

mr. Sunčica Hajdarović, viša asistentica
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

NUŽNA ODBRANA U SLUČAJEVIMA NASILJA U PORODICI

Nužna odbrana jedan je od najstarijih instituta krivičnog prava, koji preko isključenja protupravnosti isključuje i postojanje krivičnog djela. Općenito se smatra da napad na bilo koje zaštićeno dobro daje pravo na nužnu odbranu. Primjena ovog instituta postaje posebno zanimljiva u situacijama kada postoji nasilje u porodici, te kada žrtva nasilja odgovori primjenom nasilja. U praksi se javljaju problemi da li je riječ o institutu nužne odbrane, ili o prekoračenju granica nužne odbrane, ili se zapravo radi o nasilju u porodici. Cilj ovog rada je dokazati postojanje prava, odnosno moguće situacije nužne odbrane u slučajevima nasilja u porodici, kao i razraditi pretpostavke pod kojima je ona primjenjiva u okviru bosanskohercegovačkog krivičnogpravnog sistema, te uporediti slične situacije koje se javljaju u praksi u susjednim državama.

Ključne riječi: nužna odbrana, nasilje u porodici, bračni partneri

Uvod

Prema savremenim shvatanjima država ima pravo, ali i dužnost da zaštiti pojedinca i njegova subjektivna prava od napada drugih pojedinaca ili grupa koji ta prava ugrožavaju ili povrijeđuju. Država tu svoju funkciju ostvaruje kroz monopol fizičke prisile, koji je legalan samo u slučajevima primjene od strane države. Ali to nije uvijek bilo tako; na samom početku razvoja ljudskog društva zaštita se ostvarivala kao privatna, neregulisana samopomoć. Razvojem državnog aparata samopomoć, kao oblik zaštite je potisnuta, i državni aparat je preuzeo ulogu zaštite svojih građana. Međutim, i danas postoje situacije u državni aparat, kojima iz nekog razloga, nije u stanju da zaštiti pojedinca i njegove interese na odgovarajući način. U tom smislu u krivičnompravnom zakonodavstvu i praksi razvili su se instituti koji preko isključenja protupravnosti isključuju postojanje krivičnog djela. U takvim situacijama, samopomoć je u iznimnim situacija dozvoljena. Bosanskohercegovačko zakonodavstvo i praksa poznaju četiri isntituta koji preko isključenja protupravnosti isključuju postojanje krivičnog djela, a to su: beznačajno djelo, nužna odbrana, krajnja nužda i apsolutna sila i prijetnja.¹

Jedan od najstarijih instituta samopomoći, ili instituta koji preko isključenja protupravnosti isključuje i postojanje krivičnog djela, jeste institut nužne odbrane. Posmatrajući razvoj ovog instituta kroz historiju dolazi se do saznanja da je ovaj

¹ Hajdarović, S., *Institut nužne odbrane u bosanskohercegovačkom i evropskom krivičnom zakonodavstvu –pravci harmonizacije*, Revija za pravo i ekonomiju, Godina 20, Broj 1, Mostar, 2019., str. 353.

institut postojao u rimskom, germanskom, kanonskom pravu, da bi se dalje razvijao u savremenom evropskokontinentalnom pravu, te i u anglosaksonskom pravnom sistemu. Naravno, s obzirom na politički i historijski značaj datog perioda i ovaj institut je imao različite opsege primjene s obzirom na pravna dobra koja su se njime štitila.

Iako datira od samog postanka ljudskog društva, institut nužne odbrane je i danas aktuelan i zanimljiv, te je predmet mnogih teorijskih rasprava. Posebno je zanimljiv aspekt prekoračenja granica nužne odbrane, i kažnjavanje počinioca koji u samoodbrani prekorači te granice, zatim velika se pažnja posvećuje i raspravama o tome koja pravna dobra treba da budu predmet zaštite od strane ovog instituta, te popis krivičnih djela kod kojih je primjena ovog instituta moguća.

U ovom radu nastojat ćemo razraditi mogućnosti i pretpostavke primjene instituta nužne odbrane u slučajevima nasilja u porodici.

1. Nužna odbrana i krivično djelo Nasilje u porodici

Nužna odbrana je pravo koje proizilazi iz samog zakona. To je pravo svakog lica da se u datim okolnostima i pod određenim uvjetima samo brani od protupravnog napada. Pravo na nužnu odbranu se i izvodi iz načela samozaštite i načela potvrđivanja ili afirmacije prava, jer se priznavanjem prava na nužnu odbranu osigurava prevlast prava nad nepravom. U nužnoj odbrani je sadržana poruka da pravo ne smije ustupiti pred nepravom, ono mora biti iznad neprava.²

Kao institut općeg dijela krivičnog prava nužna odbrana je normirana u krivičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine. S obzirom da u Bosni i Hercegovini (BiH) trenutno imamo na snazi tri krivična zakona i jedan krivični zakonik, tako je institut nužne odbrane normiran u svakom od tih zakona/zakonika u općem dijelu. Krivični zakon Bosne i Hercegovine³ u članu 24. stavu 1. propisuje da „*nije krivično djelo ono koje je učinjeno u nužnoj odbrani*.“ Istu odredbu sadrži i Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine⁴ u članu 26. stav 1., te Krivični zakonik Republike Srpske⁵ u članu 26. stav 1. i Krivični zakon Brčko Distrikta⁶ isto u članu 26. stav 1. Dakle, sva četiri važeća krivična zakonska propisa na teritoriji BiH određuju da se preko isključenja protupravnosti isključuje i postojanje krivičnog djela. Radi se o situaciji kada djelo učinioca, koje ima sve elemente krivičnog djela, ipak ne predstavlja krivično djelo jer mu nedostaje jedan bitan element, a to je protupravnost djelovanja. Ipak, važeći krivični zakoni u BiH, kada je u pitanju definisanje instituta nužne odbrane se razlikuju. Naime, odredba kojom se definiše institut nužne odbrane

2 Tomić, Z., *Krivično pravo I*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008., 363.

3 Krivični zakon Bosne i Hercegovine (KZ BiH), Službene novine br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10 i 47/14

4 Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine (KZ FBiH), Službene novine br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10 i 42/11, 59/14, 76/14, 46/16 i 75/17

5 Krivični zakonik Republike Srpske (KZ RS), Službeni glasnik Republike Srpske br. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12, 67/13 i 64/17

6 Krivični zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine (KZ BD), Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH, br. 10/03, 6/05, 21/10, 47/11, 52/11, 33/11, 9/13, 33/13, 47/14, 26/16, 13/17 i 50/18

je ista u KZ- u BiH, KZ-u FBiH i KZ-u BD⁷, dok se ta odredba u KZ-u RS-a razlikuje. Prema novim izmjenama i dopunama Krivičnog zakonika RS-a, a koje su stupile na snagu objavljivanjem u Službenom glasniku Republike Srpske broj 64/17, odredbi koja definiše institut nužne odbrane nedostaje elemenat „srazmjernosti“.⁸

Međutim, bez obzira na zakonsko definisanje ovog instituta koje unutar krivičnog zakonodavstva u BiH nije trenutno harmonizirano, nužna odbrana kao jedan od razloga isključenja krivičnog djela, daje snažnu poruku da pravo nikada ne smije ustupiti pred nepravom, bez obzira na srazmjernost napadnutog i povrijeđenog dobra. Iz toga proizilazi i načelo da se od napadnutog nikada ne smije tražiti da se spašava bijegom (*turpis fuga* – sramotan bijeg) jer bi to značilo ustupanje prava pred nepravom.⁹

O vezi između instituta nužne odbrane i krivičnog djela Nasilja u porodici u bosanskohercegovačkoj literaturi se ne govori. Inkriminiranost nasilja u porodici u pravnom sistemu Federacije Bosne i Hercegovine (FBiH) prisutna je od 2003. godine uvođenjem krivičnog djela Nasilje u porodici, član 222. KZ FBiH, a koji spada u grupu Krivičnih djela protiv braka, porodice i mladeži (Glava XX KZ FBiH). Krivično djelo Nasilje u porodici ili porodičnoj zajednici, inkriminisano je članom 190. KZ RS i spada u grupu Krivičnih djela protiv braka i porodice (Glava XVI) i krivično djelo pod nazivom Nasilje u porodici, inkriminisano je članom 218. KZ BD i spada u grupu Krivičnih djela protiv braka, porodice i omladine (Glava XX).

Nasilje u porodici (nasilje nad ženama i djecom kao najčešći vid ispoljavanja nasilja u porodici) je ponašanje koje je rezultat preovladavajućih patrijarhalnih obrazaca društvenog ponašanja, a koji predstavlja poražavajuće svjedočanstvo nejednake raspodjele moći između žena i muškaraca u današnjem „demokratskom društvu“.¹⁰ Danas preovladava mišljenje da se nužnom odbranom može odbijati protupravni napad na svako dobro zaštićeno krivičnim pravom.¹¹ Shodno tome, smatramo da je i fizički napad koji se desi unutar porodice (od strane jednog bračnog partnera na drugog, ili između roditelja i djece) moguće odbijati nužnom odbranom. Zakonska definicija nužne odbrane je postavljena tako da je za postojanje nužne odbrane potrebno da s jedne strane postoji napad koji je aktuelan i protupravan, a s druge strane odbrana koja je istovremena, i srazmjerna, sa izuzetkom KZ RS-a gdje je isključena srazmjernost, ali se u svakom konkretnom slučaju mora rješavati pitanje srazmjernosti u zavisnosti od svih okolnosti koje prate slučaj. To zapravo znači da se

7 „Nužna je ona odbrana koja je neophodno potrebna da učinilac od sebe ili drugog odbije istovremeni ili direktno predstojeći protupravni napad, a koja je srazmjerna napadu.“ Član 24. stav 2. KZ BiH, član 26. stav 2. KZ FBiH i član 26. stav 2. KZ BD.

8 Članom 26. stav 2. KZ-a RS propisano je: „Nužna odbrana je ona odbrana koja je neophodno potrebna da se od svog dobra ili od dobra drugog odbije istovremeni ili neposredno predstojeći protupravni napad.“

9 Kos, T., *Nužna obrana kod kaznenih djela protiv časti i ugleda*, Policijska sigurnost, Godina 19, broj 2, Zagreb, 2010., str. 175.

10 Galić, N., *Pravni standardi za borbu protiv nasilja u porodici*, Sprječavanje i suzbijanje nasilja u porodici u Republici Srpskoj – Priručnik za postupanje subjekata zaštite, Vlada Republike Srpske Gender Centar – Centar za jednakost i ravnopravnost polova, 1. Izdanje, str. 9.

11 Ovaj stav se može iščitati iz radova o institutu nužne odbrane istaknutih krivičara kao što su Franjo Bačić i Petar Novoselec.

ne traži srazmjernost između pravnog dobra napadnutog i dobra koje je povrijeđeno u odbrani, nego se o važnosti pravno zaštićenih interesa odlučuje svaki put iznova primjenjujući načelo proporcionalnosti.

1.1. Napad i odbrana u slučajevima nasilja u porodici

Da bi postojalo pravo na nužnu odbranu prvo mora postojati napad. Pod napadom se podrazumijeva svaka radnja koja je usmjerena na povredu nekog pravno zaštićenog dobra.¹² Dakle, napad koji izvrši čovjek, neovisno o njegovoj dobi, sposobnosti (mentalnoj ili fizičkoj) ili njegovoj namjeri daje napadnutom pravo na nužnu odbranu. Napad je uvijek ponašanje koje sadrži konkretnu opasnost, pa u slučajevima upotrebe neprikladnog sredstva u pravilu nužna odbrana nije dopuštena.¹³

Kod krivičnog djela Nasilja u porodici napad se sastoji u drskom ili bezobzirnom ponašanju, ili prijetnji da će napasti na život ili tijelo člana porodice, na koji način se ugrožava mir, tjelesna cjelovitost ili psihičko zdravlje člana porodice.¹⁴ Iz same zakonske definicije, proizilazi da je riječ o specijalnom krivičnom djelu (*delictum proprium*), jer učinilac ovog djela može biti samo član porodice i koji svoju radnju preduzima prema članu svoje porodice.¹⁵ Radnja ovog krivičnog djela, prema sva tri važeća Krivična zakona/zakonika u BiH, kojima je ovo krivično djelo regulisano, je postavljena alternativno, kao nasilje, drsko i bezobzirno ponašanje. Nasiljem se pasivnom subjektu fizičkom silom nanosi fizička ili psihička bol koja može biti jačeg

12 Tomić, Z., *Krivično pravo I*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008., str. 364.

13 Kos, T., *op. cit.*, str. 176.

14 Član 222. stav 1. KZ FBiH, član 190. stav 1. KZ RS, član 218. stav 1. KZ BD

15 Prema članu 2. stav 20. KZ FBiH i članu 2. stav 26. KZ BD, članom porodice se smatra: „bračni i izvanbračni partner, bivši bračni i izvanbračni partner, krvni rođak u ravnoj liniji, usvojilac i usvojenik, rođak u pobočnoj liniji do trećeg stepena zaključno, i srodnik po tazbini do drugog stepena zaključno. Prema članu 190. stavu 6. KZ RS-a članom porodice smatraju se: „supružnici ili bivši supružnici i njihova djeca i djeca svakog od njih, vanbračni partneri ili bivši vanbračni partneri, njihova djeca ili djeca svakog od njih, srodnici po tazbini zaključno do drugog stepena bez obzira na činjenicu da je bračna zajednica prestala, roditelji sadašnjih i bivših bračnih i vanbračnih partnera, srodnici iz potpunog usvojenja u pravoj liniji bez ograničenja, a u pobočnoj zaključno sa četvrtim stepenom, kao i srodnici iz nepotpunog usvojenja, lica koja vezuje odnos starateljstva, lica koja žive ili su živjela u istom porodičnom domaćinstvu, bez obzira na srodstvo, te lica koja imaju zajedničko dijete ili je dijete začeto, iako nikada nisu živjela u istom porodičnom domaćinstvu.“

ili slabijeg intenziteta.¹⁶ Zakoni u BiH, pored osnovnog oblika djela, propisuju i kvalifikatorne, teže oblike ovog krivičnog djela.¹⁷

Općenito se smatra da napad na bilo koje pravno dobro koje je zaštićeno pravom, daje pravo na primjenu instituta nužne odbrane. U ovom slučaju prihvaćena je teorija jednakovrijednosti ljudskih prava prema kojoj se ona ne mogu stepenovati po svom intenzitetu, nego u svakom pojedinom slučaju u kojem ona dolaze u koliziju potrebno je konkretno ocijeniti važnost interesa i dati prevagu onom koji se smatra bitnijim.¹⁸ Krivični zakoni inače ne nabraju posebno koja su to pravna dobra koja mogu biti predmetom napada, što znači da to mogu biti sva pravna dobra koja se štite krivičnim zakonom, međutim takva pravna dobra su najčešće ljudski život, tjelesna cjelovitost, sloboda, imovina, spolna sloboda, dostojanstvo ličnosti, itd.

Posljedica krivičnog djela Nasilja u porodici je ugrožavanje mira, tjelesne cjelovitosti ili prishičkog zdravlja člana svoje porodice. Krivično djelo će biti dovršeno i kada je došlo samo do ugrožavanja mira, tjelesne cjelovitosti ili psihičkog zdravlja člana porodice, što znači da se radi o krivičnom djelu ugrožavanja.

Dalje, kada govorimo o samom napadu, da bi nužna odbrana bila dopuštena, napad mora biti istovremen ili neposredno predstojeći.¹⁹ Svi uvjeti koji se ispune na strani kako napada tako i odbrane, nemaju praktični značaj ukoliko se ne ispuni uvjet istovremenosti. Postavljanjem takvog uvjeta, prema kojem je odbrana dopuštena samo ako napad neposredno predstoji, ako je započeo ili dok još traje, zakonodavac se jasno opredijelio za takvu nužnu odbranu koja treba da bude posljednje sredstvo koje se koristi u nekoj opasnoj situaciji.²⁰

S druge strane, kao odgovor napadu, odbrana mora biti nužna, što znači mora biti

16 Fizičko nasilje podrazumijeva korištenje dijelova tijela ili oružja radi prijetnje, kazne, dominiranja, kontrolisanja ili povređivanja druge osobe. Može da se vrši različitim načinima i sredstvima, a za posljedicu ima lašku tjelesnu povredu ili tešku tjelesnu povredu. Psihičko nasilje se odnosi na ozbiljnu prijetnju da će biti napadnut život ili tijelo člana porodice. Psihičko nasilje se također odnosi na zastrašivanje, konstantno kritikovanje, potcjenjivanje, različite optužbe, emocionalno ucjenjivanje, stvaranje nesigurnosti kod žrtve, verbalno zlostavljanje, uznemiravanje, maltretiranje itd. Seksualno nasilje se odnosi na svaki vid povrede polne slobode i morala, svaki vid degradiranja i ponižavanja na seksualnoj osnovi, svaki vid prisiljavanja na seksualni odnos i silovanje. Ovu vrstu nasilja često prati i fizičko i psihičko nasilje, a često se ti slučajevi nasilja vrše istovremeno i posebno su ponižavajući. Ekonomsko nasilje uglavnom obuhvata oduzimanje novca i vrijednih stvari, kontrolisanje zarade i primanja, zabrana članu porodice da raspolaže svojim i zajedničkim prihodima, zabrana da se zaposli i ostvari sopstvene prihode, oduzimanje sredstava za rad, nametanje obaveze stalnog podnošenja detaljnih izvještaja o trošenju novca i dr.

17 Neki od težih oblika koje propisuje KZ FBiH, KZ RS-a i KZ BD-a su: nasilje prema članu porodice sa kojim živi u zajedničkom domaćinstvu, ako je prilikom nasilja upotrijebljeno oružje ili opasno oruđe ili drugo sredstvo koje je prikladno za teško ozlijediti tijelo ili narušiti zdravlje, ako je zbog nasilja u porodici član porodice teško tjelesno ozlijeđen, ili mu je zdravlje teško narušeno, ili ako je krivično djelo učinjeno prema djetetu ili maloljetniku, ili ako je nastupila smrt člana porodice ili člana porodične zajednice, ili ako nastupi smrt člana porodice kojeg je prethodno zlostavljao. Za sve ove teže oblike krivičnog djela Nasilja u porodici zakon propisuje različite krivične sankcije; vidjeti član 222. KZ FBiH, stav 2., 3., 4., 5., i 6., član 190. stav 2., 3., 4., i 5. KZ RS i član 218. stav 2., 3., 4., 5., i 6. KZ BD.

18 Kos, T., *op. cit.*, str. 177., fn. 5.

19 Odbrana protiv nekog budućeg napada nije dozvoljena, jer bi to dovelo do opće nesigurnosti, dok ni odbrana protiv dovršenih napada predstavljala osvetu.

20 Tomić, Z., *op. cit.*, str. 371.

takva da je prijeko potrebna za odbijanje napada od sebe ili od drugog. Nužan mora biti sam akt odbrane, način odbrane i mjera odbrane. Neophodnost nužne odbrane proizilazi iz principa samozaštite: ako samozaštita ne traži povredu napadača ne može ona biti dopuštena na osnovu principa zaštite prava.²¹

Kod krivičnog djela Nasilja u porodici situacije napada i odbrane spadaju u specifične situacije, kao što su i sami odnosi unutar porodice, i njihovo pravno regulisanje specifični. Na ovom mjestu ćemo se posvetiti više aspektu ograničenja prava na nužnu odbranu kada su u pitanju odnosi unutar porodice, konkretnije odnosi između bračnih partnera.

2. Odnos prekoračenja granica nužne odbrane i krivičnog djela nasilja u porodici

Nesporna je činjenica da nužna odbrana, kao ona odbrana koja je neophodno potrebna da učinilac od sebe ili drugog odbije direktno predstojeći protupravni napad, preko isključenja protupravnosti isključuje postojanje krivičnog djela. Radi se o situacijama u kojima dopuštajuća ili permisivna norma poništava učinak zabranjujuće ili prohibitivne norme, uz postojanje jednog uvjeta, a to je da napadnuti postupi sa odbrambenom voljom. Dakle, postupanje u granicama nužne odbrane oduzima protupravnoj radnji karakter krivičnog djela. Međutim, postoje situacije u kojima dolazi do prekoračenja tih granica, pa će krivično djelo postojati, sud će donijeti osuđujuću presudu i učinioca djela u prekoračenju granica nužne odbrane, proglasiti krivim.

Definicija prekoračenja granica nužne odbrane ne postoji, odnosno zakonodavac u BiH ne daje niti u jednom od četiri važeća zakona tu definiciju. Zakonodavac ne opisuje ni ponašanje počinioca koje bi udovoljavalo smislu te odredbe, nego samo određuje pravni učinak, i to dvostruki pravni učinak: mogućnost ublažavanja kazne i mogućnost oslobađanja od kazne, (prekoračenje granica nužne odbrane predstavlja u bosanskohercegovačkom krivičnom zakonodavstvu opći fakultativni osnov za ublažavanje kazne i opći fakultativni osnov za oslobođenje od kazne). Ovakav dvostruki pravni učinak prisutan je kod sva četiri važeća krivična zakona na području BiH.

Neodređeno zakonsko definisanje pojma prekoračenja granica nužne odbrane nije rijetkost. Ni KZ RH ne daje definiciju prekoračenja nužne odbrane, nego samo određuje dvostruki pravni učinak. Ista situacija je u i Njemačkoj i u Švicarskoj u pogledu približeg određenja prekoračenja granica nužne odbrane. Austrijski Krivični zakonik daje određene smjernice: radi se o „prekoračenju opravdane odbrane“ ili „korištenju očigledno neprikladne odbrane“.²² Međutim, krivični zakoni u Evropskoj uniji (EU), za razliku od bosanskohercegovačkih krivičnih zakona, propisuju dvostruki pravni učinak koji se odnosi na mogućnost ublažavanja kazne i na isključenje krivice.

²¹ Kos, T., *op. cit.*, str. 179.

²² Herceg Pakšić, B., *Zakonska regulacija i pravna priroda prekoračenja granica nužne odbrane kao ispričavajućeg razloga de lege lata et de lege ferenda*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 22, broj 1/2015. Zagreb, 2015., str. 127.

Kod prekoračenja granica nužne odbrane postoje danas dvije moguće situacije, tzv, intenzivni i ekstenzivni eksces. Bilo kojoj od ove dvije situacije da je riječ ne postoji isključenje protupravnosti, nego ova ekscesna ponašanja počinioaca imaju različite pravne učinke.

Kod krivičnih djela nasilja u porodici, sa posebnim osvrtom na djelo odbrane od nasilja koje je izvršeno u prekoračenju granica nužne odbrane, treba obratiti pažnju na afektivno stanje u kojem se nalazi napadnuta osoba. U BiH zakonski je regulisano da ako počinilac prekorači granice nužne odbrane može se blaže kazniti, a ako je prekoračenje učinio zbog jake razdraženosti može se i osloboditi od kazne. U svakom konkretnom slučaju kada kod nasilja u porodici dođe do prekoračenja granica nužne odbrane, sudovi sa posebnom pažnjom moraju utvrditi da li je napadnuta osoba prilikom odbrane postupala u stanju jake razdraženosti ili u stanju straha izazvanog napadom. Ovo pitanje će biti u svakom konkretnom slučaju od velike važnosti za odmjeravanje kazne. Na ovom mjestu smatramo potrebnim istaći i stanje u zakonskoj regulativi pojedinih zemalja Evropske unije (EU) koje jakoj razdraženosti daju karakter ispričavajućeg (opravdavajućeg) razloga koji isključuje postojanje krivičnog djela jer nema krivice. Ovakvo rješenje sadrže i Kazneni zakon Republike Hrvatske, kao i krivični zakoni Njemačke, Austrije i Švicarske. Iz tog razloga je bitno procijeniti stanje svijesti kod osobe koja postupa u prekoračenju granica nužne odbrane, jer moderna krivična zakonodavstva razdvajaju tzv. steničke (bijes i jaka razdraženost) i asteničke afekte (strah, prepast, bojazan).²³

Za procjenu stanja svijesti osoba koje djelo vrše u prekoračenju granica nužne odbrane u situacijama nasilja u porodici, ključnu ulogu imaju vještaci psiholozi koji treba da ispituju stanje svijesti žrtve nasilja u porodici, koja se od napada brani, pa u odbrani prekorači granice nužne odbrane. Stoga je posebno važno da već prilikom prvog ispitivanja od strane Tužilaštva bude prisutan i psiholog koji će moći procijeniti afektivno stanje oštećene osobe/izvršioca djela.

3. Ograničenje nužne odbrane među bračnim partnerima

Ograničenje prava na nužnu odbranu u praksi znači postaviti stroža pravila pri davanju ocjene da li je odbrana bila prijeko potrebna, ili je napadnuti mogao na neki drugi način odbiti od sebe protupravni napad. To zapravo znači da bi napadnuti trebao da se usmjeri na defanzivnu odbranu, uklanjanje napada, pa čak i da napadnuti pretrpi lakše povrede.²⁴ Ograničenja prava na nužnu odbranu u krivičnopravnoj literaturi, se posebno razvijaju posljednjih decenija, pod utjecajem njemačkih autora. To su sljedeće situacije: kada napad potječe od osobe koja nije kriva, kada je napadnuti garant napadaču, kada je napad beznačajan i kada ga je isprovocirao sam napadnuti.²⁵ Svim

23 „Afekti predstavljaju treći segment emocionalnog života čovjeka (pored emocija i raspoloženja), koji zbog svojih određenih svojstava i uticaja na cjelokupni psihički život čovjeka u bitnoj mjeri mogu uticati na reakcije ličnosti i njeno ponašanje.“; Ćirić, Z., *Sudsko – psihijatrijski aspekti afektivnih stanja*, Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, LXII, 2012., Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj, Niš, 2012., 147.

24 Kos, T., *op. cit.*, str. 184.

25 Vidjeti Schönke/Schröder (Lenckner/Perron), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Aufl. München,

ovim ograničenjima je zajednički zahtjev da napadnuti treba da se uklanja napadu, ali ne i da bježi. Kako su ova ograničenja primjenjiva kada su u pitanju odnosi između bračnih partnera, odnosno u slučajevima nasilja u porodici, i odbrane od takvog nasilja, može se najbolje ilustrirati na jednoj presudi Njemačkog saveznog suda.

Naime, tijekom fizičkog obračuna s mužem optuženica je napipala iza sebe nož, a onda ga je snažnim zamahom zabola mužu u lijevu stranu prsa, probivši njegove obe srčane komore, što je uskoro dovelo do smrti. Prvostepeni sud je optuženicu osudio za tešku tjelesnu ozljedu sa smrtnom posljedicom u prekoračenju granica nužne odbrane, na kaznu zatvora u trajanju od dvije godine i šest mjeseci. Savezni sud je u cijelosti odbio reviziju optuženice i potvrdio prvostepenu presudu. U obrazloženju je naveo da se u pogledu ocjene je li odbrana bila prijeko potrebna postavljaju visoki zahtjevi. Naime, bračni partneri žive u uskoj zajednici i dužni su jedan prema drugom pokazati razumijevanje i obzirnost, a ta obaveza ne prestaje ni za vrijeme sukoba. Dok jedan bračni partner tijekom napada ne ide za tim da usmrti drugog, napadnuti bračni partner mora se zadovoljiti blažom vrstom odbrane i kada ona ne dovodi do sigurnog odbijanja napada. Ali takva obaveza vrijedi za napadnutog samo kada može očekivati lakše tjelesne ozljede.²⁶

Kada je riječ o prethodno navedena četiri ograničenja instituta nužne odbrane, postoje mimoilaženja u stavovima istaknutih pravnih krivičara. Postavlja se pitanje da li se ova ograničenja mogu primijeniti uopće kada su u pitanju odnosi između bračnih partnera. Neki hrvatski autori poput Bačića i Pavlovića, ne prihvataju ova ograničenja kada je u pitanju nužna odbrana među bračnim partnerima, dok npr. Roxin smatra da se ograničenja nužne odbrane između bračnih partnera i bliskih srodnika, mogu opravdati samo ako među njima postoji garantni odnos kao pretpostavka odgovornosti za krivična djela nečinjenjem. Shodno tome, Roxin smatra, da ako jedan bračni partner garantuje za život drugog (ili roditelj za život svoje djece), takva obaveza solidarnosti ne prestaje ni u njihovim međusobnim sukobima. Zbog toga oni ne smiju posegnuti za smrtonosnim oblicima odbrane. Ograničenje ipak neće vrijediti ako je prestala obaveza na solidarnost, a to će biti onda kada napadnutome prijeti smrt ili teška tjelesna ozljeda, ili je izložen dugotrajnom zlostavljanju.²⁷ Iz prethodnog se može izvesti zaključak da postoji dužnost napadnutog trpjeti napad ako bi on napad mogao odbiti samo radnjama opasnim za napadačev život, a ne može se ni ukloniti napadu.²⁸ Ovakvom stajalištu se prigovara da se na taj način pravo na nužnu odbranu pretvara u dužnost trpljenja napada, što je i tačno, ali u tome i jeste ograničenje nužne odbrane.²⁹

2006., član 32, rubni brojevi 48 – 61b, str. 659 – 666., Novoselec, P., *Nužna odbrana među bračnim drugovima*, Hrvatska pravna revija, broj 3, godina X, Zagreb, 2010., str. 81.

26 Odluka je objavljena u *Neue Juristische Wochenschrift* 1975, str. 63 – 63 i *Juristenzeitung* 1975, str. 254 – 255, i sa komentarom u knjizi, Roxin, *Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts*, München, 1998., str. 27 i 167.; Novoselec, *op. cit.*, str. 81.

27 Novoselec, P., *op. cit.*, str. 81.

28 Kühl, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., München, 2005., str. 170.

29 Novoselec, P., *op. cit.*, str. 81., fn 11.

4. Primjena instituta nužne odbrane u sudskoj praksi u Bosni i Hercegovini i uporednopravna analiza

Na primjeru iz sudske prakse u BiH, prema kojoj je optuženica usmrtila svog supruga dok ju je on fizički napadao, i osuđena je za krivično djelo Nasilje u porodici ili porodičnoj zajednici iz člana 208. stav 1. KZ RS-a, pokušat ćemo objasniti položaj i primjenu instituta nužne odbrane u slučajevima krivičnih djela Nasilja u porodici. Iz navedene presude vidljivo je sljedeće: osumnjičeni S. D. je duži vremenski period verbalno i fizički napadao osumnjičenu S. F. kada je bio u pijanom stanju. Kritičnog momenta, 2013. godine, nakon kraće verbalne prepirke fizički je napao svoju suprugu S. F. i stisnutom šakom desne ruke istu udario u predjelu glave, a potom i tri puta je udario komadom drveta dužine (...), čime joj je nanio lahku tjelesnu povredu u vidu oguljotina kože lijeve potkoljenice, da bi osumnjičena S. F. u tom momentu istom zadala udarac u predjelu grudi nožem ukupne dužine (...), kojom prilikom je S. D. zadobio tešku tjelesnu povredu u vidu ubodne rane lijeve strane grudnog koša, (...). U obrazloženju predmetne presude dalje stoji da je S. F. primjenom nasilja ugrozila tjelesni integritet člana svoje porodice, kojom prilikom je nastupila teška tjelesna povreda, a optuženi S. D. primjenom nasilja i drskim ponašanjem ugrozio mir i tjelesni integritet člana svoje porodice. Dalje se navodi da je optužena S. F. počinila krivično djelo Nasilje u porodici ili porodičnoj zajednici iz člana 208. stav 3. u vezi sa stavom 1. KZ RS-a, optuženi S. D. krivično djelo Nasilje u porodici ili porodičnoj zajednici iz člana 208. stav 1. KZ RS-a.³⁰

Smatramo da je u predmetnoj presudi pogrešno primjenjen zakon. Naime, sud je u ovom predmetu trebao ispitati mogućnost primjene instituta nužne odbrane ili prekoračenja granica nužne odbrane. U predmetnom slučaju, koliko je vidljivo iz činjeničnog opisa djela, osoba koja je odbijala protupravni istovremeni napad osuđena je za teži oblik djela nasilja u porodici, dok je osoba koja je u dužem vremenskom periodu vršila nasilje osuđena za lakši, osnovni oblik djela Nasilja u porodici. Iz činjeničnog stanja proizilazi da je moguće postojanje nužne odbrane koja isključuje protupravnost krivičnog djela optužene S. F. ili prekoračenje granica nužne odbrane koje isključuje kažnjavanje ili omogućava blaže kažnjavanje optužene S. F., koja je u momentu dok je optuženi prema njoj vršio protupravan napad njemu zadala udarac nožem u predjelu grudi. Sud je trebao preduzeti određene radnje s ciljem ispitivanja da li je to bio jedini način da S. F. od sebe odbije istovremeni protupravni napad, te ukoliko jeste da utvrdi postojanje nužne odbrane. Sud je barem trebao preispitati mogućnost postojanja prekoračenja granica nužne odbrane ukoliko smatra da je odbrana po intenzitetu jača od napada, odnosno da nije bila neophodno potrebna za odbijanje napada (što se cijeni u kontekstu svih okolnosti konkretnog slučaja).³¹

Mišljenja smo da je optužena mogla u predmetnom slučaju da od sebe odbije napad njenog supruga S. D. na neki blaži način, upotrebom nekog blažeg sredstva, umjesto noža. Naime, intenzivno prekoračenje granica nužne odbrane postoji kada

30 Presuda je objavljena u: Vodič u postupanju: Nasilje u porodici, dodatak Priručniku za sudska razmatranja slučajeva Nasilja u porodici u Bosni i Hercegovini, AI/DCAF, 2016., str. 51.

31 *Ibid.*

odbrambena radnja svojim intenzitetom premašuje intenzitet napada. Da bi se u svakom konkretnom slučaju razjasnilo da li je odbrana bila srazmjerna napadu ili je premašila intenzitet napada potrebno je da se utvrdi da li je napadnuti prilikom odbrane, od više načina odbrane koji su mu stajali na raspolaganju, izabrao onaj koji u najmanjoj mjeri povređuje napadačeva pravna dobra. I sam zakonski tekst ukazuje na ovaj segmenat odbrane, jer u zakonskom tekstu stoji da odbrana mora biti prijeko potrebna. Međutim, od napadnutog se ipak ne može tražiti riskantna odbrana, tj. ona odbrana koja ne jamči uspjeh.³²

Ovakva vrsta obostranog optuženja za izvršenje djela nasilja u porodici, koje se dešava u praksi, može biti posljedica nedovoljnog razumijevanja prirode partnerskog nasilja i specifičnosti različitih oblika u kojima se nasilje između bračnih i vanbračnih partnera ispoljava. Policija koja izlazi na lice mjesta, a zatim i tužilac koji ocjenjuje dokaze i formira dispozitiv optužnice, mogu se suočiti sa suprotstavljenim tvrdnjama šta se desilo, kada oba partnera tvrde da su pretrpila nasilje i oba partnera ispoljavaju vidljive fizičke povrede.³³

Za ilustraciju kriterija na kojima se temelji ocjena da li je odbrana prijeko potrebna može se iz njemačke judikature kao karakterističan primjer navesti često citirana odluka njemačkog Saveznog suda iz 1978. godine,³⁴ kojom je priznata nužna odbrana optuženiku koji je ubo nožem svog fizički daleko jačeg napadača, teškog 130 kg, dok ga je ovaj, pritisnuvši ga uz automobil, obuhvatio lijevom rukom, a desnom udarao u zatiljak. Savezni sud Njemačke je na taj slučaj primijenio pravilo da napadnuti ima pravo na onu odbranu koja „jedina obećaje da će napad odmah prestati“, a izričito je odbio stajalište optužbe da je napadnuti mogao ubodima dati „manje opasan smjer“.³⁵

Sličan slučaj se desio u Republici Hrvatskoj, gdje je optuženica bila osuđena zbog krivičnog djela ubistva na zatvorsku kaznu u trajanju od devet godina i šest mjeseci, presudom Županijskog suda u Zadru, 2005. godine,³⁶ zbog toga što je tijekom fizičkog obračuna između nje i njenog supruga, koji joj je nanio tjelesne ozljede na način da ju je tri puta udario, a onda lijevom rukom stisnuo za vrat, dok je desnom obuhvatio njene obe noge. Optuženica je u tom momentu dohvatila kuhinjski nož s kuhinjskog elementa i snažno ga zabola svom suprugu u leđa, nanijevši mu povrede desnog plućnog krila, jetre, dijafragme i donje šuplje vene, zbog kojih je oštećeni, unatoč ljekarskoj pomoći, preminuo. Vrhovni sud Hrvatske je presudu Županijskog suda u Zadru, kojom je optuženica oglašena krivom za krivično djelo ubistvo, rješenjem iz 2006. godine ukinuo. Novom prvostepenom presudom, K-11/06 od 11. 9. 2006. godine, optuženica je oglašena krivom za krivično djelo ubistva iz člana 90. Kaznenog zakona RH počinjenog u prekoračenju nužne odbrane, na kaznu zatvora u trajanju od 8 godina. Kasnije je Vrhovni sud Hrvatske preinačio ovu presudu u odluci o kazni³⁷ na

32 Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl. München, 2006, str. 675.

33 Priručnik za tužioce za procesuiranje predmeta Nasilja u porodici, AI/DCAF, Sarajevo, 2017., str. 59., fn 56.

34 Odluka je objavljena u ediciji: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, Band 27, str. 336.

35 Novoselec, P., *op. cit.*, str. 80.

36 Presuda Županijskog suda u Zadru, broj K-29/05 od 1. 9. 2005. godine

37 Presuda VSRH, broj I kž-927/06 od 25. 1. 2007. godine

zatvor u trajanju od pet godina. Odlukom Predsjednika Republike Hrvatske u postupku pomilovanja kazna je snižena na tri godine i šest mjeseci zatvora.³⁸

Vrhovni sud RH je u svojoj odluci prihvatio ocjenu prvostepenog suda da je postojao istovremeni protupravni napad oštećenog i da je shodno tome optužena imala pravo na nužnu odbranu, ali da je u ovom slučaju prekoračila granice nužne odbrane, jer naime, nije prvi put došlo do svađe i fizičkog obračuna između supružnika, te da je napad optužene trebao biti manjeg intenziteta (trebala je postupati na manje ubojit način, ubosti oštećenog na dio tijela na kojem se ne nalaze vitalni organi, itd.). Hrvatski pravni teoretičari ovakvoj odluci VSRH prigovaraju sljedeće: „Sud gubi iz vida da je usmjeravanje prema drugom dijelu tijela u položaju u kojem se našla optužena (napadač/oštećeni je desnom rukom držao za noge, a lijevom joj stiskao vrat) jedva zamislivo; dalje, prigovor optuženoj da nije trebala ubosti napadača tako jako je nerealan, jer osoba koja se bori za vlastiti život ne može dozirati snagu udarca.“³⁹

A propo prethodno navedenom, njemački pravni teoretičar Roxin smatra da je tačno da napadnuti mora štedjeti napadača, ali i taj zahtjev ima granicu koja se sastoji u tome da se od napadnutog ne može tražiti riskantna odbrana, tj. odbrana koja ne garantuje uspjeh.

Praksa Vrhovnog suda Republike Hrvatske je u pogledu ovakvih slučajeva u raskoraku, jer u jednoj ranije donijetoj presudi, koja je imale sličan činjenični opis, sud je uzeo da optužena nije prekoračila granice nužne odbrane, iako je i u tom predmetu, kao i u prethodno navedenom predmetu, vještak tvrdio da stiskanje „nije bilo jače snage“.⁴⁰

U Bosni i Hercegovini, prema podacima sudova kako u Federaciji, tako i u Republici Srpskoj, do kraja 2016. godine⁴¹ u praksi je prisutna pojava podizanja obostranih optužnica (protiv oba bračna partnera ili vanbračna partnera) za vršenje nasilja u porodici. Za potrebu kvalitetnog procesuiranja predmeta nasilja u porodici potrebno je sagledati cjelokupan kontekst odnosa između dvije osobe i napraviti razliku između tzv. primarnog počinioa nasilja, odnosno zlostavljača, i osobe koja pribjegava nasilju kao reakciji na nasilje koje je vršeno nad njom.⁴² Zadatak tužioca tokom istrage nije lagan, s obzirom da tužilac mora utvrditi da li je konkretna radnja koja je počinjena zapravo počinjena u nužnoj odbrani ili ima elemente krivičnog djela. Već u toj fazi, dakle fazi istrage, tužilac, ukoliko utvrdi da radnja izvršenja osobe koja je počinila djelo je takva da isključuje protupravnost krivičnog djela, treba da donese rješenje o obustavi istrage. Naravno, postojat će i situacije kada tužilac neće biti siguran da li se radi o djelu koje preko isključenja protupravnosti isključuje i postojanje djela, ili ima elemenata krivičnog djela. U takvim situacijama tužilac je dužan da podigne optužnicu, a na sudu je da procijeni da li se radilo o krivičnom djelu, o primjeni instituta nužne odbrane ili o prekoračenju granica nužne odbrane.

38 Novoselec, P., *op. cit.*, str. 79.

39 *Ibid.*, str. 80.

40 Presuda VSRH, I KŽ- 386/03 od 28. 6. 2006. godine; Novoselec P., *op. cit.* str. 80.

41 Sudska praksa u BiH kada je u pitanje krivično djelo Nasilje u porodici, i s njim u vezi postupanje u nužnoj odbrani, je obrađena zaključno sa 2016. godinom.

42 Priručnik za tužioce za procesuiranje predmeta Nasilja u porodici, *op. cit.*, str. 59.

Tužioci se dakle, u ovim slučajevima mogu naći u dilemi kako postupiti, ali postoji nekoliko faktora koji mogu pomoći pri utvrđivanju primarnog počinioca nasilja, odnosno pri razlikovanju primarnog nasilnika (zlostavljača) od osobe koja je počinila nasilje u samoodbrani (nužnoj odbrani) ili koja reaguje na prethodno nasilje (ali koja ne pribjegava nasilju s ciljem vršenja moći i kontrole), u slučajevima nasilja između bračnih/vanbračnih partnera. Ti faktori su sljedeći:

- osumnjičeni je ranije osuđivan za nasilje u porodici;
- osumnjičenom je ranije izrečena zaštitna mjera za nasilje u porodici;
- radnje osumnjičenog otkrivaju obrazac koji ukazuje da se nasilje vrši s ciljem ispoljavanja moći i kontrole nad žrtvom (npr. emocionalno zlostavljanje, ekonomsko nasilje, izolacija)⁴³

Pored toga, tužiocu u donošenju njegove odluke da li se radilo o nužnoj odbrani ili o krivičnom djelu nasilja u porodici, u velikoj mjeri mogu pomoći vještaci medicinske struke koji će vještačenjem fizičkih povreda utvrditi da li se radi o tzv. primarnim povredama, koje su počinjene u napadu (npr. modrice, podlivi) ili povredama koje su zadobijene tako što se druga osoba branila (npr. ogrebotine po rukama, ugrizi po rukama). Na taj način može se utvrditi da li je povreda nanesena u samoodbrani ili ne.⁴⁴

5. Odnos ubistva u prekoračenju granica nužne odbrane i ubistva na mah

U praksi se često dešava da zakonski opisi dva krivična djela mogu izgledati prilično slično, te je u takvim slučajevima teže, nego kod ostalih krivičnih djela, povući razliku između njih, a u cilju pravilne primjene zakonskih propisa. Uslijed sličnih njihovih pojedinih elemenata sa drugim krivičnim djelima ili institutima općeg dijela Krivičnog zakona, nastaju sporna ili nedovoljno objašnjena pitanja koja dovode do različitih stavova u sudskoj praksi, kao i u teoriji krivičnog prava.⁴⁵ Prednje navedena situacija se najbolje može ilustrirati na primjerima prekoračenja granica nužne odbrane usljed jake razdraženosti ili straha izazvanog napadom, i krivičnog djela ubistva na mah, jer ova dva oblika imaju dosta sličnih elemenata. I te sličnosti izazivaju dileme kako u teoriji krivičnog prava, tako i sudskoj praksi, jer se postavlja pitanje kako izvršiti pravilnu pravnu kvalifikaciju između ova dva djela.⁴⁶ Ovaj problem je vidljiv i u situacijama kada je u pitanju izvršenje krivičnog djela nasilja u porodici, odnosno kada osoba koja je žrtva porodičnog nasilja, postane izvršilac djela ubistva na mah ili izvrši ubistvo svog partnera u prekoračenju granica nužne odbrane.

Da bismo bolje razumjeli odnos krivičnog djela ubistva na mah i izvršenog krivičnog djela u prekoračenju granica nužne odbrane, prije svega ćemo se osvrnuti na zakonsku regulativu krivičnog djela ubistva na mah u BiH. Kada je u pitanju tumačenje pojma na mah, ne postoji definicija ovog pojma, međutim, u jednom

⁴³ *Ibid.*, str. 60.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Jovašević, D., *Pravo na život i nužna odbrana*, Pravni život, Broj 9/1998, Godina XLVII, Knjiga 442, Beograd, 1998., str. 74.

⁴⁶ Lopičić, Đ., *Krivično djelo ubistva na mah*, Književno izdavačka zadruga, Beograd, str. 114.

jezičko – logičkom, semantičkom smislu, ovaj pojam kod nas znači naglo, iznenadno, momentalno, bez oklijevanja, odmah, što u smislu ove inkriminacije implicira naglo, momentalno, iznenadno reagovanje, situaciju u kojoj povod i reakcija lica na koju se povod odnosi moraju stajati u najkraćoj mogućoj vezi.⁴⁷

Krivičnim zakonom FBiH, članom 167. propisano je „Ko drugog usmrti na mah, doveden bez svoje krivnje, u jaku razdraženost ili prepast njegovim napadom, zlostavljanjem ili teškim vrijeđanjem, kaznit će se kaznom zatvora od jedne do deset godina.“ Za razliku od KZ- a FBiH, KZ RS-a u zakonskoj formulaciji ovog krivičnog djela ne sadrži element prepasti nego samo element jake razdraženosti, dok KZ BD, po uzoru na KZ FBiH, ima i element jake razdraženosti i element prepasti. Pod pojmom jake razdraženosti podrazumijevaju se ona stanja uzbuđenosti, uzrujanosti ili gnjeva koja kod ličnosti u velikoj mjeri smanjuju sposobnost za razumno ponašanje i upravljanje postupcima, tako da izvršilac bez kritičkog rasuđivanja i u trenutku donosi odluku o izvršenju ubistva.⁴⁸ Kod krivičnog djela ubistva na mah, radi se o posebnom obliku umišljaja, tj. postoji *dolus repentinus*, kada se odluka na izvršenje djela donosi bez razmišljanja kao trenutna reakcija na spoljnu provokaciju, pa se ovaj oblik ubistva naziva i provociranim ubistvom i ubistvom u afektu.⁴⁹

Između ubistva na mah i ubistva u prekoračenju granica nužne odbrane postoje izvjesne sličnosti i razlike. Te sličnosti i razlike mogu da budu u pogledu psihičkog stanja i odnosa izvršioca prema djelu, mogu da budu s obzirom na uzroke koji utječu na ova psihička stanja i mogu postojati s obzirom na način izvršenja ovih krivičnih djela.⁵⁰

Pitanje razgraničenja ova dva krivična djela postavlja se samo u situacijama kada su oba djela izvršena u istom afektivnom stanju, odnosno kada je psihičko stanje izvršioca ova dva krivična djela istovjetno. U tim situacijama, sud treba, prilikom donošenja odluke da li je riječ o djelu izvršenom u prekoračenju granica nužne odbrane, ili o krivičnom djelu ubistva na mah, razlike tražiti u uzrocima afektivnih stanja. Uzrok afektivnog stanja kod prekoračenja granica nužne odbrane je napad, a kod ubistva na mah to je napad, zlostavljanje i teško vrijeđanje.⁵¹ Ovdje treba razgraničiti situacije kada je do jednog od afektivnih stanja došlo usljed napada. Kao što je već prethodno navedeno, bitan elemenat nužne odbrane, kao i prekoračenja njenih granica, jeste istovremenost napada i odbrane, međutim, kod krivičnog djela ubistva na mah, napad koji je učinio dovedo u afektivno stanje ne mora biti istovremen sa izvršenjem ubistva. Istovremenost napada je dakle, jedna od

47 Babić, M.; Marković, I., Krivično pravo, Posebni dio, Peto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Banja Luci, Banja Luka, 2018., str. 62, fn 3.

48 *Ibid.*, str. 60.

49 Tomić, z., Krivično pravo II, Posebni dio, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007., str. 65.

50 Jovašević, D., *op. cit.*, str. 74.

51 Napad je svaka ona radnja prema jednom licu koja pod normalnim okolnostima uzbuđenja i izaziva kod ovog stanje jake razdraženosti; teška uvreda kao element ovog krivičnog djela podrazumijeva svaki postupak koji dovodi do duševnih bolova i patnji, odnosno postupak kojim se intenzivno napada na neki postupak izvršioca; pod zlostavljanjem se podrazumijeva na svako djelovanje na tijelo kojim se nanose tjelesne povrede, kao što je npr. šamaranje i udaranje.; Babić, M., Marković, I., *op. cit.*, str. 61.

karakteristika po kojima se ova dva djela razlikuju.⁵² Kada se govori o istovremenosti napada, tada se može govoriti o dva shvatanja, restriktivnom i ekstenzivnom. Prema restriktivnom shvatanju pravna kvalifikacija djela ubistva na mah se ograničava na djelovanja učinioca koja su momentalna i slijede odmah nakon provokacije ubijenog. Prema ekstenzivnom shvatanju, vremenski kontinuitet između ova dva momenta postoji sve dok postoji afektivno stanje koje je izazvano provokacijom ubijenog.⁵³ Iako bi ovo ekstenzivno tumačenje bilo primjerenije suštini krivičnog djela ubistva na mah, ono se u sudskoj praksi rjeđe upotrebljava.

Sljedeći element koji razdvaja krivično djelo počinjeno u prekoračenju granica nužne odbrane i krivično djelo ubistvo na mah, jeste protupravnost napada. Kod nužne odbrane protupravnost napada je obavezan element, dok kod ubistva na mah, protupravnost kod napada se ne traži. Sama zakonska formulacija isključuje postojanje krivice osobe koja je dovedena u afektivno stanje i u takvom stanju izvršila krivično djelo ubistvo na mah.

Treća razlika između ova dva skrivljena ponašanja odnosi se na karakter napada, i način izvršenja. Kod krivičnog djela ubistva na mah, ubistvo se vrši na mah, tj. neposredno nakon izvršenog napada, ili zlostavljanja, ili teškog vrijeđanja od strane oštećenog, odnosno sve dok stanje jake razdraženosti traje.⁵⁴ U ovom slučaju počinilac ne razmišlja o tome kako da otkloni napad, zbog afektivnog stanja u kojem se nalazi, dok kod djela izvršenog u prekoračenju granica nužne odbrane, počinilac djela ima za cilj da zaštiti zakonom garantovane i zaštićene lične i društvene vrijednosti, a ubistvo je samo sredstvo za ostvarenje tog cilja.⁵⁵

S obzirom na sve prethodno navedeno, jasno je zašto se sudovi susreću sa poteškoćama u slučajevima nasilja u porodici, gdje primarno napadnuta osoba, žrtva nasilja, postane učinilac krivičnog djela. Sudovima je teško razgraničiti da li je došlo do ubistva na mah ili je riječ o prekoračenju granica nužne odbrane, jer u doktrini krivičnog prava, kada su upitanju ova dva krivična djela, postoje izvjesne razlike, koje se na prvi pogled mogu činiti beznačajnim i minornim, ali na kraju dovedu po pogrešne kvalifikacije krivičnog djela i u konačnici do pogrešne primjene odredbi krivičnog zakona. U tom smislu, mišljenja smo, da je najbolji kriterij za razlikovanje ova dva krivična djela vremenski okvir u kojem je djelo izvršeno. Kod prekoračenja nužne odbrane taj okvir je striktno postavljen i napad i odbrana moraju biti istovremeni, dok kod krivičnog djela ubistva na mah vremenski kontinuitet između provokacije i izvršenja ubistva može biti veći. Također, drugi bitan element za razgraničenje da li je došlo do izvršenja krivičnog djela ubistva na mah ili do prekoračenja granica nužne odbrane jeste i motiv. Motiv je pobuda i odraz je objektivnog uzroka koji je proizveo psihički nadražaj i nagon učinioca da u određenoj situaciji postupi na način kako je to učinio.⁵⁶ Na kraju, i kod prekoračenja granica nužne odbrane i

⁵² Jovašević, D., *op. cit.*, str. 75.

⁵³ Babić, M., Marković, I., *op. cit.*, str. 62.

⁵⁴ Lazarević, Lj., *Krivično pravo*, Posebni dio, Beograd, 1981., str. 173.

⁵⁵ Jovašević, D., *op. cit.*, str. 76.; Buturović, J., *Značaj afekta za krivičnu odgovornost JRKK*, broj 1/1980, Beograd, 1980., str. 43

⁵⁶ Jovašević, D., *op. cit.*, str. 79.

kod izvršenja ubistva na mah, radi se o jednoj sasvim pogrešnoj i manje ili više neracionalnoj procjeni da se na nešto mora reagovati upravo ubistvom.⁵⁷

U slučajevima nasilja u porodici, kod odbrane osobe koja je izvršila ubistvo svog supružnika koji ju je zlostavljao, jako je bitno psihijatrijsko vještačenje, na osnovu kojeg će se zaključiti da li je osoba postupala u stanju jake razdraženosti ili prepasti, te da se procijeni intenzitet afektivnog stanja u kojem se osoba nalazila. Intenzitet afektivnog stanja je bitno odrediti kako bi sud došao do zaključka da li se osoba nalazila u stanju smanjene uračunljivosti. Vrhovni sud RH je u ranije spominjanom predmetu iz 2006. godine, zauzeo stav da „*kod ubistva u prekoračenju granica nužne odbrane, lišavanje života napadača javlja se kao neposredna posljedica preduzete radnje od napada kao uzroka, pa je počinjena radnja (koja je usmjerena na lišavanje života) zapravo izvoran i logičan smisao njegove aktivnosti. Kod ubistva na mah napad je uzrok nastanku psihičkog stanja (jake razdraženosti) iz kojeg počiniteljeva radnja na lišavaje života tek proizilazi, pa zato ta njegova aktivnost nije u neposrednoj funkciji odbane od napada i nije joj to izvorni smisao, nego je samo neposredna reakcija na napad i smisao joj je u rasterećenju počinitelja od takvih afektivnih stanja*“

Dakle, kod prekoračenja granica nužne odbrane se ide za tim da se otkloni napad, a kod ubistva na mah se ide za „rasterećenjem afektivnih stanja“, odnosno da bi postojala nužna odbrana napadnuti mora postupati sa odbrambenom voljom, koja nije i pretpostavka ubistva na mah. Međutim, moramo ukazati i na to da obe motivacije mogu postojati istovremeno: moguće je da napadnuti postupa sa odbrambenom voljom jer zna i hoće da se brani od napada, i da pri tome istovremeno daje oduška svojoj razdraženosti. Ne smije se izgubiti iz vida da djelovanje pod utjecajem jake razdraženosti ne isključuje odbrambenu volju. Iz toga slijedi da je moguće i ubistvo na mah u prekoračenju granica nužne odbrane.⁵⁸

S obzirom na prethodno navedeno možemo zaključiti da u slučajevima razgraničenja ubistva na mah i prekoračenja granica nužne odbrane, u teoriji i sudskoj praksi ne postoji jedinstveno mišljenje. Prema jednom shvatanju, a koje zastupa nekoliko pravnih teoretičara, kao što su Novoselec, Bačić, Šeparović, Simić, Aćimović, odredbe o prekoračenju granica nužne odbrane i ubistva na mah se međusobno ne isključuju, tj. moguće ih je kombinovati (ubistvo na mah u prekoračenju granica nužne odbrane). Prikazano na praktičnom primjeru to znači da u tim slučajevima treba uzeti da postoji ubistvo na mah, jer je riječ o privilegovanom ubistvu, ali kaznu treba izreći primjenom odredbi koje regulišu kažnjavanje u situacijama prekoračenja granica nužne odbrane. S druge strane, pojedini teoretičari, kao npr. Zlatarić, smatraju da je rješenje problema u primjeni odredbe o ubistvu na mah jer vrijedi pravilo *lex specialis derogat legi generali*.

57 Čirić, J., *Ubistvo u stanju jake razdraženosti izazvane krivicom žrtve*, Pravni život broj 9, Beograd, 1997., Tom I, str. 123.

58 Novoselec, P., *op. cit.*, str. 83.

Zaključak

Glavni razlog obrađivanja ove teme jeste nedostatak postojanja sudske prakse u krivičnim predmetima u kojima u vezu dolaze institut nužne odbrane i prekoračenje njenih granica, sa krivičnim djelom Nasilja u porodici. S obzirom na preovladavajuće mišljenje koje postoji u savremenom krivičnom pravu, a to je da se nužnom odbranom može odbijati protupravni napad na svako dobro zaštićeno krivičnim pravom, smatramo da izostavljanje primjene ovog instituta u praksi sudova u BiH, unutar porodičnih odnosa, predstavlja veliki hendikep u odnosu na razvoj savremenog porodičnog prava. Naime, kvalifikujući odbranu koju pruža bračni partner koji je prvobitno napadnut, kao krivično djelo ubistva ili ubistva na mah ili čak kao teži oblik nasilja u porodici, predstavlja, po našem mišljenju propust u radu pravosudnih organa.

Drugi problem koji se javlja jeste i nepostojanje smjernica za tužioce, kako da postupaju po pitanju krivičnog gonjenja u situacijama nasilja u porodici i postojanja primjene instituta nužne odbrane, odnosno procjene samog tužioca o granicama primjene tog instituta. Ova dva problema povlače dalje pitanje primjene načela legaliteta krivičnog gonjenja, koje znači da je tužilac dužan preduzeti krivično gonjenje u situacijama kada su ispunjeni zakonski uvjeti za to. S druge strane, ukoliko tužilac procijeni da je u konkretnom slučaju došlo do primjene instituta nužne odbrane, on može da ne preduzima krivično gonjenje, jer djelo izvršeno u nužnoj odbrani nije krivično djelo. Međutim, u situacijama nasilja u porodici i postojanja primjene instituta nužne odbrane, tužioci se često odluče na preduzimanje krivičnog gonjenja i podizanje optužnice (za krivično djelo ubistva, ubistva na mah ili težeg oblika djela nasilja u porodici), te ostave sudu da u svakom konkretnom slučaju procijeni da li je došlo do primjene instituta nužne odbrane ili do prekoračenja njenih granica, ili je u pitanju izvršenje jednog od gore navedena tri krivična djela.

Također, dodatnu težinu kod postojanja ovakvih slučajeva predstavlja i taj posebni odnos između bračnih partnera, jer se radi o odnosu uske životne zajednice, u kojoj su partneri dužni pokazati poštovanje i razumijevanje, te po mišljenju nekih autora, ta obaveza ne prestaje ni za vrijeme sukoba ukoliko jedan bračni partner ne ide za tim da usmrti drugog bračnog partnera, nego samo da mu nanese lakše tjelesne ozljede, onda i napadnuti bračni partner se mora zadovoljiti blažom vrstom odbrane koja mora dovesti do sigurnog odbijanja napada. Ipak, ne smijemo zaboraviti činjenicu da postoje situacije kada obaveza na tu solidarnost prestaje, a to je kada je napad jednog bračnog partnera na drugog takav da je iz njega očito vidljivo da će doći do smrtne posljedice ili do teške tjelesne ozljede. Također, potrebno je u svakom slučaju razmotriti i situacije u kojima je postojalo kontinuirano, dugotrajno zlostavljanje (kako fizičko, tako i psihičko) u bračnoj ili vanbračnoj zajednici. U tim situacijama smatramo da uzdržavanje od odbrambenih radnji koje su opasne za napadačev život, pravo na nužnu odbranu pretvara u dužnost trpljenja, što onda narušava sigurnost porodičnog života, ne samo u kontekstu bračnih i vanbračnih partnera, nego i u kontekstu zaštite djece, i predstavlja nazadovanje u razvoju zaštite porodičnih odnosa danas.

Sunčica Hajdarović, LLM, senior assistant
Faculty of Law
University "Džemal Bijedić" of Mostar

NECESSARY DEFENSE IN CASES OF DOMESTIC VIOLENCE

The necessary defense is one of the oldest institutes of criminal law, which excludes the existence of a criminal offense through the exclusion of the notion of unlawfulness. It is generally considered that the attack on any protected good gives the right to the necessary defense. The application of this institute becomes especially interesting in situations where there is domestic violence, and when the victim of violence so far responds by using violence. In practice, there are problems whether it is a matter of the institute of necessary defense, or about exceeding the boundaries of the necessary defense, or it is actually a matter of domestic violence. The aim of this paper is to prove the existence of the self - defense in cases of domestic violence, as well as to elaborate the assumptions under which it is applicable within the Bosnian criminal justice system, and to compare similar situations that occur in practice in neighboring countries.

Key words: necessary defense, domestic violence, spouses.