

Dr. sc. Igor Bojanić*

Joso Vuksan**

PREKORAČENJE GRANICA NUŽNE OBRANE ZBOG ISPRIČIVE JAKE PREPASTI

Zbog dosljedne provedbe normativnih teorija krivnje zakonodavac je u općem dijelu Kaznenog zakona propisao dva ispričavajuća razloga: prekoračenje nužne obrane zbog ispričive jake prepasti prouzročene napadom koje isključuje počiniteljevu krivnju te krajnju nuždu s istim pravnim učinkom. Rad se bavi prekoračenjem granica nužne obrane zbog ispričive jake prepasti prije svega zbog njegove praktične važnosti jer se institut nužne obrane, uključujući i problem prekoračenja njezinih granica, gotovo svakodnevno pojavljuje pred sudovima. Budući da je članak 21., stavak 4. KZ-a oblikovan po uzoru na odredbe o prekoračenju nužne obrane kao ispričavajućeg razloga u poredbenom pravu, analiziraju se njegove sličnosti i razlike u odnosu na inozemne uzore. Objašnjava se ratio legis prekoračenja granica nužne obrane kao ispričavajućeg razloga i raspravljaju moguća otvorena pitanja u praktičnoj primjeni navedene odredbe: uloga ispričive jake prepasti kao uzroka eksczesnog ponašanja počinitelja, mogući pojavi oblici prekoračenja granica nužne obrane zbog ispričive jake prepasti te primjena članka 21., stavka 4. KZ-a u slučaju ograničenja prava na nužnu obranu i putativne nužne obrane.

Ključne riječi: *normativne teorije krivnje; ispričavajući razlozi; prekoračenje nužne obrane.*

1. UVOD

Kaznenim zakonom iz 2011. godine¹ koji je stupio na snagu 1. siječnja 2013. (dalje u tekstu: KZ), propisana su dva ispričavajuća razloga: prekoračenje nužne obrane zbog ispričive jake prepasti prouzročene napadom iz članka 21., stavka 4., kojem je posvećen ovaj rad, te krajnja nužda kao razlog isključenja krivnje iz članka 22., stavka 2. KZ-a. Time je zakonodavac ostvario ideju dosljedne provedbe normativnih teorija krivnje u hrvatskom kaznenom pravu.² Navedenom odredbom o prekoračenju nužne obrane zbog asteničkog afekta, prema kojoj počinitelj „nije kriv“, bitno je promi-

* Dr. sc. Igor Bojanić, redoviti profesor (Professor): bojanic165@gmail.com.

** Joso Vuksan, univ. spec. crim., Policijska uprava Zagrebačka, Sektor za granicu, voditelj Odjela za zaštitu državne granice (Ministry of the Interior, Police Department of Zagreb, the Sector for Border, the Head of the State Border Protection Department): jvuksan@mup.hr.

¹ Kazneni zakon, NN 125/2011, 144/2012, 56/2015, 61/2015.

² Usp. Turković i dr. 2013, 45, 47; Bojanić; Mrčela 2012, 396.

jenjena ranija odredba o prekoračenju nužne obrane prema kojoj je za počinitelja, koji je prekoračio granice nužne obrane, bila propisana mogućnost ublažavanja kazne dok je za slučaj kad je do prekoračenja došlo zbog jake razdraženosti ili prepasti prouzročene napadom, bilo propisano fakultativno oslobođenje od kazne. Novi KZ više ne propisuje mogućnost oslobođenja od kazne, a isključenje krivnje nije moguće kod prekoračenja nužne obrane uzrokovanog steničkim afektom jake razdraženosti. U potonjem slučaju, u skladu sa člankom 21., stavkom 3. KZ-a, moguće je samo ublažavanje kazne, kao i u svim ostalim slučajevima ekscesa izvan situacije prekoračenja nužne obrane zbog ispričive jake prepasti izazvane napadom.

Pojam ispričavajućih razloga detaljno je objašnjen u njemačkoj kaznenopravnoj dogmatici u okvirima koje je i nastao. Tamo je uobičajeno razlikovanje razloga isključenja krivnje (*Schuldausschließungsgründe*) i ispričavajućih razloga (*Entschuldigungsgründe*). U prve se ubrajaju nesposobnost za krivnju (neubrojivost) i neotklonjiva zabluda o protupravnosti dok su kod ispričavajućih razloga najistaknutiji ispričavajuća krajnja nužda i prekoračenje nužne obrane zbog asteničkih afekata. Kod razloga isključenja krivnje riječ je o nedostatku pretpostavaka koje utemeljuju krivnju, a kod ispričavajućih razloga riječ je o tome da oni samo djeluju na značajno smanjenje sadržaja neprava i krivnje počinjenog djela tako da zakonodavac pokazuje obzir i odustaje od upućivanja prijekora jer još nije dosegnuta donja granica kažnjivosti.³ Uzimajući u obzir razvitak normativnih teorija krivnje, većinom se smatra da se ispričavajući razlozi mogu svesti na ideju o nemogućnosti očekivanja drugačijeg (pravu sukladnog) ponašanja (*Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens*).⁴

Bit krivnje, prema normativnim teorijama, očituje se u „prekorljivosti oblikovanja volje“ (*Vorwerfbarkeit der Willensbildung*),⁵ a prema vladajućem mišljenju, u njemačkoj teoriji „kompleksni pojam kaznenopravne krivnje“ obuhvaća normativno razumljive pozitivne i negativne elemente krivnje. U pozitivna obilježja ubrajaju se sposobnost za krivnju, oblici krivnje (namjera i nehaj) i svijest o protupravnosti dok je negativno obilježje nedostatak ispričavajućih razloga.⁶ Takav kompleksan pojam krivnje prihvaćen je i u članku 23. KZ-a koji određuje da je kriv za kazneno djelo „počinitelj koji je u vrijeme počinjenja kaznenog djela bio ubrojiv, koji je postupao s namjerom ili iz nehaja, koji je bio svjestan ili je bio dužan i mogao biti svjestan da je njegovo djelo zabranjeno, a ne postoji nijedan ispričavajući razlog.“

³ Usp. Wessels; Beulke; Satzger 2016, rubni broj 652; Kühl 2008, 338; Schönke; Schröder 2014, § 35, rubni broj 2; Novoselec; Bojanić 2013, 221-222.

⁴ Jescheck; Weigend 1996, § 43, III.1.

⁵ Ona je prvi put izražena u djelu utemeljitelja normativnog učenja o krivnji Reinharda Franka *Aufbau des Schuldbegriffs* iz 1907. O njegovim zaslugama za razvitak njemačkog kaznenog prava vidi: Duru 2012: 734-738.

⁶ Wessels; Beulke; Satzger 2016, rubni broj 610.

Uz normativno poimanje krivnje treba spomenuti i funkcionalni pojam krivnje koji krivnju definira funkcijom kazne kao „derivat generalne prevencije“. Prema takvu shvaćanju, skrivljeno ponašanje treba potvrditi samo ako se kazna čini nužnom za jačanje opće pravne svijesti (tzv. pozitivna generalna prevencija).⁷ Srednju poziciju u sporu između zagovornika normativnog shvaćanja krivnje i funkcionalnog pojma krivnje zauzima stajalište o normativnom pojmu odgovornosti koje predstavlja sintezu u smislu uzajamnog ograničavanja krivnje i prevencije. Pojam odgovornost (*Verantwortlichkeit*) obuhvaća sustavnu kategoriju krivnje i element preventivne nužnosti kazne. Stoga, počinitelj treba odgovarati za ostvareno nepravo samo ako je postupao skrivljeno i kad postoji preventivna nužnost kažnjavanja takva skrivljenog ponašanja.⁸

Zakonska odredba o prekoračenju nužne obrane kao ispričavajućem razlogu počela se primjenjivati u sudskoj praksi⁹, a u znanstvenoj literaturi pojavili su se i zanimljivi prijedlozi o njezinim izmjenama *de lege ferenda*.¹⁰ U nastavku rada prikazuju se, analiziraju i raspravljaju inozemni uzori koji su utjecali na oblikovanje novih odredbi o prekoračenju nužne obrane u hrvatskom kaznenom pravu, *ratio legis* ispričavajućeg učinka ekscesa nužne obrane zbog asteničkog afekta te moguća prijeporna pitanja u primjeni članka 21. KZ-a uključujući tipične pojavne oblike prekoračenja nužne obrane, ulogu asteničkog afekta u isključenju počiniteljeve krivnje te odnos između prekoračenja nužne obrane, ograničenja prava na nužnu obranu i putativne nužne obrane.

2. PREKORAČENJE GRANICA NUŽNE OBRANE ZBOG ASTENIČKOG AFEKTA U POREDBENOM KAZNENOM PRAVU

Prekoračenje nužne obrane hrvatski KZ regulira u okviru odredbe o nužnoj obrani. Zakonodavac se nije upuštao u pojmovno određenje prekoračenja nužne obrane, već je propisao samo njegove pravne učinke. Dijelovi članka 21. KZ-a koji se odnose na prekoračenje nužne obrane (stavak 3. i 4.) glase: „(3.) Počinitelj koji prekorači gra-

⁷ Usp. Jakobs 1976, 14, 32.

⁸ Roxin 2006, § 19, rubni broj 3. Kažnjavanje, dakle, ne ovisi samo o krivnji nego i o potrebama prevencije. Ako kazna, prema takvu shvaćanju, ovisi o njezinoj preventivnoj nužnosti i krivnji počinitelja te stupnju krivnje, za kaznu to znači dvostruko ograničenje: ona ne smije prekoračiti mjeru krivnje, ali ni preventivnu nužnost. Ispričavajući razlog iz § 33. njemačkoga Kaznenog zakonika Roxin ne tumači kao nedostatak počiniteljeve krivnje, već kao nedostatak nužnosti preventivnog kažnjavanja. U slučaju prekoračenja nužne obrane zbog asteničkih afekata zakonodavac odustaje od kazne jer počinitelju nije potrebna resocijalizacija, ali i zato što javnost kod takvih ekstremnih situacija ima razumijevanja za ljudske slabosti tako da ne postoji ni nužnost generalnopreventivnog kažnjavanja. Usp. Roxin 2011, 685-686.

⁹ Novoselec 2016, 168.

¹⁰ Usp. Herceg Pakšić 2015, 125-151.

nice nužne obrane, može se blaže kazniti. (4.) Nije kriv tko prekorači granice nužne obrane zbog ispričive jake prepasti prouzročene napadom.“ Pri oblikovanju novih odredbi o prekoračenju nužne obrane zakonodavac je uzeo u obzir reguliranost nužne obrane i njezina prekoračenja u kaznenim zakonima koji tradicionalno utječu na promjene hrvatskog kaznenog zakonodavstva. To su njemački, austrijski i švicarski kazneni zakonik (dalje u tekstu: StGB).¹¹ Svaki od spomenutih izvora sadrži i određene posebnosti koje valja uzeti u obzir pri usporedbi s odredbama hrvatskog KZ-a o nužnoj obrani i njezinu prekoračenju.

Odredbe o nužnoj obrani i prekoračenju granica nužne obrane u njemačkom StGB-u razdvojene su u zasebne paragrafe. U § 32., stavku 1. naglašava se da ponašanje počinitelja koje je dopušteno nužnom obranom, nije protupravno, a u stavku 2. sadržana je definicija nužne obrane prema kojoj je to obrana koja je potrebna za odbijanje protupravnog napada od sebe ili drugog. Odredba o prekoračenju granica nužne obrane iz § 33. propisuje da se neće kazniti počinitelj koji prekorači granice nužne obrane zbog smetenosti, straha ili užasa.¹²

Zakonska odredba o nužnoj obrani iz njemačkog StGB-a vrlo je slična sadržaju članka 21., stavka 1. i 2. KZ-a. U uređenju prekoračenja nužne obrane postoje određene sličnosti, ali i razlike. Hrvatski KZ ekskulpira počinitelja koji je prekoračio granice nužne obrane zbog ispričive jake prepasti dok njemački StGB navodi više asteničkih afekata i ne traži da moraju biti ispričivi. Hrvatski KZ jasno određuje pravnu prirodu prekoračenja nužne obrane zbog asteničkog afekta propisujući da počinitelj nije kriv, a i iz odredbe o sastojcima krivnje može se zaključiti da je riječ o ispričavajućem razlogu. Nasuprot tomu, njemački StGB rabi neutralnu formulaciju „neće se kazniti“, što je otvorilo prostor različitim tumačenjima pravne prirode ekscesa nužne obrane zbog asteničkog afekta. Uz vladajuće mišljenje koje takav oblik ekscesa smatra ispričavajućim razlogom, valja istaknuti i stajalište o razlogu isključenja kaznenopravne odgovornosti prema kojem počinitelj ekscesa postupa skrivljeno, ali zakonodavac odustaje od kažnjavanja jer to nije nužno sa stajališta ostvarivanja specijalne i generalne prevencije.¹³ Važna razlika između hrvatskog KZ-a i njemačkog StGB-a očituje

¹¹ U poredbenom kaznenom pravu postoje, naravno, i primjeri kaznenih zakonika koji ne sadrže posebne odredbe o prekoračenju nužne obrane. Tako je, primjerice, u francuskom i anglosaksonskom pravu, ali se i tamo do istih učinaka može doći posredno. Usp. Perron 2005, 1029, 1034.

¹² § 32. njemačkog StGB-a u izvorniku glasi: (1.) *Wer eine Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist, handelt nicht rechtswidrig.* (2.) *Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden.* Odredba § 33. koja se odnosi na prekoračenje granica nužne obrane glasi ovako: *Überschreitet der Täter die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken, so wird er nicht bestraft.*

¹³ Usp. Roxin 2006, § 22, rubni broj 69. Navedeno stajalište koje u prvi plan stavlja nedostatak nužnosti preventivnog kažnjavanja, pridobiva sve više zagovornika, barem u smislu da se u pogledu objašnjenja ispričavajućeg razloga smatra sadržajnom dopunom modela koji nekažnjivost ekscesa objašnjava smanjenjem stupnja nepravda i krivnje.

se, međutim, u tome da članak 21., stavak 3. KZ-a omogućava ublažavanje kazne u svim ostalim slučajevima prekoračenja nužne obrane izvan ispričavajućeg ekscesa iz stavka 4. Budući da je njemačka kaznenopravna dogmatika i dosad ostvarivala značajan utjecaj na hrvatsku teoriju u tumačenju različitih prijetnih pitanja vezanih za nužnu obranu i njezino prekoračenje, za očekivati je da će tako biti i dalje u vezi sa značajnom promjenom iz članka 21., stavka 4. KZ-a. Austrijski StGB regulira nužnu obranu i njezino prekoračenje u § 3. U stavku 1. austrijski je zakonodavac propisao da ponašanje počinitelja nije protupravno ako se poslužio obranom koja je nužna da bi od sebe ili drugog odbio istodoban ili izravno predstojeći protupravni napad na život, zdravlje, tjelesnu cjelovitost, slobodu ili imovinu. Takva radnja ipak neće biti opravdana ako je očito da je napadnutom prijetila samo neznatna šteta i da je obrana bila neprimjerena, osobito zbog težine povređivanja napadača koja je bila potrebna za obranu. Stavak 2. odnosi se na prekoračenje nužne obrane i određuje da je počinitelj koji je prekoračio opravdanu mjeru obrane ili se poslužio očito neprimjerenom obranom (stavak 1.), kad se to dogodilo isključivo zbog prepasti, straha ili užasa, kažnjiv samo ako se prekoračenje temelji na nehaju, a nehajna je radnja zapriječena kaznom.¹⁴

Usporedi li se sadržaj § 3. austrijskog StGB-a i članka 21. KZ-a, uočljivo je da uz brojne sličnosti postoje i značajne razlike. Tako, primjerice, hrvatski KZ ne ograničava krug pravnih dobara koja se mogu štititi nužnom obranom, ali isto tako, osim zahtjeva prijeko potrebne obrane, ne uključuje klauzulu razmjernosti. Kod prekoračenja nužne obrane, nekažnjivost je moguća zbog više asteničkih afekata, a ne samo zbog (jake) prepasti. Austrijski zakonodavac polazi od toga da se kod napadnutog često pojavljuju duševna uzbuđenja koja otežavaju „hladnu“ procjenu pravog stanja stvari i odmjeravanje opravdane obrane te da zbog toga i prekoračenje nužne obrane može biti ponašanje koje ne zaslužuje prijekor.¹⁵ Pojam prekoračenja nužne obrane izričito je ograničen na intenzivni eksces koji uključuje prekoračenje mjere opravdane obrane, ali i očito neprimjerenu obranu.¹⁶ Konačno, posebnost odredbe austrijskog StGB-a kažnjivost je nehajnog prekoračenja nužne obrane. Takva je kažnjivost moguća kad u konkretnom slučaju postoji odgovarajući nehajni delikt, a prekorače-

¹⁴ U izvorniku § 3. austrijskog StGB-a glasi ovako: (1.) *Nicht rechtswidrig handelt, wer sich nur der Verteidigung bedient, die notwendig ist, um einen gegenwärtigen oder unmittelbar drohenden rechtswidrigen Angriff auf Leben, Gesundheit, körperliche Unversehrtheit oder Vermögen von sich oder einen anderen abzuwehren. Die Handlung ist jedoch nicht gerechtfertigt, wenn es offensichtlich ist, daß dem Angegriffenen bloß ein geringer Nachteil droht und die Verteidigung, insbesondere wegen der Schwere der zur Abwehr nötigen Beeinträchtigung des Angreifers, unangemessen ist.* (2.) *Wer das gerechtfertigte Maß der Verteidigung überschreitet oder sich einer offensichtlich unangemessenen Verteidigung (Abs. 1) bedient, ist, wenn dies lediglich aus Bestürzung, Furcht oder Schrecken geschieht, nur strafbar, wenn die Überschreitung auf Fahrlässigkeit beruht und die fahrlässige Handlung mit Strafe bedroht ist.*

¹⁵ Usp. Fuchs 2016, 236.

¹⁶ Usp. Kienapfel; Höpfel 2009, 55.

nje se temelji na nehaju. Sadržaj prijekora za taj oblik krivnje iscrpljuje se u tome da je pažljiva osoba i u takvoj situaciji mogla vladati afektom. Odgovornost za nehaj u austrijskoj se literaturi smatra „nelogičnom“ jer se počinitelju, kojeg zakon ispričava za prekoračenje nužne obrane zbog asteničkih afekata zato što se od njega nije moglo očekivati drugačije ponašanje, ne može iznova upućivati prijekor jer se u takvoj situaciji nije ograničio na dopuštenu obranu. Ispravno rješenje bilo bi da nemogućnost očekivanja drugačijeg ponašanja dosljedno vrijedi i za nehaj kao što je to slučaj kod § 33. njemačkog StGB-a.¹⁷

Nužna obrana i prekoračenje nužne obrane u švicarskom StGB-u regulirani su, kao i u njemačkom, zasebnim člancima. Članak 15. odnosi se na nužnu obranu koja isključuje protupravnost (*rechtfertigende Notwehr*) i propisuje da je napadnuti i svatko drugi u slučaju istodobnog ili neposredno predstojećeg napada ovlašten obraniti se na način primjeren okolnostima. U članku 16. regulirana je ispričavajuća nužna obrana (*entschuldbare Notwehr*) kod koje se razlikuju prekoračenje granica nužne obrane iz članka 15. (za koje je u stavku 1. zakonodavac propisao obvezno ublažavanje kazne) te prekoračenje granica nužne obrane u ispričivoj uzrujanosti (razdraženosti) ili prepasti zbog napada zbog kojeg postupanje napadnutog nije skrivljeno.¹⁸ Iz navedenog se može zaključiti da hrvatski KZ u najvećoj mjeri slijedi švicarski uzor jer dopušta ublažavanje kazne, doduše samo fakultativno, za sve slučajeve prekoračenja osim kad prekoračenje granica nužne obrane zbog asteničkih afekata isključuje počiniteljevu krivnju. Razlika ipak postoji u tome što švicarski StGB ispričava i počinitelja koji je granice nužne obrane prekoračio zbog steničkog afekta uzrujanosti (razdraženosti). Švicarski zakonodavac, kao i njemački, nije se upuštao u preciziranje pojma prekoračenja nužne obrane. Budući da se u članku 16. govori samo o „granica-ma“, iz takva izričaja izvire i tumačenje da se one mogu prekoračiti na dva načina: intenzivno (nedostatak okolnostima primjerene obrane) i ekstenzivno (prekoračenje vremenskih granica nužne obrane).¹⁹ U vezi s prekoračenjem granica nužne obrane koje isključuje počiniteljevu krivnju važno je istaknuti da je hrvatski zakonodavac po uzoru na švicarski StGB u zakonski tekst preuzeo uvjet da afekt mora biti ispričiv. Prema stajalištu švicarskog Saveznog suda, ispričivi moraju biti samo takvi afekti, ali ne i eksces kao takav (BGE 102 IV 7). Međutim, taj je sud zaniijekao ispričivost razdraženosti kad počinitelj nije skrivio takav afekt, ali je postupao skrivljeno u odnosu na

¹⁷ Fuchs 2016, 237.

¹⁸ Članak 15. švicarskog StGB-a glasi ovako: *Wird jemand ohne Recht angegriffen oder unmittelbar mit einem Angriff bedroht, so ist der Angegriffene und jeder andere berechtigt, den Angriff in einer dem Umständen angemessenen Weise abzuwehren.* Ispričavajuća nužna obrana iz članka 16. regulirana je na sljedeći način: „(1.) *Überschreitet der Abwehrende die Grenzen der Notwehr nach Artikel 15, so mildert das Gericht die Strafe.* (2.) *Überschreitet der Abwehrende die Grenzen der Notwehr in entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung über den Angriff, so handelt er nicht schuldhaft.*

¹⁹ Usp. Stratenwerth; Wohlers 2013, 37.

napad (BGE 109 IV 7).²⁰ Tim je praksa ipak odstupila od doslovnog teksta članka 15., stavka 2. švicarskog KZ-a koji se odnosi samo na ispričivost u njemu navedenih afekata, ali se, s druge strane, istaknuto stajalište može opravdati činjenicom da afekti razdraženosti ili prepasti moraju biti izazvani napadom pa bismo teleološkom interpretacijom mogli doći do zaključka da švicarski zakonodavac nije htio privilegirati prekoračenje nužne obrane pri kojem je počinitelj svojim ponašanjem skrivio napad.

3. RATIO LEGIS PREKORAČENJA NUŽNE OBRANE KAO ISPRIČAVAJUĆEG RAZLOGA

Prekoračenje nužne obrane zbog asteničkog afekta kao ispričavajući razlog u nje-mačkoj se literaturi većinom obrazlaže smanjenim stupnjem neprava i krivnje. Premda je djelo još uvijek protupravno i sadržaj krivnje samo smanjen, zakonoda-vac odustaje od upućivanja prijekora jer mu se sadržaj neprava i krivnje čini u takvoj mjeri snižen da još nije dosegnuta granica koja opravdava kažnjavanje. Nepravo posljedice kod prekoračenja nužne obrane smanjeno je za vrijednost dobra koje po-činitelj štiti, nepravo radnje značajno je dokinuto stanjem nužne obrane i obrambe-nom voljom, a krivnja se time pojavljuje u sasvim drugačijem svjetlu jer smetenost, strah ili užas bitno otežavaju normalno oblikovanje volje. Astenički afekt mora biti uzrokom prekoračenja i s obzirom na propisani pravni učinak mora dosegnuti zna-tan stupanj.²¹

Protiv takva shvaćanja razloga nekažnjivosti prekoračenja nužne obrane zbog asteničkog afekta, koje se pojednostavljeno može izraziti i kao zbrajanje jedne polovice koja se odnosi na dio opravdan nužnom obranom i druge polovice koja se tiče nesposobnosti za krivnju, govore dva važna prigovora. Ono, prije svega, ne može uvjerljivo odgovoriti na pitanje zašto nije nekažnjivo i prekoračenje granica krajnje nužde koja isključuje protupravnost jer se i tu može govoriti o smanjenom stupnju neprava i krivnje. Osim toga, ograničenje na asteničke afekte protivi se unutarnjoj logici jer i stenički afekti kod napadnutog mogu smanjiti sposobnost za krivnju.²² Izražava se i sumnja o smanjenju neprava.²³

Uvjerljivije je stajalište prema kojem zakonodavac odustaje od kažnjavanja jer ono nije nužno sa stajališta specijalne i generalne prevencije. Prema počinitelju koji krši zakon samo zato što je bio žrtvom protupravnog napada i odlikuje se strašljivošću, nije potrebno djelovati specijalnopreventivno (uključujući i resocijalizaciju) jer je riječ o socijalno integriranom građaninu. Nema potrebe ni za generalnom pre-

²⁰ *Ibidem*, 38.

²¹ Usp. *Jeschek*; *Weigend* 1996, § 45, II.2. Slično i *Wessels*; *Beulke*; *Satzger* 2016, rubni broj 666.

²² Usp. *Zimmermann* 2015, 58.

²³ *Roxin* 2006, § 22, rubni broj 72.

vencijom jer je djelo počinjeno iz slabosti, a njegova nekažnjivost neće poticati na oponašanje. Ono u minimalnoj mjeri remeti pravni mir s obzirom na činjenicu da je počinitelj bio prvobitno napadnuti dok je žrtva ekscesa pretežno sama kriva za prekoračenje nužne obrane. Takav pristup nudi i uvjerljivo objašnjenje nekažnjavanja prekoračenja samo kad je počinjeno zbog asteničkih afekata. Astenički afekti temelje se na slabosti počinitelja i mogu se tretirati blaže u odnosu na steničke jer ne djeluju poticajno ili pak kao uzor budućih ponašanja. Stenički afekti, kao izraz snage i nadmoći, puno su opasniji i moraju se prevenirati kaznom u interesu očuvanja pravnih dobara.²⁴

Valja istaknuti i pokušaj objašnjenja nekažnjivosti ekscesa nužne obrane zbog asteničkog afekta teorijsko ugovornim ili interesnim modelom (*interessens-bzw. vertrags-theoretisches Modell*). Prema takvu modelu određena je norma pravedna kad se može analitički rekonstruirati kao načelo o kojem su se racionalne osobe složile pod poštenim pregovaračkim uvjetima. Tako se i ispričavajući razlozi mogu uvjerljivo rekonstruirati kao kompromis između posebnih interesa delinkventa u iznimno uvjetovanoj situaciji i interesa zaštite njegove žrtve. Jak interes za nekažnjavanjem prekoračenja nužne obrane zbog asteničkog afekta izvire iz činjenice da svatko tijekom života može biti adresatom napada koji nije mogao izbjeći te da zbog intenzivnog duševnog uzbuđenja može postupiti nerazborito (ekscesivno). Interesu ekskulpacije počinitelja ekscesa suprotstavlja se interes prvobitnog napadača koji je mogao izbjeći rizik da postane žrtvom. Propuštanjem napada i ponašanjem u skladu sa zahtjevima pravnog poretka prvobitni napadač mogao se zaštititi od opasnosti prekoračenja nužne obrane. Stoga se može utvrditi da ekscesna radnja ne izaziva dvojbu u lojalnost počinitelja miroljubivom životu građana i da ekskulpacija njegove radnje jednostavno predstavlja izraz ostvarivanja razboritih interesa. Prikazanim objašnjenjem nekažnjivosti ekscesa nužne obrane zbog asteničkog afekta nastoji se, zapravo, još osnažiti uvjerljivost stajališta koje u središte pozornosti stavlja nedostatak nužnosti preventivnog kažnjavanja.²⁵

4. ISPRIČIVA JAKA PREPAST KAO UZROK PREKORAČENJA NUŽNE OBRANE

Astenički afekt ispričive jake prepasti nije samo popratna pojava prekoračenja nužne obrane jer ono mora biti počinjeno upravo zbog afekta koji je prouzročen napadom. Takav afekt će, u pravilu, nastupiti u situaciji neočekivanog napada, ali to nije nužno jer se on može pojaviti i u slučaju kulminacije straha od događaja koji je počinitelj već dugo predosjećao. Mogućnost pozivanja na ispričavajuće prekoračenje nužne obrane ne isključuje predvidljivost ili eventualnu otklonjivost situacije eksce-

²⁴ *Ibidem*, § 22, rubni broj 69.

²⁵ Zimmermann 2015, 59.

sa jer počinitelj nije dužan uzmaknuti pred napadom koji može uzrokovati astenički afekt.²⁶

Za razliku od svojih inozemnih uzora hrvatski KZ u odredbi o prekoračenju nužne obrane kao ispričavajućem razlogu navodi samo jedan astenički afekt – jaku prepast. S tim u vezi u literaturi su istaknuta dva stajališta. Prema prvom, primjenom teleološkog tumačenja analogno bi se mogli tretirati i drugi astenički afekti koji su po intenzitetu usporedivi ili čak jači od prepasti, a sama uporaba atributa „jaka“ smatra se suvišnom jer vodi do nepotrebno restriktivne gradacije od straha preko prepasti do jake prepasti.²⁷ Navedeno mišljenje prihvatljivo je kao pokušaj pronalazjenja rješenja za situacije u kojima je kriminalnopolitički opravdano članak 21., stavak 4. KZ-a primijeniti i na asteničke afekte koji nisu izričito obuhvaćeni spomenutom odredbom. Drugo stajalište ističe da „prepast nije samo jedan od asteničkih afekata, nego obuhvaća sve asteničke afekte“ te da je takva širina „razlog zašto samo jaka prepast opravdava isključenje krivnje.“²⁸ Tvrdnja da prepast obuhvaća sve asteničke afekte posve je neprihvatljiva jer ne uvažava činjenicu postojanja više različitih asteničkih afekata koja je došla do izražaja i u odredbama o prekoračenju nužne obrane u austrijskom i njemačkom StGB-u.²⁹ Kad bi se takvo razmišljanje primijenilo i na asteničke afekte, došli bismo također do neprihvatljivog zaključka da jaka razdraženost obuhvaća i sve ostale afekte te vrste. Uzimajući u obzir navedene stavove, kao jedno od mogućih rješenja nameće se i promjena članka 21., stavka 4. KZ-a u pravcu proširenja kataloga asteničkih afekata po uzoru na inozemna rješenja koja, naravno, pretpostavlja i odgovarajuću ulogu psihijatrijske struke u pripremanju prijedloga.

S obzirom na zakonsku formulaciju u kojoj se traži ispričiva jaka prepast, može se postaviti i pitanje treba li astenički afekt biti neskrivljen ponašanjem napadnutog, tj. odnosi li se ispričivost samo na astenički afekt ili i na situaciju u kojoj je došlo do prekoračenja nužne obrane tako da se počinitelju može predbaciti da je takvu situaciju uzrokovao svojim prethodnim ponašanjem. Prema strogom gramatičkom tumačenju, traži se samo ispričivost jake prepasti, ali se ona ipak ne može odvojiti od ponašanja počinitelja koje je pridonijelo nastanku situacije u kojoj su zbog asteničkog afekta prekoračene granice nužne obrane. Stoga je prihvatljivo pri ocjeni ispričivosti asteničkog afekta uzeti u obzir i doprinos napadnutog. To potvrđuje već spomenuto stajalište o primjeni ispričavajućeg prekoračenja nužne obrane u švicarskoj sudskoj praksi, a čini se da u tom pravcu ide i praksa VSRH koji je u jednom predmetu već za-

²⁶ *Roxin* 2006, rubni broj 78.

²⁷ *Herceg Pakšić* 2015, 150.

²⁸ *Novoselec* 2016, 168.

²⁹ Prilikom donošenja StGB-a iz 1975. njemački je zakonodavac umjesto prepasti uveo smetenost s obrazloženjem da novi termin bolje opisuje stanje u kojem se napadnuti suprotstavlja neočekivanu napadu i nije sposoban za promišljenu obranu. Usp. *Roxin*, § 22, rubni broj 75.

uzeo stajalište da krivnja nije isključena ako je napadnuti koji je prekoračio granice nužne obrane, pridonio svojoj prepasti prethodnom svađom s napadačem (VSRH, KŽm-28/15). U predmetu s obrnutim ishodom VSRH stao je na stanovište da prepast isključuje krivnju jer optuženik ničim nije pridonio svojoj prepasti (VSRH, I KŽ-171/15 od 12. rujna 2016.).³⁰

Nije isključeno da se u konkretnom slučaju asteničkom afektu jake prepasti priključe ili da se s njim isprepleću i stenički afekti. U počiniteljevoj motivaciji ipak mora prevladavati astenički afekt jer agresivni astenički afekti moraju biti potisnuti prijetnjom kazne zbog generalne prevencije (pravo odmazde u protivnom se ne bi moglo zaustaviti).³¹ Prema suprotnom stajalištu, dostatna je i suuzročnost asteničkog afekta.³² Ono je neprihvatljivo jer može dovesti i do paradoksalnog rezultata – nekažnjivosti ekscesa - iako su kod napadnutog znatno prevladali stenički afekti.

S obzirom na utjecaj asteničkog afekta na ponašanje počinitelja, u njemačkoj literaturi i sudskoj praksi raspravlja se i o subjektivnom elementu prekoračenja nužne obrane. Prema vladajućem mišljenju i ustaljenoj praksi, prekoračenje nužne obrane nekažnjivo je prema § 33. StGB-a neovisno o tome je li riječ o svjesnom (namjernom) ili nesvjesnom (nehajnom) prekoračenju.³³ Manji broj autora izjašnjava se samo za nesvjesni eksces.³⁴ Doslovni tekst navedene zakonske odredbe ne predviđa ograničenje na nesvjesno prekoračenje, a uključivanje svjesnog prekoračenja smatra se primjerenim jer napadnuti može biti svjestan svog postupanja unatoč snažnom afektu koji pokreće njegove prekomjerne reakcije.³⁵ Osim toga, u situacijama koje zahtijevaju munjevitvu reakciju i u kojima afekt smanjuje sposobnost za krivnju, nerijetko je teško jasno razgraničiti namjeru i nehaj. Ističe se također da obrambena volja mora postojati ne samo kod nužne obrane nego i kod njezina ekscesa.³⁶ S tim se valja suglasiti jer postoje situacije u kojima će takva volja nedostajati (namjerna provokacija, naknadni ekstenzivni eksces koji upućuje na odmazdu prema prvobitnom napadaču).

³⁰ *Novoselec* 2016, 168. Uporabu atributa „ispričive“ *Herceg Pakšić* smatra suvišnom jer je u članku 21., stavku 4. KZ-a „već naveden pravni učinak te vrste ekscesa pa ga nije potrebno ponavljati.“ - *Herceg Pakšić* 2015, 149

³¹ U njemačkoj literaturi takvo stajalište zagovaraju *Roxin* (2006, § 22, rubni broj 80), *Jescheck; Weigend* (1996, § 45, II.2.) i *Schönke; Schröder* (2014, § 33, rubni broj 5), a u hrvatskoj *Novoselec* (2016: 168).

³² Tako, primjerice, *Wessels; Beulke; Satzger* 2016, rubni broj 667; *Herceg Pakšić* 2015, 150.

³³ *Usp. Roxin* 2006, § 22, rubni broj 82.

³⁴ *Schönke; Schröder* 2014, § 33, rubni broj 6.

³⁵ *Wessels; Beulke; Satzger* 2016, rubni broj 670.

³⁶ *Ibidem*. Nije, doduše, nužno da je obrana jedini motiv napadnutog, ali takav motiv ipak ne smije biti posve podređen.

5. POJAVNI OBLICI PREKORAČENJA NUŽNE OBRANE

Uobičajeno je razlikovanje dviju vrsta ili dvaju pojava oblika prekoračenja nužne obrane: intenzivnog i ekstenzivnog.

5.1. Intenzivno prekoračenje nužne obrane

Nema nikakve dvojbe da se pojam prekoračenja nužne obrane odnosi na prekoračenje mjere dopuštene obrane ili tzv. intenzivni eksces. Prijeporno je samo je li to i jedini moguć pojavni oblik prekoračenja nužne obrane. U hrvatskoj se literaturi ističe da se pod prekoračenjem nužne obrane u smislu zakonske odredbe članka 21., stavka 3. i 4. KZ-a podrazumijeva samo intenzivni eksces koji postoji kad napadnuti primijeni obranu koja nije bila prijeko potrebna zato što je precijenio jačinu napada ili pak je u obrani uporabio teže sredstvo, a imao je na raspolaganju lakše.³⁷ Prekoračenje mjere dopuštene (opravdane) obrane smatra se nedvojbenim oblikom ekscesa i u poredbenom pravu o kojem je prethodno već bilo riječi, a isključenje ekstenzivnog ekscesa, kao daljnjeg mogućeg pojava oblika prekoračenja, obrazlaže se jednostavnim pozivanjem na zakonski tekst koji pretpostavlja postojeće pravo na nužnu obranu ili stanje nužne obrane.³⁸

Utvrđivanje mjere dopuštene obrane (*moderamen inculpatae tutelae*) oduvijek se smatra osnovnim pitanjem u praktičnoj primjeni instituta nužne obrane.³⁹ Riječ je, naime, o problemu određivanja granice između prava i neprava: utvrdi li sud da je intenzitet poduzete obrambene radnje razmjern intenzitetu napada, ponašanje napadnutog nije protupravno; nasuprot tomu, ako je obrana preintenzivna, protupravnost nije isključena i ponašanje napadnutog postaje protupravnim napadom protiv kojeg prvobitni napadač ima prava na nužnu obranu. Mjera dopuštene obrane ocjenjuje se objektivno i *ex ante*. Mjerodavno je kako bi u položaju napadnutog postupila razborita treća osoba u vrijeme napada.⁴⁰ Postojanje prijeko potrebne obrane ne može se ocjenjivati iz perspektive napadača i njegovih uvjerenja jer bi se tim izgubila razlika između stvarne i putativne nužne obrane. Utvrđivanje prijeko potrebne obrane u sjecištu je dvaju dijametralno suprotstavljenih razmatranja koja se kod primjene zakonske odredbe o nužnoj obrani i njezinu prekoračenju trebaju uzeti u obzir: napadnutom se, s jedne strane, mora u što većoj mogućoj mjeri jamčiti trenutna i konačna zaštita napadnutog pravnog dobra, a, s druge strane, mjera obrane mora

³⁷ Novoselec; Bojanić 2013, 181-182.

³⁸ Usp. Jescheck; Weigend 1996, § 45, II.4.; Roxin 2006, § 22, rubni broj 84; Kienapfel; Höpfel 2009, 55; Fuchs 2016, 236; Stratenwerth; Wohlers 2013, 37.

³⁹ Zlatarić 1956, 53.

⁴⁰ Novoselec; Bojanić 2013, 173.

udovoljiti postulatu najveće moguće štedljivosti prema napadaču.⁴¹ Stoga se odluka o tome je li napadnuti postupao u nužnoj obrani ili pak je prekoračio njezine granice, uključujući i situaciju kad se to dogodilo zbog asteničkog afekta, mora temeljiti na pažljivoj i detaljnoj analizi i ocjeni vrijednosti svih okolnosti napada i obrane, a osobito vrste, snage i intenziteta napada, agresivnosti i opasnosti napadača, broja napadača, konkretnog borbenog položaja i mogućnosti obrane koje su napadnutom konkretno stajale na raspolaganju u vrijeme napada, tjelesne nadmoćnosti ili podređenosti protivnika, je li bio naoružan i/ili pod utjecajem alkohola, stadija napada, kao i važnosti angažiranih pravnih dobara iako zakon ne traži njihovu razmjernost.⁴²

Posebno valja istaknuti da je kod utvrđivanja mjere dopuštene obrane bitan intenzitet poduzete obrambene radnje, a ne njezina krajnja posljedica. Neželjene posljedice (učinci) obrambene radnje koji u daljnjem tijeku zbivanja proizidu iz tipične opasnosti uporabe primjerenog sredstva i ozljede napadača preko željene mjere, neće utjecati na njezinu ocjenu kao prijeko potrebne.⁴³ Praktično su važni i slučajevi u kojima se kao sredstvo obrane koristi smrtonosno oružje (u pravilu vatreno oružje ili nož). Tu je svakako potreban oprez jer nanošenje smrtonosne ozljede, unatoč postojećem pravu na nužnu obranu, uvijek mora ostati *ultima ratio*. Takvo stajalište dolazi do izražaja u zahtjevu da uporabom takva oružja treba najprije zaprijetiti ili pak ispaliti upozoravajući hitac, a ako to nije moguće, treba pokušati pogoditi manje osjetljiv dio tijela (u pravilu hitcem ili ubodom u nogu). Međutim, takvi manje opasni oblici ponašanja napadnutog obvezni su samo ako u konkretnom slučaju postoji visoka vjerojatnost za njihov uspjeh i ako napadnuti tim neće dovesti u pitanje učinkovitu i sigurnu obranu napadnutog pravnog dobra.⁴⁴

⁴¹ Kienapfel; Höpfel 2009, 53.

⁴² Problem vaganja pravnih dobara posebno se raspravlja u vezi s pitanjem primjenjivosti Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u kontekstu dopuštenosti ubojstva radi zaštite imovine. Iako su mišljenja o tom pitanju još uvijek podijeljena, ono svakako utječe na to da se problemu razmjernosti pravnih dobara posvećuje veća pozornost. U vezi s problemom nužne obrane protiv napada na imovinu vidi Novoselec 2015, 720-722.

⁴³ Wessels; Beulke; Satzger 2016, rubni broj 505. S tim u vezi navodi se primjer u kojem je napadnuti naoružan pištoljem prvo pokušao odbiti napadača, koji ga je htio ubosti nožem, upozoravajućim hitcem i jednim hitcem u nogu koji je samo okrznuo list napadačeve noge, a zatim je, izbjegavajući smrtonosni ubod, dva puta pokušao udariti napadača pištoljem, pri čemu je kod pokušaja drugog udara koji je bio usmjeren prema napadačevu ramenu, došlo do ispaljenja smrtonosnog hitca koji je napadača pogodio u glavu. Poduzeta obrambena radnja bila je prijeko potrebna unatoč prouzrokovanoj smrtnoj posljedici. Ilustrativan može biti i primjer iz hrvatske prakse u kojem je optuženica u nužnoj obrani od pokušaja silovanja ubola napadača kuhinjskim nožem u nogu, što je dovelo do njegova iskrvarenja i smrti. Usp. Novoselec 1996, 197-199.

⁴⁴ Wessels; Beulke; Satzger 2016, rubni broj 501. S tim u vezi valja istaknuti dio obrazloženja jedne novije odluke njemačkog Saveznog suda (BGH, Urt. v. 2. 11. 2011 – 2 StR 375/11) koji je kod tamošnjih komentatora izazvao odobravanje: „Protupravno napadnuta osoba načelno je ovlaštena odabrati ono sredstvo obrane koje joj jamči konačno otklanjanje opasnosti. Napadnuti se ne mora zadovoljiti uporabom manje opasnog sredstva obrane kad je njegov obrambeni učinak dvojbjen. To vrijedi i za uporabu vatrenog oružja. Samo kad mu na raspolaganju stoji više djelotvornih sredstava, napadnuti mora odabrati ono

5.2. Ekstenzivno prekoračenje nužne obrane

Ekstenzivno prekoračenje nužne obrane postoji kad počinitelj prekoračuje vremenske granice nužne obrane, tj. u trenutku kad napad još ne predstoji (prijevremeni ekstenzivni eksces) ili je već prestao (naknadni ekstenzivni eksces). U pogledu primjene zakonske odredbe o prekoračenju nužne obrane i na taj oblik ekscesa mišljenja su podijeljena. Postoje zagovornici njezine primjene na obje vrste ekstenzivnog ekscesa⁴⁵, kao i oni koji takvu primjenu smatraju opravdanom samo za naknadni ekstenzivni eksces⁴⁶, uglavnom u vrlo restriktivnom obliku. Prijevremeni ekstenzivni eksces ne može biti prekoračenje nužne obrane koje zaslužuje bilo kakvu povlasticu jer tu od početka nedostaje stanje nužne obrane. Napadnuti se stoga može samo pozivati na putativnu nužnu obranu. Naprotiv, kod naknadnog ekstenzivnog ekscesa takvo stanje do određenog trenutka ipak postoji tako da se u pogledu primjene zakonske odredbe o prekoračenju nužne obrane zbog asteničkog afekta, takva situacija bitno ne razlikuje od intenzivnog prekoračenja sa stajališta opravdanja nekažnjivosti ekscesa.

U hrvatskoj literaturi ističe se da ekstenzivni eksces nije prekoračenje u smislu zakona i uz to se obično navode primjeri iz sudske prakse u kojima napadnuti nakon nedvojbenog prestanka napada i s određenim vremenskim odmakom puca napadaču u leđa, što ima obilježja osvetničke reakcije, ali i situacije u kojoj nije jednostavno razgraničiti intenzivni i ekstenzivni eksces. Tako se, primjerice, ispravnom ocjenjuje odluka VSRH u kojoj je taj sud ponašanje optuženice koja je s pet udaraca sjekirom po glavi usmrtila napadača, od kojih su četiri zadana nakon što je napad prestao, ocijenio kao intenzivno prekoračenje jer su vremenski ekscesne radnje počiniteljice predstavljale prirodnu cjelinu s prethodno poduzetom radnjom koja je bila u granicama nužne obrane ili pak je predstavljala njezino intenzivno prekoračenje.⁴⁷ Prihvatljivo je stajalište da naknadni ekstenzivni eksces treba smatrati prekoračenjem nužne obrane u smislu zakonske odredbe o ispričavajućem razlogu samo kad između dopuštene obrambene radnje (ili njezina intenzivnog prekoračenja) i radnje koja je poduzeta nakon prestanka napada, postoji neposredna vremenska povezanost⁴⁸,

koje je za napadača najmanje opasno. O okolnostima pojedinog slučaja ovisi kad je manje opasna obrana prikladna odbiti napad nedvojbeno, trenutno i konačno. Od napadnutog treba tražiti da između više mogućnosti obrane iskoristi ono koje je za napadača manje štetno samo ako ima dovoljno vremena za izbor sredstava i ocjenu situacije. U pravilu se napadnuti kod uporabe vatrenog oružja treba držati toga da najprije zaprijeti uporabom oružja ili da prije smrtonosnog hica pokuša s manje opasnim načinom njegova korištenja. Nužnost upozoravajućeg hica može se ipak prihvatiti samo onda kad je on bio prikladan za konačno odbijanje napada. Ako to nije slučaj ili bi upozoravajući hitac doveo do daljnje eskalacije, tada je i trenutna uporaba vatrenog oružja prema napadaču opravdana. Napadnuti se ne mora upustiti u borbu s neizvjesnim ishodom.“ Usp. *Van Rienen* 2012, 377.

⁴⁵ *Roxin* 2006, § 22, rubni broj 85 i dalje; *Schönke; Schröder* 2014, § 33, rubni broj 2.

⁴⁶ *Wessels; Beulke; Satzger* 2016, rubni broj 669.

⁴⁷ Usp. *Novoselec; Bojanić* 2013, 184.

⁴⁸ *Roxin*, § 22, rubni broj 90.

odnosno kad su takve radnje u konkretnom slučaju dijelovi jedinstvenog zbivanja.⁴⁹ Takvo je stajalište kriminalnopolitički prihvatljivo jer se vremenski ekscesnom radnjom povređuje samo protupravni napadač zbog asteničkog afekta, ali i iz perspektive smanjenog stupnja neprava i krivnje.⁵⁰ Stajalište o iznimnoj mogućnosti primjene zakonskih odredaba o prekoračenju nužne obrane i na slučajeve naknadnog ekstenzivnog ekscesa već je od ranije prisutno u hrvatskoj literaturi⁵¹, a u novije vrijeme prihvaćaju ga i autori koji *de lege ferenda* radi preciziranja predlažu pojmovno određenje ekscesa nužne obrane kao prekoračenje dopuštene mjere obrane.⁵²

U okviru ekstenzivnog ekscesa nužne obrane razmatra se i pravna figura prostornog ekstenzivnog prekoračenja nužne obrane (*räumlich-extensive Notwehrexzess*) ili prekoračenja granice koje nadilazi napadača (*Überschreitung der „Angreifergrenze“*). Riječ je, naime, o situaciji u kojoj počinitelj svojom reakcijom na istodobni protupravni napad ne povređuje napadačevo pravno dobro, nego pravno dobro treće nesudjelujuće osobe koja sa stanjem nužne obrane nema nikakve veze. Stoga to nije prekoračenje granica nužne obrane u smislu pozitivnih zakonskih odredbi.⁵³ U takvim slučajevima, međutim, počinitelj se može pozivati na krajnju nuždu ili zabludu o okolnostima koje isključuju protupravnost. Tako je u jednom primjeru iz hrvatske prakse sud priznao napadnutom pravo na nužnu obranu kad je automobilom naletio i ozlijedio napadača u namjeri da ga spriječi da iz automatske puške i dalje puca prema automobilu u kojem su se nalazili napadnuti i njegov maloljetni sin, ali je povređivanje treće, nesudjelujuće osobe koja je stajala pored napadača, ocijenio kao postupanje u krajnjoj nuždi.⁵⁴

6. OGRANIČENJA PRAVA NA NUŽNU OBRANU I PRIMJENA ZAKONSKE ODREDBE O PREKORAČENJU NUŽNE OBRANE

U modernoj kaznenopravnoj dogmatici, osobito njemačkoj, posebno je naglašeno dualističko shvaćanje nužne obrane u smislu da se pravo na nužnu obranu temelji na dvama načelima: načelu samozaštite i načelu potvrđivanja prava. Pravo na nužnu

⁴⁹ Kühn 2008, 378-379; Timpe 1985, 120-121.

⁵⁰ Tako Roxin 2006, § 22, rubni broj 88, s pravom ističe da je sa stajališta nedostatka nužnosti preventivnog kažnjavanja posve svejedno je li napadnuti jednom zamahom udario dvaput jače nego što je potrebno ili je nakon udarca koji je zaustavio napad udario još jednom jer, ako se uzme u obzir kvantiteta uporabljene sile, dva umjerena udarca mogu biti bezazlenija i lakše ispričiva nego jedan neumjeren ekscesni udarac.

⁵¹ Usp. Bojanić 1999, 65-66.

⁵² Tako, primjerice, Herceg Pakšić (2015: 150) navodi da se u iznimnim situacijama naknadnog ekstenzivnog ekscesa „može prihvatiti mogućnost ispričavajućeg djelovanja ako se radi o uskoj vremenskoj povezanosti između obrane od napada i radnji nakon njega, odnosno o prirodnoj cjelini počiniteljeve naknadne reakcije s prethodnim obrambenim radnjama.“

⁵³ Usp. Kühn 2008, 379.

⁵⁴ Usp. Bojanić 2005, 893-895. Upravo taj primjer zorno pokazuje opravdanost uvođenja ispričavajuće krajnje nužde u hrvatsko kazneno pravo.

obranu zaštićuje pojedinca, ali tim istodobno stabilizira pravni poredak i služi afirmaciji prava, osiguravajući prevlast prava nad nepravom, što je i ideja vodilja zakonske odredbe o nužnoj obrani.⁵⁵ Takav dualistički model predstavlja vladajuće mišljenje⁵⁶ iako postupno prodiru i shvaćanja koja osporavaju „kombinaciju načela“ ili zagovaraju monističko shvaćanje prema kojem pravo nužne obrane služi zaštiti samo individualnih interesa. Načela opravdanja nužne obrane važna su za tumačenje tog instituta i posebno dolaze do izražaja kod socijalnoetički utemeljenih ograničenja prava na nužnu obranu koja pravo na nužnu obranu ili posve isključuju ili pak ga znatno ograničavaju tim što od napadnutog zahtijevaju najveću moguću štedljivost prema napadaču. U takvim situacijama ili uopće ne postoji interes za potvrđivanjem prava jer riječ je o njegovoj zlouporabi ili pak je takav interes bitno smanjen.

Kao ograničenja prava na nužnu obranu u literaturi se u pravilu raspravljaju slučajevi napadne ili nepodnošljive nerazmjernosti između napadnutog pravnog dobra i dobra povrijeđenog obrambenom radnjom, napada osoba koje nisu krive ili pak je njihova krivnja bitno smanjena, napada osoba u kojima je napadnuti garant te, praktično posebno važnih, slučajeva isprovociranog napada. U potonjoj skupini slučajeva bitno je razlikovati situaciju namjerne provokacije ili inscenirane nužne obrane, u kojoj napadnuti namjerno izaziva napad kako bi pod plaštem nužne obrane s unaprijed pripremljenim oružjem ozlijedio ili usmrtio napadača, od situacije obične (samo prekorljive) provokacije kod koje počinitelj svojim nepromišljenim ponašanjem, doduše, izaziva napad, ali to ne čini u namjeri da povrijedi napadača.⁵⁷

Pravo na nužnu obranu, a tim i mogućnost njezina prekoračenja isključeni su u slučaju namjerne provokacije i grube nerazmjernosti između napadnutog i u obrani povrijeđenog pravnog dobra.⁵⁸ U oba slučaja riječ je o zlouporabi prava, a kod namjerne provokacije i o nedostatku obrambene volje. Popustljivost prema napadnutom u smislu primjene zakonske odredbe o prekoračenju nužne obrane zbog asteničkog afekta, u takvim bi slučajevima bila nepodnošljiva sa stajališta generalne prevencije.⁵⁹

Kod ograničenja prava na nužnu obranu, prema „teoriji triju stupnjeva“ (*Drei-Stufen-Theorie*), napadnuti mora uzmaknuti pred napadačem, a ako to nije moguće, treba poduzeti defenzivnu obranu (*Schutzwehr*). Tek ako i takva zaštita napadnutog pravnog dobra nije moguća, napadnuti smije prijeći na ofenzivnu obranu (*Trutzwehr*), uz najveću moguću štedljivost prema napadaču.⁶⁰

⁵⁵ Usp. Jäger 2016, 258.

⁵⁶ Roxin 2006, § 15, rubni broj 1; Kühl 2008, 113-114; Schönke; Schröder 2014, § 32, rubni broj 1.

⁵⁷ Usp. Novoselec; Bojanić 2013, 177-180.

⁵⁸ Wessels; Beulke; Satzger 2016, rubni broj 668.

⁵⁹ Tako Roxin 2006, § 22, rubni broj 79, za slučaj prihvaćanja primjene § 33. njemačkog StGB-a kod napadne nerazmjernosti vrijednosti dobara.

⁶⁰ Wessels; Beulke; Satzger 2016, rubni broj 511.

U skladu s tim, kod obične provokacije napadnutom se neće priznati nužna obrana ako je mogao sigurno i učinkovito uzmaknuti pred napadačem ili njegov napad odbiti defenzivnom obranom (pariranjem udaraca).⁶¹ Ako pak mu je priznato pravo na nužnu obranu jer uzmicanje ili defenzivna obrana nisu bili mogući, tada se to pravo može i prekoračiti u asteničkom afektu zbog čega je moguća i primjena zakonske odredbe o prekoračenju nužne obrane zbog asteničkog afekta.⁶² Ista pravila valja primijeniti i na ostale već spomenute slučajeve ograničenja prava na nužnu obranu. O prekoračenju nužne obrane zbog asteničkog afekta može se, dakle, raspravljati tek ako napadnuti nije mogao sigurno i učinkovito otkloniti istodobni ili izravno predstojeći protupravni napad uzmicanjem ili defenzivnom obranom.⁶³

7. PREKORAČENJE GRANICA NUŽNE OBRANE ZBOG ASTENIČKOG AFEKTA I PUTATIVNA NUŽNA OBRANA

Prekoračenje nužne obrane zbog asteničkog afekta i putativnu nužnu obranu u pravilu valja oštro razlikovati jer je u većini slučajeva putativne nužne obrane riječ o situacijama u kojima uopće nema stanja nužne obrane pa u skladu s tim nije moguće ni prekoračenje njezinih granica. U takvim situacijama počinitelj je u zabludi o stanju nužne obrane i može se pozivati samo na zabludu o okolnostima koje isključuju protupravnost jer je u vrijeme počinjenja djela pogrešno smatrao da postoje okolnosti prema kojima bi djelo bilo dopušteno da su stvarno postojale. Kod takve zablude počinitelj se neće kazniti za namjerno počinjenje djela, ali se može kazniti za nehaj kad je njegova zabluda bila otklonjiva i kad zakon za to djelo propisuje kažnjavanje i za nehaj (članak 31. KZ-a). Tipičan je primjer takve zablude zabluda o postojanju napada koja se u pravilu i pojavljuje u sudskoj praksi.⁶⁴

Primjena zakonske odredbe o prekoračenju granica nužne obrane iznimno je moguća i kad napadnuti postupa u putativnoj nužnoj obrani. To će biti slučajevi u kojima je počinitelj prekoračio mjeru dopuštene obrane zbog zablude o intenzitetu napada, intenzitetu uporabljene obrambene sile ili postojanju blažeg sredstva obrane. Tu, naime, napad stvarno postoji, ali se i počiniteljeva predodžba odnosi na okolnosti koje bi isključivale protupravnost njegova ponašanja da su stvarno postojale. Stoga

⁶¹ Zahtjev da napadnuti u određenim situacijama treba pretrpjeti čak i lakše tjelesne ozljede (napadi bliskih osoba, isprovocirani napadi) smatramo neprimjerenim jer napadnuti u trenutku poduzimanja napadačkih radnji teško može predvidjeti daljnji tijek zbivanja i moguće posljedice napada.

⁶² *Roxin* 2006, § 22, rubni broj 93.

⁶³ Uzimajući u obzir različite moguće situacije ograničenja prava na nužnu obranu, prihvatljivo je stajalište prema kojem su ona izraz povlačenja interesa za potvrđivanjem prava i da se temelje na trima stupovima: općoj zabrani zlorabe prava, ideji razumijevanja prema napadaču utemeljenoj na generalnoj prevenciji i zaštiti pravnih dobara od napadnutog koji ima garantnu dužnost. Usp. *Jäger* 2016, 266.

⁶⁴ Usp. *Novoselec* 1995, 399-400.

je riječ o zabludi o okolnostima koje isključuju protupravnost kod koje će kažnjivost za nehaj otpasti jer su ispunjene pretpostavke prekoračenja granica nužne obrane zbog asteničkog afekta.⁶⁵ Mogućnost primjene zakonske odredbe o prekoračenju nužne obrane uzrokovanom asteničkim afektom postojala je u slučaju putativne nužne obrane i po starom KZ-u u slučaju nehajnog prekoračenja nužne obrane zbog otklonjive zablude o intenzitetu napada, intenzitetu uporabljene obrambene sile ili postojanju blažeg sredstva obrane.⁶⁶

U njemačkoj kaznenopravnoj dogmatici posebno se raspravlja i pravna figura putativnog prekoračenja nužne obrane (*Putativnotwehrexzess*). Takvo prekoračenje postoji kad netko pogrešno smatra da postoji napad i u asteničkom afektu svojom „obrambenom“ radnjom prekorači granice koje bi postojale kod stvarnog stanja nužne obrane. Prema ustaljenoj sudskoj praksi i apsolutno vladajućem mišljenju, u takvu slučaju nema mjesta primjeni § 33. StGB-a koji se odnosi na prekoračenje nužne obrane zbog asteničkog afekta.⁶⁷ Zakonska odredba o prekoračenju nužne obrane pretpostavlja stvaran, a ne samo tobožnji napad, tako da i za putativni eksces nužne obrane važe pravila o zabludi o okolnostima koje isključuju protupravnost, s tim da se astenički afekt treba uzeti u obzir pri utvrđivanju njezine otklonjivosti. Psihička se situacija počinitelja, doduše, ne razlikuje od one kod stvarnog prekoračenja nužne obrane zbog asteničkog afekta, ali to nije dovoljno za primjenu § 33. StGB-a ni sa stajališta nedostatka nužnosti preventivnog kažnjavanja jer žrtva radnje u putativnom prekoračenju nužne obrane nije napadač, nego osoba koja zaslužuje zaštitu.⁶⁸ Primjena zakonske odredbe o prekoračenju nužne obrane zbog asteničkog afekta na slučajeve putativnog ekscesa smatra se samo iznimno dopuštenom ako je osoba u zabludi postupala neskrivljeno, a žrtva ekscesa jedina snosi odgovornost za nastalu situaciju jer je simulirala napad. U takvu slučaju ekscesna radnja ne pogađa nesudjelujuću osobu i zato je nekažnjivost počinitelja prihvatljiva s generalnopreventivnog stajališta.⁶⁹

8. ZAKLJUČAK

Dosljedna provedba normativnih teorija krivnje, prema kojima je bit krivnje u prekorljivu oblikovanju volje, podrazumijeva i prihvaćanje ispričavajućih razloga. Zakonodavac je o tome vodio računa kad je u članku 21., stavku 4. KZ-a propisao da pre-

⁶⁵ *Wessels; Beulke; Satzger* 2016, rubni broj 673; *Sinn* 2012, 124-127.

⁶⁶ *Usp. Bojanić* 1999, 51.

⁶⁷ *Roxin* 2006, § 22, rubni broj 94; *Schönke; Schröder* 2014, § 33, rubni broj 8; *Wessels; Beulke; Satzger*, rubni broj 671.

⁶⁸ *Roxin* 2006, § 22, rubni broj 95.

⁶⁹ *Ibidem*, § 22, rubni broj 96.

koračenje granica nužne obrane zbog ispričive jake prepasti isključuje počiniteljevu krivnju. Navedena zakonska odredba oblikovana je po uzoru na kaznena zakonodavstva koja tradicionalno utječu na hrvatsko kazneno pravo, a njezin *ratio legis* očituje se u bitno smanjenom stupnju neprava i krivnje ekscenog ponašanja zbog kojeg zakonodavac odustaje od prijekora, ali i u nedostatku nužnosti preventivnog kažnjavanja. Razlozi nekažnjivosti prekoračenja nužne obrane zbog asteničkog afekta važni su za tumačenje njegovih obilježja. S tim u vezi valja odmah istaknuti da je zakonodavac kriminalnopolitički ispravno postupio kad je privilegirao samo astenički afekt kao izraz slabosti i povlačenja, a ne i steničke afekte koje odlikuju snaga, nadmoć i agresivnost. Nije isključena mogućnost da se uz afekt jake prepasti pojavi ili da se s njim isprepleće neki stenički afekt (primjerice, jaka razdraženost). Pritom je važno da astenički afekt prevladava. Nije dovoljna samo njegova suuzročnost jer bi takvo tumačenje moglo dovesti i do rezultata da se primjena članka 21., stavka 4. KZ-a dopusti i u slučaju u kojem kod počinitelja prevladavaju stenički afekti. Propisivanje samo jednog asteničkog afekta nije najbolje rješenje jer otvara pitanje kako postupiti u situacijama kad u počiniteljevoj motivaciji dominiraju drugi astenički afekti (primjerice, smetenost, užas, panika) koje zakon izričito ne spominje ili pak se takvi afekti pojavljuju umjesto jake prepasti. Stoga bi trebalo razmotriti proširenje tog dijela odredbe članka 21., stavka 4. KZ-a s još nekim asteničkim afektima uzimajući u obzir rješenja iz poredbenog prava. Prepast je nepotrebno označavati jakom jer ona već predstavlja visok stupanj straha. Prema zakonskom tekstu, ispričivost jake prepasti odnosi se samo na taj afekt, ali se ona ipak ne može odvojiti od počiniteljeva ponašanja koje je pridonijelo nastanku situacije u kojoj su zbog asteničkog afekta prekoračene granice nužne obrane. Stoga je prihvatljivo pri ocjeni ispričivosti asteničkog afekta uzeti u obzir i doprinos napadnutog zbog kojeg treba isključiti primjenu članka 21., stavka 4. KZ-a. Navedenu odredbu valja primjenjivati ne samo na slučajeve intenzivnog prekoračenja nužne obrane zbog asteničkog afekta nego iznimno i na situacije naknadnog ekstenzivnog ekscesa u kojima se vremenski ekscen radnja napadnutog koji postupa u asteničkom afektu, najneposrednije nadovezuje na nužnu obranu ili njezino intenzivno prekoračenje i, u biti, predstavlja minimalno prekoračenje vremenskih granica nužne obrane. Potonja se situacija, s obzirom na stupanj neprava i krivnje, bitno ne razlikuje od intenzivnog prekoračenja, a kažnjavanje počinitelja nije nužno ni sa stajališta ostvarivanja specijalne i generalne prevencije. Što se tiče primjene članka 21., stavka 4. KZ-a u slučajevima koji se raspravljaju kao ograničena prava na nužnu obranu, valja razlikovati dvije situacije: prvu, kad je primjena navedene odredbe u potpunosti isključena zbog zlouporabe prava na nužnu obranu (namjerna provokacija ili inscenirana nužna obrana te nepodnošljiva nerazmjernost između napadnutog i obranom povrijeđenog pravnog dobra) i drugu, kad se o prekoračenju granica nužne obrane zbog asteničkog afekta može raspravljati tek ako napadnuti nije mogao učinkovito i sigurno uzmaknuti pred napadačem ili poduzeti defenzivnu nužnu obranu (napadi osoba koje su nesposobne

za krivnju ili je njihova krivnja bitno smanjena, napadi osoba kojima je napadnuti garant i provocirana nužna obrana). Naposljetku, primjena članka 21., stavka 4. KZ-a moguća je i u situaciji kad napadnuti postupa u otklonjivoj zabludi o intenzitetu napada, intenzitetu poduzete obrambene radnje ili postojanju blažeg sredstva obrane.

LITERATURA

1. Bojanić, I. 1999. *Prekoračenje granica nužne obrane*. Zagreb.
2. Bojanić, I. 2005. Sudska praksa. Prostorno ekstenzivno prekoračenje nužne obrane. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 12: 2, 893-895.
3. Bojanić, I.; Mrčela, M. 2012. Konceptija krivnje u novom Kaznenom zakonu. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 19: 2, 389-407.
4. Duru, B. 2012. Gießener Erneuerung des Strafrechts – Reinhard Frank und der Schuldbe-griff. *Zeitschrift für da Juristische Studium* 5: 5, 734-738.
5. Fuchs, H. 2016. Strafrecht. Allgemeiner Teil I. *Grundlagen und Lehre von der Straftat*. Wien.
6. Herceg Pakšić, B. 2015. Zakonska regulacija i pravna priroda prekoračenja nužne obrane kao ispričavajućeg razloga *de lege lata et de lege ferenda*. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 22: 1, 125-151.
7. Jäger, C. 2016. Das dualistische Notwehrverständnis und seine Folgen für das Recht auf Verteidigung. *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 163: 11, 258-265.
8. Jakobs, G. 1976. *Schuld und Prävention*. Tübingen.
9. Jescheck, H. H.; Weigend, T. 1996. *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil. Berlin.
10. Kienapfel, D.; Höpfel, F. 2009. *Grundriss des Strafrechts*. Allgemeiner Teil. Wien.
11. Kühl, K. 2008. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. München.
12. Novoselec, P. 2016. *Opći dio kaznenog prava*. Osijek.
13. Novoselec, P. 2015. Sudska praksa. Nužna obrana protiv napada na imovinu. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 22: 2, 720-722.
14. Novoselec, P. 1996. Sudska praksa. Nužna obrana u slučaju nerazmjernosti između napadnutog i povrijeđenog dobra. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 3: 1, 197-199.
15. Novoselec, P. 1995. Sudska praksa. Skrivljena putativna nužna obrana. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 2: 2, 399-400.
16. Novoselec, P.; Bojanić, I. 2013. *Opći dio kaznenog prava*. Zagreb.
17. Perron, W. 2005. *Rechtsvergleichende Betrachtungen zur Notwehr*. Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag. München, 1019-1039.
18. Van Rienen, R. 2012. *Entscheidungsbesprechung*. Zur Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung bei der Putativnotwehr („Hells Angels-Fall“). *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 12: 3, 377-385.
19. Roxin, C. 2011. *Zur neueren Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Deutschland*. *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 158: 12, 2011., 678-695.

20. Roxin, C. 2006. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München.
21. Schönke, A.; Schröder, H. 2014. *Strafgesetzbuch*. Kommentar. München.
22. Sinn, A. 2012. *Entscheidungsbesprechung*. BGH, Beschl. V. 1. 3.2011. – 3 StR 450/10. Zur rechtlichen Beurteilung der irrigen Annahme von Tatsachen, die den Schluss auf eine Intensivierung des bereits in Gang befindlichen rechtswidrigen Angriffs zulassen, als Erlaubnistatbestandsirrtum. *Zeitschrift für das Juristische Studium* 5: 1, 124-127.
23. Stratenwerth, G.; Wohlers, W. 2013. *Schweizerisches Strafgesetzbuch*. Handkommentar. Bern.
24. Timpe, G. 1985. Grundfälle zum Entschuldigenden Notstand (§ 35 I StGB) und zum Notwehrexzess (§ 33 StGB). *Juristische Schulung* 25: 2, 117-122.
25. Turković, K. i dr. 2013. *Komentar Kaznenog zakona*. Zagreb.
26. Wessels, J.; Beulke, W.; Satzger, H. 2016. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau. Heidelberg.
27. Zimmermann, T. 2015. *Der Notwehrexzess im Völkerstrafrecht*. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 10: 1, 57-66.
28. Zlatarić, B. 1956. *Krivični zakonik u praktičnoj primjeni*. I. svezak. Opći dio. Zagreb.

Summary

EXCEEDING THE BOUNDRIES OF NECESSARY DEFENCE DUE TO THE EXCUSABLE EXTREME FEAR

Due to the consistent implementation of normative theory of culpability, the legislator has prescribed two excusable grounds in the general part of the Croatian Criminal Code: exceeding the boundaries of necessary defence due to the excusable extreme fear caused by the attack which excludes the culpability of a perpetrator as well as necessity with the same legal effect. The paper deals with exceeding the boundaries of necessary defence due to the excusable extreme fear primarily because of its practical importance, since the institution of necessary defense, including the problem of exceeding its boundaries, appears on an almost daily basis before the courts. Since the Article 21, paragraph 4 of the Criminal Code was modeled on the provisions on the extension of necessary defence as excusable ground in comparative criminal law, the paper analyzes their similarities and differences compared to foreign models. Furthermore, the paper explains ratio legis of exceeding the boundaries of necessary defence as an excusable ground and discusses all the possible issues in the practical implementation of the stated provision: the role of excusable extreme fear as the cause of excessive behavior of the perpetrator, possible manifestations of exceeding the boundaries of necessary defence due to the excusable extreme fear, as well as the application of Article 21, paragraph 4 of the Criminal Code in the case of limitations of the right to self-defense and putative self-defense.

Key words: *normative theory of culpability; excusable grounds; exceeding the boundaries of necessary defence.*