *Parte General del Derecho Penal*, 2006., Barcelona, s. 484.

9 isto, *op. cit.*, s. 488.

10 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, *Derecho penal - parte general*, 2004., Valencia, s. 557.

11 Julian Sanchez Melgar, *Codigo prenal - comentarios y Jurisprudencia*, 2006., Madrid, s. 155.

12 Carlos Climent Duran, Francisko Pastor Alcoy, *Codigo penal con todas sus reformas*

Napadom se podrazumeva pre svega delatnost koju preduzima čovek, što znači da samo ljudska radnja može predstavljati osnov da se isključi krivična odgovornost lica koje preduzima odbrambenu radnju.<sup>13</sup> Naravno, moguće je zamisliti situaciju u kojoj su pravna dobra ugrožena od strane životinje, ali u tom slučaju se lice koje učini delo otklanjajući opasnost može pozvati na odredbu o stanju nužde (član 20. stav 5 KZ Španije).<sup>14</sup> Napadom se smatra ne samo povreda već i dovođenje u opasnost, tj. ugrožavanje pravnih dobara drugoga.<sup>15</sup> Dakle, napad je stvaranje neposrednog rizika za pravna dobra koja se u skladu sa zakonom mogu braniti, što se skoro uvek povezuje sa fizičkom aktivnošću čoveka, koji prouzrokuje realnu opasnost od nastanka štete.<sup>16</sup>

Kao što se moglo očekivati, u španskoj krivičnopravnoj doktrini dominira shvatanje, prema kome je napad kao uslov nužne odbrane moguće ostvariti kako činjenjem tako i nečinjenjem. *Calderon* navodi i karakterističan primer napada nečinjenjem: treće lice može od majke koja ne želi da nahrani dete iako mu preti smrt od gladi, upotrebom sile oduzeti dete od nesavesnog roditelja kako bi ga sam nahranio.<sup>17</sup> Međutim, ovaj autor pominje samo odgovornost za nešto ili za nekoga kao osnov obaveze na činjenje, propuštajući pri tome da istakne mogućnost da dužnost proizilazi iz zakona, radnog odnosa, ugovora, prethodnog činjenja ili odnosa poverenja.

U najvećem broju slučajeva napad predstavlja telesni pokret ili propuštanje telesnog pokreta, ali izuzetno se može govoriti o napadu kao psihičkom ili duhovnom činu.<sup>18</sup> Premda sudska praksa zauzima u pojedinim presudama stav da se napad može ostvariti isključivo kao fizički napad, što doktrina ne prihvata.<sup>19</sup> Dosledno prihvatanje ovog stanovišta značilo bi *comparados por articulos*, op. cit. s. 42.

13 Enrique Orts Berenguer, Angela Matallin Evangelo y otro, *Derecho penal - parte general*, 2007., Valencia, s. 84, Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, *Derecho penal-parte general*, op. cit., s. 558.

14 A. Calderon Cerezo, J. A. Chochlan Montalvo, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 201.

15 Angel Calderon Cerezo, Hoze Antonio Choclan Montalvo, *Codigo Penal Comentado*, 2005., Bilbao, s. 43.

16 Carlos Suarez-Mira Rodriguez, Angel Judel Prieto, *Manual de Derecho penal*, 2004., Madrid, s. 206.

17 A. Calderon Cerezo, J. A. Chochlan Montalvo, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 202-203.

18 isto, op. cit., str. 202.

19 Carlos Suarez-Mira Rodriguez, Angel Judel Prieto, *Manual de Derecho penal*,

između ostalog, isključenje časti kao pravnog dobra koje može biti objekt napada kod nužne odbrane. Pored toga, pretnja se ne bi mogla smatrati napadom, čak i ukoliko podrazumeva proganjanje (uznemiravanje) drugog lica.<sup>20</sup> Uvidevši napred navedeno, sudovi dozvoljavaju mogućnost da čast i sva druga pravna dobra mogu biti izloženi protivpravnom napadu u smislu člana 20. stav 4 KZŠ, samo ukoliko se njihova povreda ili ugrožavanje može povezati sa fizičkim napadom.<sup>21</sup> Polazište ovog shvatanja je zaštita života i telesnog integriteta, kao najvažnijih vrednosti svakog čoveka od fizičkog napada, što treba da bude prioritetni zadatak zakonske odredbe o nužnoj odbrani.

Napad kao uslov nužne odbrane nije ostvaren ako dva ili više lica učestvuju u uzajamno prihvaćenoj tuči, ukoliko je povod za „odbranu” zahtev za objašnjenjem određenog postupka, odbijanje da se nešto preda ili pomeri parkirano vozilo.<sup>22</sup> Tuča u kojoj dobrovoljno učestvuje više lica sa razlogom ne može poslužiti kao činjenični osnov za primenu člana 20. stav 4 Krivičnog zakonika, jer je ponašanje svakog od učinilaca u ovom slučaju protivpravno, stav je sudske prakse.<sup>23</sup>

Ukoliko jedan od učesnika u tuči odustane od sukoba izričito ili prećutno, situacija se menja. Takođe, kada se u toku sukoba dogodi kvalitativna promena u ponašanju učesnika, tako što jedan od njih pređe granice fizičkog obračuna koje su izričito ili prećutno prihvaćene i iznenada preduzme neproporcionalan napad, lice koje je izloženo opasnosti ima pravo da odbije napad pozivajući se na nužnu odbranu.<sup>24</sup> Na primer, dva lica započnu tuču ne koristeći pri tome oružje. Iznenada, jedan od njih uzme hladno ili vatreno oružje i njime napadne svog protivnika. Treba posebno naglasiti da se pomenuto preduzimanje neproporcionalnog napada odnosi i na upotrebu određenog načina borbe koji izlazi iz okvira dogovorenog,

---

op. cit., s. 206, Jose Maria Rodriguez Deveza, Alfonso Serrano Gomes, Derecho penal Espanol - parte general, op. cit., s. 557, 559, 560.

20 Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo, „Restricciones” jurisprudenciales al derecho de defensa: legitima defensa y principio de legalidad, op. cit., s. 921.

21 Santiago Mir Puig, M. Teresa Castineira, Legitima defensa del honor y limites del derecho de defensa, septiembere-diciembre 1987., Madrid, s. 858.

22 Enrique Orts Berenguer, Angela Matallin Evangelo y otro, Derecho penal - parte general, op. cit., s. 84, STS 399/2003 od 17. 3. 2003.

23 Julian Sanchez Melgar,Codigo prenal-comentarios y Jurisprudencia, op. cit., s. 157.

24 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, Derecho penal - parte general, op. cit., s. 572.

a ne samo na korišćenje sredstva čiju upotrebu protivnik ne očekuje.<sup>25</sup> Na primer, jedan od učesnika sukoba pokušava da karakterističnim udarcem u predelu vrata nanese povredu koja može da ima za posledicu lišavanje života. *Carlos Suares* prihvata stanovište sudske prakse, prema kome pravo na nužnu odbranu treba priznati i kod prihvatanja međusobnog sukoba, ako je motiv jednog od lica isključivo strah da „*ne bude obeležen kao kukavica*”.<sup>26</sup> Naše je mišljenje da se napred navedeno rezonovanje ne može prihvatiti, jer bi se na izuzetak od pravila moglo pozvati svako lice, što u potpunosti negira dominantno shvatanje da nužna odbrana nije dozvoljena u slučaju uzajamno prihvaćene tuče.

Izgleda da se može zaključiti: sud utvrđujući činjenično stanje kod tuče dva ili više lica ima obavezu da utvrdi uzrok napada i ko je započeo fizički obračun, kako bi se obezbedila zaštita lica koje učestvuje u tuči sa ciljem da odbije napad na pravno dobro koje pripada njemu ili drugom.<sup>27</sup> Ovo gledište zastupa i sudska praksa.<sup>28</sup>

*Zapatero* smatra da se pretnje ili uvrede mogu smatrati napadom samo ukoliko ispunjavaju uslov koji se odnosi na zahtev da napad mora predstavljati stvarnu i neposrednu, predstojeću opasnost za pravna dobra.<sup>29</sup> Prema ovom stanovištu, napad čini i akt koji nagoveštava neizbežan, predstojeći napad. Doktrina problemu pretnji i uvredama kao obliku napada poklanja zasluženu pažnju, o čemu će biti više rečeno u delu rada koji je posvećen pravnim dobrima koja mogu biti predmet napada.

Napad je kao uslov za primenu instituta nužne odbrane ostvaren, bez obzira na okolnost da li je radnja napadača preduzeta sa krivicom.<sup>30</sup> To znači da se na nužnu odbranu može pozivati napadnuti koji je izložen napadu od strane lica koja nisu krivično odgovorna (npr. duševnih bolesnika), ili ukoliko se napadač nalazi u stanju neotklonjive zablude. Ako uzmemo u obzir pravno pravilo „ko može više može i manje”, dolazimo do zaključka da napadi preduzeti iz nehata takođe daju pravo učiniocu

25 SSTS 399/2003 od 13. 3. 2003.

26 *Carlos Suarez-Mira Rodriguez, Angel Judel Prieto, Manual de Derecho penal, op. cit., s. 208.*

27 *Julian Sanchez Melgar,Codigo prenal - comentarios y Jurisprudencia, op.cit., s. 154.*

28 SSTS 399/2003 od 13. 3. 2003.

29 *L. Arroyo Zapatero, Berdugo Gomes de la Tore y otro, Comentarios elCodigo penal, 2007., Madrid, s. 120.*

30 *Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, Derecho penal - parte general, op. cit., s. 559.*

da preduzme odbrambenu radnju. Kao primer nehatnog napada u teoriji se navodi sledeći slučaj: neko ko je nevešt u upravljanju bicikla vozi isti uskom stazom, pored koje se nalazi veoma vredan buket cveća, spremljen za izložbu. Vlasnik cveća vidi tu osobu da prilazi i shvata da će oštetiti ili uništiti buket. Da bi izbegao štetu gura biciklistu, tako da ovaj pada na drugu stranu staze.<sup>31</sup>

Sa druge strane, deo krivičnopravne literature ne prihvata u potpunosti nehatno preduzimanje protivpravnog napada kod nužne odbrane. Smatra se da isključivo umišljajne i tipično nehatne radnje mogu predstavljati radnju napada kod nužne odbrane. U gore navedenom primeru, vozač bicikla jeste neoprezan ali se njegova radnja ne može okarakterisati kao tipično nehatna radnja, iz čega proizilazi da nema karakter napada u smislu nužne odbrane.<sup>32</sup>

### 3. PRAVNA DOBRA KOJA MOGU BITI PREDMET NAPADA KOD NUŽNE ODBRANE

Prema načelnom stanovištu, nema ograničenja u pogledu podobnosti pojedinih dobara da budu objekt napada kod nužne odbrane, tj. svako pravno dobro može biti povređeno ili ugroženo protivpravnim napadom. Jezičkim tumačenjem odredbe o nužnoj odbrani, dolazimo do zaključka da dobra protiv kojih je usmeren napad mogu da pripadaju kako licu koje preduzima odbrambenu radnju, tako i trećem licu.

Pozivanje na nužnu odbranu je moguće u slučaju napada na život, telesni integritet, slobodu (uključujući slobodu kretanja, slobodu seksualnog opredeljenja, verske slobode itd.), privatnost, čast, imovinska prava, itd..<sup>33</sup> U imovinska prava koja su povređena ili ugrožena napadom, ubrajamo svojinu na nepokretnim i pokretnim stvarima, pravo na poslugu, posed (stan), itd..<sup>34</sup> Takođe, predmet napada kod nužne odbrane može biti i život koji se formira, što znači da svako može sprečiti abortus, čak i protiv

31 Luzon Pena, Aspectos esenciales de la legitima defensa, op. cit., s. 349.

32 isto, op. cit., str. 281.

33 Enrique Orts Berenguer, Angela Matallin Evangelo y otro, Derecho penal - parte general, op. cit., s. 84.

34 Jose Maria Rodriguez Deveza, Alfonso Serrano Gomes, Derecho penal Espanol - parte general, op. cit., s. 557.

volje trudnice ukoliko se prekid trudnoće preduzima suprotno postojećim propisima.<sup>35</sup> Povredu ili ugrožavanje prava potraživanja i drugih relativnih prava ne možemo smatrati napadom u smislu nužne odbrane, na šta ukazuje član 455. Krivičnog zakonika Španije, već se poverilac mora obratiti sudu i zatražiti zaštitu.<sup>36</sup>

Napad na materijalna dobra se može odbiti pozivanjem na nužnu odbranu, samo pod uslovom da predstavlja delikt i ukoliko izazove ozbiljnu i neposrednu opasnost od oštećenja ili uništenja dobara, što redukuje mogućnost primene nužne odbrane povodom napada na imovinu.<sup>37</sup> U vezi sa tim, ističemo da je krivično delo neovlašćen ulazak u stan propisano u članu 202., dok je neovlašćen ulazak na posed sankcionisan članom 534. KZŠ.<sup>38</sup>

*Calderon* zauzima stav koji nije usamljen, prema kome se napad na opšta dobra, tj. dobra zajednice ili države ne može smatrati napadom u smislu nužne odbrane.<sup>39</sup> Ovaj pisac polazi od pretpostavke da nužna odbrana ima dvostruku funkciju i to: zaštitu individualnih dobara i zaštitu pravnog poredka. Drugim rečima, u slučaju napada na opšta dobra individualna dobra nisu ugrožena, a vršenje funkcije policije od strane građana može doneti više štete nego koristi. Očigledno pod uticajem argumenta da je i kod napada na dobra države reč o sukobu prava sa nepravom, ipak dozvoljava mogućnost zaštite pravnih lica i individualnih pravnih dobara koja pripadaju državi. Na primer, pojedinac može da brani dobra koja su u vlasništvu države (telefonsku govornicu). Slično tome, prema *Rodriguezu*, pravna dobra koja su isključivo opšta dobra, kao što je to bezbednost države, javni red, ne mogu se štititi pozivanjem na nužnu odbranu.<sup>40</sup> I ovaj autor prihvata mogućnost da pravna lica i njihova dobra mogu biti objekt

---

35 A. Calderon Cerezo, J. A. Chochlan Montalvo, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 205.

36 Carlos Climent Duran, Francisko Pastor Alcoy, *Codigo penal con todas sus reformas comparados por articulos*, op. cit., s. 270.

37 Gonzalo Quintero Olivares, Fermin Morales Prats, *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., s. 499.

38 Carlos Climent Duran, Francisko Pastor Alcoy, *Codigo penal con todas sus reformas comparados por articulos*, op. cit., s. 161, 297.

39 A. Calderon Cerezo, J. A. Chochlan Montalvo, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 205, Carlos Suarez-Mira Rodriguez, Angel Judel Prieto, *Manual de Derecho penal*, op. cit., s. 206.

40 Jose Maria Rodriguez Deveza, Alfonso Serrano Gomes, *Derecho penal Espanol - parte general*, op. cit., s. 558.

napada u smislu nužne odbrane, a zatim postavlja pitanje kvalifikovanja napada na pravno lice od strane organa pravnog lica u njemu.

Kao što je već rečeno, nesumnjivo je da materijalna dobra mogu biti izložena protivpravnom napadu u skladu sa članom 20. stav 4 KZŠ, uz sva ograničenja koja propisuje zakon. Sporno je pitanje bagatelnih napada, odnosno beznačajne vrednosti imovine koja je ugrožena. Sudska praksa je zauzela stav da se protivpravnim napadom smatraju i napadi na imovinu, koja je uzimajući u obzir njenu vrednost beznačajna. U tom smislu, preduzet je protivpravni napad i u slučaju da neko „*crpi benzin iz rezervoara tuđeg motocikla da bi se napunio upaljač*”.<sup>41</sup>

U krivičnopravnoj teoriji i sudskoj praksi, nije nesporno da li čast može biti objekt napada kod nužne odbrane. Prema stanovištu Vrhovnog suda Španije koje proizilazi iz velikog broja presuda, čast nije pravno dobro koje se može braniti. To znači da se ostvarenje krivičnog dela reagovanjem na uvredu ne može opravdati pozivanjem na nužnu odbranu. U prilog ovom stanovištu, sudovi iznose sledeće argumente: 1. kod napada na čast nema fizičke nasrtljivosti, 2. uvrede ne predstavljaju protivpravni napad bez obzira na njihovu ozbiljnost, što teorija krivičnog prava odlučno odbija.<sup>42</sup> Kao što smo videli, sudska praksa polazi od pretpostavke da isključivo život i telesni integritet treba zaštititi primenom odredbe o nužnoj odbrani, dok druga prava uživaju zaštitu samo ukoliko je njihova povreda ili ugrožavanje praćeno napadom na pomenute vrednosti. Doktrina ovo restriktivno viđenje problema odbacuje, jer sadržina napada kod nužne odbrane zavisi od karaktera pravnog dobra protiv koga je napad usmeren.<sup>43</sup> Prihvatanje suprotnog značilo bi ne samo da čast, već i druga značajna pravna dobra (npr. imovinska prava, stan itd.) ne mogu biti izložena napadu u smislu člana 20. stav 4 KZŠ. Treba naglasiti da ni sudska praksa o ovom problemu nema jedinstveno mišljenje, o čemu svedoči presuda *STS 2442/2001* od 18. decembra 2001. godine, u kojoj se izričito navodi čast kao dobro koje se može zaštititi pozivanjem na odredbu o nužnoj odbrani.<sup>44</sup>

41 STS 9. 4. 1965. – RA 1992, (Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, Derecho penal-parte general, op. cit., s. 559.).

42 Santiago Mir Puig, M. Teresa Castineira, Legitima defensa del honor y limites del derecho de defensa, septiembere-diciembre, op. cit. s. 858.

43 Jose Maria Rodriguez Deveza, Alfonso Serrano Gomes, Derecho penal Espanol - parte general, op. cit., s. 560.

44 Julian Sanchez Melgar,Codigo prenal-comentarios y Jurisprudencia, op. cit., s. 158-159.

U teoriji krivičnog prava preovladava shvatanje koje i mi prihvatamo kao ispravno, da je pravo na čast lično pravo svakog čoveka garantovano najvišim pravnim aktima svake države, i da je stoga neprihvatljivo izuzeti ga u pogledu zaštite primenom instituta nužne odbrane.<sup>45</sup> Uostalom, odredba zakonika o nužnoj odbrani ne postavlja nikakva ograničenja u pogledu dobara koja mogu biti povređena ili ugrožena protivpravnim napadom.

#### 4. NUŽNA POMOĆ

Član 20. stav 4 Krivičnog zakonika Španije ne ostavlja nikakvu sumnju u pogledu mogućnosti preduzimanja odbrambene radnje radi zaštite pravnih dobara drugog lica („u odbrani svojih prava ili prava drugog”). Shodno tome, teorija krivičnog prava ne dovodi u pitanje stanovište zakonodavca, jedinstveno se izjasnivši da je tzv. nužna pomoć dozvoljena.<sup>46</sup> Izvesno je da su uslovi za odbijanje napada od drugog istovetni zahtevima koji se postavljaju pred napadnutog pri odbrani sopstvenih prava, uključujući tu i subjektivni element nužne odbrane - odbrambenu volju.<sup>47</sup> To znači da lice koje štiti pravna dobra drugog treba da bude svesno protivpravnog napada kome je neko izložen, i da je svrha radnje koju preduzima odbijanje tog napada.<sup>48</sup>

Sporno je da li je nužna odbrana trećeg lica uslovljena saglasnošću tog lica ili učinilac može bez ograničenja da preduzme odbrambenu radnju. U teoriji je istaknuto smatramo pogrešno stanovište, prema kome je odbrana pravnih dobara koja pripadaju trećem licu uslovljena saglasnošću tog lica. Tako, *Calderon* navodi da nije dozvoljeno upotrebiti vatreno oružje protiv lica koje je učinilac krađe, ukoliko vlasnik stvari koja je ukradena ne želi da koristi ovo sredstvo za odbranu i radije bi izgubio svojinu na stvari nego da bude prouzrokovana smrt napadača.<sup>49</sup>

45 Luzon Pena, *Aspectos esenciales de la legitima defensa*, op. cit., s. 349.

46 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 571.

47 Jose Maria Rodriguez Deveza, Alfonso Serrano Gomes, *Derecho penal Espanol - parte general*, op. cit., s. 558.

48 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 562.

49 A. Calderon Cerezo, J. A. Chochlan Montalvo, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 209.

Naše je mišljenje da se ovo shvatanje ne može prihvatiti, iako analiza navedenog primera ukazuje da je u određenoj meri logički opravdano. Smatramo da bi prihvatanje ponuđenog rešenja donelo više štete nego koristi zakonitoj i pravičnoj primeni instituta nužne odbrane. Postavlja se pitanje kako rešiti situaciju u kojoj lice kome pripada pravno dobro koje je ugroženo ili povređeno napadom, ima pogrešnu predstavu o postojanju napada ili njegovom intenzitetu. Osim toga, u pojedinim slučajevima učinilac ne može da zna kakva je volja trećeg lica u pogledu zaštite dobara koja mu pripadaju, što navodi i *Calderona* na zaključak da u navedenim okolnostima saglasnost napadnutog za preduzimanje odbrane nije potrebna (tzv. pretpostavljena saglasnost).<sup>50</sup> Upotreba oružja radi zaštite od krađe se ne može smatrati neophodnim za odbranu, iz čega proizilazi da gore navedeni primer nije opravdanje saglasnosti drugog lica kome se nužna pomoć pruža.

Dakle, može se reći da pružanje nužne pomoći drugom licu nije uslovljeno saglasnošću napadnutog, dok je eventualno prekoračenje granica nužne odbrane koje sugerise *Calderon*, poseban problem koji se odnosi na utvrđivanje uslova da odbrana mora biti neophodna. Ukoliko prihvatimo vladajuću koncepciju o dvostrukoj funkciji nužne odbrane, spoznaćemo da je protivpravni napad uperen ne samo protiv individualnih dobara pojedinca već i protiv pravnog poredka. Proizilazi da se ne može ostaviti izbor napadnutom da sudi o eventualnom preduzimanju odbrambene radnje, jer takvo rešenje ne bi zadovoljilo opšti interes za uspostavljanjem narušenog pravnog poredka. Uz to, interes lica koje odbija pomoć može biti suprotan njegovoj volji.

Pružanje nužne pomoći je dozvoljeno bez obzira na okolnost izazivanja napadača od strane napadnutog, pod uslovom da lice koje preduzima odbrambenu radnju nije provokator.<sup>51</sup>

Na kraju, kao što je moguće da lice koje preduzima odbrambenu radnju pruži pomoć drugom tj. napadnutom, nije teško zamisliti situaciju u kojoj je pravno dobro trećeg nezainteresovanog lica povređeno ili ugroženo odbranom napadnutog. Da li se i u tom slučaju učinilac krivičnog dela može pozvati na nužnu odbranu? Krivičnopravna literatura i sudska praksa su u vezi sa ovim problemom zauzeli stav da primena nužne odbrane

50 isto, op. cit., s. 209.

51 Gonzalo Quintero Olivares, Fermin Morales Prats, *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., s. 502.

nije opravdana.<sup>52</sup> Navedeno stanovište Vrhovnog suda Španije odnosi se na sučaj koji ćemo izložiti: optuženi je videvši da neko nanosi povredu njegovoj devojci u pokušaju da je zaštiti gađao istog kamenom, ali je slučajno pogodio treće lice koje je takođe pokušavalo da zaštiti devojku. *Espinar* se ne izjašnjava u pogledu pravne kvalifikacije ovog slučaja, iako se nameće zaključak da krivična odgovornost može biti isključena pozivanjem na stanje nužde.<sup>53</sup> Ovome treba dodati sledeće: logično je rešenje da se napadnuti može pozvati na član 20. stav 4 KZŠ, ukoliko napadač koristi za napad sredstvo koje je vlasništvo trećeg lica.<sup>54</sup> Na primer, neko puca u pneumatike vozila trećeg lica, jer automobil koristi učinilac krađe da pobjegne sa lica mesta.

## 5. PROTIVPRAVNOST NAPADA

Obzirom da zakonodavac u članu 20. stav 4. tačka 1 KZ Španije propisuje kao prvi uslov za primenu nužne odbrane protivpravnost napada, krivičnopravna literatura i sudska praksa zauzimaju jedinstven stav u pogledu neophodnosti utvrđivanja ovog uslova nužne odbrane. Pod protivpravnim napadom se podrazumeva svaka radnja koja je protivna pravnom poredku, što znači da nije potrebno da su propisi koji se krše krivičnopravnog karaktera, osim kada je u pitanju napad na materijalna dobra i stan.<sup>55</sup>

Prema preovlađujućem mišljenju teorije krivičnog prava, u prvom stavu člana 20. KZŠ najpre se postavlja opšti uslov čije ispunjenje je neophodno u slučaju odbrane bilo kog pravnog dobra – protivpravnost napada, a zatim se zakonodavac preciznije određuje u pogledu napada na imovinska dobra.<sup>56</sup> Iako je ovo stanovište vladajuće u literaturi, smatramo da u pravnotehničkom smislu nije prihvatljivo postavljati posebne uslove

52 STS 8. 10. 1971. – RA 3769, (Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, Derecho penal -parte general, op. cit., s. 573.).

53 A. Calderon Cerezo, J. A. Chochlan Montalvo, Derecho penal-parte general, op. cit., s. 207.

54 isto, op. cit., s. 207.

55 Angel Calderon Cerezo, Hoze Antonio Choclan Montalvo, Codigo Penal Comentado, op. cit., s. 43.

56 isto, op. cit., s. 43, („Napad treba da bude protivan pravnom poredku, iako nije neophodno da je reč o kršenju Krivičnog zakonika osim u slučaju napada na materijalna dobra i stan.”).

u odnosu na protivpravnost napada koji je usmeren na imovinska dobra i stan.<sup>57</sup> Zakonodavac na taj način sugerise da su materijalna dobra odnosno stan dobra manjeg značaja od života, telesnog integriteta, slobode, časti i da stoga treba postaviti dodatne, strožije uslove za napad na ova dobra kod nužne odbrane. Moramo priznati da nam nisu u potpunosti razumljivi ciljevi koji se žele postići, određujući uslove za primenu nužne odbrane na naveden način.

Prema jednom shvatanju, pod pojmom *ilegitima agresion* (u doslovnom prevodu: nezakonit napad) se podrazumeva protivpravni napad (*agresion antijuridicidad*).<sup>58</sup> *Espinar* prihvata izjednačavanje opšteg pojma protivpravnosti sa protivpravnošću napada, ali istovremeno ukazuje na potrebu razlikovanja. Na primer, zadržavanje vozilom koje ometa normalno odvijanje saobraćaja, neplaćanje duga itd., nesumnjivo su protivpravna ponašanja ali ne daju pravo učiniocu dela da se pozove na nužnu odbranu, iz čega proizilazi da bi možda ispravnije bilo govoriti o krivičnoj protivpravnosti.<sup>59</sup> Pri tome, zaboravlja da lice koje preduzima protivpravni napad na drugog veoma često istovremeno postupa protivno normama drugih grana prava (npr. normama građanskog prava u vezi sa oštećenjem tuđe stvari itd.).

Protivpravnost napada ne znači da se radnjom koju preduzima napadač mora ostvariti krivično delo, dovoljno je da bude protivna pravu (osim u slučajevima kada zakon to izričito zahteva).<sup>60</sup> *Rodriguez* koristi sledeće primere kao ilustraciju: dete koje otac kažnjava, učenik koga nastavnik sankcioniše zbog nediscipline, lice kome sudski izvršitelji oduzimaju imovinu zbog neplaćenih obaveza, nemaju pravo na odbranu protiv „zla” koje im pretili, jer ovi postupci ne predstavljaju kršenje pravnih

57 Član 20. stav 4. tačka 1 KZŠ: „U slučaju odbrane dobara protivpravnim napadom će se smatrati napad na ista, kojim je učinjeno krivično delo ili izazvana ozbiljna i neposredna opasnost od oštećenja ili uništenja dobara. U slučaju odbrane stana protivpravnim napadom će se smatrati nedozvoljen ulazak u isti”.

58 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 561.

59 isto, op. cit., str. 558-559, („U meri u kojoj nužna odbrana pretpostavlja gubitak državnog monopola u upotrebi sile i daje široke mogućnosti intervencije u pravna dobra agresora, ovi stavovi su i napor da se garantuje taj karakter izuzetnosti. Ovaj cilj se postiže ograničenjem mogućnosti privatne odbrane samo pred najvažnijim protivpravnim napadima, većeg intenziteta, koji dovode u opasnost individualna pravna dobra koja uživaju zaštitu krivičnog prava: krivično protivpravni napad.”).

60 Jose Maria Rodriguez Deveza, Alfonso Serrano Gomes, *Derecho penal Espanol - parte general*, op. cit., Madrid, s. 556.

propisa. U vezi sa napred navedenim, ovaj autor sa pravom izvodi zaključak da svojstvo nosioca funkcije vlasti nije dovoljno da bi se pravo na nužnu odbranu isključilo u slučaju preduzimanja protivpravnog napada.<sup>61</sup> Iz toga sledi, ukoliko policajac ili neko drugo lice koje je nosilac javne funkcije kršeći pravne norme u vezi sa službom ili nezavisno od posla koji obavlja preduzme protivpravni napad, lice koje se brani ima pravo da se pozove na član 20. stav 4 KZ Španije.

Kako lice koje preduzima odbrambenu radnju postupa u skladu sa zakonom, tj. saglasno pravu, opšteprihvaćeno je mišljenje u teoriji i praksi da nije dozvoljena nužna odbrana protiv nužne odbrane,<sup>62</sup> odnosno protiv delovanja u stanju nužde, ispunjavanja neke zakonske obaveze (npr. obaveze roditelja da brinu o deci), korišćenja nekog prava (npr. službenosti) ili vršenja službene dužnosti (npr. policajac lišava slobode učinioca krivičnog dela).<sup>63</sup>

Saglasno odredbi Krivičnog zakonika o nužnoj odbrani, protivpravnim napadom se smatra nedozvoljen ulazak u stan, dok se sa druge strane nedozvoljen boravak u stanu od strane zakupca koji ne plaća zakup, ne može kvalifikovati kao napad u smislu nužne odbrane. Proizilazi da zakupodavac ne može prinuditi nesavesnog zakupca da plati zakupninu ili da se iseli, već mora potražiti sudsku zaštitu.<sup>64</sup>

Najzad, pažnju posvećujemo i problemu pogrešne predstave učinioca u odnosu na navodni protivpravni napad koji pretili da ugrozi ili povredi neko pravno dobro. Na primer, neko lice ulazi u tuđi stan da bi koristio telefonski aparat radi obaveštavanja vatrogasaca o požaru, pri čemu „protivpravni ulazak” posmatra vlasnik stana ili neko treće lice odlučno da preduzme odbranu. Očigledno je krivična odgovornost lica koje ulazi u tuđi stan isključena stanjem nužde u skladu sa članom 20. stav 5 KZŠ, kao što je logično da se učinilac dela u tobožnjoj nužnoj odbrani pozove na odredbu o pravnoj zabludi iz člana 14. stav 3 Krivičnog zakonika Španije.<sup>65</sup> Problem

61 isto, op. cit., s. 562.

62 Carlos Suarez-Mira Rodriguez, Angel Judel Prieto, Manual de Derecho penal, op. cit., s. 208.

63 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, Derecho pena I- parte general, op. cit., s. 559.

64 isto, op. cit., s. 562.

65 Carlos Climent Duran, Francisko Pastor Alcoy, Codigo penal con todas sus reformas comparados por articulos, op. cit. s. 38, („Neotklonjiva zabluda u pogledu zabranjenosti dela isključuje krivičnu odgovornost. Ukoliko je zabluda otklonjiva izriče se manja kazna za jedan ili dva stepena”).

je kako utvrditi da li je u ovom slučaju reč o otklonljivoj ili neotklonljivoj pravnoj zabludi? Da li kao kriterijum treba koristiti objektivne okolnosti, tj. predvidivost prosečnog čoveka ili subjektivne mogućnosti pojedinca da uvidi pravo stanje stvari? *Olivares* smatra da u pomenutom slučaju postoji otklonjiva pravna zabluda i to uzimajući u obzir iskustvo, odnosno reagovanje prosečnog čoveka u navedenom slučaju.<sup>66</sup> O zabludi lica koje preduzima odbrambenu radnju, biće više rečeno u delu rada koji se odnosi na zahtev da napad kod nužne odbrane mora biti stvaran.

### 5.1. Izazvani napadi

Za razliku od krivičnog zakonodavstva Srbije ili Nemačke, zakonodavac u Španiji članom 20. stav 4. tačka 3 izražava svoj stav o problemu izazvane (provocirane) nužne odbrane, propisujući sledeći uslov za primenu ovog instituta: „*Izostanak dovoljne provokacije od strane napadnutog*”.<sup>67</sup> Provokacija je podsticanje, izazivanje protivpravne agresije.<sup>68</sup> Po svemu sudeći, samo provokacija određenog intenziteta isključuje pozivanje na nužnu odbranu, ili drugim rečima, postojanje provokacije ne znači automatski da se odredba o nužnoj odbrani ne može primeniti. Da li je u konkretnom događaju provokacija dovoljna zavisi od utvrđene srazmere, proporcionalnosti između provokacije sa jedne strane i izazvanog napada sa druge strane.<sup>69</sup> Razumljivo je što zakonodavac ne govori precizno o tome koji je to intenzitet provokacije potreban da bi se isključila nužna odbrana, već prepušta sudskoj praksi da to utvrdi uzimajući u obzir objektivne i subjektivne okolnosti svake pojedinačne krivične stvari.

U svakom slučaju, dovoljna provokacija je pravni standard čije ostvarenje znači da ne bi trebalo primeniti član 20. stav 4 Krivičnog zakonika Kraljevine Španije. Nedostatak dovoljne provokacije ne pripada

66 Gonzalo Quintero Olivares, Fermin Morales Prats, *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., s. 489-490.

67 Carlos Climent Duran, Francisko Pastor Alcoy, *Codigo penal con todas sus reformas comparados por articulos*, op. cit., s. 41.

68 Carlos Suarez-Mira Rodriguez, Angel Judel Prieto, *Manual de Derecho penal*, op. cit., s. 209.

69 Gonzalo Quintero Olivares, Fermin Morales Prats, *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., s. 500.

grupi osnovnih, temeljnih uslova za primenu nužne odbrane, poput protivpravnog napada ili neophodnosti odbrane. Proizilazi da postojanje provokacije ipak ne isključuje pozivanje učinioaca na član 21. stav 1 u vezi sa članom 68. Krivičnog zakonika koji propisuje ublažavanje kazne (tzv. nepotpuna nužna odbrana).<sup>70</sup>

Dakle, može se reći da je uslov za primenu instituta nužne odbrane prethodna ocena da napadnuti nije izazvao napadača.<sup>71</sup> Čak i ukoliko se u konkretnom slučaju utvrdi da zbog intenziteta provokacije nije moguće isključiti krivičnu odgovornost, učinilac se može pozvati na tzv. nepotpunu nužnu odbranu, jer je izostanak dovoljne provokacije sporedni, manje značajan elemenat nužne odbrane.<sup>72</sup>

Krivičnopravna literatura je pokušala da doprinese rešavanju složenog problema izazvanog napada, utvrđivanjem kriterijuma koji se mogu koristiti u pojedinačnim slučajevima. *Zapatero* kao i *Olivares* smatra da nije prihvatljivo isključiti krivičnu odgovornost učinioaca koji je ostvario delo odbijajući protivpravni napad, ukoliko je „*provokacija adekvatna i proporcionalna napadu tj. ona koja kod lica izaziva agresivnu reakciju*”.<sup>73</sup> Nema sumnje da se ovo stanovište može načelno prihvatiti, jer polazi od ispravne pretpostavke da ukoliko bezazlena provokacija izazove protivpravni napad na život ili neko drugo značajno pravno dobro provokatora, nije opravdano uskratiti mu pravo da se brani, odnosno isključiti primenu člana 20. stav 4 Krivičnog zakonika. Ovo stanovište zauzima i Vrhovni sud presudom *STS 2442/2001* od 18. decembra 2001. godine.<sup>74</sup>

Korak dalje učinio je *Berenguer*, stavom da „*treba razlikovati provokaciju od davanja povoda ili prilike*”.<sup>75</sup> Drugačije rečeno, ne postoji provokacija u smislu člana 20. stav 3 bez obzira na okolnost očiglednog

---

70 Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo, „Restricciones” jurisprudenciales al derecho de defensa: legitima defensa y principio de legalidad, op. cit., s. 928.

71 Enrique Orts Berenguer, Angela Matallin Evangelo y otro, Derecho penal - parte general, op. cit., s. 85.

72 Carlos Suarez-Mira Rodriguez, Angel Judel Prieto, Manual de Derecho penal, op. cit., s. 209.

73 L. Arroyo Zapatero, Berdugo Gomes de la Tore y otro, Comentarios elCodigo penal, op. cit., s. 121

74 Julian Sanchez Melgar, Codigo prenal - comentarios y Jurisprudencia, op. cit., s. 153.

75 Enrique Orts Berenguer, Angela Matallin Evangelo y otro, Derecho penal - parte general, op. cit., s. 85.

doprinosa napadu postupcima napadnutog. Na primer, navijač poseti restoran za koji je znao da je omiljeno mesto okupljanja pristalica rivalskog kluba. U ovom slučaju izazvanom nije dozvoljeno pozivanje na nužnu odbranu, odnosno dužan je da trpi „provokaciju”. Štaviše, ukoliko se ipak ne uzdrži od napada, izazivač ima pravo na nužnu odbranu koje nije ograničeno.

Međutim, kako postupiti ukoliko lice koje preduzima odbrambenu radnju, ima pogrešnu predstavu o ozbiljnosti napada (provokacije)? U tom slučaju će postojati tzv. putativna nužna odbrana, koja se definiše kao pogrešna predstava učinioca o postojanju faktičkih i normativnih obeležja ovog instituta, zbog čega se njegova krivična odgovornost isključuje primenom člana 14. stav 3 KZŠ.<sup>76</sup> Za razliku od našeg krivičnog zakonodavstva, koje u slučaju putativne nužne odbrane propisuje primenu odredbe o stvarnoj zabludi kao osnovu koji isključuje krivično delo, zakonodavac u Španiji prihvata drugačije rešenje ovog problema. Stvarna zabluda se odnosi isključivo na pogrešnu predstavu u pogledu obeležja bića krivičnog dela,<sup>77</sup> dok se učinilac dela u putativnoj nužnoj odbrani može osloniti na primenu člana 14. stav 3 Krivičnog zakonika koji reguliše pravnu zabludu.<sup>78</sup>

Prema jednom shvatanju, napadnuti se ne može pozivati na nužnu odbranu ukoliko namerno izazove drugo lice, kako bi tobože braneći se od protivpravnog napada povredio ili ugrozio neko napadačevo pravno dobro.<sup>79</sup> Calderon polazi od toga da napadnuti zloupotrebljava pravo i zaključuje da se mora isključiti primena nužne odbrane. Na primer, izazivač otkriva svoju emotivnu vezu sa suprugom izazvanog, znajući za njegovu ljubomoru i agresivno ponašanje. Namerna provokacija se može manifestovati kao direktan umišljaj izazivača, što smo i pokazali u navedenom primeru, ali i

---

76 L. Arroyo Zapatero, Berdugo Gomes de la Tore y otro, *Comentarios el Codigo penal*, op. cit., s. 121.

77 Carlos Climent Duran, Francisko Pastor Alcoy, *Codigo penal con todas sus reformas comparados por articulos*, op. cit. s. 38 (Član 14. stav 1 glasi: „*Neotklonjiva zabluda o nekom konstitutivnom obeležju dela isključuje krivičnu odgovornost. Ukoliko je zabluda uzimajući u obzir kako objektivne okolnosti tako i subjektivne okolnosti koje se odnose na učinioca otklonjiva, krivično delo je kažnjivo kao nehatno.*”).

78 isto, op. cit., s. 38, (Član 14. stav 3. glasi: „*Neotklonjiva zabluda u pogledu zabranjenosti dela isključuje krivičnu odgovornost. Ukoliko je zabluda otklonjiva izriče se manja kazna za jedan ili dva stepena*”).

79 Angel Calderon Cerezo, Hoze Antonio Choclan Montalvo, *Codigo Penal Comentado*, op. cit., s. 44.

kao eventualni umišljaj.<sup>80</sup> Pridružujemo se vladajućem stanovištu o ovom problemu, jer ne bi bilo opravdano dozvoliti namernom provokatoru da pod izgovorom nužne odbrane povredi ili ugrozi pravna dobra izazivača.

Španska krivičnopravna doktrina pokušala je da odgovori na pitanje, da li je pravo na nužnu odbranu lica koje je izloženo namernoj provokaciji neograničeno ili ga treba ograničiti i koji su to slučajevi. Drugim rečima, da li je u potpunosti isključena nužna odbrana lica za koje je utvrđeno da je namerni provokator. Prema *Calderon Cerezu*, nije opravdano u potpunosti isključiti pravo namernog provokatora da se brani, već treba primenu člana 20. stav 4 KZŠ ograničiti na slučajeve u kojima nije moguće izbeći napad.<sup>81</sup> Provokator, dakle, ima obavezu da se povuče pred izazvanim napadačem, da se spasi ponižavajućim bekstvom. Moramo priznati da napred navedeno rezonovanje o ograničenoj nužnoj odbrani kod namerene provokacije ima logičnu opravdanost, jer polazi od pretpostavke da nije ispravno da pravna dobra namernog provokatora budu bez ikakve zaštite, ali se ipak ne može prihvatiti.

Sa druge strane, ukoliko je provokacija napadača posledica neopreznosti tj. nehata provokatora, preovlađujući stav u nauci je da izazvač ima pravo da se brani, odnosno da je protivpravan napad koji preduzima izazvani.<sup>82</sup> *Ratio legis* ovog shvatanja leži u okolnosti da cilj provokacije nije bio da izazove napad. Treba napomenuti da pojedini teoretičari osporavaju mogućnost da izazivanje napada bude rezultat neopreznosti.<sup>83</sup> Iako nehatno izazivanje napada ne isključuje nužnu odbranu izazivača, njen obim trebalo bi ograničiti na isti način kako se to čini u pogledu slučajnog napada: 1. reakcija napadnutog treba da bude proporcionalna napadu, 2. ukoliko nije moguće na drugi način odbiti napad treba preduzeti bekstvo i 3. treba koristiti manje opasna sredstva, bez obzira na okolnost da takav način odbrane podrazumeva veći rizik od povrede napadnutog.<sup>84</sup>

Slično namernoj provokaciji (direktan i eventualan umišljaj),

80 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 570.

81 A. Calderon Cerezo, J. A. Chochlan Montalvo, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 208.

82 L. Arroyo Zapatero, Berdugo Gomes de la Tore y otro, *Comentarios elCodigo penal*, op. cit., s. 121.

83 Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo, „Restricciones” jurisprudenciales al derecho de defensa: legitima defensa y principio de legalidad, op. cit., s. 928.

84 A. Calderon Cerezo, J. A. Chochlan Montalvo, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 207-208.

nehatno izazivanje napada je moguće kao svesno i nesvesno nehatno. Svesno nehatno provociranje je ostvareno ukoliko je izazivač svestan da njegovo ponašanje može da izazove agresivnu reakciju izazvanog, dok nesvesni nehatni oblik provokacije postoji u suprotnom, kada nije svestan te mogućnosti.<sup>85</sup> Primer za svesno nehatno izazivanje napada je sledeći događaj: da bi zauzeo sedište u autobusu koji ga prevozi do radnog mesta izazivač nastupa neoprezno, ne vodeći računa o drugim putnicima koji su takođe nervozni zbog kašnjenja autobusa. Ljut zbog drskog ponašanja, prilazi mu jedan od putnika (izazvani) da bi se fizički obračunao sa njim. *Espinar* predlaže da se nehatno izazivanje napada, naročito u slučajevima kada provokator nije svestan posledica provokacije koju čini, kvalifikuje kao nepotpuna nužna odbrana primenom stava 21. stav 1 u vezi sa članom 68. Krivičnog zakonika Španije.<sup>86</sup>

Ako provokativno ponašanje samo po sebi predstavlja protivpravni napad, očigledno je da provocirano lice ima pravo da se pozove na nužnu odbranu.<sup>87</sup> Nasuprot tome, odgovornost izazivača ne može biti isključena primenom člana 20. stav 4 KZŠ, jer bi to značilo nepriznavanje polazne pretpostavke u svim raspravama o nužnoj odbrani, po kojoj pravo ne može ustuknuti pred nepravom. Na taj način doveli bi u sumnju nepodeljeno mišljenje krivičnopravne literature i sudske prakse da nije dozvoljena nužna odbrana na nužnu odbranu.<sup>88</sup> Dakle, izazivač je napadač koji preduzima protivpravni napad (provokacija je napad), a izazvani ima status napadnutog lica koje ima pravo na odbranu. Ovo se ne može osporiti, ali razmatranje uticaja provocirane nužne odbrane treba ograničiti na slučajeve preduzimanja odbrambene radnje u vreme kada je provokacija već dovršena. Tako, polazeći od istovremenosti napada kao uslova za primenu nužne odbrane, *Calderon* dolazi do sledećeg zaključka: prethodnom ponašanju izazivača se može dati značaj provokacije, samo pod uslovom da nije ostvaren uslov istovremenosti ponašanja provokatora i reakcije izazvanog lica.<sup>89</sup> U suprotnom, protivpravna provokacija se kvalifikuje kao

85 Iglesias Rio, *Fundamentos y requisitos estructurales de la legitima defensa*, 1999., Granada, s. 471.

86 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 571.

87 Angel Calderon Cerezo, Hoze Antonio Choclan Montalvo, *Codigo Penal Comentado*, op. cit., s. 44.

88 Jose Maria Rodriguez Deveza, Alfonso Serrano Gomes, *Derecho penal Espanol - parte general*, op. cit., s. 556.

89 A. Calderon Cerezo, J. A. Chochlan Montalvo, *Derecho penal - parte general*, op.

protivpravni napad, dok je reagovanje izazvanog nesumnjivo legitimna odbrana.

Sporno je da li prilikom utvrđivanja izostanka dovoljne provokacije u svakom pojedinačnom slučaju, treba uzeti u obzir samo objektivne pokazatelje o njenom intenzitetu ili je neophodno analizirati subjektivni doživljaj provokacije od strane izazvanog, tj. uticaj koji ona ima na njegovo ponašanje - preduzimanje napada. Prema jednom shvatanju, dovoljnom provokacijom se smatra ona koja bi kod većine ljudi izazvala agresivnu reakciju.<sup>90</sup> Ukoliko bi presudnu ulogu pri proceni da li je provokacija u pojedinim krivičnim stvarima dovoljna imalo subjektivno viđenje kritične situacije od strane izazvanog, granice primene nužne odbrane bi bile isuviše široko postavljene, neodređene i što je još važnije, na taj način omogućili bi zloupotrebu ovog instituta od strane tobože isprovociranih napadača. Proizilazi da je za ocenu dovoljne provokacije u konkretnim slučajevima ključno viđenje ponašanja provokatora od strane prosečnog čoveka, tj. kako bi on reagovao u situaciji u kojoj se našao izazvani. Objektivni kriterijum za utvrđivanje dovoljne provokacije prihvata i Vrhovni sud Španije u presudi *STS 2442/2001* od 18. decembra 2001. godine („*obično se smatra dovoljnom provokacijom ona koja bi većinu ljudi navela na jednu agresivnu reakciju*”).<sup>91</sup> Subjektivni doživljaj provokacije od strane izazvanog pri oceni provokacije može poslužiti kao pomoćni kriterijum.

## 6. ISTOVREMENOST NAPADA

Krivični zakonik Španije u članu 20. stav 4 koji reguliše ovaj institut, ne pominje izričito kao uslov za isključenje krivične odgovornosti okolnost da napad mora biti istovremen sa odbranom („*neposredna opasnost od oštećenja ili uništenja dobara*”). Uprkos tome, doktrina i sudska praksa nemaju nedoumica kada je u pitanju ispunjenje uslova istovremenosti (*actual*) napada i odbrane.<sup>92</sup>

---

cit., s. 209.

90 Enrique Orts Berenguer, Angela Matallin Evangelo y otro, Derecho penal - parte general, op. cit., s. 85, Carlos Suarez-Mira Rodriguez, Angel Judel Prieto, Manual de Derecho penal, op. cit., s. 208.

91 Julian Sanchez Melgar,Codigo prenal-comentarios y Jurisprudencia, op. cit., s. 153.

92 L. Arroyo Zapatero, Berdugo Gomes de la Tore y otro, Comentarios elCodigo

Napad je istovremen sa odbranom za vreme njegovog trajanja, dok prestanak napada znači da uslov istovremenosti nije ostvaren, pod pretpostavkom da učinilac nastavi da preduzima odbranu.<sup>93</sup> „*Da bi primena nužne odbrane bila moguća u bilo kojoj varijanti, neophodno je da između napada i odbrane postoji jedinstvo događaja, jer ako je napad prestao radnja napadnutog prestaje da bude odbrana i postaje osveta (STS 1861/2001 od 17. oktobra 2001. godine).*”<sup>94</sup> Za utvrđivanje prestanka napada u konkretnim slučajevima nije od značaja da li je napadač svojom voljom okončao napad ili je to učinio usled efikasne odbrane koja je odbila napad.<sup>95</sup>

Slično mišljenju koje preovladava u našoj teoriji, napad je istovremen i ukoliko neposredno predstoji. Tako, protivpravni napad je istovremen od momenta započinjanja krivičnog dela od strane napadača ili kada isti prouzrokuje neposrednu (*inminente* - neposrednu, predstojeću) opasnost od uništenja ili oštećenja dobara.<sup>96</sup> Ovo stanovište zastupa i sudska praksa.<sup>97</sup> Po svemu sudeći, napadnuti ima pravo da se brani od trenutka kada napadač svojim stavom nagovesti da će doći do povrede pravnog dobra,<sup>98</sup> odnosno do okončanja napada koji traje (kod trajnih krivičnih dela sve do okončanja protivpravnog stanja).<sup>99</sup> Jasno je da preventivna odbrana od budućih napada nije dozvoljena: „*Predmet odbrane nije napad koji bi mogao da se izvede u budućnosti, jer postoje i drugi načini odbrane dobara kojima preči opasnost*”.<sup>100</sup> Uostalom, zakonska odredba o nužnoj odbrani

---

penal, op. cit., s. 120.

93 Santiago Mir Puig, M. Teresa Castineira, *Legítima defensa del honor y límites del derecho de defensa*, Anuario de Derecho penal y ciencias penales, septiembre-diciembre, op. cit., s. 858, Carlos Suarez-Mira Rodriguez, Angel Judel Prieto, *Manual de Derecho penal*, op. cit., s. 206.

94 Julian Sanchez Melgar, *Código penal - comentarios y Jurisprudencia*, op. cit., s. 153.

95 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 563.

96 Enrique Orts Berenguer, Angela Matallin Evangelo y otro, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 84, Iglesias Rio, *Fundamentos y requisitos estructurales de la legítima defensa*, op. cit., s. 139.

97 STS 1685/2001 od 29. 2. 2001.

98 L. Arroyo Zapatero, Berdugo Gomes de la Tore y otro, *Comentarios el Código penal*, op. cit., s. 120.

99 A. Calderon Cerezo, J. A. Chochlan Montalvo, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 204.

100 Gonzalo Quintero Olivares, Fermin Morales Prats, *Parte General del Derecho Penal*,

govori o „sprečavanju” napada koji neposredno predstoji ili „odbijanju” napada koji traje.

Iako *Olivares* načelno prihvata da se sa okončanjem napada gubi pravo napadnutog da uzvratu napadaču, ipak odobrava da to izuzetno bude dozvoljeno pod uslovom da postoji hronološka povezanost odbrane i napada, tj. ukoliko je odbrana preduzeta neposredno po okončanju napada.<sup>101</sup> Na primer, lice A je bilo izloženo fizičkom napadu i tom prilikom su mu nanete telesne povrede, usled čega reaguje i uzvraća napadaču. Naše je mišljenje da ovo stanovište nije opravdano, jer bi njegovo prihvatanje u potpunosti obesmisllilo vremenski uslov nužne odbrane i suviše proširilo granice primene ovog instituta.

Uopšteno govoreći, utvrditi da napad neposredno predstoji je faktičko pitanje na koje odgovor treba dati analizom pojedinačnih krivičnih stvari. U načelu se može prihvatiti da napad neposredno predstoji, ukoliko napadač svojim stavom nagovesti započinjanje napada. Međutim, kao što će u izlaganjima koja slede biti ukazano, moguće je zamisliti situaciju da napad neposredno predstoji iako napadač nije preduzeo neku delatnost u vezi sa budućim napadom.

*Espinar* uslov istovremenosti analizira tumačenjem presude Vrhovnog suda Španije STS 20. 7. 1993; RA 6409: „*Posle ranijeg incidenta oštećeni se posle izvesnog vremena vraća na mesto događaja i počinje da gura kiosk, na taj način izaziva neposrednu opasnost za optuženog koji je rukovao posudom u kojoj se nalazilo pet litara vrelog ulja, što bez sumnje predstavlja napad, ali u svakom slučaju stvara situaciju nesumnjive opasnosti. Stoga, optuženi je opravdano preduzeo mere da odbije napad*”.<sup>102</sup>

*Calderon* pri oceni istovremenosti napada koristi interesantan kriterijum koji možemo nazvati „*mogućnost odbrane dobara*”. Može se reći da ukoliko je učinilac krađe u blizini vlasnika ili trećeg lica koje pruža nužnu pomoć (čak i ako je započeo bekstvo), odbrana je istovremena sa napadom.<sup>103</sup> Iako se ovaj pisac ne izjašnjava direktno o tome, proizilazi da

op. cit., s. 487.

101 isto, op.cit., s. 487.

102 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, Derecho penal-parte general, op. cit., s. 571, („*Posrazumevajući pod istovremenim kako napad koji pretpostavlja neposrednu blizinu povrede pravnog dobra koje je u opasnosti, tako i napad koji traje*”).

103 A. Calderon Cerezo, J. A. Chochlan Montalvo, Derecho penal - parte general, op. cit., s. 204.

vlasnik, držalac stvari ili treće lice nemaju pravo da preduzmu odbrambenu radnju i povrate stvar ako po isteku određenog vremenskog perioda od oduzimanja stvari na ulici prepoznaju učinioca krađe, odnosno stvar koja je predmet krađe.

Prema shvatanju koje zastupa *Rodriguez*, istovremenost napada treba utvrđivati uzimanjem u obzir analize događaja iz perspektive napadnutog tj. *ex ante*. Na primer, ako je napadnuti izložen udarcu šakom, razumno je očekivati da predstoje pokušaji da bude povređen, tj. serija udaraca.<sup>104</sup> Ne može se prihvatiti subjektivno viđenje događaja od strane lica koje preduzima odbranu kao pomoćni kriterijum pri utvrđivanju istovremenosti napada, jer bi to značilo dvostruko uračunavanje iste okolnosti: pri oceni istovremenosti napada i utvrđivanju putativne nužne odbrane.

Vremenski uslov nužne odbrane može biti ostvaren i kod anticipirane odbrane, tj. postavljanja zaštitnih mehanizama kao što su zamke, detonatori, psi ili automatsko oružje koji se koriste protiv eventualnog napadača. Uslov je da se ovi mehanizmi aktiviraju za vreme trajanja napada ili u trenutku kada napad neposredno predstoji.<sup>105</sup> Ako se pomenuti mehanizmi zaštite iz bilo kog razloga aktiviraju pre vremena započinjanja napada, pre vremena neposredno predstojećeg napada ili posle okončanja napada, rizici od povrede idu na teret lica koja ih postavljaju. Isto se može reći za rizik od neproporcionalnosti povrede koja je prouzrokovana napadaču.

Interesantno je shvatanje da kod uvrede uslov istovremenosti ne može biti ispunjen, jer ovaj delikt pripada grupi krivičnih dela koja su svršena preduzimanjem radnje izvršenja, tj. reč je o delu koje nema posledicu. Proizilazi da se protiv jedne uvrede ne treba braniti drugom uvredom, jer bi to predstavljalo osvetu.<sup>106</sup> *Puig* odbacuje navedeno stanovište: „*U mnogim slučajevima, kada žrtva ima mogućnost da se brani napad je već prestao i stoga više nije istovremen. Ali to ne znači da istovremeni napad na čast nije moguć*”.<sup>107</sup>

104 Carlos Suarez-Mira Rodriguez, Angel Judel Prieto, *Manual de Derecho penal*, op. cit., s. 206.

105 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 562.

106 A. Calderon Cerezo, J. A. Chochlan Montalvo, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 204.

107 Santiago Mir Puig, M. Teresa Castineira, *Legitima defensa del honor y limites del derecho de defensa*, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, septiembere-diciembre, op. cit., s. 862.

Pretnja se može smatrati istovremenim napadom, samo pod uslovom da podrazumeva neposrednu opasnost od povrede pravnog dobra koje je ugroženo.<sup>108</sup> Prema *Espinaru* „obično agresivno gestikuliranje rukama” ne znači da je preduzet istovremeni napad.<sup>109</sup> Naše je mišljenje da u navedenom primeru ne postoji napad kao osnovni uslovu nužne odbrane, iz čega proizilazi da je postavljanje pitanja istovremenosti izlišno.

## 7. NAPAD MORA BITI STVARAN

U tekstu zakonika koji reguliše nužnu odbranu se pominje uslov da opasnost od napada mora biti ozbiljana (*grave peligro*), i to u prvom delu stava 1. člana 20. KZŠ koji propisuje uslove čije ispunjenje se mora utvrditi u pogledu protivpravnog napada. Uslov nužne odbrane koji se odnosi na zahtev da napad bude stvaran možemo odrediti i na negativan način: ukoliko napad koji navodno ugrožava napadača nije realan tj. ozbiljan, ne može se govoriti o isključenju krivične odgovornosti navodno napadnutog.<sup>110</sup> Štaviše, uzimamo da postoji tzv. putativna nužna odbrana na koju se primenjuju pravila o zabludi propisana u članu 14. Krivičnog zakonika Španije.<sup>111</sup>

Kao što je već rečeno, stvarna zabluda se u španskom krivičnom zakonodavstvu odnosi na pogrešnu predstavu učinioca o obeležjima bića krivičnog dela i isključuje krivičnu odgovornost ukoliko je neotklonjiva.<sup>112</sup> Slično rešenju koje nudi zakonik u našoj zemlji, delo učinjeno u otklonljivoj zabludi se kažnjava kao nehatno (član 14. stav 1 KZŠ).<sup>113</sup> Za razliku od

108 L. Arroyo Zapatero, Berdugo Gomes de la Tore y otro, *Comentarios el Codigo penal*, op. cit., s. 120.

109 SSTS 21. 3. 2003. – RA 2678, SSTS 22.1. 2001. – RA 458, 30.1. 1998. – RA 102, 3.4. 1996. – RA 2867, 7.4.1993. – RA 3057, (Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 562).

110 Angel Calderon Cerezo, Hoze Antonio Choclan Montalvo, *Codigo Penal Comentado*, op. cit., s. 43.

111 Enrique Orts Berenguer, Angela Matallin Evangelo y otro, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 84.

112 Carlos Climent Duran, Francisko Pastor Alcoy, *Codigo penal con todas sus reformas comparados por articulos*, op. cit. s. 38, (Član 14. stav 1 glasi: „*Neotklonjiva zabluda o nekom konstitutivnom obeležju dela isključuje krivičnu odgovornost. Ukoliko je zabluda uzimajući u obzir kako objektivne okolnosti tako i subjektivne okolnosti koje se odnose na učinioca otklonjiva, krivično delo je kažnjivo kao nehatno.*”).

113 Carlos Climent Duran, Francisko Pastor Alcoy, *Codigo penal con todas sus reformas*

toga, pogrešna predstava napadnutog o postojanju napada ima za posledicu mogućnost primene člana 14. stav 3 Krivičnog zakonika koji propisuje pravnu zabludu: „*Neotklonjiva zabluda u pogledu zabranjenosti dela isključuje krivičnu odgovornost. Ukoliko je zabluda otklonjiva izriče se manja kazna za jedan ili dva stepena*”.<sup>114</sup> Sažeto rečeno, ukoliko učinilac uzimajući u obzir sve okolnosti konkretne krivične stvari nije mogao znati da napad nije ozbiljan, isključena je njegova krivična odgovornost u pogledu dela koje učini odbijajući navodni napad. Suprotno tome, ukoliko je pogrešna predstava u pogledu napada otklonjiva, odgovaraće za nehatno izvršenje krivičnog dela, a zabludu sud uzima u obzir kao okolnost koja ublažava (*atenuante*) kaznu primenom člana 21. stav 1 u vezi sa članom 68. Krivičnog zakonika Španije.<sup>115</sup> Dakle, putativna nužna odbrana podrazumeva pogrešnu predstavu koja se odnosi kako na faktičke (ozbiljnost napada) tako i na normativne pretpostavke (pravo na odbranu),<sup>116</sup> i rešava se primenom pravila o neotklonjivij i otklonjivoj pravnoj zabludi.<sup>117</sup>

Može se uzeti da pravna zabluda postoji i ako lice koje preduzima odbrambenu radnju ima pogrešnu predstavu u pogledu neophodnosti odbrane. Interesantno je stanovište Vrhovnog suda Španije prema kome sudovi treba da koriste blaže kriterijume pri utvrđivanju neotklonjive zablude o neophodnosti odbrane, pre svega poredeći ovu situaciju sa zabludom u pogledu postojanja napada.<sup>118</sup> Rezonovanje Vrhovnog suda polazi od pretpostavke da „*pravo treba da obezbedi veću zaštitu licu koje nije izazvalo nikavu opasnost za svoja pravna dobra*”. Mislimo da insistiranje na različitom tretiranju navedenih situacija zablude lica koje preduzima odbranu, iako logički opravdano može proizvesti pravnu nesigurnost. Naime, ako učinilac ima pogrešnu predstavu o preduzimanju napada, po prirodi stvari čini se kvalitativna razlika između zablude u kojoj se eventualno nalazi i zablude lica koje je zaista napadnuto u pogledu

---

comparados por artículos, op. cit., s. 38.

114 isto, op.cit., str. 38.

115 Carlos Suarez-Mira Rodriguez, Angel Judel Prieto, Manual de Derecho penal, op. cit., s. 207-208.

116 L. Arroyo Zapatero, Berdugo Gomes de la Tore y otro, Comentarios elCodigo penal, op. cit., s. 121.

117 Gonzalo Quintero Olivares, Fermin Morales Prats, Parte General del Derecho Penal, op. cit., s. 489.

118 Julian Sanchez Melgar, Codigo prenal - comentarios y Jurisprudencia, op. cit., s. 157.

neophodnosti odbrane. Stoga, stanovište Vrhovnog suda predstavlja „kucanje na otvorena vrata” i njegova primena u praksi mogla bi dovesti do kontraefekta tj., nejednakog tretmana lica koje ima pogrešnu predstavu o neophodnosti odbrane.

Problem je kako utvrditi da u konkretnom slučaju postoji otklonjiva ili neotklonjiva zabluda, tj. da li radi postizanja tog cilja koristiti isključivo objektivne pokazatelje ili treba uzeti u obzir i subjektivne kriterijume, odnosno mogućnost predviđanja učinioca obzirom na njegove godine, iskustvo, fizičke i intelektualne sposobnosti, obrazovanje itd.. Na primer, lice A nanese povredu licu B koje je uzelo sat sa stola, jer je imao pogrešnu predstavu koja se odnosi na nameru lica B da ostvari krivično delo krađe. *Olivares* zauzima stanovište da je pravilno uzeti u obzir samo objektivne kriterijume prilikom utvrđivanja postojanja neotklonjive zablude, tj. predvidivost prosečnog čoveka koji bi po njegovom mišljenju u navedenoj situaciji prepoznao stvarnu nameru lica B, iz čega proizilazi da je reč o otklonjivoj zabludi.<sup>119</sup>

Sve što je rečeno o putativnoj nužnoj odbrani tj. o pravnoj zabludi, primenjuju se i u slučaju nepodobnog pokušaja krivičnog dela.<sup>120</sup> Na primer, osoba A preti osobi B pištoljem, pri čemu napadnuti nema svest o tome da oružje ne može da opali. Osoba B uplašena za svoj život upotrebljava sopstveno oružje i lišava života napadača, verujući da deluje u nužnoj odbrani. Treba naglasiti da o ovom problemu ne postoji jedinstveno mišljenje u teoriji krivičnog prava i sudskoj praksi.

## 8. NEOPHODNOST ODBRANE

Pored protivpravnosti i istovremenosti napada, neophodnost odbrane je ključni uslov primene člana 20. stav 4 KZ Španije, čije se ispunjenje mora utvrditi bez obzira da li je reč o tzv. potpunoj ili nepotpunoj nužnoj odbrani. Uz to, prekoračenje granica nužne odbrane je tesno povezano sa odsustvom neophodnosti odbrane, o čemu će u ovom radu biti više rečeno u izlaganjima koja slede. Uprkos značaju koji nesumnjivo

119 Gonzalo Quintero Olivares, Fermin Morales Prats, *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., s. 489.

120 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 561.

ima, zakonodavac u odredbi kojom propisuje uslove za pozivanje na nužnu odbranu ne pominje izričito zahtev za neophodnošću odbrane. U zakonskom tekstu upotrebljena je reč neophodnost (*necesidad*), ali u kontekstu upotrebe sredstava odbrane („*Neophodnost razumne upotrebe sredstava radi sprečavanja ili odbijanja napada*”).<sup>121</sup> U teoriji i praksi je nepodeljeno mišljenje da se učinilac ne može pozvati na nužnu odbranu kao osnov isključenja krivične odgovornosti, ukoliko odbrambena radnja koju je preduzeo nije bila neophodna.<sup>122</sup>

Određiti u kojim slučajevima je odbrana od protivpravnog napada neophodna, ne možemo postići postavljanjem opšteg pravila koje bi važilo u svim slučajevima: „*reč je o komplikovanoj proceni koja podrazumeva jedan fleksibilni kriterijum proporcionalnosti i uzimanje u obzir okolnosti u kojima su se našli kako napadnuti tako i napadač*”.<sup>123</sup> U rešavanju problema neophodnosti odbrane teorija polazi od pretpostavke da je reč o sukobu interesa napadnutog i napadača, pri čemu pravo treba da zaštiti kako jednog tako i drugog. Tako, Puig ističe potrebu da se omogući efikasna zaštita pravnih dobara od protivpravnog napada, iz čega proizilazi da se ne može od lica koje preduzima odbranu zahtevati da detaljno analizira situaciju i uvek preduzme sredstvo odbrane koje bi bilo najmanje štetno za interese napadača.<sup>124</sup> Istovremeno, ovaj autor sa pravom smatra da ni dobra napadača bez obzira na protivpravni napad ne mogu ostati u potpunosti bez zaštite, tj. prepuštena milosti napadnutog koji se brani: „*Dozvoliti licu koje je žrtva napada da učini sve što je neophodno da bi ga odbio, ne znači davanje dozvole da se nanese bilo kakva povreda dobrima napadača*”.<sup>125</sup>

Neophodnost odbrane procenjuje se uzimanjem u obzir svih okolnosti konkretne krivične stvari, odnosno ponašanja objektivnog posmatrača tj., prosečnog čoveka koji se stavlja u situaciju učinioca u trenutku napada.<sup>126</sup> Subjektivno mišljenje napadnutog o neophodnosti

121 Carlos Climent Duran, Francisko Pastor Alcoy, *Codigo penal con todas sus reformas comparados por articulos*, op. cit., s. 41.

122 L. Arroyo Zapatero, Berdugo Gomes de la Tore y otro, *Comentarios el Codigo penal*, op. cit., s. 121.

123 Enrique Orts Berenguer, Angela Matallin Evangelo y otro, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 85.

124 Santiago Mir Puig, M. Teresa Castineira, *Legitima defensa del honor y limites del derecho de defensa*, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, septiembre-diciembre, op. cit., s. 862.

125 isto, op. cit., str. 862.

126 Angel Calderon Cerezo, Hoze Antonio Choclan Montalvo, *Codigo Penal Comentado*,

odbrane nije relevantno, ali može imati značaja pri proceni da li su ispunjeni uslovi za postojanje pravne zablude, koja kao što smo istakli može biti otklonjiva i neotklonjiva.<sup>127</sup>

Suprotno tome, smatra se da je neophodnost odbrane uslovljena i psihičkim odnosom učinioca prema delu, tj. oblikom krivice: „*kada se utvrđuje uslov neophodnosti odbrane nije irelevantan ni način ponašanja napadnutog, umišljajno ili nehatno postupanje*”.<sup>128</sup> Stoga, ako je rezultat odbrane smrt napadača, njena neophodnost zavisi od okolnosti da li je radnja lišavanja života preduzeta sa umišljajem ili nehatom. Na primer, ukoliko napadač sa umišljajem puca u vitalne delove tela i lišava života napadača, može se uz ispunjenje ostalih uslova govoriti o prekoračenju nužne odbrane. Sa druge strane, nehatno ubistvo ne isključuje neophodnost odbrane bez obzira na okolnost što je u konkretnom slučaju povod za fizički obračun napad na čast učinioca.<sup>129</sup> Na primer, napadnuti je izložen uvredama koje su praćene pretnjama da će mu naneti povredu, zbog čega uzima oružje sa namerom da upozori i odvraća napadača. Zbog napetosti koja je izazvana okolnostima događaja, on nepažljivo rukujem oružjem (želi da ispali hitac upozorenja) i nanosi smrtonosne povrede napadaču. Pri oceni neophodnosti odbrane u ovom i sličnim slučajevima treba polaziti od preduzete odbrambene radnje (hitac upozorenja), a ne od posledice odbrane koji nije rezultat namere.<sup>130</sup>

### 8.1. Neophodnost racionalne upotrebe sredstva

Najvažniji kriterijum za ocenu neophodnosti odbrane propisuje zakonodavac u članu 20. stav 4. tačka 2 KZŠ: „*Neophodnost racionalne*

---

op. cit., s. 43.

127 L. Arroyo Zapatero, Berdugo Gomes de la Tore y otro, *Comentarios el Codigo penal*, op. cit., s. 121, Gonzalo Quintero Olivares, Fermin Morales Prats, *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., s. 489.

128 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 567.

129 Santiago Mir Puig, M. Teresa Castineira, *Legitima defensa del honor y limites del derecho de defensa*, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, septiembre-diciembre, op. cit., s. 863.

130 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 568.

*upotrebe sredstava radi sprečavanja ili odbijanja napada*”.<sup>131</sup> Međutim, pogrešno bi bilo zaključiti da je analiza upotrebe sredstava odbrane jedini način da se utvrdi neophodnost odbrane u konkretnom događaju. Proizilazi da između neophodnosti racionalne upotrebe sredstava odbrane i neophodnosti odbrane ne stoji znak jednakosti. Pored toga, u slučaju da sud zaključi da odbrana u konkretnom slučaju nije neophodna, ne može se govoriti o nužnoj odbrani, dok izostanak racionalne upotrebe sredstava odbrane proizvodi isti efekat, ali ne isključuje mogućnost pozivanja na tzv. nepotpunu nužnu odbranu, tj. primenu člana 21. stav 1 u vezi sa članom 68. Krivičnog zakonika Španije.<sup>132</sup> Napred navedeno se može kritikovati primedbom, da dosledno prihvatanje rezonovanja doktrine i prakse znači mogućnost da odbrana bude neophodna, iako u konkretnom slučaju sredstvo odbrane nije racionalno upotrebljeno za sprečavanje ili odbijanje napada.

Neophodnost racionalne upotrebe sredstava odbrane ne možemo poistovetiti sa proporcionalnošću intenziteta napada i odbrane, tj. zla koje može prouzrokovati protivpravni napad i zla koje je naneto odbranom.<sup>133</sup> Braneći svoj stav *Rodriguez* ističe da je nužna odbrana pravo priznato od strane države, čija je suština zaštita prava u sukobu sa nepravom. Na ispravnost ovog mišljenja ukazuje i propisivanje nužne odbrane kao osnova koji isključuje krivičnu odgovornost, uprkos postojanju stanja nužde koje se odlikuje proporcionalnošću zla koje preči i zla koje je učinjeno, zaključuje ovaj autor.

Takođe, racionalnost upotrebljenih sredstava ne znači da između sredstava koja koristi napadač i odbrambenih sredstava mora postojati ekvivalentnost.<sup>134</sup> Ovo stanovište je smatramo opravdano, jer bi prihvatanje suprotnog značilo neravnopravan položaj napadnutog koji preduzima odbranu. Naime, može se dogoditi da lice koje napada drugog bude fizički snažnije, da poseduje znanje borilačkih veština ili da je jednostavno spretniji u pogledu korišćenja sredstava napada. Na primer, radnik u mesari upotrebi mesarski nož za napad na neko lice sa namerom da ga liši života. U ovoj

131 Carlos Climent Duran, Francisko Pastor Alcoy, *Codigo penal con todas sus reformas comparados por articulos*, op. cit., s. 41.

132 Gonzalo Quintero Olivares, Fermin Morales Prats, *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., s. 497.

133 Jose Maria Rodriguez Deveza, Alfonso Serrano Gomes, *Derecho penal Espanol - parte general*, op. cit., s. 563.

134 L. Arroyo Zapatero, Berdugo Gomes de la Tore y otro, *Comentarios el Codigo penal*, op. cit., s. 120.

situaciji racionalnom upotrebom sredstva smatraće se i korišćenje vatrenog oružja radi odbrane svog života, tj. odbijanja protivpravnog napada.

Smisao racionalne upotrebe sredstava odbrane, pre svega je izbor onog sredstva koje će u najmanjoj meri povrediti pravna dobra napadača i istovremeno omogućiti sprečavanje ili odbijanje napada.<sup>135</sup> Ne može se tražiti od napadnutog da upotrebi ona sredstva odbrane za koja nije sigurno da će efikasno odbiti napad.<sup>136</sup> Ako nije siguran da će udarcima stisnutim šakama odbiti napad, može upotrebiti neko efikasnije ali i opasnije sredstvo. *Zapatero* smatra da ocenu da li napadnuti uopšte ima mogućost izbora različitih sredstava odbrane, kao i šta se podrazumeva pod manjom štetom treba zasnivati na objektivnim pokazateljima, odnosno uzimajući u obzir kako bi postupio razumni posmatrač u datim okolnostima. To ne znači da treba potpuno zanemariti relevantne subjektivne aspekte koji se odnose na strah ili paniku lica koje se brani, jer su prouzrokovani protivpravnim napadom i sprečavaju izbor efikasnog sredstva odbrane koje će pri tom naneti najmanju štetu napadaču.<sup>137</sup>

Trebakonstatovati da ukoliko iz analize konkretnog slučaja proizilazi da učinilac nije imao mogućnost izbora, treba konstatovati postojanje neophodne odbrane čak i ako upotrebljena sredstva podrazumevaju veoma energičnu reakciju na napad.<sup>138</sup> Na primer, neophodna je odbrambena radnja žene koja udari u glavu svog supruga velikim svećnjakom da bi zaustavila seriju udaraca tupim predmetom, čak i ukoliko ima za posledicu njegovu smrt (*STS I. 10. 1991. - RA 6874*).

Ipak, ako na raspolaganju nema više od jednog sredstva za odbranu od napada, opravdano je da ga napadnuti upotrebi, ali ostaje obaveza prouzrokovanja najmanje štete napadaču.<sup>139</sup> Ovo se naročito odnosi na situacije kada je jedino sredstvo za odbranu koje napadnuti može koristiti vatreno oružje i podrazumeva njegovu „stepenovanu upotrebu”, ukoliko obzirom na okolnosti efikasnost odbrane nije dovedena u pitanje. To znači

---

135 Enrique Orts Berenguer, Angela Matallin Evangelo y otro, Derecho penal - parte general, op. cit., s. 85.

136 A. Calderon Cerezo, J. A. Chochlan Montalvo, Derecho penal - parte general, op. cit., s. 205-206.

137 L. Arroyo Zapatero, Berdugo Gomes de la Tore y otro, Comentarios elCodigo penal, op. cit., s. 120.

138 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, Derecho penal-parte general, op. cit., s. 566.

139 Jose Maria Rodriguez Deveza, Alfonso Serrano Gomes, Derecho penal Espanol - parte general, op. cit., s. 563.

da učinilac krivičnog dela mora najpre upozoriti napadača na mogućnost upotrebe vatrenog oružja ili ispaliti hitac upozorenja, hitac se može usmeriti u delove tela koji nisu vitalni i na kraju, poslednja mogućnost je nanošenje smrtonosnih povreda.<sup>140</sup> Napadnuti koji se ne pridržava navedenog redosleda poteza (tzv. kontrolisane odbrane), odnosno puca u vitalne delove tela lica koje preduzima napad koristeći nož kao sredstvo, može se pozvati na primenu tzv. nepotpune nužne odbrane (član 21. stav 1 Krivičnog zakonika), stanovište je Vrhovnog suda Španije.<sup>141</sup> Prethodno upozorenje može izostati ako napadač preduzima napad na izuzetno brutalan način ili koristi vatreno oružje za napad.<sup>142</sup>

Kao što smo već istakli, ocena racionalne upotrebe sredstava odbrane zavisi pre svega od objektivnih okolnosti slučaja, ali i od subjektivnog stanja lica koje preduzima odbrambenu radnju. Pri tome, sudska praksa objektivnim kriterijumima daje prednost: „*Pri utvrđivanju racionalnosti upotrebe sredstava odbrane prednost imaju objektivni pokazatelji, što ne znači potpuno zapostavljanje subjektivog aspekta, jer se u stanju izloženosti protivpravnom napad, ne može zahtevati od napadnutog razmišljanje, staloženost i izbor najproporcionalnijeg sredstva odbrane, sa tačno utvrđenom merom odbrane*”.<sup>143</sup> U skladu sa tim, jedna od okolnosti koju sud treba da uzme u obzir je i vrsta pravnog dobra koje je izloženo protivpravnom napadu, jer se ne mogu izjednačavati situacije napada na život ili telesni integritet i napad na čast.<sup>144</sup> Autor ovog mišljenja smatra da se u prvom slučaju ne može zahtevati od žrtve da posle analize različitih mogućnosti izabere manje štetno sredstvo, ali se to očekuje kod napada na čast koji ne proizvodi rizik za koji se može reći da sprečava „kontrolisanu odbranu”. Ovo praktično znači da je ograničen izbor sredstava koja se mogu koristiti za odbranu časti.

Iako na prvi pogled uverljivo, ipak ovo shvatanje ne možemo u potpunosti prihvatiti, jer u nekim situacijama ugrožavanja ili povrede

140 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, Derecho penal-parte general, op. cit., s. 566.

141 STS 1053/2002 od 5. 6. 2002. god., (Julian Sanchez Melgar, Código penal - comentarios y Jurisprudencia, op. cit., s. 152-153).

142 A. Calderon Cerezo, J. A. Chochlan Montalvo, Derecho penal-parte general, op. cit., s. 204.

143 STS 40422/2004 od 12.5.2004.

144 Santiago Mir Puig, M. Teresa Castineira, Legítima defensa del honor y límites del derecho de defensa, Anuario de Derecho penal y ciencias penales, septiembre-diciembre, op. cit., s. 862.

najvažnijih pravnih dobara napadnuti može ne samo izabrati manje štetno sredstvo, već i bez ostvarenja krivičnog dela sprečiti ili okončati napad. Na primer, lice koje je obučeno za borbu a uz to je u znatnoj meri fizički snažniji od napadača, ima obavezu da upotrebi manje štetno sredstvo odbrane, bez obzira što napadač nožem ugrožava njegov život. U suprotnom, može se govoriti o intenzivnom prekoračenju granica nužne odbrane, ukoliko okolnosti krivične stvari ukazuju da je to svrsishodno. U prilog stanovištu koje mi zastupamo je i presuda Vrhovnog suda Španije *STS 339/2002* od 1. marta 2002. godine, u kojoj je izričito navedeno da se pri utvrđivanju opasnosti korišćenog sredstva mora uzeti u obzir ne samo kvalitet sredstva u pitanju, već i „*ogromna disproporcija u korpulentnosti suparnika*”.<sup>145</sup>

## 8.2. *Vrednost pravnih dobara koja su povređena ili ugrožena napadom odnosno odbranom*

U ovom radu je već rečeno da vrednost pravnih dobara u sukobu utiče na ocenu racionalnosti upotrebljenog sredstva odbrane, samim tim i na njenu neophodnost. Ali, ovo ne znači da je neophodnost uslovljena zahtevom za proporcionalnošću pravnih dobara koja su ugrožena napadom i dobara napadača protiv kojih je uperena odbrana, jer pravni poredak ne može pružiti jednaku zaštitu napadaču koji krši pravne norme i napadnutom koji postupa saglasno pravu.<sup>146</sup> To ne znači da će interesi napadača u potpunosti ostati nezaštićeni, što je rezultiralo dominantnim mišljenjem u krivičnopravnoj literaturi, prema kome očigledna disproporcija vrednosti dobara napadača i napadnutog isključuje neophodnost kao temeljni uslov nužne odbrane.<sup>147</sup> Proizilazi da se napad na bagatelna pravna dobra kao što je imovina male vrednosti, ne može odbiti lišavanjem života napadača ili nanošenjem teških telesnih povreda, čak i ukoliko drugog načina za odbranu od napada nije bilo.

---

145 Julian Sanchez Melgar, *Codigo prenal-comentarios y Jurisprudencia*, op. cit., s. 155.

146 Iglesias Rio, *Fundamentos y requisitos estructurales de la legitima defensa*, op. cit., s. 315.

147 Carlos Suarez-Mira Rodriguez, Angel Judel Prieto, *Manual de Derecho penal*, op. cit., s. 209.

### 8.3. Defanzivna i ofanzivna odbrana

Suštinsko obeležje neophodnosti odbrane je ostvarenje krivičnog dela samo u slučaju da lice koje preuzima odbrambenu radnju nema drugog načina da odbije protivpravni napad. U vezi sa tim, postavlja se i pitanje bekstva napadnutog kao načina da se izbegne, odnosno spreči napad. U teoriji i praksi krivičnog prava, u vezi sa ovim problemom preovlađuje stanovište da napadnuti nije dužan da se ukloni sa mesta gde je izvesno da će biti izložen napadu.<sup>148</sup> Zastupnici ovog shvatanja opravdanje nalaze u etičkim razlozima, ali i praksa pokazuje da bi veoma teško bilo utvrditi da li je u konkretnom slučaju napadnuti mogao da izbegne napad bekstvom. Uz to, bekstvo je nesiguran način odbrane, jer ne garantuje licu koje pokušava na taj način da se zaštiti, da će u tome i uspeti. Izuzetak od pravila je situacija napada od strane duševno obolelih osoba ili dece, u kojoj je napadnuti obavezan da ukoliko je to moguće izbegne napad bekstvom, ali samo ako na drugi način nije moguće sprečiti napad.<sup>149</sup>

Dominantno shvatanje osporava *Iglesias*, odbacujući argumente o nečasnom i sramnom bekstvu, jer odbrana nije neophodna ukoliko napadnuti ima mogućnost da se ukloni pred napadom koji ga ugrožava.<sup>150</sup> To će naročito biti slučaj ako iz okolnosti krivične stvari proizilazi da je bekstvo efikasna reakcija na napad sa jedne strane, dok bi preuzimanje odbrambene radnje proizvelo teško narušavanje telesnog integriteta ili čak smrt napadača sa druge strane. Moramo priznati da rezonovanje ovog autora ima logičko utemeljenje, naročito ukoliko kao polazište prihvatimo interes društva za očuvanjem značajnijeg dobra (život napadača je važniji od časti napadnutog).

Premda, smatramo da se ne može prihvatiti i to kako zbog načelnog prigovora da pravo nikada ne treba da ustukne pred nepravom, tako i zbog niza praktičnih problema koje bi proizvelo u sudskoj praksi. Između ostalog, u ovom radu je u više navrata ukazivano na ograničenja nužne odbrane, iz čega proizilazi da se ne može govoriti o nezaštićenosti napadača. Na

---

148 Jose Maria Rodriguez Deveza, Alfonso Serrano Gomes, *Derecho penal Espanol - parte general*, op. cit., s. 564.

149 A. Calderon Cerezo, J. A. Chochlan Montalvo, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 206-207.

150 *Iglesias Rio*, *Fundamentos y requisitos estructurales de la legitima defensa*, op. cit., s. 266.

primer, ako je napadač fizički inferioran pogrešno je od napadnutog tražiti da se bekstvom udalji sa lica mesta, ukoliko je pred njim već zahtev da defanzivnom a ne ofanzivnom odbranom odbije napad. Na taj način štitimo interese napadnutog tj. njegovo dostojanstvo ali i interes pravnog poredka, jer u sukobu prava i neprava prednost treba dati ponašanju koje je u saglasnosti sa pravom.

#### 8.4. *Socijalnoetička ograničenja nužne odbrane.*

Kao što smo već napomenuli, odbrana od protivpravnog napada nije neograničena, tj. pravna dobra napadača nisu u potpunosti nezaštićena.<sup>151</sup> Osim načelnog stanovišta da se neophodnost odbrane odnosi i na meru, odnosno intenzitet odbrambene radnje, doktrina se zalaže za ograničenje nužne odbrane u karakterističnim situacijama.

Prema jednom shvatanju, „*kod napada osoba koje ne mogu krivično odgovarati (npr. deca, duševni bolesnici, alkoholisana lica), ne dolazi do izražaja u punoj meri potreba za reafirmacijom prava, zbog čega se i mera nužne odbrane ograničava*”.<sup>152</sup> Autori ovog mišljenja ističu da je u navedenim okolnostima opravdano zahtevati od napadnutog da se ukloni sa mesta gde je izložen opasnosti napada od pomenutih kategorija lica, a ukoliko to nije moguće treba da koristiti sredstvo odbrane koje je manje opasno za napadača, čak i ukoliko se na taj način povećava rizik od povrede.

Preovladava stav da je ograničenje prava na odbranu opravdano i ukoliko je do sukoba došlo između članova porodice, zbog solidarnosti koja treba da postoji među njima (npr. tuča bračnih drugova).<sup>153</sup> Prema *Calderonu*, sadržaj ograničenja nužne odbrane u ovom slučaju odgovara situaciji napada koji dolazi od strane lica koja nemaju kapacitet za krivičnu odgovornost. Uz to, nije opravdano ograničiti pravo na odbranu ukoliko

151 Enrique Orts Berenguer, Angela Matallin Evangelo y otro, Derecho penal-parte general, op. cit., s. 85.

152 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, Derecho penal-parte general, op. cit., s. 569, Gonzalo Quintero Olivares, Fermin Morales Prats, Parte General del Derecho Penal, op. cit., s. 490-491.

153 Santiago Mir Puig, M. Teresa Castineira, Legítima defensa del honor y límites del derecho de defensa, Anuario de Derecho penal y ciencias penales, septiembre-diciembre, op.cit., s. 864.

je rizik od povrede na strani učinioca ozbiljan (npr. ako jedan supružnik drugog napadne nožem, napadnutog ne treba ograničavati u pogledu izbora sredstava odbrane) ili kada je solidarnost članova porodice umanjena (npr. u slučaju „uobičajenog“ zlostavljanja lice koje trpi konstantne napade nije dužno da napusti stan).<sup>154</sup>

## 9. ODBRAMBENA VOLJA

Uprkos činjenici da u odredbi zakonika koja je posvećena nužnoj odbrani, nije izričito primena ovog instituta uslovljena utvrđivanjem odbrambene volje učinioca, tj. zahtevu da napadnuti bude svestan napada i preduzima odbrambenu radnju sa ciljem odbijanja istog, u teoriji i sudskoj praksi je dominantno shvatanje da je ispunjenje ovog uslova neophodno.<sup>155</sup> Vrhovni sud Španije presudom *STS 614/2004* od 12. maja 2004. godine, u pogledu subjektivne komponente nužne odbrane zauzima sledeći stav: „Učinioc mora da deluje u „stanju odbrane” ili „odbrambenoj situaciji”, može se reći i „stanju nužne odbrane”, jer nužnost je esencijalni kvalitet koji na strani odbrambene radnje treba da postoji u svakom slučaju da bi se moglo govoriti o primeni člana 20. stav 4 ili člana 21. stav 1 Krivičnog zakonika.”<sup>156</sup> Drugim rečima, lice koje ostvari krivično delo se ne može pozvati na nužnu odbranu, ukoliko je motiv za fizički obračun sa drugim osveta ili je reč o obostrano prihvaćenoj tuči.<sup>157</sup> U pomenutoj presudi Vrhovni sud zauzima stanovište da odbrambena volja učinioca (*animus defendi*) nije kontradiktorna sa namerom da se napadač koji preduzima protivpravni napad liši života (*animus necandi*). Naravno, to će biti slučaj samo pod uslovom da je lišavanje života napadača neophodno da se postigne svrha preduzimanja odbrane, a to je odbijanje napada.<sup>158</sup>

154 A. Calderon Cerezo, J. A. Chochlan Montalvo, *Derecho penal-parte general*, op. cit., s. 207.

155 L. Arroyo Zapatero, Berdugo Gomes de la Tore y otro, *Comentarios elCodigo penal*, op. cit., s. 120 -121.

156 Julian Sanchez Melgar, *Codigo prenal - comentarios y Jurisprudencia*, op. cit., s. 151.

157 Enrique Orts Berenguer, Angela Matallin Evangelo y otro, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 85, *STS 1685/2001* od 29. 2. 2000.

158 Julian Sanchez Melgar, *Codigo prenal-comentarios y Jurisprudencia*, op. cit., s. 151.

Ipak, gledište o neophodnosti subjektivnog uslova nužne odbrane nije jedinstveno i bez izuzetka prihvaćeno u španskoj krivičnopravnoj literaturi. Tako, *Rodriguez* smatra da zahtev za odbrambenom voljom kao uslovom za primenu člana 20. stav 4 Krivičnog zakonika nije opravdan, jer nema oslonac u zakonskom tekstu.<sup>159</sup> Ako analiziramo zakonski opis nužne odbrane, možemo zaključiti da i gramatičko tumačenje ide u prilog objektivno-subjektivne koncepcije nužne odbrane.<sup>160</sup>

*Olivares* kao protivnik uslovljavanja primene nužne odbrane subjektivnim elementom, ističe da ukoliko su ispunjeni svi uslovi neophodni za isključenje krivične odgovornosti pozivanjem na nužnu odbranu (protivpravni, stvarni i istovremeni napad, nedostatak provokacije, neophodnost odbrane itd.), pogrešno je isključiti primenu ovog instituta samo zbog nedostatka odbrambene volje. „*Izostanak svesti o tome da se za ponašanje koje se preduzima krivično ne odgovara, ne može predstavljati dovoljan razlog za odbijanje zaštite prava.*”<sup>161</sup>

## 10. PREKORAČENJE GRANICA NUŽNE ODBRANE

Uopšteno govoreći, iako sukob započinje lice koje preduzima protivpravni napad, jedinstveno je mišljenje u krivičnopravnoj literaturi i sudskoj praksi da obim nužne odbrane nije neograničen. Stoga, ukoliko uslov neophodnosti racionalne upotrebe sredstva radi sprečavanja ili odbijanja napada nije ispunjen, ostvareno je prekoračenje nužne odbrane (intenzivni eksces).<sup>162</sup> Na primer, lice koje preduzima odbrambenu radnju koristi palicu i nanosi teške telesne povrede napadaču, iako je očigledno da napad može odbiti i korišćenjem fizičke snage. U vezi sa tim, zakonodavac propisuje da će se napadnutom koji je prekoračio granice nužne odbrane

159 Jose Maria Rodriguez Deveza, Alfonso Serrano Gomes, *Derecho penal Espanol - parte general*, op. cit., s. 562-563.

160 Naime, zakonodavac u članu 20. stav 4 određujući pojam nužne odbrane upotrebljava predlog „u”(en): „...u odbrani svojih prava ili prava drugoga...”, iz čega se može zaključiti da učinilac koji delo ostvari na primer u osveti, ne može da se pozove na primenu ove zakonske odredbe.

161 Gonzalo Quintero Olivares, Fermin Morales Prats, *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., s. 489.

162 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, *Derecho penal-parte general*, op. cit., s. 569.

kazna ublažiti (član 21. stav 1 u vezi sa članom 68. Krivičnog zakonika).<sup>163</sup> Ukoliko odbrambena radnja koja je u konkretnom slučaju preduzeta nije neophodna, ne može se govoriti o nužnoj odbrani kao osnovu koji isključuje krivičnu odgovornost, odnosno omogućava ublažavanje kazne.<sup>164</sup> Na primer, lice A izloženo fizičkom napadu od strane lica B istom lomi ruku a zatim ga šutira nogama, sve dok napadač od posledica povreda ne izgubi vid na jedno oko.

Učinilac koji preduzme odbranu pre započinjanja napada, računajući i vreme kada napad neposredno predstoji ili posle okončanja napada, ostvario je tzv. ekstenzivni eksces nužne odbrane.<sup>165</sup> Kao ilustracija tzv. nepravog ekscesa nužne odbrane poslužiće sledeći primer: nakon što je razoružao napadača koji svestan opasnosti pokušava da pobegne sa lica mesta, napadnuti koristi njegovo oružje i nanosi mu povrede (*STS od 7. 11. 2003.- RA7345*).<sup>166</sup> Prema jedinstvenom mišljenju teorije i prakse, učinilac koji ostvari krivično delo pri ekstenzivnom prekoračenju se ne može pozivati na nužnu odbranu kao osnov koji isključuje krivičnu odgovornost ili kao osnov koji će dovesti do ublažavanja kazne. U skladu sa tim, Vrhovni sud Španije presudom *STS 1466/2003* od 7. novembra 2003. godine konstatuje: „*Mora postojati vremenska podudarnost između čina protivpravnog napada i nužne odbrane da bi ova bila krivičnopravno relevantna: jedinstvo događaja ili uslov istovremenosti, odnosno neposredno predstojećeg napada*”.<sup>167</sup>

---

163 Carlos Climent Duran, Francisko Pastor Alcoy, *Codigo penal con todas sus reformas comparados por articulos*, op. cit., s. 42, 68, Julian Sanchez Melgar, *Codigo prenal-comentarios y Jurisprudencia*, op. cit., s. 153, L. Arroyo Zapatero y otro, *Comentarios el Codigo penal*, op. cit., s. 120.

164 Gonzalo Quintero Olivares, Fermin Morales Prats, *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., s. 497.

165 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, *Derecho penal-parte general*, op. cit., s. 563-564, Carlos Suarez-Mira Rodriguez, Angel Judel Prieto, *Manual de Derecho penal*, op. cit., s. 209.

166 isto, op. cit., str. 564.

167 Julian Sanchez Melgar, *Codigo penal-comentarios y Jurisprudencia*, op. cit., s. 158.

**Radosav Risimović,**

*Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade*

## **SELF-DEFENCE IN CRIMINAL LAW OF SPAIN**

*Spanish criminal legislation belongs to the group of countries that classify self-defense as reasons which exclude criminal liability, while the criminal law literature in this country accepts so called dualistic conception of self-defense, although there is no unique attitude on the legal nature of this institute.*

*It is very interesting that the legal practice, in spite of basic theory conception that any legal property can represent the object of attack, in a number of cases is rejecting the possibility for perpetrator to cite self-defense for violation of honor. There is a governing attitude that it is not relevant for the existence of attack as a condition for applying the Article 20. p. 4 of the Criminal Code of Spain the circumstance whether the action of the aggressor has been executed with the guilt. When it comes to unlawfulness of the attack, some authors support the attitude that very individual criminal unlawfulness of the aggressor's action can be discussed. Big part of the work was devoted to provoked defense, that is, "absence of enough provocation by the victim". Related to condition of simultaneousness of attack and defense, we did not accept the conception according to which in some cases it is acceptable to violate or endanger legal properties of the aggressor after termination of the attack. Further, the condition of defense necessity depends in big part on establishing "the necessity of rational use of means for the effect of preventing or rejecting the attack" (Article 20. p. 4 of the Criminal Code of Spain). At the end, although legislator in Spain does not explicitly require so called defense mood as a condition for excluding criminal liability, there is a unique conception of both theory and practice on necessity of existence of the self-defense subjective element.*

**Key words:** *dualistic conception of self-defence; existence of attack; criminal law; Spain*

## **Literatura:**

1. **A. Calderon Cerezo, J. A. Choclan Montalvo**, Derecho penal - parte general, 2001., Barcelona.
2. **Angel Calderon Cerezo, Hoze Antonio Choclan Montalvo**,Codigo Penal Comentado, 2005., Bilbao.
3. **Carlos Climent Duran, Francisko Pastor Alcoy**,Codigo penal con todas sus reformas comparados por articulos, 2004., Valencia.
4. **Enrique Orts Berenguer, Angela Matallin Evangelo y otro**, Derecho penal - parte general, 2007., Valencia.
5. **Gonzalo Quintero Olivares, Fermin Morales Prats**, Parte General del Derecho Penal, 2006., Barcelona.
6. **Iglesias Rio**, Fundamentos y requisitos estructurales de la legitima defensa, 1999., Granada.
7. **Jose Maria Rodriguez Deveza, Alfonso Serrano Gomes**, Derecho penal Espanol - parte general, 1994., Madrid.
8. **Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso**, Derecho penal - parte general, 2004., Valencia.
9. **Julian Sanchez Melgar**,Codigo prenatal - comentarios y Jurisprudencia, 2006., Madrid.
10. **Luzon Pena**, Aspectos esenciales de la legitima defensa, 1978., Barcelona.
11. **Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo**, „Restricciones” jurisprudenciales al derecho de defensa: legitima defensa y principio de legalidad, Anuario de derecho penal y ciencias penales, sept.-diciembre 1991., Madrid.
12. **Santiago Mir Puig, M. Teresa Castineira**, Legitima defensa del honor y limites del derecho de defensa, septiembrediciembre, 1987., Madrid.