

SVEUČILIŠTE U ZAGREBU

PRAVNI FAKULTET

DOMAGOJ DANANIĆ

PRAKTIČNI UTJECAJ POLOŽAJA NAMJERE I NEHAJA U STRUKTURI KAZNENOG
DJELA NA RAZGRANIČENJE NEIZRAVNE NAMJERE OD SVJESNOG NEHAJA

Zagreb, 2018.

Ovaj rad izrađen je pod vodstvom prof. dr. sc. Davora Derenčinovića i predan je na natječaj za dodjelu Rektorove nagrade u akademskoj godini 2017./2018.

POPIS I OBJAŠNENJE KRATICA

Propisi

KZ	Važeći Kazneni zakon, stupio na snagu 1. siječnja 2013.
KZ/11	Oznaka za važeći Kazneni zakon kod naglašavanja razlike novih zakonskih rješenja u odnosu na KZ/97
KZ/97	Oznaka za kazneni zakon iz 1997. koji je bio na snazi od 1. siječnja 1998. do 1. siječnja 2013. koja se koristi pri usporedbi s važećim Kaznenim zakonom

Ostale kratice

br.	broj
cit.	citat
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> – na istom mjestu
NN	Narodne novine
op. a.	opaska autora
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i> – navedeno djelo
RH	Republika Hrvatska
str.	stranica
tj.	to jest
v.	vidi
VSRH	Vrhovni sud Republike Hrvatske

Sadržaj

1. Uvod	1
2. Uvodno o funkcionalizaciji kaznenog prava	2
2.1. Načelo krivnje u funkcionaliziranom kaznenom pravu	3
3. Kritika određenja namjere i nehaja kao oblika krivnje u hrvatskom Kaznenom zakonu	5
3.1. Teorije krivnje – tendencija normativizacije.....	5
3.2. Normativno poimanje krivnje u svjetlu odredbe Kaznenog zakona o njenim sastojcima	7
3.3. Razvoj koncepcije neprava i krivnje	8
3.4. Nužnost pozicioniranja namjere i nehaja u nepravu	9
3.4.1. Praktični utjecaj smještaja namjere u nepravu	13
4. Općenito o razgraničenju neizravne namjere i svjesnog nehaja.....	16
4.1. Prikaz razvoja teorija razgraničenja	16
4.2. Razgraničenje u hrvatskom Kaznenom zakonu	19
5. O kvalitativnoj razlici neizravne namjere i svjesnog nehaja	20
5.1. Kritički o pristajanju na djelo kao temelju voljne sastavnice neizravne namjere	20
5.2. Modifikacija teorije pristanka: odluka kao normativna ekstenzija htijenja u nepravu ..	23
6. Razlike u praktičnoj primjeni smjernica za razgraničenje <i>de lege lata</i> i <i>de lege ferenda</i>	30
6.1. Primjer 1	30
6.2. Primjer 2.....	32
6.3. Primjer 3.....	33
7. Zaključak	35
8. Zahvale	38
9. Literatura	39
10. Sažetak.....	42

1. Uvod

Pitanje razgraničenja neizravne namjere od svjesnog nehaja jedno je od najprjepornijih u kaznenopravnoj dogmatici. Dogmatska i pravno-perceptivna složenost najbolje se uočava promatranjem predmetnog problema kroz prizmu dugogodišnjeg razvoja mnogobrojnih teorija. Uvelike različiti pristupi teoretičara, a posljedično i zakonodavaca njihovom uređenju rezultat su širokog spektra poimanja suštine razgraničenja dva instituta.

Danas problem razgraničenja valja promatrati kroz paradigmu funkcionaliziranog kaznenog prava. Da bi takav pristup uopće bio moguć, nužno je inicijalno razmotriti položaj namjere i nehaja u strukturi kaznenog djela. Precizno strukturiranje kaznenog djela, a posljedično i pozicioniranje namjere i nehaja u njemu, nije samo sebi svrhom. Ta je struktura koncept koji predstavlja itekako osjetan i praktično važan pa i presudan instrument za oživotvorenje funkcionaliziranog kaznenog prava. Štoviše, upravo je nevoljkost za usklađivanjem pojedinog instituta sa znanstvenim tekovinama ono što ga može pretvoriti u zamarajuću teorijsku strukturu bez učinka s obzirom na ostale institute koji se razvijaju, što bi za posljedicu imalo i njegovu praktičnu beskorisnost.

Pri sagledavanju rješenja koje nudi hrvatski Kazneni zakon, rad u prvom dijelu kritički analizira opravdanost smještaja namjere i nehaja u potpunosti u krivnju. Naime, dok njemački, austrijski i švicarski zakonodavac, kao hrvatskom zakonodavcu komparativnopravno najveći uzori, ne određuju kogentno položaj namjere i nehaja u strukturi kaznenog djela, štoviše, uopće izostavljaju odredbu o sadržaju krivnje, pristup je hrvatskog Kaznenog zakona očigledno krutiji. Tako su izričito definirani namjera i nehaj podjednako izričito smješteni u elemente krivnje. Pri analizi se prije svega uzima u obzir tendencija normativizacije krivnje u kaznenopravnoj dogmatici. Kako je upravo normativistički utjecaj njemačke kaznenopravne dogmatike u osnovi razvoja suvremenog koncepta neprava i krivnje, u cjelini se razmatra pitanje jesu li dosadašnji normativistički zahvati hrvatskog zakonodavca dovoljni. Stoga se kroz analizu praktičnih utjecaja izmještanja namjere iz krivnje kao ključnog obilježja normativnog poimanja krivnje, postavlja pitanje pozicioniranja namjere i nehaja u nepravu što hrvatski zakonodavac zasad propušta učiniti.

Precizno strukturiranje kaznenog djela, posebno u dijelu odnosa neprava i krivnje, otvorilo bi niz praktičnih i teorijskih mogućnosti za unaprjeđenje cjelokupnog općeg dijela hrvatskog

kaznenog prava. U drugom se dijelu rada zato ispituje mogući utjecaj normativnog poimanja krivnje i općenito strukture kaznenog djela na razgraničenje neizravne namjere od svjesnog nehaja. Da bi kritička analiza bila moguća, neophodna je usporedba postojećeg zakonskog rješenja problema razgraničenja tih instituta s dominantnim teorijskim pravcima, ali i ocjena učinaka takvog rješenja u praksi hrvatskih sudova. S obzirom na osnovne postavke funkcionaliziranog kaznenog prava, rad polazi od zaključka njemačkog kaznenopravnog teoretičara Clausa Roxina kako je cilj prijetnje kaznom za namjerna kaznena djela sprječavanje donošenja odluka usmjerenih protiv pravnih dobara.¹ Iz toga se izvodi i premisa da je upravo kakva odluka uperena protiv kojeg pravnog dobra ono što će među ostalim činiti nepravu u pojedinim situacijama. S obzirom na to, nužno je razmotriti opravdanost ideje da se razlika između namjerne i nehajne radnje uzme kao dominantno kvalitativna. U tu svrhu, postavlja se temeljno razlikovanje po kojem takva odluka može postojati samo kod namjernih kaznenih djela. Takvo razgraničenje utemeljeno na razlikovanju neprava namjerne i nehajne radnje bilo bi u neposrednoj vezi s normativnim poimanjem krivnje.

Stoga se kao praktično rješenje nudi modifikacija teorije pristanka (*Einwilligungstheorie*) koja trenutno predstavlja opredjeljenje hrvatskog zakonodavca. U svjetlu premise koju rad postavlja, modifikacija se čini nužnom s obzirom na to da normativizacija krivnje u pitanje dovodi mogućnost razlikovanja utemeljenog isključivo na voljnoj sastavnici ovih instituta kakvo je trenutno zakonski predviđeno. Praktični utjecaj predloženih izmjena i primjenjivost konačno predloženog koncepta razmatra se potom na nekoliko graničnih primjera iz domaće sudske prakse.

2. Uvodno o funkcionalizaciji kaznenog prava

Temeljni je zadatak kaznenog prava zaštita pravnih dobara. Njih Kazneni zakon² (u daljnjem tekstu: KZ) određuje kao „osobne slobode i prava čovjeka te druga prava i društvene vrijednosti zajamčene i zaštićene Ustavom Republike Hrvatske i međunarodnim pravom“. Uopćenije, vladajuće je mišljenje kako je stoga svrha kaznenog prava zaštita zajedničkog života

¹ Roxin, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Verlag C. H. Beck, München, 2006., str. 446

² Kazneni zakon, Narodne novine, br. 125/2011, 144/2012, 56/2015, 61/2015, 101/2017

ljudi u društvu.³ S obzirom na dominantni element državne prisile u ostvarivanju te zadaće, kazneno je pravo represivne naravi. Represija dakako ne postoji same represije radi. Ako je jedan njezin aspekt kazna kao reakcija na počinjeno kazneno djelo, ona s druge strane teži spriječiti počinjenje kaznenih djela i ubuduće. Zato je narav, tj. funkcija kaznenog prava ujedno i preventivna. Pritom bi bilo pogrešno zbog njegove represivne naravi shvatiti kazneno pravo kao instrument koji bi kočio slobodu. Štoviše, kažnjavanjem delinkventa i ograničavanjem njegovih prava, kazneno pravo omogućuje poštivanje ljudskih prava žrtava kaznenih djela, jer suprotstavljajući se raznim oblicima samovolje pojedinaca omogućuje ostvarivanje pravednosti.⁴ „Kazneno pravo slobodu ne samo ograničava nego i stvara.“⁵

Ovako shvaćeno, možemo govoriti o funkcionaliziranom kaznenom pravu. Uvelike su začeci takvog poimanja u korijenima moderne njemačke kaznenopravne doktrine kojom dominiraju upravo funkcionalistička, odnosno normativna i teleološka stremljenja. Valja nadići tradicionalno poimanje kriminalne politike i kaznenopravne dogmatike kao dvaju odvojenih krugova koji se ne sijeku, čime prestaje i potreba za shvaćanjem kriminalne politike kao korektiva.⁶ U tom svjetlu, zaštita pravnih dobara ne znači nužno isključivu zaštitu kaznenim pravom, već zaštitu „prije kaznenog prava“, s obzirom na to da je takav koncept idejno utemeljen kao granica, a ne kao legitimizacija kaznenopravne intervencije.⁷ Tako je opravdano zaključiti da je zaštita koju kazneno pravo pružna pravnim dobrima supsidijarna.

2.1. Načelo krivnje u funkcionaliziranom kaznenom pravu

Uz načelo zakonitosti, upravo je načelo krivnje temelj kaznenog prava. KZ u članku 4. izričito određuje da „nitko ne može biti kažnjen ako nije kriv za počinjeno kazneno djelo“.⁸ Takvo načelo krivnje jamstvo je da pojedinac neće trpjeti kaznu ako nije osobno kriv za počinjeno

³ Novoselec, P., Bojanić, I., *Opći dio kaznenog prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2013., str. 5

⁴ *Ibid.*, str. 5

⁵ Jescheck, H.-H., Weigend, T., *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Duncker und Humblot, Berlin, 1996., str. 3

⁶ Martinović, I., *Položaj namjere u pojmu kaznenog djela, analiza njezinih oblika i razgraničenje s nehajem*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2013., str. 152

⁷ Roxin, C., *Sinn und Grenzen der Staatlichen Strafe*, u: Roxin, C. *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Walter de Gruyter, Berlin, 1973., str. 14

⁸ Izraženo u obliku *Nulla poena sine culpa* u doslovnom bi prijevodu značilo „Nema kazne bez krivnje“.

kazneno djelo, tj. ako u vrijeme počinjenja nije imao subjektivan odnos prema tom djelu.⁹ Stoga je ono vodeće načelo za oblikovanje sustava kaznenog prava jer kazna pretpostavlja da se počinitelju za ostvareno nepravo može uputiti prijekor, pa je u tom smislu upravo krivnja temelj, granica i unutarne opravdanje kazne.¹⁰ Pritom je, pogotovo u smislu funkcionaliziranog kaznenog prava, potrebno posebno naglasiti da se prijekor upućuje zbog ostvarenog neprava. Upravo se u tome ogleda praktična važnost načela krivnje. To prepoznaje i zakonodavac pa tako u članku 47. KZ-a o odmjeravanju kazne određuje krivnju upravo kao temelj odmjeravanja kazne, a stupanj krivnje kao granicu koju visina kazne ne smije prekoračiti. Tako se i krivnja kao temelj kazne i krivnja kao mjera kazne odnose se na prekorljivost počinjenog neprava, kao što je i rečeno. No, uopćeno, dok od krivnje kao temelja kazne ovisi uopće upućivanje prijekora, krivnja kao mjera kazne postavlja pitanje koja je težina prijekora koja se počinitelju upućuje.¹¹ Drugim riječima, u prvom slučaju govorimo o skupu pretpostavki o kojima takvo upućivanje prijekora ovisi, tj. (ne)postojanju odgovarajućih sastojaka krivnje, dok u potonjem krivnja predstavlja kategoriju koja se može stupnjevati, pa tako teža kazna podrazumijeva povišenu, a blaža kazna smanjenu krivnju.

No tako uopćeno postavljeno načelo krivnje posebno je zanimljivo u smislu funkcionaliziranog kaznenog prava promatrati u jednom zasebnom aspektu. Valja uzeti u obzir kako je misao vodilja funkcionalističkih, tj. normativnih smjerova u kaznenopravnoj doktrini povezivanje strukture kaznenog djela sa svrhom sankcija i ostalim „kaznenopravnim svrhama“.¹² Naime, krivnja kao legitimacija kazne u dvostrukom smislu tu funkciju nema prema drugim kaznenopravnim sankcijama. Njihova se legitimacija razlikuje od legitimacije kazne, s obzirom na to da u dualističkom sustavu kaznenopravnih sankcija njihov temelj nije krivnja nego opasnost. To se prije svega odnosi na sigurnosne mjere. Iz izričaja odredbe članka 65. KZ-a o svrsi sigurnosnih mjera¹³ proizlazi da one nisu utemeljene na krivnji, već na opasnosti počinitelja. Shodno tome, one se ne odmjeravaju prema stupnju počiniteljeve krivnje, već prema načelu

⁹ Horvatić, Ž, Derenčinović, D., Cvitanović, L., *Kazneno pravo - opći dio 2, kazneno djelo i kaznenopravne sankcije*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2017., str. 70

¹⁰ Bojanić, I., Mrčela, M., *Koncepcija krivnje u novom Kaznenom zakonu*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 19, br. 2, 2012., str. 389 – 407, str. 395

¹¹ Novoselec, P., Bojanić, I., *op. cit.*, bilj. 3, str. 214

¹² Martinović, I., *Pledoaje za brisanje zakonske odredbe o sastojcima krivnje*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 21, br. 1, 2014., str. 3 – 22, str. 15

¹³ Svrha je sigurnosnih mjera otklanjanje okolnosti koje omogućavaju ili poticajno djeluju na počinjenje novog kaznenog djela.

razmjernosti kako je izričito određeno člankom 66. KZ-a.¹⁴ Opravdano je stoga prihvaćanje zaključka njemačke dogmatike po kojem su sve sankcije osim kazne „indiferentne spram krivnje“¹⁵ (*schuldindifferentne Sanktionen*), te svoje utemeljenje ne nalaze u krivnji nego u prevenciji, a pri čemu se njihova mjera također određuje u skladu s potrebama prevencije.¹⁶

3. Kritika određenja namjere i nehaja kao oblika krivnje u hrvatskom Kaznenom zakonu

3.1. Teorije krivnje – tendencija normativizacije

Empiristički pristup pozitivizma zaslužan je za oblikovanje koncepta psiholoških teorija krivnje. Takvim se pristupom krivnja svodi na psihičke procese kao subjektivne pretpostavke kažnjivosti, uslijed čega se krivnja iscrpljuje u namjeri i/ili nehaju kao njezinim oblicima. Svijest o protupravnosti nije određena kao obilježje krivnje, dok se ubrojivost umjesto sastavnim dijelom smatra pretpostavkom krivnje.¹⁷ Takve teorije ne nude odgovor na pitanje zašto je određeni psihički odnos krivnja, jer ostajući na tom odnosu kao psihološkoj pojavi ili činjenici ne mogu izraziti bit krivnje, koja je neodvojiva od normativne ocjene nespojive s aspekta psihologizma.¹⁸ Stoga su psihološke teorije očito preuske. Takvim pristupom nije moguće pozicioniranje niza instituta normativne naravi. Kaznenopravna teorija pritom ističe prije svega nesvjesni nehaj kod kojeg izostaje ikakav psihički odnos počinitelja prema djelu, ali i neubrojivost te svijest o protupravnosti.¹⁹ Bez detaljnije daljnje analize nedostataka tih teorija, činjenica je da su one u potpunosti napuštene.

¹⁴ Sigurnosna mjera mora biti u razmjeru s težinom počinjenog kaznenog djela i kaznenih djela koja se mogu očekivati, kao i sa stupnjem počiniteljeve opasnosti.

¹⁵ Novoselec, P., Bojanić, I., *op. cit.*, bilj. 3, str. 213

¹⁶ U svakom je slučaju dvojbeno je li dualistički sustav sankcija u Republici Hrvatskoj dosljedno proveden. Iako je činjenica da *de iure* imamo sustav koji je dualistički, upitno je može li se on takvim smatrati i *de facto*. Naime, postavljaju se pitanja nije li zaštitni nadzor koji se primjenjuje uz kaznu zapravo element sigurnosnih mjera, te nisu li neke sigurnosne mjere, primjerice zabrana pristupa internetu, u suštini punitivnog karaktera, a time po svom sadržaju bliže kaznama nego sigurnosnim mjerama. Nekoliko je mogućih rješenja tog problema, pa ako bismo primjerice zahtijevali krivnju kao preduvjet za izricanje svih kaznenopravnih sankcija sadržajno bi to značilo i napuštanje dualizma. V. više Martinović, I. *op. cit.*, bilj. 12, str. 21

¹⁷ Zato se uvodi pojam kaznene odgovornosti kao viši rodni pojam koji obuhvaća ubrojivost i krivnju. v. Novoselec, P., Bojanić, I., *op. cit.*, bilj. 3, str. 217

¹⁸ *Ibid.*, str. 218

¹⁹ *Ibid.*

Po raskidu s pozitivizmom kazneno pravo, pri čemu se dominantno ističe njemačka dogmatika, okreće se vrijednosno orijentiranoj filozofiji. Proces kreiranja teorijskih pojmova čije je izvorište u strukturi svijesti pojedinca, a pomoću vrijednosno utemeljenog mišljenja nadređenog iskustvenoj znanosti, posljedično dovodi do zaključka da shvaćanje krivnje kao psihičkog odnosa valja nadopuniti normativnim elementom.²⁰ Normativne teorije kao bit krivnje naglašavaju prijekor, tj. prekorljivost oblikovanja volje. Postojeći raspon od psiholoških činjenica do vrijednosnog suda o djelu konkretnog počinitelja ogleda se u prijelazima između psihičkog odnosa počinitelja, mogućnosti da se zahtjeva drugačije ponašanje te ispričavajućih razloga. Kad postoje ispričavajući razlozi protupravnost i krivnja i dalje postoje, ali su do te mjere oslabljeni da prijekor više nije opravdan, u kojim se slučajevima „krivnja ne isključuje zbog nepostojanja psihičkog odnosa, nego na temelju normativne ocjene“. Normativne se teorije krivnje mogu promatrati u dvije grupe. Psihološko-normativne teorije krivnju shvaćaju kao unutarnji odnos počinitelja prema djelu zbog kojeg mu se može uputiti prijekor, pa je tako zapravo krivnja „jedinstvo psihičkog supstrata i suda o njemu“, a obuhvaća ubrojivost, namjeru ili nehaj, svijest o protupravnosti i nepostojanje ispričavajućih razloga. Takve teorije krivnju stoga shvaćaju kao „zbiljsku pojavu na koju se onda nadovezuje određeni sud“. Čisto normativne teorije krivnje krivnju svode na osobni prijekor počinitelju što nije propustio protupravnu radnju iako ju je mogao propustiti, pa se prijekor upućuje počinitelju zato što nije oblikovao volju kao to pravo od njega traži, te je prijekor stoga moguć samo kad postoje ubrojivost i svijest o protupravnosti, a ne postoje ispričavajući razlozi. Jasno je kako su onda namjera i nehaj (njegova objektivna strana) smješteni u protupravnost, a što je djelomično podvrgnuto kritici koja ističe da se na taj način krivnja svodi na čisti sud ili relaciju, dok je zapravo krivnja kao postojeća u zbiljskom svijetu „u prvom redu nešto supstancijalno, a tek potom relacija“.²¹ U konačnici, namjera, a slično tome i nehaj dobivaju dvostruku ulogu: u okviru protupravnosti namjera pokazuje smisao radnje, a u okviru krivnje moralnu nevrjednost djela. Objektivni se kriterij nehaja razmatra u okviru protupravnosti, a subjektivni u okviru krivnje.

²⁰ Martinović, I., *Razgraničenje neizravne namjere i svjesnog nehaja*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 18, br. 1, 2011., str. 49 – 82, str. 51

²¹ Svi citati u paragrafu prema Novoselec, P., Bojanić, I., *op. cit.*, bilj. 3, str. 219

3.2. Normativno poimanje krivnje u svjetlu odredbe Kaznenog zakona o njenim sastojcima

Članak 23. KZ-a²² izričito propisuje sastojke krivnje. Jasno je da time hrvatski zakonodavac ne postupa u skladu s rješenjima njegovih najvećih komparativnopravnih uzora. Pritom se prije svega tradicionalno ističe njemački kazneni zakon²³ u kojem se zakonodavac ni na koji način ne bavi tim pitanjem. Isto vrijedi i za austrijski²⁴ i švicarski²⁵ kazneni zakon.

Prema domaćem rješenju kriv je počinitelj koji je u vrijeme počinjenja kaznenog djela bio ubrojjiv. Ubrojivost kao sposobnost za krivnju u KZ-u je određena negativno, pa je tako neubrojjiva ona osoba koja u vrijeme ostvarenja protupravnosti djela nije mogla shvatiti značenje svojeg postupanja ili nije mogla vladati svojom voljom. Stoga ubrojjiva osoba mora postupati s namjerom ili iz nehaja. Na taj su način namjera i nehaj u cijelosti smješteni u okvir krivnje i to kao njezini oblici. Na njihov položaj nije utjecao niti „zaokret od psihološkog k normativnom poimanju krivnje“²⁶, koji je uočiv u Kaznenom zakonu koji je stupio na snagu 1. siječnja 1998. (u daljnjem tekstu: KZ/97)²⁷, a potom i u KZ/11. KZ/97 usvajajući svijest o protupravnosti očito se priklanja normativnim teorijama krivnje. Ali kako su namjera i nehaj zadržani u okviru krivnje, proizlazi da su praktično usvojene psihološko normativne teorije krivnje.²⁸ Na nastavak prodora normativnih teorija ukazuje i uvođenje ispričavajućih razloga među sastojke krivnje koji su „esencijalna obilježja normativnog poimanja krivnje.“²⁹ Njihovo je uvođenje nužno uslijed uređenja nužne obrane i krajnje nužde kakvo je predviđeno KZ-om. Normativno je shvaćanje krivnje provedeno

²² Kriv je za kazneno djelo počinitelj koji je u vrijeme počinjenja kaznenog djela bio ubrojjiv, koji je postupao s namjerom ili iz nehaja, koji je bio svjestan ili je bio dužan i mogao biti svjestan da je njegovo djelo zabranjeno, a ne postoji nijedan ispričavajući razlog.

²³ Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 30. Oktober 2017 (BGBl. I S. 3618) geändert worden ist

²⁴ Das österreichische Strafgesetzbuch, BGBl. Nr. 60/1974, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 117/2017

²⁵ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (Stand am 11. Juli 2017)

²⁶ Novoselec, P., *Kritički osvrt na neke odredbe općeg dijela Kaznenog zakona*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 7, br. 2, 2000., str. 263 – 293, str. 276

²⁷ Kazneni zakon, Narodne novine, br. 110/1997, 27/1998, 50/2000, 129/2000, 51/2001, 111/2003, 190/2003, 105/2004, 84/2005, 71/2006, 110/2007, 152/2008, 57/2011, 143/2012

²⁸ Horvatić, Ž., Derenčinović, D., Cvitanović, L., *op. cit.*, bilj. 9, str. 76

²⁹ Novoselec, P., Bojanić, I., *op. cit.*, bilj. 3, str. 221

utoliko dosljedno s obzirom na činjenicu da ispričavajući razlozi počivaju na vrijednosnoj, tj. normativnoj ocjeni.³⁰ Ipak, položaj namjere i nehaja ostaje netaknut.

3.3. Razvoj koncepcije neprava i krivnje

Promjene u učenju o nepravu i krivnji očitavaju se kroz različite periode razvoja kaznenopravne dogmatike, koje Martinović sistematizira³¹ kao klasično, neoklasično i finalističko učenje. Za klasičnog učenja utemeljenog na mehanicizmu, a koji „metajuridičku legitimaciju traži u pozitivizmu“, teži se pronalasku objektivnog kriterija određenja elemenata kaznenog djela. Tako se nepravu počinje smatrati „zajedničkim nazivnikom vanjskih aspekata kaznenog djela, dok krivnja predstavlja unutarnju (psihičku) dimenziju delikta.“ Radnja, biće kaznenog djela i protupravnost sukladno navedenome temelje se na „mehanicistički shvaćenom konceptu uzročnosti“, a krivnja se „uz pomoć novostvorenih empirističkih disciplina nastoji lišiti neznanstvenog vrijednosnog temelja i konstituirati kao psihički, ali mjerljiv odnos.“³² I dok je klasično učenje već na svojem izvorištu odbačeno, takvo razlikovanje koje se moguće prepoznaje i kao *actus reus* u odnosu prema *mens rea*³³, i dalje je očito prisutno u pravnim sustavima anglosaksonske tradicije. Neoklasično učenje vodi subjektivizaciji neprava i normativizaciji krivnje i to pod utjecajem shvaćanja da krivnju nije moguće definirati samo kao unutarnju stranu delikta, već je potrebno ponuditi i njezinu materijalnu definiciju što predstavlja put ka shvaćanju krivnje kao vrijednosnog suda.³⁴ Takve su postavke u skladu s općim strujanjima kaznenopravne znanosti s početka 20. stoljeća kada „na mjesto formalne logičke korektnosti jurističkog mišljenja, okrenutog samom sebi, stupile su težnje za izgradnjom pojma kaznenog djela na ciljevima kojima teži kazneno pravo i vrijednosnim promišljanjima koja stoje u pozadini tih ciljeva“.³⁵ Subjektivna

³⁰ Turković, K.; Novoselec, P.; Grozdanić, V.; Kurtović, A.; Derenčinović, D.; Bojanić, I.; Munivrana Vajda, M.; Mrčela, M.; Nola, S.; Roksandić Vidlička, S.; Tripalo, D.; Maršavelski, A., *Komentar Kaznenog zakona: i drugi izvori novog hrvatskog kaznenog zakonodavstva*, Narodne novine, Zagreb, 2013., str. 47

³¹ Martinović, I., *op. cit.*, bilj. 12, str. 7

³² Svi citati iz *ibid.*

³³ Riječ je o dva elementa kaznenog djela pri čemu bi *actus reus* kao objektivno obilježje predstavljao *guilty act*, tj. očitovanje volje u vanjskom svijetu, a *mens rea* kao subjektivno obilježje *guilty mind*, tj. psihički odnos počinitelja prema djelu. V. više Martin, E. A. (ur.), *A Dictionary of Law*, Oxford; New York: Oxford University Press, 2003., str. 10 i str. 312

³⁴ Martinović, I., *op. cit.*, bilj. 12, str. 8

³⁵ Jescheck, H.-H., Weigend, T., *op. cit.*, bilj. 5, str. 204

obilježja bića kaznenog djela postaju očito nespojiva s gore navedenom klasičnom tezom po kojoj bi se ono svrstavalo u vanjsku stranu delikta, a posljedično s druge strane postaje nemoguće krivnju odrediti kao skup subjektivnih obilježja nekog kaznenog djela. Takve promjene u sferi krivnje očiti su kraj psiholoških teorija koje krivnju svode na vrijednosno neutralan psihološki odnos počinitelja prema djelu, te se krivnja u novoj normativnoj koncepciji shvaća kao oblikovanje volje koje je protivno dužnosti zbog kojeg se počinitelju može uputiti prijekor.³⁶ Prijekor postaje ključno obilježje normativnog poimanja krivnje. Nije moguće razdvajanje pravne krivnje od etički obojenog pojma prijekora s obzirom na to da „individualni odnos učinioaca prema normi koja mu nalaže određeno ponašanje, taj stav cjelokupne njegove unutrašnjosti prema personaliziranoj dužnosti zaista pripada u domenu prava, ali se ne može objasniti samo pravnim razlozima jer u tom slučaju ostaje otvoreno pitanje otkud pravnom poretku ovlaštenje da zadire u ljudsku unutrašnjost.“³⁷ Finalističko pak učenje u potpunosti dovršava subjektivizaciju neprava s obzirom na stajalište da bez finalnosti koja je zapravo istoznačnica za namjeru nema radnje iz kojeg slijedi da namjera ne može biti oblik krivnje već obilježava i ranije elemente kaznenog djela koji pripadaju nepravu što neizbježno dovodi do zaključka da je nepravo postalo personalno (*täterbezogenes, „personales“ Handlungsunrecht*).³⁸

3.4. Nužnost pozicioniranja namjere i nehaja u nepravu

Slijedom navedenog jasno je da su ideje i rješenja hrvatskog zakonodavca u svojevrsnom raskoraku s dominantnim postavkama suvremene kaznenopravne dogmatike. S obzirom na istaknutu važnost precizne strukture kaznenog djela, a time i pozicioniranja namjere i nehaja u njemu, potrebno je razmotriti promjene koje bi za rezultat imale posljedice kakve bi bile svrsishodne vodeći se pritom dosadašnjim stremljenjima hrvatskog zakonodavca. Valja stoga krenuti od elemenata kaznenog djela, koje određujemo kao radnju, kojom se mora ostvariti biće

³⁶ Frank, R., *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, A. Töpelmann, Gießen, 1907., str. 11; usp. Martinović, I., *op. cit.*, bilj. 12, str. 9

³⁷ Novoselec, P., *Sloboda, krivnja i krivično pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 1987., str. 65

³⁸ Martinović, I., *op. cit.*, bilj. 12, str. 11

kaznenog djela i koja je protupravna i skrivljena. Uz navedene, pojedini autori kao dodatni element izdvajaju kažnjivost.³⁹

Biće kaznenog djela temelj je protupravnosti, koja je pak oznaka za povredu neke norme kaznenog prava. Ako takve povrede nema, jasno je da iako je biće kaznenog djela ispunjeno, radnja neće biti protupravna, pa tako indicij protupravnosti koji biće kaznenog djela predstavlja ne znači i dokaz protupravnosti. Dakle, prije nego bismo ocjenjivali čiju krivnju, potrebno je utvrditi jesu li ostvarena obilježja kaznenog djela i je li radnja kojom je to učinjeno protupravna što je nemoguće promatrati odvojeno. S obzirom na takvu usku povezanost logičan je zaključak po kojem samo zajedno uzeti biće kaznenog djela i protupravnost predstavljaju konačni karakter radnje. Tako shvaćeno, biće kaznenog djela i protupravnost predstavljaju nepravu, a nepravu je upravo sama radnja. Ona se kao nepravu smatra nezakonitom. Za takvu će nezakonitu radnju, pojedinac odgovarati ako je kriv za njezino počinjenje. Tako bismo mogli prihvatiti i formulu razlikovanja po kojoj je nepravu ocjena o nevrjednosti djela (radnje i posljedice), a krivnja ocjena o nevrjednosti počinitelja.⁴⁰ Nepravu se tako ogleda u društveno štetnoj radnji, dok bi u temelju krivnje bila prekorljivost.

Neupitno je da se biće kaznenog djela kao skup obilježja kaznenog djela sastoji od objektivnih i subjektivnih elemenata. Objektivni elementi shvaćeni kao neko vidljivo očitovanje obuhvaćaju radnju, objekt radnje, posljedicu, uzročnu vezu i opis počinitelja, a objektivna mogu biti i neka normativna obilježja kaznenog djela, primjerice da stvar koja je predmet krađe mora biti tuđa.⁴¹ Kako je prikazano, razvojem poimanja neprava u kaznenopravnoj dogmatici, jasno je napušteno mišljenje po kojem bi postojala striktna podjela na objektivne i subjektivne (vanjske i unutarnje) aspekte kaznenog djela (v. supra 3.3.). U potpunosti je u skladu s time i činjenica da biće nekih kaznenih djela ne može biti sasvim domišljeno bez prihvaćanja činjenice postojanja subjektivnog odnosa počinitelja prema djelu. Udžbenički je primjer za to krađa.⁴² Njezino je tipično obilježje cilj protupravnog prisvajanja tuđe pokretne stvari i ako takav cilj nedostaje, neće

³⁹ Tako v. Horvatić, Ž., Derenčinović, D., Cvitanović, L., *op. cit.*, bilj. 9, str. 132. Razlozi za to su tradicionalni i načelno kriminalnopolitičke naravi, a riječ je svojevrsnoj normativnoj oznaci, koja izražava općenitu prosudbu da je kazneno djelo nedopuštena radnja koja zaslužuje kaznu. Usp. Bačić, F., *Kazneno pravo: opći dio*, Informator, Zagreb 1998., str. 107

⁴⁰ Sama formula pripisuje se Franku, v. *ibid.*, str. 9

⁴¹ V. više Novoselec, P., Bojanić, I., *op. cit.*, bilj. 3, str. 129

⁴² Tko tuđu pokretnu stvar oduzme drugome s ciljem da je protupravno prisvoji, kaznit će se kaznom zatvora do 3 godine.

biti riječ o kaznenom djelu krađe, već o nekom drugom, primjerice kaznenom djelu neovlaštene uporabe tuđe pokretne stvari.⁴³ Zamislimo situaciju u kojoj osoba A svojem susjedu B iz garaže uzima kosilicu koju će koristiti samo dok pokosi travnjak iza svoje kuće nakon čega će kosilicu sigurno vratiti. Susjed B po dolasku u garažu uviđa da kosilica nije na svom mjestu i misli da je netko preko noći ukrao kosilicu, no izašavši iz garaže vidi da njegovu kosilicu koristi susjed A. Činjenica je da susjed A pravno nema nikakav temelj za izvršavanje posjeda nad tom kosilicom već da ju koristi na svoju ruku i bez odobrenja susjeda B. No jednako je tako jasno da uzevši tu kosilicu na taj način, susjed A očito ne postupa s ciljem da kosilicu prisvoji, niti djeluje ni na koji način u tom smjeru. Strogo uzevši, susjed A upravo je zbog izostanka usmjerenosti volje ka cilju protupravnog prisvajanja kosilice počinio kazneno djelo neovlaštene uporabe tuđe pokretne stvari, a ne kaznenog djela krađe. Taj primjer zorno dočarava kako subjektivna obilježja nije moguće izdvojiti iz bića kaznenog djela jer bi pretpostavljalo razmatranje cilja vanjskog ponašanja počinitelja u okviru krivnje. U ovom slučaju to bi značilo onemogućavanje kvalifikacije kaznenog djela prije ocjene počiniteljeve krivnje jer ne bismo znali treba li susjed A odgovarati za krađu ili neovlaštenu uporabu tuđe pokretne stvari. Zbog toga je takav koncept neprimjeren.

Iz navedenog primjera jasno je vidljivo da se procjena subjektivnog odnosa počinitelja prema djelu treba provesti kako pri ocjeni nepravda, konkretno u biću kaznenog djela, tako i pri ocjeni krivnje. Valja stoga prihvatiti Roxinov zaključak da je potrebno subjektivne elemente nepravda jasno odvojiti od sastojaka krivnje.⁴⁴ Postavlja se zato pitanje, kako pomiriti postojanje posebne namjere⁴⁵ kao subjektivnog obilježja protupravnosti, s koncepcijom KZ-a koji namjeru tretira isključivo kao oblik krivnje. Jasno je da namjera shvaćena kao izravna ili neizravna namjera nije identična namjeri koja je specifično subjektivno obilježje bića kaznenog djela, pa je slijedom toga logično zaključiti da se namjera osim kao sastojak krivnje, odnosno njezin oblik, pojavljuje upravo i kao ono što je tipično za neko kazneno djelo, primjerice u gore opisanom primjeru s uzimanjem tuđe stvari bez cilja prisvajanja.

⁴³ V. više primjera u: Horvatić, Ž., Derenčinović, D., Cvitanović, L., *op. cit.*, bilj. 9, str. 29

⁴⁴ Badar, M. E., *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law: The Case for a Unified Approach*, Hart Publishing, London, 2013., str. 134

⁴⁵ To je naziv za namjeru u specifičnom značenju subjektivnog obilježja protupravnosti kako ga predlažu Novoselec i Bojanić. Riječ je o prijevodu njemačke sintagme *besondere Absicht* koja se odnosi na posebna subjektivna obilježja bića kaznenog djela, tj. *besonderes subjektives Tatbestandmerkmal*. v. više Novoselec, P., Bojanić, I., *op. cit.*, bilj. 3., str 238

Izričitim smještanjem namjere među sastojke krivnje odredbom članka 23. KZ-a, hrvatski je zakonodavac sam sa sobom u kognitivnom konfliktu. S jedne je strane očita tendencija normativizacije pojma krivnje što za sobom povlači izmještanje namjere i objektivnog kriterija nehaja iz okvira krivnje, a zatim izričitim smještanjem istih u krivnju praktično proizvodi suprotne učinke ignorirajući dvostruku ulogu namjere⁴⁶ koja u okviru neprava pokazuje smisao radnje, a u okviru krivnje nevrjednost djela. Takva kontradikcija posebno se ističe ako promatramo uvođenje ispričavajućih razloga među sastojke krivnje. Kad bi svi subjektivni elementi bili smješteni isključivo u krivnju, predstavljali bi osobni prijekor okrivljenika, i takva bi pretpostavka bila vjerojatna sve dok se krivnja percipira zavisnom od stupnja nepoštovanja norme izraženo kroz počiniteljevo stanje uma, odnosno voluntativni element kojeg kazna želi spriječiti.⁴⁷ Očito je stoga da smještanje ispričavajućih razloga u sastojke krivnje za posljedicu ima učinak po kojem krivnju nije moguće više shvaćati samo kao psihološko stanje uma počinitelja, što konačno vodi ka normativnom poimanju krivnje.⁴⁸

Što se tiče pozicioniranja nehaja u cijelosti u okvirima krivnje, KZ je također u raskoraku s temeljnim postavkama dominantnog normativnog poimanja krivnje. Radi utvrđivanja radi li se o nehajnom kaznenom djelu potrebno je utvrditi je li u konkretnom slučaju došlo do povrede dužne pažnje.⁴⁹ Tako nehaj možemo označiti kao posebnu vrstu kažnjivog ponašanja⁵⁰, čiji bi objektivni kriterij pripadao protupravnosti, a subjektivni krivnji.⁵¹ To slijedi iz činjenice da je objektivna dužna pažnja ona pažnja koju bi uložio savjestan i razuman čovjek iz kruga kojem pripada počinitelj kad bi se našao u istom položaju.⁵² Ona se sastoji u dužnosti da se predvidi opasnost za zaštićeno pravno dobro (unutarnja pažnja) pri čemu se u obzir uzima i posebno znanje počinitelja, a iz predvidljivosti slijedi dužnost na primjereno ponašanje kojim će se izbjeći počinjenje djela (vanjska pažnja).⁵³ No ona sama nije dovoljna za postojanje kaznenog djela, već je potrebno da se počinitelju za takvu povredu može uputiti osobni prijekor. Riječ je dakle o zahtjevu pravnog

⁴⁶ Badar, M. E., *Mens rea – Mistake of Law & Mistake of Fact in German Criminal Law: A Survey for International Criminal Tribunals*, International Criminal Law Review, vol. 5, br. 2, 2005, str. 203 – 246, str. 219

⁴⁷ Toepel, F., *The Fault Element in the History of German Criminal Theory: With Some General Conclusions for the Rules of Imputation in a Legal System*, Criminal Law and Philosophy, vol. 6, br. 2, 2012., str. 167 – 186, str. 173

⁴⁸ *Ibid.*, str. 174

⁴⁹ Turković, K. et. al., *op. cit.*, bilj. 30, str. 47

⁵⁰ U teoriji se navodi i termin „strano tijelo“, v. Horvatić, Ž., Derenčinović, D., Cvitanović, L., *op. cit.*, bilj. 9, str. 103

⁵¹ Bačić, F., *op. cit.*, bilj. 39, str. 243

⁵² Novoselec, P., Bojanić, I., *op. cit.*, bilj. 3, str. 252

⁵³ Opširnije v. *ibid.*, str. 252-253

poretka da osoba postupa u skladu s osobnim mogućnostima u vezi s predviđanjem opasnosti i usklađivanjem ponašanja kako bi se spriječio nastup posljedice u konkretnoj situaciji.⁵⁴

Iz navedenoga jasno slijedi da objektivna dužna pažnja za kriterij ima prosječnog, tj. apstraktnog čovjeka, dok je kriterij krivnje uvijek konkretni pojedinac. Sasvim je stoga logično zaključiti da objektivna dužna pažnja pripada biću kaznenog djela, pa time nepravu, a ne krivnji.⁵⁵ S druge strane, subjektivna dužna pažnja dio je nehaja koji je opravdano smješten u krivnju s obzirom na to da se (pr)ocjenjuje s obzirom na konkretnog pojedinca u smislu mogućnosti upućivanja prijekora. Takvo cijepanje nehaja u suprotnosti je sa stavom hrvatskog zakonodavca koji pomalo inertno čitavi nehaj smješta u krivnju iako njegovom objektivnom kriteriju tamo očito nije mjesto. Zbog toga sudska praksa ipak prihvaća razlikovanje objektivnog i subjektivnog kriterija nehaja. To stoga što je objektivna dužna pažnja samo pretpostavka utvrđivanja subjektivne dužne pažnje jer osuditi nekoga samo na temelju povrede objektivne dužne pažnje nije u skladu s načelom krivnje.⁵⁶ Jasno je da takav položaj nehaja kao oblika krivnje zato objektivizira krivnju, i postavlja pitanje opravdanosti razmatranja objektivnog kriterija nehaja u okviru krivnje. Takav je koncept očito neprihvatljiv s obzirom na tendenciju njezine normativizacije.

3.4.1. Praktični utjecaj smještaja namjere u nepravu

Ako se vratimo na primjer sa susjedovom kosilicom, tamo se ističe pitanje kako bismo bez ocjene namjere pri nepravu mogli odrediti o kojem je kaznenom djelu riječ. Ako je namjera smještena isključivo u krivnju, njezin bi položaj u strukturi kaznenog djela određivala činjenica je li susjed A ostvario cilj protupravnog prisvajanja kada bi kosilicu htio ukrasti, a ne samo koristiti bez odobrenja.⁵⁷ U svakom je slučaju jasno da nije moguće odrediti biće kaznenog djela bez sagledavanja namjere počinitelja, jer bi u takvom slučaju upravo namjera bila ono što teorija naziva konstitutivnim dijelom⁵⁸ bića kaznenog djela. No djelo uopće ne mora ni biti dovršeno da bismo

⁵⁴ Horvatić, Ž., Derenčinović, D., Cvitanović, L., *op. cit.*, bilj. 9, str. 107

⁵⁵ Iako je cijenjen kao element protupravnosti, preciznije je reći da objektivna dužna pažnja pripada biću kaznenog djela. Već je rečeno da je biće kaznenog djela indicij protupravnosti, pa izostanak ostvarenja bića kaznenog djela za sobom neminovno povlači i izostanak protupravnosti. U okviru protupravnosti objektivni kriterij nehaja podvrgnut je ocjeni, tj. pozitivnom utvrđenju ostvarenja bića kaznenog djela. Možemo upotrijebiti formulaciju da „pripadanje biću kaznenog djela prethodi pripadanju protupravnosti“ (tako Novoselec, P., Bojanić, I., *op. cit.*, bilj. 3, str. 130)

⁵⁶ Horvatić, Ž., Derenčinović, D., Cvitanović, L., *op. cit.*, bilj. 9, str. 107

⁵⁷ Za sličan primjer s ubojstvom i prouzročenjem smrti iz nehaja v. Martinović, I., *op. cit.*, bilj. 12, str. 12

⁵⁸ Badar, M. E., *op. cit.*, bilj. 44, str. 138

se susreli sa sličnim problemom, već se možemo zadržati u sferi pokušaja. Kod pokušaja o nepravu ni ne možemo donositi zaključke bez sagledavanja volje počinitelja kaznenog djela u pokušaju, slijedom čega ne možemo niti reći je li ostvareno biće kaznenog djela, pa uopće niti o kojem bi točno kaznenom djelu bila riječ.⁵⁹

Dalje se valja osvrnuti na supočiniteljstvo, točnije dosljednu provedbu načela limitirane akcesornosti. Članak 39. KZ-a o kažnjavanju supočinitelja i sudionika⁶⁰ izričito prihvaća limitiranu akcesornost kod supočiniteljstva i sudioništva. Iz njega se iščitava da se za odgovornost sudionika ne traži krivnja počinitelja već samo da je počinitelj ostvario protupravnu radnju, tj. nevrjednost tuđe radnje ili posljedice preduvjet je odgovornosti sudionika, što pak ne znači da je za odgovornost sudionika bitna i počiniteljeva krivnja jer je ona strogo individualna i neprenosiva okolnost koja ne može teretiti druge osobe.⁶¹ Upravo mogućnost efektivnog razlikovanja neprava od krivnje kako su određeni omogućuje takvu demarkaciju.

Zanimljiv je i članak 77. KZ-a koji među ostalim određuje da će se oduzeti imovinska korist sudskom odlukom kojom je utvrđeno da je ostvarena protupravna radnja. Odmah upada u oči da osoba koja je tu protupravnu radnju poduzela ne mora nužno biti i kriva. Po razmatranju primjera koji nudi Martinović, a uzevši u obzir smještaj namjere izričito u krivnji, njegov zaključak kako „nije moguće odrediti koje je protupravno djelo protiv imovine ostvario neubrojivi počinitelj, jer je za odgovor na to pitanje potrebno zaći u sferu počiniteljeva subjektivnog odnosa prema djelu“⁶² prihvatljiv je u potpunosti.

Konačno, u izlaganju o načelu krivnje (v. supra 2.1.) istaknuto je da krivnja kao legitimacija kazne u dvostrukom smislu tu funkciju nema prema drugim kaznenopravnim sankcijama, tj. njihova se legitimacija razlikuje od legitimacije kazne. Po donošenju KZ/97 koji je načelo krivnje definirao tako da „nitko ne može biti kažnjen niti se prema njemu može primijeniti druga kaznenopravna sankcija ako nije kriv za počinjeno djelo“, uslijedila je zanimljiva rasprava domaćih autora o domašaju načela krivnje, odnosno treba li se odnositi samo na kaznu ili ga pak

⁵⁹ Martinović, I., *op. cit.*, bilj. 12, str 12

⁶⁰ Svaki supočinitelj i sudionik (poticatelj i pomagač) kažnjava se u skladu sa svojom krivnjom.

⁶¹ Martinović, I., *op. cit.*, bilj. 12, str. 16

⁶² *Ibid.*, str. 17

treba širiti na sve kaznenopravne sankcije.⁶³ U konačnici Novelom KZ-a iz 2003. uslijedio je povratak klasičnom shvaćanju načela krivnje koji je potvrdio dualistički sustav kaznenopravnih sankcija.⁶⁴ Takav sustav kaznu temelji na krivnji, dok s druge strane sigurnosne mjere temelji na opasnosti počinitelja. Sigurnosne će mjere tako očito biti neovisne o krivnji. To je sasvim logično ako uzmemo u obzir dvije činjenice. Prvo, sigurnosne se mjere izriču i kada kažnjavanje nije dostatno za ostvarivanje specijalne prevencije⁶⁵, a drugo sigurnosne se mjere sukladno članku 24. stavku 4. KZ-a.⁶⁶ mogu izricati i nebrojivim osobama. Jasno je stoga da se bez prihvaćanja suvremene koncepcije razlikovanja neprava i krivnje teško može govoriti o tome da je zakonodavac u potpunosti domislio srž razlikovanja svrhe kazne i sigurnosnih mjera. Kako je nemoguće odrediti nepravo bez namjere, što je i prikazano, očita je potreba da se poseže u sastojke krivnje kako ih određuje KZ. Postavlja se pitanje svrhovitosti takvog sustava jer „tako okljaštreno nepravo ne posjeduje dovoljnu mjeru funkcionalne autonomnosti da bi predstavljalo samostalan, o krivnji neovisan temelj za izricanje sigurnosnih mjera“.⁶⁷

Razmatranje namjere u okviru neprava pretpostavka je uspješnog razlikovanja neprava i krivnje u punom smislu njihove suštine. To je moguće isključivo pravilnim strukturiranjem kaznenog djela. Tek tako postavljena namjera pridaje važnost pravu, pa se treba u potpunosti složiti sa zaključkom „nepravo koje je lišeno subjektivnih elemenata ne može imati nikakvu drugu funkciju osim čisto didaktičke“⁶⁸, a što je sasvim jasno vidljivo iz navedenih primjera. Do sad jedino rješenje predmetnog problema nalazimo u prijedlogu brisanja odredbe KZ-a o sastojcima krivnje.⁶⁹

⁶³ Tako Novoselec tu definiciju krivnje označava kao „posve originalnu“, ističući da uzima pojam krivnje isključivo u formalnom smislu. Suprotstavljajući se, Bačić navodi da bi iz formulacije da nitko ne može biti kažnjen ako nije kriv za počinjeno djelo proizlazilo da se za maloljetničke sankcije i mjere upozorenja ne traži krivnja. Grozdanić pak podržavajući tu proširenu definiciju načela krivnje smatra da to načelo i u njegovom tradicionalnom obliku treba shvatiti kao *pars pro toto*. Opširnije o raspravi v. Bojanić, I., Mrčela, M., *op. cit.*, bilj. 10, str. 391 – 392

⁶⁴ Bojanić, I., Mrčela, M., *op. cit.*, bilj. 10, str. 395

⁶⁵ V. više *ibid.*, str. 393 – 394

⁶⁶ Nebrojivoj osobi može se izreći sigurnosna mjera zabrane obavljanja određene dužnosti ili djelatnosti, zabrane upravljanja motornim vozilom, zabrane približavanja, udaljenje iz zajedničkog kućanstva i zabrane pristupa internetu.

⁶⁷ Martinović, I., *op. cit.*, bilj. 6, str. 224

⁶⁸ *Ibid.*, str. 223

⁶⁹ Martinović, I., *op. cit.*, bilj. 12, str. 22

4. Općenito o razgraničenju neizravne namjere i svjesnog nehaja

4.1. Prikaz razvoja teorija razgraničenja

Teorije razgraničenja neizravne namjere i svjesnog nehaja njihovo razlikovanje pokušavaju postaviti na temelju razlikovanja suštine tih instituta. Kako pokušavaju pronaći supstancijalnu razliku⁷⁰ između namjere i nehaja, može se reći da bi ta razlika, a time i razgraničenje bili materijalni. Suprotstavljene strane u predmetnoj diskusiji čine teorije volje (*Willenstheorie*) i teorije svijesti, odnosno predodžbe (*Vorstellungstheorie*). Teorija volje dominantno je obilježena konceptom *wissen* i *wollen*, odnosno znanja i htijenja. Tako je o namjernom postupanju riječ ako počinitelj djeluje svjesno i voljno. Preduvjet za voljno djelovanje jest da počinitelj ima svijest, tj. predodžbu o svim obilježjima kaznenog djela, a uz to djelo mora i htjeti.⁷¹ Dakle, teorija volje prihvaća postojanje namjere kada počinitelj u sebi odobrava posljedice koju je zamislio kao moguću⁷², što se kasnije razvija kroz koncept pristanka na nastupanje te posljedice. Mjesto je demarkacije stoga u okviru voljne sastavnice namjere, tj. nehaja. Njima suprotstavljene teorije svijesti u osnovnom obliku pojam namjere svode na predviđanje kauzalnog odnosa između radnje i posljedice, dok se volja odbija kao nešto neodređeno i fluidno, a time i neprihvatljivo pa i opasno.⁷³ Uopćeno Roxinovim riječima, za postojanje neizravne namjere dovoljno je prema teorijama svijesti da počinitelj prilikom poduzimanja radnje predočava nastupanje posljedice kao moguće.⁷⁴ Za razliku od teorija volje, razlikovanje je u ovom slučaju utemeljeno u okviru intelektualne sastavnice namjere.

Ne ulazeći na ovom mjestu u doktrinarno pitanje postojanja zbiljske suprotnosti ovih teorija, odnosno njihovog „prividnog dualizma“,⁷⁵ nedvojbeno je da brojne koncepcije utemeljenja razgraničenja neizravne namjere od svjesnog nehaja polaze upravo od tih teorija. Pojedine koncepcije zapravo su svojevrсна nadgradnja temeljne ideje na koji način utvrđivati navedenu

⁷⁰ Martinović, I., *op. cit.*, bilj. 20, str. 59

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Roxin, C., *O eventualnom umišljaju*, Crimen – časopis za krivične nauke, br. 1, Beograd, 2010., str. 5 – 17, str. 6

⁷³ Martinović, I., *op. cit.*, bilj. 19, str. 61

⁷⁴ Roxin, C., *op. cit.*, bilj. 72, str. 6

⁷⁵ Roxin, C., *op. cit.*, bilj. 1, str. 459

granicu tih instituta. Nekoliko je koncepcija, odnosno teorija dominantno i prihvaćeno kako u znanosti tako i u praksi sudova.

Teoriju pristanka i odobravanja primjenjuju primjerice sudovi Njemačke i Austrije. Njemačka dogmatika, bez obzira na moguća razlikovanja definicije neizravne namjere u načelu je složna da počinitelj mora ozbiljno smatrati (*ernstnehmen*) mogućim ostvarenje djela i prihvatiti činjenicu da takvim ponašanjem može ostvariti obilježja kaznenog djela; drugim riječima počinitelj se miri sa zabranjenom posljedicom.⁷⁶ Suprotno tome, ako počinitelj postupa s povjerenjem i ima razloga vjerovati da posljedica koju doduše predviđa kao moguću neće nastupiti, on ne postupa s neizravnom namjerom, već samo nehajno.⁷⁷ Dakle, kod neizravne namjere postoje i znanje i htijenje. S obzirom na intelektualnu sastavnicu, dovoljno je da počinitelj predviđa posljedicu kao moguću, dok s obzirom na voljnu sastavnicu počinitelj mora posljedicu odobriti ili se s njom pomiriti, pri čemu odobravanje ne podrazumijeva nužno i želju za njezinim nastupanjem.⁷⁸

Prema teoriji ravnodušnosti (*Gleichgültigkeitstheorie*), neizravna namjera postoji kada počinitelj odobrava samu moguću lošu posljedicu ili je ravnodušno prihvaća, ali ne i u slučaju u kojem posljedicu vidi kao nepoželjne pa se stoga nada da će ona izostati.⁷⁹ Dakle, voljna sastavnica neizravne namjere očitava se u ravnodušnosti počinitelja prema nastupanju posljedice koju je predvidio kao moguću. Ova teorija tako se na prvu čini slična teoriji pristanka i odobravanja, no praktično i samo mala razlika u njihovom sadržaju može imati izuzetno velike posljedice. Najbolje se to ogleda u sljedećem primjeru. Uzmimo da osoba A želi u mračnoj ulici ukrasti novčanik osobe B. S obzirom na to da nema svjedoka, odlučuje da će ga udariti s leđa po glavi daskom koja je stajala u blizini što bi osobu B zakratko trebalo onesposobiti. Ipak, po udarcu daska se prelama, osoba B postaje svjesna napada i počinje pružati silan otpor osobi A. Uslijed posljedične tučnjave, osoba A ruši osobu B na tlo, zgrabi je za vrat i počinje je gušiti oslanjajući se na nju i pritom uzimajući novčanik iz njezina džepa želeći samo što prije pobjeći s plijenom s obzirom na to da mu tučnjava i nanošenje ozljeda ili čak i gorih posljedica osobi B predstavlja neželjeni i neugodni eksces. No, prije nego je osoba A u tome uspjela, osoba B gubi svijest i prestaje se micati. Osoba

⁷⁶ Badar, M. E., *op. cit.*, bilj. 44, str. 141

⁷⁷ *Ibid.*, str. 142

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Roxin, C., *op. cit.*, bilj. 1, str. 454

A uzima novčanik, udara lagano po licu nepomičnu osobu B kako bi utvrdila daje li znakove života, te se nakon toga udaljava iz mračne ulice u nepoznatom smjeru. Prema teoriji pristanka i odobravanja radnja osobe A karakterizirala bi se kao radnja s neizravnom namjerom jer prihvaća ostvarenje posljedice kao moguće i na to pristaje, samom činjenicom da joj je pretpostavio ostvarenje svog cilja. S druge strane, prema teoriji ravnodušnosti, bila bi riječ o kaznenom djelu prouzročenja smrti iz nehaja, s obzirom na to da namjera ne postoji jer osoba A ne postupa ravnodušno u odnosu na ozljeđivanje, a kamoli na smrt osobe B. Štoviše, smrt osobe B osobi A predstavlja izuzetno neželjenu posljedicu.

Valja istaknuti i neke finalistički obojene teorije. Tako prije svega Kaufmannova teorija negira postojanje neizravne namjere samo u slučaju u kojem je volja počinitelja usmjerena na izbjegavanje štetnog ishoda – svjesni nehaj utoliko se sastoji od oslanjanja na okolnosti pomoću kojih počinitelj pokušava usmjeriti kauzalni tok tako da ne dođe do neželjene uzgredne posljedice, pa posljedično izostanak takvog usmjeravanja volje karakterizira neizravnu namjeru.⁸⁰ Pritom se postavlja pitanje neopravdanog širenja neizravne namjere i nastavka radnje unatoč primjeni mjera opreza u koje se počinitelj ne pouzdaje.⁸¹ Sljedeća je utjecajna teorija rizika Wolfganga Frischa. Po njoj je za neizravnu namjeru dovoljna svijest o nedopuštenom riziku te je ikakav voljni element nepotreban, s obzirom na to da onaj tko ima predodžbu o postojanju konkretne opasnosti, ali zbog nekog razloga smatra da se ništa neće dogoditi, nije se odlučio za povredu pravnog dobra, već za subjektivno neopasnu radnju, što znači da ne postupa s namjerom.⁸² Svijest o riziku ujedno je i opravdanje strožeg kažnjavanja za namjeru budući da onaj tko zna da njegovo ponašanje može dovesti do štetnog ishoda u tipičnoj situaciji može lakše udovoljiti potrebi da se uzdrži od rizične radnje od onoga koji nije ni shvatio da se nalazi u rizičnoj situaciji.⁸³ Riječ je dakle o jednom izuzetno funkcionalističkom kriteriju s obzirom na njegov odnos prema nužnosti kazne. Nadalje, jednako tako funkcionalistički pristup Günthera Jakobsa u pogledu rezultata ipak se ne razlikuje puno od drugih teorija svijesti., s obzirom na to da je za njega o neizravnoj namjeri riječ kada počinitelj u trenutku poduzimanja radnje ostvarenje bića kaznenog djela nije smatrao nevjerojatnim.⁸⁴ S druge strane, tko lakomisleno smatra da će sve dobro proći zapravo drži da

⁸⁰ Martinović, I., *op. cit.*, bilj. 20, str. 65

⁸¹ Za opsežnu kritiku v. Roxin, C., *op. cit.*, bilj. 1, str. 459-460

⁸² Martinović, I., *op. cit.*, bilj. 20, str. 66

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

štetan ishod nije vjerojatan pa je tako svjesni nehaj shvaćen kao izostanak vjerojatnosti nastupa štetnog događaja.⁸⁵ Konačno, o Roxinovoj teoriji o neizravnoj namjeri kao odluci za moguću povredu pravnog dobra⁸⁶ bit će nešto više riječi u nastavku (v. infra 5.1.).

4.2. Razgraničenje u hrvatskom Kaznenom zakonu

Članak 28. KZ-a određuje da se kazneno djelo može počiniti s izravnom ili neizravnom namjerom. Ne daje pritom uopćenu definiciju namjere, već s obzirom na njihovu intelektualnu i voljnu sastavnicu određuje da s izravnom namjerom postupa onaj tko je svjestan obilježja kaznenog djela i hoće ili je siguran u njihovo ostvarenje, a s neizravnom tko je svjestan da može ostvariti obilježja kaznenog djela pa na to pristaje. Članak 29. stavak 2. KZ-a pak određuje da sa svjesnim nehajem postupa onaj tko je svjestan da može ostvariti obilježja kaznenog djela, ali lakomisleno smatra da se to neće dogoditi ili da će to moći spriječiti.

Razvidno je da je intelektualna sastavnica neizravne namjere i svjesnog nehaja zakonski određena potpuno istom, tj. počinitelj je svjestan da može ostvariti obilježja kaznenog djela. Stoga put u mogućnost razlikovanja ovih instituta vodi ka njihovoj voljnoj sastavnici. Iz zakonske odredbe proizlazi da nasuprot pristanka koji je temelj voljne sastavnice neizravne namjere, kao temelj voljne sastavnice stoji lakomislenost. Takva se lakomislenost ogleda u dva aspekta. Prva je mogućnost da počinitelj smatra da se ostvarivanje obilježja kaznenog djela neće dogoditi. To bi podrazumijevalo postupanje „s povjerenjem u povoljan ishod“.⁸⁷ Druga je mogućnost da počinitelj smatra da će ostvarenje obilježja kaznenog djela moći spriječiti. To pak možemo označiti postupanjem „s povjerenjem u svoje sposobnosti, s neopravdanim samopouzdanjem“.⁸⁸ U oba je slučaja svjesnog nehaja jasno da počinitelj ne pristaje na počinjenje kaznenog djela, pa će upravo utvrđivanje (ne)postojanja pristanka značiti utvrđivanje granice između neizravne namjere i svjesnog nehaja jer bez pristanka nema ni namjere.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Roxin, C., *op. cit.*, bilj. 1, str. 445

⁸⁷ Novoselec, P., Bojanić, I., *op. cit.*, bilj. 3, str. 250

⁸⁸ *Ibid.*

Slijedom se navedenoga postavlja pitanje koja je i kakva je razlika između pristanka i lakomislenosti. Promatrano isključivo semantički, pristanak je odobrenje, prihvaćanje nečega što se može dogoditi, dok je lakomislenost svojstvo koje pokazuje neodgovorno ljudsko ponašanje bez dovoljno razmišljanja o posljedicama svoga čina.⁸⁹ S druge strane, takav bismo pristanak mogli praktično dominantno karakterizirati izostankom pokrića počinitelja za vjerovanje u neostvarivanje obilježja kaznenog djela, jer kako je uočljivo u oba aspekta lakomislenosti, počinitelj pokriće za svoje postupanje pronalazi u povjerenju u povoljan ishod ili povjerenju u svoje sposobnosti. Kod neizravne namjere počinitelj se „naprosto nada da će mu sreća biti naklonjena i da će se sve dobro završiti“.⁹⁰

S obzirom na razlikovanje utemeljeno isključivo na voljnoj sastavnici ovih instituta, ne čudi da u praksi ne postoji unisoni stav o liniji između njih. Stoga se opravdano postavlja pitanje opravdanosti takvog zakonskog rješenja, koje uvelike ovisi o raznim pomoćnim sredstvima. Tu se prije svega u literaturi ističe druga Frankova formula po kojoj počinitelj postupi s neizravnom namjerom ako razmišlja: „Bilo ovako ili onako, svakako ću poduzeti radnju.“⁹¹ Tako određena formula u literaturi trpi i manje intervencije, pa ih se uparuje s utemeljenošću počiniteljeve nade da će štetan ishod izostati.⁹² U svakom slučaju, svaki je od tih prijedloga uvelike ograničen domašajem *legis latae*.

5. O kvalitativnoj razlici neizravne namjere i svjesnog nehaja

5.1. Kritički o pristajanju na djelo kao temelju voljne sastavnice neizravne namjere

Koliko je važno ispravno utvrditi postojanje namjere moguće je promatrati iz više aspekata. Tako KZ u članku 27. određuje da je uvijek kažnjivo postupanje s namjerom da se počini kazneno djelo, dok je postupanje iz nehaja kažnjivo samo kad je to izričito zakonom propisano. Mogućnost primjene instituta općeg dijela kaznenog prava poput pokušaja ili nekih vezanih uz supočiniteljstvo

⁸⁹ Pavlović, Š., *Kazneni zakon: zakonski tekst – komentari – sudska praksa – pravna teorija*, Libertin naklada, Rijeka, 2015., str. 181

⁹⁰ Novoselec, P., Bojanić, I., *op. cit.*, bilj. 3, str. 244

⁹¹ *Ibid.*

⁹² Martinović, I., *op. cit.*, bilj. 20, str. 80

ili sudioništvo također se usko vežu pa čak i direktno zavise od postojanja čije namjere. O tome je li kazneno djelo počinjeno s namjerom ili iz nehaja ovisit će i težina kazne.⁹³ Konačno, ako za primjer uzmemo kaznena djela klevete⁹⁴ ili pogodovanja vjerovnika⁹⁵ koja s obzirom na sintagme „znajući da je neistinita“ i „znajući da je on ili osoba koju zastupa postala nesposobna za plaćanje“, očito mogu biti počinjena samo s izravnom namjerom, jasno je da bi i samo kazneno djelo poput ovih moglo biti isključeno ako nije počinjeno upravo s izravnom umjesto neizravnom namjerom.

Kako je uvodno rečeno, temeljni je zadatak funkcionaliziranog kaznenog prava zaštita pravnih dobara, iz čega se kao njegova svrha iščitava zaštita zajedničkog života ljudi u društvu (v. supra 2.). U tako koncipiranom kaznenom pravu opravdano se postavlja pitanje utemeljenja razgraničenja neizravne namjere i svjesnog nehaja na psihičkom odnosu prema mogućem ostvarenju obilježja kaznenog djela. Tako se u pitanje dovodi i opravdanost rješenja hrvatskog zakonodavca koji se opredjeljuje za teoriju pristanka, utemeljujući razgraničenje isključivo na voljnoj sastavnici uslijed čega je tako osjetljiv koliko i važan institut ostao bez unisonog tumačenja prakse što očito dovodi u pitanje pravnu sigurnost kakvu je sustav dužan osigurati.

Teorija pristanka kao svojevrsna teorija volje ne može biti shvaćena tako da se pristanak svede isključivo na unutarnje odobravanje posljedice. Naime, unutarnje odobravanje na neki način podrazumijeva i počiniteljevu želju da posljedica nastupi. U donekle suprotnom (op. a. širem) smjeru razvija je njemački Savezni sud. Tako navodi da pristanak ne mora biti izričit, a počinitelj ne mora moralno opravdati posljedicu, odnosno posljedica ne mora odgovarati njegovim željama, već je dovoljno da na nju pristaje (da je prihvaća, da se s njom miri) kako bi dosegao cilj kojemu teži.⁹⁶ Time je domašaj neizravne namjere, ne ulazeći pritom uopće u njezin nes(p)retan naziv u hrvatskoj kaznenopravnoj dogmatici, zapravo u djelomičnom sukobu s njezinim sadržajem jer je

⁹³ Pritom će izravna namjera biti teži oblik namjere, ali u nekim situacijama neizravna namjera koju karakteriziraju ravnodušnost počinitelja i prijezir prema pravnom poretku i zaštićenim vrijednostima može biti ocijenjena kao otegotna okolnost. (tako Horvatić, Ž., Derenčinović, D., Cvitanović, L. *op. cit.*, bilj. 9, str. 95)

⁹⁴ Tko pred drugim za nekoga iznese ili pronese neistinitu činjeničnu tvrdnju koja može škoditi njegovoj ili ugledu, znajući da je neistinita, kaznit će se novčanom kaznom do tristo šezdeset dnevnih iznosa.

⁹⁵ Tko znajući da je on ili osoba koju zastupa postala nesposobna za plaćanje, ispuni ili osigura tražbinu vjerovnika koji nema pravo na ispunjenje ili osiguranje na takav način ili u to vrijeme, kaznit će se kaznom zatvora do tri godine.

⁹⁶ Bohlander, M., *Principles of German Criminal Law*, Hart Publishing, London, 2009., str. 65

u najmanju ruku dvojbeno da se kakvo htijenje toliko približava, pa praktično i izjednačuje s pristankom.

Uzevši u obzir Roxinovu premisu kako se u kaznenom pravu čiji je glavni zadatak zaštita pravnih dobara razgraničenje neizravne namjere i svjesnog nehaja koje je presudno za kažnjivost počinitelja ne može zasnivati na njegovom unutrašnjem stavu s kojim uzrokuje kakvu posljedicu⁹⁷, dojam je da normativno poimanje krivnje i njezino pozicioniranje dijelom u nepravo otvara vrata mogućnosti da se razlikovanje neizravne namjere i svjesnog nehaja provodi kvalitativnom ocjenom radnje počinitelja koja predstavlja nepravo. Roxin navodi kako prijetnja kažnjavanjem za namjerno kazneno djelo ima za cilj spriječiti ikakvu počiniteljevu odluku protiv pravnog dobra⁹⁸, pa je tu jasno vidljiv njegov izričiti funkcionalistički pristup. No, ispravno uočava Martinović kako je takav njegov okret normativnom izveden u prilično radikalnom obliku kada zaključuje da se namjera ne nalazi u glavi počinitelja već u glavi suca koji će vrednovanjem procijeniti je li se počinitelj odlučio za povredu pravnog dobra.⁹⁹ Namjera i nehaj su prema takvom konceptu u cijelosti svedeni na vrijednosni sud lišen svakog psihologiziranja¹⁰⁰, ali to i nije u kontradikciji s Roxinovom postavkom po kojoj namjera predstavlja ostvarenje plana, nasuprot nehaja kojeg dominantno karakterizira lakomislenost.¹⁰¹ U tom slučaju jedino ostaje otvoreno pitanje mogućnosti efektivne primjene takvog koncepta.

Ipak, normativni okret djeluje itekako prihvatljivo s obzirom na klimave noge na kojima stoji pristajanje na mogućnost ostvarenja obilježja kaznenog djela kako ga u praksi disonantno, pa i kakofono tumače sudovi. Najzornije se to očitava u sljedećim primjerima. VSRH tako zaključuje kako je „prvostupanjski sud pravilno zaključio da je opt. F. N. „ukalkulirao“ svoj naum u ostvarenju kaznenog djela i time ostvario i intelektualnu sastavnicu neizravne namjere (svijest o mogućnosti počinjenja djela), ali i voljnu sastavnicu (pristajanje na djelo).“¹⁰² Nasuprot pristanku kako „ukalkuliravanju“, u drugoj svojoj odluci VSRH ističe visokorizičnost situacije: „Sam čin otkočenja puške neposredno prije okidanja, kojeg otkočenja je optuženi nedvojbeno bio svjestan, upravo ukazuje, protivno navodima žalbe, da je optuženi svjestan opasne, visokorizične situacije

⁹⁷ Roxin, C., *op. cit.*, bilj. 72, str. 10

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ Martinović, I., *op. cit.*, bilj. 6, str. 162

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ Roxin, C., *op. cit.* bilj. 1, str. 446

¹⁰² Presuda VSRH I Kž 358/2011-4, od 21. rujna 2011.

koju je stvorio, dakle i sagledao je, pa se je ipak se upustio u okidanje obarača na pušci koja je bila usmjerena u pravcu oštećenog. Sa sigurnošću je i pravilno sud prvog stupnja na temelju toga utvrdio, da optuženi prihvaća tim svojim postupkom i svaki nepovoljniji ishod postupanja.“¹⁰³ Konačno, nasuprot obje navedene ocjene, u trećoj odluci VSRH razmatra prvostupanjsku presudu koja se oslanja na opredjeljenje prema posljedici. Tako zaključuje da sud prvog stupnja, ocjenjujući postupanje optuženika s obzirom na njegovo svjesno opredjeljenje prema posljedici djela, za sada pogrešno ocjenjuje da je optuženik bio svjestan da može počinuti djelo, pa je na to pristao,¹⁰⁴ čime s obzirom na konstrukciju rečenice, ipak ne isključuje u potpunosti takav kriterij kao neutemeljen.

Normativni zaokret tim više smatram opravdanim, pa i potrebnim, ako uzmemo u obzir bit voljne sastavnice namjere. Upravo u razmatranju i određivanju uloge voljne sastavnice namjere, s obzirom na tendenciju normativizacije krivnje, načelo krivnje i svrhu kažnjavanja, a sagledano i promišljeno u smislu funkcionaliziranog kaznenog prava treba tražiti razgraničenje neizravne namjere i svjesnog nehaja.

5.2. Modifikacija teorije pristanka: odluka kao normativna ekstenzija htijenja u nepravu

Kada se dogmatski pokušava definirati namjera uobičajeno je poći od postavke da je namjera znanje i htijenje bića kaznenog djela. U jednoj je mjeri prihvaća i hrvatski zakonodavac određujući da počinitelj postupa s izravnom namjerom kad je svjestan obilježja kaznenog djela i hoće ili je siguran u njegovo ostvarenje. Razvidno je da se tako izravna namjera sastoji od znanja (svijesti) i htijenja (hoće ili je siguran). Kod izravne namjere prvog stupnja htijenje uopće nije sporno, s obzirom na to da je naglasak upravo na tome. Naime, počinitelj ide upravo za time da ostvari biće kaznenog djela. Izravnu namjeru drugog stupnja pak dominantno karakterizira istaknuta svijest počinitelja. Unatoč tome što počinitelj ne ide upravo za ostvarenjem bića kaznenog djela, on zna da će kazneno djelo biti počinjeno, pa se tako izravna namjera drugog stupnja naziva i sigurnim znanjem. Potpuno je opravdan zaključak da „tko poduzima radnju pouzdano znajući da će ostvariti obilježja kaznenog djela, taj u krajnjoj liniji i hoće počinjenje

¹⁰³ Presuda VSRH I Kž 89/2000-3, od 13. kolovoza 2002.

¹⁰⁴ Rješenje VSRH I Kž 65/2005-4, od 22. veljače 2006.

kaznenog djela.¹⁰⁵ No, tako shvaćeno, definicija namjere kao znanje i htijenje donekle ispušta iz viđenja neizravnu namjeru. Ipak, dogmatski je prihvatljiva takva definicija jer ističe da ustvari svaka namjera ima svoju intelektualnu i voljnu sastavnicu,¹⁰⁶ pa tako iako kod neizravne namjere nema htijenja, njezina bi se voljna sastavnica očitovala u pristajanju na kazneno djelo. Ovakav teorijski uvod u poglavlje nije bez razloga, isto kao što nije bez razloga naglašavanje činjenice da kod neizravne namjere teorijski, a niti *de lege lata*, ustvari nema htijenja. Takav zaključak možemo izvesti već i gramatičkim tumačenjem KZ-a. Ako se vratimo na zakonsko određenje izravne i neizravne namjere, vidimo da je pri definiranju svijesti zakonodavac za izravnu namjeru iskoristio sintagmu „svjestan obilježja kaznenog djela“, dok kod neizravne namjere to biva djelomično promijenjeno u „svjestan da može ostvariti obilježja kaznenog djela“. Prva sintagma konstruirana je na način da zbiljski upućuje na zaključak kako će upravo htijenje tog djela biti ono što će dominantno karakterizirati voljnu sastavnicu namjere. Počinitelj je tako svjestan obilježja djela koje hoće. Druga pak upućuje da je počinitelj svjestan da bi mogao ostvariti obilježja kad bi tako odabrao, odnosno, ako se poslužimo zakonskim terminom, kad bi na to pristao. Dakle, „može ostvariti obilježja“ valja shvatiti ne kao mogućnost u smislu sposobnosti, već kao mogućnost u smislu potencijalnosti. U svakom slučaju jasno je da se *de lege lata* voljna sastavnica neizravne namjere ne sastoji u htijenju nego u pristanku.

Takvu voljnu sastavnicu sada valja razmotriti s obzirom na njezinu ulogu kako je i rečeno. Uloga je voljne sastavnice u namjeri upućivanje na počiniteljev objektivno negativan odnos prema pravnim dobrima, tj. društvenim vrijednostima koje (op. a. supsidijarno) štiti određena kaznenopravna norma, pa je tako upravo u pojmu pristanka koncentriran takav počiniteljev vrijednosni odnos.¹⁰⁷ No takvo određenje uloge voljne sastavnice ograničeno je *de lege lata* pozicioniranjem namjere u potpunosti u krivnji. Ono što bih u smislu funkcionaliziranog kaznenog prava istaknuo vezano uz određenje uloge voljne sastavnice jest činjenica da se takva supsidijarna zaštita tih dobara ostvaruje u odnosu na samo njihovo povređivanje. Ako se s obzirom na to osvrnemo na smiono propisanu svrhu kažnjavanja u članku 41. KZ-a¹⁰⁸, uočiti ćemo da je među

¹⁰⁵ Novoselec, P., Bojanić, I., *op. cit.*, bilj. 3, str. 242

¹⁰⁶ *Ibid.*, str. 239

¹⁰⁷ Martinović, I., *op. cit.*, bilj. 6, str. 274

¹⁰⁸ Svrha kažnjavanja je izraziti društvenu osudu zbog počinjenog kaznenog djela, jačati povjerenje građana u pravni poredak utemeljen na vladavini prava, utjecati na počinitelja i sve druge da ne čine kaznena djela kroz jačanje svijesti o pogibeljnosti činjenja kaznenih djela i o pravednosti kažnjavanja te omogućiti počinitelju ponovno uključivanje u društvo.

ostalim kao svrha određena i društvena osuda zbog počinjenog djela. Dakle, pojedinac se kažnjava zbog povrede pravnog dobra ako je za to kriv, a ne zbog unutrašnjeg stava radi kojeg se na takvu posljedicu odlučuje. Kako se takvim zaključkom ne bih isuviše približio potpunom svođenju namjere i nehaja na vrijednosni sud što je *de lege lata* ali i *de lege ferenda* neprihvatljivo i praktično upitno, potrebno je naglasiti da volju kao negativan stav prema pravnom dobru ipak ne možemo u potpunosti ukloniti iz namjere. Bez negativnog stava u odnosu na pravno dobro koje se povređuje, pitanje je i kako bismo praktično utvrđivali počiniteljevu krivnju zbog odluke za povređivanje tog pravnog dobra, te određivali je li počinitelj u ostvarenje svojeg plana uračunao i ostvarenje bića kaznenog djela što bi predstavljalo odluku za nepravu. No već takvim zaključkom impliciram kako se negativan stav u odnosu na pravno dobro zbog odluke za njegovo povređivanje procjenjuje u okviru krivnje, a ne u okviru neprava, kojem namjera zahvaljujući normativnom poimanju krivnje također pripada.

Kako bismo prevladali nedostatke Roxinove teorije i teorije pristanka, ispreplitanjem njihovih postavki možemo iznaći zanimljivo i praktično korisno rješenje. Osim kao znanje i htijenje, namjeru možemo funkcionalistički shvatiti i kao ostvarenje plana. Dok Roxin navodi kako se voljni element namjere iscrpljuje u ostvarenju plana u kojem je uračunata odluka za nepravu, prihvatljiviji je zaključak da se voljni element namjere očitava iz odluke za nepravu. Upravo se za ostvareno nepravu počinitelju upućuje prijekor, no on nije moguć ako je odnos počinitelja prema djelu isključen iz voljnog elementa namjere. Točno je da se taj odnos ocjenjuje u prekorljivosti njegovog unutarnjeg osvjedočenja za nepravu¹⁰⁹, ali to nije kako navodi Roxin samo stvar odmjeravanja kazne, nego i njezina utemeljenja u smislu zauzimanja stava protiv pravnog dobra, kao odluke za povređivanje pravnog dobra. Krivnja se ne iscrpljuje ostvarenjem neprava, već predstavlja osnovu za mogućnost upućivanja prijekora počinitelju. Stoga je odnos počinitelja prema djelu voljni element namjere u užem smislu, nasuprot odluke za nepravu kao voljnog elementa namjere u širem smislu. Tako je odluka svojevrsna ekstenzija htijenja koje bi inače *de lege lata* obuhvaćalo samo izravnu namjeru, jer htijenje kod neizravne namjere ne postoji, samo pristanak. Zato se pristanak u smislu pristanka na mogućnost ostvarenja obilježja kaznenog djela

¹⁰⁹ Roxin, C., *op. cit.*, bilj. 1, str. 453

očitava u odluci protiv pravnog dobra kao nepravu. Isto tako se i htijenje (bilo kao usmjerenost volje ka počinjenju ili sigurno znanje) očitava u odluci protiv pravnog dobra kao nepravu.

Tako smo ustvari voljnu sastavnicu namjere zahvaljujući normativnom poimanju krivnje razdijelili na voljnu sastavnicu u širem smislu koja se odnosi na nepravu, tj. nevrijednost kaznenog djela, te na voljnu sastavnicu u užem smislu koja se odnosi na krivnju, tj. nevrijednost ili prekorljivost počinitelja. U širem smislu voljna sastavnica namjere znači donošenje odluke protiv zaštićenog pravnog dobra. S druge strane, u užem smislu znači htijenje ili pristanak te predstavlja prekorljivost počiniteljeva oblikovanja volje na način da donosi odluku za povredu zaštićenih vrijednosti. Ako bismo dogmatski htjeli formulirati oblike krivnje to bismo mogli činiti na sljedeći način. Intelektualna sastavnica izravne namjere prvog stupnja sastoji se od svijesti počinitelja o obilježjima kaznenog djela te odluke za željenu moguću povredu pravnog dobra. Kod izravne namjere prvog stupnja intelektualna je sastavnica ista, dok voljnu sastavnicu čini odluka za sigurnu povredu pravnog dobra. Intelektualna sastavnica neizravne namjere jest svijest počinitelja da može ostvariti obilježja kaznenog djela, a voljna je slijedom toga odluka za moguću (potencijalnu) povredu pravnog dobra. Kod svjesnog nehaja, intelektualna sastavnica ostaje ista kao i kod neizravne namjere, a voljna se sastoji u lakomislenosti koja se očitava u već opisana dva aspekta i podrazumijeva da ne postoji nikakva odluka kao opredjeljenje počinitelja za povredu zaštićenog pravnog dobra.

Takvo „stupnjevanje“ voljne sastavnice valja dovesti u izravnu vezu s dvojakošću voljne sastavnice svjesnog nehaja. Kod svjesnog nehaja voljna se sastavnica očitava u povredi objektivne dužne pažnje zbog koje se počinitelju može uputiti osobni prijekor, a koju označavamo i kao lakomislenost. Dakle, nehajno kazneno djelo ne postoji samom činjenicom povrede objektivne dužne pažnje, već je potrebna i povreda subjektivne dužne pažnje. Kako bilo, nehaj je uvijek propuštanje dužne pažnje i u tome se sastoji protupravnost nehajnog ponašanja.¹¹⁰ Upravo se zbog povrede dužne pažnje, tj. lakomislenosti kažnjava počinitelja kako je navedeno. Nije pritom bitan stav ili držanje počinitelja. Drugim riječima, ne kažnjavamo ga jer je smatrao da neće doći do ostvarenja obilježja kaznenog djela ili u drugom slučaju jer je mislio da će moći spriječiti njihovo ostvarenje. Počinitelja nehajnog kaznenog djela kažnjavamo ako je kriv jer je s obzirom na taj stav

¹¹⁰ Garačić, A., *Kazneni zakon u sudskoj praksi - opći dio*, Libertin naklada, Rijeka, 2016., str. 148

povrijedio objektivnu dužnu pažnju, tj. postupio lakomisleno. Uzmimo za primjer vozača koji ocjenjuje da je neko pretjecanje opasno. Nakon što je predvidio opasnost za zaštićeno pravno dobro i potom se propustio primjereno ponašati, ako bi za takvu povredu objektivne dužne pažnje bio kriv, izrekla bi mu se zbog lakomislenosti kazna. Ako od pretjecanja ne bi odustao, nije bitno je li do propuštanja odustanka došlo zbog njegovog povjerenja u pozitivan ishod u smislu da na nekom zavoju nitko neće doći u susret dok će se upustiti u preticanje ili je do tog istog propuštanja odustanka došlo zbog njegovog pouzdanja u vlastite sposobnosti da ako nešto i pođe po zlu pravovremeno zaustavi ili skloni auto s obzirom na nadolazeći auto iz drugog smjera. U oba slučaja njegov stav, tj. držanje određuju njegovu radnju kao lakomislenu, ali se ne kažnjava zbog stava ili držanja. Jednako tako možemo shvatiti voljnu sastavnicu namjere kako je određena u užem smislu. Emocionalan odnos počinitelja prema djelu bitan je za upućivanje prijekora zbog njegove odluke za povredu pravnog dobra, tj. bitan je za određenje mogućnosti postojanja njegove odluke za nepravu. No činjenica je da se počinitelj kažnjava zbog povrede pravnog dobra, neovisno o tome s kakvim stavom on toj povredi pristupa, tj. počinitelj se kažnjava zbog neprava koje je prouzrokovao svojom odlukom. Uzmimo sljedeći primjer. Osoba A baca u dvorište bombu na osobu B koju čuva zaštitar C dok ih kod auta parkiranog pri kraju dvorišta čeka vozač D. Pritom zna da će po eksploziji poginuti osoba B koju želi ubiti i osoba C koja će uslijed takvog razvoja događaja sigurno također izgubiti život. Po eksploziji to se zbilja i događa, međutim komad čelika nastao eksplozijom neočekivano pogađa vozača D koji također umire. To je događaj koji osoba A naravno drži mogućim jer očito je da će vozač D koji stoji u dvorištu također biti izložen eksploziji, a komadi čelika nastali eksplozijom mogu rezultirati ranjavanjem pa i smrću na udaljenosti i od 10 do 15 metara. Ako analiziramo takav razvoj situacije, osoba A je osobu B ubila s izravnom namjerom prvog stupnja, osobu C s izravnom namjerom drugog stupnja, a osobu D s neizravnom namjerom. Osoba A bit će kažnjena za ubojstvo svake od te tri osobe ako je kriva i to zato što je došlo do povrede života kao pravnog dobra, a ne zbog činjenice da je smrt koje od tih osoba u osobi A izazvala odobravanje, ravnodušnost ili žaljenje. Unutrašnji stav osobe A u odnosu na ta ubojstva ocjenjuje se u okviru krivnje kao temelja za upućivanje prijekora osobi A, a ne u okviru neprava koje predstavlja povredu zaštićenog pravnog dobra.

Ovakav zaključak djeluje opravdan ako uzmemo u obzir da utvrđivanje namjere ili nehaja može odlučujuće djelovati na kažnjavanje počinitelja. S obzirom na svrhu kažnjavanja u okviru funkcionaliziranog kaznenog prava, zaista djeluje neprimjereno razlikovanje tih instituta temeljiti

isključivo na temelju unutrašnjeg stava s kojim uzrokuje zabranjenu posljedicu,¹¹¹ dok se god ne udaljimo u posve drugu krajnost svođenja namjere i nehaja potpuno na vrijednosni sud. Tako je u okviru namjere zadržana volja kao negativan stav prema društvenom dobru, jer zaista, ipak je unatoč tendenciji normativizacije krivnje namjeru nemoguće zamisliti u cijelosti bez volje. Ta se volja kako je rečeno ocjenjuje u krivnji, u smislu prekorljivosti počinitelja zbog donošenja odluke za povredu pravnog dobra.

U funkcionaliziranom kaznenom pravu čiji je zadatak zaštita pravnih dobara, počinitelja se sukladno načelu krivnje kažnjava kaznom utemeljenom na krivnji i ograničenom stupnjem krivnje, ali zbog povrede pravnih dobara. To je pogotovo prihvatljiv zaključak ako u obzir uzmemo prihvaćenost dualističkog sustava sankcija. Tako se sigurnosne mjere mogu izricati i počiniteljima koji nisu krivi, upravo zbog njihove opasnosti po pravna dobra i s ciljem prevencije sukladno načelu razmjernosti. Možemo tako uopćeno reći da se počinitelj kažnjava zbog povrede pravnog dobra ako je kriv. U temelju je krivnje prekorljivost, ali se u nepravu ogleda društveno štetna radnja. Kod nehajnog kaznenog djela ta društveno štetna radnja je povreda objektivne dužne pažnje ako je počinitelj za to kriv, tj. lakomislenost, kako je i objašnjeno i zbog te lakomislenosti počinitelja se može kazniti. Neopravdano je stoga u potrazi za razgraničenjem neizravne namjere i svjesnog nehaja na vagu stavljati psihološki stav počinitelja prema djelu (pristajanje na djelo) i povredu objektivne dužne pažnje ako se počinitelju zbog nje može uputiti prijekor, odnosno lakomislenost koja je nepravdo. Nepravdo je nevrjednost djela, a krivnja nevrjednost, tj. prekorljivost počinitelja¹¹² i nije moguće razgraničenje neizravne namjere i svjesnog nehaja temeljiti miješajući dogmatske „kruške i jabuke“. Kada bismo namjeru promatrali izmještenu iz krivnje, dobili bismo subjektivno obilježeno nepravdo.¹¹³ Njega bi činila odluka usmjerena na povredu pravnih dobara. U odnosu na takvo nepravdo počinitelju bi se ako je kriv izricala kazna. Samo je takvo nepravdo opravdano uspoređivati s nepravdom kod nehaja, tj. pri razgraničenju neizravne namjere i svjesnog nehaja tada se može ocjenjivati sama nevrjednost djela. Nasuprot lakomislenosti kod neizravne namjere ne stoji pristanak nego odluka za nepravdo. U nepravdom namjernog djela koje nije lišeno subjektivnog elementa nevrjednost je djela toliko veća koliko je odluka za povredu pravnog dobra izdignuta iznad lakomislenosti. Tako bismo dobili razliku

¹¹¹ Tako i Roxin, C., *op. cit.*, bilj. 1, str. 450

¹¹² V. bilj. 40

¹¹³ Usp. Martinović, I., *op. cit.*, bilj. 12., str. 12

između namjere i nehaja koja je kvalitativna jer odluka kod namjernog kaznenog djela usmjerena protiv pravnog dobra kod nehaja u okviru lakomislenosti ne postoji.

Konačno je pitanje kako bismo utvrđivali postojanje odluke za povredu pravnog dobra, ako unutarnji stav počinitelja prema djelu ocjenjujemo u smislu njegove krivnje, tj. prekorljivosti zbog donošenja takve odluke. Valja poći od dvostruke uloge namjere. Kada bi bit krivnje ostao samo prijekor počinitelju za odluku za povredu pravnog dobra, sastojci bi krivnje bili ubrojivost i svijest o protupravnosti, uz dakako nepostojanje ispričavajućih razloga, no upravo s obzirom na navedenu dvostruku ulogu namjere, ona će se u okviru krivnje ocjenjivati u smislu nevrjednosti djela. S druge strane u okviru neprava pokazuje smisao radnje. Stoga, zahvaljujući subjektiviziranom nepravu, odluku za povredu pravnog dobra možemo utvrđivati uzimajući u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja prilikom procjenjivanja,¹¹⁴ što bi u konačnici značilo da bi se slučajevi na granici između neizravne namjere i svjesnog nehaja procjenjivali na osnovu „sveukupnog sagledavanja svih objektivnih i subjektivnih činjeničnih okolnosti“.¹¹⁵ Namjera sagledana u nepravu kao smisao radnje zasigurno ne može biti samo ocjena psihe počinitelja u trenutku počinjenja kaznenog djela (op. a. iako i ona treba biti uzeta u obzir), nego je potrebno sagledati više indikatora činjenice donošenja odluke, čime je riječ o normativnom pripisivanju, tj. vrijednosnom sudu suca.¹¹⁶ Roxin nudi tri takva indikatora.¹¹⁷ a) Prvi je prepoznata opasnost vlastitog ponašanja. O neizravnoj namjeri bit će tako riječ ako počinitelj ostvari svoju namjeru unatoč izrazitoj opasnosti i ako prepusti slučaju hoće li opasnost koju je prepoznao nastupiti ili neće. b) Drugi indikator je vjerojatnost s kojom računa počinitelj da će se žrtva izvući iz opasnosti vlastitim snagama. Ako je takvu vjerojatnost počinitelj zbilja mogao uzeti u obzir, neće biti riječ o neizravnoj namjeri. c) Treći indikator je nepostojanje motiva za uzimanje u obzir posljedice. Ako počinitelj uopće nema motiv da se opredijeli za moguće nastupanje posljedice upitno je i postojanje neizravne namjere. Ako bi navedeni indikatori upućivali na različite zaključke, vraćamo se na početak i procjena se donosi sveukupnim sagledavanjem svih objektivnih i subjektivnih okolnosti.

¹¹⁴ Za koncept, v. Roxin, C., *Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr*, u: Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, Wolters Kluwer, Neuwied, 2004., str. 243 – 258

¹¹⁵ Roxin, C., *op. cit.*, bilj. 72, str. 13

¹¹⁶ *Ibid.*, str. 15

¹¹⁷ Indikatori su navedeni samo pregledno, za opsežnije tumačenje v. *ibid.* str. 12 i Martinović, I., *op. cit.*, bilj. 6, str. 163

6. Razlike u praktičnoj primjeni smjernica za razgraničenje *de lege lata* i *de lege ferenda*

Kako predloženi kriterij razgraničenja ne bi ostao samo teorijski uobličen, njegovu praktičnu iskoristivost valja ispitati na nekoliko primjera iz prakse hrvatskih sudova.

6.1. Primjer 1

Suoptuženici G. L. i D. P. prvostupanjskom su odlukom proglašeni krivima što su počinili kazneno djelo prouzročenja smrti iz nehaja.¹¹⁸ Oni su zajedno po dogovoru, a u namjeri da poznanici J. P. uzmu kreditnu karticu, za vrijeme zajedničke konzumacije veće količine alkoholnih pića, J. P. odlučili omamiti ubacivanjem tablete Leponexa u njezino piće. Dok je D. P. znajući da je J. P. u alkoholiziranom stanju odvlačio njenu pažnju grleći je i tepajući joj, G. L. je u bocu piva žrtve ubacila tabletu Leponexa. Kako je D. P. bio redoviti konzument tog lijeka, suoptuženi su bili svjesni da je njegova konzumacija s alkoholom opasna s obzirom na to da međudjelovanje klopazina kao aktivne tvari tablete Leponex i alkohola može izazvati uspavanost, omamljivanje, parcijalnu amneziju, a posljedice u krajnjoj liniji mogu biti i pogubne. Pritom također oboje znaju i da je J. P. osoba koja tjelesnom konstrukcijom značajno odudara od prosječne odrasle osobe sa samo 130 cm i 50 kg. Konzumacija piva u koji je ubačen Leponex rezultirala je smrću J. P., te je toksikološkim vještačenjem nedvojbeno utvrđeno da je smrt posljedica upravo međudjelovanja klopazina i alkohola.

Prvostupanjski je sud zaključio da namjera suokrivljenika u konkretnom slučaju nije bila lišenje života J. P. već njeno omamljivanje s ciljem oduzimanja kreditnih kartica i pribavljanja protupravne imovinske koristi. Tableta Leponexa nije ubačena u piće J. P. s ciljem njezina usmrćenja, već je smrt nastupila kao neželjena i uzgredna posljedica poduzete radnje. Sud nadalje navodi da su počinitelji bili svjesni kako uzimanje Leponexa s alkoholom može uzrokovati smrt, ali su lakomisleno smatrali da se to neće dogoditi, što je karakterizirano kao svjesni nehaj. Drugostupanjski je sud cijenio kako je sud prvog stupnja dao dostatne i jasne razloge o utvrđenju svih segmenata kaznene odgovornosti optuženih.

¹¹⁸ Presuda i rješenje VSRH I Kž 672/2014. – 9, od 13. travnja 2017.

Iz perspektive teorije pristanka, navedeni se slučaj s pravom može nazvati sasvim graničnim s obzirom na utvrđenje namjere odnosno nehaja počinitelja. Neki od zaključaka sudova u najmanju su ruku dvojbeni i nije sasvim jasno zašto bi određeno ponašanje predstavljalo lakomisleno pouzdanje da neće doći do posljedice, a ne pristanak na ostvarenje obilježja kaznenog djela. Pravilno je utvrđenje postupanja s namjerom ili nehajem u ovom slučaju tim važnije uzmemo li u obzir okolnost da je u pozadini smrti J. P. postupanje iz koristoljublja, tj. cilj prisvajanja protupravne imovinske koristi. Zato se kao mnogo jasniji kriterij razgraničenja neizravne namjere od svjesnog nehaja može primijeniti modificirana teorija kakvu predlaže ovaj rad. Tako bi se razgraničenje utemeljilo na kvalitativnoj razlici neprava namjerne i nehajne radnje.

Ako u ovom primjeru pođemo od pretpostavke da se D. P. i G. L. kažnjavaju zbog povrede pravnog dobra, neovisno o tome s kakvim stavom on toj povredi pristupa, valja nam ocjenjivati nevrjednost djela. Tako je ključno pitanje postoji li odluka za povredu pravnog dobra, ili je pak riječ o povredi objektivne dužne pažnje zbog koje im se može uputiti prijekor, tj. lakomislenosti. Lakomislenost sama po sebi ne znači suprotstavljanje zakonu, što odluka za povredu pravnih dobara neupitno jest. Pred D. P. i G. L. postavljena je situacija koja nameće potrebu odlučivanja.¹¹⁹ Oni se opredjeljuju za jednu metodu kojom će ostvariti svoj cilj, tj. plan i odabiru akciju za koju su svjesni da njome mogu ostvariti obilježja kaznenog djela. Veliku pozornost pritom treba pridati okolnostima slučaja. D. P. redoviti je konzument Leponexa i potpuno je svjestan kao i G. L. svih mogućih posljedica njegovog kombiniranja s alkoholom. Unatoč takvoj opasnosti za svaku osobu, a tim više i za osobu koja odudara građom od prosječne kao što je slučaj s J. P., oni se odlučuju na takav čin. Neupitno je dakle da svaki razuman čovjek prepoznaje u punini opasnost takvog ponašanja. S druge strane, postavlja se pitanje vjerojatnosti da se J. P. izvuče iz opasnosti pred koju je stavljena. Fizička obilježja J. P. jasno pokazuju da je riječ o osobi slabijoj od prosjeka. Ona nije svjesna da joj predstoji ikakva opasnost i nije ni na koji način moguće predvidjeti na koji će točno način na nju djelovati kombinacija Leponexa i alkohola. Štoviše, upravo bi zbog njezinih fizičkih obilježja trebalo pretpostaviti da posljedice mogu biti i gore od obične ošamućenosti, s obzirom na to da je smrtni ishod moguć i kod osobe prosječne građe. Dakle, nijedan objektivni pokazatelj ne govori u prilog tome da će se J. P. izvući od smrtnog ishoda. Shodno navedenom, po sveukupnom sagledavanju svih objektivnih i subjektivnih okolnosti, nameće se zaključak kako

¹¹⁹ Tako i Roxin u „slučaju kožnog remena“, v. Roxin, C., *op. cit.*, bilj. 71, str. 9

su D. P. i G. L. donijeli odluku za moguću povredu pravnog dobra, konkretno život J. P. Tako je razlika u odnosu na kakvo nepromišljeno lakomisleno postupanje kvalitativna te su D. P. i G. L. postupali s neizravnom namjerom u odnosu na smrt J. P. Sukladno tome, pogrešna bi bila odluka suda da se radi o prouzročenju smrti iz nehaja, već je riječ o teškom ubojstvu, s obzirom na to da je riječ o ubojstvu počinjenom s neizravnom namjerom iz koristoljublja.

6.2. Primjer 2

Puno je sažetije činjenično stanje drugog primjera. Optuženik je u gostionici udario oštećenika šakom u glavu.¹²⁰ Tim udarcima nanio mu je tjelesnu ozljedu koja nije bila teška, konkretno krvni podljev desnog oka. Ipak, kako je oštećenik bio alkoholiziran on pada, pri čemu udara glavom o pod. Time zadobiva tešku ozljedu mozga. U konačnici nakon osam dana liječenja umire u bolnici. Valja razmotriti radi li se u tom slučaju o kaznenom djelu teške tjelesne ozljede s posljedicom smrti počinjenom s neizravnom namjerom, ili je pak s obzirom na izostanak namjere riječ o prouzročenju smrti iz nehaja.

Sudska praksa u sličnim slučajevima varira. Naime, tjelesna ozljeda koja za posljedicu ima smrt mora biti teška, što je izričito propisano KZ-om. Pritom kod počinitelja mora postojati i namjera za zadavanje takve tjelesne ozljede. Ako se pak teška tjelesna ozljeda koja je dovela do smrti ima pripisati počiniteljevu nehaju, u pitanju je samo prouzročenje smrti iz nehaja.¹²¹ Jasno je dakle da je pravilno utvrđenje počiniteljeve namjere, tj. nehaja i ovdje od krucijalne važnosti već za samu kvalifikaciju kaznenog djela.

Razliku nevrijednosti namjerne i nehajne radnje ponovo ćemo utvrđivati kvalitativno, sukladno predloženoj modificiranoj teoriji. Postavlja se pitanje donosi li optuženik odluku za moguću povredu života kao pravnog dobra, ili takva odluka izostaje pa je riječ o lakomislenosti, tj. povredi objektivne dužne pažnje. Sveukupnim sagledavanjem svih objektivnih i subjektivnih činjeničnih okolnosti dovodimo u pitanje racionalnost shvaćanja počiniteljeve radnje kao namjerne. Riječ je o neugodnoj situaciji u kojoj se optuženik pokušava osloboditi neželjene

¹²⁰ Presuda Županijskog suda u Bjelovaru, KŽ-83/06, od 23. ožujka 2006.

¹²¹ Novoselec, P., *Sudska praksa*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 13, br. 2, 2006., str. 1147-1153, str. 1153

interakcije s alkoholiziranom osobom. Svjestan je opasnosti svojeg postupanja, ali objektivno gledano, sami udarac intenziteta kakvog je bio optuženikov ne može se smatrati takvim da bi se okarakterizirao kao izrazito opasan ili da bi povreda života kao pravnog dobra bila prepuštena slučaju. Samim udarcima nanesene su lakše tjelesne ozljede. S obzirom na okolnosti, malo je vjerojatno da bi optuženik da je htio bio spriječen u nanošenju teških tjelesnih ozljeda oštećeniku. Tek uslijed pada dolazi do pada i udarca o pod te krvarenja u lubanji i ostalih posljedica. Uz to, posebno se ističe i činjenica da optuženi u navedenoj situaciji nema nikakav motiv da ide za teškom tjelesnom ozljedom oštećenika samo zato što se želi riješiti njegovog nametljivog ponašanja. Takav motiv ne bi se mogao cijeniti razumnim s obzirom na izuzetnu disproportionalnost željenog učinka i mogućih negativnih posljedica po optuženika. To je uostalom i vidljivo iz ozljeda koje oštećenik zadobiva od samih udaraca. Sveukupnim sagledavanjem svih objektivnih i subjektivnih činjeničnih okolnosti, opravdano se dovodi u pitanje mogućnost utemeljenja teze po kojoj bi optuženi donio odluku za moguću povredu pravnog dobra nanošenjem teških tjelesnih ozljeda koje bi za posljedicu imale smrt. Kako odluka za povredu života kao pravnog dobra ne postoji, izvjesno je da bi u ovom slučaju ipak bila riječ o teškoj tjelesnoj ozljedi s posljedicom smrti koja se pripisuje počiniteljevu nehaju, tj. drugim riječima, a kako je već navedeno, radi se samo o prouzročenju smrti iz nehaja.

6.3. Primjer 3

U kontekstu razgraničenja neizravne namjere i svjesnog nehaja posebno su zanimljiva kaznena djela protiv sigurnosti prometa. Drugostupanjski je sud prihvatio utvrđenja prvostupanjskog suda „da je osuđenik, vozeći pod utjecajem alkohola, bio svjestan da nije sposoban za sigurnu vožnju pa da je time pristao da neadekvatnom i nesigurnom vožnjom ugrozi sigurnost prometa.“¹²² Naime, A. S. osuđen je zbog kaznenog djela izazivanja prometne nesreće u cestovnom prometu, kojim je prouzročena smrt jedne osobe.¹²³ A. S. navodi da je vozeći u alkoholiziranom stanju toga bio svjestan, zbog čega je u vožnji smanjio brzinu i povećao oprez. Ukazuje da je iz takvog ponašanja razvidno da ne pristaje ni na kakve posljedice već ih po svaku

¹²² Presuda VSRH III 68/2011 – 6, od 16. studenog 2011.

¹²³ Iako je presuda donesena za primjene KZ/97 u svrhu analize kazneno je djelo kvalificirano prema KZ/11

cijenu želi izbjeći. S obzirom na navode strana, postavlja se pitanje je li kazneno djelo počinjeno s namjerom kako to utvrđuje prvostupanjski sud.

U predloženoj modificiranoj teoriji voljni element namjere u širem smislu očitavamo iz odluke za nepravu. Tako se zapravo pristanak očitava u odluci protiv pravnog dobra, tj. za njegovu povredu. U ovom se primjeru posebno ističe činjenica da se počinitelj kažnjava zbog povrede pravnog dobra, neovisno o tome s kakvim stavom on toj povredi pristupa. Ako pođemo od teorije pristanka, argument da je A. S. smanjio brzinu jer je bio svjestan svoje alkoholiziranosti želeći time pod svaku cijenu izbjeći negativne posljedice na koje ne pristaje i nije lišen svakog smisla. On je tako svjestan da može ostvariti obilježja kaznenog djela, pa se postavlja pitanje pristaje li on na to sjedanjem za volan ili samo lakomisleno smatra da do toga neće doći ili da će to moći spriječiti.

Ono u vezi s čime teorija pristanka uobičajeno ne nudi zadovoljavajući rezultat jest činjenica da je potpuno nepotrebno utvrđivanje je li ostvarenje obilježja kaznenog djela počinitelju neugodno, tj. želi li ga čak i izbjeći i slično. S obzirom na objekt zaštite glave kaznenog zakona koja se odnosi na kaznena djela protiv sigurnosti prometa, jasno je da u okviru modificirane teorije razmatramo odluku A. S. za povredu sigurnosti prometa kao pravnog dobra, a ne samo činjenicu da je posljedično došlo do smrti drugog sudionika u prometu. A. S. sjeda u vozilo svjestan da može ostvariti obilježja kaznenog djela što se u konačnici i događa. Nepravu njegovog postupanja ne čini stoga njegov eventualni pristanak da se pod nekim okolnostima ostvare upravo ta obilježja kaznenog djela, već sama odluka da u alkoholiziranom stanju sjedne za volan i na taj način se izravno suprotstavi zakonu, odnosno pravnom dobru. Dakle, pri ocjeni nevrijednosti djela, nasuprot povredi objektivne dužne pažnje ovdje očito dominantno stoji odluka za moguću povredu pravnog dobra. Unatoč prepoznatoj opasnosti vlastitog ponašanja, A. S. se odlučuje na postupanje kojim može povrijediti pravno dobro. Slijedom navedenoga, sveukupnim sagledavanjem svih objektivnih i subjektivnih okolnosti, ocjena suda kako je riječ o neizravnoj namjeri zadovoljavajuća je, no modificirana teorija omogućuje da se razlika između nehajnog i namjernog kaznenog djela utvrdi dominantno kvalitativnom. To je rješenje koje i iz perspektivne optuženog A. S. djeluje više zadovoljavajuće s obzirom na to da mu se ne nameće izvanjski psihološki stav koji on moguće drži posve promašenim, već se normativno ocjenjuje nevrijednost njegova djela.

7. Zaključak

Nedvojbeno je da izričito smještanje namjere i nehaja u krivnju predstavlja raskorak hrvatskog zakonodavca s dominantnim postavkama suvremene kaznenopravne dogmatike. Razvojem koncepta neprava jasno je kako kaznenopravna znanost, a posljedično i zakonodavci koji su uzor hrvatskome napuštaju striktnu podjelu na objektivne i subjektivne aspekte kaznenog djela. Tako se procjena subjektivnog odnosa počinitelja prema djelu treba provoditi jednako pri ocjeni neprava i pri ocjeni krivnje. To je u izravnom konfliktu s koncepcijom KZ-a koji namjeru tretira isključivo kao oblik krivnje. Takvo rješenje očito nije zadovoljavajuće s obzirom na to da se namjera osim kao sastojak krivnje pojavljuje i kao ono što je tipično za koje kazneno djelo. U svjetlu podrobno razjašnjene tendencije normativizacije krivnje, misaona kontradikcija u kojoj se nalazi hrvatski zakonodavac postaje tim očitija. Nedvojbeno je stoga nužnost prihvatanja suvremene koncepcije razlikovanja neprava i krivnje pri čemu je razmatranje namjere i nehaja u nepravu pretpostavka oživotvorenja mogućnosti razlikovanja tih instituta u punom smislu biti tih instituta. Pritom nije presudno hoće li zakonodavac ovom problemu pristupiti prema zasad jedinom u domaćoj teoriji oblikovanom, a gore navedenom, Martinovićevom prijedlogu za brisanje zakonske odredbe o sastojcima krivnje. Puno je važnije da konačno pravilno strukturira kazneno djelo u dijelu odnosa neprava i krivnje. Tim više što je precizno oblikovana struktura kaznenog djela neophodna za oživotvorenje funkcionaliziranog kaznenog prava.

Teorije razgraničenja neizravne namjere i svjesnog nehaja, pa tako i teorija pristanka, tu demarkaciju nastoje uspostaviti kao materijalnu. Hrvatski se zakonodavac odlučio na zahvat kojim je izričito propisao da utvrđivanje granice između neizravne namjere i svjesnog nehaja zapravo znači utvrđivanje postojanje pristanka na ostvarenje obilježja kaznenog djela koje je počinitelj predvidio kao moguće, jer upravo bez pristanka ne može biti ni neizravne namjere. Inicijalno pitanje koje rad postavlja jest kakva je suštinska razlika između pristanka i lakomislenosti. Odgovor na to pitanje nužno se iznalazi kroz domišljanje paradigme funkcionaliziranog kaznenog prava. Ako je njegov temeljni zadatak zaštita pravnih dobara, time utemeljenje razgraničenja neizravne namjere i svjesnog nehaja na psihičkom odnosu prema mogućem ostvarenju obilježja kaznenog djela postaje neprimjereno što je sukladno navedenim funkcionalističkim koncepcijama poput Roxinove. Upravo stoga normativno poimanje krivnje i njezino pozicioniranje dijelom u nepravu djeluju kao neophodni budući koraci hrvatskog zakonodavca. Naime, takav bi zahvat

omogućio razlikovanje neizravne namjere i svjesnog nehaja kvalitativnom ocjenom radnje počinitelja koja je u svojoj biti nepravu. Nastavno na navedeno, zbog činjenice da hrvatski zakonodavac neposredno uređuje razgraničenje neizravne namjere i svjesnog nehaja zakonom, nije moguće u potpunosti preuzeti rješenja njemačke pravne teorije, s obzirom na to da se njemački zakonodavac od takvog normativnog zahvata suzdržao. Uzevši to u obzir, u radu se formira modificirana teorija svijesti, odnosno svojevrsna njezina inačica. Normativni zaokret prihvatljiv je, pa se stoga granica traži razmatranjem uloge voljne sastavnice namjere, s obzirom na tendenciju normativizacije krivnje, načelo krivnje i svrhu kažnjavanja, a sagledano kroz prizmu funkcionaliziranog kaznenog prava. I baš u smislu funkcionaliziranog kaznenog prava rad kao ključno vezano uz određenje uloge voljne sastavnice namjere ističe činjenicu da se supsidijarna zaštita pravnih dobara ostvaruje u odnosu na samo njihovo povređivanje. Pojedinac se dakle kažnjava zbog povrede pravnog dobra ako je za to kriv, a ne zbog unutrašnjeg stava radi kojeg se na to odlučuje. Ipak, oprečno funkcionalističkim postavkama Roxina, volja se kao negativan stav prema pravnom dobru u modificiranoj teoriji svijesti ne uklanja u potpunosti iz namjere. Konačno je uobličan zaključak da se voljni element namjere očitava iz odluke za nepravu, no prijekor koji se počinitelju za ostvareno nepravu upućuje nije moguć ako je odnos počinitelja prema djelu isključen iz voljnog elementa namjere. To posljedično vodi razlikovanju voljne sastavnice u širem smislu koja se odnosi na nepravu, tj. nevrjednost kaznenog djela, te voljne sastavnice u užem smislu koja se odnosi na krivnju, tj. nevrjednost ili prekorljivost počinitelja. Time odluka postaje svojevrsna ekstenzija htijenja koje bi inače *de lege lata* obuhvaćalo samo izravnu namjeru, jer htijenje kod neizravne namjere ne postoji. Upravo se stoga pristanak u smislu pristanka na mogućnost ostvarenja obilježja kaznenog djela očitava u odluci protiv pravnog dobra kao nepravu. Dakle, počinitelja valja kazniti zbog neprava koje je prouzrokovao svojom odlukom. Pritom se unutrašnji stav počinitelja u odnosu na posljedicu ocjenjuje u okviru krivnje kao temelja za upućivanje prijekora, a ne u okviru neprava koje predstavlja povredu zaštićenog pravnog dobra.

Konačno, spojivši dva zaključka ovog rada, kada bismo namjeru promatrali izmještenu iz krivnje, dobili bismo subjektivno obilježeno nepravu i njega bi činila odluka usmjerena na povredu pravnih dobara. Upravo bi se u odnosu na takvo nepravu počinitelju izricala kazna ako je kriv. Pritom je temeljni zaključak da je samo takvo nepravu opravdano uspoređivati s nepravom kod nehaja, tj. pri razgraničenju neizravne namjere i svjesnog nehaja samo tako se može ocjenjivati nevrjednost djela. Dakle, nasuprot lakomislenosti kod neizravne namjere ne stoji pristanak nego

odluka za nepravu. Razlika namjerne i nehajne radnje time postaje kvalitativna jer odluka kakva je kod namjernog kaznenog djela usmjerena protiv pravnog dobra kod nehaja u okviru lakomislenosti ne postoji. Ako postojanje takve odluke utvrđujemo uzimajući u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja prilikom procjenjivanja kako je podrobno razjašnjeno, dobivamo praktično korisno i lako primjenjivo rješenje, što je u konačnici prikazano i na primjerima iz sudske prakse.

8. Zahvale

Autor rada zahvaljuje mentoru prof. dr. sc. Davoru Derenčinoviću, čiji je pristup znanstvenom i nastavnom radu bio temelj za razvoj autorovih afiniteta prema kaznenopravnoj materiji uopće. Njegov iskreni interes za suradnju predstavljao je izuzetnu motivaciju za početak istraživanja, a iskazana podrška učinila je cjelokupnu izradu ovog rada zadovoljstvom. Sugestije i komentari koje je tijekom izrade uputio utjecali su na sadržajnu i strukturnu kvalitetu rada u nenadomjestivoj mjeri.

9. Literatura

Znanstveni članci i knjige

1. Bačić, F., *Kazneno pravo: opći dio*, Informator, Zagreb 1998.
2. Badar, M. E., *Mens rea – Mistake of Law & Mistake of Fact in German Criminal Law: A Survey for International Criminal Tribunals*, *International Criminal Law Review*, vol. 5, br. 2, 2005, str. 203 – 246
3. Badar, M. E., *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law: The Case for a Unified Approach*, Hart Publishing, London, 2013.
4. Bohlander, M., *Principles of German Criminal Law*, Hart Publishing, London, 2009.
5. Bojanić, I., Mrčela, M., *Koncepcija krivnje u novom Kaznenom zakonu*, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb)*, vol. 19, br. 2, 2012., str. 389 – 407
6. Frank, R., *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, A. Töpelmann, Gießen, 1907.
7. Garačić, A., *Kazneni zakon u sudskoj praksi - opći dio*, Libertin naklada, Rijeka, 2016.
8. Horvatić, Ž, Derenčinović, D., Cvitanović, L., *Kazneno pravo - opći dio 2, kazneno djelo i kaznenopravne sankcije*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2017.
9. Jescheck, H.-H., Weigend, T., *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Duncker und Humblot, Berlin, 1996.
10. Martin, E. A. (ur.), *A Dictionary of Law*, Oxford; New York: Oxford University Press, 2003.
11. Martinović, I., *Pledoaje za brisanje zakonske odredbe o sastojcima krivnje*, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb)*, vol. 21, br. 1, 2014., str. 3 – 22
12. Martinović, I., *Položaj namjere u pojmu kaznenog djela, analiza njezinih oblika i razgraničenje s nehajem*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2013.
13. Martinović, I., *Razgraničenje neizravne namjere i svjesnog nehaja*, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb)*, vol. 18, br. 1, 2011., str. 49 – 82
14. Novoselec, P., *Kritički osvrt na neke odredbe općeg dijela Kaznenog zakona*, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb)*, vol. 7, br. 2, 2000., str. 263 – 293
15. Novoselec, P., *Sloboda, krivnja i krivično pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 1987.

16. Novoselec, P., *Sudska praksa*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 13, br. 2, 2006., str. 1147-1153
17. Novoselec, P., Bojanić, I., *Opći dio kaznenog prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2013.
18. Pavlović, Š., *Kazneni zakon: zakonski tekst – komentari – sudska praksa – pravna teorija*, Libertin naklada, Rijeka, 2015.
19. Roxin, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Verlag C. H. Beck, München, 2006.
20. Roxin, C. *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Walter de Gruyter, Berlin, 1973.
21. Roxin, C., *O eventualnom umišljaju*, Crimen – časopis za krivične nauke, br. 1, Beograd, 2010., str. 5 – 17
22. Roxin, C., *Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr*, u: Festschrift für Hans-Joachim Rudolph zum 70. Geburtstag, Wolters Kluwer, Neuwied, 2004., str. 243 – 258
23. Toepel, F., *The Fault Element in the History of German Criminal Theory: With Some General Conclusions for the Rules of Imputation in a Legal System*, Criminal Law and Philosophy, vol. 6, br. 2, 2012., str. 167 – 186
24. Turković, K.; Novoselec, P.; Grozdanić, V.; Kurtović, A.; Derenčinović, D.; Bojanić, I.; Munivrana Vajda, M.; Mrčela, M.; Nola, S.; Roksandić Vidlička, S.; Tripalo, D.; Maršavelski, A., *Komentar Kaznenog zakona: i drugi izvori novog hrvatskog kaznenog zakonodavstva*, Narodne novine, Zagreb, 2013.

Pravni izvori

1. Das österreichische Strafgesetzbuch, BGBl. Nr. 60/1974, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 117/2017
2. Kazneni zakon, Narodne novine, br. 125/2011, 144/2012, 56/2015, 61/2015, 101/2017;
3. Kazneni zakon, Narodne novine, br. 110/1997, 27/1998, 50/2000, 129/2000, 51/2001, 111/2003, 190/2003, 105/2004, 84/2005, 71/2006, 110/2007, 152/2008, 57/2011, 143/2012

4. Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (Stand am 11. Juli 2017)
5. Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 30. Oktober 2017 (BGBl. I S. 3618) geändert worden ist

Sudska praksa

1. Presuda i rješenje VSRH I Kž 672/2014-9 od 13. travnja 2017.
2. Presuda VSRH III Kr 68/2011-6 od 16. studenog 2011.
3. Presuda VSRH I Kž 358/2011-4, od 21. rujna 2011.
4. Presuda VSRH I Kž 89/2000-3, od 13. kolovoza 2002.
5. Rješenje VSRH I Kž 65/2005-4, od 22. veljače 2006.
6. Presuda Županijskog suda u Bjelovaru Kž-83/06 od 23. ožujka 2006.

10. Sažetak

Domagoj Dananić

Praktični utjecaj položaja namjere i nehaja u strukturi kaznenog djela na razgraničenje neizravne namjere od svjesnog nehaja

Razgraničenje neizravne namjere i svjesnog nehaja jedno je od najspornijih pitanja kaznenopravne znanosti. Autor odnos i razgraničenje tih instituta sagledava u svjetlu funkcionalizacije kaznenog prava pa se uvodno iznose osnovne postavke tog modela. S obzirom na normativistički utjecaj njemačke kaznenopravne dogmatike i uopćeni razvoj koncepcije neprava i krivnje, autor kritički analizira opredjeljenje hrvatskog zakonodavca da namjeru i nehaj u cijelosti pozicionira među sastojcima krivnje. Ističe se potom niz argumenata koji upućuju na neprihvatljivost takve strukture kaznenog djela, a navode se i praktični primjeri kojima je u temelju razmatrana problematika. Pitanje položaja namjere i nehaja u strukturi kaznenog djela autor potom dovodi u izravnu vezu s mogućnošću razgraničenja neizravne namjere i svjesnog nehaja. Nakon prikaza razvoja teorija razgraničenja tih instituta i trenutnog zakonskog uređenja tog pitanja, kritički se sagledava opredjeljenje hrvatskog zakonodavca za teoriju pristanka, uz analizu sudske prakse. Autor postavlja tezu o kvalitativnoj razlici neizravne namjere i svjesnog nehaja i potom nudi praktično rješenje u obliku modificirane teorije pristanka utemeljene na normativnom poimanju krivnje. Primjenjivost te modifikacije ispituje se njezinom primjenom na primjerima iz prakse hrvatskih sudova.

Ključne riječi: *funkcionalizirano kazneno pravo, normativizacija krivnje, neizravna namjera, svjesni nehaj, teorija pristanka*

Summary

Domagoj Dananić

Practical influence of the position of intent and negligence in the structure of a criminal offence on the delimitation between indirect intent and advertent negligence

Delimitation of indirect intent and advertent negligence is one of the most disputable issues in the criminal law theory. The author perceives this delimitation in light of functionalization of criminal law, so the basic principles of that concept are discussed. Considering the normativistic influence of the German criminal law theory and changes in the understanding of wrongful act and culpability through the years, author analyzes the Croatian legislator's position to regard intent and negligence merely as elements of culpability. Various arguments against such systematization are emphasized, and a few practical examples are discussed. The systematization of criminal offence is then linked with the problem of delimitation. After a brief review of the development of theoretical concepts of such demarcation and current legal provision on that problem, the dominant Consent Theory is critically analysed. The author considers the difference of indirect intent and advertent negligence to be qualitative. As a result, a modification of Consent Theory based on the normativization of culpability is presented, the applicability of which is then tested on domestic case law examples.

Key words: functionalized criminal law, normativization of culpability, indirect intent, advertent negligence, Consent Theory