

Dr. sc. Barbara Herceg Pakšić*

ZAKONSKA REGULACIJA I PRAVNA PRIRODA PREKORAČENJA GRANICA NUŽNE OBRANE KAO ISPRIČAVAJUĆEG RAZLOGA *DE LEGE LATA ET DE LEGE FERENDA*

Promijenjenom koncepcijom krivnje u Kaznenom zakonu, zbog emanacije normativnih teorija krivnje, u opći dio hrvatskog kaznenog prava uvedena su dva ispričavajuća razloga. Njima se, ukoliko su zadovoljeni zakonski preduvjeti, pripisuje učinak eliminacije krivnje, a time i nepostojanja kaznenog djela. Prvi takav razlog jest ispričavajuća krajnja nužda, a drugi je prekoračenje granica nužne obrane. U tom smislu nije kriv onaj tko je granice nužne obrane prekoračio „zbog ispričive jake prepasti prouzročene napadom“. Time je odredba donijela znatnu promjenu u odnosu na prethodno uređenje, koje nije poznavalo takav pravni učinak. Osnovni problem regulacije tog ispričavajućeg razloga odnosi se na selektivno privilegiranje određenih afektnih situacija i ekscesa. Iako su konstrukciji te nove odredbe kao uzor poslužile relevantne odredbe poredbenih kaznenih zakonodavstava, treba reći kako o njima ne postoji consensus omnium unutar kaznenopravne teorije. U prvom redu to se odnosi na odredbu § 33. njemačkog Kaznenog zakona, koja, iako se smatra ispričavajućim razlogom, svojim specifičnim zakonskim izričajem opravdano ostavlja mjesta i drugačijem tumačenju ekscesnog ponašanja tog tipa. Rad se bavi analizom pozitivne hrvatske kaznenopravne odredbe o prekoračenju granica nužne obrane kao ispričavajućem razlogu u kontekstu mogućih poboljšanja predmetne regulacije de lege ferenda.

1. UVODNE NAPOMENE O NEKIM ZNAČAJKAMA PREKORAČENJA GRANICA NUŽNE OBRANE

U funkciji kraćeg uvoda u materiju i s ciljem koherentnijeg prikaza ovog hrvatskog ispričavajućeg razloga najprije valja reći nešto o pojmu prekorače-

* Dr. sc. Barbara Herceg Pakšić, viša asistentica Pravnog fakulteta Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku

nja granica nužne obrane. Pritom se nećemo upuštati u dublje analize vezane uz određene elemente o kojima su već napisane dovoljno detaljne znanstvene rasprave.

Nužna obrana kao obrana prijeko potrebna da se od sebe ili od drugoga odbije istodobni ili izravno predstojeći protupravni napad predstavlja jedan od najrazrađenijih kaznenopravnih instituta te ujedno i najvažniji razlog isključenja protupravnosti. Ta je činjenica danas nesporna. Radi se o situaciji u kojoj dopuštajuća ili permisivna norma poništava učinak zabranjujuće ili prohibitivne norme, pod uvjetom da napadnuti postupa s obrambenom voljom (*Verteidigungswille*).¹ Unutar povijesnog razvoja ovog instituta može se primijetiti svojevrsno ograničavanje na određena dobra i određene vrste napada.² S obzirom na daljnji tijek izlaganja, zanimljivo je istaknuti kako je nužna obrana u sustavu *common law* od 13. do 16. stoljeća zapravo predstavljala razlog isključenja krivnje. To je izvršeno kroz institut *se defendendo*, na koji se počinitelj pozivao u slučaju napada pred kojim je uzmicao sve dok nije bio primoran primijeniti obrambenu silu. U 19. stoljeću počelo se više razmišljati o osnovi nekažnjivosti tog instituta, pa je tako, među ostalim, postojao i jedan vrlo subjektivan pristup da se napadnuti u trenutku obrane nalazi u stanju neubrojivosti, koja isključuje njegovu krivnju.³ Definicija nužne obrane smatra se jednom od „najuspjelijih definicija u kaznenom pravu uopće“.⁴ Međutim to ne treba biti zapreka konstantnom razvijanju tog instituta te pojedinih njegovih „derivata“ sa samostalnim pravnim učincima. *A priori* to je prekoračenje granica nužne obrane, koje, ovisno o obliku, ima različite posljedice.

Što točno znači prekoračiti granice nužne obrane? Beskorisno bi bilo prekoračenjem označiti svaku radnju koja se ne može opravdati nužnom obranom. U cilju određivanja dopuštene obrane, odnosno ekscesa, najprije treba odrediti preduvjete i granice nužne obrane. Hrvatski Kazneni zakon⁵ u članku 21. ne govori ništa o značenju tog pojma niti opisuje počiniteljevo ponašanje koje bi udovoljavalo smislu odredbe, nego samo određuje pravni učinak (i to dvostruko: mogućnost ublažavanja kazne u st. 3. i isključenje krivnje u st. 4.). Takav

¹ Ovo je nepisani subjektivni element isključenja protupravnosti, jer ako na strani napadnutog nema te obrambene volje pa je otklanjanje napada objektivna posljedica radnje, napadnuti nema pravo na nužnu obranu. To je danas vladajuće mišljenje i takav zahtjev nalazimo i u hrvatskoj literaturi. Usp. Novoselec/Bojanić, *Opći dio kaznenog prava*, 2013, str. 177. Međutim sporno je mora li se subjektivnim elementom označiti isključivo obrambena volja ili je dovoljno da na strani napadnutog postoji svijest ili spoznaja o situaciji nužne obrane u kojoj se nalazi.

² Za kratak povijesni razvoj prava na nužnu obranu usp. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2006, 657.

³ Bojanić, *Prekoračenje granica nužne obrane*, 1999, 4-5.

⁴ Novoselec/Bojanić, *op. cit.* (bilj. 1), 167.

⁵ *Narodne novine* 125/11, 144/12 (dalje u tekstu: KZ).

neodređeni zakonski izričaj nije rijetkost. Ni njemački (§ 33.) ni švicarski KZ (Art. 16.) ne sadrže pobliže određenje prekoračenja. S druge strane u austrijsko su rješenje (§ 3.) uključene određene smjernice: radi se o „prekoračenju opravdane obrane“ ili „korištenju očigledno neprikladne obrane“. S obzirom na takvu situaciju, neodređeni je zakonski tekst nužno dopunjen tumačenjima kaznenopravne znanosti i sudske prakse.

Pravni poredak stavlja pred počinitelja tešku zadaću da u položaju nužne obrane, unatoč postojanju napada, mora odabrati najblaže sredstvo obrane. Radi se zapravo o zapovijedi očuvanja promišljenosti, opreza i vjernosti pravnom poretku u situaciji u kojoj se vrlo lako može izgubiti samokontrola. Razumijevanje za počinitelja u takvoj situaciji zakonodavac je pokazao kroz uvođenje ublažavanja kazne za prekomjerno postupanje, a taj je pravni učinak uveden još u 19. stoljeću.⁶ Prekoračenjem granica nužne obrane (*Notwehrüberschreitung*) počinitelj izlazi izvan onoga što je *pravno dopušteno*, i to na više načina: prekoračenjem mjere potrebne obrane (uzvrća težim sredstvom, a imao je na raspolaganju blaže), prekoračenjem vremenskih granica (reagira na napad prerano ili prekasno) te prekoračenjem prostornih granica nužne obrane (obrambenom radnjom pogađa treću nesudjelujuću osobu).

Danas su u pogledu prekoračenja nužne obrane zamislive dvije situacije, koje se nazivaju intenzivni i ekstenzivni eksces.⁷ U obje situacije nema isključenja protupravnosti, nego ekscesna ponašanja počinitelja imaju različite pravne učinke. U odnosu na KZ/97 postoji razlika vezana uz afekt jake razdraženosti: više nema mogućnosti oslobođenja od kazne. Novo uređenje ovdje predviđa postojanje kaznenog djela uz ublažavanje kazne. Postojanje ispričive jake prepasti podloga je ispričavajućeg razloga koji isključuje postojanje kaznenog djela jer nema krivnje.

2. INTENZIVNI EKSCES ILI INTENZIVNO PREKORAČENJE GRANICA NUŽNE OBRANE: OBILJEŽJA, PRAVNI UČINCI I POREDBENA REGULACIJA

Intenzivni je eksces situacija u kojoj napadnuti primijeni obranu koja nije bila prijeko potrebna iz razloga što je precijenio jačinu napada ili je upotrijebio teže sredstvo od onoga koje mu je bilo na raspolaganju.⁸ Naziva se intenziv-

⁶ Takva je bila regulacija § 41. pruskog Kaznenog zakonika iz 1851. Cf. Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1996, 491.

⁷ Ekstenzivni eksces nije prekoračenje u smislu zakona, što ne znači da on nema nikakve učinke, no o opravdanosti takva stajališta raspravljat ćemo u dijelu u kojem se bavimo tom vrstom ekscesa.

⁸ Novoselec/Bojanić, *op. cit.* (bilj. 1), 181.

ni eksces jer obrana po svojem intenzitetu, odnosno jačini, premašuje napad, tj. počinitelj izlazi izvan mjere dopuštene obrane (lat. *moderamen inculpatae tutelae*; njem. *über das Maß der zulässigen Verteidigung hinausgeht*). Utvrđivanje granice prijeko potrebne obrane s pravom se smatra važnom *aporijom* u praktičnoj primjeni instituta nužne obrane, jer se radi o postupku u kojem bi trebalo povući granicu između prava i neprava. Do danas nema univerzalne formule koja bi vrijedila za sve moguće situacije prekoračenja u ovom smislu, nego je nužnost obrambene radnje i prekoračenje granica dopuštenog *quaestio facti*. Sukladno tome mjera dopuštene obrane ocjenjuje se od slučaja do slučaja, naravno, uz uvažavanje određenih smjernica. U tome pomažu obrazloženja sudskih presuda.⁹ U ovom radu nećemo se detaljno baviti analizom svih pojedinih segmenata utvrđivanja prijeko potrebne obrane, nego u prvom redu onih koji su važni za ispričavajući učinak prekoračenja granica nužne obrane.

Situacija nužne obrane (*die Notwehrlage*) ravna se prema postojećem protupravnom napadu. Četiri su nužna preduvjeta ekscesa kao ispričavajućeg razloga: postojanje protupravnog¹⁰ napada,¹¹ obrana koja nije prijeko potrebna, astenički afekt određene vrste te uzročno-posljedična veza između afekta i ekscesa.

Nadalje, KZ ne ograničava pravna dobra protiv kojih napad mora biti upravljen. Slijedi da i prekoračenje granica nužne obrane ne trpi ograničenja u tom smislu. Obranom se može otklanjati napad na svako pravno dobro koje uživa pravnu zaštitu. U tom je pogledu regulacija hrvatskih ispričavajućih razloga posve jednaka: sva su dobra prikladna za zaštitu potencijalno ispričavajućim ponašanjem.¹²

⁹ Za analizu nekih predmeta sudske prakse u pogledu ocjene dopuštene obrane: Bojanić, *op. cit.* (bilj. 3), 17-22.

¹⁰ Protupravnim se ocjenjuje ono ponašanje koje predstavlja ugrožavanje pravnih dobara, a pravni ga poredak ne može prihvatiti kao nužan za društveni život prilikom procjene svih ugroženih i zaštićenih interesa i pravnih dobara. Ta pravna dobra mogu potjecati iz bilo kojeg područja, primjerice iz građanskog prava. Dakle napad je protupravan kad objektivno stoji u proturječju s pravnim poretom. Perron u: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2010, 628.

¹¹ Napad je svako ljudsko ponašanje kojim se, činjenjem ili nečinjenjem, mogu povrijediti ili ugroziti pravno zaštićeni interesi. On mora biti protupravan te istodoban ili izravno predstojeći. Napad se shvaća kao čisto objektivna činjenica te i djeca ili neubrojive osobe mogu biti napadači. Takva situacija, doduše, podliježe strožoj procjeni jer se postavljaju određena ograničenja pravu na nužnu obranu. Više o tom: Fischer, *Die straflose Notwehrüberschreitung*, 1971, 3. S obzirom ne to da nije dopuštena obrana protiv napada koji se tek planiraju ili su završili, zakon izričito traži da napad bude istodoban ili izravno predstojeći. U njemačkom se KZ-u upotrebljava termin *gegenwärtig*, što se obično prevodi kao trenutačan, prisutan ili sadašnji. Tom opisnom pridjevu napad mora odgovarati od početka pa sve do završetka. Trenutačan je onaj napad koji neposredno predstoji ili se upravo događa ili još traje; budući ili tek završeni napadi ne udovoljavaju više ovom zahtjevu.

¹² U drugim kaznenopravnim sustavima nije tako. Primjerice njemački sustav postavlja ograničenje dobara za ispričavajuću krajnju nuždu, dok za ispričavajuće prekoračenje granica nužne obrane to ne čini.

Zahtjev za nužnom ili prijeko potrebnom obranom ne bavi se pitanjem je li obrana generalno potrebna, treba li napadnuti izbjegavati napad ili ga u slučaju nemogućnosti izbjegavanja pretrpjeti. Na to nas upozorava i zakonski izričaj, koji prijeku potrebu obrane veže samo uz otklanjanje napada te ne postavlja daljnja ograničenja ili isključenja za pojedine slučajeve. Prijeko potrebna obrana obuhvaća kako čisto defenzivno otklanjanje napada tako i obranu u obliku protunapada. S jedne strane mora biti prikladna za otklanjanje napada, a s druge strane predstavljati relativno najblaže sredstvo.¹³ Udovoljava li obrana tim uvjetima ili ne, procjenjuje se *ex ante* objektivnom prognozom prema okolnostima pojedinog slučaja, s tim da se kod procjene prikladnosti ne bi trebali postavljati previše visoki zahtjevi. Načelu prikladnosti odgovarat će ona obrana koja se može očekivati prema intenzitetu napada.

2.1. Mogući pravni učinci intenzivnog prekoračenja granica nužne obrane

Zakonske odredbe o prekoračenju granica nužne obrane primjenjuju se samo na intenzivno prekoračenje. Takav je stav prihvaćen i od strane teorije i od strane sudske prakse. Ovaj eksces veže na sebe dva različita pravna učinka: počinitelj se može blaže kazniti ili mu krivnja može biti isključena ukoliko je eksces počinio zbog ispričive jake prepasti prouzročene napadom.

Prvi je mogući učinak fakultativno ublažavanje kazne. Novoselec/Bojanić navode kako je ono predviđeno zbog počiniteljeve ublažene krivnje. Zakon naime uvažava činjenicu da napadnutom zbog kratkog vremena koje ima na raspolaganju nije lako procijeniti vrstu i mjeru obrane koja je prijeko potrebna, pa ima razumijevanja za njegovu pogrešnu procjenu.¹⁴ Ta je mogućnost ublažavanja kazne predviđena za prekoračenje granica nužne obrane kad počinitelj djeluje bez utjecaja afekata i kad djeluje pod utjecajem steničkih afekata ili pak drugih asteničkih afekata osim ispričive jake prepasti. Hrvatsko rješenje, koje na taj način ipak vrednuje i druge afekte osim prepasti te jednako tako djelovanje bez afekta, treba ocijeniti prikladnim jer uvažava posebnost situacije u kojoj se počinitelj nalazi.

¹³ Za određenje obrane kao relativno najblažeg sredstva mjerodavni su višestruki faktori. S jedne strane radi se o jačini i opasnosti napada, a s druge strane o sredstvima i mogućnostima obrane koji napadnutom stoje na raspolaganju, kao i njihov izgled za uspjeh. Naravno, uvijek treba uzeti u obzir sveukupne okolnosti „konkretne borbene situacije“ (*die konkrete Kampflage*). Kod ove vrste ekscesa radi se o tome da obrana ne udovoljava kriteriju prijeko potrebe jer joj nedostaju sve ili neka od prethodno spomenutih obilježja. Praktično, to će značiti sljedeće: ili je napadnuti odabrao pogrešno sredstvo obrane ili tu obranu nije pravilno „dozirao“. Detaljnije o tom: Perron u: Schönke/Schröder, *op. cit.* (bilj. 10), 632-633.

¹⁴ Novoselec/Bojanić, *op. cit.* (bilj. 1), 182.

Za razliku od navedene odredbe hrvatskog KZ-a, odredba o prekoračenju nužne obrane iz § 33. njemačkog KZ-a ne spominje nikakvo ublažavanje kazne za počinitelja. Iz toga slijedi da njemačka odredba u pogledu intenzivnog prekoračenja granica nužne obrane poznaje ili nekažnjivost na temelju postojanja ispričavajućeg razloga kad je riječ o određenim, izričito navedenim afektima ili pak kažnjavanje počinitelja u punom opsegu.¹⁵ Rješenje prema kojem zakonodavac ne pokazuje baš nikakvo razumijevanje za počinitelja koji se neskrivljeno našao u situaciji koja od njega zahtijeva poduzimanje obrambene radnje ne smatramo prikladnim.

Austrijski KZ određuje kažnjavanje za prekoračenje granica nužne obrane ukoliko prekoračenje počiva na nehaju, a nehajno je djelo zapriječeno kaznom.¹⁶ O ublažavanju kazne ne govori se. Namjerno prekoračenje smatra se, kao i u njemačkoj odredbi, ispričavajućim razlogom. Dakle, ukoliko su zadovoljeni svi predviđeni uvjeti, tada će doći do nekažnjivosti namjernog delikta, no postoji mogućnost kažnjavanja kroz dvostruko uvjetovanu nehajnu odgovornost (*doppelt bedingte Fahrlässigkeitshaftung*). Sadržaj takva priekora svodi se na to da bi pažljiv ili savjestan čovjek u situaciji u kojoj se našao počinitelj ipak svladao svoje strahove na odgovarajući način, odnosno ne bi dopustio da ga afekti toliko obuzmu. Ako je svladao afekte, onda je poštovao zahtjev pravnog poretka i prepoznao granice svoje ovlasti na nužnu obranu te prema njima uskladio svoje ponašanje.¹⁷ Takva nam se odredba čini disparatnom i nesvrhovitom, a kritiziraju je i neki austrijski autori. Nemogućnost zahtijevanja propisanog ponašanja trebala bi vrijediti i za nehajno prekoračenje nužne obrane. Ako zakon već dopušta ispriku onome koji je prekoračio granice nužne obrane zbog prepasti, straha ili užasa, onda mu ne može predbacivati zašto se u takvoj situaciji nije svladao i ograničio na dopuštenu obranu. Treba dodati da je to rješenje i neopravdano strogo jer se nemogućnost počiniteljeva propisanog djelovanja u konačnici ravna prema obliku krivnje s kojim je postupao. Takvo „skretanje“ na nehajni delikt zbog skrivenog nehajnog prekoračenja osobito može poslužiti sudskoj praksi kod dvojbenih situacija nužne

¹⁵ „§ 32. (1) Wer eine Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist, handelt nicht rechtwidrig. (2) Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden.“ „§ 33. Überschreitet der Täter die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken, so wird er nicht bestraft.“ Schönke/Schröder, *op. cit.* (bilj. 10), 617 i 650.

¹⁶ „§ 3. (2) Wer das gerechtfertigte Maß der Verteidigung überschreitet oder sich einer offensichtlich unangemessenen Verteidigung bedient, wenn dies lediglich aus Bestürzung, Furcht oder Schrecken geschieht, nur strafbar, wenn die Überschreitung auf Fahrlässigkeit beruht und die fahrlässige Handlung mit Strafe bedroht ist.“ www.jusline.at. (posjećeno 6. 1. 2015.).

¹⁷ Fuchs, *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 1997, 212; Triffterer, *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1994, 288.

obrane, gdje postaje izlaz u slučajevima nesigurnosti. Čini se kako ta odredba služi upravo takvoj „rezervnoj“ primjeni.

Najzad, švicarsko rješenje izričito predviđa ublažavanje kazne zbog prekoračenja granica nužne obrane.¹⁸ U literaturi se navodi da je upravo navedena odredba poslužila kao uzor hrvatskoj odredbi.¹⁹ Švicarski model kod uređenja pravnih učinaka prekoračenja nužne obrane razlikuje ublažavanje kazne kao opću posljedicu prekoračenja i prekoračenje kao ispričavajući razlog ako su ispunjene određene pretpostavke. Prema vladajućem mišljenju u švicarskoj literaturi, temeljem ublažavanja kazne smatra se smanjeno nepravo djela, pri čemu se još dodatno uzima u obzir da je napadutoj osobi često teško odlučiti koje je sredstvo s jedne strane nužno i prikladno, a s druge strane dovoljno učinkovito za otklanjanje napada, pogotovo uz činjenicu da su za odluku ostavljene sekunde.²⁰ To je istovrsno objašnjenje kao i ono koje nalazimo u hrvatskoj literaturi. Glede pravnih učinaka prekoračenja nužne obrane u švicarskom i hrvatskom pravu, postoje i dvije razlike. Prvo, švicarsko rješenje predviđa mogućnost isprike i za onog počinitelja koji postupa iz razdraženosti (*Aufregung*), dakle vrednuje i stenički afekt. Drugo, ublažavanje kazne prema švicarskom KZ-u obligatorno je, dok je kod nas fakultativno. Postojeće hrvatsko rješenje u pogledu fakultativnog ublažavanja kazne za djela učinjena u prekoračenju granica nužne obrane smatramo prikladnim jer pokazuje opravdano razumijevanje za položaj u kojemu se osoba nalazi, kao i vrednovanje činjenice da je poduzeta obrambena radnja motivirana protupravnim napadom žrtve. Odredba je oblikovana uz uvažavanje činjenice da u specifičnim slučajevima počinitelj ne zaslužuje blagost, stoga je dobro da je ublažavanje samo opcija.

Drugi je učinak isključenje krivnje za intenzivno prekoračenje granica nužne obrane uzrokovano asteničkim afektom ispričive jake prepasti. Analizirani poredbeni sustavi također privilegiraju određene asteničke afekte kao temelje ispričavajućeg učinka. Kad sud utvrdi da su ispunjene pretpostavke iz čl. 21. st. 4. KZ-a, mora donijeti presudu kojom se optuženik oslobađa od optužbe jer nema krivnje. Takvo uređenje prekoračenja nužne obrane predstavlja važnu novinu hrvatskog kaznenog prava u odnosu na prijašnju regulaciju iz KZ/97, kao i u odnosu na tadašnja kaznenopravna razmišljanja o toj temi. Naime prijašnja je odredba iz članka 29. st. 3. KZ/97 određivala mogućnost ublažavanja kazne za prekoračenje granica nužne obrane, no ako je to prekoračenje učinjeno zbog jake razdraženosti ili prepasti uzrokovane napadom, počinitelj se

¹⁸ „Art.16. (1)Überschreitet der Abwehrende die Grenzen der Notwehr nach Artikel 15, so mildert das Gericht der Strafe. (2) Überschreitet der Abwehrende die Grenzen der Notwehr in entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung über den Angriff, so handelt er nicht schuldhaft.“ Nigli-Wiprächtiger (Hrsg), *Basler Kommentar, Strafrecht I*, 2013.

¹⁹ Turković et al., *Komentar Kaznenog zakona*, Narodne novine, 2013, 44.

²⁰ Seelmann u: Nigli/Wiprächtiger, *op. cit.* (bilj. 18), 344.

mogao osloboditi od kazne. Na takav je način zakonodavac pokazivao jednako razumijevanje i za stenički i za astenički afekt. Sa stupanjem na snagu KZ-a takav se stav zakonodavca promijenio, i to na način da pokazuje veću blagost prema jednom asteničkom afektu: (ispričivoj) jakoj prepasti. Njemački i austrijski KZ ispričavajući učinak vežu za više asteničkih afekata, dok švicarski KZ prihvaća i stenički i astenički afekt. Neki su hrvatski autori podržavali prijašnji različiti pravni učinak prekoračenja granica nužne obrane i tadašnje krajnje nužde kao razloga za obvezno oslobođenje od kazne. U tom su smislu upozoravali na to da ne treba precijeniti počiniteljevo psihičko stanje jer njegova sposobnost za krivnju nije uvijek smanjena, zatim da ne treba izgubiti iz vida težinu ostvarenih posljedica, koje su kod prekoračenja nužne obrane u pravilu najteže, te da bi uvažavanje afekata putem nekažnjivosti stvorilo probleme pri utvrđivanju pravne naravi takva instituta.²¹ Nakon što je nepostojanje ispričavajućih razloga postalo sastavnim dijelom krivnje, otvoren je put za oblikovanje novih rješenja i prihvaćanje drukčijih pravnih učinaka. Ipak, potrebno je naglasiti da se isprika počinitelju i sada ne bi trebala odobravati izričito na temelju njegova psihičkog stanja, jer to nije odlučujući kriterij. Psihološki koncept opravdanja ispričavajućih razloga danas je zastario (teorijsko opravdanje ispričavajućih razloga bit će predmetom drugog rada). Jednako tako, težina ostvarenih posljedica mora biti među okolnostima koje se ocjenjuju. Ta se težina posljedica promatra i u okviru razmjernosti učinjenog i prijetećeg zla kod ispričavajuće krajnje nužde. Međutim kod ispričavajućeg ekscesa taj kriterij može stvoriti probleme jer nema nikakvih zakonom navedenih ograničenja. Zato pojedini autori s pravom smatraju da ne bi trebalo zagovarati isključenje krivnje u slučaju nepodnošljivog nerazmjera uključenih pravnih dobara kod ispričavajućeg ekscesa jer se tada nekažnjivost ne može opravdati smanjenim stupnjem neprava i krivnje.²²

Iako se prekoračenje nužne obrane pojavljuje kao ispričavajući razlog i u poredbenom pravu, zakonske odredbe o ekscesu katkad ne izražavaju jasno njegovu pravnu prirodu. Najbolji primjer za to jest formulacija § 33. njemačkog KZ-a, zbog koje pojedini autori tvrde kako je prekoračenje nužne obrane najspornije od svih zakonski reguliranih slučajeva u kojima ne nastupa kažnjavanje unatoč postojanju protupravne radnje kojom se ispunjava biće kaznenog djela.²³ U spomenutom paragrafu uopće se ne spominje isključenje krivnje ili ispričavajući učinak, nego samo to da se počinitelj prekoračenja zbog određenih asteničkih afekata „neće kazniti“. Takav je neutralni izričaj regulacije problematičan jer ostavlja otvoreno pitanje sustavnog svrstavanja intenzivnog prekoračenja granica nužne obrane. Čini se da je to učinjeno kako bi se

²¹ Bojanić, *op. cit.* (bilj. 3), 60-61.

²² Novoselec/Bojanić, *op. cit.* (bilj. 1), 183.

²³ Roxin, *Über den Notwehrszes*, 1975, 105.

„otvorila vrata“ potencijalno drukčijoj regulaciji *de lege ferenda* s obzirom na to da se u njemačkoj literaturi susreću različita tumačenja te odredbe. Fischer smatra da je riječ o strogo osobnom razlogu isključenja kazne²⁴ (to je prihvaćala i starija njemačka sudska praksa), Roxin da je to razlog isključenja kazne-nopravne odgovornosti,²⁵ a Bernsmann i Schmidhäuser da je riječ o suvišnoj odredbi.²⁶ Postoje i ekstremnija stajališta. Tako primjerice Mayer promatra tu odredbu kao blisku nesposobnosti za krivnju. U tom bi se smislu intenzivno prekoračenje svrstavalo u klasične razloge isključenja krivnje (*Schuldausschließungsgründen*), a ne u ispričavajuće razloge (*Entschuldigungsgründen*).²⁷ Spomenuto stajalište svrstava se u danas zastarjela opravdanja ispričavajućih razloga koja se temelje samo na psihološkim razlozima. Dovoljno je upozoriti na to da se doista mogu pojaviti slučajevi u kojima su navedeni afekti toliko snažni da djeluju poput neubrojivosti, ali to nije nužno. Unatoč navedenim stajalištima, vladajuće je mišljenje u njemačkoj teoriji i sudskoj praksi da se radi o ispričavajućem razlogu. Taj je stav u konačnici zauzet zahvaljujući uvažanju životnog iskustva da u slučaju konfrontacije i manjkave obrambene radnje, kao i one prekomjerne, zaslužuju osobitu blagost zakonodavca, ali samo ako su izraz izričito navedenih afekata slabosti: zbunjenosti, straha ili užasa.²⁸

Osnova ekskulpacije intenzivnog ekscesa ravna se prema općim kriterijima za ispričavajuće razloge: smanjenje neprava i krivnje djela jer je ono učinjeno u obrani od postojećeg protupravnog napada. U tom smislu, nepravo je djela u intenzivnom ekscesu znatno manje u odnosu na nepravo „normalnog“ djela. Počinitelj, doduše, povređuje tuđe pravno dobro, ali to čini u namjeri očuvanja vlastitog pravnog dobra i zaštite prava od neprava. Jakobs tu situaciju opisuje na sljedeći način: eksces nužne obrane isključuje krivnju zbog kriterija nemogućnosti propisanog ponašanja – kad napadnuti izgubi hladnu glavu, bez drastičnih deliktivnih poteza u njegovu ponašanje, posljedice se moraju pripisati samo napadaču.²⁹

Jescheck/Weigend navode da je nevrjednost posljedice umanjena zbog zaštite određenog pravnog dobra, nevrjednost radnje zbog položaja u kojem se počinitelj našao i volje spašavanja, a krivnja se gleda u drukčijem svjetlu jer astenički afekti otežavaju normalno oblikovanje volje.³⁰ Wessels/Beulke sma-

²⁴ Fischer, *op. cit.* (bilj. 11), 110.

²⁵ Roxin, *op. cit.* (bilj. 2), 631.

²⁶ Cf. Bernsmann, *Entschuldigung durch Notstand*, 1989, 63.

²⁷ M. E. Mayer, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1967, 63 i Roxin, *op. cit.* (bilj. 23), 106.

²⁸ Perron u: Schönke/Schröder, *op. cit.* (bilj. 10), 651.

²⁹ Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1993, 582. Za konkretizaciju doktrine nemogućnosti zahtijevanja propisanog ponašanja vidi Herceg Pakšić, Pojmovno određenje i domet doktrine o nemogućnosti zahtijevanja drukčijeg ponašanja unutar sustava ispričavajućih razloga u kaznom pravu, *Pravni vjesnik* 14, 2014, 3-4, 177-189.

³⁰ Jescheck/Weigend, *op. cit.* (bilj. 6), 491.

traju da je razlog takve regulacije ekscesa činjenica da žrtva protupravnog napada zaslužuje blagost u osobitoj mjeri jer je sadržaj neprava učinjenog djela znatno umanjen svrhom obrambene radnje, a sadržaj krivnje ne dostiže najnižu granicu kažnjivosti.³¹

Prekoračenje granica nužne obrane Roxin određuje kao razlog isključenja kaznenopravne odgovornosti (*Grund für ausgeschlossener strafrechtlicher Verantwortlichkeit*) priznajući da se zapravo radi o ispričavajućem razlogu u smislu konvencionalnih kaznenopravnih pojmova te za njega daje specifično opravdanje. Zakonodavac ovdje odustaje od kažnjavanja jer ono nije potrebno iz specijalno i generalnpreventivnih razloga. Ističe da određeni astenički afekti ne mogu uzrokovati duboke poremećaje svijesti (*tiefgreifende Bewusstseinstörung*), pa tako ni opravdati regulaciju tog ispričavajućeg razloga smanjenom krivnjom. To se opravdanje s druge strane lako postiže kroz uvođenje nedostatka preventivne potrebe kažnjavanja: onaj tko krši zakon samo zato jer je postao žrtva protupravnog napada u kojem djeluje u posebnoj plašljivosti socijalno je integriran građanin kojemu nije potreban specijalpreventivni utjecaj kazne. Nije potreban ni njezin generalnpreventivni utjecaj, jer takav delikt slabosti ni u slučaju nekažnjavanja ne potiče druge na oponašanje, a ne narušava ni pravni mir jer je počinitelj zapravo napadnuta osoba, a napadač je kriv za učinjeno ekscեսno ponašanje.³²

3. OSNOVNA PITANJA VEZANA UZ AFEKTE KAO TEMELJE ISPRIČAVAJUĆEG UČINKA

Astenički afekt(i) predstavlja(ju) *conditio sine qua non* priznavanja intenzivnog prekoračenja nužne obrane kao ispričavajućeg razloga.³³ U navedenom smislu svi ih istraženi sustavi uvažavaju u većoj ili manjoj mjeri. Međutim mnogo je otvorenih pitanja vezanih za njihovu regulaciju, a ta su pitanja i u

³¹ Wessels/ Beulke, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2012, 166.

³² Roxin, *op. cit.* (bilj. 2), 992.

³³ Afektivitet dolazi od latinske riječi *affectus*, što znači žestoko uzbuđenje. Afekti označavaju osjećajnu stranu života, koja se subjektivno doživljava kao uгода ili neugoda. Upravo je subjektivnost doživljaja osnovna karakteristika afekta, pa je razumljivo zašto je teško dati precizniju definiciju. U medicinskoj literaturi afekti se smatraju graničnom i često poricanom zonom, a odnose se na inače psihički zdrave osobe, koje u određenim situacijama mogu reagirati „nenormalno“. Kozarić-Kovačić ističe da je pritom važna ličnost počinitelja takvih djela, jer ona može pokazivati određene patološke crte, a da one još uvijek ne zadovoljavaju kriterije za uvrštavanje u određenu psihijatrijsku kategoriju. Ipak, unutar tih crta ličnosti pokazuje se određeni odklon od prosjeka jer postoji pojačana afektivna labilnost, sklonost primitivnim reakcijama i smanjena samokontrola. Kozarić-Kovačić/Grubišić-Ilić/Grozdanić, *Forenzička psihijatrija*, 2005, 255.

poredbenoj literaturi uglavnom neistražena.³⁴ S tim u vezi Goreta ističe nedostatak obrade te psihijatrijske problematike, koja se svodi samo na povremeno spominjanje nekih slučajeva, bez njihove šire elaboracije, bilo s pravničke bilo sa psihijatrijske strane.³⁵ Važno je pobliže odrediti pojam afekta u ispričavajućem kontekstu. S tim u vezi pojavljuju se sljedeći problemi: razgraničenje pojedinih asteničkih afekata, razgraničenje steničkih i asteničkih afekata, selektivno privilegiranje određenih asteničkih afekata, pitanje uzročno-posljedične veze između afekta i ispričavajućeg ekscesa te mogućnost supsumiranja i drugih afekata pod zakonski izričaj relevantne odredbe KZ-a. Tim pitanjima bavit ćemo se u nastavku rada.

U kaznenopravnom smislu afekti se ubrajaju u privremenu duševnu poremećenost. Samo iznimno mogu isključiti ubrojivost, i to u slučaju kada su tako snažni da dovode do tzv. suženja svijesti. S obzirom na odnos osobe prema vanjskom svijetu, razlikuju se stenički i astenički afekti. Stenički su afekti oni koje obilježava osjećaj nadmoćnosti, snage i aktivnosti, sklonost precjenjivanju vlastitog ja, bezobzirnost i agresivnost. Takav je afekt razdraženost, mržnja, ljutnja, bijes i sl. Astenički su oni afekti koji su obilježeni osjećajima podložnosti i slabosti, sklonost vlastitom podcjenjivanju. To su, recimo, strah i prepast.³⁶

Kaznenopravno i psihijatrijsko shvaćanje pojma afekta ne podudaraju se. Afekt u forenzičkoj psihijatriji označava kratkotrajno, prolazno, ali snažno duševno, emocionalno ili osjećajno uzbuđenje. Radi se o nagonski uvjetovanim oblicima reagiranja na okolinu, obično neugodnog karaktera, jer se radi o zaprečenju neke potrebe.³⁷ Ono što se u literaturi naziva kaznenopravnim afektima zapravo su emocije u psihijatrijskom smislu. To su strah, anksioznost, bijes, ljutnja, dok su afekti u forenzičko-psihijatrijskom smislu patološki afekt i afektivna reakcija kratkog spoja. Vještačenje zato može biti „sklizak teren“ jer se od psihijataru očekuje snalaženje u kaznenopravnoj terminologiji i „prevođenje“ psihijatrijskih termina u zakonski izričaj „ispričive jake prepasti“. Takvo postupanje smatramo problematičnim, ali i neprikladnim u odnosu na

³⁴ Vidi: Bernsmann, *Affekt und Opferverhalten*, NStZ, 1989, 160. Autor smatra kako bi se za uspješnu procjenu afekata općenito morala manje primjenjivati čisto subjektivna procjena (isključivo s aspekta počinitelja), dok bi se trebao više ispitivati odnos počinitelja i žrtve (*Täter-Opfer-Beziehung*).

³⁵ Goreta, *Profesionalna odgovornost psihijatra*, 2010, 3-4.

³⁶ Detaljnije o tom: Kovačić/Grubišić-Ilić/Grozdanić, *op. cit.* (bilj. 33), 257-259.

³⁷ Praćeni su tipičnim (vegetativnim, motoričkim i mimičkim) reakcijama u svim sustavima (cirkulacijskom, dišnom, probavnom, endokrinološkom): ubrzan rad srca, promjene u disanju, usporena ili ubrzana peristaltika, pojačano znojenje, proširenje ili suženje zjenica, drhtanje, stezanje pojedinih mišićnih skupina, pa sve do potpunog gubitka voljne kontrole nad motoričkim funkcijama. Osim s tim reakcijama, afekti su povezani i s drugim psihičkim funkcijama, poput svijesti, i imaju izravan utjecaj na njih. *Cf. ibid.*, 64.

provođenje kaznenog postupka jer se na vještake u određenim slučajevima može staviti prevelik teret.

Zajedničko je proučenim sustavima da imaju selektivan odabir asteničkih afekata. Njemačko rješenje privilegira zbuđenost, strah ili užas (*Verwirrung, Furcht oder Schrecken*). Austrijska odredba privilegira prepast, strah ili užas (*Bestürzung, Furcht oder Schrecken*).³⁸ Švicarsko je rješenje nešto „domišljatije“ pa privilegira ispričavajuću razdraženost ili prepast (*entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung*).

Zbuđenost ili smetenost (*Verwirrung*) označava osjećaj nemira kod počinitelja, a manifestira se kao zbrka u psihičkom stanju napadnutoga tako da on ne može vladati svojim postupcima niti se obuzdati.³⁹ Dakle radi se o psihičkom stanju koje pretpostavlja smetnje, odnosno nejasne, nepovezane i rastresene misli, i manifestira se kao dezorijentiranost počinitelja.

S druge strane prepast (*Bestürzung*) danas je dio pozitivne švicarske, austrijske i hrvatske odredbe. Hrvatska je odredba ujedno i „najuža“ jer privilegira isključivo nju i još navodi da mora biti jaka i ispričiva. Na pitanje zašto se privilegira samo prepast nema eksplicitnog odgovora u postojećoj literaturi. Taj se problem dodatno intenzivira činjenicom da nema odgovarajućeg psihijatrijskog ekvivalenta ni objašnjenja za stupanj tog afekta. Medicinska literatura ne spominje prepast ili ispričivu prepast kao poseban termin sa specifičnim obilježjima. Možemo reći da je riječ o intenzivnom strahu. S obzirom na to da zakonski tekst ipak gradiuira afekt prepasti ističući da se mora raditi o jakoj prepasti, preostaje mogućnost da tome odgovara i panika te užas.

Strah je emocija koja se pojavljuje kao reakcija na realnu opasnost, uz pojavu specifičnih osjećaja nelagode, napetosti i nadraženosti, a ima signalnu ili zaštitnu ulogu. Može se stupnjevati: strah, jaki strah, panika i užas. To bi bio astenički afekt u kaznenopravnom smislu. Njemačka sudska praksa ne priznaje svaki osjećaj straha kao onaj koji je kaznenopravno relevantan u smislu zakonskog izričaja: kod počinitelja se mora raditi o nesvakidašnjem psihičkom stanju koje uzrokuje osjećaj ugroženosti s takvim stupnjem smetnje da počinitelj događaje oko sebe može shvatiti, odnosno „procesuirati“ samo na znatno reduciran način.⁴⁰

³⁸ Zanimljivo je spomenuti da je do 1975. godine i njemačka odredba izgledala kao austrijska, ali je onda *Bestürzung* zamijenjen s *Verwirrung* jer se smatralo da se na taj način jasnije opisuje psihičko stanje napadnute osobe.

³⁹ Naime, prema stajalištu zastupljenom u njemačkoj sudskoj praksi, prepast se odnosi na radnju koju počinitelj izvrši bez promišljanja (*ohne Überlegung*), dok je radnja iz zbuđenosti potaknuta neočekivanim događajem. Zieschang u: *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 2010, 576. Savezni je sud u jednoj svojoj odluci obzirno naveo kako termin prepast ostaje primjenjiv i kad prethodna opasna situacija nastupi neočekivano i psihički nadjača počinitelja (BGHSt 3, 194, 198).

⁴⁰ Ima autora koji to obilježje ne smatraju nužnim navodeći da je u tom slučaju riječ o jednom elementu zbuđenosti (*Verwirrung*). Tako Zieschang smatra da se kod kaznenopravnog pojma straha radi o asteničkom afektu bojazni da će biti svladan ili nadjačan napadom, i to bilo

U panici osoba subjektivno doživljava osjećaj bliske smrti i jake promjene u ponašanju, može se pojaviti snažan psihomotorni nemir ili zakočenost (stupor), zamućenje svijesti uz mogućnost autoagresije ili agresije. S tim u vezi navodimo jedan slučaj iz njemačke sudske prakse. Osamnaestogodišnji je optuženik tijekom relativno bezopasnog sukoba zadao ubodnu ranu nožem u srce drugom učeniku iste škole, fizički jačem od njega, precijenivši intenzitet napada te tako prešavši granicu potrebne obrane. Maloljetnički je sud optuženog osudio za usmrćenje iz nehaja, no Savezni ga je sud u reviziji presude oslobodio navodeći kako se optuženi nalazio u povećanom egzistencijalnom strahu, bez mogućnosti kontrole, utemeljenom na prethodnim napadima oštećenog. Oštećenik ga je dulje vrijeme maltretirao, a tri dana prije napada do krvi izudarao, pa je optuženi računao s novim napadima. Na temelju takva straha sud je priznao ispričavajuće prekoračenje granica nužne obrane (BGH JR 1980, 210).⁴¹

Užas ili jeza (*Schreck*) ukupna je reakcija organizma na nenadano ugrožavanje ili neočekivano jak podražaj osjeta, praćena pojavama poput bljedila, izbijanja znoja, povišenog rada srca i utjecajem na formiranje volje. Reakcija užasa može voditi automatiziranim i nekontroliranim reakcijama te prekomjernim uzvraćajućim udarcima. Primjerice ispričavajuće postupa onaj tko je noću nenadano napadnut u osamljenoj uličici pa, tako zastrašen, uzvratit udarcima pune snage, iako bi i slabija obrambena reakcija bila dovoljna za otklanjanje napada.⁴²

Preostaje izložiti tzv. patološki afekt i reakciju kratkog spoja kao psihijatrijski pojam afekta. Patološki je afekt žestoki izljev bijesa i straha koji dovodi do zamućenja svijesti, uz nerazmjer između povoda i reakcije. Ovo je svojevrsni *mixtum compositum* steničkog i asteničkog afekta.⁴³ Afektivna reakcija kratkog spoja produkt je dugotrajnih snažnih i nepodnošljivih emocija (tuge ili očaja uz anksioznost).⁴⁴

Radi utvrđivanja određenih afekata nalaže se postupovna radnja vještačenja.⁴⁵ Postojanje pojedinog afekta *tempore criminis* utvrđuje sudskomedicinski

kroz jačinu, ponavljanje, trajanje ili povećanje bilo zbog nedostatnosti pruženog otpora. Što je jači strah, to je svijest jače sužena i pojačava se mogućnost agresivnih ispada. Cf. *ibid.*, 577.

⁴¹ Presuda od 24. srpnja 1979. Tekst presude: Wessels/Beulke, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2012, Entscheidungssammlung zum Lehrbuch, CD-ROM.

⁴² Zieschang u: *Leipziger Kommentar, op. cit.* (bilj. 39), 578.

⁴³ U starijoj se forenzičkoj literaturi smatralo da je osnovni povod „bolesna osnova“ te da kod normalnih ljudi takav utjecaj afekta na svijest nije moguć. Novija su shvaćanja suprotna, a nastala su pod utjecajem suvremenih spoznaja psihoanalize te norma kaznenog prava. Danas se snažan afekt priznaje i kod tzv. „psihički neupadljivih“ osoba.

⁴⁴ Ukoliko nastupi takva reakcija, osoba ne može ništa čuti ni govoriti, a agresivno se djelovanje nastavlja i nakon materijalnog dovršenja djela. Ta je reakcija nešto detaljnije istražena pa se navodi kako ima tri faze: fazu pripreme, fazu izbijanja afekta i fazu iscrpljenosti. Detaljnije o svakoj fazi afektivne reakcije kratkog spoja vidi: Kozarić-Kovačić/Grubišić-Ilić/Grozđanić, *op. cit.* (bilj. 33), 259.

⁴⁵ U tom je pogledu nalog za vještačenjem uvriježena stvar u kontinentalnoj sudskoj praksi, dok se smatra da je u anglosaksonskom pravu situacija nepovoljnija. Naime povodom slučaja

vještak psihijatar,⁴⁶ a kriteriji za utvrđivanje prirode, intenziteta i trajanja afekata još se smatraju najsubjektivnijim dijelom forenzičke psihopatologije.⁴⁷ Udio pojedinih kaznenih djela učinjenih u afektu razlikuje se od autora do autora jer do danas nema nijednog jasnog i objektivnog kriterija prema kojem bi se mogli pratiti kvaliteta i intenzitet poremećaja svijesti kod afekta. Neki tvrde da postojeći kriteriji nisu pouzdani, pa bi zbog toga svaki počinitelj u afektu, uz vještog psihijatra i naklonost sudskog vijeća, mogao ishoditi oslobođenje.⁴⁸ S druge strane postoje određeni pokazatelji koji idu u prilog isključenju afekta.⁴⁹

Turner engleski sudovi smatraju da psihijatrijski nalaz nema koristi ako se optuženikovo stanje ne može podvesti pod abnormalno. Porotnicima naime ne treba stručna pouka kad se radi o ljudskim reakcijama na životni stres, napetosti za one koji ne pate od duševnih bolesti. Slično je i u Kanadi i Australiji, pa Grozdanić zaključuje da su zapravo blokirana sva vještačenja u slučaju kad nema dokaza da je osoba abnormalna. Cf. *ibid.*, 23-24.

⁴⁶ U pravilu se vještačenje povjerava jednom vještaku s liste stalnih sudskih vještaka. Obvezujući je standard za postavljanje svih psihijatrijskih dijagnoza u Hrvatskoj tzv. *Međunarodna klasifikacija mentalnih poremećaja i ponašanja*, i to njezina deseta revizija (MKB-10). Tu klasifikaciju izdaje Svjetska zdravstvena organizacija. Kao dopunski kriterij u slučaju manjkavih ili nepreciznih opisa koristi se *Dijagnostički statistički priručnik Američkog psihijatrijskog udruženja* (DSM-4). Dijagnoza nekog psihičkog poremećaja obavlja se s pomoću iscrpne anamneze i osobnog psihijatrijskog intervjua u prvom redu, a podredno se koriste i psihologijsko ispitivanje, medicinske pretrage, pregledi i druge potrebne metode.

⁴⁷ Goreta/Peko-Čović/Buzina, *Psihijatrijska vještačenja, zbirka ekspertiza, knjiga prva: Kazneno pravo*, 2004, 455

⁴⁸ Koludrović, Psihijatrijsko prosuđivanje utjecaja afekta na počinitelje ubojstva, u: Žarković/Palijan/ Kovačević, *Iz forenzičke psihijatrije*, 2001, 150. Koludrović ističe dva teško rješiva ili, prema njegovim riječima, možda nerješiva problema kad se radi o utvrđivanju afekata: dvojba bi li se pod utjecajem snažnog afekta normalan čovjek opredijelio za normalno, ali nedopušteno rješenje ili su u toj situaciji oštećene ili raspadnute psihičke funkcije, te drugi problem nedostatka objektivnih, jedinstvenih i pouzdanih kriterija koje bi konsenzusom prihvatili svi autori. Ono što je uvriježeno među psihijatrima i na temelju čega se danas daje procjena jest analiza preddeliktnog vremena, vremena počinjenja i postdeliktnog vremena, kod kojih se onda utvrđuje dinamika odnosa počinitelja i žrtve te osobine ličnosti počinitelja. Upravo je vrijeme prije djela, tzv. predfaza, nekim njemačkim pravnicima poslužilo kao kriterij razdvajanja „oprostivih“ od „neoprostivih“ djela u afektu: ako je afekt bio neodoljiv i počinitelj ga nije sam uzrokovao, predlaže se eskulpacija. Čini se nelogičnim promatrati preddeliktno vrijeme i uzimati tu fazu kao osnovu priznavanja ispričavajućeg djelovanja. Čak je i u psihijatrijskim krugovima to pomicanje s *tempore criminis* na predfazu izazvalo negodovanja. Neki su tako izvodili zaključak da je počinitelj i pod djelovanjem snažnog afekta odgovoran jer postoji sposobnost da u predfazi „osjeti porive, izvrši izbor, pruži otpor i usmjeri se prema određenom cilju“, a kao poseban problem pojavljuje se vrijeme nastanka afekta, što je važno za utvrđivanje uzročno-posljedične veze između afekta i prekoračenja granica nužne obrane.

⁴⁹ To su primjerice najavljanje djela, agresivne radnje u vrijeme pripremanja djela, nepostojanje povezanosti između provokacije i uzbuđenja, radnja koja teče u etapama, dobro sjećanje, nedostatak tjelesno-vegetativnih simptoma.

Razgraničenje pojedinih vrsta afekata nije jednostavno. U poredbenoj literaturi čak se susreće stav da je granica između pojedinih asteničkih afekata teško utvrdiva, ali da uopće nije nužna s obzirom na to da svi oni vode istome pravnom učinku.⁵⁰ Što se tiče granice između steničkih i asteničkih afekata, Lehnemann i Weil pojašnjavaju da se astenički afekti razvijaju kroz svijest o opasnosti, dok stenički nastaju neovisno o toj svijesti.⁵¹ To se ne čini ispravnim zaključkom jer se zasigurno i stenički afekti mogu izazvati napadom ili opasnošću. Prikladniji je možda stav da je kod asteničkih afekata odlučujuća predodžba prijeteće opasnosti i prijeteće ozljede, dok su stenički afekti usmjereni na izvor opasnosti, odnosno na napadača.

3.1. Pitanje uzročno-posljedične veze između asteničkog afekta i radnje učinjene u intenzivnom ekscesu

Danas je općeprihvaćeno stajalište kako između afekta i intenzivnog ekscesa mora postojati kauzalitet. U hrvatskoj odredbi o prekoračenju nužne obrane kao ispričavajućem razlogu o tome nema dvojbe jer čl. 21. st. 4. KZ-a izričito navodi da prekoračenje slijedi „zbog“ ispričive jake prepasti (koja je opet proizročena napadom). Kako je to u hrvatskom kaznenom pravu novi institut, nije moguće proučiti razvoj hrvatskih kaznenopravnih stavova vezanih uz uzročno-posljedičnu vezu. Međutim tu je vezu moguće vidjeti u njemačkom kaznenom pravu, a upravo je kauzalitet bio osnovna razlika između starijeg i novog uređenja. Naime u uređenju koje je vrijedilo prije 1975. postojalo je shvaćanje kako treba odbaciti potrebu uzročnosti afekta s obzirom na prekoračenje granica nužne obrane. To je omogućavao i zakonski izričaj tadašnje odredbe § 53. st. 3. njemačkog KZ-a, koja je glasila: „Prekoračenje nužne obrane nije kažnjivo kad počinitelj postupa u prepasti, strahu ili užasu i tako premaši granice obrane.“⁵² Jedan je dio autora smatrao da se zahtijeva samo postupanje u prepasti, neovisno o uzroku nastanka afekta, što je i odgovaralo tadašnjem zakonskom izričaju. Drugi su opet isticali kako uzročno-posljedična veza mora postojati pozivajući se na to da je pri pisanju starije odredbe nastala nenamjerna redakcijska izmjena prijedloga: ispušten je prijedlog „zbog“ (*aus*), a stavljen je prijedlog „u“ (*in*). Odbacivanju uzročnosti priklonio se i Fischer, koji navodi

⁵⁰ Fischer, *op. cit.* (bilj. 11), 38.

⁵¹ Lehnemann, *Die Notwehrüberschreitung nach geltendem und zukünftigem deutschem Recht, sowie nach holländischem, dänischem, österreichischem, italienischem und nach schweizerischem Recht*, 1935, 19 i Weil, *Der Exzeß bei Putativnotwehr* 1953, 41; cit. prema *ibid.*, 39.

⁵² „Die Überschreitung der Notwehr ist nicht strafbar, wenn der Täter in Bestürzung, Furcht oder Schrecken über die Grenzen der Verteidigung hinausgegangen ist.“

ne samo nedvosmislenu (tadašnju) volju zakonodavca nego i činjenicu da kod prekoračenja u pravilu djeluju, odnosno sudjeluju i drugi afekti.⁵³ Danas je pak vladajuće mišljenje da upravo afekt mora biti uzrok ekscesa. Tomu u prilog ide i pozitivna njemačka odredba, koja ponovno sadržava prijedlog „zbog“ (*aus*), a ta je izmjena nastala s ciljem objašnjenja unutarnjeg odnosa između postojećih značajaka afekta i postupanja počinitelja. Zahtijeva se da je afekt utjecao na počiniteljevo ponašanje, dok interpretacija starijeg njemačkog rješenja nije isključivala nekažnjivost čak ni u slučaju kad su afekti slučajna popratna pojava ekscesa. Sudac mora ispitati stvarni psihički kauzalitet. Prilikom utvrđivanja te veze primjenjuje se pravilo *in dubio pro reo*, pri čemu je dovoljno da se taj odnos prema okolnostima ne može isključiti. Međutim Roxin ispravno navodi da prava poteškoća leži u egzaktnom dokazu psihičkog kauzaliteta, koji se ne može striktno odrediti zakonskim formulacijama.⁵⁴

S tim u vezi pojavljuje se još jedno pitanje. Mora li astenički afekt biti jedini ili je dovoljno da je prevladavajući uzrok intenzivnog ekscesa? Zakonska odredba o tome ne kaže ništa. Rješenje tog pitanja ostavljeno je dakle teoriji i sudskoj praksi. Dominacija određenog afekta stvar je procjene sudskog vještaka. S obzirom na to da u hrvatskoj praksi još nema presuda koje se bave ovim problemom, poslužiti ćemo se njemačkom teorijom, u kojoj postoje dva suprotstavljena stajališta, te nekim presudama iz starije i recentne njemačke sudske prakse.

Njemački autori smatraju kako istovremeno postojanje i drugih motiva, odnosno afekata, ne isključuje primjenu odredbe o ispričavajućem razlogu pod uvjetom da zakonom predviđena astenička stanja dominiraju u skupini motiva.⁵⁵ To se označava vladajućim stajalištem. S druge strane manji dio autora smatra da je dovoljna suuzročnost. Primjerice postupanje iz „hladne mržnje“ ne zaslužuje povlasticu isprike, ali je zaslužuje onaj koji prekorači granice nužne obrane postupajući u zbuđenosti u koju je zapao u pravednom bijesu (*gerechtem Zorn*).⁵⁶ Preciznije, uvjet isprike jest psihički iznimno stanje (*psychische Ausnahmezustand*) u kojem astenički afekt ne mora biti jedini, prevladavajući ni glavni uzrok, nego je dovoljno da su zakonski navedeni afekti suuzroci počiniteljeva ekscenog ponašanja.

Prema proučenim presudama zaključujemo da njemačka sudska praksa ponešto odstupa od vladajućeg mišljenja i priklanja se drugom stajalištu. Taj se

⁵³ Fischer, *op. cit.* (bilj. 11), 40.

⁵⁴ Roxin, *op. cit.* (bilj. 23), 106. Naime autor u radu navodi da, ako je radnja počinitelja potpuno neovisna o afektu, onda nema duševnog stanja potrebne jačine, odnosno počinitelj ne može postupati ni u afektu ni zbog afekta. Ako ipak postoji vanjski dojam unutarnjeg odnosa bilo koje vrste, onda nastupa nekažnjavanje bez potrebe za egzaktnim dokazom.

⁵⁵ Tako Perron u: Schönke/ Schröder, *op. cit.* (bilj. 10), 651; Jescheck/Weigend, *op. cit.* (bilj. 6), 491 i Roxin, *op. cit.* (bilj. 2), 995-996.

⁵⁶ Zieschang u: *Leipziger Kommentar, op. cit.* (bilj. 39), 576-577.

zaključak pogotovo odnosi na noviju praksu. Presude su u tom pogledu katkad doista konfuzne, ali možemo zaključiti da se kao osnovni kriterij prihvaća suuzročnost. Primjerice Savezni sud u jednom predmetu iz 2001. godine ističe kako pri ispitivanju afekata ne treba postavljati previsoke uvjete jer astenički afekti ne moraju biti jedini, pa čak ni prevladavajući uzrok (!), nego je dovoljno da djeluju kao suuzrok ukupnog prekoračenja (BGH NStZ 2001, 591).⁵⁷

Gotovo pedeset godina prije toga isti sud u jednoj presudi navodi kako se psihičko stanje napadnute osobe ne procjenjuje samo očajem, strahom ili užasom motiviranim napadom (kao jedinim ispričavajućim stanjima), nego su ta stanja samo neka od mogućih (BGHSt 3, 194, 197).⁵⁸ U istom su smjeru neke odluke iz osamdesetih godina (BGH NStZ 1983, 117 te BGH NStZ 1987, 20). Tako strah ne mora nužno biti aktivirajući faktor zbunjenosti jer uzrok psihičkog stanja počinitelja nije odlučujući.⁵⁹ Preostaje vidjeti na koji će način reagirati hrvatska sudska praksa u vezi s ovim pitanjem te hoće li zauzeti restriktivan ili liberalan stav, odnosno hoće li zahtijevati prevladavajuće djelovanje ili samo suuzročnost u sklopu postojanja drugih afekata.

3.2. Intenzivni eksces u funkciji ispričavajućeg razloga – svrhovitost i moguća normativna poboljšanja

Koji je *ratio legis* privilegiranja samo asteničkog afekta kroz ispričavajuće ponašanje? Hrvatski KZ ne sadrži obrazloženje, dok se u literaturi pronalaze štura objašnjenja svedena na konstataciju da krivnju može isključiti samo jaka prepast, ali ne i jaka razdraženost.

⁵⁷ „Das läßt besorgen, daß die Strafkammer auch zu hohe Anforderungen an die Annahme einer strafbefreienden Notwehrüberschreitung gestellt hat. Zwar ist nicht schon jedes Angstgefühl als Furcht im Sinne des § 33 StGB zu beurteilen; vielmehr muß durch das Gefühl des Bedrohtseins die Fähigkeit, das Geschehen zu verarbeiten und ihm angemessen zu begegnen erheblich reduziert sein ... Der Affekt muß nicht die alleinige oder auch nur überwiegende Ursache für die etwaige Überschreitung der Notwehrgrenzen gewesen sein; es genügt, daß er – neben anderen gefühlsmäßigen Regungen – für die Notwehrüberschreitung mitursächlich war.“ Presuda od 21. ožujka 2001. Tekst presude preuzet od: Wessels/Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2012, Entscheidungssammlung zum Lehrbuch, CD-ROM.

⁵⁸ „Die seelische Haltung des Angegriffenen, die der Abs. 3 mit den Worten „Bestürzung, Furcht oder Schrecken“ als allein entschuldbare Ursachen der Notwehrüberschreitung kennzeichnet, hat ihr Wesen, wie sich aus dieser Wortfassung von selbst ergibt, nicht nur im Überraschtsein durch den Angriff. Dieses ist nur einer und vielleicht der häufigste der möglichen Fälle.“ Presuda od 1. srpnja 1952. Tekst presude preuzet od: Wessels/Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2012, Entscheidungssammlung zum Lehrbuch, CD-ROM. U ovoj presudi sud inicira još jedan dodatni problem: dominantnost asteničkih afekata i postojanja obrambene volje, koja ne smije ustupiti pred steničkim afektima.

⁵⁹ Zieschang u: *Leipziger Kommentar, op. cit.* (bilj. 39), 577.

Ako zanemarimo činjenicu da astenički afekt samo u rijetkim slučajevima može isključiti sposobnost za standardno, uobičajeno oblikovanje volje, nije jasno zašto samo kod prekoračenja granica nužne obrane vodi nekažnjivosti. Zakonodavac nije dao povoda zaključku da taj afekt ima ekskulpirajuće djelovanje u drugim situacijama, neovisnima o stanjima nužde, kod drugih razloga isključenja protupravnosti ili kod konkretnih kaznenih djela (primjerice kod usmrćenja iz čl. 112. st. 1 KZ-a prepast se navodi kao jedno od stanja u koje počinitelj može biti doveden). Dakle nije samo u pitanju postojanje psihičkog pritiska. Kad bi bilo tako, onda bi sva djela učinjena zbog utjecaja tog afekta trebala biti ekskulpirana ili nekažnjiva, a o tome u zakonskom tekstu, ne samo hrvatskog nego i drugih sustava, nema govora. Moguće je zagovarati i nepostojanje potrebe preventivnog kažnjavanja kao temelj isprike. U tom smislu agresivni (stenički) afekti znatno su opasniji i zato se u interesu očuvanja pravnih dobara moraju „prigušiti“ kaznom, dok astenički afekti nisu motivi koji izazivaju počinjenje kaznenog djela i zato s njima treba postupati blaže.⁶⁰ U konačnici treba priznati da se radi o čistoj ocjeni zakonodavca. Naime utjecaj na psihu počinitelja moguć je i kod asteničkih i kod steničkih afekata, samo se prvi ocjenjuju manje pogubnima u smislu reakcije na protupravni napad.

Hrvatsko je rješenje zaista restriktivno jer za isključenje krivnje uzima u obzir samo „ispričivu jaku prepast“. U tom zakonskom izričaju krije se određena razina nelogičnosti i nejasnoće. Zato smatramo suvišnima riječi „ispričiva“ i „jaka“. Razloge dajemo u nastavku rada.

Pojam ispričivosti kao dodatni atribut jake prepasti u hrvatskoj je odredbi nepotreban, a takav izričaj ne poznaje nijedan poredbeni izvor. Njemačko i austrijsko rješenje svode se na nabranje privilegiranih asteničkih afekata (prepast, zbunjenost, strah, užas), dok švicarsko rješenje sadrži, doduše, pojašnjenje, ali je ono formulirano na specifičan način. Naime ta odredba navodi dva afekta ili, bolje rečeno, psihička stanja, ispričavajuću razdraženost i prepast. Razdraženost je stanje koje se kod počinitelja može označiti odrazom agresivnosti, steničkim afektom. Čini nam se da je upravo radi preciziranja tog pojma u švicarsku odredbu i uveden termin „ispričavajući“, gdje se privilegij zakonskog oprosta želi ograničiti na specifičnu razdraženost s ciljem sprečavanja neopravdano široke interpretacije. Sama je prepast jači stupanj straha te smatramo da se na nju ne odnosi ovaj pridjev „ispričavajući“. Njemačka i austrijska odredba u tom su smislu jasne s obzirom na to da nabranje točno određene asteničke afekte, pa i nije potrebno izvršiti daljnje preciziranje dodavanjem opisnih pridjeva.

S druge strane hrvatska odredba u navedenom smislu sadrži imanentnu nelogičnost nastalu spajanjem obje opcije: jasno navođenje privilegiranog aste-

⁶⁰ Roxin, *op. cit.* (bilj. 2), 992-993.

ničkog afekta (prepasti, i to jake!), a uz to karakterizaciju putem ispričivosti. „Ispričivost“ pritom označava afekt koji ima ispričavajući učinak, što je suviše no s obzirom na to da je u odredbi već naveden pravni učinak „nije kriv“. S tim u vezi postavlja se još jedno pitanje: uvažava li time zakon možda neku posebnu kategoriju prepasti, koja se može ocijeniti kao ispričiva, ili je dovoljna svaka jaka prepast? Problem nadilazi teorijske prepirke ako znamo da psihijatrija ne poznaje pojam „ispričive jake prepasti“ kao striktnu kategoriju. Zato bi se vjerojatno pojavio problem nedopuštene supsumcije pojedinih psihijatrijskih stanja pod izričiti zakonski, ali stvarno nepostojeći termin. S obzirom na to da za rješenje ovog problema ne postoje zakonske ni medicinske smjernice, čini nam se opravdano cjelokupni izričaj pojednostavniti i eliminirati pridjev „ispričiv“ iz navedenog određenja.⁶¹ Nadalje, potrebno je ispitati opravdanost formulacije onoga što nam ostaje u zakonskom tekstu. Treba li odvojeno isticati jaku prepast ako znamo da je već sama prepast afekt intenzivnog straha? Ako bismo odgovorili potvrdno, dobili bismo ljestvicu afekata na sljedeći način: strah – prepast – jaka prepast. Time bi se ispričavajući učinak odredbe sveo samo na krajnje jaku, naj snažniju razinu straha. Takav izričaj ne poznaje nijedan porredbeni izvor. Njemačko rješenje, pored drugih afekata (zbunjenosti i užasa), privilegira već „obični“ strah. Taj jednostavni termin koristi se u zakonskom izričaju, pa ga onda sudska praksa modificira kroz intenzitet koji priznaje kao kaznenopravno relevantan za odobravanje ispričavajućeg učinka. Austrijsko rješenje privilegira i strah i prepast. Problem s asteničkim afektom u hrvatskom KZ-u sastoji se i u tome što se ne spominju drugi astenički ili stenički afekti. Onaj koji odgovara po odredbama hrvatskog KZ-a ne može biti privilegirani isključenjem krivnje ako iz zbuđenosti ili ispričavajuće razdraženosti prekoračuje granice nužne obrane kao što to mogu biti oni koji odgovaraju prema odredbama njemačkog, odnosno švicarskog Kaznenog zakona. Zašto je tomu tako, nema obrazloženja. U pitanju je, čini se, doza „normirajućeg opreza“ s obzirom na to da ispričavajući razlozi u hrvatskom kaznenom pravu prije nisu postojali. Nadalje, ističe se da neće svaka prepast biti u stanju isključiti krivnju, a kao primjer navodi se ona prepast kod koje je napadnuti bio u stanju razmisliti o intenzitetu i načinu obrane.⁶² Takvo stajalište čini nam se nelogičnim jer se to stanje ne može ni nazivati prepašću. Naime ukoliko napadnuta osoba razmišlja o obrani, onda ona nije prepadnuta. To je svojevrsni *contradictio in adiecto*. U cilju jednostavnije regulacije, ako se već išlo u restriktivnom smjeru, čini se smislenijim u zakonski izričaj uvrstiti samo prepast.

⁶¹ Usput rečeno, postoji i određena jezična nedosljednost: razlozi su „ispričavajući“, a prepast nije „ispričavajuća“, nego „ispričiva“. Ovdje dodatno ističemo da smatramo kako termin „ispričavajući razlozi“ nije u duhu hrvatskog jezika. Bilo bi bolje zamijeniti ga nekim drugim pojmom, koji bi više odgovarao naravi označenog instituta, primjerice „oprostivi razlozi“.

⁶² Novoselec/Bojanić, *op. cit.* (bilj. 1), 183.

Preostaje vidjeti što je svrha ovako restriktivno postavljenog zakonskog izričaja. Preciznije, možemo li ipak ovamo pribrojiti i neka druga afektna stanja, a da krajnji rezultat opet bude odustajanje od prijekora? Ranije smo naveli kako se afekt straha može stupnjevati u intenzitetu kao strah, prepast (intenzivni strah), panika i užas. Nedvojbeno je potvrditi tezu kako je psihičko stanje osobe pod utjecajem panike ili užasa barem jednako, ako ne i teže, od stanja osobe koja se nalazi u stanju prepasti. Nema razloga da tvrdimo drugačije. Prihvatanje suprotne teze vodilo bi do hermeneutičkih poteškoća i besmislenog zaključka kako primjerice užasnuti počinitelj ima veću mogućnost voljnog određenja od onoga koji je prepadnut. To bi bilo *reductio ad absurdum*. Zato ovdje možemo zaključiti kako ono što vrijedi u slučaju prepasti *a fortiori* vrijedi za još intenzivnije afekte kao što je užas ili panika. Nema nikakva razloga da zaključimo kako je *ratio legis* zakona bio privilegirati prepast, a odreći taj privilegij užasnutom počinitelju ili onome koji granice nužne obrane prekorači u panici. Slijedom takve ekstenzivne teleološke interpretacije restriktivnog zakonskog izričaja, smatramo mogućim analogno tretiranje i drugih asteničkih afekata koji bi prema intenzitetu bili usporedivi s prepašću ili jači od nje.

Već je navedeno da ispričavajući učinak ne može uslijediti ako je eksces učinjen u steničkom afektu. Isključenje takvih afekata stvar je procjene zakonodavca, a može se opravdati potrebom kažnjavanja takvih ponašanja jer su opasnija nego ekscesi učinjeni zbog asteničkih afekata. No mogu se pojaviti i specifične situacije u kojima se događa stjecaj steničkog i asteničkog afekta ili više njih na strani počinitelja. Ovdje se pojavljuju dva problema: treba li u tom slučaju ispriku uopće odobriti i, ako treba, kakav bi trebao biti kriterij odnosa između steničkog i asteničkog afekta? Vidjeli smo da se u njemačkoj teoriji pledira za potvrdu isprike uz suuzročnost kao kriterij sudske prakse. Iako tek treba vidjeti kako će se to pitanje rješavati pred hrvatskim sudovima, možemo dati određene ideje, koje mogu poslužiti kao smjernice. Najprije, isprika ne treba biti isključena kod stjecaja asteničkih i steničkih afekata. S obzirom na to da se zahtijeva uzročna veza između napada i ekscesa, vrlo je teško jasno odrediti spektar ljudskih reakcija na napad. Stoga ne bi trebalo ići na štetu onoga kod koga se pojave obje vrste afekta uzrokovane napadom. Radi se o situaciji kojoj osoba nije pridonijela i u pravilu ne može kontrolirati kako će na nju reagirati. Drugo, u pogledu međusobnog odnosa asteničkih i steničkih afekata, odnosno dvojbe između kriterija prevladavajućeg djelovanja ili suuzročnosti, priklanjamo se drugom. Naime, s obzirom na strogost hrvatskog rješenja, koje navodi samo prepast kao uvjet isprike, držimo da konačna reakcija počinitelja i njezino vrednovanje u ovom slučaju ne moraju biti toliko uvjetovane zakonskim izričajem da se traži prepast u prvom planu, nego je dovoljno da ona postoji u ukupnom zbroju svih pronađenih motiva.

4. EKSTENZIVNO PREKORAČENJE GRANICA NUŽNE OBRANE

Isključenje krivnje primjenjuje se samo na slučajeve intenzivnog prekoračenja nužne obrane, tj. kad počinitelj prekoračuje mjeru dopuštene obrane. Prema vladajućem mišljenju u hrvatskoj i poredbenoj teoriji i praksi, ispričavajući učinak nije moguć u slučajevima ekstenzivnog ekscesa, kada počinitelj prekoračuje vremenske granice nužne obrane. Uobičajeno se to opravdava činjenicom da u takvoj situaciji nedostaje napad kao osnovni preduvjet postojanja prava na nužnu obranu. Postoji nekoliko vrsta ekstenzivnog ekscesa, koje se međusobno razlikuju ne samo po obilježjima i sadržaju nego i prema mogućim pravnim učincima. U nastavku rada detaljnije ćemo ih izložiti te ispitati je li u određenim situacijama ipak moguće i pojedine pojavne oblike ekstenzivnog ekscesa izjednačiti u učinku s intenzivnim prekoračenjem.

Na početku valja istaknuti primjer iz starije njemačke sudske prakse (RGSt 54, 36)⁶³ u kojem se sud bavi pitanjem je li riječ o prekoračenju nužne obrane ako je počinitelj pod utjecajem očaja, straha ili užasa počinio ubojstvo prema trećoj nesudjeljujućoj osobi i pokušao usmrtiti napadača u trenutku kad je njegov napad nedvojbeno prestao. Optuženik je na ulici susreo svoju suprugu, koja ga je prethodno napustila zbog svađe, te njezina oca i brata. Tom su se prigodom posvađali i otac je optuženika udario šakom po stražnjoj strani glave, a brat je na njega nasrnuo nožem. Čim je optuženik izvadio pištolj, otac se dao u bijeg. Unatoč tome optuženik je ispalio četiri hica, od kojih dva prema bratu uzrokujući mu ozljede bedra, a dva prema supruzi, kojima ju je usmrtio. Sud je tijekom postupka utvrdio da poslije prvog ispaljenog hica optuženiku više nije prijetio napad. S obzirom na to da ostali hici više nisu bili ispaljeni pod okriljem prava na nužnu obranu, sud je zaničevao primjenu odredbe o prekoračenju granica nužne obrane i nije se upuštao u podrobnija objašnjenja. Roxin navodi da je to uobičajeno stanje stvari koje se pojavljuje u sudskoj praksi i da se takva praksa temelji na jednostavnom stavu o pojmovnoj nemogućnosti (*begriffliche Unmöglichkeit*) ekstenzivnog ekscesa da udovolji uvjetima ispričavajućeg učinka. Sudovi uobičajeno polaze od stajališta da se granice nužne obrane mogu prekoračiti samo ako se osoba stvarno nalazi u toj situaciji. Ako napad više nije istodoban ili izravno predstojeći, tada napadnuti više nema pravo na nužnu obranu pa se ne mogu prekoračiti ni njezine granice.⁶⁴

Naknadni ekstenzivni eksces (*nachzeitig-extensive Notwehr excess*) situacija je u kojoj napadnuta osoba povređuje dobra napadača naknadno, kad

⁶³ Tekst presude preuzet od: Wessels/Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2012, Entscheidungssammlung zum Lehrbuch, CD-ROM. Presuda od 24. 10. 1919.

⁶⁴ Roxin, *op. cit.* (bilj. 23), 112. Autor dalje smatra da ni pojmovna nemogućnost ekstenzivnog ekscesa koju prihvaća sudska praksa nije pravilna.

je napad već završio. U tom slučaju napad više ne postoji, pa tako nema ni stvarnog položaja nužne obrane. Obrana ovdje traje predugo. Obično se u kaznenopravnoj literaturi kao školski primjer navodi situacija u kojoj napadnuta osoba napadaču zadaje nekoliko daljnjih udaraca, iako ga je već prvi svladao i onesposobio za daljnji napad. Primjena zakonske odredbe o prekoračenju granica nužne obrane u takvim situacijama nije moguća i to je jedinstven stav hrvatske kaznenopravne teorije i sudske prakse. Takvo je stajalište prakse opravdano, jer ako se napadnuti brani i nakon što je napad završio, više se ne radi o obrani, nego o osveti zbog prethodnog napada. Tad se mijenjaju uloge pa prvobitno napadnuti postaje napadač.⁶⁵

Naknadni ekstenzivni eksces ipak se ne može jednoznačno smatrati osvetom zbog prethodnog napada. Osveta ili odmazda zbog prethodnog napada predstavlja nedvojben i lako rješiv problem ekscesa i za nju je navedeno stajalište posve opravdano. O blažem ili ispričavajućem tretiranju naknadnog ekstenzivnog ekscesa ne može biti govora ukoliko obrana od postojećeg napada i ponašanje nakon završenog napada ne stoje ni u kakvu odnosu i postoji jasan vremenski odmak. U njemačkoj kaznenopravnoj teoriji ne postoji suglasnost oko tretiranja ekstenzivnog ekscesa iz afekta, iako je stalna praksa sudova odricanje mogućnosti ispričavajućeg učinka za ovakvo ponašanje. Isto vrijedi za velik dio njemačkih autora, koji drže da je to prekoračenje pojmovno nemoguće jer nakon završetka napada pravo na nužnu obranu više ne postoji, pa se prema tome ne može ni prekoračiti.⁶⁶ Takva shvaćanja Roxin ne smatra uvjerljivima. Štoviše, on navodi da je moguća supsumcija ekstenzivnog ekscesa pod zakonski izričaj odredbe o prekoračenju granica nužne obrane. Prema njemu, prekoračenje vremenskih granica posve je uobičajena pojava, koja se može podvesti pod zakonski tekst. U takvu stajalištu Roxin nije usamljen. Perron navodi da zapravo nema razloga ekstenzivni eksces *a priori* isključiti od isprike. Nema važnije razlike u tome prekoračuje li počinitelj granice opravdane obrane u intenzitetu ili u vremenskom smislu jer je sa stajališta krivnje zbog postojanja afekta jednako otežano oblikovanje volje prema zakonskim zahtjevima. Nepravo može biti smanjeno ako počinitelj reagira u trenutku i napad odbije prerano ili kad naknadni eksces stoji u tako uskom odnosu s prethodnom obranom da se procjenjuju kao jedinstvo.⁶⁷ Zieschang također izražava neslaganje s vladajućim stajalištem u vezi s ovim pitanjem. Obrazlaže da pozivanje na doslovno značenje glagola „prekoračiti“ u ovom slučaju nije zadovoljavajuće, nego treba koristiti preneseni smisao prekomjernosti u uporabi vremena. U tom smislu zalaže se za to da se prekoračenje mjere potrebne obrane treba odnositi i na ekstenzivnu obranu, odnosno prekoračenje obrane u vremenskom

⁶⁵ Cf. Novoselec/Bojanić, *op. cit.* (bilj. 1), 183.

⁶⁶ Zieschang u: *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 2010, 563.

⁶⁷ Perron u: Schönke/Schröder, *op. cit.* (bilj. 10), 653.

smislu.⁶⁸ Razumije se da argumenti u prilog drugačijem tretiranju određenih situacija naknadnog ekstenzivnog ekscesa ne mogu biti samo terminološke prirode, nego je ključno ispitati stvarni sadržaj postupanja počinitelja. Radi se o postupanju kad počinitelj najprije ostaje u granicama nužne obrane ili te granice intenzivno prekoračuje, a zatim se njegova obrana ekscsesno nastavlja u ekstenzivnom smislu. To je problem povezanosti opravdane ili pak intenzivno premašene i „neopravdane“ obrane, odnosno one koja se smatra ekscsesnom jer ne postoji napad. Možemo li u takvoj situaciji pledirati za puno kažnjavanje počinitelja, poglavito ako tome dodamo činjenicu postupanja u ispričivom afektu?

Što je obilježje onih situacija ekstenzivnog ekscesa na koje bismo mogli primijeniti odredbu o ispričavajućem učinku? U njemačkoj literaturi nalazimo zanimljiv kriterij koji bi mogao udovoljiti tom zahtjevu, a radi se o postojanju uske vremenske povezanosti između obrane od stvarnog napada i „obrane“ nakon završenog napada.⁶⁹ U hrvatskoj literaturi daje se kriterij prirodne povezanosti počiniteljeve naknadne reakcije s prethodnim obrambenim radnjama.⁷⁰ Može se kao uvjet zahtijevati i neposredan vremenski kontinuitet. Ako se radi o takvim situacijama, pravni učinak naknadnog ekstenzivnog ekscesa mogao bi se iznimno izjednačiti s učincima predviđenima za intenzivan eksces. Ovdje se zapravo i ne radi o klasičnom naknadnom ekstenzivnom ekscesu, nego o situaciji u kojoj se nedopuštene radnje vremenski neposredno nastavljaju na nužnu obranu ili njezino intenzivno prekoračenje. Možemo je označiti i kao intenzivno prekoračenje s elementima naknadnog ekstenzivnog ekscesa. Praktično je, osim toga, teško točno utvrditi koji dio poduzetih radnja spada u obrambene, a koji u vremenski ekscsesne. Moguću nesigurnost pri utvrđivanju činjeničnog stanja valja razriješiti primjenom pravila *in dubio pro reo* i prednost dati intenzivnom prekoračenju. Počinitelj koji je na navedeni način prekoračio nužnu obranu pod utjecajem afekta prepasti nije kriv, a ako takva afekta nema, moguće je ublažavanje kazne. Analognu primjenu pravnih učinaka možemo prihvatiti jer tekst zakonske odredbe o prekoračenju ne ograničava izričito njezinu primjenu na intenzivno prekoračenje nužne obrane. Ona bi čak bila moguća i u slučaju promjene *de lege ferenda*, koja bi jasno odredila da se pod prekoračenjem nužne obrane smatra samo prekoračenje mjere opravdane/dopuštene obrane, jer su u gore opisanoj situaciji nužna obrana ili njezino intenzivno prekoračenje ipak dominantni. Nadalje, ovaj se tretman može obrazložiti smanjenim stupnjem neprava i krivnje, što su temelji postojanja ispričavajućih razloga. Takvo je obrazloženje uvjerljivo jer polazi od činjenice prethodnog protupravnog napada i stanja nužne obrane do određenog trenutka,

⁶⁸ Zieschang u: *Leipziger Kommentar*, op. cit. (bilj. 39), 564.

⁶⁹ Perron u: Schönke/Schröder, loc. cit.

⁷⁰ Bojanić, op. cit. (bilj. 3), 26.

afekta prepasti te neposredne povezanosti obrambenih i vremenski ekscesnih radnja. Sve to može pojačati i kriminalnopolitički argument da takva počinitelja nema potrebe kažnjavati iz preventivnih razloga.

Drugi pojavni oblik ekstenzivnog prekoračenja nužne obrane jest prije-vremeni ekstenzivni eksces (*vorzeitig-extenzive Exzess*), u kojem se počinitelj „brani“ od napada koji još nije počeo ili još izravno ne predstoji, dakle prerano. I na tu se vrstu ekstenzivnog ekscesa odbija primjena zakonske odredbe o prekoračenju granica nužne obrane. Rečeno vrijedi i za poredbenu i za hrvatsku teoriju i praksu. Argument je jednak onomu kod naknadnog ekstenzivnog ekscesa: ne postoji položaj nužne obrane s obzirom na to da nema napada. Tako Novoselec/Bojanić navode da nije dopuštena anticipirana nužna obrana jer se tako stvara opća nesigurnost: mnogi bi se obračuni opravdavali strahom od budućih napada, a postojanje budućih činjenica teško je pouzdano utvrditi.⁷¹ U prilog poziciji da prijevremeno ekstenzivno prekoračenje nije prekoračenje u smislu zakona Zieschang navodi kako je to opravdano jer ne možemo govoriti o prekoračenju ako napada još nema.⁷² Ima i drugačijih stajališta. Roxin se i ovdje zauzima za izjednačavanje ekstenzivnog i intenzivnog ekscesa jer smatra da s kriminalnopolitičkog stajališta među njima nema razlike. Isto smatra i Jakobs.⁷³ Iako takve tendencije imaju svoju argumentaciju, smatramo da je dosadašnji učinak prikladan te da ga ne treba mijenjati. S kojeg god aspekta promatrali i koje god argumente koristili, nije moguće zanemariti činjenicu da ovdje napad uopće ne postoji. Očita je razlika u odnosu na prethodnu situaciju naknadnog ekstenzivnog ekscesa. To ipak ne znači da se takvu počinitelju ne pruža nikakav olakotni tretman kroz sustav kaznenog prava. Ako postoje pretpostavke, može se primijeniti zabluda o okolnostima koje isključuju protupravnost.

Jedan takav primjer vidimo u sljedećoj presudi. Optuženik je noću ušao u dvorište te je začuo repetiranje puške, koje je gotovo identično zvuku ubacivanja metka u cijev. Uključio je bateriju te je ugledao osobu C s puškom usmjerenom u njegovu pravcu. Zaključio je da će C pucati jer nije reagirao na njegovo upozorenje. U tom je trenutku pucao iz pištolja u smjeru oštećenog C. Kad je C zateturio, optuženik je neposredno iza njega vidio siluetu druge osobe S u kretanju prema njemu i, očekujući da će i ta osoba pucati, ispalio još jedan metak prema zemlji, koji je oštećenika pogodio u petu. Poslije je utvrđeno da

⁷¹ Novoselec/Bojanić, *op. cit.* (bilj. 1), 171.

⁷² Zieschang u: *Leipziger Kommentar, op. cit.* (bilj. 39), 566.

⁷³ Roxin, *op. cit.* (bilj. 2), 1000; Jakobs, *op. cit.* (bilj. 29), 584. Bojanić smatra kako ti razlozi nisu neuvjerljivi, ali kad je riječ o preventivnoj obrani, oni ne mogu nadomjestiti napad, koji od početka nedostaje, a temeljna je pretpostavka zakonske odredbe o nužnoj obrani ili njezinu prekoračenju. Počinitelju preostaje da se poziva na postupanje u zabludi uslijed pogrešne predodžbe o istodobnosti napada. Amplus, Bojanić, *op. cit.* (bilj. 3), 23.

oštećenik C u cijevi puške nije imao metak i da je puška bila zakočena pa stoga optuženiku nije prijetio niti je objektivno predstojao izravni napad. Radilo se o putativnoj nužnoj obrani u odnosu na oštećenike C i S, koju je prvostupanjski sud ocijenio neotklonjivom te je počinitelja oslobodio od optužbe.⁷⁴

Konačno, posljednja je vrsta prostorni ekstenzivni eksces nužne obrane (*räumlich-extensive Notwehrexzess; die drittwirkende Notwehr*), u kojemu se obrana proteže na treću nesudjelujuću osobu na način da počinitelj povređuje njezina pravna dobra obranom od napadača. Radi se o pogrešnom usmjerenju obrane. Uvriježeno je mišljenje kako se ta vrsta ekscesa ne može podvoditi pod zakonsku odredbu o prekoračenju. Ovdje ne može nastati ni situacija nužne obrane jer treća nesudjelujuća osoba nije napadač. U takvim se situacijama primjenjuju pravila o krajnjoj nuždi.

S obzirom na to da primjenu zakonske odredbe o prekoračenju nužne obrane valja zaniijekati u svim slučajevima ekstenzivnog prekoračenja nužne obrane, osim u jednoj situaciji, koja sadrži i elemente naknadnog ekstenzivnog ekscesa, a takvo vremensko ponašanje neposredno izvire iz radnje poduzete u nužnoj obrani ili njezinu intenzivnom prekoračenju, smatramo da nema nikakvih smetnja da se *de lege ferenda* prekoračenje nužne obrane definira kao prekoračenje mjere dopuštene ili opravdane obrane.

5. PREKORAČENJE GRANICA NUŽNE OBRANE KAO ISPRIČAVAJUĆI RAZLOG *DE LEGE FERENDA*

Zakonske bi odredbe trebale predstavljati koherentan pravni mimezis realnih društvenih zbivanja. Svrha je ovog rada dati prilog preciznijem normiranju specifične situacije prekoračenja granica nužne obrane. Riječ je o ispričavajućem razlogu kao legislativnoj novini u hrvatskom kaznenom pravu, pri čemu smatramo da relevantna zakonska odredba može biti prikladnije oblikovana. Unutar zakonskog izričaja „ispričive jake prepasti“ riječi „ispričive“ i „jake“ smatramo redundancijom. Što se tiče atributa „ispričive“, suvišan je jer je u odredbi već naveden pravni učinak te vrste ekscesa pa ga nije potrebno ponavljati. To više jer se jasno navodi vrsta počiniteljeva psihičkog stanja, a ujedno radi izbjegavanja nedopuštene supsumcije određenih psihičkih stanja. „Jaka“ je suvišan atribut prepasti jer se gradacijom strah – prepast – jaka prepast ispričavajući učinak sveo samo na krajnju razinu straha, a to rješenje nije poznato u pravnim sustavima koji imaju tradiciju normiranja ispričavajućih razloga.

⁷⁴ U odnosu na oštećenika S, državni je odvjetnik smatrao da je riječ o otklonljivoj zabludi. Presuda Županijskog suda u Koprivnici od 11. travnja 2001. godine, broj K-04/01, i presuda VRSH broj I Kž 463/01-3 od 1. listopada 2003. Tekst preuzet s: <http://www.iusinfo.hr> (posjećeno 12. prosinca 2014.).

Time se unosi dodatna restrikcija u ionako stroge postavke hrvatskog sustava kad je riječ o ovom ispričavajućem razlogu. Na sudskoj je praksi da odredi intenzitet straha koji će uvažiti kao relevantan za primjenu ove odredbe. Nadalje, iako se hrvatski zakonodavac, vjerojatno zbog normirajućeg opreza, odlučio privilegirati samo jedan astenički afekt, držimo da je moguće kroz ekstenzivnu teleološku interpretaciju analogno tretirati i druge asteničke afekte koji su po intenzitetu usporedivi ili jači od prepasti. Suprotno bi stajalište vodilo do besmislenog zaključka da primjerice užas ostavlja veću mogućnost/sposobnost voljnog određenja nego prepast. Što se tiče moguće kombinacije više afekata, od kojih su neki stenički, a neki astenički, držimo da ne treba isključiti primjenu ispričavajućeg učinka ukoliko se radi o odnosu suuzročnosti (dovoljno je postojanje prepasti u ukupnom zbroju svih motiva). Glede ekstenzivnog prekoračenja granica nužne obrane, smatramo da se vladajući stav, koji se sastoji u odricanju ispričavajućeg učinka, može modificirati glede jedne posebne situacije naknadnog ekstenzivnog ekscesa, u kojemu počinitelj najprije ostaje u granicama nužne obrane ili te granice prekoračuje u intenzivnom smislu, a zatim se obrana nastavlja ekscesno u ekstenzivnom smislu. U takvoj se situaciji može prihvatiti mogućnost ispričavajućeg djelovanja ako se radi o uskoj vremenskoj povezanosti između obrane od napada i radnja nakon njega, odnosno prirodnoj cjelini počiniteljeve naknadne reakcije s prethodnim obrambenim radnjama. Primjena bi ispričavajućeg učinka bila moguća s obzirom na to da zakonska odredba o prekoračenju nije ograničena samo na intenzivno prekoračenje, a radi preciziranja odredbe predlaže se i uvođenje kriterija dopuštene obrane u relevantnu odredbu hrvatskog Kaznenog zakona. Uzimajući u obzir sve prethodno napisano, predlaže se uvrštavanje *mjere dopuštene obrane* u predmetnu odredbu te brisanje riječi *ispričiva* i *jaka*. Sukladno tome nove bi odredbe izgledale ovako:

Nužna obrana (čl. 21.)

(3) Počinitelj koji prekorači mjeru dopuštene obrane može se blaže kazniti.

(4) Nije kriv tko prekorači mjeru dopuštene obrane zbog prepasti prouzročene napadom.

Summary

THE LEGAL REGULATION AND LEGAL NATURE OF THE EXCUSABLE STATE OF NECESSITY AND THE EXCUSABLE EXCESS OF THE LIMITS OF SELF-DEFENCE *DE LEGE LATA* AND *DE LEGE FERENDA*

Due to the consistent application of normative theories of culpability, two grounds of excuse were introduced in the general part of Croatian criminal law: the excusable state of necessity and the excusable excess of the limits of self-defence. If the legal requirements are met, they lead to the effect of eliminating culpability and consequently to the elimination of the criminal offence. Excusable excess implies that the person who has exceeded the limits of self-defence is not to be blame “due to the excusable strong fright caused by the attack”. This is a significant change compared to the older regulation, in which this legal result was not allowed. Excusable excess of self-defence is known in other criminal law systems, but there are open questions when it comes to legal regulation and interpretation. Therefore, the relevant provisions of the comparative regulation of German, Austrian and Swiss criminal law are presented. The objective of this paper is to analyse the positive Croatian criminal law provision on exceeding the limits of self-defence as a grounds of excuse in the context of possible improvements in the respective regulation *de lege ferenda*.