

Igor Martinović, dipl. iur.*

TRAJNA OPASNOST KAO OBLIK ISTODOBNE OPASNOSTI U OKVIRIMA KRAJNJE NUŽDE

U radu se obrađuje trajna opasnost, koja predstavlja aktualan problem unutar instituta krajnje nužde kao jednog od najdinamičnijih područja suvremene kaznenopravne dogmatike. Uvodno se, na teorijskoj razini, analiziraju pojedini aspekti koncepta opasnosti i razmatraju određene terminološke dvojbe te se diskutira o prikladnosti domaćeg normativnog okvira de lege lata. Središnji dio rada bavi se samom trajnom opasnošću, koju autor razlaže na trajnu opasnost u širem i užem smislu. Pri obradi svakog od dvaju podtipova trajne opasnosti autor se referira na recentnu njemačku sudsku praksu, a osobito kada je riječ o trajnoj opasnosti u širem smislu. Posebna se pozornost pritom pridaje konceptu neodgodivosti opasnosti. U završnom dijelu rada nastoje se razriješiti poteškoće koje se javljaju pri razgraničenju pojedinih oblika trajne opasnosti i istodobnog napada. U tekstu rada na više se mjesta iznose autorovi stavovi o primjenjivosti koncepta trajne opasnosti u hrvatskoj sudskoj praksi kao i prijedlozi de lege ferenda.

1. UVOD

Krajnja je nužda jedan od instituta kaznenopravne dogmatike koji u posljednje vrijeme doživljavaju transformaciju, kako na normativnoj tako i na interpretativnoj razini. Međutim, nove ideje koje se o tom zamršenom i obuhvatnom institutu pojavljuju u poredbenom pravu ne dobivaju uvijek zasluženu pozornost u domaćoj kaznenopravnoj znanosti i praksi. U ovom će se radu obrađivati upravo jedna od takvih tema – trajna opasnost (*Dauergefahr*).

Budući da je trajna opasnost, kao potencijalni oblik istodobne opasnosti, umnogome kontroverzna u komparativnom pravu, nužno ju je prethodno uklopiti u širi teorijski okvir, tj. iznijeti osnovne postulate općeg učenja o konceptu opasnosti, uz poseban naglasak na sastojku istodobne ili izravno predstojeće opasnosti, kao ključnom elementu čijim tumačenjem nastojimo razriješiti dvojbe o mogućnosti podvođenja trajne opasnosti pod kategoriju

* Igor Martinović, dipl. iur., znanstveni novak – asistent na Katedri za kazneno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci

istodobne opasnosti. Zbog širine teme, konkretni će se slučajevi spominjati tek periferno, radi zornijeg oslikavanja pojedinih teorijskih koncepata.

Budući da se hrvatska kaznenopravna znanost i praksa problematikom trajne opasnosti nisu sustavnije bavile, u radu je dobrim dijelom korištena literatura njemačkog govornog područja, kao i slučajevi iz njemačke sudske prakse. Pritom se vodilo računa o razlikama u *de lege lata* uređenju krajnje nužde u njemačkom i hrvatskom pravu.

2. OPASNOST KAO ELEMENT KRAJNJE NUŽDE

2.1. Pojam opasnosti

Kazneni zakon¹ krajnju nuždu uređuje u članku 30. Ne ulazeći u preostale uvjete potrebne za postojanje krajnje nužde, ovdje ćemo se usredotočiti na element opasnosti. Riječ je o elementu koji “spada u najkontroverznije i najmanje objašnjene u općem dijelu kaznenog prava”.² Na konceptualnoj razini opasnošću ćemo se ovom prilikom baviti samo u onoj mjeri u kojoj je to nužno potrebno za pomniju obradu središnje teme rada, apstrahirajući elemente koji su u tom kontekstu suvišni.

Opasnost možemo definirati kao “stanje u kojem postoji vjerojatnost da će nastupiti povreda nekog pravnog dobra.”³ Drugim riječima, opasnost je “situacija u kojoj se na osnovu objektivno postojećih okolnosti može osnovano pretpostaviti da neposredno može uslijediti povreda pravnog dobra nekog fizičkog ili pravnog lica.”⁴ Sličnim nespornim elementima pri definiranju koriste se i njemački autori: “Opasnost je posebno stanje, nastalo iz bilo kojeg uzroka, u kojem je na temelju konkretnih okolnosti vjerojatan nastup štete.”⁵

O pojmu opasnosti postoje suprotstavljene kaznenopravne i filozofske teorije. Jedna strana u potpunosti niječe kategoriju vjerojatnosti: neki događaj ili nastupa ili ne nastupa, pa srednjeg rješenja po kojem se ne zna hoće li se nešto dogoditi ili neće jednostavno nema. Prema tome, opasnost objektivno ne postoji, već treba utvrditi bi li zlo u konkretnom slučaju nastupilo ili ne bi.

¹ Kazneni zakon, NN 110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/08.

² Roxin, C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, Beck, München, 2006., str. 729.

³ Novoselec, P., *Opći dio kaznenog prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2009., str. 206.

⁴ Babić, M., *Krajnja nužda u krivičnom pravu*, Pravni fakultet u Banjoj Luci, Banja Luka, 1987., str. 81.

⁵ Dreher, E. - Tröndle, H., *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1995.

Drugim putem idu autori koji tvrde da vjerojatnost faktično postoji, budući da uvijek postoje vanjski uvjeti koji mogu dovesti do promjene kauzalnog toka, bilo u smjeru povrede pravnog dobra, bilo u drugom smjeru, zbog čega je nemoguće unaprijed sa sigurnošću utvrditi hoće li neki događaj nastupiti ili neće.

Premda neki autori iz socijalističkog razdoblja drugoj teoriji *a priori* daju prednost budući da ona koincidira s materijalističkom filozofijom,⁶ to ne znači da do istog zaključka nećemo doći promotrimo li stvar lišeni ideološki zadanih obrazaca razmišljanja. Naime, spor dviju teorija u svojoj biti sadržava pitanje je li kauzalni tok unaprijed determiniran ili nije. Drugim riječima, zanima nas je li moguće predvidjeti ishod nekog događaja ako unaprijed imamo zadane apsolutno sve relevantne varijable? Budući da je očigledno da je apsolutno poznavanje svih vanjskih datosti za čovjeka nemoguće, spor se (iako suprotstavljene strane to uglavnom ne daju naslutiti) svodi na pitanje je li nemogućnost točnog predviđanja kauzalnog toka rezultat nesavršenosti ljudske moći opažanja ili je sam kauzalni tok inherentno neizvjestan neovisno o sposobnostima opažača. Budući da znanost danas bezrezervno podržava stajalište o relativnoj neizvjesnosti kauzalnog toka, takav zaključak valja prenijeti i na učenje o krajnjoj nuždi. Kako uzročni tok nije apsolutno predodređen, ništa nas ne sprečava da govorimo o vjerojatnosti nastupa određenog događaja, odnosno, kod krajnje nužde, o opasnosti nastupa prijetećeg zla. To naprosto znači da procjena postojanja opasnosti i stupnja opasnosti uvijek u jednom dijelu ostaju u sferi spekulativnog. Opasnost stoga valja smatrati objektivnom kategorijom⁷ koja ima realnu teorijsku utemeljenost. Takav je pristup predujet dublje raščlambe trajne opasnosti, a u konačnici i analize krajnje nužde kao instituta.

2.2. Relevantan stupanj opasnosti

U sklopu teorijske analize koncepta opasnosti postavlja se i pitanje kolika mora biti vjerojatnost nepovoljnog ishoda da bi se otklanjanju opasnosti od strane počinitelja priznali učinci krajnje nužde. Naime, mogućnost nastupa zla ne znači nužno da će štetna posljedica doista i nastupiti. Drugim riječima, je li nužno da nastup zla bude gotovo izvjestan ili je dovoljno da opasnost bude razmjerno malena, a da njezino otklanjanje ipak bude dopušteno u okvirima instituta krajnje nužde?

⁶ Babić, M., op. cit., str. 82.

⁷ Bačić u vezi s time primjećuje kako jedino "kabinetska logika može negirati kategoriju opasnosti koja je toliko evidentna u svojoj realnosti i s kojom se toliko računa u praktičnom životu." Bačić, F., Krivično pravo – opći dio, Informator, Zagreb, 1978., str. 156.

Jednoznačan odgovor na to pitanje teško je dati – *Pavlović*, primjerice, jednostavno zaključuje kako “ne postoje kompjuterski izračuni.”⁸ Prije upuštanja u navedenu problematiku valja postaviti određena mjerila kojima ćemo se poslužiti prilikom procjene konkretne situacije. Potrebno je, u prvom redu, razlučiti hoće li se za procjenu stupnja opasnosti kod krajnje nužde koristiti mjerila svojstvena jedinstvenom kaznenopravnom konceptu opasnosti (*Gefahrbe-griff*)⁹ ili ćemo “letvicu” kod krajnje nužde ipak postaviti nešto niže, pa shodno tome krajnju nuždu priznavati i u slučajevima kada je mogućnost nastupa zla nešto manje izvjesna. Tumačimo li, primjerice, opasnost svojstvenu kaznenom djelu dovođenja u opasnost života i imovine općepasnom radnjom ili sredstvom na isti način kao i opasnost mjerodavnu za postojanje krajnje nužde? Dio njemačkih autora priklanja se prvom rješenju (bilo izrijeком bilo *tacite*), tj. ne diferencira ta dva oblika opasnosti.¹⁰ *Roxin* se ne slaže s takvim zaključkom: “Dok kaznena djela ugrožavanja podrazumijevaju viši stupanj opasnosti, pri kojem je izostanak povređivanja tek slučajaj, kod § 34.” (*opravdavajuće krajnje nužde, op. a.*) “ključno je kojeg intenziteta treba biti opasnost da bi mjera bila dopuštena. Ta opasnost ne mora nužno biti velika.”¹¹ S time se slaže i *Jakobs*, koji tvrdi da kod krajnje nužde nije potrebna “pretežna vjerojatnost” nastupa zla.¹² Primjer za to je oduzimanje tuđeg automobila radi prijevoza unesrećenog u bolnicu. Pritom je, prema *Roxinu*, za priznavanje opasnosti relevantne za krajnju nuždu dostatna i desetpostotna vjerojatnost nastupa smrti ili teške ozljede kod unesrećenog. Takav pristup novijeg je datuma, dok stariji autori (npr. *Keller, Henkel*) opasnosti nižeg stupnja ne priznaju učinke krajnje nužde. Pritom oni polaze od razlikovanja mogućnosti (*Möglichkeit*) i vjerojatnosti štetnog ishoda (*Wahrscheinlichkeit eines schädlichen Erfolgs*), pri čemu vjerojatnost obuhvaća one slučajeve u kojima s vrlo visokim stupnjem sigurnosti treba očekivati nastup zla (tj. kada se “mora dogoditi čudo da zlo ne nastupi”).¹³ Jednako tako postupa i dio novijih autora, npr. *Lenckner*, koji traži da nastupanje povrede bude sigurno ili krajnje vjerojatno ako se “mjere zaštite” odmah ne poduzmu.¹⁴

⁸ Pavlović, Š., Kazneno pravo. Beznačajno kazneno djelo, nužna obrana i krajnja nužda u hrvatskom kaznenom pravu, Organizator, Zagreb, 2006., str. 155.

⁹ Tzv. opći koncept opasnosti (*allgemeine Gefahrbe-griff*), v. Pawlik, M., Der rechtfertigende Notstand, De Gruyter, Berlin, 2002., str. 168.

¹⁰ V. npr. Lackner, K. - Kühl, K., Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, Beck, München, 2001., str. 208.

¹¹ Roxin, C., op. cit., str. 730.

¹² Jakobs, G., Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Walter de Gruyter, Berlin, 1993., str. 417.

¹³ Keller, R. O., Der Dauernotstand im Strafrecht, Strafrechtliche Abhandlungen, Breslau-Neukirch, 1934., str. 7.

¹⁴ Lenckner, T., Der rechtfertigende Notstand, Tübingen, 1965., str. 82., cit. prema: Babić, M., op. cit., str. 93.-94.

Roxinov stav, iako još uvijek nije općeprihvaćen, ne dolazi u koliziju sa zahtjevom da “stupanj izgleda da se spasi ugroženo dobro na jednoj strani i stupanj rizika nastupa štete na drugoj strani”¹⁵ budu u međusobnom razmjeru. Naime, procjena postojanja opasnosti nije isto što i odvagivanje zla koje je prijetilo i zla koje je nastupilo. Tako, u konkretnom primjeru, i u slučaju da se počinitelju prizna krajnja nužda u odnosu na oduzimanje tuđe pokretne stvari, to ne znači da će se krajnjom nuždom, unatoč tome što je postojanje opasnosti nesporno, *a priori* moći pravdati i izazivanje prometne nesreće. Drugim riječima, priznanje opasnosti mjerodavnom za krajnju nuždu tek je preduvjet da se pristupi odvagivanju prijetjećeg i nastupjelog zla.

Sagledamo li u ovom svjetlu problematiku potrebnog stupnja opasnosti, kao logično i životno nameće se rješenje prema kojem se krajnja nužda priznaje i u nekim slučajevima prema kojima inače ne bi bila priznata ako bi bilo primijenjeno opće učenje o opasnosti. Uzmimo primjer iz sfere obiteljskog nasilja: bračnom drugu koji je žrtva obiteljskog nasilja pravo na otklanjanje opasnosti treba priznati i onda kada je opasnost nastupa zla razmjerno mala. Što će to u konkretnom slučaju značiti, svakako je *quaestio facti*. Bilo kako bilo, ni u jednom slučaju rješenje neće imati neželjenih implikacija na kasnije odvagivanje nastupjelog i prijetjećeg zla: ocjenu o postojanju relevantne opasnosti i kasnije odvagivanje zla treba strogo diferencirati.

2.3. Kriteriji ocjene postojanja opasnosti

Sljedeće pitanje koje se postavlja u ovom kontekstu jest temeljem kojih kriterija treba ocjenjivati postojanje opasnosti. U tom su se pogledu iskristalizirala dva osnovna shvaćanja. Prema prvom shvaćanju mjerodavni su strogo objektivni kriteriji: procjena se temelji na poznavanju situacije koje obuhvaća cjelokupno ljudsko stručno znanje u trenutku događaja. Rečeni stav u njemačkoj literaturi zastupa *Blei*, a u još ekstremnijoj varijanti *Lenckner*.¹⁶ *Jovašević* drži da stroga objektivnost kriterija znači da se kao mjerilo uzima mogućnost procjene nastupjele opasnosti od strane prosječnog čovjeka;¹⁷ međutim, strogo objektivni kriteriji podrazumijevaju i uporabu sveg dostupnog stručnog znanja. Individualna sposobnost procjene konkretnog počinitelja, ili nekog apstraktnog “razumnog promatrača” (*verständiger Beobachter*), uopće se ne razmatra. Subjektivne okolnosti mogu se razmatrati jedino prigodom ocjene jesu li ostvareni uvjeti za postojanje zablude (ovisno o tome o kojoj je krajnjoj nuždi riječ), no ne i prigodom procjene same opasnosti.

¹⁵ Novoselec, P., op. cit., str. 210.

¹⁶ Prema: Roxin, C., op. cit., str. 731.

¹⁷ Jovašević, D., Nužna odbrana i krajnja nužda, Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2007., str. 216.

Drugo shvaćanje nešto je manje isključivo: kao polazište ovdje se koristi tzv. objektivni *ex ante* kriterij (*objektive ex-ante-Maßstab*), tj. za mjerilo se uzima prosječan, objektivni promatrač. Neki autori idu još dalje, pa cijene i posebno znanje koje posjeduje počinitelj. Ovdje se, dakle, polazi od objektivnih kriterija, no u određenoj se mjeri uvažavaju i subjektivni elementi. Navedeni stav zastupa *Schaffstein*, koji tvrdi da treba poći od “objektivnog promatrača u konkretnoj situaciji počinitelja, pri čemu treba uvažavati i individualno kauzalno znanje osobe koja postupa u krajnjoj nuždi.”¹⁸ Objektivno-subjektivna teorija preuzima neke elemente starijih, subjektivnih teorija, koje su prigodom ocjene opasnosti, kao “umne tvorevine” (*Ergebnis eines Denkaktes*), a ne provjerljive, empirijske činjenice, u bitnoj mjeri uzimale u obzir upravo subjektivne sadržaje na strani počinitelja. *Keller*, primjerice, drži da u kontekstu opasnosti normativno mišljenje treba nadovezati na jak kognitivni fundament, tj. na temeljno životno iskustvo.¹⁹

U njemačkoj teoriji danas prevladava objektivni *ex ante* kriterij, lišen *Schaffsteinove* nadgradnje posebnim znanjem počinitelja; drugim riječima, kao kriterij se uzima razuman promatrač, prosječan čovjek koji bi se zatekao na mjestu počinitelja.²⁰ Unatoč još prisutnim teorijskim dvojabama, analizi objektivnih i subjektivnih kriterija posvećeno je dovoljno prostora za potrebe ovog rada. Potrebno je još utvrditi supstrat koji je zajednički svim suvremenim teorijama.

Naime, sve se struje danas slažu da se temelj procjene opasnosti nalazi u objektivnoj sferi. Subjektivni počiniteljevi nazori o postojanju opasnosti u prvom su redu mjerodavni pri eventualnoj kasnijoj raščlambi je li riječ o putativnoj krajnjoj nuždi te bi svaka iole značajnija subjektivizacija kriterija u biti predstavljala negaciju opasnosti kao objektivne kategorije. Stavovi koji zagovaraju ravnopravnu primjenu subjektivnih i objektivnih standarda praktički više i ne postoje.

3. VREMENSKI ODNOS OPASNOSTI I NJEZINA OTKLANJANJA

3.1. Istodobnost i izravno predstojanje opasnosti – teorijske dvojbe

Prema KZ-u opasnost mora biti istodobna ili mora izravno predstojati. Uvođenjem izravno predstojeće opasnosti kao oblika opasnosti koji se također može otklanjati krajnjom nuždom, naš je zakonodavac ponešto odstupio od

¹⁸ Prema: Babić, M., op. cit., str. 83.

¹⁹ Keller, R. O., op. cit., str. 11.

²⁰ Tako i Novoselec, P., op. cit., str. 206.

uobičajenih nomotehničkih rješenja zemalja kontinentalnog kruga. Slovenski KZ u čl. 32. tako zahtijeva samo istodobnost (*istochasnost*), njemački u § 34. traži postojanje sadašnje, tj. prisutne opasnosti (*gegenwärtige Gefahr*), dok se švicarski zakonodavac u čl. 17. i 18. koristi terminom neposredne (izravne) opasnosti (*unmittelbare Gefahr*). Na tom je tragu i talijanski zakon (čl. 54.) koji traži sadašnju opasnost (*pericolo attuale*), kao i srpski (čl. 20.) koji govori o “istovremenoj opasnosti”.

Ponešto drugačije rješenje imaju Austrijanci, koji se ne koriste eksplicite terminom opasnost (*Gefahr*), već u čl. 10. rabe termin “izravno prijeteća znatna šteta” (*unmittelbar drohende bedeutende Nachteil*). Ruski pak zakonodavac upotrebljava izričaj “neposredno ugrožavajuća opasnost” (непосредственно угрожающая опасность), a francuski (čl. 122-7) traži aktualnu ili neposredno prijeteću opasnost (*danger actuel ou imminent*).

Vidimo da su na usporednopravnoj razini rješenja u velikoj mjeri slična, no ne i istovjetna. Dok većina zakonodavaca u pogledu određivanja vremenskog okvira krajnje nužde propisuje da opasnost mora biti postojeća, aktualna, trenutačna, sadašnja i sl., pojedini odstupaju od tog *mainstream* rješenja. Među njima je i hrvatski zakonodavac, koji kao uvjet krajnje nužde propisuje da opasnost mora biti istodobna ili izravno predstojeća. Očito se išlo za time da se izjednači izričaj odredbe čl. 29. i čl. 30.; kao što se kod nužne obrane traži “istodobni ili izravno predstojeći napad”, tako se i kod krajnje nužde traži “istodobna ili izravno predstojeća opasnost”.

Mnogobrojni autori prihvaćaju ovu sintagmu: npr. Bačić (“opasnost mora biti aktualna [...] ali je dovoljno i da izravno predstoji”²¹), Pavlović²², Pavišić - Grozdanić - Veić²³, Jovašević²⁴, Srzentić - Stajić - Lazarević²⁵, Babić²⁶. Čini se da ona ima korijena u hrvatskoj i bivšoj jugoslavenskoj pravnoj literaturi, premda je dijelom hrvatskog pozitivnog prava “istodobna ili izravno predstojeća opasnost” postala tek stupanjem na snagu Kaznenog zakona 1998. godine.

Međutim, kako je opasnost sama po sebi budući neizvjestan događaj (za razliku od napada), može se reći da je pojam izravno predstojeće opasnosti inherentno nelogičan. Naime, opasnost (shvaćena kao vjerojatnost da će nastupiti povreda nekog pravnog dobra) može ili postojati ili ne postojati, pa ostaje nejasno kakva je to opasnost (vjerojatnost) koja doduše ne postoji (jer

²¹ Bačić, F., Kazneno pravo - opći dio, Informator, Zagreb, 1998., str. 184.

²² Pavlović, Š., op. cit., str. 158.

²³ Pavišić, B. - Grozdanić, V. - Veić, P., Komentar Kaznenog zakona, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 129.

²⁴ Jovašević, D., op. cit., str. 219.

²⁵ Srzentić, N. - Stajić, A. - Lazarević, Lj., Krivično pravo SFRJ - opšti deo, Savremena administracija, Beograd, 1978., str. 175.

²⁶ Babić, M., op. cit., str. 92.

bi u suprotnom bila istodobna), ali izravno predstoji. Opasnost doduše može biti izravno prijeteća,²⁷ u smislu da takva opasnost prijeti nastankom štete (od čega polazi npr. austrijski zakonodavac), no termin “izravno prijeteći” odnosi se na bliskost nastupa zla,²⁸ pa ga treba lučiti od termina “izravno predstojeći”; izravno predstojeće u tom kontekstu može biti tek zlo, no ne i opasnost.²⁹

Opasnost koja je izravno predstojeća zapravo može biti tek buduća opasnost, koja se nipošto ne može otklanjati krajnjom nuždom. U prilog takvom shvaćanju kritiziranog pojma govori i njemačka pravna znanost: pri definiranju buduće opasnosti (*zukünftige Gefahr*) njemački autori navode kako ondje opasno stanje tek predstoji (“*eine Gefahrenlage bevorsteht*”). Izraz kojim se ovdje koriste (“*bevorstehen*”) istovjetan je izrazu koji upotrebljavaju za označavanje izravno predstojećeg napada (*unmittelbar bevorstehende Angriff*). Drugim riječima, u njemačkoj se dogmatici predstojećom opasnošću označava buduća opasnost. To zasigurno nije bila intencija našeg zakonodavca; što je pak legislator htio, osim ujednačiti izričaj članaka 29. i 30., ostaje nejasno.

Iz navedenih razloga, izraz “izravno predstojeća opasnost” teško da se može smatrati posebnim oblikom opasnosti odvojenim od istodobne opasnosti, već eventualno tek dijelom istodobne opasnosti, ili pak naprosto jezičnom akrobacijom. Korištenje takvim pojmom u najmanju je ruku suvišno, pa bi bilo uputno da zakonodavac razmisli o njegovu ispuštanju.

Pojedini autori u trenutačnom *de lege lata* rješenju vide i širi problem: *Novoselec* tako tvrdi da je ispuštanje dijela teksta “prema kojem se pored istodobne može otklanjati i izravno predstojeća opasnost” u ukinutoj noveli od 9. srpnja 2003. otvorilo “mogućnost da se krajnja nužda proširi na otklanjanje tzv. trajne opasnosti.”³⁰ To bi ujedno značilo da sadašnje uređenje priječi mogućnost otklanjanja trajne opasnosti. Ipak, nema razloga da tome bude tako, sve i kada bismo izravno predstojeću opasnost shvaćali kao poseban oblik opasnosti odvojen od istodobne opasnosti: između “istodobne opasnosti” i “izravno predstojeće opasnosti”, jezikom matematičke logike, postoji odnos logičke disjunkcije. Na to jasno upućuje veznik “ili”. Drugim riječima, krajnja se nužda priznaje i u slučaju kada je opasnost istodobna i u slučaju kada je izravno predstojeća. Stoga je dovoljno da trajnu opasnost supsumiramo pod bilo koju od dviju zakonom predviđenih kategorija - bilo pod istodobnu, bilo pod izravno predstojeću opasnost. Ako prihvatimo uobičajenu

²⁷ Za korištenje termina “izravno prijeteći” usporedo s terminom “istodobni” pri opisu opasnosti zalaže se Babić. V. Babić, M., op. cit., str. 99.-100.

²⁸ U tom smislu tim se terminom koristi npr. *Joerden*, prema: Otto, H., *Gegenwärtiger Angriff und gegenwärtige Gefahr*, u: *Jura – Juristische Ausbildung*, Vol. 10., 1999., str. 552.: “O akutnoj se opasnosti radi onda kada opasnost može izravno i neposredno rezultirati štetom.”

²⁹ Tako i *Novoselec*, P., op. cit., str. 207.

³⁰ *Novoselec*, P., op. cit., str. 207.

argumentaciju, koja u trajnoj opasnosti vidi jedan oblik istodobne opasnosti, u krajnjoj je liniji nebitno možemo li trajnu opasnost podvesti i pod pojam izravno predstojeće opasnosti ili to ne možemo.

Summa summarum, u kontekstu otklanjanja trajne opasnosti svejedno je da li je opasnost zakonski definirana isključivo kao “istodobna” ili pak kao “istodobna ili izravno predstojeća”. Ako se zakon, kao u nas, priklanja drugonavedenom rješenju, pojam izravno predstojeće opasnosti možemo shvatiti kao (1) zaseban vid opasnosti koji je vremenski odvojen od istodobne opasnosti, ili ga pak možemo (2) zabaciti kao redundantan zbog (2a) njegove inherentne nelogičnosti ili zbog toga što (2b) takvu opasnost smatramo podvrstom istodobne opasnosti.

Iako se autor ovog rada priklanja rješenju navedenom pod (2a), ni jedno od tih shvaćanja nije zapreka za priznavanje trajne opasnosti. Izbacivanje izravno predstojeće opasnosti iz zakonskog teksta možemo pravdati logičkim, leksičkim, nomotehničkim i inim razlozima, no ono teško da se može smatrati nužnim uvjetom za priznavanje trajne opasnosti unutar postojećih pozitivno-pravnih okvira instituta krajnje nužde.

3.2. Značenje i vrste istodobne opasnosti

Jedan od uvjeta za priznavanje krajnje nužde jest istodobnost opasnosti i njezina otklanjanja. Za početak, valja razjasniti koje je značenje tog termina, koji je u kontekstu krajnje nužde endemski vezan za zemlje bivše Jugoslavije,³¹ a koji Vouk hvali, pripisujući mu dobro označavanje paralelizma opasnosti i počiniteljeve radnje.³²

Izrazom “istodoban” u hrvatskom se jeziku označava onaj “koji pada, koji se događa u isto doba kao drugi”.³³ Ni jedna pojava ne može biti istodobna *per se*: ona može biti istodobna jedino u odnosu prema nekoj drugoj pojavi. Drugim riječima, istodobnošću se ne označava intrinzično svojstvo same pojave, već vremensko podudaranje (sinkronija) koje postoji između dviju pojava. U konkretnom slučaju riječ je o podudaranju opasnosti i radnje upravljene na njezino otklanjanje; opasnost i otklanjanje opasnosti koincidiraju u slučaju da se radnja otklanjanja poduzima u trenutku kada opasnost (koja po logici stvari nužno prethodi svojem vlastitom otklanjanju) već postoji. Opasnost sama po sebi ne može, prema tome, biti istodobna, već jedino postojeća, tj. prisutna; istodobna može biti tek u korelaciji sa svojim otklanjanjem. Iako je Vouk u

³¹ Vouk, V., *Krajnja nužda u krivičnom pravu*, Savez udruženja pravnika Jugoslavije, Beograd, 1962., str. 21.

³² Loc. cit.

³³ Anić, V., *Veliki rječnik hrvatskoga jezika*, Novi Liber, Zagreb, 2003., str. 474.

pravu kada tvrdi da se izrazom “istodoban” može dobro označiti paralelizam opasnosti i radnje otklanjanja, zakonodavac se izrazom “istodoban” ne koristi kako bi u strogi, nedvojbeni vremenski suodnos stavio opasnost i počiniteljevu radnju, već kao atribut same opasnosti.

Drugi su legislatori ovu jezičnu zamku vješto izbjegli. Primjerice, njemački zakonodavac za opasnost traži da bude sadašnja, prisutna³⁴ (*gegenwärtige Gefahr*), švicarski traži neposrednost, tj. izravnost (*unmittelbare Gefahr*), a talijanski aktualnu (sadašnju, postojeću) opasnost (*pericolo attuale*). Bilo bi uputno da i naš zakonodavac, želi li izraziti svojstvo same opasnosti, tu opasnost *de lege ferenda* označi kao postojeću, prisutnu, sadašnju ili aktualnu, a ne istodobnu.

Što se pak tiče tumačenja pojma prisutne (tj., *de lege lata*, istodobne) opasnosti, treba naglasiti da novije zamisli o krajnjoj nuždi taj pojam redovito shvaćaju poprilično fleksibilno, kombinirajući na različite načine (a) vremensku bliskost nastupa zla s (b) neodložnošću radnje otklanjanja opasnosti. Na tim elementima definiciju prisutne opasnosti temelji niz autora. Jedna od jezgrovitijih definicija je ona koju daje *Freund*, prema kojem je opasnost prisutna kada “neposredno prijeti nastup zla ili pak kada se opasnost može otkloniti jedino neodgodivim djelovanjem.”³⁵ Za priznavanje prisutne opasnosti nije, dakle, ključno kada je opasnost nastala (odnosno je li nastala istodobno s radnjom otklanjanja ili prijeti već dulje vrijeme), već se u obzir uzimaju neki drugi činitelji.

Budući da sve veći broj suvremenih autora uočava potrebu ekstenzivnog tumačenja elementa prisutnosti opasnosti, težište tumačenja “istodobnosti” u suvremenoj dogmatici postupno prelazi na postojanje potrebe za hitnim, neodgodivim, bezodložnim djelovanjem.³⁶ Do koje je mjere takvo što moguće i danas je predmet teorijskih rasprava. Prema najširim shvaćanjima, razlikuju se sljedeće podvrste istodobne (prisutne) opasnosti:³⁷

(1) akutna (trenutačna) opasnost, pri kojoj zlo može odmah, tj. neposredno nastupiti;

(2) opasnost koja prijeti tijekom duljeg razdoblja, a zlo može nastupiti u svakom trenutku;

³⁴ Prijevod prema: Njemačko-hrvatski univerzalni rječnik, Nakladni zavod Globus, Zagreb, 2005. U daljnjem tekstu usporedo s terminom “istodobna” koristit će se i termin “prisutna opasnost”.

³⁵ Freund, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre*, Springer, Heidelberg, 2008., str. 93.

³⁶ Tako i Babić, M. – Marković, I., *Krivično pravo – opšti dio*, Pravni fakultet Banja Luka, Banja Luka, 2009., str. 204.: “Opasnost je prisutna ako je prisutna neophodnost odbrane.”

³⁷ Slične su kategorizacije uobičajene kod njemačkih autora (npr. *Lenckner, Joerden, Otto, Roxin*). Iznescena podjela nastala je na temelju *Roxinove* (Roxin, op. cit., str. 732.-733.) i *Joerdenove* (prema: Otto, H., op. cit., str. 552.) podjele.

(3) opasnost kod koje zlo, tj. realizacija opasnosti, ne predstoji neposredno, ali je njezino kasnije otklanjanje nemoguće ili je povezano s vrlo velikim rizicima.

Izvan navedenih kategorija ostaje buduća opasnost. Njome označavamo opasnost čije ostvarenje prijeti tek u budućnosti, pri čemu učinkovito otklanjanje opasnosti nije neodgodivo, već je moguće i u nekom budućem trenutku. Počinitelju koji otklanja takvu opasnost definitivno se neće priznati učinci krajnje nužde. Što se pak tiče podvodivosti oblika navedenih pod brojevima (2) i (3) pod pojam prisutne opasnosti, o tome više u sljedećim poglavljima.

4. TRAJNA OPASNOST

4.1. Povijesni kontekst nastanka koncepta trajne opasnosti i njegova ograničenja

Povijesno gledano, koncept trajne opasnosti u kontinentalnoj pravnoj znanosti pojavio se početkom dvadesetog stoljeća. Temelje sustavnijoj teorijskoj obradi ovog problema udario je njemački Carevinski sud, koji je, ponukan praktičnim razlozima, u pojedinim slučajevima pojam prisutne opasnosti počeo shvaćati fleksibilnije nego tadašnja doktrina. Iako je ondašnje teoretičare veoma zabrinjavalo dodatno usložnjavanje već ionako “beznadno kompleksne materije”³⁸ kakvu je predstavljala krajnja nužda, najviši je sud nastavio ekstenzivno tumačiti zahtjev za prisutnošću opasnosti.

Od njemačkih autora o trajnoj je opasnosti najpodrobnije pisao *Keller* u svojoj monografiji *Der Dauernotstand im Strafrecht* iz 1934. godine, gdje su pojedinačni slučajevi trajne opasnosti iz prakse *Reichsgerichta* prvi put, pomoću metode generalizirajuće apstrakcije, podvrgnuti znanstvenoj obradi. Iako je monografiju objavio iste godine kada je *Reichstag*, nakon von Hindenburgove smrti, Hitleru dodijelio titulu *Führera*, potvrđujući i formalno na taj način njegovu svevlast, *Keller* je u njoj nastojao zadržati znanstvenu distanciju prema konkretnom političkom kontekstu. Taj je autor “između redova”, koliko je to tada uopće bilo moguće, izrazio svoju zadržku prema zloupotrebi kaznenopravne dogmatike općenito, pa tako i trajne opasnosti, u svrhu ostvarivanja režimskih kriminalnopolitičkih ciljeva. U tom kontekstu sporno je bilo nastojanje pojedinih krugova da krajnju nuždu širokom interpretacijom prošire na “državnu krajnju nuždu” (*Staatnotstand*), tj. na slučajeve kada pojedinci otklanjaju opasnost koja prijeti državi.³⁹ Takvo je tumačenje samo na korak od toga da se protivnici režima, koji za vlastodršce predstavljaju “trajnu

³⁸ Mezger, E., *Strafrecht*, 1933., § 31, I., prema: Keller, R. O., op. cit., str. 2.

³⁹ V. Keller, R. O., op. cit., str. 56.-60.

opasnost”, uklanjaju na način koji bi *a posteriori*, fleksibilnim tumačenjem odredbe o krajnjoj nuždi, dobivao svoju potvrdu u instrumentaliziranoj kaznenopravnoj znanosti.

Kao što se vidi iz povijesnih primjera, zbog mogućnosti zlouporabe u realpolitičke, ideološke i ine svrhe, trajna je opasnost osjetljiv, pa i potencijalno opasan koncept. Preširoko tumačenje pojma opasnosti otvara vrata širokoj sudskoj diskreciji, čime se dovodi u pitanje načelo zakonitosti. Kako krajnja nužda i inače sadržava visoku dozu apstraktnosti, prigodom tumačenja pojedinih njezinih elemenata, pa tako i pojma istodobnosti, treba vješto balansirati između dvaju polova – preširoke i preuske interpretacije. Za takvo što potreban je dezideologiziran i nepristran pristup.

4.2. Trajna opasnost – problemi definiranja

Trajna je opasnost po *Novoselecu* “stanje prijeteće opasnosti koje traje dulje vremena i svakog trenutka može dovesti do nastupa štete.”⁴⁰ *Babić* govori o opasnosti koja “neprekidno traje duže ili kraće vrijeme (...) za koju je karakteristično da postoji mogućnost da se, posmatrano u jednom dužem periodu, prijeteća povreda ostvari u svakom trenutku.”⁴¹ *Bojanić* navodi kako je o trajnoj opasnosti riječ kada se “stanje prijeteće opasnosti u svakom trenutku može pretvoriti u štetu, ali se ne može točno reći kada će se to dogoditi.”⁴² Definicije koje prevladavaju u hrvatskoj i bivšoj jugoslavenskoj pravnoj literaturi uglavnom se slažu u tome da ovu vrstu opasnosti karakterizira mogućnost nastanka štete u svakom trenutku.

Kako bi se upozorilo na poteškoće u određivanju trajne opasnosti, trebamo se osloniti na njemačku dogmatiku, pod okriljem koje je i nastao pojam *Dauergefahr*. Kako je već rečeno, njemački autori uz trenutačnu opasnost poznaju još dvije vrste istodobne opasnosti - opasnost koja prijeteći tijekom duljeg razdoblja, a kod koje zlo može nastupiti u svakom trenutku, te opasnost pri kojoj zlo, doduše, ne predstoji neposredno, ali je njezino kasnije otklanjanje nemoguće ili je povezano s vrlo velikim rizicima. U domaćoj je literaturi uobičajeno trajnom opasnošću nazivati isključivo prvonavedeni od tih dvaju oblika opasnosti. Jednako tako postupa i dio njemačkih autora, primjerice *Roxin*.⁴³

⁴⁰ Novoselec, P., op. cit., str. 207.

⁴¹ Babić, M., op. cit., str. 96.

⁴² Bojanić, I., Značajnije promjene na području krivnje prema trećoj noveli Kaznenog zakona, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol. 10, broj 2/2003., str. 327.

⁴³ Roxin, C., op. cit., str. 732.-733.

Nazivati, pak, onu opasnost koja traje dulje vremena, ali kod koje zlo neposredno ne predstoji, trajnom opasnošću nešto je neuobičajenije, no pojedini suvremeni autori to ipak čine, npr. *Joerden*, *Freund* i *Otto* (premda potonji s određenom zadržskom). *Keller* upravo taj oblik opasnosti smatra pravom trajnom opasnošću (*eigentliche Dauergefahr*), dok ono što se obično u literaturi naziva trajnom opasnošću naziva lancem opasnosti (*Gefahrenkette*) – v. *infra* 4.3. *Roxin* se za taj oblik opasnosti, kod kojeg zlo ne može izravno nastupiti, ali je kasnije otklanjanje opasnosti nemoguće, ne koristi pojmom *Dauergefahr*, ali ističe kako se on često preklapa s trajnom opasnošću.⁴⁴

Očito je, dakle, da na ovom polju postoji terminološka neusuglašenost, zbog čega je nužno opredijeliti se za jedan od mogućih načina uporabe pojma trajne opasnosti. Trajnom će se opasnošću za potrebe ovog rada nazivati oba oblika, a specifičnosti svakog pojedinog obradit će se u zasebnim poglavljima.

4.3. Trajna opasnost kod koje zlo može nastupiti u svakom trenutku (trajna opasnost u užem smislu)

Pojmom trajne opasnosti najčešće se označava ona istodobna opasnost koja traje tijekom duljeg vremena, a kod koje zlo može nastupiti u svakom trenutku. Takvu ćemo opasnost za potrebe ovog rada nazivati trajnom opasnošću u užem smislu. Klasičan primjer takve opasnosti, koji navode mnogi domaći i strani autori, jest trošna kuća koja dulje vremena ugrožava ukućane, a može se urušiti svakog časa.

Taj tip krajnje opasnosti *Keller* naziva “lancem opasnosti” (*Gefahrenkette*), suprotstavljajući ga pritom trenutačnoj opasnosti (*Augenblicksgefahr* – opasnost koja traje “koliko i treptaj oka”). Prema tom autoru, lanac opasnosti sastoji se od niza “karika”, u svakoj od njih postoji vjerojatnost nastupa zla. Drugim riječima, razdoblje tijekom kojeg postoji opasnost može se razložiti na niz pojedinačnih trenutaka u kojima postoji trenutačna opasnost.⁴⁵

Razgraničenje između *Augenblicksgefahr* i *Gefahrenkette* nužno povlači za sobom određenu dozu arbitrarnosti. Svi oblici opasnosti, naime, obuhvaćaju određen vremenski razmak – bilo da je riječ o nekoliko minuta (npr. požar pri kojem se uništava tuđa imovina radi spašavanja vlastitog života), bilo da je riječ o nekoliko mjeseci ili godina (primjer trošne kuće). Matematičko povlačenje crte koja bi oštro razgraničavala “lanac opasnosti” i “trenutačnu opasnost” može se temeljiti jedino na proizvoljnim kriterijima, za što ionako nema nikakve teorijske ni praktične potrebe. I kod jedne i kod druge opasnosti zlo može nastupiti u svakom trenutku, pa je iz te perspektive trajanje same opasnosti irelevantno.

⁴⁴ Ibid., str. 970.

⁴⁵ Keller, R. O., str. 18.

Budući da kod trajne opasnosti u užem smislu u svakom trenutku, pa i u trenutku kada se pristupa njezinu otklanjanju, postoji trenutačna opasnost (tj. opasnost kod koje zlo može nastupiti u svakom momentu), ona nesporno pripada kategoriji istodobne opasnosti. Drugim riječima, kako je potencijalni nastup zla vremenski blizak, ne postoje nikakve osnove za negiranje istodobnosti opasnosti. Trajnu opasnost u užem smislu stoga valja tretirati na jednak način kao i trenutačnu opasnost, uvažavajući pritom osobitosti koje proistječu iz činjenice da je opasnost trajala tijekom duljeg vremena. S takvim se pristupom slaže i njemački Savezni sud (u daljnjem tekstu: BGH): “Dovoljno je za prisutnost opasnosti da opasnost, koja (...) prijeti tijekom duljeg razdoblja, može nastupiti u svakom trenutku – bilo odmah, bilo kasnije – sve do nekog vremenski neodređenog trenutka.”⁴⁶

4.4. Trajna opasnost kod koje zlo ne može nastupiti u svakom trenutku, ali je njezino kasnije otklanjanje nemoguće (trajna opasnost u širem smislu)

Kaznenopravno i kriminalnopolitički puno je kontroverznija trajna opasnost u širem smislu, tj. trajna opasnost kod koje zlo ne može nastupiti u svakom trenutku, ali je njezino kasnije otklanjanje nemoguće.

Dio autora ovaj oblik opasnosti ne naziva trajnom opasnošću, već ga definira opisnim putem, ne imenujući ga izravno.⁴⁷ Neke pak slučajeve iz sudske prakse koji pripadaju ovom tipu opasnosti ti isti autori ipak ubrajaju u kategoriju trajne opasnosti, što u okvirima podjele kojom se oni sami koriste zapravo predstavlja nepravilno supsumiranje. Kako je o terminološkim nesuglasicama već bilo riječi, ovdje se nećemo upuštati u tu problematiku, nego ćemo se usredotočiti na specifične slučajeve trajne opasnosti u širem smislu.

Jedan od slučajeva koji njemačka literatura često navodi jest medicinski indiciran prekid trudnoće. Plod se ovdje uništava, primjerice, u trećem mjesecu trudnoće, premda opasnost u akutni stadij prelazi tek pri porodu. Zlo, dakle, ne može nastupiti u svakom trenutku, no u kasnijoj fazi trudnoće zahvat nije moguć, ili je u najmanju ruku mnogo rizičniji i mučniji za majku, pa i otklanjanju opasnosti treba pristupiti što prije, tj. bez odgađanja. Zbog toga ovaj slučaj ubrajamo u kategoriju trajne opasnosti u širem smislu.⁴⁸

⁴⁶ BGH NJW 1997, 265, 266.

⁴⁷ Npr. Roxin, C., op. cit., str. 732.-733.

⁴⁸ Keller tvrdi da se ovdje, u strogom smislu riječi, i ne radi o trajnoj opasnosti, već o budućoj trenutačnoj opasnosti (*zukünftige Augenblicksgefahr*), no unatoč tome, pozivajući se na “unikatnost” situacije, toj opasnosti priznaje učinke krajnje nužde. V. Keller, op. cit., str. 50. Više o kriterijima kojima se taj autor koristi za priznavanje trajne opasnosti v. *infra*, 4. 5.

Unutar razmatrane kategorije trajne opasnosti medicinski indiciran prekid trudnoće ima određene posebnosti. Za razliku od većine slučajeva opasnosti, kod kojih je realizacija opasnosti neizvjesna, ovdje je budući nastup opasnosti posve izvjestan, ili u najmanju ruku vrlo vjerojatan. Upravo nam visok stupanj izvjesnosti nastupa štetnog događaja, udružen s polaganim rastom rizika kojim bi rezultiralo svako daljnje odgađanje zahvata, daje za pravo da istodobnost opasnosti shvatimo nešto fleksibilnije, tj. da se primarno usredotočimo na neodgodivost otklanjanja opasnosti, bez obzira na to što je očigledno da nastup zla vremenski nije blizak. Stoga njemačka sudska praksa i teorija ovdje uvijek priznaju krajnju nuždu.

Ostali slučajevi ipak nisu toliko jednoznačni, pa tako i najpoznatiji primjer ove podvrste trajne opasnosti u njemačkoj sudskoj praksi, tzv. *Spanner-Fall*⁴⁹ ("slučaj voajera"). U razdoblju od dvije godine neznanac je višekratno prodirao u dvorište i dom jedne obitelji. U jednom od svojih noćnih posjeta primio je usnulu suprugu optuženika za rame. Optuženik je o tome obavijestio policiju, ugradio alarmni sustav i naposljetku nabavio pištolj. Zbog straha od nepoznatog posjetitelja kod supružnika su se pojavili poremećaji spavanja, a zbog straha za djecu potpuno su prestali s večernjim izlascima. Pri jednom od sljedećih prodiranja u kuću optuženik je u zrak ispalio hitac upozorenja, no to voajera nije pokolebalo u daljnjim dolascima. Kritične noći optuženik se probudio i ugledao neznanca kako stoji uz krevet. Voajera, koji je stao bježati, kućedomaćin je gonio s napunjenim pištoljem, prijeteći mu ispaljivanjem hica ako se ne zaustavi. Kako bi konačno razriješio situaciju, optuženik je na kraju doista i ispalio dva hica u noge neznanca: jedan ga je pogodio u stražnjicu, a drugi u bokove.⁵⁰ Savezni je sud optuženika oslobodio krivnje temeljem odredbe § 35. njemačkog KZ-a, zaključivši da je riječ o ispričavajućoj krajnjoj nuždi. Pritom je BGH otvorenim ostavio pitanje može li ovdje biti govora i o opravdavajućoj krajnjoj nuždi iz § 34. njemačkog Kaznenog zakonika (u daljnjem tekstu: StGB).

Ovaj je slučaj već tridesetak godina jedan od najobrađivanijih u njemačkoj kaznenopravnoj dogmatici. Kroz njega se prelamaju mnoga pitanja kaznenopravne dogmatike (npr. učenje o razlozima isključenja protupravnosti, "građansko uhićenje", dosezi opravdavajuće i ispričavajuće krajnje nužde, odvagivanje zala), no središnja problematika slučaja svakako je vezana uz pitanje istodobnosti opasnosti. Je li, naime, opasnost istodobna (prisutna) i onda kada sljedeće prodiranje u dom vjerojatno predstoji tek nekoliko tjedana kasnije?

⁴⁹ BGH NJW 1979, 2053

⁵⁰ Koch, A., *Spanner-Fall – Notstandslage bei Dauergefahr, Interessensabwägung im Defensivnotstand*, <<http://www.ja-aktuell.de/ja/home.nsf/0/13B667A659575601C12572910044AF66?OpenDocument>>, pristupljeno 20. travnja 2010.

Prije odgovora na postavljeno pitanje, a radi utvrđivanja pravilne metodologije razrješavanja problema postojanja istodobnosti, treba utvrditi kojoj kategoriji opasnosti pripada ovaj slučaj. Njemački komentatori gotovo unisono ubrajaju ovaj slučaj u *Dauergefahr*, neovisno o tome što točno označavaju tim pojmom: "lanac opasnosti", opasnost otklanjanje koje je neodgodivo, ili pak oboje. Smatramo li trajnom opasnošću tek ono što *Keller* naziva lancem opasnosti, kao što to primjerice čini *Roxin*, ovaj se slučaj ne može ubrajati u trajnu opasnost budući da ovdje opasnost ne može nastupiti u svakom trenutku, već tek u nekom neodređenom, vremenski udaljenom trenutku. Dok kod lanca opasnosti, zbog svakodobne mogućnosti nastupa zla, potreba za ekstenzivnom interpretacijom prisutnosti opasnosti ne postoji, u ovom je slučaju jasno da, u nedostatku neposredne vremenske bliskosti domaćinove radnje i eventualne realizacije opasnosti, u cijelu "priču" valja uvesti određeni dopunski kriterij kako bismo slučaj uopće mogli podvesti pod istodobnu opasnost.

Upravo je *Spanner-Fall* bio jedan od slučajeva koji su predstavljali značajniji iskorak *Bundesgerichtshofa* u odnosu prema trajnoj opasnosti, pri čemu je kao kriterij za *Gegenwärtigkeit* usvojena neodgodivost radnje otklanjanja opasnosti koja zahtijeva hitno djelovanje kako bi se zlo sigurno i učinkovito preveniralo.

Kao posljedica tih procesa, krajnjoj je nuždi zbog široke interpretacije znatno prošireno polje primjene. Takvi su procesi u dijelu teorije nailazili na veliku skepsu; još je *Mayer* isticao da bi se tako shvaćena krajnja nužda mogla zloupotrijebiti, primjerice, za uklanjanje opasnog protivnika u slučajevima kada nisu zadovoljeni uvjeti za nužnu obranu.⁵¹ Od novijih autora određene sumnje izražava i *Lenckner*.⁵²

Kritike, međutim, često nisu ulazile u srž problema, već su se ograničavale na općenito lamentiranje o potrebi "obuzdavanja" krajnje nužde. Danas su se ipak iskristalizirala konzistentnija stajališta, u sklopu kojih središnja kontroverzija ostaje upravo koncept koji ovdje nazivamo trajnom opasnošću u širem smislu. Neodgodivost, koja je obilježje ovog oblika opasnosti, ipak je definitivno postala korektiv kroz prizmu kojega se promatra istodobnost u slučajevima kada ne postoji vremenska bliskost između radnje otklanjanja opasnosti i prijetećeg zla. Međutim, sporni ostaju kriteriji na osnovi kojih će se određena opasnost smatrati neodgodivom.

⁵¹ Prema: Vouk, V., op. cit., str. 22.

⁵² Prema: Babić, M., op. cit., str. 98.

4.5. Mogućnost primjene subjektivnih i objektivnih kriterija pri ocjeni istodobnosti trajne opasnosti u širem smislu

U nastavku ćemo iznijeti više pogleda na pitanje kada opasnost treba smatrati neodgodivom, pa samim time i istodobnom; pritom je fokus, naravno, usmjeren na slučajeve trajne opasnosti u širem smislu, budući da drugdje, zbog vremenske bliskosti otklanjanja opasnosti i potencijalne realizacije opasnosti, i ne postoji potreba za ekstenzivnim tumačenjem istodobnosti.

Od starijih autora spomenuti valja ponajprije *Kellera*, koji je u teorijskom smislu inaugurirao neodgodivost kao jedan od kriterija “prave” trajne opasnosti (za razliku od “lanca opasnosti”). Međutim, taj je autor pripadao starijoj generaciji dogmatičara, pa nije bio sklon objektivistički shvaćenu neodgodivost djelovanja smatrati vrhovnim kriterijem tumačenja pojma *Gegenwärtigkeit*. Koji su razlozi za takvo shvaćanje starije teorije? U ono se vrijeme, naime, relevantnom za krajnju nuždu smatrala tek gotovo potpuna izvjesnost nastupa štetnog događaja. Međutim, kod trajne opasnosti u širem smislu zlo ne može nastupiti neposredno, nego tek nakon proteka određenog vremena, što znatno otežava mogućnost precizne prognoze. Što više vremena preostaje do trenutka moguće realizacije opasnosti, to je veća i mogućnost skretanja kauzalnog toka. Kako je gotovo nemoguće visoko vjerojatnim smatrati nastup zla koje predstoji tek nakon, primjerice, tjedan dana, uvođenje objektivistički shvaćene neodgodivosti najčešće ne bi pridonijelo širenju koncepta istodobnosti prema onodobnim standardima.

Jedna je od rijetkih iznimaka na tom planu medicinski indiciran prekid trudnoće, pri kojem je nastup štete za zdravlje majke gotovo posve izvjestan. Upravo je sigurnost nastupa zla za *Kellera* sredstvo premošćivanja višemjesečnog vremenskog jaza između prekida trudnoće i potencijalnog porođaja. Budući da objektivnan uvjet neodgodivosti otklanjanja opasnosti, ograničen uvjetom sigurnog ili vrlo vjerojatnog nastupa zla, “olakšicu” predstavlja praktički jedino u navedenom slučaju prekida trudnoće, *Kelleru* ne preostaje ništa drugo nego pronaći druge načine tumačenja prisutnosti opasnosti.

Dva su moguća puta izlaska iz takve situacije: prvi, kojim se koristi velik dio moderne teorije (npr. *Roxin, Jakobs*), jest zadovoljiti se nižim stupnjem mogućnosti potencijalne realizacije zla (v. *supra*, 2. 2.), a drugi, kojim se koristi *Keller*, jest nadgradnja pojma istodobnosti subjektivnim elementima.

Prvo valja analizirati stariju, dobrim dijelom subjektivističku koncepciju trajne opasnosti. Polazna osnova za subjektivističko shvaćanje uvjeta istodobnosti leži u normativnom poimanju krivnje. Takvo je poimanje krivnje inače ključ razlikovanja dvaju oblika krajnje nužde, tj. opravdavajuće i ispričavajuće krajnje nužde. Zamisao o ispričavajućim razlozima (pa tako i o ispričavajućoj krajnjoj nuždi) kao obilježju krivnje, koja se pojavila u njemačkoj teoriji tridesetih godina, temelji se na teorijskom pojmu *Zumutbarkeit*, koji je izgra-

dio Frank u svom djelu *O strukturi koncepta krivnje (Über den Aufbau des Schuldbegriffs)*.⁵³ Taj se termin u nas prevodi kao “mogućnost da se zahtijeva drukčije ponašanje,”⁵⁴ “mogućnost očekivanja ponašanja u skladu s pravom”,⁵⁵ “sposobnost ili mogućnost od nekoga nešto zahtijevati”⁵⁶ ili jednostavno kao “pripisivost.”⁵⁷

Zumutbarkeit, kao obilježje normativnih koncepcija krivnje, temelj je na kojem je izgrađen koncept ispričavajuće krajnje nužde. Kada, naime, od počinitelja ne možemo zahtijevati drugačije ponašanje (tj. kada postoji *Unzumutbarkeit*), krivnja se naknadno isključuje zbog nemogućnosti izricanja negativnog vrijednosnog suda o počinjenom djelu.⁵⁸ Pravni poredak ovdje ne odobrava postupanje počinitelja, ali za njega pokazuje razumijevanje, zbog čega odustaje od prijekora.⁵⁹

Prema starijim je piscima razlog za ekskulpaciju kod ispričavajuće krajnje nužde narušavanje mogućnosti slobodnog oblikovanja volje uzrokovano posebnim vanjskim okolnostima, koje, u svjetlu potrebe za samoodržanjem, niječe mogućnost očekivanja ponašanja usklađenog sa zakonom.⁶⁰ Drugim riječima, na strani počinitelja javlja se snažan “psihički pritisak”. Keller prihvaća takvo rezoniranje i transponira ga u područje trajne opasnosti, navodeći sljedeće: “Kao što smo vidjeli, glavno je obilježje trajne opasnosti” (*u širem smislu, op. a.*) “to što ona u strogom smislu predstavlja buduću opasnost, pri kojoj budućnost opasnosti u njezinu punom opsegu nadopunjuje snažna abnormalna duševna situacija počinitelja (posebne okolnosti i sveukupni procesi koji prethode počinjenju djela)”.⁶¹

Kasnije je propitivanje položaja pojma *Zumutbarkeit* (koji je još uvijek kontroverzan i o kojem se vode žive debate⁶²) uvjetovalo i drugačiji teorijski

⁵³ V. Schlee, A., *Zumutbarkeit bei Vorsatz-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikten*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2009.

⁵⁴ Novoselec, P., op. cit., str. 236.

⁵⁵ Bojanić, I., op. cit., str. 323.

⁵⁶ Frank, S., *Krivični zakonik za Kraljevinu SHS*, Zagreb, 1929., str. 40, prema: Vouk., V., op. cit., str. 12.

⁵⁷ Srzentić, N. - Stajić, A. - Lazarević, Lj., op. cit., str. 232.; Babić, M., op. cit., str. 55.

⁵⁸ Diferencirajuće teorije ni danas nisu složne glede kaznenopravnog učinka krajnje nužde iz § 35., koji predviđa da počinitelj “postupa bez krivnje” (“*handelt ohne Schuld*”). Primjerice, Roxin izričaj § 35. StGB-a shvaća tako da kod ovog oblika krajnje nužde nije riječ o ispričavajućem razlogu, već o razlogu isključenja kaznene odgovornosti (v. Roxin, op. cit., str. 963.-969.). Navedeni teorijski prijepori nadilaze okvire ovdje obrađivane teme.

⁵⁹ Bojanić, I., op. cit., str. 323.; općenito o ispričavajućoj krajnjoj nuždi v. Bojanić, op. cit., 323.-327.

⁶⁰ Prema: Roxin, C., op. cit., str. 965.

⁶¹ Keller, R. O., op. cit., str. 51.

⁶² *Roxinovo* poimanje pripisivosti navodi ga čak na preoblikovanje cjelokupnog pojma krivnje tako da ispričavajuću krajnju nuždu smatra razlogom isključenja kaznene odgovornosti

tretman trajne opasnosti u širem smislu. "Pripisivost" je dobila normativni okvir u § 35. I. StGB-a, gdje su, u kontekstu ispričavajuće krajnje nužde, primjerično navedeni slučajevi u kojima se od počinitelja moglo očekivati ponašanje usklađeno sa zakonom: "(...) Ovo ne vrijedi ako se od počinitelja prema okolnostima može očekivati prihvaćanje opasnosti, a osobito ako je sam izazvao opasnosti ili se nalazi u posebnom pravnom odnosu." Takvom "klauzulom pripisivosti", iako ona nije taksativna, ograničeno je priznavanje ispričavajuće krajnje nužde, tako da su sudu dane smjernice kada se iznimno od počinitelja može očekivati prihvaćanje opasnosti. Roxin tvrdi da ni jedna od egzemplifikativno navedenih okolnosti ne stoji ni u kakvoj vezi s postojanjem "psihičkog pritiska" na počinitelja.⁶³ Štoviše, ako se prijekor temelji na sudu neke treće osobe o mogućnosti postupanja počinitelja u skladu s pravom, tada psihički pritisak može biti tek jedan u nizu mogućih razloga za "nepripisivost", i to jedino onda kada takav pritisak prema sudu trećega otklanja prekoraljivost. Suvremene koncepcije zato se najčešće više ne koriste psihičkim pritiskom kao kriterijem za postojanje pripisivosti,⁶⁴ ili to čine uglavnom po inerciji.

Što se tiče hrvatskog zakonodavstva *de lege lata*, primarna je prepreka za eventualno prihvaćanje subjektivizacije trajne opasnosti zahtjev za odvagivanjem zala. Naime, u kontekstu ispričavajuće krajnje nužde njemačko pravo naglasak ne stavlja na odvagivanje zala, tj. na "kvantitativnu razliku,"⁶⁵ kao što to čini kod opravdavajuće krajnje nužde, već upravo na *Zumutbarkeit*. Odvagivanje zala tu služi tek kao korektiv za slučajeve velikog nerazmjera nastupjelog i prijetećeg zla. Za razliku od njemačkog, hrvatski se zakonodavac pri propisivanju krajnje nužde kao razloga za oslobođenje od kazne ograničava na slučajeve jednakosti zala, što u načelu ne zahtijeva primjenu normativnih kriterija, pa tako ni "pripisivosti", koja, uostalom, u našem pravu nije sustavnije obrađivana, nema pozitivnopravnu podlogu niti ima prikladan i općeprihvaćen naziv. Primjeni subjektivnih kriterija istodobnosti u hrvatskom pravu zato nema mjesta čak ni ako bismo prihvatili tradicionalan stav o utemeljenosti "nepripisivosti" na "psihičkom pritisku".

Summa summarum, budući da subjektivistička koncepcija nije prihvaćena ni u suvremenoj komparativnoj dogmatici ni u domaćem pozitivnom pravu, pri ocjeni prisutnosti opasnosti valja se koristiti strogo objektivističkim pristupom, koji se temelji na jasno definiranom kriteriju neodgodivosti.

(koja je za njega pojam superordiniran krivnji), a ne krivnje, i to zbog izostanka preventivne nužnosti kažnjavanja. Više o tome Roxin, op. cit., str. 963.-969.; Bojanić, op. cit., str. 323.-327.

⁶³ Ibid., str. 978.

⁶⁴ Umjesto psihičkog pritiska, Schlee predlaže uporabu normativnih (vrijednosnih) kriterija, izvorom kojih smatra u prvom redu apstraktne ustavnopravne norme.

⁶⁵ Grozdanić, V., Neke izmjene u području krivnje prema Prijedlogu Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona, str. 17.-35., u: Bačić, F., et al., Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona, Organizator, Zagreb, 2003., str. 27.

4.6. Neodgodivost opasnosti

Prema navedenom, kao jedini mogući korektiv prisutnosti opasnosti u slučaju vremenskog nepodudaranja radnje otklanjanja opasnosti i potencijalnog nastupa zla, uvodimo koncept neodgodivosti. Taj pojam valja shvatiti na način koji pomiruje nekoliko disparatnih zahtjeva i premisa: inherentni (relativni) indeterminizam kauzalnog toka, pravo pojedinca na samoodržanje i zahtjev za pravnom sigurnošću. To je moguće jedino tako da se opasnost uvaži kao relevantna za krajnju nuždu i onda kada nastup zla nije potpuno izvjestan niti visoko vjerojatan: treba se, dakle, zadovoljiti i nižim stupnjem mogućnosti potencijalne realizacije zla, koju (mogućnost) procjenjujemo uporabom objektivnih *ex ante* kriterija. To ne znači da će svako priznavanje opasnosti uroditi priznavanjem krajnje nužde – ostaje pitanje razmjernosti zla koje je prijetilo i onoga koje je nastupilo. Drugim riječima, na postupak priznavanja opasnosti u kasnijoj se fazi mora nadovezati pravilno provedeno odvagivanje zala, o čemu ovdje zbog ograničenosti prostora neće biti riječi.

Prihvaćanje objektivistički shvaćene neodgodivosti kao odlučujućeg kriterija za prisutnost opasnosti povlači za sobom i neke druge posljedice. Budući da je središnje pitanje treba li ili ne treba otklanjanju opasnosti pristupiti odmah, sporednim postaje pitanje može li samo zlo nastupiti odmah ili tek po proteku određenog vremena. Slučaj u kojem zlo može nastupiti odmah, tj. u kojem se opasnost može odmah realizirati, nužno spada u skupinu opasnosti otklanjanju kojih treba neodgodivo pristupiti. Pojednostavnjeno, trenutačna opasnost i trajna opasnost u užem smislu tek su posebni slučajevi neodgodive opasnosti, kod kojih je potreba za neodgodivim djelovanjem potvrđena već samim time što šteta može nastupiti svaki čas. U ostalim slučajevima, tj. onda kada je riječ o trajnoj opasnosti u širem smislu, ne preostaje ništa drugo nego posegnuti neposredno za neodgodivošću.⁶⁶

Radi potpunijeg razjašnjenja koncepta neodgodivosti, navest će se neka stajališta njemačkog Saveznog suda. U nekoliko je odluka kojima priznaje takvu opasnost BGH zauzeo stav da prisutnost opasnosti ne treba shvaćati preusko; prema jednoj presudi, opasnost je prisutna onda kada se “šteta (...)

⁶⁶ S time u vezi treba spomenuti *Babićevu* tvrdnju da neodgodivost opasnosti stoji u “funktionalnoj vezi” s nemogućnošću otklanjanja opasnosti na drugi način, koja je izričito postavljena kao zakonski uvjet priznavanja krajnje nužde (Babić, M., op. cit., str. 96.). Premda navedena dva uvjeta nikako ne treba promatrati izolirano, priznanje opasnosti prisutnom (istodobnom) preduvjet je pristupanju analizi mogućnosti otklanjanja opasnosti na drugi način. Njemačka teorija prisutnost opasnosti smatra dijelom tzv. *Notstandslage* (“stanja krajnje nužde”), postojanje koje nužno prethodi ispitivanju je li radnja otklanjanja “potrebna” (*erforderlich*), tj. je li se mogla otkloniti na drugi način, što spada u tzv. *Notstandshandlung* (“radnju nužne obrane”). Drugim riječima, ako opasnost nije prisutna, nema potrebe istraživati je li se ona mogla otkloniti na drugi način.

pri nesmetanom razvoju događaja, prema ljudskom iskustvu, može očekivati (...) ako se odmah ne poduzmu mjere otklanjanja opasnosti.”⁶⁷ No ipak, “točne vremenske granice u kojima se opasnost nastup koje prijeti u budućnosti priznaje odnosno ne priznaje kao prisutna opasnost ne mogu se univerzalno odrediti. To ovisi o činjeničnom stanju (...) i stvar je tumačenja. Odlučujuće su pritom okolnosti konkretnog slučaja.”⁶⁸ Pitanje supsumpcije pojedinog pojavnog oblika opasnosti pod prisutnu opasnost u spornim slučajevima sud tretira kao *quaestio facti*, naznačujući temeljna mjerila kojima se rukovodi u razrješavanju svakog pojedinog u nepreglednom broju slučajeva koji mogu biti obuhvaćeni krajnjom nuždom. Osnovno mjerilo kojim se BGH danas koristi u tom kontekstu upravo je neodgodivost opasnosti.

4.7. Trajna opasnost i istodoban napad

Na diskusiju o pojedinim elementima krajnje nužde logično se nadovezuje rasprava o analognim elementima u sklopu srodnog instituta nužne obrane, pa tako i kada je riječ o opasnosti odnosno napadu. Distinktivna narav napada i opasnosti nameće potrebu razgraničavanja tih dvaju pojmova, što u pojedinim slučajevima nije nimalo lak zadatak.

U prvom redu, treba naglasiti da je pojam opasnosti širi od pojma napada. Takva je razlika rezultat činjenice da je kod nužne obrane izvor opasnosti protupravni napad drugog čovjeka, dok je kod krajnje nužde mogući spektar izvora opasnosti praktički neograničen; moguće opasnosti mogu stoga biti vrlo raznolike po karakteru, a u svakom slučaju mogu biti znatno nepredvidljivije negoli to može biti napad. U svakom slučaju, opseg nužne obrane mnogo je ograničeniji i precizniji negoli pojam krajnje nužde. Napad je zapravo tek specifičan, “dinamičan”⁶⁹ oblik opasnosti kao svojeg višeg rodnog pojma. *Otto*⁷⁰ u tom kontekstu daje jednostavan primjer opsade srednjovjekovnog dvorca: kada napadači ručaju, napad ne postoji, no opasnost je svejedno prisutna. Na ovom je primjeru jednostavno uočiti restriktivnost (“uskost”) napada u odnosu prema opasnosti kao široj kategoriji.

Uzevši u obzir temeljnu prirodu napada, njemačka dogmatika podijelila je istodobni napad u tri kategorije:⁷¹ (1) neposredno predstojeći napad (*unmittelbar bevorstehende Angriff*), (2) trenutačni napad (*gerade stattfindende Angriff*) i (3) napad koji traje (*fortdauernde Angriff*).

⁶⁷ BGH NJW 1989, 176.

⁶⁸ Loc. cit.

⁶⁹ Keller, R. O., op. cit., str. 57.

⁷⁰ Otto, H., op. cit., str. 552.

⁷¹ Roxin, C., op. cit., str. 665.; Otto, loc. cit.; Dreher, E. - Tröndle, H., op. cit., str. 201.

Od navedenih podvrsta istodobnog napada najviše dodirnih točaka s trajnom opasnošću ima neposredno (izravno) predstojeći napad, koji *Novoselec* definira kao ponašanje koje “svakog časa može dovesti do povređivanja tako da svako odlaganje obrambene radnje dovodi u pitanje njezin uspjeh”.⁷² Dok u pogledu definiranja samog napada postoji svojevrsan konsenzus, trenutak početka napada ostaje teorijski sporan. Pojedini autori zalažu se za to da mjerilo bude trenutak ulaska u fazu pokušaja, dok je većina danas sklona nužnu obranu priznati i onda kada je napadač u završnom stadiju pripremnih radnji, tj. u “stadiju pripremnih radnji koji je blizak pokušaju” (*versuchnahe Vorbereitungstadium*). Žrtva kojoj se napadač približava s nožem u ruci, želeći joj zadati ubod, ne mora čekati da napadač uđe u fazu pokušaja, već može reagirati i dok je napadač na nekoliko metara udaljenosti. Trenutak započinjanja napada pitanje je složenih teorijskih finesa, no ovom nas prigodom zanimaju samo specifični slučajevi u kojima je potrebno razgraničiti izravno predstojeći napad i trajnu opasnost.⁷³

Slučajevi u kojima postoje dodirne točke između opasnosti i (izravno predstojećeg) napada u pravilu pripadaju kategoriji koja se u njemačkom kaznenom pravu naziva defenzivnom krajnjom nuždom (*Defensivnotstand*). Riječ je o konceptu koji označava otklanjanje opasnosti usmjereno prema pravnim dobrima osobe koja je ujedno i izvor same opasnosti. Defenzivna krajnja nužda u literaturi je prihvaćena tek u novije vrijeme,⁷⁴ dok je prijašnji stav teorije bio da u ovim slučajevima u obzir dolazi jedino primjena odredbe o nužnoj obrani (ili pojedinih drugih, u odnosu prema krajnjoj nuždi specijalnih, odredaba).⁷⁵

Kao primjer defenzivne nužne obrane može se navesti slučaj u kojem obiteljski nasilnik tijekom duljeg vremena zlostavlja svojeg bračnog druga i time za njega predstavlja trajnu opasnost. Ako je zlostavljač u konkretnom trenutku već ušao u zonu neprava (tj. napada) te od zlostavljača trenutačno prijeti povreda žrtve, takvoj će se žrtvi priznati nužna obrana. Međutim, ako napada nema, jedino što preostaje jest utvrditi jesu li eventualno ispunjeni uvjeti za krajnju nuždu. Spomenutoj “zoni preklapanja” krajnje nužde i nužne obrane naročito je blizak tzv. *Haustyrann-Fall* ili *Familiientyrann-Fall*⁷⁶ (slučaj kućnog, tj. obiteljskog nasilnika), koji ćemo ovdje ukratko izložiti.

⁷² Novoselec, P., op. cit., str. 189. Slično tome i Schmidhäuser, cit. u: Roxin, op. cit. str. 666.

⁷³ Opširno o razgraničenju pripremnih radnji i pokušaja i srodnoj problematici v. Novoselec, P., Razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29., 2/2008., str. 721.-759.

⁷⁴ Tako Roxin, C., op. cit., str. 758.

⁷⁵ Babić, op. cit., str. 87.-92.

⁷⁶ BGH NJW 2003, 2464

Naime, Frieda je niz godina bila udana za Manfreda, agresivnog i alkoholu sklonog vođu nasilne rock-grupe, članovi koje su ga morali slijepo štovati. Svoju suprugu Manfred je često tukao iz najbanalnijih razloga, a nekoliko puta toliko jako da joj je bio ugrožen život. Prijetio je i da će ubiti nju i djeću ako se supruga poželi razvesti. Friedu je muža bilo strah prijaviti policiji, budući da je i u tom slučaju Manfred prijetio da će on ili netko od članova benda ubiti nju i djeću. Tijekom gotovo dvadesetogodišnje torture Frieda je triput pokušavala počiniti samoubojstvo tabletama.

Jednoga je jutra, nakon što se pijan vratio kući oko četiri sata ujutro, Manfred ponovo brutalno pretukao Friedu. Nakon što je nasilnik legao u krevet, Frieda je sanirala ozljede i stala čistiti stan, da bi oko devet sati, pri pospremanju stana, u muževu džepu našla nabijeni pištolj, koji je on ilegalno držao. Nakon poduljeg razmišljanja, držeći da je usmrćenje supruga jedino preostalo rješenje, ušla je u spavaću sobu i u Manfreda s udaljenosti od 60 cm ispalila osam hitaca, od kojih su ga dva pogodila i na mjestu usmrtila.

Kako je Manfred u trenutku usmrćenja spavao, on je za Friedu predstavljao trajnu opasnost u širem smislu, no u tom trenutku nije postojao napad. Prvostupnijski je sud stoga nužnu obranu isključio zbog nepostojanja uvjeta za priznavanje istodobnosti napada i osudio počiniteljicu za teško ubojstvo (*Mord*) iz § 211. StGB-a. Savezni je sud 2003. godine rješenjem ukinuo presudu. BGH je, naime, povodom žalbe utvrdio da je u prvom stupnju s razlogom odbačena nužna obrana, te da, jednako tako, nema govora niti o opravdavajućoj krajnjoj nuždi.⁷⁷ Međutim, od suda prvog stupnja Savezni sud traži da se pri ponovnom suđenju odredi u pogledu mogućnosti postojanja ispričavajuće krajnje nužde iz § 35., navodeći sljedeće: “(...) optužena i njezina djeca nalazili su se u stanju prisutne, trajne opasnosti za život i tijelo, budući da im je prijetilo zlostavljanje” (od strane *Manfreda*, *op. a.*). Dakle, činjenica da je zlostavljač u trenutku usmrćenja spavao ne predstavlja prepreku priznanju prisutnosti opasnosti.⁷⁸

Najkontroverzniji oblik defenzivne krajnje nužde, koji i samim svojim imenom daje do znanja da se nalazi na razmeđu krajnje nužde i nužne obrane, jest tzv. preventivna nužna obrana. Riječ je o otklanjanju već pripremljenog

⁷⁷ U njemačkom pravu krajnja nužda isključuje protupravnost jedino onda kada je zlo koje je prijetilo bitno veće (*wesentlich überwiegt*) od onoga koje je nastupilo, što u konkretnom predmetu očito nije slučaj. Za komparativnu analizu učinaka krajnje nužde v. Grozdanić, *op. cit.*, str. 23.-31.

⁷⁸ Važno je naglasiti da se u pogledu pitanja je li opasnost istodobna ili nije ne pravi razlika između opravdavajuće i ispričavajuće krajnje nužde, to jest, kako kaže *Roxin* (*op. cit.*, str. 969.), “ovdje ne postoji temelj za različitu interpretaciju (...)”. Drugim riječima, vremenski se okvir krajnje nužde kod oba njezina tipa promatra kroz prizmu objektivnog kriterija neodgodivosti; tako se postupa i u slučajevima trajne opasnosti, naravno i onda kada opasnost predstavlja obiteljski nasilnik.

protupravnog napada koji je moguće otkloniti jedino ranijim preventivnim mjerama. Primjer za to dao je *Lenckner*⁷⁹: vlasnik restorana, koji čuje svoje goste da razgovaraju o tome kako će ga napasti nakon zatvaranja restorana, ima pravo, temeljem odredbe o krajnjoj nuždi, gostima u piće usuti uspavljujuće sredstvo.⁸⁰ U takvim slučajevima nema mjesta analognoj primjeni odredbe o nužnoj obrani,⁸¹ budući da bi to pretpostavljalo preširoko shvaćanje riječi “napad”, već može biti riječ jedino o krajnjoj nuždi, koja fleksibilnom formulacijom omogućava obuhvaćanje vrlo raznolikih činjeničnih stanja pod svoje okrilje.

Očito je, dakle, da je prisutna opasnost pojam koji je bitno širi od prisutnog napada, zbog čega primjena istih mjerila pri procjeni istodobnosti napada i opasnosti ne dolazi u obzir. Dok pojam istodobnog napada zahtijeva razmjerno strogu vremensku podudarnost napada i obrane, ključno pitanje za procjenu istodobnosti opasnosti nije kada je opasnost nastala, već postoji li potreba za neodgodivim djelovanjem.

LITERATURA

1. Babić, M., *Krajnja nužda u krivičnom pravu*, Pravni fakultet u Banjoj Luci, Banja Luka, 1987.
2. Babić, M., Marković, I., *Krivično pravo – opšti dio*, Pravni fakultet Banja Luka, Banja Luka, 2009.
3. Bačić, F., *Kazneno pravo - opći dio*, Informator, Zagreb, 1998.
4. Bojanić, I., *Značajnije promjene na području krivnje prema trećoj noveli Kaznenog zakona*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol. 10, broj 2/2003.
5. Dreher, E., Tröndle, H., *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1995.
6. Freund, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre*, Springer, Heidelberg, 2008.
7. Grozdanić, V., *Neke izmjene u području krivnje prema Prijedlogu Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona, str. 17.-35.*, u: Bačić, F., et al., *Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona*, Organizator, Zagreb, 2003.
8. Jakobs, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Walter de Gruyter, Berlin, 1993.
9. Jovašević, D., *Nužna odbrana i krajnja nužda*, Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2007.
10. Keller, R. O., *Der Dauernotstand im Strafrecht, Strafrechtliche Abhandlungen*, Breslau-Neukirch, 1934.

⁷⁹ Prema: Roxin, op. cit., str. 763.

⁸⁰ Roxin, C., op. cit., str. 733.

⁸¹ Za to su se zalagali pojedini autori, primjerice *Suppert* (prema: Otto, H., op. cit., str. 552.), nazivajući takvo stanje *notwehrähnliche Lage*, tj. “položajem sličnim nužnoj obrani”. I danas određen broj teoretičara brani stav da se na takve situacije treba analogno primjenjivati nužna odbrana.

11. Koch, A., Spanner-Fall – Notstandslage bei Dauergefahr, Interessensabwägung im Defensivnotstand, <<http://www.ja-aktuell.de>>, pristupljeno 20. travnja 2010.
12. Lackner, K., Kühl, K., Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, Beck, München, 2001.
13. Novoselec, P., Opći dio kaznenog prava, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2009.
14. Novoselec, P., Razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29., 2/2008.
15. Otto, H., Gengenwärtiger Angriff und gegenwärtige Gefahr, u: Jura – Juristische Ausbildung, Vol. 10, 1999.
16. Pavišić, B. - Grozdanić, V. - Veić, P., Komentar Kaznenog zakona, Narodne novine, Zagreb, 2007.
17. Pavlović, Š., Kazneno pravo. Beznačajno kazneno djelo, nužna obrana i krajnja nužda u hrvatskom kaznenom pravu, Organizator, Zagreb, 2006.
18. Pawlik, M., Der rechtfertigende Notstand, De Gruyter, Berlin, 2002
19. Roxin, C., Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Beck, München, 2006.
20. Schlee, A., Zumutbarkeit bei Vorsatz-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikten, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2009.
21. Srzentić, N., Stajić, A., Lazarević, Lj., Krivično pravo SFRJ - opšti deo, Savremena administracija, Beograd, 1978.
22. Vouk, V., Krajnja nužda u krivičnom pravu, Savez udruženja pravnika Jugoslavije, Beograd, 1962.

Summary

LASTING DANGER AS A FORM OF IMMINENT DANGER IN THE FRAMEWORK OF NECESSITY

The paper elaborates the notion of concurrent danger, which is a current problem within the institute of necessity as one of the most dynamic fields of contemporary criminal law doctrine. By way of introduction, at a theoretical level, individual aspects of the concept of danger are analysed, and certain terminological doubts considered. In addition, the appropriateness of the domestic normative framework is discussed *de lege lata*. The central part of the paper deals with concurrent danger, which the author breaks down into concurrent danger in a narrow and broader sense. When elaborating each of the two sub-types of concurrent danger, the author quotes recent German case law, in particular when it comes to the concurrent danger in the broader sense. Special attention is here given to the concept of the impossibility to postpone the danger. The final part of the paper attempts to resolve the difficulties which appear in delineating individual forms of concurrent danger and imminent attack. The author's views on the applicability of the concept of concurrent danger in Croatian case law as well as proposals *de lege ferenda* are presented in parts of the paper.

