

Dr. sc. Barbara Herceg Pakšić, viša asistentica Pravnog fakulteta u Osijeku

Pregledni znanstveni rad
UDK 343.222

POJMOVNO ODREĐENJE I DOMET DOKTRINE O NEMOGUĆNOSTI ZAHTIJEVANJA DRUKČIJEG PONAŠANJA UNUTAR SUSTAVA ISPRIČAVAJUĆIH RAZLOGA U KAZNENOM PRAVU

Sažetak: Posljednje izmjene u području krivnje u hrvatskom kaznenom pravu rezultirale su prihvaćanjem ispričavajućih razloga. Ti razlozi pod zakonom određenim pretpostavkama omogućuju eliminaciju prijekora za učinjeno djelo, a time i isključenje krivnje. Predmet ovog rada je nemogućnost zahtijevanja drukčijeg ponašanja kao osnova za primjenu ispričavajućih razloga. Ona je novost u hrvatskoj kaznenopravnoj dogmatici jer njeno značenje i sadržaj dosad nisu bili predmetom detaljne znanstvene analize. Prikazuje se nastanak, afirmacija i razvoj ove doktrine te naglašava specifična uloga unutar nehajnih delikata i nečinjenja. Rad uključuje i prijedlog za precizniji jezični izričaj kao i smjernice za jasnije tumačenje ove doktrine.

Ključne riječi: kazneno pravo, krivnja, ispričavajući razlozi, nemogućnost zahtijevanja drukčijeg ponašanja

1. UVOD

Dinamičnost razvitka kaznenopravne dogmatike u Republici Hrvatskoj rezultirala je značajnim promjenama u području krivnje.¹ U cilju dosljednijeg prihvaćanja normativnih teorija, u općem dijelu Kaznenog zakona² (dalje u tekstu: KZ) uvedena su dva ispričavajuća razloga unutar odredaba o krajnjoj nuždi i nužnoj obrani. Radi se o institutima koje hrvatsko kazneno pravo ranije nije poznavalo. To su ispričavajuća krajnja nužda i prekoračenje granica nužne obrane uzrokovano asteničkim afektom ispričive jake prepasti. Ujedno je dopunjena odredba o sastojcima krivnje jer KZ uz ubrojivost, namjeru ili nehaj i svijest o zabranjenosti djela) propisuje još jedan negativno formuliran element: nepostojanje ispričavajućih razloga. Međutim, mogućnost isprike počiniteljevog ponašanja temelji se na jednoj prethodnoj i specifičnoj ocjeni o nemogućnosti njegovog drukčijeg ponašanja (njem. *Unzumutbarkeit*): kako bi se počinitelju uopće mogao upu-

1 Krivnja je subjektivan odnos počinitelja prema djelu zbog kojeg mu se može uputiti prijekor. Usp. Novoselec/Bojanić: Opći dio kaznenog prava, 2013., 212. Radi se o krivnji u socijalno-etičkom smislu temelj koje je upućivanje prijekora za počinjeno djelo.

2 Narodne novine, broj 125/11, 144/12.

titi prijekor za počinjenu protupravnu radnju, treba potvrditi da se on doista mogao drukčije ponašati u konkretnoj situaciji. Preciznije, da se mogao ponašati u skladu s pravom. Ako se to ne može potvrditi, tada nema niti njegove krivnje. Doktrina *Unzumutbarkeit* u poredbenoj se literaturi smatra „čarobnom formulom o temelju prijekora“³ i „kamenom temeljcem“⁴ današnjeg sustava ispričavajućih razloga. Radi se o posve novom kriteriju u hrvatskom kaznenom pravu koji je prihvaćen kroz ispričavajuće razloge. Obzirom da značenje i sadržaj ove doktrine nisu dosad bili predmetom detaljnog izučavanja u hrvatskim kaznenopravnim izvorima, pri razradi je nužno poslužiti se poredbenom literaturom i sudskom praksom. Problematika je aktualna jer se odnos između doktrine *Unzumutbarkeit* i ispričavajućih razloga treba shvatiti kao *definiens definiendum*. Svrha je ovog rada dati nešto podrobniju razradu i prijedloge za bolje razumijevanje i tumačenje ove doktrine te dati poticaj budućim raspravama iz ovog područja.

2. JEZIČNO ODREĐENJE DOKTRINE UNZUMUTBARKEIT U HRVATSKOM KAZNENOM PRAVU

Prije negoli se upustimo u detaljnije razmatranje, potrebno je riješiti problem naziva i načina prevođenja pojma *Unzumutbarkeit* na hrvatski jezik. Kad je riječ o semantičkom značenju, pravni izričaj uvijek podrazumijeva određenu nadogradnju već postojećeg konvencionalnog naziva. U tom smislu *Larenz* opravdano ističe da je pravni frazem zapravo samo poseban slučaj općeg govora i ne predstavlja izdvojeni znakovni jezik.⁵ U osnovi je izričaja njemački glagol „zumuten“ (tražiti, zahtijevati), koji je u starom njemačkom jeziku imao dva značenja: „zuschreiben“ (pripisati) i „begehren“ odnosno „verlangen“ (zahtijevati). Posljednje je značenje prevladalo. Danas obilježje *Unzumutbarkeit* označava da se određeno ponašanje od neke osobe s razlogom ne treba zahtijevati.⁶ Radi se, dakle, o negativno procijenjenoj mogućnosti ispunjenja zahtjeva koja može imati različite razloge: zahtijevana je radnja osobi teška, mrska, proturječna, suprotna interesu, nemoralna...itd.

Kad govorimo o prijevodu na hrvatski jezik, *Zumutbarkeit* se dosad različito prevodila. Mogu se pronaći termini kao što su *prihvatljivost*, *osnovanost*, *razumnost* te *pripisivost*. Smatra se da je *pripisivost* odnosno *pripisimost*, prijedlog T. Živanovića.⁷ Isti je izričaj preuzet od strane drugih autora. Koriste ga *Srzentić-Stajić*,⁸ kao i *Babić*.⁹ Na ovom su polju moguća poboljšanja. Primarno je riječ o tome da je *pripisati* prijevod njemačkog glagola *zuschreiben*. To je, istini za volju, bilo prvotno značenje glagola *zumuten* koje se primjenjivalo tek do kraja 19. stoljeća, ali je potom izgubilo na značenju. Danas ima posve novi smisao. U duhu hrvatskog jezika, takav doslovni prijevod

3 Roxin, «Schuld» und «Verantwortlichkeit» als strafrechtliche Systemkategorie, *Festschrift für Heinrich Henkel*, 1974., 172.

4 „As we will see, this doctrine of „Zumutbarkeit“ (in the sense of „fair expectability“ of loyal conduct) became one of the corner stones of the present doctrine of excuse.“ Eser: *Justification and Excuse: A key issue in the Concept of Crime* u : Eser/Fletcher (Hrsg): *Rechtfertigung und Entschuldigung*, 1987., 43.

5 Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1991., 320., cit. prema Wortmann, *Inhalt und Bedeutung der „Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens“ im Strafrecht*, 2002., 13.

6 *Ibid.*, 14.

7 Navod prema Novoselec, *Sloboda, krivnja i krivično pravo*, 1987., 67, bilješka 6.

8 Srzentić-Stajić, *Krivično pravo FNRJ, opšti deo*, 1961., 208. „Ako učinilac nije mogao da postupa u saglasnosti sa dužnošću koju mu nalaže pravna norma, njemu se ne može pripisati delo...Tako se za vinost zahteva „pripisimost“ dela, a „nepripisimost“ isključuje vinost i pored postojanja umišljaja, odnosno nehata“.

9 Babić, *Krajnja nužda u krivičnom pravu*, 1983., 62.

ne ukazuje na pravi smisao i učinak ove doktrine. Zato je potrebno pronaći bolji i opisni termin. Frank je svojevremeno predložio „mogućnost od nekoga nešto zahtijevati/očekivati“.¹⁰

Kod pravnog izričaja *Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens*, Novoselec se pak zalaže za termin «nemogućnost zahtijevanja drukčijeg ponašanja» a taj se prijevod koristi u recentnoj kaznenopravnoj literaturi.¹¹ Atribuiranje ponašanja kao *drukčijeg* nije precizno, ako se uzme u obzir pravno značenje cijele sintagme. Treba se zapitati od čega je to ponašanje različito, imajući u vidu da različitost ne izvire iz pojma *per se*, nego dobiva značenje u odnosu na neki drugi pojam. Slijedom rečenog, smatramo da je ovako određen prijevod moguće jasnije odrediti. Potrebno je *normgemäß* prevesti mnogo određenije od *drukčije*. U tom smislu, kad zakonska norma omogućuje eliminaciju krivnje zbog manifestiranog ponašanja, opcija alternativnog ponašanja *in concreto* nije bilo koje zamislivo ponašanje, nego ono koje se inače zahtijeva putem normi kaznenog zakona. Dakle, pravni poredak u određenim situacijama ne može od osobe zahtijevati poštivanje propisanih imperativnih i prohibitivnih normi. Tome u prilog ide i činjenica da je pojam *normgemäß* po svome značenju jednak pojmu *rechtmäßig*. Naime, prvi se pridjev prevodi kao prema normi, u skladu s normom, propisno, a drugi pridjev kao zakonit, legalan.¹² Pritom se oba odnose na kaznenu normu. Prema tome, ponašanje počinitelja nije u skladu s normom onda kad je od nje različito, kada joj proturječi. Zato nam se čini prikladnije koristiti prijevod nemogućnost zahtijevanja pravno usklađenog, propisanog, normiranog, legalnog ili zakonitog ponašanja. Takav prijevod treba primijeniti i na Eserova promišljanja o ispričavajućim razlozima u dijelu teksta u kojem se navodi „...in the sense of fair expectability of loyal conduct“,¹³ pri čemu se *loyal* odnosno odanost treba tumačiti kao odanost ili vjernost pravu/normama. Zato će se nadalje koristiti izričaj nemogućnost zahtijevanja propisanog ponašanja.

3. POJAVA, AFIRMACIJA I RAZVOJ DOKTRINE NEMOGUĆNOSTI ZAHTIJEVANJA PROPISANOG PONAŠANJA

Rasprava o doktrini *Unzumutbarkeit* kao nemogućnosti zahtijevanja propisanog ponašanja najviše je razvijena u njemačkoj kaznenopravnoj dogmatici. Međutim, to ne znači da je danas postignuto suglasje oko njenog konačnog sadržaja. Najznačajniji doprinos razvoju ove doktrine, a time i stvaranju sustava ispričavajućih razloga, dali su James Goldschmidt i Reinhardt Frank, pri čemu se potonji smatra njenim osnivačem. Zastupajući stajalište da ispričavajuća krajnja nužda nije objašnjiva kroz tad aktualno psihološko shvaćanje pojma krivnje,¹⁴ Frank je upotrijebio jednostavnu logiku: ako pojam krivnje obuhvaća samo sumu namjere i nehaja, posve je nerazumljivo kako krajnja nužda može isključiti krivnju, jer i onaj koji postupa u krajnjoj nuždi zna što

10 „Da li se u konkretnoj situaciji moglo uopće od učinioca zahtijevati drugo vladanje? Dakle socijalno-komparativni način utvrđivanja krivnje....Prema tome, kriv bi bio...od kojega se u konkretnom slučaju moglo očekivati da se vlada kao i većina njegovih sugradana.“ Frank, Teorija Kaznenog prava po Krivičnom zakoniku od godine 1951., opći dio, 1955., 149.

11 Novoselec/Bojanić, op.cit. (bilj.1.), 188.

12 Hansen-Kokoruš, Matešić et al., Deutsch-Kroatisches Universalwörterbuch, 2005.

13 Eser, op.cit. (bilj. 4), 43.

14 Frankovo djelo iz 1907. godine pod naslovom *Über den Aufbau des Schuldbegriffs* potaknulo je razvoj normativnih teorija. Prema Franku, krivnja se sastoji od tri jednako vrijedna sastojka: ubrojivosti (njem. *Zurechnungsfähigkeit*), namjere ili nehaja (*Vorsatz oder Fahrlässigkeit*) te normalnog stanja okolnosti u kojima počinitelj postupa (*der normalen Beschaffenheit der Umstände, unter der Täter handelt*). Kasnije ovaj treći sastojak mijenja u normalnu motivaciju (*normalen Motivierung*).

čini.¹⁵ Potporu za svoja stajališta pronašao je u presudi *Reichsgerichta*¹⁶ u poznatom *Leinenfänger-Fall*, kojeg ćemo kasnije izložiti. *Goldschmidt* je osmislio teoriju o normi kao dužnosti (njem. *Pflichtnormtheorie*)¹⁷ koja je predstavljala daljnju afirmaciju doktrine nemogućnosti zahtijevanja propisanog ponašanja: tipični slučajevi kao iznimka od norme kao dužnosti jesu današnji ispričavajući razlozi.¹⁸

Iako je prvotno imala važnu ulogu u kaznenopravnoj dogmatici, negdje od tridesetih godina 20. stoljeća, doktrina o nemogućnosti zahtijevanja drukčijeg ponašanja postupno je počela gubiti na značaju. Rasprave su utihnule nakon preuzimanja vlasti od strane Nationalsocijalista 1933. godine. Naime, odobravanje blagosti ili popustljivosti države prema svojim građanima u slučaju suprotstavljanja pravnom poretku nije bilo spojivo s temeljima totalitarne države. Nakon Drugog svjetskog rata ova doktrina više nije imala značenje koje joj se pripisivalo u začetku. Na njemačkom području postojali su još poneki autori koji su ovu doktrinu shvaćali kao opći nadzakonski razlog isključenja krivnje.¹⁹ Poteškoće su dodatno potencirane činjenicom da nije bilo niti jedinstvenih smjernica, nego su autori imali različite i međusobno proturječne pozicije. Epilog je stigao 1954. objavom *Henkelova* rada pod nazivom *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Prinzip*. Autor je pojam nemogućnosti zahtijevanja propisanog ponašanja označio „besadržajnim kriterijem“ i time utjecao na nezainteresiranost drugih u potrazi za njenim konkretnijim sadržajem. Takav stav znanosti djelovao je olakšavajuće jer autori nisu bili primorani dokazivati posebno materijalno značenje pojma, ali je time ova doktrina (privremeno) zaista izgubila na značaju.

Wortmann navodi kako su diskusije po ovom pitanju već nekoliko desetljeća potpuno zapuštene. Razlog tomu vjerojatno predstavlja činjenica kako nemogućnost zahtijevanja propisanog ponašanja nikada nije dosegla rang tzv. nadzakonskog ispričavajućeg razloga.²⁰ Međutim, u novije vrijeme ova je doktrina pronašla svoj izričaj kroz precizniji pojam *Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens*.

Dodavanjem „propisanog ponašanja“ primjena prvotnog pojma *Unzumutbarkeit* donekle je sužena. Došla je do izražaja najprije kod nehajnih delikata, a potom i kod namjernih. Povod su bili osobito slučajevi krajnje nužde u kojima se protupravnost nije mogla isključiti, no zbog posebnih okolnosti djela nije bilo opravdano osuditi ponašanje koje je imalo specifičnu motivaciju uvjetovanu posebnim pritiskom. U literaturi se kao tipičan primer i danas dosljedno navodi *Le-*

15 Usp. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2006., 856. Frankovo shvaćanje krivnje bilo je obuhvaćeno izrazom „prekorljivost“ (njem. *Vorwerbarkeit*) koja je značila mogućnost upućivanja prijekora zbog zabranjenog ponašanja. Taj pojam postaje *conditio sine qua non* normativnih teorija. Tretirajući „prekorljivost“ kao atribut radnje odnosno ponašanja, Frank je pokazao da krivnja prethodi sudu o krivnji. Krivnja je mogućnost prijekora, a ne i prijekor sam. Kasnije se ti pojmovi prijekora i mogućnosti prijekora više ne razlikuju već izjednačavaju.

16 Najviši njemački sud od 1879. do 1945. godine, sa sjedištem u Leipzigu.

17 Osim pravne norme koja od pojedinca zahtijeva određeno „vanjsko“ ponašanje (odnosi se na protupravnost), postoji i neizrečena norma koja predstavlja zahtjev da se unutarnje ponašanje prilagodi zahtjevima pravnog poretka (odnosi se na krivnju). Ta je unutarnja „potencijalno prijekorna“ norma individualizirana i podložna prilagodbi ovisno o okolnostima *in concreto*. Detaljno u *Goldschmidt, Der Notstand, ein Schuldproblem*, 1913., 144.

18 U njemačkoj se literaturi još može pronaći da je Geyer još 1877. prvi upotrijebio pojam *Unzumutbarkeit*, povezujući ga s institutom krajnje nužde, tvrdeći da su kaznenopravne odredbe odveć restriktivne i da nekažnjivost mora nastupiti uvijek kad se netko nađe u takvom položaju da se od njega ne može zahtijevati da se spašava određenim sredstvom ili da se povuče jer će doći do povrede drugoga. Više, *Wortmann*, op.cit. (bilj. 5), 51.

19 *Ibid.*, 31. Ti su autori Mangakis, Wittig i Lücke.

20 *Ibid.*, 11. Autor navodi da odgovor na pitanja o kaznenopravnom značenju i pravnom sadržaju te specifičnoj ulozi leži u tome što nemogućnost zahtijevanja drugačijeg ponašanja nema svoju izvornu posebnu funkciju nego se ona dodjeljuje u odnosu na konkretan slučaj.

inenfänger-Fall, odnosno slučaj neposlušnog konja. Taj slučaj zorno predočava probleme mogućnosti zahtijevanja propisanog ponašanja kod nehajnog delikta kao i predvidljivosti posljedice,²¹ odnosno pitanje hoće li se raditi o nehajnom deliktu ako je počinjena radnja rezultirala tjelesnim ozljeđivanjem, a nastup takve posljedice počinitelj je mogao predvidjeti?

Radilo se o sljedećem: optuženik je od listopada 1895. godine bio u službi kao kočijaš kod vlasnika konjskih zaprega. Tijekom tog vremena vozio je kočiju s dva konja. Jedan konj bio je tzv. „hvatač uzdi“, odnosno imao je naviku hvatati kraj uzice i pritiskati ga čvrsto uz tijelo. Takvo ponašanje konja bilo je poznato i optuženom kočijašu i vlasniku. Tijekom jedne vožnje 19. srpnja 1896. godine neposlušni je konj počeo stiskati repom uzde, dok su pokušaji kočijaša da ih dohvati bili uzaludni. Konj je podivljao, optuženik je potpuno izgubio vlast nad oba konja pa su oni u daljnjem galopu naletjeli na jednog kovača koji je išao ulicom. Kovač je pao pod kola i zadobio prijelom noge.

U obrazloženju odluke sud je najprije naveo da je za isključenje kaznene odgovornosti nehajnog delikta potrebna eliminacija svake radnje koja je predvidljiva i uzrokuje posljedice inače nespojive sa životnim ponašanjem i normama u životu i prometu. S druge strane, notorna je činjenica da svakodnevne radnje uključuju mogućnost povrede tjelesnog integriteta ili života druge osobe te se unatoč uloženoj velikoj pažnji i oprezu, ipak ne može potpuno isključiti realizacija opasnosti povezane s radnjom. Ako bismo pak sve takve radnje kvalificirali kao nehajne delikte, to sigurno ne bi odgovaralo svrsi zakona. U takvim slučajevima, ukoliko hoćemo određeno ponašanje označiti kao nehajno, mora se uzeti u obzir i neki drugi kriterij. Nije dostatno koristiti ispunjavanje mjerila dužne (opće) pažnje unutar koje se od počinitelja razumno može zahtijevati predviđanje posljedice. Zato sudac mora procijeniti *okolnosti konkretnog ponašanja*, pri čemu svakako mora uzeti u obzir i psihološku presiju pod utjecajem koje je počinitelj postupao.

U tom je smislu utvrđeno znanje optuženog kočijaša da korištenje neposlušnog konja može dovesti do mogućnosti nastupa tjelesnog ozljeđivanja, ali i njegova dužnost da ipak bude poslušan svome poslodavcu. Potonji je pak znao za ovakav nedostatak konja jer mu je to višekratno spomenuto. Kočijašu je dužnost poslušnosti poslodavcu uzeta u obzir, uvažavajući činjenicu da bi u slučaju odbijanja izvršenja izgubio posao.

Problemsko pitanje može li se od optuženika zahtijevati dužnost odbijanja naredbe poslodavca i prihvaćanje gubitka radnog mjesta razriješeno je u korist optuženog kočijaša, negiranjem takve dužnosti. Tako je odlučila prethodna sudska instanca i svojim promišljanjem postavila osnovu presude, a *Reichsgericht* je potom i potvrdio oslobađanje od optužbe za nehajno tjelesno ozljeđivanje rekavši da nema mjesta prijekoru za njegovo ponašanje. Tako se kroz institut krajnje nužde počelo raspravljati o ispričavajućim razlozima.

Mogućnost zahtijevanja propisanog ponašanja mijenjala je s vremenom svoje značenje. Prvobitno se tretirala isključivo kao normativna sastavnica krivnje, ali je kroz brojne izrečene kritike²² u konačnici dobila na vrijednosti i postala osnovom za razvitak ispričavajućih razloga (*Entschuldigungsgründe*).²³ Pažnju zavređuje i ideja može li se ova nemogućnost zahtijevanja pro-

21 Roxin, *Höchsterliche Rechtsprechung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts*, 1998., 64-65.

22 Jedna od prvih ali i najupečatljivijih kritika bila je ona Moritza Liepmanna koji je 1922. rekao da se kroz ovakvo shvaćanje „omekšavaju kosti kaznenog prava“. Više, Novoselec, op.cit. (bilj.7), 70-73.

23 Ovdje je prikladno istaknuti kako preteču suvremenog normiranja ispričavajućih razloga nalazimo u 18. stoljeću, u aktu *Constitutio Criminalis Theresiana* iz 1769. godine, odnosno Kaznenom zakoniku Marije Terezije. U njemu su, u članku 11. paragrafu 8, predviđene zanimljive odredbe o stanju nužde. Takve se odredbe za to vrijeme mogu ocijeniti suvremenima. Naime, stanje nužde spominje se uz afekte koji utječu na nastanak velike duševne uzrujanosti počinitelja, što se ipak ne može izjednačiti s neubrojivošću. To uvažavanje afekata kod počinitelja možemo ocijeniti naprednim, pogotovo obzirom na činjenicu da se ono vremenom izgubilo u kasnije usvojenim zakonima. Isto tako, naglašen je zahtjev da stanje nužde ne smije biti namjerno skrivljeno te da sudac mora uzeti u obzir razmjernost opasnosti i djela kojim se opasnost otklonila (počinjene štete). Takvo djelo

pisanog ponašanja promatrati i kao opći nadzakonski ispričavajući razlog, o čemu će biti riječi u nastavku rada.

4. NEMOGUĆNOST ZAHTIJEVANJA PROPISANOG PONAŠANJA KAO OSNOVNI REGULATORNII PRINCIP I OPĆI NADZAKONSKI ISPRIČAVAJUĆI RAZLOG?

Stajalište da se nemogućnost zahtijevanja pravno usklađenog ponašanja treba promatrati kao opći nadzakonski ispričavajući razlog više se gotovo i ne susreće. U tom smislu može se možda učiniti kako je ova tema suvišna za raspravu. Međutim, nastanak ove doktrine vezan je i uz takva stajališta jer se ona u modificiranim oblicima mogu susresti i danas. Tako, primjerice, *Lenckner* navodi da je moguć nastanak novih, ali sadržajno ograničenih ispričavajućih razloga izvan zakonskih slučajeva, prema analogiji smanjenja neprava i krivnje. *Jescheck i Lee* također polaze od pretpostavke smanjenja neprava i krivnje koje mora biti u jednakoj mjeri kao i kod zakonski reguliranih ispričavajućih razloga.²⁴ Sličana stajališta zagovarju *Achenbach i Momsen*.²⁵ Zato *Wortmann* opravdano postavlja pitanje jesu li ti zagovornici zapravo tajne pristalice učenja o nemogućnosti zahtijevanja pravno usklađenog ponašanja kao općeg ispričavajućeg razloga, samo u manje opsežnom obliku. U ovom dijelu biti će riječi o ovom učenju kao „osnovnom regulatornom principu“, mogućnostima primjene u smislu općeg ispričavajućeg razloga ili općeg razloga isključenja krivnje te kritici u starijoj i novijoj njemačkoj kaznenopravnoj teoriji i praksi.

U starijoj njemačkoj sudskoj praksi ovo učenje primjenjivalo se najprije kroz § 54 starog njemačkog Kaznenog zakona, a bilo je predviđeno primarno za slučajeve krajnje nužde koji su afirmirali ispričavajuće ponašanje. Iz prakse *Reichsgerichta* ne može se izvoditi teza o općem ispričavajućem razlogu u smislu običajnog prava jer joj se ovaj sud izričito suprotstavio. *Reichsgericht* se 1932. godine bavio pitanjem mogu li se počinitelju namjernog kaznenog djela odobriti neki drugi ispričavajući razlozi pored onih koji su određeni zakonom. Pozivajući se, između ostalog, i na *Frankova* stajališta, izričito je naveo kako se iz pojedinih odluka ne smije izvoditi potvrda nemogućnosti zahtijevanja propisanog ponašanja kao nadzakonskog ispričavajućeg razloga kod namjernih kaznenih djela. (RGSt 66, 397).²⁶

nazivalo se «sredstvo za spašavanje iz opasnosti». Sudac je imao široku slobodu procjene. Trebao je uzeti u obzir sve stvarne i osobne okolnosti. Pravni učinak bio je ublažavanje ili oprost kazne isključivo prema odluci suda. Opisano normiranje s pravom možemo označiti rudimentom današnjih ispričavajućih razloga. Kasniji zakonici u ovom pogledu nisu na tako visokoj razini jer stanje nužde ne uvažavaju adekvatno, što nije logično obzirom na povijesno potvrđeni utjecaj koji je *Constitutio Criminalis Theresiana* dalje na njih izvršio. Vidi više, *Zuglia*, Stanje nužde, 1920., 8. Ispričavajući razlozi, prema suvremenim shvaćanjima, ne isključuju krivnju u potpunosti, nego je smanjuju u tolikoj mjeri da učinjena radnja pod danim okolnostima nije vrijedna prijekora.

24 Tako i *Jescheck: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 1988, 452. i *Lee, Entschuldigungsgründe im deutschen und koreanischen Strafrecht*, 1992., 46. *Lee* dalje navodi i *Baumanna* i *Webera* koji zagovaraju prihvaćanje nadzakonskog ispričavajućeg razloga ukoliko počinitelj trpi pritisak usporediv (sličan) kao onaj u zakonskoj odredbi.

25 Vidi *Lenckner/Sternberg-Lieben*, u *Schönke/Schröder: Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2010., Vorbem. § 32, 614., rubna bilješka 124. Isto tako, kao što je to slučaj kod krajnje nužde, neki njemački teoretičari smatraju da je u ovom smislu odlučujući motivacijski položaj kroz abnormalne vanjske okolnosti. Često se u tim raspravama podupire nadzakonski razlog isključenja krivnje pod izlikom da je zakonska odredba o ispričavajućoj krajnjoj nuždi previše uska. Naime, njemačka odredba u tom smislu trpi mnogo veća ograničenja u smislu zaštićenih pravnih dobara i kruga osoba koje se mogu štiti kod nužne pomoći negoli hrvatska odredba. Zato navode da bi se nadzakonsko ispričavajuće djelovanje moglo izvesti kroz proširenje kruga pravnih dobara. Kod nas bi takvi prigovori bili bespredmetni.

26 RGSt 66, 397, 399. «Können nach geltendem Recht bei vorsätzlichen Straftaten dem Täter andere als die im Gesetz umschriebenen Entschuldigungsgründe zugebilligt werden? Der erkennende Senat vertritt vielmehr im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte

S druge strane, *Bundesgerichtshof* dugo je izbjegavao zauzeti jedinstvenu poziciju i ponuditi nedvosmisleno opredjeljenje. U ranijim je odlukama negirao postojanje *numerus clausus* za normirane razloge isključenja krivnje smatrajući kako je pravna praksa ovlaštena i dužna razviti nova načela u području krivnje. Tek je u tzv. *Euthanasie-Fall* konačno ipak odbio prihvatiti *Unzumutbarkeit* kao opći razlog isključenja krivnje.²⁷

Ipak, korifeji normativne teorije krivnje i ispričavajućih razloga pozitivno su se očitovali o nemogućnosti zahtijevanja propisanog ponašanja kao nadzakonskog ispričavajućeg razloga. *Goldschmidt* je tako smatrao da je osnova nemogućnosti zahtijevanja drugačijeg ponašanja u psihičkoj „podlozi“, gdje se kao ispričavajući moment javlja anormalna motivacija, tipična za situacije nužde i s takvog stajališta on odobrava postojanje nadzakonskih ispričavajućih razloga (*übergesetzliche Entschuldigungsgründe*).

Pravno relevantni su samo motivi zbog kojih je u danim okolnostima kod prosječnog čovjeka nadvladan motiv dužnosti. Normalna motivacija prosuđuje se prema objektivnim mjerilima, a ne prema individualnim sposobnostima.²⁸

Mezger je nemogućnost zahtijevanja propisanog ponašanja najprije shvaćao kao opći razlog isključenja krivnje.²⁹ Taj je zanos kasnije splasnulo te je naposljetku zastupao stajalište da je bolje izbjeći definitivno oblikovanje ove doktrine radi uklanjanja opasnosti stvaranja općenite i dalekosežne isprike za radnju koja ispunjava biće kaznenog djela. Postoje autori koji se danas zalažu za uvođenje klauzule nemogućnosti zahtijevanja propisanog ponašanja kao *općeg razloga isključenja krivnje*. To zagovara, primjerice, *Jakobs*. Označavajući stajališta o neprihvatanju ove klauzule (kao općeg nadzakonskog ispričavajućeg razloga) nedosljednima, navodi da ipak postoje priznati slučajevi nadzakonske isprike ponašanja, ali bez uporišta u zakonski reguliranim slučajevima. Kao tipičan primjer on navodi ispričavajuću koliziju interesa.³⁰ *Jakobs* ističe kako je moguće prihvatiti opći razlog isključenja krivnje pod tri preduvjeta: (1) mora postojati prisilni položaj (2) koji se pri objektivnoj ocjeni djela pojavljuje kao adekvatno rješenje, (3) a počinilje za takav prisilni položaj nije odgovoran.³¹ Posebno izdvaja da se ne treba bojati pravne nesigurnosti jer klauzula nemogućnosti zahtijevanja propisanog ponašanja oblikovana na ovaj način zapravo isprav-

der Vorschriften über die Schulausschließungsgründe den Standpunkt, daß nach geltendem Recht dem Täter bei vorsätzlichen Straftaten andere als die im Gesetz umschriebenen Entschuldigungsgründe nicht zugebilligt werden können. (So auch Frank Vorbem. II 2 zum 4. Abschnitt des StGB. 18. Aufl. S. 137). Auch aus den Entscheidungen in RGSt. Bd. 58 S. 97, Bd. 60 S. 101 und Bd. 63 S. 233 darf nicht die Anerkennung eines übergesetzlichen Entschuldigungsgrundes der Nichtzumutbarkeit bei vorsätzlichen Straftaten abgeleitet werden.» Presuda od 11. studenog 1932. Tekst presuda preuzet od: Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil: Entscheidungssammlung zum Lehrbuch, CD.

27 Detaljnije vidi: Wortmann, op.cit. (bilj. 5), 41 i dalje.

28 U literaturi se ističe da je Freudenthal bio zagovornik takvog individualnog pogleda: krivnju je shvaćao kao neodobranje ponašanja konkretnog počinitelja koji se u određenoj situaciji mogao i treba drugačije ponašati. Tako, primjerice, Lee, op.cit. (bilj. 24), 43. Ipak, ne bismo se mogli složiti s tom tvrdnjom o individualnom kriteriju jer on u konačnici kao kriterij za procjenu individualnog počinitelja uzima prosječnog građanina odnosno čak svakog čovjeka pa je time kriterij neminovno proširen. Vidimo to iz sljedećeg: «Postoje li, in concreto, takve prateće okolnosti da nepočinjenju kaznenog djela odgovara takva mjera otpora koja se u normalnim okolnostima ni od koga ne može tražiti, tada nedostaje mogućnost za prijekor i prijekor za krivnju». Mogućnost zahtijevanja propisanog ponašanja za Freudenthala tvori etički element krivnje koji dolazi ravnopravno s psihičkim elementom, a to je namjera ili nehaj. Freudenthal, Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, 1922., 7.

29 «Sie entspricht dem Gedanken durch die Anerkennung der Nichtzumutbarkeit als eines allgemeinen Schulausschließungsgrundes», *Mezger*: Strafrecht, ein Lehrbuch. 1933., 370-371. Također vidi Lee, op. cit. (bilj. 24), 44.

30 U hrvatskom kaznenom pravu ovaj se prigovor rješava primjenom nadzakonske krajnje nužde kao razloga isključenja protupravnosti. Detaljnije vidi Novoselec/Bojanić, op.cit. (bilj. 1), 196.

31 „Ein allgemein Schulausschluß der Unzumutbarkeit kann also unter folgenden Voraussetzungen bestehen: (1) Es muß eine Zwangslage vorliegen, (2) die in objektiver Gewichtung die Tat als adäquate Lösung erscheinen läßt. (3) ohne daß der Täter oder der Begünstigte für die Zwangslage zuständig ist.“ *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1993., 592, rubna bilješka 45.

lja funkcionalni pojam krivnje.³² Ipak, *Jakobs* je usamljen u ovim shvaćanjima. Većina ih autora ne prihvaća.

Tako *Roxin* i *Henkel* nemogućnost zahtijevanja propisanog ponašanja smatraju potpuno ispraznim i neprikladnim kriterijem za oblikovanje materijalne osnove računanja krivnje. No priznaju korisnim razmotriti u kojoj ga je mjeri moguće iskoristiti kao regulatorni princip u kaznenopravnom učenju o krivnji.³³ Dakle, bilo je pokušaja da se krivnja odredi kroz ovu nemogućnost zahtijevanja propisnog ponašanja, ali se takvo shvaćanje u njemačkoj literaturi i sudskoj praksi takvo odbacuje.³⁴ Na isti ishod upućuje i pokušaj da se krivnja učini ovisnom o sposobnosti počinitelja ponašati se sukladno njegovoj spoznaji neprava. U poredbenom pravu postoje i mišljenja da opću klauzulu nemogućnosti zahtijevanja propisanog ponašanja treba priznati iz ustavnopravnih razloga.³⁵ No takva shvaćanja još nisu dobila veću pažnju.

Neprihvatanje općeg nadzakonskog ispričavajućeg razloga treba odobriti jer za to postoje dobri razlozi. U osnovi je prihvatljivo zauzeti stav da kazneno pravo u području krivnje treba imati mjerilo koje je „skrojeno“ prema procjeni oblikovanja volje, ali isto tako treba biti i formalizirano (utvrđeno zakonom). Krivnja, njeno postojanje i ukidanje radi primjene kaznenopravne sankcije zadaća je kaznenog prava i ne može biti ostavljeno utvrđivanju i modificiranju izvan kaznenog zakona. Postojanje nemogućnosti zahtijevanja propisanog ponašanja kao nadzakonskog ispričavajućeg razloga oslabilo bi generalnopreventivno djelovanje kaznenog prava i vodilo bi ka neujednačenosti u primjeni a time i pravnoj nesigurnosti. Osim toga, ispričavajući razlozi predstavljaju iznimke od kaznenopravnih odredbi i zasad je prihvaćeno stajalište kako nije moguća njihova šira primjena. Postoji i stajalište da se vjernost pravu može poticati čak i u teškim životnim situacijama kad se od počinitelja očekuje značajna žrtva,³⁶ ali da se tako shvaćenim neodređenim principom ne bi trebalo zadovoljiti jer su kriteriji isprike unutar slučajeva predviđenih zakonom dovoljno određeni, dok je u slučaju nadzakonske kolizije dužnosti dogmatika ipak razvila konkretne smjernice.³⁷

32 Funkcionalni se pojam krivnje određuje promatranjem krivnje kroz kategoriju potrebe generalnopreventivnog kažnjavanja. Krivnja se više ne promatra kao temelj kazne nego samo kao gornja granica odmjeravanja kazne, odnosno kao ono što ona treba biti kroz aspekt generalne i specijalne prevencije. Važno je samo je li kazna zaslužena ili nije. Funkcionalni pojam krivnje je pojam koji svoj učinak ostvaruje kroz posebnu maksimu: potreba svrhe kažnjavanja. Prihvatanje ovakvog pojma bi zahtijevalo da se ispričavajući razlozi objašnjavaju samo kroz prevenciju kao svrhu kažnjavanja. Više o tome vidi: Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrecht*, AT, 1996., 215 i 478. Za ovaj se pojam krivnje zalažu, primjerice, *Roxin*, op.cit. (bilj. 3), 182. i *Jakobs*, koji svrhu kažnjavanja dodatno određuje kao svrhu pozitivno generalnopreventivne naravi, usmjerenu na održanje općeg poštivanja normi. Vidi *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1993., 483-484, rubna bilješka 22. Iako se priznaje da generalno preventivni aspekt ima određenu ulogu kod pitanja je li djelo vrijedno kažnjavanja, smanjenje neprava i krivnje u djelu ipak su potpuno neovisni od tog kriminalno političkog pitanja. Zato *Bernsmann* s pravom ističe da je preventivna potreba kažnjavanja odveć neprecizan kriterij koji je ujedno i ovisan o subjektivnoj procjeni da bi bio uporabljiv u slučaju ispričavajućih razloga. Vidi više, *Bernsmann*, „Entschuldigung“ durch Notstand, 1989., 220.

33 *Roxin*, op.cit. (bilj. 3), 173; *Lenckner/Steinberg-Lieben* u: *Schönke/ Schröder*, op.cit. (bilj. 25), 614., *vorbem. 122/123 vor § 32*.

34 *Wessels/ Beulke*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil - Die Straftat und ihr Aufbau*, 2010., 164, rubna bilješka 451; *RGSt 66, 397*; *Jescheck/ Weigend*, op.cit. (bilj. 32), 504; *Roxin*, op.cit. (bilj. 15), § 22 rubna bilješka 139; isti autor: op.cit. (bilj. 3), 175; *Schönke/ Schröder*, op.cit. (bilj. 25), *vorbem. 122/123 vor § 32*.

35 Takvo stajalište zagovaraju *Wittig* i *Lücke*; prema *Jakobs*, op.cit. (bilj.31), 591, rubna bilješka 43.

36 *Jescheck/Weigend*, op. cit. (bilj. 32), 504, ističu kako nemogućnost zahtijevanja drugačijeg ponašanja može ograničiti kažnjivost pojedinih djela, ali se u tim slučajevima ne smije shvaćati kao opći nadzakonski ispričavajući razlog.

37 *Ibid.*, 477.

5. DOMET PRIMJENE NEMOGUĆNOSTI ZAHTIJEVANJA PROPISANOG PONAŠANJA U KAZNENOM PRAVU S NAGLASKOM NA NEHAJNI OBLIK KRIVNJE I NEČINJENJE

Da nemogućnost zahtijevanja propisanog ponašanja nije potpuno beskoristan kriterij, kako to tvrde neki od poredbenih autora, pokušat ćemo pokazati u nastavku rada.

Najprije, doktrina je svakako primjenjiva kroz procjenu stvarno učinjenog i propisanog ponašanja pojedinca. Ta su ponašanja međusobno suprotstavljena. U tom smislu ona je korisna kao smjernica za ocjenu je li počinitelj u konkretnom slučaju mogao postupiti na propisani način. S tim u vezi treba istaknuti da postoji razlika u odnosu na značenje ovog kriterija kad govorimo o načinu počinjenja djela: njegovo je značenje mnogo manje kod namjerno počinjenih djela negoli kod nehajnih i nečinjenja, obzirom da je kod potonjih kaznenih djela već tradicionalni stav da je kažnjivost ovisna o mogućnosti zahtijevanja propisanog ponašanja. Na kraju krajeva, prethodno izloženo nehajno djelo, slučaj neposlušnog konja, već je postalo školski primjer iz ovog područja. Brojni autori koriste ovaj pojam kao kriterij za postavljanje granice objektivne i/ili subjektivne dužne pažnje kod nehajnih delikata te dužnosti radnje kod nečinjenja. Ponekad se pod etiketom nemogućnosti zahtijevanja propisanog ponašanja cijela stvar reducira na skupni pojam preduvjeta kažnjivosti kod nehajnih kaznenih djela i djela nečinjenjem. I sam je *Frank* zaključio kako u području nehaja suda ostaje manevarski prostor u kojem prema slobodnoj procjeni može uzeti u obzir isključenje krivnje. Kod nečinjenja je nemogućnost zahtijevanja propisanog ponašanja priznata u nešto širem opsegu nego kod činjenja. To se opravdava time da se nečinjenje u pravilu ocjenjuje slabijim stupnjem neprava negoli aktivno poduzimanje zabranjene radnje. Nemogućnost zahtijevanja propisanog ponašanja ovdje ograničava opseg dužnosti na činjenje, pa se odražava na ispunjenje bića kaznenog djela, sudioništvo i zablude.³⁸ Dakle, pripisuje joj se ograničavajuće djelovanje u odnosu na dužnost radnje i sprečavanja posljedice. Glede nečinjenja, prema § 13. njemačkog Kaznenog zakona, određeno je da kažnjavanje nečinjenja nije pravilo već iznimka, samo onda kad počinitelj pravno garantira da posljedica neće nastupiti i kada nečinjenje odgovara ispunjenju kaznenog djela činjenjem.³⁹ Tako je već zakonskim tekstom ograničena ili sužena mogućnost zahtijevanja propisanog ponašanja, pa tek neispunjenjem ove dužnosti dolazi do kaznenopravne odgovornosti. Jednostavnije rečeno, pasivnost počinitelja postaje relevantna samo onda ako je, pored pravne obvezanosti, razumno od njega očekivati otklanjanje posljedice. S druge strane, kod pravih kaznenih djela nečinjenjem, kao što je nepružanje pomoći, ne radi se o postojanju nemogućnosti zahtijevanja propisanog ponašanja, nego o obilježju bića kaznenog djela koje služi ograničenju opće obveze na solidarno ponašanje. Tako, primjerice, čl. 123. KZ-a regulira kazneno djelo nepružanja pomoći, uvjetujući kažnjavanje za nepružanje pomoći time da je počinitelj mogao pružiti pomoć bez veće opasnosti za sebe ili drugoga. *Argumentum a contrario*, ako je ta opasnost za njega postojala, od njega se ne može zahtijevati da pruža pomoć drugome.

Kod nehajnih delikata ističe se «nadmoćnost» nemogućnosti zahtijevanja propisanog ponašanja. Ovdje se radi o općoj regulativnoj funkciji: može ograničiti potrebnu dužnu pažnju. Tu vrijedi načelo da počinitelju neće biti upućen prijekor za nehaj kad se od njega nije moglo zahtijeva-

38 Lenckner/Sternberg-Lieben u: Schönke/ Schröder, op. cit. (bilj. 25), 614, vorbem. § 32., rubna bilješka 125.

39 § 13. Njemačkog Kaznenog zakona glasi: „(1) Wer es unterläßt, einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört, ist nach diesem Gesetz nur dan strafbar, wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt, und wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht. (2) Die Strafe kann nach §49 Abs. 1 gemildert werden.“

ti ispunjenje objektivne dužne pažnje. To je načelo danas nesporno.⁴⁰ Potvrda je i nastanak ispričavajućih razloga povodom slučaja neposlušnog konja. Ipak, u poredbenoj kaznenopravnoj teoriji raspravljalo se o tome predstavlja li ova nemogućnost u području nehaja jedan općeniti nadzakonski ispričavajući razlog ili je ona ograničavajući faktor za određivanje mjere dužne pažnje koja se zahtijeva od počinitelja. Prvom se stajalištu svojevremeno priklonio *Mezger*, a drugo stajalište zagovaraju *Jescheck/Weigend*.⁴¹ Iako zagovornik načela *Nichtzumutbarkeit*, *Mezger* ipak priznaje da je potreban oprez u primjeni, odnosno da zakon treba prilagoditi pojedinačnom slučaju kao izrazu logičke nužnosti.

Smatra se da je riječ o dvostrukoj funkciji: bitno je ono što je počinitelj mogao predvidjeti i je li znao ili mogao spoznati da povrjeđuje objektivnu dužnu pažnju. U ovim se funkcijama ogleda potencijalni temelj nadzakonskog ispričavajućeg razloga jer počinitelj zbog smanjenog neprava nehaja nije ograničen na usko područje ispričavajuće krajnje nužde.⁴² Zaključno treba reći kako su nehajni i omissivni delikti, za razliku od namjernih, svakako mnogo plodnije tlo za učenje o nemogućnosti zahtijevanja propisanog ponašanja. Sami pojmovi nečinjenja i nehaja naprosto su sadržajno tako koncipirani da pružaju više prostora razvijanju takvih ideja.⁴³

6. PRAVCI KONKRETIZACIJE PREDMETNE DOKTRINE U KAZNENOM PRAVU

Pojam nemogućnosti zahtijevanja propisanog ponašanja u njemačkom kaznenom pravu ima nešto širu primjenu.⁴⁴ Ulogu ima i u sudskoj praksi gdje ga se koristi u presudama koje se tiču nužne obrane (kod procjenjivanja kriterija prijeko potrebne obrane), zatim kod prekoračenja

40 Tako Lenckner/Sternberg-Lieben u: Schönke/Schröder, vorbem. § 32., rubna bilješka 126.

41 «Als Ergebnis dieser Erwägungen ist festzustellen: der «übergesetzliche besondere Schuldausschließungsgrund der Nichtzumutbarkeit ist im Gebiete des fahrlässigen Handels anerkanntes Recht.» *Mezger*, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 1933., 373. «Die Rechtsprechung hat ferner das Maß der vom Täter persönlich zu verlangenden Sorgfalt bei der bewußten Fahrlässigkeit durch den Zumutbarkeitsgedanken eingeschränkt. Es handelt sich dabei aber nicht um einen übergesetzlichen Entschuldigungsgrund, sondern um die Begrenzung der individuellen Sorgfaltspflicht...» *Jescheck*, op. cit. (bilj. 24), 455; *Jescheck/Weigend*, op.cit. (bilj. 32), 597.

42 Lenckner/Sternberg-Lieben u: Schönke/Schröder, op. cit. (bilj. 25), vorbem. § 32, rubna bilješka 126.

43 Tako, primjerice, *Lee*, op.cit. (bilj. 24), 47.

44 U njemačkom Kaznenom zakonu nalazimo ga u više paragrafa (§§ 35, 42, 56, 68, 113, 142, 323) općeg i posebnog dijela u kojima ima različite uloge: u § 35. je odredba o ispričavajućoj krajnjoj nuždi koja se smatra polaznom točkom ovog učenja pa ju ne treba posebno analizirati; §§ 42., 56.b i 68.b tiču se kaznenopravnih sankcija. § 42. govori o olakšanom plaćanju novčane kazne (*Zahlungserleichterungen*). Naime, ako se od osuđenika, prema njegovim osobnim ili ekonomskim prilikama, ne može očekivati da odmah plati novčanu kaznu, sud će mu odrediti rok ili odobriti plaćanje u dijelovima. Kao primjer se u literaturi navodi financijska nužda ili stanje u obitelji. § 56.b govori o obavezama kod uvjetne osude (*Auflagen; Bewährung*): Sud može dodijeliti osuđeniku različite obaveze ali mu ne može postavljati zahtjeve koji se od njega ne mogu očekivati Slično je i u § 68.b st. 3., gdje su propisane obaveze kod nadzora osuđenika (*Weisungen, Führungsaufsicht*) pa sud ne smije u pogledu načina života nametati zahtjeve koje se od osuđenika ne mogu očekivati. Navodi se kako se kriteriji procjene za eventualnu nemogućnost ispunjenja ovih obaveza i zahtjeva treba prosuđivati *in concreto*. § 113. propisuje kazneno djelo sprečavanja u obavljanju službenih radnji (*Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte*), a u st. 4. navodi se da djelo nije kažnjivo ako je počinitelj bio u neotklonjivoj zabludi i od njega se nije moglo očekivati da se pravnim sredstvima brani protiv tobožnje protupravne službene radnje. Ako se to od njega moglo očekivati, sud će mu ublažiti kaznu prema vlastitoj procjeni ili od kazne odustati. Dakle, pomoću klauzule „Unzumutbarkeit“ postavlja se posebno pravilo koje služi razgraničenju relevantne od irelevantne zablude glede protupravnosti službene radnje. § 142. propisuje kazneno djelo nedopuštenog udaljavanja od mjesta nesreće (*Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort*). Između ostalog, nalaže se da počinitelj mora svoje vozilo staviti na raspolaganje ozlijeđenom unutar vremena koje se od njega može zahtijevati. § 323. propisuje nepružanje pomoći (*Unterlassene Hilfeleistung*) i određuje da će se kazniti onaj tko pri nesrećama ili općoj/javnoj opasnosti ili nuždi ne pruži pomoć iako je pomoć potrebna i od počinitelja se, prema okolnostima, može očekivati, a osobito ukoliko mu ne prijete značajnija opasnost ili povreda neke važnije dužnosti. Usp. prema Schönke/Schröder: op. cit. (bilj. 25).

granica nužne obrane te kod ispričavajuće krajnje nužde.⁴⁵ Ipak, određeno preciziranje svakako možemo dobiti čim spojimo ovu klauzulu s konkretnim ponašanjem počinitelja odnosno s okolnostima u kojima se našao. Već smo se dotakli shvaćanja ove doktrine u smislu općeg regulatornog principa, čime se umanjuje njena vrijednost. Radi se o stajalištima prema kojima ona predstavlja mjerilo koje ne služi isključenju krivnje niti primjeni ispričavajućih razloga, već pokazuje put sudovima u donošenju odluke. Dakle, radi se o shvaćanju da je riječ o pomoćnom sredstvu.

Mnogi su kaznenopravni autori uz nemogućnost zahtijevanja propisanog ponašanja vezali različite konotacije: *Oetker* piše o beznačajnom pomoćnom sredstvu koje više stvara zagonetke nego ih rješava, *Coenders* da je riječ o mutnom i općenitom pojmu, *Achenbach* da se radi o sadržajnoj praznini, a *Henkel* drži da mogućnost zahtijevanja nikako nije normativni pojam nego regulatorni princip, koji je potpuno bezvrijedan. *Claus Roxin* smatra kako jedan takav besadržajni kriterij uopće ne može predstavljati materijalnu podlogu krivnje i da ne dolazi u obzir kao normativni princip.⁴⁶ Zato *Wortmann* s pravom zaključuje da se ne može poreći kako pojam (ne)mogućnosti zahtijevanja propisanog ponašanja zapravo ništa ne govori o tome što to pravo od počinitelja zahtijeva i koje vrste i jačine moraju biti okolnosti da bismo mogli ponašanje počinitelja ocijeniti kao jedino moguće.⁴⁷

Danas prevladava shvaćanje da je nemogućnost zahtijevanja propisanog ponašanja osnova primjene ispričavajućih razloga. U konačnici, promišljanja autora o ovoj temi imaju za polazište regulaciju ispričavajuće krajnje nužde. Isto tako, većina se autora ne ograničava samo na problematiku krajnje nužde. Postoje stajališta prema kojima je ovaj institut samo jedan dio doktrine o nemogućnosti zahtijevanja propisanog ponašanja.⁴⁸

U cilju preciznijeg promišljanja o ovoj doktrini, konkretno postupanje počinitelja treba promatrati kroz četiri osnovne smjernice: je li se on *mogao* drugačije ponašati; je li se *trebao* drugačije ponašati; bi li neka druga osoba (generalni kriterij) na njegovu mjestu jednako postupila (individualni kriterij). Nedostatak mogućnosti postupanja tj. prvi kriterij mogućnosti (*können*) može se promatrati kao jedinstveni faktor prosudbe ili pak kao dio sintagme, spojen s potrebom drugačijeg ponašanja, odnosno „trebanja“ (*sollen*). Uz ovo se pojavljuje i pitanje individualnog i generalnog kriterija. Obzirom da je primjena zasebnih kriterija podložna opravdanoj kritici, uveden je mješoviti kriterij: individualno-generalno mjerilo po *Goldschmidtu* je prosječno ponašanje u individualnoj situaciji (*das Durchschnittsverhalten in der individuellen Situation*).⁴⁹ U poredbenim se sustavima koriste različite inačice ovog kriterija, no podrobna analiza suvremenih zakonskih i dogmatskih izričaja doktrine *Unzumtbarkeit* bit će tema nekog drugog rada.

45 Detaljno vidi Wortmann, op. cit. (bilj. 5), 17-19.

46 Roxin, op.cit. (bilj. 3), 173; Svakako je zanimljivo Henkelovo stajalište koji pojmu „Unzumtbarkeit“ bezrezervno dodjeljuje sekundarnu i pomoćnu ulogu. On dijeli ovu generalnu klauzulu na normativnu i regulativnu. Normativna sadrži određenu vrijednost i mjerilo procjene djelujući kao zakonodavna smjernica kod donošenja odluka anticipirajući time sudačku odluku. Regulativna ne sadrži niti vrijednost niti mjerilo procjene te je potpuno lišena utjecaja na konkretnu sudačku odluku i ne može predvidjeti ishod pojedinog slučaja. Vidi više Henkel, Zumtbarkeit und Unzumtbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, Festschrift für Edmund Mezger, 1954, 250 i dalje.

47 Wortmann, op.cit. (bilj. 5), 19-20.

48 Siegart se, primjerice, opredijelio za najuže shvaćanje u ovom smislu, za zakonski reguliranu krajnju nuždu ograničenu na određena pravna dobra koja je specifična za njemačko zakonodavstvo; Freudenthal je, s druge strane, ekstenzivno poimao obilježja nemogućnosti zahtijevanja propisanog ponašanja. Takvim smatra ponašanje primalje koja je višestruko umjesto nedjelje navodila ponedjeljak kao dan rođenja djeteta jer su rudari to zahtijevali od nje prijeteći bojkotom, obzirom da su u slučaju rođenja prinove imali pravo na slobodan dan. Ili kod putnika koji je imao niske mjesečne prilohode pa je na račun poslodavca pisao veće izdatke za putovanja, odjeću, smještaj i u konačnici potkrađao novac.

49 Wortmann, op.cit. (bilj. 5), 38.

Dakle, svaki od kriterija za sebe ne može ostvariti zadovoljavajući ishod. Čini se ispravnim poći od kombinacije kriterija pri čemu se generalni kriterij treba primijeniti na situaciju u kojoj se nalazi počinitelj, a individualni na njegovo reagiranje odnosno sposobnost reagiranja u toj situaciji. Prilog tome je i kritika *Von Webera* da isključiva primjena kriterija „prosječnog građanina“ slabo može pomoći iz razloga što se radi o „difuznom“ obilježju koje se teško utvrđuje.

Slijedom izloženog možemo reći kako nemogućnost zahtijevanja propisanog ponašanja ima određeno praktično značenje koje zasigurno ne slijedi *Henkelovu* karakterizaciju principa bez sadržaja i vrijednosnog mjerila. Predbacivanje ispraznosti ne izvire iz te doktrine *per se*, nego se krije u propisivanju interesnih kolizija koji s moralnog aspekta ne moraju imati jasno rješenje, a s kaznenopravnog aspekta ne mogu se svoditi na jedan zajednički nazivnik jer se radi o heterogenim stanjima nužde. Možemo konstatirati da dobiva svoj samostalni pravni značaj, specifičan za područje krivnje, spajajući se sa zakonskim odredbama o krajnjoj nuždi i prekoračenju granica nužne obrane, u onom dijelu u kojemu se ti instituti označavaju kao ispričavajući. U oba se pak instituta krivnja spušta ispod one granice koja je kaznenopravno relevantna.

7. ZAKLJUČAK

Kaznene su odredbe ozakonile dotad nepoznatu mogućnost isprike počiniteljevog ponašanja kroz institut ispričavajućih razloga. Njihova je primjena moguća uz prethodnu ocjenu o nemogućnosti zahtijevanja drukčijeg ponašanja u cilju eliminacije prijekora za počinjenu protupravnu radnju. Ovaj dogmatski *novorum* već tradicionalno postoji u nekim poredbenim sustavima, poglavito u njemačkom, austrijskom i švicarskom kaznenom pravu. Rasprava o ovoj doktrini najviše je razvijena u njemačkoj kaznenopravnoj dogmatici, no unatoč tome, postoje neka otvorena pitanja. Smjerovi tumačenja mogu biti različiti: od ekstenzivnog tumačenja u smislu nadzakonskog ispričavajućeg razloga pa sve do vrlo restriktivnog unutar kojeg se govori o pomoćnom sredstvu za donošenje odluke. Suvremena shvaćanja ipak odbacuju ove ekstreme te se prihvaća da je riječ o ocjeni počiniteljeva ponašanja kao temelju primjene ispričavajućeg razloga. Potvrda su tog stajališta različite modifikacije ove doktrine koje su dio modernih zakonskih i dogmatskih izričaja poredbenih kaznenopravnih sustava. Hrvatski izričaj ove doktrine može se poboljšati sintagmom nemogućnost zahtijevanja propisanog ponašanja jer bolje obuhvaća njen stvarni smisao. Ona ima posebnu ulogu kad je riječ o nečinjenju kao načinu počinjenja djela te nehajnim deliktima. Specifična konstrukcija ovih djela omogućava dublju razradu i razvijanje ove doktrine. Unatoč prigovorima nekih autora da se radi o neodređenoj pravnoj formi, nemogućnost zahtijevanja propisanog ponašanja moguće je konkretizirati nekim smjernicama, no treba imati na umu da njezino temeljno značenje dobivamo tek spajanjem s ponašanjem *in concreto*.

POPIS LITERATURE:

1. Babić, M.: Krajnja nužda u krivičnom pravu, doktorska disertacija, Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu, 1983.
2. Bernsmann, K.: „Entschuldigung“ durch Notstand, Köln/Berlin/Bonn/München, 1989.
3. Eser, A.: Justification and Excuse: A key issue in the Concept of Crime u: Eser/Fletcher (Hrsg): Rechtfertigung und Entschuldigung, Rechtsvergleichende Perspektiven I., Freiburg im Breisgau, 1987.
4. Frank, S.: Teorija Kaznenog prava po Krivičnom zakoniku od godine 1951., opći dio, Školska knjiga, Zagreb, 1955.
5. Freudenthal, B.: Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, Tübingen, 1922.
6. Goldschmidt, J.: Der Notstand, ein Schuldproblem, Österreichische Zeitschrift für Strafrecht 4, 1913.
7. Hansen-Kokoruš, Matešić et al., Deutsch-Kroatisches Universalwörterbuch, 2005.
8. Henkel, H.: Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, Festschrift für Edmund Mezger, München/Berlin, 1954.
9. Jakobs, G.: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch, 2. neuarbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1993.
10. Jescheck H.-H.; Weigend T.: Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil, Duncker&Humboldt, Berlin, 1996.
11. Jescheck, H.-H.: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. vollständig neuarbeitete und erweiterte Auflage, Duncker&Humboldt, Berlin, 1988.
12. Lee, Y.-S.: Entschuldigungsgründe im deutschen und koreanischen Strafrecht, doktorska disertacija, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau, Band S 32, 1992.
13. Mezger, E.: Strafrecht, ein Lehrbuch. Zweite Auflage, Duncker&Humboldt, München und Leipzig, 1933.
14. Novoselec, P.: Sloboda, krivnja i krivično pravo, Zagreb, 1987.
15. Novoselec, P.; Bojanić, I.: Opći dio kaznenog prava, četvrto izmijenjeno izdanje, Zagreb, 2013.
16. Roxin, C.: «Schuld» und «Verantwortlichkeit» als strafrechtliche Systemkategorie, Festschrift für Heinrich Henkel, Berlin/New York, 1974.
17. Roxin, C.: Höchsterliche Rechtsprechung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts, 100 Entscheidungen für Studium und Examen, 1998.
18. Roxin, C.: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, München, 2006.
19. Schönke, A.; Schröder, H. (Hrsg): Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2010.
20. Srzentić, N.; Stajić A.: Krivično pravo Federativne Narodne Republike Jugoslavije, opšti deo, treće dopunjeno i izmijenjeno izdanje, Suvremena administracija, Beograd, 1961.
21. Turković, K., et.al. Komentar Kaznenog zakona (i drugi izvori novog hrvatskog kaznenog zakonodavstva), Narodne novine, Zagreb, 2013.
22. Wessels, J.; Beulke, W.: Strafrecht Allgemeiner Teil: die Straftat und ihr Aufbau, Entscheidungssammlung zum Lehrbuch, CD-ROM, 2010.
23. Wortmann, L.: Inhalt und Bedeutung der „Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens“ im Strafrecht, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden- Baden, 2002.
24. Zuglia, S.: Stanje nužde, Tisak štamparije Fr. Pavla Pleitza, Veliki Bečkerek, 1920.

Barbara Herceg Pakšić, Ph. D. Senior Assistant, Faculty of Law Osijek

CONCEPTUAL DEFINITION AND THE SCOPE OF INABILITY TO DEMAND DIFFERENT BEHAVIOR WITHIN THE SYSTEM OF GROUNDS OF EXCUSE IN THE CRIMINAL LAW

Summary

This paper presents a conceptual definition of inability to demand different behavior as a new doctrine in Croatian criminal law. This doctrine represents the base ground for application of grounds of excuse, which were introduced by the new Criminal Code. Paper includes the formation, affirmation and development of this doctrine, emphasizing the specific role within the omission and negligence. The author also provides a proposal for more precise linguistic expression as well as guidelines for more adequate interpretation of this doctrine in the future.

Keywords: criminal law, culpability, grounds of excuse, inability to demand different behavior

Dr. Barbara Herceg Pakšić, Assistentin der Fakultät für Rechtswissenschaften der Josip-Juraj-Strossmayer-Universität in Osijek

BEGRIFFSBESTIMMUNG UND ANWENDUNGSBEREICH DES UNZUMUTBARKEIT NORMGEMÄßEN VERHALTENS IN DER ENTSCHULDIGUNGSGRÜNDENSYSTEM DES STRAFRECHTS.

Zusammenfassung

Diese Beitrag stellt eine konzeptionelle Definition des Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens als eine neue Doktrin in der kroatische Strafrecht. Diese Lehre stellt die Basis für die Anwendung die Entschuldigungsgründen dar, die durch das neue Strafgesetzbuch eingeführt wurden. Der Beitrag beinhaltet das Bildung, Affirmation und Entwicklung dieser Lehre, betont die besondere Rolle innerhalb der Unterlassungs- und Fahrlässigkeitsdelikten. Die Autorin stellt auch der Vorschlag für die genauere sprachliche Ausdruck sowie Richtlinien für angemessenere Interpretation dieser Lehre in der Zukunft.

Schlagwörter: der Strafrecht, die Schuld, die Entschuldigungsgründen, Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens