

Ivan Vukušić, dipl. iur.*

TEORIJSKI ASPEKTI RAZGRANIČENJA PRIPREMNIH RADNJI I POKUŠAJA PREMA NOVOM KAZNENOM ZAKONU

Autor u radu analizira tumačenje definicije pokušaja prema Kaznenom zakonu iz 2011. godine kojim je prihvaćena individualno-objektivna teorija. Unatoč proklamiranju formalno-objektivne teorije u definiciji pokušaja Kaznenog zakona iz 1997., sudska praksa u Republici Hrvatskoj u određenoj je mjeri, ali nedovoljno, slijedila sudsku praksu stranih zakonodavstva koristeći se teoretskim spoznajama u Republici Hrvatskoj uklanjajući nedostatke Kaznenog zakona iz 1997. zbog kojeg je postojala potreba nove definicije pokušaja. U radu je prikazan način tumačenja odredbe o pokušaju u njemačkoj i austrijskoj teoriji kaznenog prava, a definicija pokušaja hrvatskog zakonodavstva raščlanjena je na elemente koji su važni za postojanje pokušaja (namjera, plan, radnja počinjenja i neposrednost). Radi lakšeg razumijevanja autor se koristi primjerima iz strane i domaće sudske prakse.

1. ODREĐENJE POJMA PRIPREMNIH RADNJI

Pripremnim radnjama smatraju se one kojima je svrha olakšati izvršenje kaznenog djela odnosno stvoriti uvjete za izvršenje kaznenog djela.¹ One obuhvaćaju zonu djelovanja počinitelja u vanjskom svijetu koja leži – *ante portas delicti*,² koja još ne predstavlja ispunjenje bića kaznenog djela.³ Pripremanje kaznenog djela je moguća početna faza u procesu počinjenja kaznenog djela te je u pravilu kaznenopravno irelevantna. Radnje koje su materijalno i objektivno pripremnog karaktera Kazneni zakon iz 1997. i Kazneni zakon iz 2011. (dalje u tekstu: KZ/97 i KZ/11) iznimno kažnjava predviđajući za njih posebne zakonske opise djela.⁴ One ne predstavljaju opasnost za pravno do-

* Ivan Vukušić, dipl. iur., znanstveni novak – asistent na Katedri za kazneno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu

¹ Bačić, F., Krivično pravo – opći dio, Zagreb, 1995., str. 246.

² *Ibidem*.

³ Novoselec, P., Opći dio kaznenog prava, Zagreb, 2007., str. 298.

⁴ Bačić, F. – Pavlović, Š., Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, 2004., str. 126.

bro jer su prostorno i vremenski udaljene od radnje kojom se ispunjava biće kaznenog djela.⁵

Najčešći oblici pripremnih radnji ne tako davno bili su sistematizirani u KZ-u, a općenito se sastoje u nabavljanju ili osposobljavanju predmeta za počinjenje kaznenog djela, uklanjanju prepreka za počinjenje kaznenog djela, dogovaranju i organiziranju u svrhu počinjenja kaznenog djela, stvaranju prilike, pronalaženju objekta na kojem će se počiniti radnja, pronalaženju sudionika, poduzimanju mjera radi kasnijeg otežavanja otkrivanja kaznenog djela i tome slično.

S obzirom na očitovanje pripremnih radnji u vanjskom svijetu, za razliku od donošenja odluke koja je psihički proces, one označavaju veću društvenu opasnost pa je i pitanje njihova kažnjavanja aktualno. Danas se svrha nekažnjavanja pripremnih radnji može shvatiti kroz *kriminalnopolitičke razloge* (jer je radnja daleko od dovršenja kaznenog djela), *stimuliranje odustajanja od počinjenja kaznenog djela* te *razloge pravne sigurnosti koji se očituju kroz teškoće dokazivanja*.⁶ U teoriji kaznenog prava poznajemo dva tipa kažnjivih pripremnih radnji. Nesamostalna kaznena djela (*delicta preparata*) inkriminiraju djelatnost usmjerenu na počinjenje kaznenog djela, čime je zakonodavac želio osigurati kaznenopravnu intervenciju već u fazi pripremanja.⁷ Time se predmetno pravno dobro štiti u svim stadijima počinjenja – kao pripremanje, pokušaj i dovršeno kazneno djelo.⁸ Do osude počinitelja za *delicta preparata* dolazi samo ako je radnja počinjenja usmjerena na dovršenje ostala u fazi pripremanja. Pokušaj tog kaznenog djela nije moguć jer obuhvaća isto što i samo pripremanje.⁹ Tipičan primjer za tu vrstu pripremnih radnji je kazneno djelo¹⁰ *pripremanja kaznenih djela protiv Republike Hrvatske* (čl. 350. KZ/11) i *pripremanje kaznenih djela protiv vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom* (čl. 103. KZ/11).

Drugi tip pripremnih radnji su samostalna kaznena djela (*delicta sui generis*). Zbog opasnosti određenih pripremnih radnji te radnje su posebno kazneno djelo.¹¹ Takva inkriminacija ima posebno zaštitno pravno dobro različito

⁵ Novoselec, P., *op. cit.* (bilj. 3), str. 298. Ovaj način definiranja pripremnih radnji od posebnog je značenja s obzirom na definiciju pokušaja prema KZ/11.

⁶ Bačić, F. – Pavlović, Š., *op.cit.* (bilj. 4), str. 133; M., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung des Delikts nach dem deutschen und chinesischen StGB*, München, 2008., str. 38 - 41.

⁷ Bačić, F., *op. cit.* (bilj.1), str. 247.

⁸ Bačić, F. – Pavlović, Š., *op. cit.* (bilj. 4), str. 135.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Novoselec, P., *op. cit.* (bilj. 3), str. 299; Kurtović, A. – Tomašević, G., *Osnove kaznenog prava i postupka*, Split, 2002., str. 86.

¹¹ Novoselec, P., *op. cit.* (bilj. 3), str. 299.

od onoga koje se štiti “glavnim” kaznenim djelom.¹² Kod tih kaznenih djela pokušaj je moguć (iako najčešće nije kažnjiv).¹³ Tipičan primjer za tu vrstu pripremnih radnji je kazneno djelo *izrade, nabavljanja, posjedovanja, prodaje ili davanja na uporabu sredstava za krivotvorenje* (čl. 283. KZ/11), *izrade i nabavljanja oružja i sredstava namijenjenih počinjenju kaznenog djela* (čl. 330. KZ/11), *dogovora za počinjenje kaznenog djela* (čl. 327. KZ/11).¹⁴

Kazneno djelo može se počiniti jednom jedinstvenom radnjom kojom se ispunjava biće kaznenog djela. Međutim, u nizu slučajeva kriminalna djelatnost se odvija tijekom dužeg vremenskog intervala, pri čemu se javlja potreba pravnog kvalificiranja svake pojedine radnje na koju se (ne)nadovezuje kaznena odgovornost.

U ovom radu utvrdit ćemo vidove nedovršene kriminalne djelatnosti i utvrditi načela kojima se sud treba rukovoditi prilikom kvalificiranja tih djelatnosti. Kazneno djelo koje nije dovršeno iz razloga koji ne ovisi o volji počinitelja predstavlja društveno opasno djelo jer su radnje počinitelja bile usmjerene na počinjenje kaznenog djela, očitovale su se u vanjskom svijetu i na taj način omogućavaju lakše dokazivanje počiniteljeve namjere. Kao što smo spomenuli, ako postoje, pripremnne radnje vremenski uvijek prethode počinjenju kaznenog djela. One mogu biti jako udaljene od neposrednog počinjenja kaznenog djela, pri čemu stvaraju manje poteškoće za pravnu kvalifikaciju stadija.

U slučaju pripremnih radnji i pokušaja, počinitelj usmjerava sve napore u postizanje određenog društveno opasnog cilja. Blizina i realnost ostvarenja obilježja bića kaznenog djela i štetnih posljedica utječu na stupanj opasnosti nedovršenog kaznenog djela pa je i država kao nositelj monopola fizičke prisile dužna poduzeti odgovarajuću mjeru državne prinude.¹⁵ Za pripremnne radnje, kao i za pokušaj, bitna je bliskost neposrednog početka počinjenja kaznenog djela.

U formalnom smislu pripremnne radnje ne ulaze u obilježja bića kaznenog djela, ali se pripremnne radnje uvijek odnose na konkretno kazneno djelo. Nisu kažnjive one radnje kojima se priprema kakvo neodređeno kazneno djelo.

Činjenica je da pripremnne radnje i pokušaj predstavljaju prekinutu djelatnost počinitelja, bilo u vrijeme dok su stvarani uvjeti za počinjenje kaznenog djela (pripremnne radnje) bilo u vrijeme kad su realizirane radnje koje su bile neposredno usmjerene na počinjenje kaznenog djela (pokušaj).

¹² Bačić, F., *op. cit.* (bilj. 1), str. 248.

¹³ Novoselec, P., *op. cit.* (bilj. 3), str. 299.

¹⁴ *Ibidem*; Kurtović, A. – Tomašević, G., *op. cit.* (bilj. 10), str. 86.

¹⁵ Novoselec, P., *op. cit.* (bilj. 3), str. 147.

2. POKUŠAJ U STRANOM ZAKONODAVSTVU

Djelovanje počinitelja dobiva važnost već prije radnje koja je u biću kaznenog djela opisana kao radnja počinjenja. Činjenica je da svako kazneno djelo predstavlja povređivanje ili ugrožavanje nekog pravnog dobra pa shodno tomu svaka radnja usmjerena na početak počinjenja kaznenog djela mora biti neposredno predstojeća ugrožavanju pravnog dobra na temelju općeg shvaćanja.¹⁶ Kad takve radnje nema, nema ni opasnosti ni pokušaja. Važnost radnje je uočljivija ako je usporedimo s predodžbom počinitelja koja radnju ne može supstituirati. Kod pokušaja počinitelj je ostvario manje nego što je zamislio, ali ono što je ostvario mora biti neposredno prethođenje ostvarenju bića kaznenog djela u smislu zakonske odredbe o pokušaju KZ/11. Pritom je važno je li riječ o opasnosti koja je objektivna okolnost i koja se utvrđuje na osnovi početka izvršenja kao radnja koja stoji u bliskoj vezi s ostvarenjem bića kaznenog djela.¹⁷

U starijoj literaturi kao neformalni kriterij za razgraničenje pripremnih radnji od pokušaja ocijenjivala se i težina opasnosti koja mora biti u razmjeru s povredom koja nije nastupila.¹⁸ Težina opasnosti utvrđuje se ili po značenju radnje u planu djela ili po težini povrede koja nije nastala, a element opasnosti može se djelomično uzeti u obzir kroz pojam neposrednosti.¹⁹ Stoga možemo zaključiti da je u pravilu samo onaj pokušaj opasan i kažnjiv kod kojeg posljedica redovito nastaje te kod kojeg je nastajanje te posljedice moguće i vjerojatno, s iznimkom neprikladnog pokušaja.

Pokušaj postoji ne samo kad je radnja počinjenja započeta, a nije dovršena, već i onda kad je radnja počinjenja dovršena, ali posljedica nije nastupila, a ulazi u biće kaznenog djela.

Prema njemačkom Kaznenom zakoniku, literaturi i sudskoj praksi,²⁰ pokušaj postoji kada počinitelj poduzme radnju kojom se prema njegovoj predodžbi neposredno započinje ostvarenje bića kaznenog djela. Subjektivni i objektivni kriteriji međusobno su povezani. Konkretni plan počinitelja uzima se u obzir i treba ga promatrati zajedno s objektivnim standardom pokušaja, što u svojoj ukupnosti čini temelj za odlučivanje. Promatranje plana kroz prizmu promatrača plan u potpunosti objektivizira. Cilj objektivizacije sastoji se u

¹⁶ Ovdje se koristimo izrazom ugrožavanje zbog tradicionalne podjele kaznenih djela na ona povređivanja i ona ugrožavanja, a pokušaj je moguć i kod jednih i kod drugih, s razlikom što u pravilu pokušaj kod kaznenih djela ugrožavanja neće biti kažnjiv zbog manje opasnosti za zaštićeno pravno dobro.

¹⁷ Vidi više Novoselec, P., Sudska praksa, HLJKPP, vol. 19, br. 1/2012, str. 353- 354.

¹⁸ Frank, S., Teorija kaznenog prava, Zagreb, 1955., str. 169.

¹⁹ Vidi više o teoriji ugrožavanja i neposrednosti *infra*, 3.2.3.

²⁰ BGH: Abgrenzung von Vorbereitungshandlung und Versuch NStZ 10/1989, str. 473.

utvrđivanju neposrednog započinjanja ostvarivanja bića kaznenog djela. Radnja ugrožavanja mora, prema predodžbi počinitelja, pri nesmetanom tijeku događaja neposredno voditi k ostvarenju bića kaznenog djela ili mora stajati u neposrednoj prostornoj i vremenskoj vezi s ostvarenjem bića kaznenog djela. Ostvarenje subjektivne komponente postoji kada se počiniteljeva svijest odlikuje neposrednom spremnošću za počinjenje kaznenog djela koja se u sudskim presudama Saveznog vrhovnog suda označava formulacijom "*Jetzt geht es los!*" ("*Idemo!*" ili "*Sad ću počiniti kazneno djelo!*").²¹ Ipak, ta formula ne može pridonijeti željenom razgraničenju pripremnih radnji i pokušaja jer prenaplašava subjektivnu komponentu. Počinitelj i u stadiju pripremnih radnji može sebi reći da je spreman za dovršenje kaznenog djela. To se vidi iz sljedećeg činjeničnog stanja. Optuženici su se dovezli automobilom u blizinu benzinske crpke u koju su namjeravali provaliti. Alat za provalu odložili su na tlu pored vozila. Tada je svaki od njih popušio cigaretu želeći izvidjeti situaciju te se zaštititi od mogućnosti otkrivanja. Taj korak je prema njihovu planu bio nužan kako bi u pravom trenutku mogli započeti s počinjenjem kaznenog djela. To je bio korak koji je prethodio radnji počinjenja, a svrha mu je bila olakšavanje odluke optuženicima hoće li odmah, nakon izvjesnog vremena ili navečer provaliti u benzinsku stanicu. Šetali su se oko benzinske postaje koju su, nakon dolaska jednog svjedoka, napustili, s naumom ponovnog dolaska nakon izvjesnog vremena, kad "zrak bude čist", kako bi ipak izvršili provalu na benzinskoj postaji. U ovom slučaju Savezni vrhovni sud utvrđuje postojanje nekažnjivih pripremnih radnji, a ne pokušaja teške krađe. Odlučujući kriterij je činjenica što optuženici nisu krenuli s izvršavanjem kaznenog djela iz njihove predodžbe, iz čega se vidi njihov plan.

U prethodnom slučaju bio je potreban daljnji impuls volje, koji nije potreban kada je počinitelj objektivno započeo radnju "napada" upravljenu na ostvarenje bića kaznenog djela.²² Zapčinjanje se definira kao djelovanje koje bez daljnjih međuradnji treba prijeći u ostvarenje bića kaznenog djela uzimajući u obzir posebnost svakog pojedinog kaznenog djela.²³ Kod pokušaja počinitelj u pravilu nije svjestan kako je "započeo počinjenje kaznenog djela", već je svjestan "kako čini kazneno djelo". Stoga je potrebno spriječiti prenaplašavanje subjektivizma te s objektivnog aspekta promatrati pojedino činjenično stanje.

Takvo stajalište potvrdio je i Savezni vrhovni sud u Njemačkoj u sljedećoj presudi. Prema planu, počinitelji su se trebali pojaviti pred bankovnim službenicima u ponedjeljak te ih prisiliti napunjenim pištoljem za ispalji-

²¹ Novoselec, P., Razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja, ZPFR, vol. 29, 2/2008, str. 734.

²² BGH: Abgrenzung zwischen Vorbereitungshandlung und Versuch NStZ 1/2004, str. 38.

²³ BGH: Nachmachen von Zahlungskarten mit Garantiefunktion – Abgrenzung Versuch und Vorbereitung – Konkurrenzen, NStZ – RR 12/2011, str. 367.

vanjem hitaca zastrašivanja da otvore trezor čiji bi sadržaj ponijeli sa sobom. U okviru pripremnih radnji otvorili su vanjska vrata štedionice (*Sparkasse*) u noći sa subote na nedjelju prije pribavljenom karticom do koje su došli napadom te su se zadržali u međuprostoru (riječ je o prostoru kojem pristup imaju trgovci koji unose dnevni utržak na kraju radnog dana). Jedan od optuženika zalijepio je traku na nadzornoj kameri što će onemogućiti snimanje te je razbio i vrata koja vode do šaltera blagajne. Prilikom napuštanja štedionice izvrnuo je lamelu koja se nalazila na vanjskim vratima. U nedjelju je voditelj štedionice došao u zgradu te uočio izvrnutu lamelu i neke druge pripremljene radnje koje su optuženici poduzeli. O tome je obavijestio policiju koja je odlučila dočekati razbojnike u štedionici. Optuženici su u nedjelju navečer došli do štedionice namjeravajući ući u nju i čekati bankovnog službenika, međutim optuženik koji je najviše bio angažiran u pripremanju zaključio je da je netko bio u štedionici. Slijedom toga optuženici su odustali od ulaska u štedionicu jer ih je bilo strah da je netko već bio u njoj poslije njih te da je provala otkrivena. Sud je utvrdio da su počinitelji poduzeli pripremljene radnje više od jednog dana prije planiranog napada, pripremili prostor za počinjenje i napustili štedionicu, tako da nedostaje bliska vremenska povezanost s radnjom počinjenja razbojništva. Stoga je riječ o nekažnjivoj pripremljenoj radnji teškog razbojništva. Na putu do štedionice u nedjelju navečer optuženici nisu neposredno započeli ostvarenje bića kaznenog djela jer su za to bile potrebne daljnje odlučujuće međuradnje. Oni su se trebali u pripremljeni prostor štedionice infiltrirati (ući) te čekati službenika prema kojem bi primijenili silu i/ili prijetnju.²⁴ Je li riječ o bitnim međuradnjama potrebno je utvrditi kao i u mnogim drugim situacijama koje se nameću kaznenom pravu, pri čemu sud ima određeni slobodni prostor.²⁵ Jasno je da su počinitelji djelovali pod istim impulsom volje koji su zaustavili prilikom primjećivanja uklonjenih tragova (izvrnute lamele) te je za daljnje radnje bio potreban dodatni impuls volje.

Prema austrijskom KZ-u, djelo je započeto *čim počinitelj svoju odluku da počin kazneno djelo ili drugoga na to navede ostvari radnjom koja neposredno prethodi izvršenju*.²⁶ Ovdje je očito da je riječ o radnji kojom se još ne ostvaruje biće kaznenog djela tako da ne postoji zastupljenost formalno-objektivne teorije ni u austrijskom KZ-u. Način razgraničenja pripremnih radnji i pokušaja provodi se putem individualno-objektivne teorije.²⁷ Taj izraz koji je uporabljen pri normiranju pokušaja izraz je – prema stajalištu austrijskih teoretičara – volje zakonodavca da se dotadašnja praksa preširokog shvaćanja

²⁴ U ovom slučaju optuženici su na kraju osuđeni za dogovor za počinjenje teškog razbojništva.

²⁵ Novoselec, P., *op. cit.* (bilj. 21), str. 740.

²⁶ *Ibidem*, str. 737 - 738.

²⁷ *Ibidem*, str. 738.

kažnjivosti pokušaja ograniči tako da u sumnji treba dati prednost restriktivnom tumačenju.²⁸

Rimski statut u čl. 25. st. 3.f propisuje da u stadij pokušaja ulazi onaj *tko učini bitan korak s ciljem započinjanja izvršenja kaznenog djela*.²⁹ Takvo rješenje bliže je definiciji pokušaja KZ/11 uzme li se u obzir činjenica što se u američkom pravu “bitan korak” ne shvaća čisto u objektivnom smislu. Time je proklamirano subjektivno-objektivno shvaćanje pokušaja,³⁰ dok bi daljnje inzistiranje na formalno-objektivnoj teoriji u hrvatskom pravu dovelo do odstupanja od Rimskog statuta što može imati štetnu posljedicu za Hrvatsku (preuzimanje predmeta od hrvatskog pravosuđa u slučaju oslobađajuće presude – čl. 17. Rimskog statuta).

3. ZAKONSKO ODREĐIVANJE POJMA POKUŠAJA PREMA KZ/97 I KZ/11

Prema tekstu KZ/11, u kojem se usvaja individualno-objektivna teorija, pokušaj čini onaj *“tko s namjerom da počini kazneno djelo poduzme radnju koja prostorno i vremenski neposredno prethodi ostvarenju bića kaznenog djela,...”*

Tom definicijom napušta se formalno-objektivna teorija KZ/97³¹ koja na početak počinjenja kaznenog djela gleda restriktivno. Početak radnje opisane bićem kaznenog djela ujedno je početak radnje počinjenja kaznenog djela. Ta se teorija u njemačkoj literaturi³² naziva “starijom” jer nije na odgovarajući način riješila razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja. Prema toj su teoriji pripreme radnje sve one koje se ne mogu supsumirati pod biće kaznenog djela, a takvo rješenje nije zadovoljavajuće. Ispravno ističe *Novoselec*³³ da ona na prvi pogled jasno određuje granice pokušaja, čemu se i sudska praksa

²⁸ Wessels, J. – Beulke, W., *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Passau, 2010., str. 227. U Hrvatskoj je situacija obrnuta jer se odustaje od formalnog i preuskog poimanja pokušaja, tako da su se hrvatski KZ/11 i austrijski u pogledu svojih ciljeva izjednačili, što je u konačnici bio i cilj zakonodavca.

²⁹ Novoselec, P., *op. cit.* (bilj. 21), str. 738; Pavlović, Š., *Kazneni zakon*, Rijeka, 2012., str. 67.

³⁰ Kada dolazi u obzir pokušaj kod pojedinih kaznenih djela, vidi u: Derenčinović, D., *Implementacija materijalno-pravnih odredaba Statuta Međunarodnog kaznenog suda u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu*, HLJKPP, vol. 10, 2/2003., str. 877-906.

³¹ Pavlović, Š., *op. cit.* (bilj. 29), str. 66.

³² Wessels, J. – Beulke, W., *op. cit.* (bilj. 28), str. 224. U ovoj rečenici stoji izraz *izvršenje*, a ne počinjenje koji je karakterističan za hrvatski jezik, jer je riječ o prijevodu njem. izraza *Ausführung*.

³³ Novoselec, P., *op. cit.* (bilj. 21), str. 727. U radu autor upućuje na određene presude Vrhovnog suda Hrvatske u kojima se “barem na riječima” sud opredjeljuje za formalno-objektivnu teoriju.

jednim dijelom priklonila. Međutim, gubi se iz vida da samo biće kaznenog djela ne govori ništa o tome kada počinje njegovo ostvarenje, tj. koje radnje predstavljaju ostvarenje bića određenog kaznenog djela, što osobito dolazi do izražaja kod kaznenih djela koja ne sadržavaju detaljni opis radnje. Primjerice, počinje li kazneno djelo ubojstva punjenjem oružja, njegovim podizanjem, nišanjenjem ili tek okidanjem?

Uspjeha nije imala ni materijalno-objektivna teorija koja pokušajem smatra sve radnje koje se pojavljuju “*nužno kao prirodno jedinstvo s radnjom izvršenja ili radnjom kojom se neposredno ugrožava pravno zaštićeni objekt radnje*” želeći ukloniti nedostatke formalno-objektivne teorije. Prema toj bi se teoriji s formalnog kriterija razgraničenja (koji je obilježje formalno-objektivne teorije) prešlo na materijalni (kvalitativni) kriterij razgraničenja pripremnih radnji od pokušaja, ali uvijek u okvirima objektivne teorije. Takav je kriterij *prirodnog jedinstva* (nužne pripadnosti) preširok i ne omogućuje jasno razgraničenje, posebno što je prirodno jedinstvo nepouzdan kriterij pa se ocjena o njemu nerijetko temelji na osjećaju. Nedorečeno ostaje s čijeg aspekta treba promatrati to jedinstvo, s aspekta objektivnog promatrača ili počinitelja. Ipak najveće proturječje dolazi do izražaja što radnju za koju sama priznaje da nije sastavni dio bića kaznenog djela ipak proglašava radnjom kojom se ostvaruje biće kaznenog djela. Primjerice, trčanje za životinjom još ne predstavlja oduzimanje tuđe pokretne stvari pa prema tome ni djelomično ostvarenje bića krađe, dok zagovornici materijalno-objektivne radnje trčanje za životinjom nazivaju proširenom radnjom počinjenja.³⁴

Prema individualno-objektivnoj teoriji objektivni element neprava pokušaja sastoji se u neposrednom početku počinjenja radi potpunog ostvarivanja bića kaznenog djela. Prema vladajućem mišljenju, ta teorija polazi od predodžbi počinitelja (predodžba o obilježjima kaznenog djela – *namjera* – i predodžba o načinu počinjenja kaznenog djela – *plan*) i neposrednosti napada na zaštićeni objekt, čime uzima u obzir subjektivne i objektivne elemente o čemu će biti riječi kod svakog elementa pokušaja.

Kada radnja koja predstavlja neposredni početak ostvarenja bića kaznenog djela nepogrešivo postoji, sud će zasigurno utvrditi postojeću opasnost te neće dovoljno pažnje posvetiti subjektivnoj strani pokušaja. Opravdano je počinitelja kazniti i kad nije bio potpuno svjestan da se njegovo ponašanje može kvalificirati kao neposredno prethođenje ostvarenju bića kaznenog djela koje vodi k uspjehu, ako je, naravno, namjeravao učiniti povredu znajući sva bitna obilježja djela.³⁵

³⁴ *Ibidem*, str. 732-734; Papageorgiou-Gonatas, S., *Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch?*, München, 1988., str. 40-41.

³⁵ Novoselec, P., *op. cit.* (bilj. 3), str. 313.

Pravne pretpostavke koje su propisane odredbom o pokušaju potrebno je kombinirati s bićem kaznenog djela koje se nalazi u posebnom dijelu KZ-a ili u sporednom zakonodavstvu. Time se još ne konstituira kažnjiv pokušaj. Kod dovršenog kaznenog djela potrebno je najprije dokazati objektivna obilježja bića kaznenog djela, a zatim subjektivna koja su međusobno odvojena. Kod pokušaja je obrnuto. Prvo je potrebno dokazati namjeru počinitelja, a zatim objektivna obilježja koja su sadržana u radnji. To proizlazi i iz redoslijeda same definicije pokušaja u KZ-u. Zamisao počinitelja i neposredno ostvarenje bića djela nisu u istoj mjeri odvojeni kao objektivna i subjektivna obilježja kod dovršenog kaznenog djela. Obilježja pokušaja usko su povezana jer bi bez neposrednog ostvarivanja plan bio irelevantan.

3.1. Subjektivni element pokušaja

3.1.1. Namjera

Kako bi odredbe o pokušaju potpuno došle do izražaja, potrebno je namjeru, kao pretpostavku pokušaja, u potpunosti analizirati. Za pokušaj se traži namjera koja je usmjerena na dovršenje kaznenog djela, pri čemu ona ne obuhvaća početak počinjenja, nego cjelokupno dovršenje. Pritom nije bitno je li riječ o izravnoj ili neizravnoj namjeri, osim ako Kaznenim zakonom ili sporednim zakonodavstvom nije propisano da se određeno kazneno djelo može počinuti samo s izravnom namjerom. To znači da je potrebno utvrditi sadržaj svijesti o konkretnom djelu i htijenju njegova počinjenja, odnosno utvrditi sadržaj svijesti o mogućnosti počinjenja kaznenog djela i pristanku na njegovo počinjenje. Ako je počiniteljeva namjera stala kod toga da djelo ostane u pokušaju, počinitelj neće odgovarati za pokušaj.³⁶ Činjenica kako pokušaj zahtijeva namjeru na dovršenje proizlazi iz sljedećeg primjera.³⁷ Ako prihvatimo podjelu na “*namjeru da se pokuša počinjenje*” i “*namjeru da se počinjenje dovrši*”, odvajanjem ovih dviju namjera dolazimo do zaključka da počinitelj koji je odlučio ubiti žrtvu uperivši pištolj prema njoj, ali je pritom nehotice opalio i usmrtio žrtvu, ne bi prouzročio smrt s namjerom, nego samo iz nehaja. On ne bi odgovarao za dovršeno ubojstvo, nego za pokušaj ubojstva u idealnom stjecaju s prouzročenjem smrti iz nehaja. Takav zaključak je izvještačen i neprihvatljiv. Počinitelj je htio ubiti i u tome je uspio. To što je pištolj opalio prije nego je on htio samo je odstupanje zbiljskog od zamišljenog kauzalnog

³⁶ Pavlović, Š., *op. cit.* (bilj. 29), str. 68. Autor time obrazlaže nepostojanje kaznene odgovornosti agenta provokatora čija je namjera zaustaviti počinitelja u dovršenju kaznenog djela. Isto tako, za razlikovanje izraza *dolus*, kojim se autor koristi, i *namjera v. ibidem*, str. 54-55.

³⁷ Novoselec, P., *op. cit.* (bilj. 21), str. 723.

tijeka koje ne proizvodi nikakav pravni učinak. Počiniteljeva namjera čitavo je vrijeme bila usmjerena na smrt žrtve i taj je cilj ostvaren. Pokušaj iz nehaja nije predviđen ni KZ-om/97 ni KZ-om/11 jer se takvo ponašanje u pravilu može podvesti pod pojedina kaznena djela ugrožavanja.³⁸ Tako počinitelj koji iz nehaja stvori opasnost blisku biću kaznenog djela prema svojem planu ne započinje s ostvarenjem bića kaznenog djela, jer on ili nije svjestan opasnosti (nesvjesni nehaj) ili je svjestan (svjesni nehaj), ali lakomisleno smatra da se ona neće ostvariti ili da će moći spriječiti nastupanje posljedice.

Pri utvrđivanju namjere kao oblika krivnje ipak se ne iscrpljuje u potpunosti subjektivni element pokušaja jer je potrebno uzeti u obzir subjektivna obilježja opisana bićem kaznenog djela koja se moraju ostvariti i kod pokušaja (primjerice namjera prisvajanja kod kaznenog djela krađe ili cilj da sebi ili drugome pribavi protupravnu imovinsku korist kod kaznenog djela prijevare).³⁹ Međutim, nesporno je da možemo označiti "namjeru kao subjektivnu pretpostavku pokušaja."⁴⁰ Kod ocjene sadržaja namjere potrebno je prethodno utvrditi sve subjektivne i objektivne okolnosti radnje počinjenja djela, jer one redovito daju odlučujući temelj i za utvrđivanje namjere.⁴¹ Naime, počiniteljeva radnja koja se ostvarila u vanjskom svijetu usko je povezana sa sadržajem svijesti i volje napadača. Tako počinitelj kod nepravih kaznenih djela nečinjenjem mora svješču obuhvatiti garantni položaj, a kod posrednog počiniteljstva instrumentalni karakter počiniteljstva. Pritom je potrebno uzeti u obzir uzročnost odnosno vjerojatnost nastupanja posljedice ili ostvarenje kaznenog djela što predstavlja intelektualnu sastavnicu namjere. To će se najlakše procijeniti kroz karakter pripremnih radnji koje su poduzete. Okolnosti vezane uz namjeru mogu se dokazati samo posrednim putem jer spadaju u područje duševnog života počinitelja. Posebno je važno za utvrđivanje sadržaja namjere ispitati kakvim je sredstvom napad izvršen, njegova kvaliteta, dimenzije i prikladnost, da se njegovom upotrebom pod konkretno utvrđenim okolnostima dovede do počinjenja kaznenog djela.⁴²

Roxin izjednačava namjeru kod pokušaja s odlukom za počinjenje kaznenog djela, pritom ne zaboravljajući da je odluka nužan, ali ne i dovoljan uvjet za postojanje pokušaja jer se zahtijeva i radnja koja vremenski i prostorno neposredno prethodi ostvarenju bića kaznenog djela.⁴³

Moguća je i situacija kada radnja počinjenja predstavlja produkt potiskujućih motiva koji su dominantni (slučaj odgojitelja u vrtiću koji se uvlači pod

³⁸ Roxin, C., Allgemeiner teil, Band II, München, 2006., str. 333.

³⁹ Novoselec, P., *op. cit.* (bilj. 21), str. 722.

⁴⁰ *Ibidem.*

⁴¹ Pavić, D., Pokušaj ubojstva i pokušaj teške tjelesne povrede, NZ 4/56, str. 172.

⁴² *Ibidem*, str. 173.

⁴³ *Roxin*, prema: Novoselec, P., *op. cit.* (bilj. 21), str. 724.

pokrivač pored djeteta koje spava dvoumeći se hoće li poduzeti bludnu radnju ili ne). Takvi motivi odugovlače početak radnje počinjenja kroz psihičku sustegnutost.⁴⁴ Pitanje je radi li se ovdje o testiranju rizika. Činjenicu kako u primjerice 90 posto slučajeva taj rizik bude i ostvaren kroz radnju počinjenja ne treba shvatiti kao pravilo, nego ju je potrebno utvrditi kod svakog počinitelja, posebno stoga što je ovdje riječ o nečemu višem od blizine i vjerojatnosti poduzimanja radnje, kao i prekoračenju dopuštenog rizika.⁴⁵ U takvim ćemo slučajevima većinom zaključiti da je riječ o namjeri ako postoji odluka za počinjenje kaznenog djela. Namjeru počinitelja treba karakterizirati bezuvjetna volja za poduzimanjem radnje⁴⁶ te ju se ne smije smatrati sinonimom s planom počinitelja.⁴⁷

3.2. Objektivni elementi pokušaja

3.2.1. Plan

Prema zakonskoj odredbi, počinitelj mora imati predodžbu načina počinjenja kaznenog djela. U literaturi se može pronaći da se predodžba počinitelja ocjenjuje upitom: “*je li počinitelj planirao ostvarenje svih obilježja bića kaznenog djela*” ili “*ova odluka je pretpostavka počinjenja djela.*”⁴⁸ Dokazivanje predodžbe o načinu počinjenja kaznenog djela odvija se jednako kao i dokazivanje namjere, što je razumljivo kada znamo da namjera predstavlja predodžbu o obilježjima kaznenog djela.

Razilaženje plana i počiniteljeve odluke koja se u njemačkoj literaturi izjednačava s namjerom nije rijetkost u pojedinim slučajevima.⁴⁹ Moguće je da počinitelj isplanira počinjenje kaznenog djela, ali još nije donio odluku kojom bi otpočeo s njegovom realizacijom ili da počinitelj donese odluku premda još nema jasnu predodžbu o modalitetima počinjenja djela. Jedno je jasno, a to je da plan nije predodžba o obilježjima kaznenog djela, nego predodžba o načinu počinjenja djela. I *Roxin* i *Hillenkamp* nazivaju planom dio predodžbe počinitelja koja obuhvaća tijek događanja počinjenja.⁵⁰ Stoga je plan, koji u većini slučajeva pretpostavlja namjeru, važan za razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja.

⁴⁴ Takovo stajalište zastupaju *Roxin, Eser, Rudolphi, Zaczyk*, prema: Putzke, H., *Der strafbare Versuch*, JuS 10/2009, str. 897.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Pavić, D., *op. cit.* (bilj. 41), str. 172.

⁴⁷ *Roxin, C., op. cit.* (bilj. 38), str. 333.

⁴⁸ Tako i *Schneider, Ebert, Kühll/Hinderer, Tofahrn*, prema: Putzke, H., *op. cit.* (bilj. 44), str. 897.

⁴⁹ Novoselec, P., *op. cit.* (bilj. 21), str. 737.

⁵⁰ *Roxin, C., op. cit.* (bilj. 38), str. 334.

Njemački teoretičari smatraju da se kriterij za utvrđivanje plana počinitelja može pronaći u činjenici što su pobude za počinjenje kaznenog djela jače od onih koje počinitelja odvraćaju od počinjenja.⁵¹ Ovu tezu važno je razjasniti zbog usvojene individualno-objektivne teorije u definiciji pokušaja KZ/11. Predodžbom o počinjenju djela određuje se očitovanje namjere u vanjskom svijetu, način njezine realizacije. Kada se prema drugom usmjeri pištolj, pokušaj ubojstva ne ovisi samo o tome je li pištolj usmjeren s ciljem (*namjera*) prouzročenja smrti ili radi ostvarivanja prijetnje. Pokušaj ovisi i o činjenici (*plan*) planira li počinitelj pucati odmah ili nakon izvjesnog vremena odnosno po okončanju međusobnog prepiranja. Ako počinitelj planira pucati odmah, tada postoji pokušaj (jer postoji i neposrednost), a ako planira pucati nakon izvjesnog vremena, tada još nije riječ o pokušaju, nego o pripremnim radnjama.

Postojanje pokušaja treba utvrditi prema objektivnim kriterijima, ali na subjektivnom temelju. Ovu tezu moguće je primijeniti analizirajući dva stadija radi “filtriranja” radnji koje predstavljaju pokušaj.⁵² U prvom stadiju treba odlučiti mogu li i koje zabranjene djelatnosti eventualno predstojati ostvarenju bića kaznenog djela (*in abstracto*). U drugom stadiju treba utvrditi postoje li te djelatnosti uistinu, a ako je odgovor potvrđan, jesu li došle do točke koja predstavlja granicu pokušaja određenu KZ-om uzimajući u obzir počiniteljevu predodžbu o načinu počinjenja (*in concreto*). Dakle, o počiniteljevu planu ovisi hoće li jedna te ista radnja biti priprema ili pokušaj. Počiniteljev individualni plan kao kriterij razlikovanja pripremnih radnji i pokušaja objektivne je naravi jer se promatra s aspekta razumnog i neutralnog prosuditelja. Počiniteljevo stajalište važno je samo ako se odnosi na njegovu predodžbu o tome kako će se odvijati radnja.⁵³ Stoga plan o izvršenju djela i “predodžba o djelu” iz koje se izvodi predstavljaju dio objektivne, a ne subjektivne teorije.⁵⁴

Isto tako kažnjivost neprikladnog pokušaja postavljena je na predodžbi počinitelja. Tko drugome u kavu stavi sredstvo koje je vidljivo bezopasno, ali koje počinitelj smatra posebno opasnim htijući izazvati njegovu smrt, on nije u stvarnosti, nego prema svojoj predodžbi neposredno započeo ostvarivanje bića kaznenog djela. Ali osnova kažnjivosti neprikladnog pokušaja ne proizlazi iz odredbe čl. 34. st. 1 KZ/11, nego iz čl. 34. st. 3. KZ/11, što upućuje na njihovu bitnu različitost.⁵⁵

⁵¹ Novoselec, P., *op. cit.* (bilj. 21), str. 724.

⁵² Papageorgiou-Gonatas, S., *op. cit.* (bilj. 34), str. 185, razrađuje tezu koju zastupaju Baumann-Weber, Roxin i Köhl. Autor smatra kako je to potvrda redosljeda dokazivanja (najprije je potrebno utvrditi subjektivne, a zatim objektivne elemente) kod pokušaja koja je obratna od situacije dokazivanja dovršenog kaznenog djela.

⁵³ Novoselec, P., *op. cit.* (bilj. 21), str. 736.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Usp. Roxin, C., *op. cit.* (bilj. 38), str. 334.

Iz svega navedenog proizlazi da su plan o počinjenju djela i predodžba o djelu iz koje se on izvodi dio objektivne, a ne subjektivne sastavnice pokušaja, pa uzimanje u obzir plana ne znači i prihvaćanje subjektivne teorije.⁵⁶ Kako će kod poglavlja o neposrednosti biti razjašnjeno, je li riječ o radnji koja neposredno prethodi ostvarenju bića kaznenog djela ne treba procijeniti prema realnom subjektivnom doživljaju počinitelja. Realni subjektivni doživljaj počinitelja može obuhvatiti svijest o činjenju kaznenog djela iako se on još objektivno možda nalazi u stadiju pripremnih radnji. Odlučujuće je da li sa stajališta objektivnog promatrača (kojemu je poznat počiniteljev planirani način počinjenja kaznenog djela – plan) radnja koju je počinitelj poduzeo stoji u prostornom i vremenskom neposrednom jedinstvu s planiranom radnjom počinjenja. Kako počinitelj sam doživljava tu blizinu (neposrednost), irrelevantno je.

3.2.2. Radnja počinjenja

Kada postoji radnja počinitelja koja ujedno predstavlja obilježje bića kaznenog djela, to ne znači da ju se odmah može kvalificirati kao radnju pokušaja jer je potrebno utvrditi i neposrednost ostvarivanja preostalih obilježja bića kaznenog djela. Radnju počinjenja možemo shvatiti kao “prethodno pitanje” te ju treba utvrditi kako bismo vidjeli (ne izostavljajući plan počinitelja i stajalište objektivnog promatrača) može li se ponašanje počinitelja supsumirati pod radnju koja neposredno prethodi ostvarenju bića kaznenog djela. Važnost te tvrdnje je aktualna ako uzmemo u obzir proširenje odredbe o pokušaju prema KZ/11 koja obuhvaća i radnje koje prostorno i vremenski neposredno prethode ostvarenju bića kaznenog djela. Kako bi se izbjegle nedoumice, *Fuchs*⁵⁷ razlikuje tri tipa kaznenih djela definirajući radnju počinjenja. Time se olakšava procjenjivanje elemenata prostorne i vremenske neposrednosti uzimajući u obzir specifičnost svakog pojedinog kaznenog djela.

a) Slučaj kada zakon propisuje određenu radnju kao način počinjenja kaznenog djela, kada je ta radnja ujedno i radnja počinjenja.

Primjerice kod kaznenog djela krađe – oduzimanje stvari.

b) Kod kaznenih djela kod kojih je zakonodavac predvidio prouzročenje posljedice, radnjom počinjenja smatra se ona radnja počinitelja koja je prikladna da bez uspostavljanja daljnjih međuveza, posebno daljnjih međuradnji počinitelja, dovede do posljedice. To je ujedno i posljednja radnja počinitelja u vremenskom intervalu između radnje počinjenja i nastupanja posljedice. Tada nije potrebno poduzimanje daljnje bitne međuradnje.

⁵⁶ Novoselec, P., *op. cit.* (bilj. 21), str. 736.

⁵⁷ Fuchs, H., *Allgemeiner Teil I*, Wien – New York, 2008., str. 245-247.

Primjerice pucanj iz pištolja ili ubod u srce za počinjenje kaznenog djela ubojstva.

Ako između radnje počinjenja i nastupanja posljedice postoje daljnje radnje trećih osoba, tada su njihove radnje pridonijele počinjenju čiji doprinos treba utvrditi prema pravilima o sudioništvu.

c) Jednak je slučaj i kod bića koja propisuju više radnji počinjenja. Radnja počinjenja svaka je posljednja radnja počinitelja kojom se prema njegovoj zamisli potpuno ostvaruje biće kaznenog djela.

Ispravno je istaknuo *Rudolphi*⁵⁸ da Kazneni zakon zahtijeva da počinitelj u potpunosti svojom radnjom namjerava ostvariti nepravo opisano bićem kaznenog djela. Stoga kad je volja počinitelja usmjerena na ostvarenje samo jednog od više obilježja bića kaznenog djela, on nije pristao na ostvarenje cjelokupnog neprava sadržanog u biću, tako da u tom slučaju ne može biti riječ o pokušaju, s obzirom na to da je druge radnje eventualno planirao počinuti poslije.⁵⁹

Primjerice, primjena sile podrazumijeva pokušaj razbojništva ili pokušaj silovanja, samo kada prema planu počinitelja protupravno oduzimanje stvari ili primjena prisilne seksualne radnje treba neposredno uslijediti. U suprotnom, tko danas djeluje na tijelo žrtve (primjerice zatoči ju ili omami) kako bi sutra počinio spolni odnošaj, tada se silovanje nalazi još u stadiju pripremnih radnji, ali je zato, primjerice, dovršeno kazneno djelo protupravnog oduzimanja slobode ili kazneno djelo tjelesne ozljede.

Ipak, postavlja se pitanje posljednje radnje počinjenja počinitelja koja može bitno predstavlja pokušaj kaznenog djela i kad su ta radnja i konkretno ugrožavanje žrtve vremenski i prostorno jako udaljeni. Ispravno je zaključiti da se počinitelj nalazi u stadiju nekažnjivih pripremnih radnji sve dok tijekom događanja može zaustaviti te prema njegovoj zamisli žrtvi još ne prijeti apsolutno nikakvo ugrožavanje.⁶⁰ Ako počinitelj ne može spriječiti kauzalni tijek događaja koji je stvorio, tada je radnju počinjenja dovršio te može od pokušaja dobrovoljno odustati ako spriječi nastupanje posljedice.

Kako bi bila riječ o radnji pokušaja, mora postojati ponašanje počinitelja koje prema njegovu planu, bez daljnjih prekida, prelazi u neposredno počinjenje kaznenog djela, a s radnjom počinjenja stoji u prostornoj i vremenskoj vezi, odnosno⁶¹ potrebno je da počinitelj *poduzme radnju počinjenja ili radnju koja prema njegovom planu "ovdje i sada" treba prijeći u radnju počinjenja, a nije od radnje počinjenja odvojena međuradnjama stankom mira i razmišljanja.*

⁵⁸ Prema: *ibidem*.

⁵⁹ Slično i BGH: Vorbereitungshandlung und Versuch; Notwehr; Klammerwirkung NStZ 3/1993., str. 133.

⁶⁰ Fuchs, H., *op. cit.* (bilj. 57), str. 247.

⁶¹ *Ibidem*, str. 249.

Tu ćemo definiciju ilustrirati primjerom iz sudske prakse.⁶² Optuženik je polovinom 1994. na području Republike Hrvatske izrezao broj šasije s jednog automobila te ga predao osobi koja ga je u Italiji trebala navariti na vozilo iste marke. S obzirom na nepostojanje “prikladnog vozila” u Italiji, izrezani broj šasije vraćen je iz Italije u Hrvatsku gdje ga je oduzela policija početkom 1995. godine. U ovom slučaju treba uzeti u obzir biće kaznenog djela krivotvorenja javne isprave (čl. 311. st. 2. KZ/97). Samo izrezivanje pločica iz automobila s identifikacijskim brojem tek je priprema radnja, a ne i pokušaj počinjenja kaznenog djela navedenog zakonskog članka. Da bismo razjasnili takav zaključak, potrebno je odgovoriti na pitanje je li počinitelj izrezavši broj šasije s jednog automobila u namjeri da ga navari na drugi ušao u stadij pokušaja krivotvorenja isprave. To je glavno pitanje koje se odnosi na početak pokušaja koji nam potom daje i odgovor za razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja. Za utvrđivanje postojanja isprave potrebno je zapitati se kada nastaje isprava u smislu Kaznenog zakona. Odgovor na to pitanje daje termin “spojene isprave” (*zusammengesetzte Urkunde*) prema kojoj izjava izdavatelja vezana uz neki predmet dobiva svoj smisao i postaje ispravom tek u trenutku kada je spojena s odgovarajućim predmetom – tek tada ona služi kao dokaz neke činjenice koja ima vrijednost za pravne odnose. U odnosu na radnju, iako su izrezivanje broja šasije i njegovo zavarivanje na drugu šasiju samo dvije nužne faze jednog jedinstvenog procesa, optuženik nije već započeo radnju preinačenja isprave.⁶³ Uistinu i radnje koje su po svojoj naravi pripreme pod određenim uvjetima mogu predstavljati pokušaj, ali je potrebno da poduzeta radnja prema njegovu planu neposredno prethodi ostvarenju nekog obilježja kaznenog djela i bez ikakvih međufaza prelazi u ostvarenje bića kaznenog djela, tj. traži se prostorna i vremenska neposrednost.⁶⁴ U konkretnom slučaju optuženiku je nedostajala i vremenska sastavnica neposrednosti (broj šasije izrezao je još polovinom 1994., a sve do početka 1995., nije ga uspio navariti na drugo vozilo), ali i prostorna (broj je izrezao u Hrvatskoj, a trebao ga je navariti na drugo vozilo u Italiji). U suprotnom, postojao bi pokušaj da je u svojoj radionici imao na raspolaganju i vozilo s kojeg je izrezao broj i vozilo na koje ga je namjeravao navariti.

⁶² Novoselec, P., Sudska praksa, HLJKPP, vol. 7., broj 2/2000, str. 1030-1032.

⁶³ Novoselec ovu tvrdnju potkrepljuje činjenicom što i mnoge druge djelatnosti imaju dvije ili više nužnih faza pa to još ne znači da sve te faze ulaze u pojam radnje kojom se ostvaruje biće kaznenog djela. (Tako trovač mora najprije nabaviti otrov da bi otrovao žrtvu, a nabavljanje je otrova usprkos tomu samo tipična priprema radnja – nabavljanje sredstava za počinjenje kaznenog djela. *Ibidem*, str. 1031.

⁶⁴ Tako Vogler, prema: *ibidem*.

3.2.3. *Neposrednost*

Postoje različite teorije koje nastoje odgovoriti na pitanje kako treba tumačiti neposrednost.

Tako *teorija o dijelovima radnje (Teilaktstheorie)* smatra kako neposrednost bića kaznenog djela postoji kada između poduzetih radnji i radnje izvršenja nisu potrebne daljnje međuradnje,⁶⁵ odnosno kada postoji niz uzastopnih radnji prema vlastitom planu počinitelja.⁶⁶ Iz tog razloga i *Novoselec*⁶⁷ ističe da se ova teorija može smatrati inačicom individualno-objektivne teorije. Preciziranje te teorije dovodi nas do bitnih međuradnji, za koje *Roxin* smatra da postoje ako je takva radnja vremenski povezana s ostvarenjem bića kaznenog djela te ako predstavlja zahvat u sferu žrtve ili u sferu bića kaznenog djela. Pojam sfere bića kaznenog djela koristi se radi moguće povrede općih dobara koja nemaju žrtvu u klasičnom smislu te riječi.⁶⁸ Ispravno ističe *Roxin*⁶⁹ da razlog kažnjivosti neposrednog započinjanja ne treba gledati kroz prizmu bliskosti opasnosti pravnog dobra, nego bliskosti bića kaznenog djela što je apostrofirano i u KZ/11. Glavno težište treba biti na biću kaznenog djela, a ne na pravnom dobru. To je bitno, jer može biti riječ o pripreмноj radnji ili radnji pokušaja i kada je ona jako udaljena od zaštićenog pravnog dobra. Primjerice, tako je kažnjiv pokušaj krivotvorenja novca (čl. 274. st. 1. KZ/11) kada počinitelj započne radnju krivotvorenja, dok je zaštitno pravno dobro – valuta Republike Hrvatske – oštećeno tek stavljanjem krivotvorenog novca u optjecaj.⁷⁰ Prema toj teoriji, da bi se utvrdilo postojanje pokušaja, potrebno je postaviti dva pitanja.⁷¹ Kao prvo, sudac se treba zapitati koji čin ostvaruje biće kaznenog djela, dok se drugo pitanje sastoji u utvrđivanju posljednjeg čina počinitelja i dovođenje u vezu njega s prvom radnjom kojom se ispunjava biće kaznenog djela (što je utvrđeno prvim pitanjem). Svakako bi sudska praksa u Republici Hrvatskoj trebala uzeti u obzir ovu teoriju prilikom utvrđivanja neposrednosti.

Drugačiji pristup ima *teorija ugrožavanja* prema kojoj neposrednost postoji kada prema predodžbi počinitelja nastupi neposredno ugrožavanje pravnog dobra. Pozitivna značajka ove teorije jest što pomiče stadij pokušaja u vrijeme kada još nisu ostvarena obilježja kaznenog djela, čime upozorava

⁶⁵ Wessels, J. – Beulke, W., *op. cit.* (bilj. 28), str. 224.

⁶⁶ Tako teoriju o dijelovima radnje konkretizira Kratzsch, prema: Yang, M., *op. cit.* (bilj. 6), str. 32.

⁶⁷ Novoselec, P., *op. cit.* (bilj. 21), str. 736.

⁶⁸ *Ibidem*, str. 740.

⁶⁹ Roxin, C., *op. cit.* (bilj. 38), str. 334.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ Papegeorgiou-Gonatas, S., *op. cit.* (bilj. 34), str. 80.

na nedostatke u restriktivnom primjenjivanju formalno-objektivne teorije. Međutim, neodređenost te teorije ogleda se u tome što neposrednost postoji i kada počinitelj poduzme radnju (primjerice približavanje počinitelja mjestu počinjenja) koja često predstavlja pripremu radnju i tako neopravdano proširuje zonu pokušaja. Na tu činjenicu upućuje i daljnji nedostatak nemogućnosti i težine određivanja pokušaja kod kaznenih djela ugrožavanja s obzirom na to da njihove pristalice vide u tom slučaju početak pokušaja postojanjem opasnosti ugrožavanja konkretnog pravnog dobra. Nastup ugrožavanja pretpostavka je dovršenosti kod kaznenih djela ugrožavanja pa ga je nemoguće još jednom uzeti u obzir kao kriterij pokušaja.⁷² Ispravno je istaknuo *Rudolphi* da se opasnost stvara s prvom pripremnom radnjom te kontinuirano kvalitativno raste do trenutka dovršenja kaznenog djela.⁷³

Prema *teoriji manifestacije*,⁷⁴ pokušaj postoji kada se namjera manifestira kroz radnju (*dolus ex re*), a koja *vice versa* omogućuje zaključak o njoj, pri čemu vremenska i uzročna bliskost nastupa posljedice nije igrala ulogu. Ta je teorija bila zastupljena u Njemačkoj početkom prošlog stoljeća, dok se u Austriji uzimala u obzir i nakon Drugog svjetskog rata, a zbog nepridavanja važnosti vremenskoj i uzročnoj bliskosti nastupanja posljedice i pretjeranom naglašavanju zločinačke volje, što je karakteristika subjektivnih teorija, stavljena je u drugi plan jer bi i ova teorija kao i teorija ugrožavanja neopravdano proširivala zonu pokušaja i tako otežala razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja.

Konačno treba zaključiti da pokušaj postoji kada je počinitelj već zašao u zaštitnu sferu žrtve te planira promptno iskoristiti prostornu blizinu koja postoji u odnosu prema žrtvi s obzirom na to da prema zakonskoj definiciji KZ-a/11 pokušaj obuhvaća i radnje koje još ne ulaze u biće kaznenog djela, ali su mu bliske jer mu neposredno prethode. Kao uzor poslužila je odredba paragrafa 15 stavka 2. austrijskog Kaznenog zakonika.⁷⁵ Zakonska odredba čl. 34. st. 1. KZ/11 dijelom je u skladu s postojećom sudskom praksom koja je, iako je KZ/97 formalno zahtijevao djelomično ostvarenje bića kaznenog djela, u biti proširivala pokušaj i na radnje koje ne ulaze u nj, pozivajući se na njihovo prirodno jedinstvo s radnjom kojom se ostvaruje biće kaznenog djela (usku vremensku i prostornu povezanost s radnjom počinjenja).⁷⁶

⁷² *Ibidem*, str. 52.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Fabrizy, E. E., *Österreichischer StGB Kommentar*, Wien, 2010., str. 83; Fuchs, *op. cit.* (bilj. 57), str. 244.

⁷⁵ Pavlović, Š., *op. cit.* (bilj. 29), str. 66.

⁷⁶ *Ibidem*. Kao što je materijalno-objektivna teorija (koja se poziva na prirodno jedinstvo radnje) nastojala ispraviti nedostatak formalno-objektivne teorije, u tom smjeru išla je i hrvatska sudska praksa. Vidi opširnije Novoselec, P., *op. cit.* (bilj. 21), str. 733.

Blizinu počinjenja možemo promatrati kroz *objektivni aspekt kao blizinu ostvarenja uspjeha, odnosno kada radnja počinitelja neposredno prethodi radnji izvršenja, a u subjektivnom smislu kao nadvladavanje faze premišljanja hoće li počinuti kazneno djelo.*⁷⁷ Blizinu ostvarenja uspjeha ne smijemo shvaćati kroz materijalno dovršenje kaznenog djela ili kroz nastupanje posljedice, nego kao *početak ostvarenja radnje izvršenja*⁷⁸ koja je velik uspjeh za počinitelja koji ide prema ostvarenju neprava.

S obzirom na to da zakonska definicija pokušaja pretpostavlja vremensku i prostornu bliskost s radnjom počinjenja i evidentnu neposrednu vezu s nepravom bića kaznenog djela, *između djelatnosti počinitelja i dovršenja kaznenog djela ne smije postojati vremenska, prostorna ili manipulativna međuetapa ili potreba poduzimanja drugih međuradnji, jer tada ne bismo mogli govoriti o postojanju pokušaja.*⁷⁹ U svakom pojedinom slučaju treba procijeniti s objektivno normativnog aspekta postojanje početka radnje počinjenja ili neposredno prethođenje biću kaznenog djela te vidjeti subjektivan cilj počinitelja koji se na taj način realizirao, s obzirom na to da počinitelj treba prijeći odlučujuću fazu premišljanja.

Prostorna i vremenska neposrednost postoji kada počinitelj “*ovdje i sada*” (*hier und jetzt*) želi kazneno djelo počinuti – poduzimajući radnju počinjenja.

Obilježje neposrednosti u svojoj ukupnosti treba shvatiti tako da počinitelj prema planu može bez daljnjih bitnih međuradnji prijeći na radnju počinjenja. Počiniteljev plan je kriterij o kojem ovisi hoće li radnja počinitelja biti kvalificirana kao pripremna radnja ili pokušaj. Taj element teže je odrediti jer je potrebno cjelokupan događaj raščlaniti na pojedinačne radnje koje čine funkcionalno jedinstvo, odnosno radnju kojom se “*automatski omogućuje ostvarenje predviđenog tijeka događaja*” (*Automatik des vorgesehenen Tatablaufs*).⁸⁰ Treba se zapitati bi li razuman i neutralan prosuditelj koji zna za počiniteljeve ciljeve računao s mogućnošću počinjenja kaznenog djela.⁸¹ Time se plan počinitelja objektivizira. U prilog tome ide i činjenica, koju smo prethodno spomenuli, što plan počinitelja nije sastavni dio namjere, nego sadržava nešto različito od nje, a to je način njezine realizacije.⁸² Kada postoji radnja počinitelja koja je dosegla razinu kod koje se nesmetano odnosno automatski (bez ponovnog odlučivanja počinitelja za daljnje radnje) pretvara u radnju počinjenja, tada postoji pokušaj.

⁷⁷ Fabrizy, E. E., *op. cit.* (bilj. 74), str. 84.

⁷⁸ *Ibidem*, str. 85.

⁷⁹ *Ibidem*, str. 84.

⁸⁰ Tako Fuchs, H., *op. cit.* (bilj. 57), str. 248.

⁸¹ Tako Vogler i Roxin, prema: Novoselec, P., *op. cit.* (bilj. 21), str. 736.

⁸² Tako Vogler i Roxin, prema: *ibidem*, str. 737.

Fuchs konkretizira⁸³ neposrednost prenaglašavajući nepostojanje stanke radi predaha i razmišljanja koja bi – da postoji – isključivala neposrednu vezu s radnjom počinjenja pa bi se tada počinitelj još nalazio u stadiju pripremnih radnji. *Roxin* kao pomoćni pojam za utvrđivanje neposrednosti navodi pojam bitnih međuradnji. Prema njemu bitne su one međuradnje koje se same po sebi ne mogu smatrati višeznačnima i društveno etički neutralnima. Ispravno ističe *Novoselec* kako sud u svakom pojedinom slučaju treba ocjeniti relevantnost uvijek mogućih međuradnji i njihovu vremensku povezanost.

Neizbježnost utvrđivanja neposrednosti prema planu djelovanja počinitelja (individualno-objektivno stajalište),⁸⁴ a ne prema realnom subjektivnom doživljaju vidi se iz sljedećeg primjera. Uvijek je potrebno radnju koju je počinitelj poduzeo usporediti s njegovim planom (kroz stajalište razumnog i neutralnog prosuditelja o neposrednoj vremenskoj, prostornoj i jedinstvenoj vezi) i planiranom radnjom počinjenja kojom se ostvaruje biće kaznenog djela. Kako počinitelj sam doživljava tu blizinu, irelevantno je.⁸⁵

Tako, primjerice,⁸⁶ tko hoće provaliti u kuću kako bi protupravno oduzeo određene predmete, pa je u tu svrhu obilazeći motri, počinio bi pokušaj teške krađe provaljivanjem pod uvjetom da je htio kazneno djelo odmah dovršiti, jer je, primjerice, pronašao prigodno mjesto za ulazak u kuću (otvoren prozor). Suprotno tomu, počinitelj se nalazi još u stadiju pripremnih radnji ako još planira otići kući po alat za provaljivanje kada mu se pokaže povoljna prilika (nakon što pronađe otvoreni prozor). Tada nedostaje neposredna vremenska povezanost i jedinstvo radnje obilaženja kuće s planiranom radnjom počinjenja kaznenog djela, odnosno protupravnim oduzimanjem stvari, iako je prema doživljaju počinitelja riječ o prirodnom jedinstvu.

4. ZAKLJUČAK

U radu se analizira razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja prema tekstu KZ-a/11. S obzirom na dosadašnje nedorečenosti i pravne praznine u zakonskom reguliranju pokušaja, utvrđuje se intencija zakonodavca koji ih je nastojao otkloniti novom zakonskom formulacijom koja je ukorijenjena u austrijskom i njemačkom zakonodavstvu. Iako je u radu na više mjesta istaknuto kako dosadašnju formulaciju “započeo ostvarivati kazneno djelo” ne treba restriktivno tumačiti po uzoru na stranu sudsku praksu, ipak su tim načinom otklonjene sve nedoumice. Isto tako treba primijetiti da zakonska definicija

⁸³ Fuchs, H., *op. cit.* (bilj. 57), str. 248.

⁸⁴ Slično Novoselec, P., *op. cit.* (bilj. 3), str. 304.

⁸⁵ Fuchs, H., *op. cit.* (bilj. 57), str. 249.

⁸⁶ *Ibidem.*

pokušaja u Austriji i SR Njemačkoj nije potpuno identična novoj zakonskoj definiciji pokušaja u hrvatskom KZ-u/11, ali se smisleno preklapaju. Kako iz teksta Obrazloženja Konačnog prijedloga KZ/11 proizlazi, posebno je naglašeno austrijsko zakonodavstvo kao uzor čl. 34. st. 1. KZ/11.

Analizirajući u radu subjektivni element pokušaja koji podrazumijeva namjeru te objektivne elemente koji su predstavljeni planom, radnjom počinjenja i neposrednošću, vidi se da hrvatski zakonodavac prihvaća teorijska stajališta stranih teoretičara te ih je ukomponirao u definiciju pokušaja. Strana zakonodavstva koriste se pojmom odluke koji nas tumačenjem vodi do namjere, čime hrvatski zakonodavac jasno i precizno prikazuje svoju intenciju u KZ-u/11. Činjenica da je potrebna *prostorna i vremenska* neposrednost kao takva nije spomenuta u definicijama pokušaja stranih zakonodavstava, ali je neizostavan element prilikom tumačenja neposrednosti u stranim komentarima zakona, udžbenicima i sudskoj praksi. Posebno je naglašen plan kao način utvrđivanja neposrednosti, a njega će sud shvatiti kroz način djelovanja počinitelja. Plan kao takav nije formalan element pokušaja, ali ga je potrebno uzeti u obzir, što proizlazi iz *ratio legis* odredbe o pokušaju. Na kraju ostaje zaključiti kako unatoč nepropisivanju redoslijeda utvrđivanja elemenata pokušaja, sud najprije treba utvrditi namjeru, a zatim objektivna obilježja.

Summary

THEORETICAL ASPECTS OF THE DISTINCTION BETWEEN PREPARATORY ACTS AND ATTEMPTS ACCORDING TO THE NEW CRIMINAL CODE

In this paper, the author analyses the interpretation of the definition of attempt pursuant to the Criminal Code of 2011, which accepts the individual-objectivist theory. In spite of proclaiming the formal-objectivist theory in the definition of attempt in the 1997 Criminal Code, the case law in the Republic of Croatia has, to a certain extent, though insufficiently, been following the case law of foreign legislations using theoretical understandings and removing some flaws in the 1997 Criminal Code, due to which a need arose for a new definition of attempt. The paper presents the manner of interpreting the provisions on attempt in German and Austrian criminal law theory and breaks down the definition given in the Croatian legislation into elements that are important for the occurrence of an attempt (intent, plan, the act of commission and direct act). To facilitate understanding, the author illustrates this with examples from foreign and domestic case law.