

Igor Martinović*

RAZGRANIČENJE NEIZRAVNE NAMJERE I SVJESNOG NEHAJA

U radu se obrađuje razgraničenje neizravne namjere i svjesnog nehaja, koje već generacijama predstavlja jedno od najznačajnijih spornih pitanja kaznenopravne znanosti. U prvom dijelu rada analiziraju se konceptualne razlike u shvaćanju pojma krivnje te se izlažu temeljne odrednice različitih učenja o namjeri i nehaju. Slijedi kritički prikaz važnijih teorija razgraničenja u njemačkoj i austrijskoj kaznenopravnoj dogmatici, koji je upotpunjen izlaganjem pojedinih kontroverznih slučajeva iz njemačke sudske prakse. Završni dio rada bavi se razgraničenjem u hrvatskom pravu de lege lata, pri čemu se izlaže model tumačenja kojim se u postojeće pozitivnopravne okvire nastoje inkorporirati suvremeni teorijski dosezi. Primjenjivost predloženog modela potom se ispituje na recentnom predmetu iz domaće sudske prakse.

1. UVOD

Razgraničenje neizravne namjere i svjesnog nehaja spada u red klasičnih pitanja kaznenopravne dogmatike koja i dalje plijene pozornost znanstvenih i stručnih krugova. Zamršenost problematike razgraničenja dvaju navedenih oblika krivnje, koja je čak i vodeće teoretičare nagnala da ovo područje označe “jednim od najtežih i najspornijih pitanja kaznenog prava”,¹ rezultirala je oblikovanjem cijelog niza konkurirajućih kaznenopravnih teorija. Kao posljedica toga, na komparativnoj su se razini pojavila različita rješenja. Neka od njih ne sadržavaju definiciju tih dvaju oblika krivnje, već to pitanje prepuštaju pravnoj znanosti i praksi; drugi pak zakonodavci, a među njima i hrvatski, ipak su se odvažili na normativni zahvat te namjeru (čl. 44. Kaznenog zakona,² u daljnjem tekstu: KZ) i nehaj (čl. 45. KZ) zakonski definirali. Unatoč tome, složenost tematike i neusklađena tumačenja i dalje dovode do fluidnosti

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

¹ Welzel, H., *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 1969., str. 69.

² Kazneni zakon, NN br. 110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/08.

razgraničenja u praksi, što sa sobom nosi rizik proizvoljnih i neujednačenih rješenja suprotnih pravnoj sigurnosti. U tom kontekstu i dalje je aktualna *Singerova* primjedba kako “ignoriranje teorije i bijeg od uopćenih pravila postupanja (sadržanih u teorijskim načelima) u arbitrarni prakticizam (najčešće pod izlikom zamjene ‘beživotnih teorijskih apstrakcija’, kriminalno-političkim realizmom) nerijetko susrećemo upravo u društveno-ekonomskim i političkim prilikama u kojima je zapostavljen princip zakonitosti”.³

Cilj je ovog rada stoga trojak: izložiti teorijske aspekte razgraničenja, dati smjernice za tumačenje *de lege lata* te ponuditi prijedloge *de lege ferenda*.

2. NAMJERA I NEHAJ KAO OBLICI KRIVNJE: TEORIJSKE NEDOUMICE

2.1. Suprotstavljene koncepcije krivnje

Kao što je uvodno naznačeno, postavljanje mjerila za razgraničenje namjere i nehaja nije nimalo lak zadatak. U praksi ono podrazumijeva umješnost i logičku konzistentnost pri supsumiranju pod pozitivne doktrinarne kategorije, no kriteriji razgraničenja, koliko god se jednostavnima i praktično korisnima činili, ne mogu se smatrati legitimnima ako ignoriraju temeljna pravna i metajuridička pitanja o karakteru krivnje. S obzirom na prostornu ograničenost ovog rada, navedeni će se problemi obraditi tek u najnužnijoj mjeri.

Prvi korak koji je nužan za daljnju obradu teme jest pozicioniranje namjere i nehaja unutar pojma krivnje. Već u ovoj fazi susrećemo se s pitanjem jesu li namjera i nehaj jedini oblici krivnje koja naprosto predstavlja njihov *genus proximum* ili je pak krivnja složenije strukture. Prvonavedeni stav zagovarale su psihološke teorije krivnje, dominantne u vrijeme znanstvenog optimizma i ekonomskog napretka kraja devetnaestog stoljeća. One su kazneno pravo nastojale uskladiti s prirodoznanstvenim idealima egzaktnosti. U skladu s takvim pozitivističkim filozofskim premisama, klasični modeli, od kojih su najpoznatiji *Lisztov* i *Belingov*, u nepravo ubrajaju objektivne, vanjske činitelje, dok se krivnja svodi na psihički odnos počinitelja prema djelu.⁴

Uskoro su, međutim, isplivali na vidjelo nedostaci klasičnog sustava te je empiristički zanos u njemačkoj kaznenopravnoj znanosti splasnulo. Zbog poraza determinističkih pravaca napušten je *Liszt-Belingov* model te je započela prevlast neoidealističke (prvenstveno neokantovske) filozofije, uz odbacivanje pozitivizma, kojem se osobito spočitavao redukcionizam i determinizam. Shodno tome, kazneno je pravo svoje utemeljenje potražilo u području onih disci-

³ Singer, M., *Krivično pravo i kriminologija*, 1992., str. 11.

⁴ Usp. Roxin, C., *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 2006., str. 203.

plina koje Nijemci ubrajaju u *Geisteswissenschaften*, tj. “duhovne znanosti”,⁵ a naročito u sferi filozofske antropologije. Aksiologija, odnosno vrijednosno orijentirana filozofija (*Wertphilosophie*), kao zajednički nazivnik novih pravaca, ostala je sve do danas legitimacijom vladajuće njemačke kaznenopravne doktrine, pa onda posljedično i većine onih doktrinarnih sustava koji se zasnivaju na recepciji njemačkog. Ovaj pravac, koji je duboko obilježio njemačku i kontinentalnu filozofiju znanosti, filozofiju smatra znanošću *a priori*; njome se, iz “kaotičnog” fakticiteta, pomoću “vrijednosno utemeljenog mišljenja” (*wertbezogenes Denken*) nadređenog iskustvenoj znanosti, kreiraju spekulativni pojmovi kojih je izvoriste u strukturi naše vlastite svijesti.

Navedeni proces imao je dalekosežne implikacije u kontekstu krivnje: primat je preuzelo stajalište prema kojem je shvaćanje krivnje kao psihičkog odnosa previše pojednostavnjena shema,⁶ koju valja nadopuniti “normativnim elementom”. Na taj je način stvorena teorija o normativnom karakteru krivnje, koja je s vremenom, u svojem čistom obliku, u cijelosti zanijekala shvaćanje krivnje kao psihičkog procesa i u prvi plan stavila njezinu socijalno-etičku dimenziju. Bit krivnje postala je prekorljivost (*Vorwerfbarkeit*), koja se u različitim periodima shvaćala različito, no uvijek predstavlja određeni vrijednosni sud o počiniteljevu djelu.⁷ Stožernim sastojkom krivnje, umjesto namjere i nehaja, postaje svijest o protupravnosti, na koju različiti teorijski pravci potom nadovezuju daljnje elemente. Suvremene normativne teorije krivnju definiraju kao “osobnu prekorljivost oblikovanja i ostvarenja volje, koja se manifestira u protupravnom djelu,” tj. kao “ocjenu o nevrjednosti počinitelja u odnosu prema ostvarenom nepravu”.⁸

Što se pak tiče namjere i nehaja, oni se u okviru čistih normativnih teorija počinju premještati u nepravu. U blažoj varijanti namjera je postala subjektivnim elementom protupravnosti; međutim, uskoro je uslijedila i potpuna translacija namjere u biće kaznenog djela na temelju učenja finalističke teorije, koja je, nadovezujući se na ontološku teorijsku filozofiju, nastojala doprijeti do same ontološke strukture radnje. Pozivajući se na “pravilno tumačenje” idealizma i oštro se protiveći pozitivizaciji krivnje,⁹ finalisti su idealizmu kakvim ga shvaća *Wertphilosophie* zamjerali koketiranje s fakticitetom, zbog čega je *Welzel* naučavanje nekantovaca čak nazvao “teorijom koja je komplementar-

⁵ I sam pojam *Geisteswissenschaften*, koji svoje korijene i primjenu nalazi u njemačkoj idealističkoj filozofskoj tradiciji, na terminološkoj razini simbolizira raskid s “redukcionističkim” pozitivizmom.

⁶ Usp. Novoselec, P., *Sloboda, krivnja i krivično pravo*, 1987., str. 111.

⁷ Novoselec, P., *Opći dio kaznenog prava*, 2009., str. 235.

⁸ Triffterer, O., *Österreichisches Strafrecht*, 1994., str. 97.

⁹ V. Welzel, H., *Strafrecht und Philosophie*, u: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975., str. 1.

na pozitivizmu”.¹⁰ Spekulativne sudove finalisti uzdižu na razinu objektivno postojećih kategorija, koje su za njih reprodukcije bitka, tj. odraz ontološke strukture stvarnosti. Na taj je način krivnja lišena svojeg psihološkog fundamenta, čime je definitivno “izgubila tlo pod nogama”.¹¹ Osim toga, budući da je finalističko poimanje izjednačilo ciljno djelovanje s namjerom, čime je namjera postala nerazdvojnim sastojkom radnje, subjektivizacija neprava dovela je u pitanje i položaj nehaja kao oblika krivnje. Tim se problemima, između ostalog, nastojalo doskočiti teorijom o dvostrukom položaju namjere (*Doppelstellung des Vorsatzes*), po kojoj namjera u okviru neprava upućuje na svrhu radnje, dok u okviru krivnje namjera određuje prekorljivost djela.

Doktrinarni “ping-pong” s namjerom i nehajem nastavljen je i posljednjih desetljeća, ali su udaljavanjem od finalizma zamrle ontološke aspiracije njemačke doktrine.¹² Kaznenopravna znanost u određenoj se mjeri okrenula funkcionalizmu: zadaća je kaznenog prava, kako je to formulirao *Jakobs*, osigurati priznanje pozitivnih socioetičkih vrijednosti. Takav je stav uvažio potrebu za uzimanjem u obzir određenih kriminalnopolitičkih prosudbi.¹³ Kazneno pravo i dalje je doduše većinom ostalo autoreferencijalno, vrteći se u krug vlastitog pojmovlja, no funkcionalistička shvaćanja otvorila su vrata prilagođavanju teorijskih definicija potrebama svakodnevnog života i sudske prakse. Prekid neuspješne potrage za bitkom označio je početak prizemljenja visokih doktrinarnih stremljenja.

Taj je proces utjecao i na sagledavanje problematike razgraničenja namjere i nehaja kao sastojaka krivnje; iako su različiti teorijski koncepti krivnje uvjetovali razvitak mnoštva konkurirajućih teorija razgraničenja, novija je dogmatika u sve većoj mjeri okrenuta praktičnim aspektima demarkacije. U nedostatku zakonodavnog temelja, njemačka znanost i praksa pokušavaju iskonstruirati primjenjive i životne smjernice za razgraničenje. Što se pak tiče teorijskog spora o položaju namjere i nehaja, on još uvijek nije u potpunosti riješen, niti je takvo rješenje na vidiku.

¹⁰ Prema: Singer, Krivično..., str. 53.

¹¹ Novoselec, P., Sloboda..., str. 111.

¹² Dubber, M. D., The Promise of German Criminal Law: A Science of Crime and Punishment, u: German Law Journal, Vol. 6., 7/2005., str. 1062.

¹³ Nešto veća prijemчивost prema kriminalnoj politici u njemačkoj doktrini nije značila i napuštanje filozofije; *Roxin* kao jedan od začetnika funkcionalizacije (tj. “teleološko-kriminalnopolitičkog koncepta”) eksplicite navodi kako je zadaća njegova sistema “da pokuša razraditi neokantovske (i neohegelovske) pristupe međuraća, koji su u neoklasičnom sustavu bili tek skicirani, te ih nastaviti u novom obliku”. (*Roxin, C., Strafrecht...*, str. 206.) No “svrhovito-racionalni kaznenopravni sustav” ipak predstavlja otklon od metafizike, čime je kaznenopravna dogmatika dobila novu svježinu i jasnoću. To se naravno odnosi i na problematiku razgraničenja namjere i nehaja.

2.2. Namjera

Što se tiče namjere, osim što je izrijeком svrstava u krivnju, KZ se njome dalje ne bavi. Umjesto toga, zakonodavac je razlaže na izravnu i neizravnu namjeru, pa onda definira navedene podoblike. Pitanje u čemu se sastoji bit namjere prepušteno je dakle teoriji.

I dok literatura obiluje napisima o svakom pojedinom obliku namjere, samoj se namjeri prostor posvećuje najčešće tek u širim teorijskim raspravama. Još je *Radbruch*, primjerice, tvrdio da se namjera može objasniti sa stajališta psihologije,¹⁴ što je u dijelu teorije ostalo prihvaćeno do danas. Prema danas uvriježenom mišljenju, namjera se najkraće može odrediti kao “ostvarenje plana” (*Planverwirklichung*); posljedica je ostvarena namjerno onda kada ona po objektivnoj ocjeni odgovara počiniteljevu planu.

Namjeru su finalisti premjestili iz krivnje u biće kaznenog djela, no uskoro je priznata njezina važnost kako za biće kaznenog djela tako i za krivnju. Rezultat je to razvoja teorije o dvostrukom položaju namjere. Zagovornici te teorije tvrde da se namjera sastoji od dvaju aspekata: oblikovanja volje (*Willensbildung*) i ostvarenja volje (*Willensbetätigung*). I dok bi ostvarenje volje u cijelosti pripadalo biću kaznenog djela, proces oblikovanja volje sagledava se u okviru krivnje. Na taj način onemogućuje se da krivnja postane tek bezbojni instrument uračunavanja čiji bi cjelokupan sadržaj dolazio iz neprava.¹⁵ *Triffterer* ipak upozorava da to ne znači da prekorljivo oblikovanje volje treba smatrati još jednim sastojkom krivnje; budući da *Willensbildung* nije konstitutivno za samo postojanje krivnje, već je jedino uvećava odnosno smanjuje, u smislu dogmatske konstrukcije delikta dovoljno je da se namjera smatra dijelom bića kaznenog djela, a ne i dijelom krivnje.¹⁶ Slično su smatrali još finalisti; oni – u nastojanju da ontologiziraju pojam radnje, tj. oslobode je “okova” prirodoznanstvenog kauzaliteta – namjeru smatraju dijelom neprava, ali priznaju da veća količina neprava znači i viši stupanj krivnje.

Usprkos stalnim sporenjima o teorijskom položaju namjere, donedavno nije bilo upitno da namjera predstavlja svijest o (deskriptivnim i normativnim) obilježjima kaznenog djela te na taj način objedinjuje intelektualni (kognitivni) i voljni element. Međutim, u najnovijem doktrinarnom razvoju sve su glasniji i zahtjevi za odstupanjem od poimanja namjere kao čisto psihološkog odnosa. Nezaustavljivo napredovanje normativnih teorija krivnje ugrozilo je i posljednji bastion psihologizma – namjeru. Pojedini autori zazivaju i odlazak psiholoških teorija namjere u ropotarnicu povijesti, zajedno s psihološkim

¹⁴ Prema: Singer, M., Nehat – “kamen smutnje” u teoriji krivičnog prava, u: Naša zakonitost, vol. 18, 5-6/1964., str. 171.

¹⁵ Triffterer, O., op. cit., str. 98.

¹⁶ Loc. cit.

teorijama krivnje, te njihovu potpunu zamjenu normativnim teorijama namjere.¹⁷ Predvodnik tendencija normativizacije namjere znameniti je funkcionalist *Jakobs*, koji normativno shvaćanje namjere temelji na razumijevanju krivnje kao “manjkave lojalnosti počinitelja prema pravu” (*mangelde Rechtstreue des Täters*).¹⁸ Konkretno, namjera za *Jakobsa* predstavlja ravnodušnost prema činjenicama (*Tatsachengleichgültigkeit*), koja se sastoji u tome da počinitelj iz ukupnosti mogućih tokova izabire upravo onaj koji odgovara njegovim interesima.¹⁹ Pomnija analiza navedenog stajališta dovodi nas do zaključka da *Jakobs* umnogome odstupa od etabliranog stajališta o namjeri kao svijesti i volji; namjera ovdje prestaje biti psihički odnos i postaje objekt vrijednosnog suda. Ponovo su dakle aktualizirane *Hegelove* pozicije, koje izraz nepravda vide u sukobu pojedinačne i opće volje (v. *infra*, 2.3.). O implikacijama pokušaja normativizacije namjere na razgraničenje namjere i nehaja više će biti riječi u kasnijim poglavljima.

2.3. Nehaj

Veća pozornost pridana je problemu nehaja, no *Roxin* priznaje da na tom području još uvijek “nije postignuta razina konsenzusa i jasnoće kakvom se odlikuje dogmatika namjere”.²⁰ Sa spekulativnim naporima usmjerenim na smještanje nehaja u strogo formaliziranu strukturu kaznenog djela započelo se još u vrijeme *Feuerbacha*, na što su se nadovezali hegelijanci. Idealističko aksiološko poimanje slobode kao apsoluta podrazumijeva da “nepravdo nije samo slučajni izraz bilo kakve individualne volje, već je ono spor između opće volje, opredmećene u pravnom poretku, i posebne volje pojedinca, koja ustaje protiv pravnog poretka”.²¹ Stoga su se hegelijanci susreli s problemom kako nehaj svesti na htijenje, što im je uspjelo tek obilazno, temeljem zaključka da htijenje uvjeta koji u sebi sadržava realnu mogućnost nastupanja kažnjive posljedice znači, makar samo posredno, i htijenje te posljedice.²² Usklađivanje nehajne krivnje s apsolutnim indeterminizmom, udruženim s aksiološkim shvaćanjem slobode, bilo je nemoguća misija. Ako se, naime, radnja shvati kao jedinstvo htijenja i činjenja, što je nužna posljedica ideje o dijalektičkom razvoju svijesti o slobodi, otpada spočitavanje krivnje za sve posljedice koje

¹⁷ Prema: Gaede, K., Auf dem Weg zum potentiellen Vorsatz? Problematik und Berechtigung der zunehmenden Tendenzen zur normativen Relativierung des Vorsatzerfordernisses, u: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 121., 2/2009., str. 243.

¹⁸ *Ibid.*, str. 246.

¹⁹ *Ibid.*, str. 247.

²⁰ *Roxin, C.*, *Strafrecht...*, str. 1062.

²¹ *Hegel, G. W. F.*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1921., str. 3.

²² *Singer, M.*, *Krivično...*, str. 20.

ne nastupaju kao rezultat voljnog akta, tj. onog akta koji je izraz slobode kao apriorističke vrijednosti.

Binding, tvorac teorije o normama (*Normentheorie*), također se upinjao iznaći način kako nehaj podvesti pod radnju, koju definira kao “ostvarenu pravno relevantnu volju”.²³ Na prvi se pogled vidi da je nesvjesni nehaj teško podvodiv pod tu definiciju, no *Binding* to ipak čini nakon što je logiciranjem konstruirao pojam “nesvjesnog htijenja”, koji je zapravo *contradictio in adjecto*.

Proturječnostima idealističke dogmatike nastojao je doskočiti *Liszt-Belingov* model svojim naturalističkim pojmom radnje. Što je počinitelj htio postalo je irelevantno za radnju, na koju se nadovezivalo objektivističko sagledavanje uzročnosti. Namjera i nehaj, kao oblici psihičkog odnosa prema djelu, postali su dio krivnje. No pokazalo se, s obzirom na činjenicu da kod nesvjesnog nehaja psihički odnos počinitelja prema djelu izostaje, kako problemi koji su mučili *Feuerbacha*, hegelijance i *Bindinga* i dalje ostaju neriješeni. Postalo je očito da nehaj, kako nesvjesni tako i svjesni, uz sebe vezuje nužnu potrebu vrednovanja počiniteljeva ponašanja. Što se pak tiče pokušaja definiranja samog pojma radnje, pokazalo se da je iz njega vrlo teško ukloniti normativne elemente koji se referiraju na društvenu zbilju; svaka definicija “ontološkog” pojma radnje trpi nedostatke budući da se temelji na vlastitim pojmovnim derivativima ili pak radnju pokušava objasniti njezinim vlastitim istoznačnicama.²⁴

Za tretiranje nehaja kao dijela krivnje očito je bilo potrebno redefinirati krivnju, što je i učinio *Reinhard Frank* početkom dvadesetog stoljeća. Krivnja kao prijekor omogućila je obuhvaćanje namjere i nehaja jedinstvenim pojmom krivnje, u skladu s psihološko-normativnim teorijama. Međutim, krhka dogmatska konstrukcija uskoro se ponovo urušila kada se *Welzel* vratio na predlisztovske položaje i, negirajući prirodoznanstvenu uzročnost, radnju impregnirao namjerom. Krivnja je pak ostala čista relacija, tj. sud o nevrjednosti. U takvu dogmatiku nehaj se mogao udobno smjestiti u sferu krivnje, bez ikakve potrebe za naprežanjem tog pojma, no ponovo se pojavio problem kako nehajno djelo podvesti pod voljni, tj. finalni akt. Finalističkoj školi ipak valja priznati da je, usprkos upitnim filozofskim temeljima, mnogo učinila na razvoju pojma nehaja. Uvidjevši, naime, da nehaj izmiče prvotnim postavkama njihova učenja, finalisti su poduzeli daljnje korake. Za razliku od psiholoških koncepcija krivnje, koje su biće kaznenog djela smatrale ostvarenim već samom činjenicom povrede pravnog dobra, u temeljito subjektivizirano biće kaznenog djela oni su unijeli zahtjev da počinitelj nehajnog delikta postupa s objektivnom dužnom pažnjom. Radnja kojom se povređuje dužna pažnja postala je, uz finalni akt, drugi oblik radnje koji indicira nevrjednost radnje (*Handlungsunwert*), bez koje nema ostvarenja bića kaznenog djela; da

²³ Binding, K., *Die Normen und ihre Übertretung*, knjiga II, 1877., str. 41.

²⁴ Bohlander, M., *Principles of German Criminal Law*, 2009., str. 37.

je radnja bila “dovoljno finalna u smislu objektivnog zahtjeva pravnog reda, ne bi bila nehatna”.²⁵

Upravo je uvođenje elementa suprotnosti pravnom poretku u tobože ontološku strukturu radnje bilo jedan od ključnih razloga zbog kojih je vladajuća doktrina pokopala finaliste. Naime, potencijalna finalnost očito zahtijeva vrednovanje, što je nedopustivo ako, kao finalisti, nehajnu radnju želimo deducirati iz ontološkog pojma radnje. Nehaj je tražio drugačija objašnjenja, pa je doktrinarna vrtnja u krug ili – optimistički gledano – dijalektički razvoj nastavljen.

U međuvremenu su se oglašavali i autori koji su mogućnost nehajne krivnje u cijelosti nijekali. Među njima je bio i *Arthur Kaufmann*, koji u svojem pravno-filozofskom djelu *Das Schuldprinzip* smatra da je moguća jedino voljna krivnja (*Willensschuld*), kao svjesna i slobodna odluka za nepravu. Svjesni nehaj uklapa se, po njemu, u ovaj koncept utoliko što kod njega postoji namjera na ugrožavanje; naprotiv, nesvjesni nehaj nikako se ne može uskladiti s načelom krivnje budući da kod njega nedostaje bilo kakva svjesna odluka.²⁶ Takve zamisli ipak nisu naišle na velik broj pristalica.

Premda je teorijski konsenzus još daleko, ta činjenica ne opravdava hrvatskog zakonodavca koji cjelokupni nehaj uvlači u psihološki-normativno koncipiranu krivnju. Danas je naime u komparativnoj dogmatici zemalja njemačkog govornog područja općeprihvaćeno stajalište prema kojem objektivnoj dužnoj pažnji nije mjesto u okviru krivnje, već u okviru objektivne strane bića kaznenog djela. Razlog više za to je i nastojanje da se namjera i nehaj dovedu u ravninu u okvirima bića kaznenog djela, što zahtijeva daljnji korak koji bi teorijski opravdao njihovu konceptualnu istovrijednost. No primarni razlog za premještanje objektivnog kriterija nehaja u biće kaznenog djela je u tome što se on ne iscrpljuje u pukoj uzročnosti, na koju bi se onda dograđivale osobne mogućnosti počinitelja. Uzročnost je, naime, samo nužan preduvjet za postojanje objektivne strane nehaja, koji valja upotpuniti standardom objektivne dužne pažnje, tj. pažnje “koju bi uložio savjestan i razuman čovjek iz kruga kojem pripada počinitelj kad bi se našao u istom položaju”.²⁷

Što se pak tiče subjektivne dužne pažnje, ona nesporno pripada krivnji. Subjektivni (individualni) kriterij podrazumijeva odgovor na pitanje je li prema svojim osobnim mogućnostima počinitelj mogao udovoljiti standardima objektivne dužne pažnje. Prije kor se, drugim riječima, može izreći ako je počinitelj bio u mogućnosti predvidjeti negativan ishod i izbjeći ga.

Prema svemu navedenom, očito je da formula prema kojoj namjera, za razliku od nehaja, predstavlja svijest i volju nije dovoljna osnova za njihovo razgraničenje. Ostaje teorijski sporno i to je li razlika između namjere i nehaja

²⁵ Singer, M., *Nehat...*, str. 179.

²⁶ Prema: Novoselec, P., *Sloboda...*, str. 117.

²⁷ Novoselec, P., *Opći dio...*, str. 270.

kvantitativna ili kvalitativna, a kamoli da bi temeljem kakve uopćene definicije bilo moguće postaviti jasne smjernice za njihovo razgraničenje. Situacija je, naime, jasna jedino onda kada su i svijest i volja prisutni u potpunosti, dok u ostalim slučajevima dolaze u obzir različita tumačenja, pa čak i onda kada, kao kod nas, zakonodavac propisuje u čemu se sastoje izravna i neizravna namjera, a u čemu svjesni i nesvjesni nehaj. Svako tumačenje uvijek sa sobom nosi određenu dozu proizvoljnosti, što je i razumljivo pođemo li od toga da su pravni pojmovi apstrakcije osjetilne stvarnosti, a ne ontološke kategorije. Ontološki pristup “zaglavio” se već na pojmu radnje, pa su se posljedično i namjera i nehaj pokazali prevelikim zalogajem.

2.4. Kritika shvaćanja namjere i nehaja kao oblika krivnje *de lege lata*

Kada je riječ o stavu hrvatskog zakonodavca o prethodno iznesenoj problematici, on nije posve usklađen s danas dominantnim normativnim teorijama, već je na tragu psihološko-normativnih teorija. Dok njemački, austrijski i švicarski zakonodavac ne propisuju položaj namjere i nehaja, KZ ih izričito svrstava među elemente krivnje. U tome se da naslutiti određena legislativna tromost našeg zakonodavca, tj. kaskanje za suvremenim dogmatskim tendencijama, no ulogu su u tom pogledu svakako odigrale i povijesne okolnosti. Naime, shvaćanje namjere i nehaja kao elemenata krivnje korijenje vuče još iz zajedničkog jugoslavenskog kaznenog zakonodavstva. U to vrijeme ulogu u oblikovanju koncepta krivnje (kao i krivnji superordinirane krivične odgovornosti) odigrala je svakako i marksistička ideološka paradigma. Iako pojedini jugoslavenski autori u stanovitoj mjeri uvode normativne kriterije (npr. *Stanko Frank*²⁸, *Bačić*, *Singer*), njihova dosljedna doktrinarna razrada uglavnom izostaje. Psihološko, tj. kasnije psihološko-normativno poimanje osniva se na marksističkom determinizmu, koji slobodu zasniva na spoznaji prirodne nužnosti, koja je rezultat povijesnog razvitka čovjeka.²⁹ Iako se čovjeka u marksizmu smatra svjesnim akterom, “sukobljavanje bezbrojnih pojedinačnih volja i pojedinačnih postupaka dovodi u istorijskoj oblasti do stanja potpuno analognog onome koje vlada u nesvesnoj prirodi”.³⁰ Zbivanja na globalnoj razini predstavljaju, dakle, emanaciju povijesne nužnosti, no pojedinačni

²⁸ “(...) Za krivnju nije dovoljan odnos između psihe učinioca i djela, već i odnos učinioca prema društvenim vrednotama”. Frank, S., *Teorija kaznenog prava*, 1955., str. 138.

²⁹ V. Srzentić, N., Stajić, A., Lazarević, Lj., *Krivično pravo Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije*, 1978., str. 211.-213. Za kritiku v. Novoselec, *Sloboda...*, str. 12.

³⁰ Engels, F., *Ludvig Fojerbah i kraj klasične nemačke filozofije*, 1947., cit. prema: Srzentić, N. et al., op. cit., str. 212.

čovjek kao svjesni akter ipak odgovara za svoje postupke. U takav relativno deterministički temelj *Novoselec* je svojedobno nastojao inkorporirati etičku sastavnicu krivnje ostajući u gabaritima psihološko-normativnih teorija te na taj način pomiriti marksističku doktrinu i suvremena stremljenja.³¹ Međutim, takvi su pokušaji u nas bili suviše rijetki, pa je, uzevši u obzir i rudimentarnost sudske prakse, izgradnja suvremene koncepcije krivnje bila nemoguća. Svojevrstu pat-poziciju ipak nisu narušili ni glasovi sa suprotstavljene strane (primjerice *Bavcon*³²), koji su se u određenim fazama zalagali za napuštanje načela krivnje.

Nespontan ideološkim ograničenjima socijalističkog razdoblja, KZ je donio značajnu novost: svijest o protupravnosti postala je integralnim dijelom krivnje, što "predstavlja snažan zaokret od psihološkog k normativnom poimanju krivnje".³³ Takvo stajalište ipak nije dosljedno provedeno: ispričavajuća krajnja nužda, kao prvotni *ratio* intervencija u psihološku koncepciju krivnje u njemačkoj dogmatici, nije u cijelosti usklađena s komparativnim rješenjima niti je naišla na iole značajniju recepciju u sudskoj praksi. Namjera i nehaj ostali su ipak, kao što smo već naznačili, u cijelosti u okvirima krivnje. Takvo pozicioniranje doduše onemogućuje preširoku diskreciju primjenjivača norme, ali ujedno otežava unapređenje danas prevladanih doktrinarnih tumačenja – između ostalog i u kontekstu razgraničenja namjere i nehaja. Kada već zakonodavac smatra potrebnim definirati namjeru i nehaj, što je rješenje koje u praksi ima više prednosti nego mana, ne bi bilo z gorega da izostavi odredbu o sadržaju krivnje i tako to sporno pitanje prepusti znanosti i praksi. To čine i Austrijanci i Švicarci, dok se Nijemci ne usude ni definirati namjeru i nehaj, a kamoli izrijekom ih svrstati u (također nedefiniranu) krivnju.

Izostavljanje odredbe o sadržaju krivnje čini se razboritim rješenjem imamo li u vidu nesuglasice između socijalno-etičkih i pozitivističkih koncepcija krivnje, ma koliko one u svojoj biti bile predimenzionirane. Nesporno je da se krivnja temelji na određenom psihičkom odnosu, neovisno o tome hoćemo li taj temelj razmatrati u okviru neprava ili krivnje, no jednako tako nije upitno da na njega valja nadovezati mogućnost imputiranja prijekora, tj. vanjski vrijednosni sud o djelu. Hoće li se pak pojam krivnje rabiti ovako ili onako, pitanje je koje se često svodi na larpurlartističke jezične igre, pa nema razloga da se krivnja zakonski određuje i stvara terminološka i konceptualna zbrka, ali i neusuglašenost s komparativnim rješenjima.

³¹ Novoselec, P., Sloboda..., str. 75.

³² V. Bavcon, Lj., Neki teoretski problemi krivične odgovornosti, u: Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, 3/1965., str. 305.-330.

³³ Novoselec, P., Kritički osvrt na neke odredbe općeg dijela Kaznenog zakona, u: Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 7., 2/2000., str. 276.

3. TEORIJE RAZGRANIČENJA

3.1. Teorije volje

KZ razlikuje dvije vrste namjere, izravnu i neizravnu. Iako je problem razgraničenja aktualan jedino kada je riječ o neizravnoj namjeri, teorije volje, kao i mnoge kasnije teorije, nastoje pronaći supstancijalnu razliku između namjere i nehaja i na njoj utemeljiti razlikovanje.

Teorija volje (*Willenstheorie*) smatra da namjera postoji kada je počinitelj djelovao svjesno i voljno. Preduvjet za to da počinitelj djeluje voljno jest da ima svijest, odnosno predodžbu, o svim obilježjima bića kaznenog djela, no pored svega toga počinitelj djelo mora i htjeti. *Hippel*, najenergičniji zagovornik ove teorije s početka dvadesetog stoljeća, tvrdi da su jedino one predviđene posljedice radnje koje je počinitelj htio namjerne, dok one posljedice koje počinitelj doduše predviđa, ali ih neće, nisu namjerne.³⁴ Razgraničenje se dakle temelji na voljnom elementu, tj. htijenju, za što je preduvjet predviđanje djela. Što pak znači htjeti? Starija teorija pri definiranju htijenja polazi od razlikovanja glagola htjeti i željeti. Pitanje je ipak koliko je ta diferencijacija jezično utemeljena, pogotovo uzmemo li u obzir da neki autori pristanak podvode pod htijenje,³⁵ dok ga drugi, uz htijenje i “željenje”, smatraju trećom komponentom volje.³⁶ *Topalović*, koji zagovara prvonavedenu koncepciju, nastoji se potpomoći njemačkim glagolom *mitwollen*, koji bi u hrvatskom jeziku doslovno značio “suhtjeti”; “suhtijenje” bi se odnosilo na posljedicu koju ne želimo, ali je u određenom smislu hoćemo jer je ona uzgredna posljedica naše radnje. *Stanko Frank* navedenim se pojmovima koristi na potpuno drugačiji način. Pojmovi htjeti, željeti i pristajati za njega su oblici u kojima se manifestira volja, kao njihov viši rodni pojam. Glagol željeti on shvaća ovako: “željeti znači predvidjeti neku posljedicu, odobriti je, ali prepustiti njezino ostvarenje toku događaja, među koje ne spada naše djelovanje”.³⁷ Htijenje pak usporedo koristi kao sinonim za volju, ali je za njega ono i njezin najizrazitiji oblik.

U proteklom odlomku prikazane su tek dvije starije koncepcije, koje obje polaze od teorije volje. Cilj je bio upozoriti na silnu terminološku neusklađenost, koja praktički onemogućuje sve pokušaje svrsishodnog razgraničenja namjere i nehaja temeljem pojmova kakvi su htjeti i željeti u njihovom kolokvijalnom značenju, zbog čega i gore navedeni autori pojam htijenja nadopunjuju pristajanjem na djelo. Teorija volje upravo je zato i iznjedrila *dolus eventualis*,

³⁴ Topalović, Ž., Granične međe umišljaja i nehata (prvi deo), *Crimen – časopis za krivične nauke*, 1/2010., str. 111.

³⁵ Ibid., str. 112.-113.

³⁶ Frank, S., op. cit., str. 151.

³⁷ Loc. cit.

kao specifičan oblik namjere. Ovdje se radi o tome da pri ostvarenju određenog plana počinitelj predviđa mogućnost (no ne i izvjesnost) počinjenja kaznenog djela, no prema toj je mogućnosti indiferentan ili mu je čak odbojna. Pojam htijenja, tj. volje kao psihičke činjenice, dobio je tako svoju donju granicu u pristajanju na djelo (dio teorije koristi i termine kao što su prijam, suglasnost, usvajanje, računanje s mogućnošću nastupa posljedice itd.³⁸).

Teorije volje prevladavale su u njemačkoj predratnoj teoriji, pa i u judikaturi Carevinskog suda: “Upravo (...) odobravanje posljedice, kao samostalna unutarnja činjenica koja se pridružuje predviđanju mogućeg nastupa posljedice, jest bitno obilježje neizravne namjere”.³⁹ No danas se teorijama volje upućuju mnogobrojni prigovori. *Roxin* primjerice tvrdi da je za namjeru irelevantan emocionalni odnos počinitelja prema djelu, tj. odobrava li on djelo ili je pak prema njemu ravnodušan ili čak žali što će ono nastupiti. Voljni element namjere iscrpljuje se u ostvarenju plana: jedino što je relevantno jest to da je mogućnost nastupa djela uključena u počiniteljev plan, čime se on odlučio na povredu zaštićenih vrijednosti. Odnos počinitelja prema djelu ocjenjuje se pak u kontekstu prekorljivosti njegova unutarnjeg osvjedočenja za nepravo, što je stvar odmjeravanja kazne, a ne namjere ili nehaja.⁴⁰

I njemački Savezni sud (u daljnjem tekstu: BGH) naposljetku je odstupio od prijeratnog shvaćanja pristanka, prema kojem se pristanak svodio na unutarnje odobravanje posljedice, uvevši u sudsku praksu “pristanak u pravnom smislu”. Sud je zaključio da pristanak “(...) ne znači da posljedica mora odgovarati željama počinitelja. Neizravna namjera može postojati i u slučaju da počinitelj ne želi nastup posljedice. U pravnom smislu on pristaje na posljedicu i onda kada se, radi cilja kojemu teži, tj. ako cilj drugačije ne može ostvariti, pomiri (*sich abfindet*) s činjenicom da njegova radnja može dovesti do neželjene posljedice (...)” Premda ova varijanta ne odgovara izvornim shvaćanjima teorije volje,⁴¹ već je u stanovitom smislu devijacija od prvotne formule pristanka, ona je danas široko prihvaćena i smatra se dijelom teorija volje. Međutim, sam pojam “pristanka u pravnom smislu” podrazumijeva otklon od koncepcije namjere kao čisto psihološkog procesa, ali jednako tako i od njezine ontologizacije. Riječ je dakle o prodoru normativnih shvaćanja i u ovo područje, o čemu će još biti riječi u nastavku rada.

Jedna od varijanti teorija volje je i teorija ravnodušnosti (*Gleichgültigkeitstheorie*). Njezin je tvorac *Engisch*. Ova teorija *dolus eventualis* smatra oblikom namjere kod kojeg počinitelj moguće štetne uzgredne posljedice odob-

³⁸ Topalović, Ž., Granične međe umišljaja i nehata (nastavak), *Crimen – časopis za krivične nauke*, 2/2010., str. 292.

³⁹ RGSt 33, 4.

⁴⁰ Roxin, C., *Strafrecht...*, str. 453.

⁴¹ *Ibid.*, str. 454.

rava ili ih s ravnodušnošću prihvaća. Međutim, neizravne namjere nema ako počinitelj takve posljedice smatra neželjenima, zbog čega se nada da će one izostati. Ravnodušnost se dakle smatra prijelaznom točkom od koje otpočinje namjera. Prema ovoj teoriji svaka nada u povoljan ishod isključuje namjeru, makar ona bila potpuno neutemeljena. Time se namjera značajno suzuje, što *Roxin* osuđuje.⁴²

Razlikovanje na temelju voljnog elementa prihvaćeno je danas kao vladajuća doktrina (*herrschende Lehre*) u austrijskoj teoriji koja, slično hrvatskoj, počiva na zakonskoj definiciji pojedinih oblika namjere i nehaja. No i ondje tumačenja donekle izlaze iz okvira tradicionalne podjele na intelektualnu i voljnu sastavnicu, naglašavajući kako *Wissen* i *Wollen* ne treba promatrati kao odvojene elemente. *Triffterer* kontroverzno smatra i pitanje jesu li svijest i volja dovoljni za postavljanje preciznog razgraničenja prema nehaju. Ovaj autor ipak, što je i logično uzevši u obzir *de lege lata* ograničenja koja mu postavlja austrijski zakon, odbija sva ona rješenja njemačkih autora (primjerice *Frischa*, *Kindhäusera*) koji razgraničenje i ne nastoje utemeljiti na *Wissen* i *Wollen*.⁴³

3.2. Teorije svijesti

Predratna kaznenopravna dogmatika teorijama volje oštro je suprotstavljala teorije svijesti. Iako je danas striktno razlikovanje tih dvaju pristupa umnogome izgubilo na aktualnosti, zbog svoje uloge u formiranju pojma namjere teorije svijesti itekako zaslužuju spominjanje.

Teorije svijesti (u starijoj doktrini poznate i kao teorije predstave, tj. predodžbe, *Vorstellungstheorie*) u svojem osnovnom obliku pojam namjere svode na predviđanje kauzalnog odnosa između radnje i posljedice. Volja se pak odbija kao nešto neodređeno i fluidno, zbog čega bi njezino uvođenje u kazneno pravo bilo opasno. Pristalica ove pozitivizmu bliske teorije je i *Liszt*, koji tvrdi da je nasilje nad uobičajenim smislom riječi tvrditi da se mogu "htjeti" i one posljedice koje se ne žele, već su štoviše i neugodne,⁴⁴ pa pri definiranju namjere naglasak stavlja na predviđanje posljedice. Takvo shvaćanje namjere podrazumijeva, naravno, i to da se razgraničenje prema nehaju vrši upravo na temelju intelektualne sastavnice.

No teorije svijesti imaju očitih slabosti: samo predviđanje radnje teško da može biti kriterij za namjeru, a kamoli da može biti osnova za razgraničenje od svjesnog nehaja, koji i sam podrazumijeva mogućnost počinjenja djela. Stoga se zagovornici ove teorije ne zadovoljavaju pukom mogućnošću nastupa djela,

⁴² Loc. cit.

⁴³ Triffterer, O., op. cit., str. 161.

⁴⁴ Prema: Topalović, Ž., Granične međe... (prvi deo), str. 114.

nego traže i izvjesnost, tj. uvjerenje počinitelja da će djelo nastupiti. Kako pak razgraničiti predodžbu o mogućnosti od predodžbe o izvjesnosti ostalo je i dalje nejasno, pa je pokušaj dovođenja namjere u strogi odnos sa sviješću o kauzalnom odnosu propao upravo na postavljanju granice između namjere i nehaja. Naposljetku je teorije svijesti napustio i *Liszt*, pa je predodžbu o kauzalnom odnosu kao temelj namjere nadopunio psihičkim stanjem koje se takvom predodžbom stvara.

I u poslijeratnoj doktrini teorije svijesti zadržale su određen krug propenata, među kojima su najznačajniji *Schröder* i *Schmidhäuser*. Ti su autori polje neizravne namjere proširili praktički na cjelokupan svjesni nehaj, tako da je nehaj ostao ograničen tek na nesvjesni nehaj. Prema takvim osuvremenjenim teorijama svijesti svaka je predodžba o mogućnosti počinjenja djela dovoljna da se počiniteljevo djelovanje kvalificira kao namjerno. Ako je, dakle, počinitelj svjestan mogućnosti da njegova radnja rezultira štetnim ishodom, on je dužan suzdržati se od takve radnje, pa makar se pouzdao u povoljan ishod. U suprotnom, postupao je s namjerom. Neželjene dosege tako široko koncipirane namjere i *Schröder* i *Schmidhäuser* žele ograničiti – prvi autor tako da svijest o mogućnosti nepovoljnog ishoda ograničava na “sigurnu predodžbu”, a potonji tako da traži “konkretnu mogućnost” nastupa štetnog ishoda.⁴⁵

Jedna od suvremenijih varijanti teorija svijesti je teorija vjerojatnosti (*Warscheinlichkeitstheorie*). Njezin je začetnik *Mayer*. Ova teorija razgraničenje namjere i nehaja nastoji provesti temeljem razlikovanja “obične mogućnosti” (*bloße Möglichkeit*) i vjerojatnosti (*Warscheinlichkeit*). Slično tome postupaju i *Joerden*, koji tvrdi da “počinitelj koji je svjestan konkretne opasnosti, koja prijete povredom određenog pravnog dobra, postupaju s neizravnom namjerom”.⁴⁶ Znatno objektiviziranu i ekstremno kognitivnu teoriju vjerojatnosti nudi *Puppe*, koji uvodi neologizam *Vorsatzgefahr*, kojim označuje “opasnost koju bi razborit počinitelj prouzročio jedino ako prihvaća nastup djela (...)”. Primijeni li počinitelj “općepriznatu metodu, koja prema zdravozumskim zakonima dovodi do nastupa štetnog ishoda, on proizvodi *Vorsatzgefahr*, neovisno o tome želi li ili ne želi povredu pravnog dobra”.⁴⁷ *Puppeova* metoda razgraničenja dovela je do oštrih kritika, budući da je u raskoraku s temeljnim postavkama suvremene dogmatike.⁴⁸

Logična posljedica činjenice da teorije volje podrazumijevaju svijest o mogućnosti počinjenja djela, dok teorije svijesti svijest o mogućnosti počinjenja djela najčešće nadopunjuju voljnim elementom, svojevrsno je stapanje tih teorija. To je svojedobno uočio i *Reinhard Frank*, zaključivši da između teorija

⁴⁵ Roxin, C., *Strafrecht*..., str. 456.

⁴⁶ *Ibid.*, str. 457.

⁴⁷ Prema: Wessels, J., *Strafrecht allgemeiner Teil*, 2009., str. 85.

⁴⁸ Za kritike v. Wessels, J., *op. cit.*, str. 85.; Roxin, C., *op. cit.*, str. 455.-457.

svijesti i teorija volje postoji tek formalna suprotnost.⁴⁹ Sličnog je stajališta *Roxin*, za kojeg je dualizam tih teorija također prividan.⁵⁰ No u toj suprotnosti, ma koliko formalna bila, prema *Topaloviću* može se nazrijeti pogreška koju čine teorije svijesti. Naime, htijenje posljedice prethodi predviđanju kauzalnog odnosa između radnje i posljedice, a ne obrnuto, zbog čega je i kvalitativna razlika između namjere i nehaja prvenstveno u volji, a ne u svijesti. Razrada tog stajališta podrazumijeva dublja metajuridička propitivanja, čemu u okvirima ovog rada nećemo pristupiti. Što se pak tiče praktičnih implikacija, one nisu previše značajne; uostalom, teorija svijesti prema *Lisztovu* shvaćanju ionako u sebi na specifičan način obuhvaća volju, dok poslijeratni zagovornici teorija svijesti, u nastojanju da suze područje neizravne namjere, dolaze do sličnih rezultata kao i teorija pristanka.

3.3. Frankove formule

Frankove formule s početka dvadesetog stoljeća i danas su među najkorištenijim osnovama za razgraničenje namjere i nehaja u domaćoj dogmatici. Je li za to zaslužna njihova kratkoća, jasnoća i laka pamtljivost, "sladunjavost i simpatičnost",⁵¹ ili tome kumuje i činjenica da je recepcija novije njemačke dogmatike tek sporadična i ograničena na nekolicinu autora, teško je reći. No svakako je riječ o koncepciji koja je ostavila dubokog traga u komparativnoj kaznenopravnoj znanosti.

Prema prvoj formuli *Reinharda Franka*, počinitelj postupa s neizravnom namjerom ako se od činjenja ne bi uzdržao ni u slučaju da je štetan ishod, koji je pri ostvarenju radnje smatrao mogućim, predvidio kao siguran.⁵² Druga Frankova formula još je kraća: "bilo kako bilo, svakako ću poduzeti radnju".⁵³

Od hrvatskih pisaca kritikom prve Frankove formule opsežnije se bavio *Singer*, koji tvrdi da je ona suviše hipotetična te da se temelji na teško razlučivim psihičkim nijansama, zbog čega "prelazi između umišljaja i nehata postaju (...) postepeni i tekući, te potpuno gube graničnu oštrinu".⁵⁴ Najzobiljnija i najrazrađenija *Singerova* kritika ipak je ona koja se odnosi na protivnost formule strukturi zakonskog pojma svjesnog nehaja. Ovaj autor dolazi do zaključka da za svjesni nehaj nije dovoljno da se počinitelj isprazno nada da do

⁴⁹ Topalović, Ž., Granične međe... (prvi deo), str. 115.

⁵⁰ Roxin, C., Strafrecht..., str. 459.

⁵¹ Babić, M., Marković, I., Krivično pravo – opšti dio, 2009., str. 285.

⁵² Parafrazirano prema: Singer, M., Prilog problemu razgraničenja eventualnog umišljaja od svjesnog nehata, Naša zakonitost, 1-2/1960., str. 11.

⁵³ Roxin, C., Strafrecht..., str. 461.; Novoselec, P., Opći dio..., str. 258.

⁵⁴ Singer, M., Prilog..., str. 12.

djela neće doći, već je potrebno da postupa s povjerenjem u relevantne okolnosti. Naime, iz negativne definicije neizravne namjere proizlazi da počinitelj kod svjesnog nehaja ne pristaje na počinjenje djela; traži se, dakle, da je on dvojbu o mogućnosti nastupanja nepovoljnog ishoda u sebi razriješio i da drži da će sve dobro proći. Počinitelj se, drugim riječima, ne želi kockati; naprotiv, on poduzima mjere za koje smatra da će dovesti do povoljnog ishoda, ili se pak oslanja na kakve relevantne vanjske okolnosti.⁵⁵

Ali što ako počinitelj ne postupa s neutemeljenom nadom, već s pouzdanjem u povoljan ishod, a naknadno se utvrdi da bi radnju poduzeo sve i da je nastupanje posljedice smatrao sigurnim? Prema prvoj Frankovoj formuli i u tom bi se slučaju radilo o neizravnoj namjeri. Naprosto se radi o tome da takav počinitelj na stanovit način odobrava djelo, pa je i takva počiniteljeva radnja ostvarenje plana (*Planverwirklichung*), čime su granice nehaja “probijene”. Pristanak bi bilo iznimno teško dokazati, naročito ako bi pouzdanje u povoljan ishod bilo osnovano, pa je situacija više hipotetičnog karaktera; međutim, to nimalo ne utječe na validnost Frankove formule. Prema *Singerovu* stajalištu, u ovakvim slučajevima ipak ne može biti riječ o neizravnoj namjeri, nego o svjesnom nehaju,⁵⁶ jer bi drugačije rješenje bilo suprotno slovu zakona. Po njemu, dakle, primjena Frankove formule *de lege lata* dovodi do inherentnih nelogičnosti.

Singer do takvog zaključka dolazi pošavši od pretpostavke da se definicije neizravne namjere i svjesnog nehaja nužno međusobno isključuju. Negativno definirana neizravna namjera za njega je svjesni nehaj, dok je negativno definirani svjesni nehaj neizravna namjera.⁵⁷ No stoje li doista neizravna namjera i svjesni nehaj u odnosu dvaju krugova koji se ne sijeku? Povučemo li paralelu s odnosom između izravne i neizravne namjere, uočiti ćemo da, budući da svako htijenje podrazumijeva i pristanak, svako djelo koje se može podvesti pod izravnu namjeru možemo supsumirati i pod neizravnu namjeru. Do toga, naravno, ne dolazi jer je izravna namjera “viša stepenica”, zbog čega derogira *dolus eventualis*.

Odnos između neizravne namjere i svjesnog nehaja mnogo je kompleksniji, ali svejedno stoji analogan zaključak da svaka neizravna namjera u sebi uključuje povredu dužne pažnje, iako se u njoj naravno ne iscrpljuje. Indikativan je u tom smislu i stav austrijskog Vrhovnog suda, koji drži da je “u neizravnoj namjeri sadržan svjesni nehaj”.⁵⁸ Preklapanje stoga nije moguće izbjeći. Upravo ovdje stupa na scenu prva Frankova formula, omogućujući da se prijelazne situacije, u kojima postoje i unutarnje odobravanje nepovoljnog ishoda

⁵⁵ Ibid., str. 13.-14.

⁵⁶ Ibid., str. 16.

⁵⁷ Ibid., str. 13.

⁵⁸ OGH 10b4/94

(koje se ogleda u tome što bi počinitelj poduzeo radnju i da je bio siguran u nepovoljan ishod) i pouzdanje u povoljan ishod, riješe tako da se prednost dade neizravnoj namjeri kao višem "obliku krivnje", u kojem je svjesni nehaj automatizmom sadržan. Autor ovog rada ne vidi zašto bi takav pristup bio logički nedosljedan.

Drugo je pak pitanje iscrpljuje li se u prvoj Frankovoj formuli, za koju ovdje tvrdimo da nije protivna zakonskom tekstu u smislu u kojem to tvrdi *Singer*, u svim slučajevima neizravna namjera. Što je sa situacijom u kojoj počinitelj doduše ne bi poduzeo radnju da je štetan ishod, koji je smatrao mogućim, predvidio kao siguran, ali se pritom tek isprazno nadao da do ishoda neće doći, što nije mogao potkrijepiti nikakvim relevantnim okolnostima? Radi se, drugim riječima, o slučaju da počinitelj prema djelu ne zauzima stav unutarnjeg odobravanja, ali ne postoje okolnosti na temelju kojih bi se mogao pouzdati u nenastupanje štetnog ishoda.⁵⁹ U takvim slučajevima također je riječ o neizravnoj namjeri (v. *infra*, 5.), no te situacije ostaju nepokrivene prvom Frankovom formulom. Stoga se ta formula, iako praktična i jezgrovita, ne bi trebala nekritički primjenjivati kao kriterij razgraničenja. Premda ona često dovodi do dobrog rezultata, određeni joj aspekti neizravne namjere izmiču.

Što se pak tiče druge (kraće) Frankove formule, ona je mnogo manje sporna, budući da je opsegom šira, a sadržajno ograničenija. Iako *Reinhard Frank* nije uočavao razliku između prve i druge formule, današnja teorija složna je u stajalištu da one nemaju u cijelosti jednako značenje. Naime, druga formula obuhvaća i slučaj iz prethodnog odlomka, u kojem bi počinitelj prekinuo svoju radnju da je njezin nastup smatrao posve sigurnim, ali se njegov odnos prema izostanku štetnog ishoda svodio na neutemeljeno nadanje. Drugoj se formuli zato ne može prigovoriti nepotpunost, no ona svojom kratkoćom i širinom ne može puno pridonijeti razgraničenju namjere i nehaja.

3.4. Ostale teorije

(1) Od finalističkih shvaćanja razgraničenja najcitiranije je ono *Armina Kaufmanna*. Sukladno polaznim postavkama finalizma, na koje smo se prije već osvrnuli, ovaj autor niječe neizravnu namjeru jedino u slučaju da je volja počinitelja bila usmjerena na izbjegavanje štetnog ishoda. Utoliko se svjesni nehaj sastoji u oslanjanju na okolnosti pomoću kojih počinitelj pokušava usmjeriti kauzalni tok tako da ne dođe do neželjene uzgredne posljedice. Izostanak takvog usmjeravanja volje karakterizira neizravnu namjeru. *Kauffmanovoj* teoriji prigovara *Roxin*, tvrdeći da ona neopravdano širi neizravnu namjeru na pojedine slučajeve u kojima počinitelju treba priznati svjesni nehaj usprkos

⁵⁹ V. primjer iz njemačke prakse, tzv. *Schießbudenfall*, u: *Roxin, C., Strafrecht...*, str. 461.

tome što nije primijenio posebne mjere opreza, već se oslanja na “sretnu zvijezdu”. Daljnji problem vidi u tome što ova teorija namjerom ne obuhvaća slučajeve u kojima počinitelj primjenjuje mjere opreza u koje se ni on sam ne pouzdaje, no usprkos tome nastavlja sa svojom radnjom.⁶⁰

(2) Kratak osvrt treba dati i na stav koji je izložio *Frisch* u “fundamentalnoj knjizi”⁶¹ iz ovog područja *Namjera i rizik (Vorsatz und Risiko)*. Prema tom autoru, za *dolus eventualis* dovoljna je svijest o nedopuštenom riziku te je bilo kakav voljni element nepotreban. Tko pak ima predodžbu o postojanju konkretne opasnosti, ali zbog ovog ili onog razloga smatra da se ništa neće dogoditi, nije se odlučio za povredu pravnog dobra, već za (subjektivno) neopasnu radnju, pa ne postupa s namjerom. Svijest o riziku ujedno je i opravdanje strožeg kažnjavanja za namjeru; tko zna da njegovo ponašanje može dovesti do štetnog ishoda u tipičnoj situaciji, može lakše udovoljiti zapovijedi da se uzdrži od rizične radnje od onoga koji nije ni shvatio da se nalazi u rizičnoj situaciji. To nam pokazuje da je u osnovi riječ o kriminalnopolitičkom kriteriju razgraničenja; drugim riječima, razgraničenje se provodi *ex post* uzimanjem u obzir nužnosti kazne, tj. potrebe za kaznom (*Strafbedürftigkeit*) u pojedinom slučaju. U tome se ogleda i bliskost *Frischova* rješenja onome koje je postavio *Roxin*⁶² (v. *infra*, 3.5.).

Činjenicu da izložena koncepcija negira voluntativni element ipak nismo smatrali dovoljnom da *Frischovu* teoriju smjestio među teorije svijesti. Naime, za razliku od – primjerice – *Puppea*, koji dosljedno negira voljni kriterij razgraničenja, *Frisch* u konačnici dolazi do rješenja koje u pogledu praktičnih konzekvencija ne odskače puno od teorija volje.

(3) *Jakobs* u sferu razgraničenja uvodi stanovite novine u skladu sa svojim funkcionalističkim shvaćanjima, no ona u pogledu rezultata (doduše ne i u pogledu teorijskih polazišta) ne odskaču puno od pojedinih teorija svijesti, osobito teorije vjerojatnosti. Za njega je o neizravnoj namjeri riječ kada počinitelj u trenutku poduzimanja radnje ostvarenje bića kaznenog djela nije smatrao nevjerovatnim.⁶³ Tko pak lakomisleno smatra da će sve dobro proći, po *Jakobsu* zapravo smatra da štetan ishod nije vjerojatan. Posebnost ove teorije je dakle u tome što svjesni nehaj shvaća kao izostanak vjerojatnosti nastupa štetnog događaja. Na taj je način volja premoštena, no u sadržajnom je smislu *Jakobsova* normativizacija namjere u pogledu razgraničenja s nehajem malo toga promijenila u odnosu na teorije koje se temelje na *Wissen* i *Wollen*.

⁶⁰ Ibid., str. 459.-460.

⁶¹ Id., Buchbesprechungen – Bung, Jochen: Wissen und Wollen im Strafrecht, u: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Vol. 122., 3/2010., str. 675.

⁶² Id., Strafrecht..., str. 463.

⁶³ Jakobs, G., Strafrecht Allgemeiner Teil, 1991., str. 21.-22.

3.5. Teorija o neizravnoj namjeri kao odluci za moguću povredu pravnog dobra (*Entscheidungstheorie*)

Roxinova teorija u prvi plan stavlja temeljno razlikovanje između namjere i nehaja: namjera predstavlja ostvarenje plana (*Planverwirklichung*), a nehaj lakomislenost (*Leichtsinn*). Sve daljnje teorijske nesuglasice u biti potječu iz tog temeljnog razlikovanja. Tko kao moguće ukalkulira ostvarenje bića kaznenog djela i unatoč tome ne odustane od svog plana, pa čak i ako se nada da do ostvarenja neće doći, taj se, prema *Entscheidungstheorie*, odlučio za moguću povredu pravnog dobra te je postupao s namjerom.⁶⁴ Nehaj pak postoji ako se počinitelj pouzda u povoljan ishod, no jedino u slučaju da pouzdanje (*Vertrauen*) nadilazi ispraznu, neutemeljenu nadu (*ohnmächtiges Hoffen*). Kod nehaja, dakle, ne postoji odluka počinitelja za nepravo, već puka lakomislenost, zbog koje mu se može uputiti prijekor.

I teorije volje i teorije svijesti Roxin smatra prevladanima. Čak i raširena (kod nas i zakonski propisana) teorija pristanka nailazi na neodobranje; u kaznenom pravu "čiji je glavni zadatak taj da štiti pravna dobra, cezura između umišljaja i nehata koja odlučujuće deluje na kažnjivost učinioca, ne može da se zasniva na tome sa kakvim unutrašnjim stavom on uzrokuje zabranjenu posledicu".⁶⁵ Prema tome, psihički stav, odnosno unutarnji odnos počinitelja, Roxin ne smatra relevantnim kriterijem; razgraničenje treba vršiti temeljem razlike u nevrjednosti nehajne i namjerne radnje. Prijetnja kažnjavanjem za namjerno kazneno djelo ima cilj spriječiti da se počinitelj uopće odluči protiv pravnog dobra, tj. spriječiti kalkulaciju koju poduzima počinitelj koji postupa s namjerom.⁶⁶

Riječ je, kao što vidimo, o svojevrsnom kriminalnopolitičkom kriteriju, koji se doduše u filozofskom smislu temelji na zasadama neokantovske aksiologije (*Wertphilosophie*), ali je u prvom redu praktično orijentiran. Za cjelovito razumijevanje tog kriterija razgraničenja potrebno je ukratko razjasniti Roxinovo shvaćanje funkcije kaznenog prava. Za njega je to "supsidijarna zaštita pravnih dobara" (*subsidiärer Rechtsgüterschutz*).⁶⁷ Pojam pravnog dobra, koji predstavlja "sve uvjete i ciljeve (...) koji su nužni za slobodan razvoj pojedinca, ostvarenje njegovih temeljnih prava i funkcioniranje državnog sustava koji je utemeljen na tim pretpostavkama",⁶⁸ dakle je središnji pojam Roxinove kaznenopravne dogmatike. U tom shvaćanju zrcale se i stanovišta pojedinih

⁶⁴ Roxin, C., *Strafrecht...*, str. 446.

⁶⁵ Id., O eventualnom umišljaju, u: *Crimen – časopis za krivične nauke*, 1/2010., str. 10.

⁶⁶ Loc. cit.

⁶⁷ Ibid., str. 14.

⁶⁸ Prema: Swoboda, S., *Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen*, u: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 122., 1/2010., str. 34.

drugih suvremenih autora (npr. *Hassemera, Rudolphija*), koji također, *mutatis mutandis*, u svojim učenjima o pravnom dobru odbacuju kako ontologiju tako i pozitivizam, umjesto čega nude sveobuhvatnu funkcionalizaciju, u skladu s idejnim postavkama preventivno orijentiranog kaznenog prava (*Präventionsstrafrecht*).

Kakve to konkretne implikacije ima na temu kojom se ovdje bavimo? Za *Roxina* se, naime, namjera i nehaj u cijelosti svode na vrijednosni sud, tj. na pravno uračunavanje (*juristische Zuschreibung*),⁶⁹ lišeno bilo kakvog psihologiziranja. Odraz je to već prije spomenutog trenda normativizacije namjere,⁷⁰ koji se u određenoj obliku već prije pojavljuje kod *Jakobsa*. No dok se kod *Jakobsa* obilaznim putem u praktičnom smislu dolazi do sličnog rezultata kao i kod tradicionalnih *Wissen und Wollen* teorija, *Roxinov* koncept donosi novosti. Kako namjera za nj nije psihička činjenica koja bi se mogla empirijski utvrditi, ona se ne nalazi u glavi počinitelja, već u glavi suca.⁷¹ Uostalom, kada je netko posve ravnodušan prema pitanju hoće li djelo nastupiti ili neće – na njegovoj strani izostaje bilo kakav psihički odnos, ali to svejedno ne znači da nije postupao s namjerom. Takav “okret od ontičkog ka normativnom”⁷² odražava se u činjenici da sucu pri donošenju odluke ne može biti od pomoći utvrđivanje shvaća li počinitelj posljedice ozbiljno, miri li se s njima i sl., jer te okolnosti u trenutku opredjeljivanja za povredu pravnog dobra najčešće nisu bile predstavljene ni u psihi počinitelja, a kamoli da bi bile opazive sucu kao trećoj osobi. One su tek “slikovite formulacije”⁷³ apstraktnog karaktera, koje nisu ništa preciznije od kriterija odluke za moguću povredu pravnog dobra. Jedino što sucu ostaje na raspolaganju jesu određene praktično upotrebljive formule i indikatori koji mu mogu olakšati vrednovanje. Ti su indikatori sljedeći:

(1) Prepoznata opasnost vlastitog ponašanja – neizravna namjera postoji ako je počinitelj proveo svoj plan usprkos izrazitoj opasnosti ili pak ako je nastupanje opasnosti koju je prepoznao prepustio slučaju.

(2) Vjerojatnost, koju je počinitelj uzeo u obzir, da će se žrtva iz opasnosti izvući vlastitim snagama.

(3) Nepostojanje motiva za uzimanje u obzir posljedice.

U rubnim slučajevima, u kojima pojedini od indikatora govore u prilog eventualnom dolusu, a drugi protiv njega, sudu preostaje “sagledavanje svih objektivnih i subjektivnih okolnosti konkretnog slučaja”.⁷⁴ To je, doduše, vrlo neprecizan kriterij, ali se u biti ne protivi *Roxinovom* relativističkom pristupu,

⁶⁹ Roxin, C., *Buchbesprechungen...*, str. 678.

⁷⁰ Za opširan kritički prikaz trenda normativizacije odnosno “potencijalizacije” namjere v. Gaede, K., *op. cit.*, str. 239.-280.

⁷¹ Roxin, C., *O eventualnom...*, str. 15.

⁷² *Loc. cit.*

⁷³ *Ibid.*, str. 11.

⁷⁴ *Ibid.*, str. 13.

koji doktrinarne kategorije ionako ne smatra strogim odrazom fakticiteta, a ni emanacijom predmisaonih struktura.

3.6. Zakonsko uređenje razgraničenja – primjer Austrije

Njemačka doktrina potanko obrađuje pitanje razgraničenja namjere i nehaja i nudi niz zanimljivih rješenja. Međutim, mogućnost primjene navedenih teorijskih pristupa u našoj praksi donekle je ograničena činjenicom da je razgraničenje u nas, za razliku od Njemačke, normativno uređeno. Usporedni prikaz stoga valja upotpuniti osvrtom na one normativne režime koji razgraničenje također temelje na pozitivnom propisu. Hrvatskom su pravniku u tom smislu među tradicionalno najbližim i najzanimljivijim austrijska rješenja.

Austrijski je zakonodavac, kao što je već rečeno, zakonski uredio razgraničenje namjere i nehaja. Prema § 5. (1) austrijskog Kaznenog zakonika, počinitelj postupa s namjerom i onda kada ostvarenje djela “ozbiljno smatra mogućim i s njime se miri” (*ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet*). Sa svjesnim nehajem postupa pak, prema § 6. (2), u slučaju da “ostvarenje djela smatra mogućim, no ne želi ga izazvati” (*für möglich hält, daß er einen solchen Sachverhalt verwirkliche, ihn aber nicht herbeiführen will*).

Riječ je o kriteriju koji je u određenoj mjeri sličan onom kojim se koristi naš Kazneni zakon, no uočljive su i nemale razlike. Što se tiče intelektualne komponente, koja je u nas posve istovjetna kod neizravne namjere i kod svjesnog nehaja (“počinitelj... je svjestan da može počiniti djelo”), austrijski zakon ovdje čini razliku. Neizravna namjera odlikuje se višim stupnjem svijesti o mogućnosti ostvarenja djela: dok počinitelj koji postupa sa svjesnim nehajem ostvarenje djela smatra mogućim (*für möglich hält*), onaj koji postupa s neizravnom namjerom ostvarenje smatra ozbiljno mogućim (*ernstlich für möglich hält*). Naravno da se u praksi pojavljuje potreba tumačenja razlike između obične mogućnosti (*bloße Möglichkeit*) i ozbiljne mogućnosti (*ernstliche Möglichkeit*),⁷⁵ no i sama činjenica da se razgraničenje ne svodi samo na voluntivni, nego i na intelektualni plan itekako je bitna. Naime, područje neizravne namjere time se suzuje: o neizravnoj namjeri riječ je jedino ako i svijest i volja nadilaze određenu normativno postavljenu “letvicu”. Nije, dakle, dovoljno da se počinitelj miri s negativnim ishodom (tj. da na njega pristaje) ma kolika bila mogućnost nastupa takvog ishoda, već je potrebno i da se prema počiniteljevoj predodžbi potencijalno ostvarenje djela odlikuje određenim stupnjem vjerojatnosti, koji je moguće supsumirati pod “ozbiljnu mogućnost”.

⁷⁵ V. Fuchs, H., Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 2004., str. 118.-119.

Što se tiče voljne sastavnice, razlike su manje. *Sich-Abfinden*, termin kojim se austrijski zakonodavac koristi kako bi označio voljnu komponentu neizravne namjere, prevodi se kao mirenje, prihvaćanje ili pristajanje, pa je zapravo riječ o istoznačnici kod nas zakonski usvojenog pojma “pristanak”. Ne zahtijeva se dakle unutarnje odobravanje djela (*Billigung*), s čime se slaže i naša teorija.⁷⁶ No pri definiranju voljne sastavnice svjesnog nehaja Austrijanci ne slijede istu nit vodilju kao hrvatski zakonodavac; njihov zakon ne određuje donji limit nehajne volje uvođenjem kriterija lakomislenosti, već određuje njegovu gornju granicu prema namjeri. Svjesni nehaj prema austrijskom zakonu u pogledu voluntativne komponente zapravo je negacija namjere (“... no ne želi ga izazvati”). Tako se dobiva bolja preglednost i jasnoća zakonskih odredbi koje reguliraju razgraničenje, iako u sadržajnom smislu kriterij razgraničenja (pristanak – nepristajanje) ostaje jednak hrvatskom.

4. KOMPARATIVNA KAZUISTIKA

U nastavku će se, radi zornijeg oslikavanja teorijskih koncepata, dati pregled nekoliko relevantnih slučajeva iz njemačke sudske prakse.

4.1. Slučaj kožnog remena (*Lederriemenfall*) – BGHSt 7, 363

K. i J. htjeli su izvršiti razbojništvo nad svojim poznanikom M. u njegovu stanu. Dogovorili su se da će žrtvu daviti kožnim remenom dok ne izgubi svijest, nakon čega će odnijeti stvari iz njegova stana. Kada su uvidjeli da bi davljenje moglo dovesti do smrti žrtve, što oni nisu željeli, izmijenili su plan: odlučili su da će žrtvu udariti vrećom pijeska po glavi, što je po njihovu mišljenju trebalo biti dovoljno da se M. onesvijesti. No pri izvršenju djela vreća je pukla, a M. se žestoko branio, zbog čega je došlo do tučnjave. Počinitelji su zato odlučili da će ipak upotrijebiti remen, koji su prebacili preko žrtvine glave i stiskali ga sve dok se žrtva nije prestala pomicati. Nakon toga uzeli su stvari iz stana, ali su uskoro primijetili da žrtva još uvijek nije pri svijesti. Pomislili su da je M. možda mrtav, neuspješno ga pokušali reanimirati te naposljetku pobjegli iz stana.

U praksi se pojavilo pitanje je li riječ o namjernom ubojstvu ili pak o prouzročenju smrti iz nehaja. Prema teorijama svijesti, definitivno je riječ o ubojstvu, budući da su počinitelji imali predodžbu o tome da bi žrtva zbog davljenja mogla preminuti. No prema teoriji odobravanja, u obliku u kojem se nje me koristio predratni Carevinski sud, može biti govora jedino o prouzročenju

⁷⁶ V. Novoselec, P., *Opći dio...*, str. 261.

smrti iz nehaja; naime, počinitelji očito nisu odobravali smrt žrtve, na što upućuje korištenje vreće pijeska kao i pokušaji reanimacije. BGH je odlučio da je ipak riječ o ubojstvu: "(...) odobravanje posljedice ne znači da ju je počinitelj htio. Neizravna namjera može postojati i kada nastupanje posljedice nije htio. U pravnom smislu on posljedicu ipak prihvaća ako se, radi ostvarenja cilja, miri s time da će njegova radnja izazvati posljedicu koja je sama po sebi neželjena, i time je u slučaju njezina nastupanja i hoće".

Roxin tvrdi da se sud ovdje teoriji volje priklanja tek u formalnom smislu, dok se sadržajno ne oslanja ni na teoriju svijesti ni na teoriju volje, već ide trećim putem.⁷⁷ Odobravanje "u pravnom smislu" za *Roxina* je jasan znak da se ocjena je li riječ o namjeri ili nehaju svodi na relaciju, tj. vrijednosni sud. Stoga on zagovara uporabu kriterija opredjeljivanja za moguću povredu pravnog dobra kao najprimjerenijeg konkretnom slučaju. Pokušamo li pak do razgraničenja doći Frankovim formulama, doći ćemo do nekonzistentnih rezultata. Naime, prva Frankova formula upućivala bi prije na nehaj negoli na neizravnu namjeru: da su počinitelji bili sigurni da će žrtva preminuti, najvjerojatnije ne bi izvršili razbojništvo. U isto vrijeme, druga, sadržajno uža formula, govorila bi u prilog i neizravnoj namjeri, budući da bi po njoj i neutemeljena nada ("bilo kako bilo") mogla predstavljati *dolus eventualis*.

4.2. BGH NSTz 1982, 506

Dvojica počinitelja kaznenog djela razbojništva ostavili su svoju žrtvu u grmlju pored kanala, odakle je ona pala u vodu. Razbojnici su razmišljali da li da izvuku žrtvu, no kako je bio mrak, nisu imali volje tražiti je, a i umirivala ih je pomisao da žrtva najvjerojatnije zna plivati. Čovjek je doista i znao plivati te je isplivao i spasio se.

Pred Saveznim sudom pojavilo se pitanje je li riječ o pokušaju ubojstva, na što je BGH odgovorio negativno. *Roxin* odluku smatra ispravnom, budući da u Njemačkoj gotovo svi odrasli ljudi znaju plivati, pa je logično da su se počinitelji pouzdali u to da će se žrtva uspjeti sama spasiti.⁷⁸ BGH je posljednjih desetljeća na tragu širenja svjesnog nehaja na račun neizravne namjere u sličnim slučajevima; naime, počinitelj koji pušta stvari da se razvijaju svojim tokom, ne otklanjajući opasnost koju je sam izazvao, unatoč svemu, ne postupa s neizravnom namjerom ako se imao razloga pouzdati u povoljan ishod.⁷⁹ Voljni element (pristanak), prema stajalištu suda, ne može se dokazati temeljem same okolnosti da počinitelj ništa nije poduzeo. To može biti tek indicij za pristanak

⁷⁷ *Roxin, C., O eventualnom...*, str. 8.

⁷⁸ *Ibid.*, str. 12.

⁷⁹ *Id., Strafrecht...*, str. 473.

na fatalan ishod, no nipošto ne presudan. Ostaje, međutim, pitanje na temelju kojih bi se okolnosti uopće mogao utvrditi pristanak u ovakvim slučajevima ako ne temeljem izostanka bilo kakvog pokušaja upletanja počinitelja u kauzalni tok sa, makar uzaludnim, nastojanjem da se spriječi nastup posljedice. Stoga se pojedini autori ne slažu s navedenim stanovištem suda. Jedan od njih je *Walter*, koji tvrdi: “Tko se u nešto pouzdaje, subjektivno je u to siguran – makar tek osjećajno-iracionalno. Stoga je konceptualno pogrešno tvrditi da se netko može nadati dobrom ishodu ako druga dovede u krajnju opasnost i računa s mogućnošću fatalnih posljedica.”⁸⁰

4.3. BGH NStZ 1988, 175

Počinitelj je jedne večeri čuvao jednogodišnjeg sina svoje prijateljice Svena. Inače je bio brižan otac dvoje djece, koji svoju djecu nije tjelesno kažnjavao, a na taj se način dotad više puta brinuo i o Svenu. Predmetne večeri počinitelj je Svena, ljut zbog njegova neprestanog vrištanja, više puta udario po glavi. U međuvremenu ga je ipak hranio bananom i skrbio se o njemu na primjeren način. Kada je Sven nakon toga ponovo počeo vrištati, počinitelj, trenirani karatist, udario ga je rubom ruke jednom snažno u lijevu stražnju i bočnu stranu glave. Nespretni pokušaji reanimacije bili su neuspješni te je dijete zbog udarca preminulo.

Ovaj slučaj dobro oslikava poteškoće koje se javljaju u rubnim područjima namjere i nehaja. Suočen s problemom razgraničenja, BGH navodi šest indicija koji u ovom slučaju upućuju na nehaj: nesklonost počinitelja nasilju u prošlosti, primjerenu skrb o Svenu u prijašnjim prilikama, prvobitno primjereni ponašanje prema djetetu kobne večeri, hranjenje bananom, afektivno stanje i pokušaje reanimacije. Prema Saveznom sudu, “svijest o opasnosti ponašanja ne podrazumijeva nužno da je počinitelj prihvatio nastupanje posljedice, tj. da se s njom subjektivno pomirio”.⁸¹ Iako, naravno, snažan udarac rubom ruke upućen od karatista predstavlja snažan indicij da je počinitelj bio svjestan mogućnosti nastupa posljedice, BGH je neizravnu namjeru ipak shvatio restriktivnije.

Roxin navodi da do pravilnog rezultata u sličnim predmetima, u nedostatku strogog kriterija, možemo doći jedino sagledavanjem svih subjektivnih i objektivnih okolnosti cjelokupnog slučaja; neke čarobne formule, dakle, nema. Za *Roxina* je naročito bitan sedmi indicij za nehaj, na koji se sud nije osvrnuo, a to je izostanak bilo kakvog motiva za ubojstvo djeteta na strani počinitelja. Potpuno bi, naime, bilo neshvatljivo da bi netko pristao počinuti ovakvo djelo

⁸⁰ Walter, T., *Der Kern des Strafrechts*, 2006., str. 180.

⁸¹ BGH NStZ 1988., 175.

i pored toga što će time sasvim sigurno prouzročiti prekid ljubavne veze i dugotrajnu zatvorsku kaznu.⁸²

4.4. Slučaj strujnog udara (*Stromschlag-Fall*) – BGH NStZ 2001, 475

A. je dugo vremena bio u neprijateljskim odnosima s V., najmodavcem stana u kojem je živio. Nakon sudske presude, A. se iz stana morao iseliti. Ta ga je presuda strašno rasrdila te se odlučio osvetiti V. tako da mu uništi reputaciju. S tim ciljem upotrijebio je svoje stručno znanje električara te preinačio električne instalacije u stanu. Novog najmoprimca pri korištenju utičnica trebala je stresti struja, što bi prema počiniteljevu planu bilo dovoljno da posvadi vlasnika stana s novim stanarom. No pri pregledu stana preinake su otkrivene. Utvrđeno je da je upotreba utičnica mogla dovesti i do smrti stanara, čega je počinitelj kao električar bio svjestan.

Je li riječ o pokušaju ubojstva?⁸³ Počinitelj je, naime, zasigurno bio svjestan ugrožavanja tuđeg života, no drugo je pitanje je li pristao na posljedicu koja je uslijedila. Izrazita opasnost svakako je jedan od važnijih indikatora koji upućuju na to da je počinitelj pristao na djelo, s čime se slažu i BGH i kaznenopravna teorija (v. *supra*, 3.5.). Počinitelj se, naime, u slučajevima krajnje opasnosti (npr. zabadanje noža duboko u prsište) doista nema osnove nadati povoljnom ishodu. Međutim, kod delikata protiv života i tijela svakako valja uzeti u obzir da je “prag” ubojstva znatno viši negoli “prag” tjelesne ozljede. Moguće je dakle da počinitelj, usprkos svijesti o mogućem fatalnom ishodu, ima pouzdanje da do njega neće doći.

U ovom slučaju sud je ipak, gotovo u cijelosti na temelju intelektualne postavice, utvrdio da je riječ o neizravnoj namjeri. No odluka je podvrgnuta kritici budući da se sud gotovo uopće nije osvrnuo na voljnu komponentu: ciljevi i motivi počinitelja, kao i njegovo psihičko stanje, ostali su nepoznaticom. Nije dovoljno u obzir uzeta činjenica da je počinitelju, koji se našao u stanju dubokog očajja, prvenstveni cilj bio osvetiti se gazdi, tj. izazvati konflikt s novim stanarom, što je naravno nemoguće ako stanar pogine od strujnog udara.⁸⁴ Teško se oteti dojmu da je BGH otišao predaleko izvevši neizravnu namjeru iz gole predodžbe o mogućoj posljedici, iz čega je potom presumirao postojanje pristanka.

⁸² Roxin, C., *Strafrecht...*, str. 477.-478.; id., *O eventualnom...*, str. 13.-14.

⁸³ Pitanje stadija u počinjenju djela, koje se u kontekstu ovog predmeta također pojavilo, ostavit ćemo po strani i usredotočiti se na materiju koju obrađujemo.

⁸⁴ Marxen, K., *Stromschlag-Fall, Der Fall des Monats im Strafrecht*, August 2001, <http://www.fall-des-monats.de/file.php/inline/Famos_2001_08.pdf?id=46985>

Očito je da njemačka praksa, unatoč svim teorijskim naporima, katkad oscilira u pitanju postavljanja razgraničenja između neizravne namjere i svjesnog nehaja. Normativna apstinencija njemačkog zakonodavca u tom području donijela je i neželjene učinke, no ne treba zaboraviti da je ujedno omogućila razvoj cijele plejade doktrinarnih pravaca, od kojih su pojedini ovdje ukratko prikazani. Hrvatskom zakonodavcu, koji je praksi ipak odlučio “vezati ruke” zakonskom odredbom, ostaje naravno mogućnost korištenja dosega njemačke doktrine u tumačenju, no u okvirima domaćih *de lege lata* normativnih datosti.

5. RAZGRANIČENJE NEIZRAVNE NAMJERE I SVJESNOG NEHAJA U HRVATSKOM PRAVU *DE LEGE LATA*

5.1. Smjernice za razgraničenje

Namjeru i nehaj u hrvatskom pravu uređuju članci 44. i 45. KZ. Čl. 44. st. 3. navodi da počinitelj postupa s neizravnom namjerom kad je svjestan da može počinuti djelo pa na to pristaje. Sa svjesnim nehajem počinitelj pak postupa, prema čl. 45. st. 2., kad je svjestan da može počinuti djelo, ali lakomisleno smatra da se to neće dogoditi ili da će to moći spriječiti.

Prema KZ intelektualna sastavnica neizravne namjere i svjesnog nehaja posve je jednaka. Razlika se, prema tome, svodi isključivo na voljnu sastavnicu. Kako je “donja granica” voljne komponente namjere pristanak, *a contrario* dolazimo do zaključka da namjere nema ako počinitelj ne pristaje na djelo. U tom slučaju može biti riječ jedino o nehaju ako je nehaj kažnjiv. Zakonske pretpostavke za svjesni nehaj navedene su u čl. 45. st. 2. Među njima se ističe lakomislenost, kao središnji pojam svjesnog nehaja koji određuje razgraničenje nehaja prema slučaju, tj. “donju granicu” nehaja. Ako se, naime, počinitelju ne može spočitati lakomislenost, nije riječ o svjesnom nehaju, nego o slučaju. Pojam lakomislenosti relevantan je stoga isključivo u kontekstu razgraničenja svjesnog nehaja i slučaja, a nikako namjere i nehaja (kao što tvrdi *Singer*, v. *supra*, 3.3.). Prema tome, ključni faktor razgraničenja može biti jedino postojanje pristanka, a ne elementi navedeni u zakonskoj definiciji svjesnog nehaja. Stoga tumačenje pojma pristanak postaje temeljnom zadaćom u okviru ovog poglavlja.

Za potpunije razumijevanje pristanka potrebno je osvrnuti se na zajedničke značajke svih oblika namjere; u kaznenopravnoj teoriji namjerom se, naime, označava ostvarenje plana (v. *supra*, 2.2.). Ostvarenje plana sastoji se pak od oblikovanja volje i ostvarenja volje. Od nehaja se namjera razlikuje u prvom redu u segmentu oblikovanja volje (*Willensbildung*):⁸⁵ pri ostvarenju bića

⁸⁵ Činjenica da KZ namjeru izrijekom svrstava u psihološki-normativno koncipiranu krivnju, a ne u biće kaznenog djela, nije u ovom kontekstu od osobitog značenja.

nehajnog kaznenog djela nema govora o oblikovanju volje, nego samo o povredi objektivne dužne pažnje (v. *supra*, 2.3.). Naprotiv, za neizravnu namjeru traži se da djelo bude rezultat počiniteljeve volje; to je pak moguće jedino ako je on djelo ukalkulirao kao mogući rezultat svoje radnje.⁸⁶ Međutim, ne treba gajiti iluzije o mogućnosti razgraničenja namjere i nehaja isključivo temeljem odgovora na pitanje je li djelo ostvarenje plana ili nije. Vidjeli smo, naime, da su dosadašnji pokušaji ontologizacije radnje i volje neslavno propali, pa je i BGH u slučaju kožnog remena pristupio svojevrstnoj normativizaciji namjere, ustvrdivši da su počinitelji “u pravnom smislu” pristali na posljedicu. Drugim riječima, priznaje se da je namjera pojam koji nije emanacija viših koncepata, već je podložan vrednovanju te ovisan o praktičnim (pa i kriminalnopolitičkim) potrebama. *Roxin*ovim riječima, namjera se ne nalazi u glavi počinitelja, nego u glavi suca.⁸⁷

Naravno, prizivanje normativizacije odnosno funkcionalizacije namjere ne smije ići *contra legem*, već se mora temeljiti na zakonskoj odredbi. Kako je *de lege lata* razgraničenje moguće utemeljiti jedino na pristanku, mogu se primijeniti jedino oni normativni kriteriji razgraničenja koji su utemeljeni na voljnoj sastavnici.

No i prije negoli uvedemo normativne kriterije, tumačenjem odredaba o neizravnoj namjeri i svjesnom nehaju možemo doći do kriterija razgraničenja koji se u cijelosti temelji na kriteriju pristanka. Kod svjesnog nehaja počinitelj, naime, ne pristaje na počinjenje djela, nego se utemeljeno nada da njegova radnja neće rezultirati kaznenim djelom. Naime, preduvjet za pouzdanje u povoljan ishod počiniteljevo je razrješavanje dvojbe o mogućnosti štetnog ishoda. Kalkulacija koju on provodi, prema njegovoj predodžbi, nedvojbeno upućuje na to da će sve dobro proći. Počinitelj se, dakle, nada da će sve dobro proći; međutim, on tu nadu mora temeljiti na svojim sposobnostima ili općim vanjskim datostima situacije. U suprotnom, počinitelj se kocka, pa samim time pristaje počinuti djelo. Čim si počinitelj predočava kao moguć i povoljan i nepovoljan ishod, on pristaje na oba ishoda, pa je nebitno postoji li pritom na njegovoj strani isprazna nada da će kazneno djelo izostati. Isprazna nada ne isključuje stoga neizravnu namjeru.

Može li se kriterij pouzdanja uskladiti s Frankovim formulama, pitanje je na koje smo odgovorili u poglavlju 3.3. Dok se druga Frankova formula ne kosi s ovdje izloženim smjernicama razgraničenja, ali ne pridonosi mnogo utvrđivanju demarkacije između namjere i nehaja, prva Frankova formula pokazuje se korisnom, ali nepotpunom. Ona, naime, postavlja pitanje koje je relevantno za razgraničenje, no negativan odgovor na nj ne upućuje uvijek na izostanak neizravne namjere. Prva formula – koja se sastoji od pitanja bi li se

⁸⁶ Tako i Triffterer, O., op. cit., str. 169.

⁸⁷ Roxin, O eventualnom..., str. 15.

počinitelj uzdržao od radnje da je štetan ishod, koji je pri ostvarenju radnje smatrao mogućim, predvidio kao siguran – može se u biti svesti na pitanje odobrava li počinitelj štetan ishod ili ga ne odobrava.⁸⁸ U tom je smislu ona bliska drugim starijim teorijama, koje su pristanak suzivale na slučajeve u kojima postoji unutarnje odobravanje posljedice.

Kriterij unutarnjeg odobravanja nedvojbeno upućuje na neizravnu namjeru, pa i onda kada se počinitelj pouzdaje u povoljan ishod, budući da tada i štetan ishod potpada pod *Planverwirklichung* (v. *supra*, 2.2., 3.3.). Međutim, i izostanak unutarnjeg odobravanja može upućivati na neizravnu namjeru; u slučaju da je neodobravanje djela utemeljeno na pouzdanju u povoljan ishod, riječ može biti jedino o svjesnom nehaju, no ako je neodobravanje praćeno neutemeljenom, ispraznom nadom, tada će se raditi o neizravnoj namjeri.

Radi preglednosti, analizirane situacije i njihova predložena rješenja skicirat će se “formulama”:

- (1) unutarnje odobravanje + isprazna nada = pristanak (neizravna namjera)
- (2) unutarnje odobravanje + pouzdanje u povoljan ishod = pristanak (neizravna namjera)
- (3) neodobravanje + isprazna nada = pristanak (neizravna namjera)
- (4) neodobravanje + pouzdanje u povoljan ishod = nepristajanje (svjesni nehaj).

Treba naglasiti da je na više mjesta u ovom radu izraženo neslaganje s pokušajima ontologizacije namjere i nehaja. U izostanku mogućnosti stvaranja alternativnog, empirijski provjerljivog, modela, na izvjestan su način usvojena relativistička stajališta. Ipak, pokušalo se postići da smjernice budu zakonski utemeljene, logički dosljedne, praktično primjenjive, ali i usklađene sa suvremenim doktrinarnim stremljenjima, prema kojima se namjera ne sagledava isključivo kao realna psihološka datost, već se “normativizira”. Shodno tome, pristanak, kao donji prag namjere, može se odrediti jedino “u pravnom smislu”.

Zbog toga je i moguće na izloženu koncepciju, kao pomoćne normative kriterije tumačenja, nadograditi *Roxinove* indikatore, u onoj mjeri u kojoj se ne sukobljavaju s *lex lata*. Konkretno, riječ je o: (1) prepoznatoj opasnosti vlastitog ponašanja, (2) vjerojatnosti, koju je počinitelj uzeo u obzir, da će se žrtva iz opasnosti izvući vlastitim snagama te (3) nepostojanju motiva za uzimanje u obzir posljedice.

⁸⁸ Iz prve Frankove formule *Hippel* izvodi sljedeću definiciju: *Dolus eventualis* postoji kada je počinitelju zajedničko nastupanje željene i protupravne posljedice draže od nenastupanja zadovoljenja njegovih interesa. Riječ je dakle o “suhtijenju” posljedice, tj. njezinu unutarnjem odobravanju; nezamislivo je, uostalom, da netko ne postupa s namjerom, a štetan ishod predviđa kao siguran. Usp. Topalović, Ž., Granične međe... (prvi deo), str. 115., id., Granične međe... (nastavak), str. 297.

5.2. Razgraničenje na primjeru iz sudske prakse

Predloženi način razgraničenja možemo iskušati na jednom recentnom domaćem predmetu (Županijski sud u Rijeci, K-40/09-269; Vrhovni sud Republike Hrvatske, I Kž 993/10-6).

Dvadesetdvostranišnji okrivljenik, snažne tjelesne građe, inače osuđivan i poznat kao opasna osoba, jedne se proljetne noći opijao sa svojim miješanim muško-ženskim društvom na klupicama postavljenima na tridesetak metara širokom pješačkom mostu preko rijeke. Skupinama mladih ljudi koji su se družili i ispijali alkohol na mostu prilazio je alkoholizirani oštećenik, osoba s lakšom mentalnom retardacijom, lišena poslovne sposobnosti, nesposobna za samostalnu skrb o sebi, niskog rasta (oko 160 cm) i sitne tjelesne građe (oko 50 kg) te ih "žicao" cigarete i piće. Riječ je o dobroćudnoj osobi koja je bila "maskota" okupljališta mladih, pomagala u jednostavnijim poslovima te u večernjim satima zabavljala mlade po parkovima i parkiralištima svojim plesom. Za to vrijeme mladi su mu se podsmjehivali i davali mu alkohol, cigarete ili sitan novac. Riječima jednog svjedoka, cijeli ga je grad smatrao "ludom", a svi koji su ga makar površno poznavali bili su svjesni da je duševno zaostao i potpuno neopasan.

Predmetne večeri oštećenik, koji je išao od klupice do klupice, zatekao se naposljetku i pred okrivljenikovim društvom. Ono je od njega zatražilo da pleše, što je oštećenik (inače okrivljenikov poznanik) i učinio. Za to su mu se vrijeme okrivljenik i prijatelji izrugivali i vrijeđali ga govoreći mu da je glupan i slično. Odjednom je okrivljenik podigao oštećenika s tla, primio ga u naručje i odnio do desetak metara udaljene ograde mosta. Otuda ga je s visine od četiri metra bacio u brzu i nabujalu rijeku, temperature oko 9°C, koja je na mjestu počinjenja bila duboka oko 150 cm i široka 10-15 metara. Potom se vratio do svojeg društva, da bi protekom nekoliko minuta krenuo u kraću neuspješnu potragu za oštećenikom. Uskoro se okrivljenik s društvom u strahu udaljio s mjesta događaja te nakon nekoliko dana napustio zemlju. Oštećenika, koji nije znao plivati, odnijela je struja i utopio se.

Prvostupanjski sud ocijenio je da je na strani okrivljenika postojala neizravna namjera s obzirom na smrt oštećenika te ga oglasio krivim za kazneno djelo ubojstva iz čl. 90. KZ. U obrazloženju prvostupanjski sud navodi da je "ono što svjesni nehaj dijeli od neizravne namjere (...) voljna strana, naime kod neizravne namjere počinitelj pristaje da dođe do ostvarenja djela, on predviđa posljedicu i prihvaća rizik da ona nastupi, dok kod svjesnog nehaja počinitelj poduzima radnju pogrešno se pouzdavajući da do posljedice neće doći, pun je samopouzdanja, lakomislen, nepromišljen, odnosno nedovoljno pažljiv i savjestan." U obrazloženju dalje stoji da "kada se (...) nekoga tko je u alkoholiziranom – pripitom stanju, tko je neplivač, nekoga tko je lako duševno zaostao s poremećajem ponašanja, nesposobnog za najjednostavnije poslove, iznenada, i to noću, baca u hladnu i nabujalu R., jasno je da se ne može govoriti o nehaju,

odnosno o olakom držanju da do štetne posljedice neće doći”. Zatim se navodi kako “... u konkretnom slučaju smrt oštećenika nije bila ono što je optuženika pokrenulo na akciju, on tu smrt nije ni predviđao kao sigurnu, no bio je svjestan da može nastupiti, bio je svjestan visokog rizika ostvarenja djela, no miri se s tim da posljedica nastupi, ishod događaja prepušta slučaju, ništa ne poduzima da spriječi posljedicu”.

Vrhovni sud preinačio je prvostupanjsku presudu jedino u odluci o kazni, dok je u ostalom dijelu potvrdio prvostupanjsku presudu. U obrazloženju sud se osvrće na žalbeni prigovor optuženika, koji tvrdi da nije znao da je oštećenik neplivač, navodeći kako: “... optuženik baca oštećenika u R., premda nije siguran da ovaj zna plivati, zbog čega kod njega svakako postoji svijest o riziku, dok ishod događaja prepušta slučaju”.

Prije negoli odgovorimo na pitanje slaže li se stav suda, prema kojem je ovdje riječ o neizravnoj namjeri, s gore predloženim “formulama” razgraničenja, trebamo se ukratko osvrnuti na intelektualnu sastavnicu namjere odnosno nehaja. Budući da naš zakon, za razliku od primjerice austrijskog, ne pravi nikakvu razliku s obzirom na stupanj svijesti između neizravne namjere i svjesnog nehaja, u pogledu intelektualne sastavnice dovoljno je utvrditi da je počinitelj bio barem granično svjestan mogućnosti oštećenikove smrti, ali da ju nije predvidio kao izvjesnu posljedicu svoje radnje. Prema svim činjeničnim okolnostima, takav je zaključak u ovom predmetu nesporan, pa možemo prijeći na voljnu komponentu, kao jedinu relevantnu za razgraničenje neizravne namjere i svjesnog nehaja. Preostaje nam, dakle, odgovoriti na dva pitanja:

(1) Bi li počinitelj bacio oštećenika u vodu da je smrt, koju je pri bacanju u vodu smatrao mogućom, predvidio kao sigurnu?

(2) Pouzdaje li se počinitelj u preživljavanje oštećenika na temelju relevantnih okolnosti ili se tek isprazno nada da će oštećenik preživjeti?

(Ad 1.) Korištenjem prve Frankove formule dobit ćemo odgovor na pitanje postoji li na strani počinitelja unutarnje odobravanje posljedice ili ne postoji (v. *supra*, 5.1.). Je li počinitelju pokazivanje moći i izživljavanje na nejakom i zaostalom oštećeniku pred društvom bilo toliko bitno da je bio spreman prihvatiti i njegovu sigurnu smrt kao rezultat svoje radnje? Takav zaključak ne čini se životnim i logičnim. Počinitelj je, naime, bio okružen većim brojem svjedoka, pa je bilo iluzorno očekivati da će se izvući od kaznenog progona ako smrt oštećenika doista nastupi. Osim toga, kratkotrajno zadovoljstvo koje je počinitelju pružalo bahaćenje pred društvom i tiraniziranje slabijih od sebe teško da ikome, pa čak i počinitelju kojem je to bio *modus vivendi*, može kompenzirati višegodišnju zatvorsku kaznu. Koliko god i njegova reakcija nakon bacanja oštećenika u vodu upućivala na ravnodušnost prema oštećenikovoju mogućoj smrti, počinitelj je ipak poduzeo kakve-takve, doduše nedovoljne i neprimjerene, mjere kako bi pokušao pronaći oštećenika, u nadi da je ovaj živ; ako ni zbog čega – onda barem zato da ne završi u zatvoru.

Počinitelj prijašnji privatni odnos s oštećenikom također ne upućuje na bilo kakav razlog za prihvaćanje oštećenikove sigurne smrti. Njihov se odnos svodio na površno poznanstvo, u kojem je oštećenik nesumnjivo služio kao “nižerazredni” objekt poruge, ali ništa ne upućuje na to da bi postojalo aktivno neprijateljstvo počinitelja prema oštećeniku, koje bi poslužilo kao motiv za uzimanje u obzir oštećenikove smrti (v. *supra*, 4.3. – BGH NStZ 1988, 175). Frapantna bešćutnost, koju je pokazao počinitelj, ipak ne upućuje na zaključak da bi mu bilo draže da “u kompletu” nastupe i njegovo izjvljavanje i smrt oštećenika negoli da ne nastupi ništa od toga dvoga. Na pitanje iz prve Frankove formule treba stoga odgovoriti niječno.

(Ad 2.) Daljnje je pitanje ima li počinitelj ikakvog realnog temelja nadati se da će oštećenik preživjeti. Tome u prilog eventualno može govoriti činjenica da je riječ o rijeci dubine svega 150 cm i širine desetak metara, ali se pritom ne smije previdjeti činjenica da se radi o hladnoj, brznoj i nabujaloj rijeci.

Najrelevantnijom se ipak čini činjenica da je oštećenik bio neplivač. Počinitelj to, doduše, nije sa sigurnošću znao, ali je bez daljnega bio svjestan da je oštećenik mentalno, pa i fizički, zaostao u razvoju. Usprkos tome, počinitelj nije poduzeo apsolutno ništa kako bi se uvjerio da je počinitelj plivač. Niti nakon što je počinitelja bacio u rijeku, kada je definitivno saznao da je počinitelj neplivač, on nije poduzeo nikakve konkretne mjere kako bi pokušao spriječiti smrt žrtve – potraga je trajala vrlo kratko te se počinitelj uskoro udaljio s mjesta događaja. Samim time, on nije imao osnove pouzdati se u nenastupanje oštećenikove smrti. Stoga je izlišno povlačiti paralelu sa slučajem iz njemačke sudske prakse (v. *supra*, 4.2. – BGH NStZ 1982, 506), u kojem su počinitelji žrtvu razbojništva ostavili da se sama izbavi iz kanala. U tom slučaju, naime, nisu postojale nikakve okolnosti koje bi upućivale na to da je žrtva duševno zaostala, a – jednako tako – žrtva nije bačena u brzu, nabujalu rijeku, koja bi za svakoga predstavljala opasnost, već je pala u kanal. Sama činjenica da se u njemačkoj literaturi navedeni slučaj obrađuje kao sporan, nedvojbenim čini zaključak da bi naš predmet, koji očito ima veću “težinu”, i prema njemačkoj doktrini pripadao neizravnoj namjeri.

Počinitelj je očito gajio tek isprazne nade u povoljan ishod, mada se ne može reći da je odobravao smrt žrtve. Riječ je o situaciji koju smo u poglavlju 5.1. pomnije obradili te je u okviru predloženih “formula” smjestili pod redni broj (3). U ovom je slučaju, prema tome, riječ o neizravnoj namjeri.⁸⁹

⁸⁹ Ipak, budući da je počinitelju za navedeno djelo pravomoćnom presudom izrečena kazna zatvora u trajanju od deset godina, otvorenim ostaje pitanje je li prilikom odmjeraivanja kazne dovoljno cijenjena okolnost da je riječ o graničnom slučaju, tj. da je počiniteljeva namjera blizu razmeđa između namjere i nehaja.

6. ZAKLJUČAK

O pitanju gdje postaviti crtu razgraničenja između neizravne namjere i svjesnog nehaja konsenzusa i dalje nema, pa ono i dalje ostaje nepresušnom temom rasprava. Međutim, moguće je uočiti određene tendencije koje se javljaju posljednjih desetljeća:

(1) Napuštanje ontoloških teorija namjere. Finalizam, usprkos značajnom doprinosu doktrini, nije uspio namjeru i nehaj lišiti realne i kauzalne osnove i pretopiti ih u pojmove logičko-idealne naravi. Formula koja bi namjeru i nehaj razlikovala već na konceptualnoj razini nije pronađena.

(2) Uspon normativnog poimanja namjere. Finalizam je danas zasjenjen *Jakobsovim* i *Roxinovim* funkcionalizmom. Zagovara se stav da dogmatika treba biti utemeljena na kriminalnoj politici. Fleksibilnost takvog koncepta ogledava se i u poimanju namjere, koja je još iz *Lisztovog* vremena ostala bastionom psihologizma. U nemogućnosti zasnivanja pojma namjere na empirijski provjerljivim kognitivnim procesima, koji bi svoje utemeljenje imali u kauzalnim zakonitostima, ali jednako tako ne i na apstraktnim metafizičkim modelima, pristupilo se njezinu "normativiziranju". Namjera se prestaje smatrati "opipljivom" psihološkom datošću i definira se kao odluka za moguću povredu pravnog dobra.

(3) Sukladno tome, razgraničenje se pokušava zasnovati na objektiviziranim vanjskim manifestacijama počiniteljeva ponašanja i *a posteriori* rezoniranju o mogućoj motivaciji koja bi indicirala počiniteljevo opredjeljenje da povrijedi pravno dobro. Kategorijalna razdvojenost namjere i nehaja relativizira se mišlju da je granične slučajeve moguće razriješiti jedino sagledavanjem svih objektivnih i subjektivnih okolnosti konkretnog slučaja, u sklopu čega od pomoći mogu biti različite formule i indikatori.

(4) Teorije svijesti i volje u svojem čistom obliku već dulje vremena gube na aktualnosti. Teorije volje u sebi ionako impliciraju postojanje svijesti, dok teorije svijesti, koje namjeru reduciraju na predviđanje kauzalnog odnosa između radnje i posljedice, nisu dale željene rezultate. Suvremene teorije najčešće su amalgam obiju klasičnih teorija razgraničenja, a njihove su razlike više jezične negoli stvarne.

Hrvatski zakonodavac razgraničenje u cijelosti temelji na voljnom elementu, o čemu *de lege lata* tumačenje mora voditi računa. Pristanak, kao stožerni pojam razgraničenja, moguće je tumačiti na više načina. Kao kriteriji tumačenja u obzir dolaze ponajprije Frankove formule te utemeljenost počiniteljeve nade da će štetan ishod izostati. Prva Frankova formula, tradicionalno prihvaćena kod dobrog dijela domaćih autora, pokazuje se preuskom, iako se *prima facie* doima praktičnom. No nju ne treba odbaciti u cijelosti; ako je nadopunimo kriterijem utemeljenosti nade, dobivamo životno i relativno jasno mjerilo razgraničenja. Ono je korisno naročito u rubnim situacijama (v. *supra*, 5. 1.).

Ostaje ipak otvorenim pitanjem bi li, s obzirom na nerazmrsivu isprepletenost *Wissen* i *Wollen*, bilo bolje odustati od voljne sastavnice kao ekskluzivne odrednice razgraničenja te, po uzoru na austrijsko zakonodavstvo, neizravnu namjeru od svjesnog nehaja razgraničiti i u intelektualnoj sferi. To bi se nomotehnički vrlo jednostavno postiglo: u čl. 44. st. 3. umjesto “svjestan da može počinuti djelo” moglo bi stajati “svjestan ozbiljne mogućnosti počinjenja djela”.

LITERATURA

1. Babić, M., Marković, I., Krivično pravo – opšti dio, 2009.
2. Bavcon, Lj., Neki teoretski problemi krivične odgovornosti, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, 3/1965.
3. Binding, K., *Die Normen und ihre Übertretung*, knjiga II, 1877.
4. Bohlander, M., *Principles of German Criminal Law*, 2009.
5. Dubber, M. D., *The Promise of German Criminal Law: A Science of Crime and Punishment*, *German Law Journal*, Vol. 6, br. 7, 2005.
6. Frank, S., *Teorija kaznenog prava*, 1955.
7. Fuchs, H., *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 2004.
8. Gaede, K., *Auf dem Weg zum potentiellen Vorsatz? Problematik und Berechtigung der zunehmenden Tendenzen zur normativen Relativierung des Vorsatzerfordernisses*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 121, 2/2009.
9. Hegel, G. W. F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1921.
10. Jakobs, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1991.
11. Marxen, K., *Stromschlag-Fall, Der Fall des Monats im Strafrecht*, August 2001, <http://www.fall-des-monats.de/file.php/inline/Famos_2001_08.pdf?id=46985>
12. Novoselec, P., *Kritički osvrt na neke odredbe općeg dijela Kaznenog zakona*, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 7, 2/2000.
13. Novoselec, P., *Opći dio kaznenog prava*, 2009.
14. Novoselec, P., *Sloboda, krivnja i krivično pravo*, 1987.
15. Roxin, C., *Buchbesprechungen – Bung, Jochen: Wissen und Wollen im Strafrecht*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 122, 3/2010.
16. Roxin, C., *O eventualnom umišljaju*, u: *Crimen – časopis za krivične nauke*, 1/2010.
17. Roxin, C., *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 2006.
18. Singer, M., *Krivično pravo i kriminologija*, 1992.
19. Singer, M., *Nehat – “kamen smutnje” u teoriji krivičnog prava*, *Naša zakonitost*, vol. 18, br. 5-6/1964.
20. Singer, M., *Prilog problemu razgraničenja eventualnog umišljaja od svjesnog nehata*, *Naša zakonitost*, 1-2/1960.
21. Srzentić, N., Stajić, A., Lazarević, Lj., *Krivično pravo Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije*, 1978.
22. Topalović, Ž., *Granične međe umišljaja i nehata (prvi deo)*, *Crimen – časopis za krivične nauke*, 1/2010.
23. Topalović, Ž., *Granične međe umišljaja i nehata (nastavak)*, *Crimen – časopis za krivične nauke*, 2/2010.
24. Triffterer, O., *Österreichisches Strafrecht*, 1994.
25. Walter, T., *Der Kern des Strafrechts*, 2006.

26. Welzel, H., *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 1969.
27. Welzel, H., *Strafrecht und Philosophie, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975.
28. Wessels, J., *Strafrecht allgemeiner Teil*, 2009.

Summary

DISTINCTION BETWEEN INDIRECT INTENT AND ADVERTENT NEGLIGENCE

This paper deals with the distinction between indirect intent and advertent negligence, which for generations has been one of the most significant disputed issues in the study of criminal law. The first part of the paper analyses conceptual differences in the understanding of the concept of culpability, and presents the basic determinants of various studies with regard to intent and negligence. This is followed by a critical presentation of the key distinction theories in German and Austrian criminal law, complemented by particular controversial cases from German case law. The final part of the paper deals with this distinction under the Croatian law in force, presenting an interpretation model which attempts to incorporate contemporary theoretical achievements in the existing positive legal frameworks. The applicability of the proposed model is then tested on a recent case in domestic case law.