

Dr. sc. Igor Martinović*

PLEDOAJE ZA BRISANJE ZAKONSKE ODREDBE O SASTOJCIMA KRIVNJE

U radu se propituje teorijska koherentnost i praktična svrhovitost zakonske odredbe o sastojcima krivnje. S tim ciljem, autor se uvodno osvrće na različite načine sistematizacije pojma kaznenog djela te ukratko izlaže promjene u razumijevanju neprava i krivnje tijekom klasičnog, neoklasičnog i finalističkog učenja o kaznenom djelu. Potom analizira genezu, teorijski smisao i praktično značenje materijalnog (teleološkog) modela razlikovanja neprava i krivnje, čiju potpunu implementaciju u hrvatskom kaznenom pravu priječi upravo odredba o sastojcima krivnje. Materijalni model razlikovanja neprava i krivnje promatra kroz prizmu razlikovanja opravdanja i eksculpacije kao pravnoetičkog postulata, da bi zatim upozorio na praktične prednosti tog modela, prvenstveno iz perspektive dualističkog sustava kaznenopravnih sankcija. U završnom dijelu rada autor se kritički osvrće na proturječnosti koje se u hrvatskom kaznenom pravu pojavljuju kao posljedica neuravnoteženog odnosa između dualističkog sustava sankcija i formalističkog modela kaznenog djela, koji namjeru i dalje smatra sastojkom krivnje. Pritom analizira dvije alternative postojećem zakonskom uređenju: prelazak na monistički sustav sankcija te brisanje odredbe o sastojcima krivnje. Potonju alternativu autor smatra realnijom i nomotehnički provedljivijom.

1. UVOD

U Kaznenom zakonu iz 1997. godine¹ (u daljnjem tekstu: KZ/97) hrvatski zakonodavac odvažio se na neobičan legislativni zahvat definiravši u čl. 39. sadržaj krivnje. Uz manje sadržajne nadopune, tu je odredbu preuzeo i novi Kazneni zakon² u čl. 23. („sastojci krivnje“), tako da odredba kojom se definira

* Dr. sc. Igor Martinović, znanstveni novak – viši asistent na Katedri za kazneno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci

¹ Kazneni zakon, NN 110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/08, 57/11, 143/12

² Kazneni zakon, NN 125/11, 144/12

krivnja u hrvatskom kaznenom pravu postoji već gotovo dva desetljeća. *De lege lata*, navedena odredba glasi: „Kriv je za kazneno djelo počinitelj koji je u vrijeme počinjenja kaznenog djela bio ubrojiv, koji je postupao s namjerom ili iz nehaja, koji je bio svjestan ili je bio dužan i mogao biti svjestan da je njegovo djelo zabranjeno, a ne postoji nijedan ispričavajući razlog.“ Imajući u vidu da je riječ o zakonskoj definiciji koja je u mnogočemu unikatna u komparativnom kaznenom zakonodavstvu, potrebno je propitati odgovara li ona suvremenim kretanjima u kaznenopravnoj teoriji te jesu li prihvatljive njezine praktične konzekvencije.

2. IZOSTANAK DEFINICIJE KRIVNJE U KOMPARATIVNOM ZAKONODAVSTVU

Kako bismo potkrijepili tvrdnju da je odredba o „sastojcima krivnje“ (čl. 23.) neuobičajena u usporednom pravu, osvrnut ćemo se na zakonodavstva koja tradicionalno predstavljaju uzor hrvatskom zakonodavcu: njemačko, austrijsko i švicarsko.

Što se tiče njemačkog Kaznenog zakonika, on u glavi „Kazneno djelo“ pojam krivnje spominje na svega nekoliko mjesta. Ta mjesta su sljedeća: § 17, gdje njemački zakonodavac navodi da je učinak neotklonjive zablude o protupravnosti isključenje krivnje, § 19 i § 20, gdje govori o nesposobnosti za krivnju (*Schuldunfähigkeit*) djece i duševnih bolesnika, § 21, u sklopu kojeg se obrađuje smanjena ubrojivost, tj. „smanjena sposobnost za krivnju“ (*verminderte Schuldfähigkeit*), § 29, u kojem se propisuje načelo neovisnosti krivnje pojedinih sudionika, te § 35, koji regulira ispričavajuću krajnju nuždu. Sukladno navedenom, očito je da njemački zakonodavac nigdje ne definira pojam krivnje.

Ni austrijski zakonodavac nije se upustio u avanturu propisivanja „sastojaka“ krivnje. Krivnju spominje u sljedećim općim odredbama: u § 4 Kaznenog zakonika, gdje propisuje načelo krivnje (u izvornom obliku *nulla poena sine culpa*), u § 9, gdje navodi isključenje krivnje kao učinak „pravne zablude“, u § 10, u kojem je uređena ispričavajuća krajnja nužda, u § 11, u kontekstu neubrojivosti, te u § 13 i § 14, gdje se postulira i pojašnjava načelo neovisnosti krivnje pojedinih sudionika.

Poput njemačkog i austrijskog, ni švicarski zakonodavac ne određuje krivnju. U glavi „Kažnjivost“ švicarskog Kaznenog zakonika pojam krivnje koristi se u čl. 16. (ispričavajuća nužna obrana), čl. 18. (ispričavajuća krajnja nužda), čl. 19. (neubrojivost i smanjena ubrojivost), čl. 20. (dvojbena ubrojivost) te u čl. 21. (zabluda o protupravnosti).

3. O POTREBI I NAČINIMA SISTEMATIZACIJE POJMA KAZNENOG DJELA

Na prvi pogled, izostanak definicije krivnje u njemačkom, austrijskom i švicarskom zakonu nije nešto što bi trebalo osobito brinuti hrvatskog zakonodavca. Nesumnjivo je, naime, da se mnogi od vodećih svjetskih kaznenopravnih sustava ne zasnivaju na germanofonoj kaznenopravnoj dogmatici, pa ipak solidno vrše svoju društvenu funkciju i uspijevaju izaći na kraj s dvojabama koje se pojavljuju u sudskoj praksi. U tom kontekstu dovoljno je kao primjer navesti Englesku, koja ne samo da nema razvijenu kaznenopravnu dogmatiku nego uopće ne posjeduje ni kazneni zakon, no svejedno služi kao normativni model velikom broju zemalja svijeta.

U prilog tezi da je nepotrebno zamarati se usklađenošću odredbe o sastojcima krivnje s komparativnim uzorima, poneki bi cinik mogao reći i da hrvatsko kazneno pravosuđe ima puno većih problema od pitanja je li svaka pojedina odredba Općeg dijela Kaznenog zakona na tragu suvremenih dogmatskih kretanja. Na kraju krajeva, puno više pozornosti u praksi izazivaju neprestane perturbacije u kaznenom procesnom pravu, ili pak konceptualni preustroj gospodarskih delikata, negoli – često vrlo apstraktna – pitanja koja se tiču strukture kaznenog djela.

Da bi se opovrgnuli navedeni argumenti, nije dovoljno samo pokazati da odredba o sastojcima krivnje ne odgovara teorijskim zamislama pojedinih renomiranih autora, već se u prvom redu treba zapitati zašto je uopće bitno sadržava li krivnja ove ili one „sastojke“. Drugim riječima, treba pokazati da rasprava o sastojcima krivnje nije tek zamorna logička igra kaznenopravnih teoretičara, već je riječ o nečemu što ima stvaran, opipljiv smisao. U nastavku ćemo se stoga posvetiti pitanju čemu uopće služi diferencijacija pojedinih elemenata kaznenog djela te koje je značenje razlikovanja neprava i krivnje.

U recentnoj domaćoj udžbeničkoj literaturi navodi se da formalni pojam kaznenog djela čine četiri elementa: radnja, biće kaznenog djela, protupravnost i krivnja.³ Svaki od tih elemenata ima određene funkcije u sustavu kaznenog djela. Primjerice, jedna je od funkcija radnje isključivanje iz domene kaznenog prava svih onih događaja koji se ne mogu pripisati čovjeku; uloga bića kaznenog djela sastoji se u izražavanju onog što je tipično za pojedino kazneno djelo itd.⁴ Iako se svakom od navedenih četiriju elemenata mogu atribuirati

³ Novoselec, P., Bojanić, I., Opći dio kaznenog prava, 4. izd., Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2013., str. 115.; Grozdanić, V., Škorić, M., Martinović, I., Kazneno pravo – opći dio, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2013., str. 82.-83.

⁴ Za jezgrovito pojašnjenje podjele na četiri formalna elementa kaznenog djela v. Novoselec, P., Bojanić, I., op. cit., str. 116.-117.

određene funkcije u sustavu kaznenog djela, mnogi autori (npr. Welzel,⁵ Wessels/Beulke/Satzger⁶) razlikuju samo tri strukturna elementa kaznenog djela: biće kaznenog djela (koje obuhvaća i radnju), protupravnost i krivnju. Unatoč prividnoj suprotstavljenosti podjele na četiri odnosno tri elementa, praktično bitne razlike između tih dvaju načina podjele zapravo nema te je naprosto stvar didaktike hoće li se različite teorije o radnji obrađivati u sklopu bića kaznenog djela ili u okviru pojma radnje kao samostalnog elementa u strukturi delikta.

Neki autori idu i korak dalje pa razlikuju samo dva elementa formalnog pojma kaznenog djela: (prošireno) biće kaznenog djela i krivnju. Tu varijantu zastupaju u prvom redu pobornici suvremenih inačica teorije o negativnim obilježjima bića kaznenog djela (npr. Otto⁷), koji smatraju da i nepostojanje razloga isključenja protupravnosti ulazi u prošireni pojam bića kaznenog djela (*Unrechtstatbestand*). Toj se koncepciji upućuju različiti teorijski prigovori, poput onoga da obilježja koja isključuju protupravnost vrijede samo u iznimnim slučajevima, dok je u tipičnom slučaju povreda pravnog dobra, tj. ostvarenje bića kaznenog djela, dovoljan uvjet da bi određeno djelo bilo protupravno.⁸ U tom kontekstu često se kao argument protiv teorije o negativnim obilježjima bića kaznenog djela navodi usporedba između ubojstva čovjeka u nužnoj obrani te usmrćenja životinje; usmrti li netko komarca, tada uopće ne postoji povreda pravnog dobra, dok u slučaju ubojstva čovjeka u nužnoj obrani postoji povreda pravnog dobra, ali je ta povreda u konkretnom slučaju iznimno dopuštena. Ukidanjem diferencijacije bića kaznenog djela i protupravnosti razlika između navedenih dviju situacija izgubila bi svoje značenje u sustavu kaznenog djela, zbog čega – prema mišljenjima kritičara – ova teorija dovodi do neprihvatljivih rezultata.

Iako je sporno treba li se kaznenopravna sistematika graditi na samo dva ili pak tri (tj. četiri) temeljna elementa, nedvojbeno je da svi elementi kaznenog djela koji prethode krivnji (radnja, biće kaznenog djela, protupravnost) čine „više jedinstvo“⁹, pa je i pitanje međusobnog odnosa između elemenata objedinjenih u okviru pojma nepravu (*Unrecht*) od mnogo manjeg značenja negoli pitanje odnosa između neprava i krivnje. O tom odnosu bit će više riječi u nastavku.

⁵ Welzel, H., Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre, Juristische Schulung, 1966., str. 421.

⁶ Wessels, J., Beulke, W., Satzger, H., Strafrecht. Allgemeiner Teil, 43. izd., C. F. Müller, 2013., str. 8.

⁷ Otto, H., Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre, 7. izd., 2004.

⁸ V. npr. Novoselec, P., Bojanić, I., op. cit., str. 162.; Jescheck, H.-H., Weigend, T., Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. izd., Duncker & Humblot, 1995., str. 250.-251.

⁹ Roxin, C., Strafrecht. Allgemeiner Teil, sv. 1., 4. izd., C. H. Beck, 2006., str. 290.

4. PROMJENE U SHVAĆANJU NEPRAVA I KRIVNJE TIJEKOM RAZVOJA KAZNENOPRAVNE DOGMATIKE

4.1. Nepravo i krivnja u klasičnom učenju o kaznenom djelu

Klasično učenje o kaznenom djelu temelji se na mehanicističkom pogledu na svijet. Umjesto u hegelijanskoj filozofiji, krajem XIX. stoljeća kazneno je pravo metajuridičku legitimaciju započelo tražiti u pozitivizmu, filozofskom svjetonazoru koji je pretendirao raskinuti s „mistikom“ i „poezijom“ spekulativne filozofije te se okrenuti dokazivom i vrijednosno neutralnom; jednom riječju – znanstvenim činjenicama. Pojmovnu jurisprudenciju (*Begriffsjurisprudenz*), okrenutu hladnom logiciranju, odnosno izgradnji „pojmovnih piramida“, zamijenilo je nastojanje da se uspostavi znanstveno fundiran sustav kaznenog djela.

U skladu s težnjama da se pronađe objektivni kriterij diferencijacije elementata kaznenog djela, klasična dogmatika nepravo je smatrala zajedničkim nazivnikom svih vanjskih aspekata kaznenog djela, dok je krivnja predstavljala unutarnju (psihičku) dimenziju delikta. Pojam radnje, a samim time i deliktne elementi koji se na nj nadovezuju (biće djela i protupravnost), temeljili su se na mehanicistički shvaćenom konceptu uzročnosti, dok se krivnja – uz pomoć novostvorenih empirističkih disciplina – nastojala lišiti „neznanstvenog“ vrijednosnog temelja i konstituirati kao mjerljiv psihički odnos. Za etiku kao fundament krivnje u takvoj koncepciji nije bilo mjesta, o čemu najbolje svjedoči citat iz prvog izdanja Lisztovog udžbenika: „Pravna krivnja s etičkom ili religijskom krivnjom nema ničeg zajedničkog osim – nažalost – imena.“¹⁰ U tako zamišljenoj dogmatici razlikovala su se dva oblika krivnje (*Schuldformen*): namjera i nehaj. Budući da je ubrojivost (*Zurechnungsfähigkeit*, *Schuldfähigkeit*) preduvjet krivnje, a ne njezina sastavnica,¹¹ dok se svijest o protupravnosti (barem izrijekom) ne traži,¹² navedena dva oblika krivnje jedini su sadržaj krivnje.

Iako je klasično učenje u njemačkoj, austrijskoj i švicarskoj doktrini uskoro odbačeno, treba naglasiti da su srodni modeli – koji se zasnivaju na razlikovanju vanjske i unutarnje strane delikta – i danas zastupljeni u velikom broju zemalja. U tu skupinu bez daljnijega spada englesko pravo, koje razlikuje *actus reus* i *mens rea*,¹³ no treba naglasiti da je i u nekim kontinentalnim pravnim doktrinama još uvijek opstala klasična koncepcija. Primjerice, u Italiji dio autora još uvi-

¹⁰ Liszt, F., *Das deutsche Reichsstrafrecht*, 1881., str. 105.

¹¹ Id., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Walter de Gruyter, 1919., str. 156.-157.

¹² O tome Safferling, C. J. M., *Vorsatz und Schuld. Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht*, Mohr Siebeck, 2008., str. 37.

¹³ O razlikovanju *actus reus* i *mens rea* v. npr. Williams, G., *Textbook of Criminal Law*, 2. izd., Stevens & Sons, 1983., str. 70.

jek slijedi Carraru, koji je još u XIX. stoljeću proveo sistematizaciju pojma kaznenog djela koja uvelike podsjeća na klasičnu njemačku (Lisztovu i Belingovu) koncepciju.¹⁴ Zbog svoje jednostavnosti, klasično učenje i dalje privlači određen broj autora u onim kontinentalnim pravnim sustavima u kojima je provedena tek fragmentarna recepcija novije njemačke dogmatike, pa tako i kod nas.

4.2. Subjektivizacija neprava i normativizacija krivnje u neoklasičnom učenju

Iako je nesumnjivo riječ o „jednostavnoj, preglednoj i didaktički povoljnoj“¹⁵ koncepciji, klasično učenje o kaznenom djelu u njemačkoj je doktrini odbačeno relativno brzo nakon pojavljivanja. Novim je shvaćanjima put utro sam Liszt, inače korifej klasičnog učenja, kada je naposljetku shvatio da je krivnju nemoguće definirati samo u formalnom smislu, kao unutarnju stranu delikta, već je potrebno ponuditi i odgovarajuću materijalnu definiciju krivnje. U kasnijim izdanjima svojeg udžbenika Liszt krivnju određuje kao antisocijalno osvjedočenje (*antisoziale Gesinnung*) počinitelja, koje se prepoznaje na temelju počinjenog djela kao antisocijalnog ponašanja.¹⁶ Drugim riječima, krivnja se sastoji u „manjkavosti osjećaja dužnosti, traženog naspram zajedničkog života ljudi u državi, te time proizvedenoj antisocijalnoj motivaciji (određivanju ciljeva suprotstavljenih društvenim ciljevima).“¹⁷ Premda Liszt to izrijekom ne priznaje, iz navedenih određenja krivnje bjelodano je da je njegov početni pozitivistički zanos s vremenom splasnuo. To je najočitiije iz činjenice da se pri definiranju krivnje koristi terminom „osvjedočenje“ (*Gesinnung*), koji je snažno moralistički obojen i koji igra važnu ulogu u klasičnom njemačkom idealizmu.¹⁸ S obzirom na to, ne preostaje drugo nego zaključiti da je i sam Liszt u kasnijoj fazi krivnju započeo shvaćati kao vrijednosni sud.¹⁹

¹⁴ Treba ipak naglasiti da su u Italiji vrlo snažne i koncepcije koje su slične neoklasično-finalističkoj sintezi, kao i suvremenim njemačkim funkcionalističkim („normativističkim“) pravcima. V. Maiwald, M., Einführung in das italienische Strafrecht und Strafprozeßrecht, Peter Lang, 2009., str. 52.-54.

¹⁵ Jescheck, H.-H., Weigend, T., op. cit., str. 202.

¹⁶ Parafrazirano prema: Novoselec, P., Sloboda, krivnja i krivično pravo, Pravni fakultet u Zagrebu, 1987., str. 58.

¹⁷ Liszt, F., Lehrbuch..., 1919., str. 152.

¹⁸ U prilog tome govori sljedeći citat iz Kantove Osnove metafizike čudoređa: „Kategorički imperativ ne tiče se pitanja radnje i onoga što iz nje treba proizići, već oblika i načela iz kojih ona sama slijedi; bit, pak, onoga što je dobro (*das Wesentlich-Gute*) u radnji sastoji se u osvjedočenju (*Gesinnung*), dok ishod može biti kakav mu drago.“ Kant, I., Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1785., IV., 416.

¹⁹ Tako i Novoselec, P., Sloboda..., str. 59.

Lisztov djelomičan zaokret prema shvaćanju krivnje kao vrijednosnog suda ne može se promatrati izolirano. On se, naime, događao u širem kontekstu jačanja vrijednosnih (aksioloških) strujanja u pravnoj dogmatici i filozofiji na početku XX. stoljeća. Jescheckovim riječima, „na mjesto formalne logičke korektnosti jurističkog mišljenja, okrenutog samom sebi, stupile su težnje za izgradnjom pojma kaznenog djela na ciljevima kojima teži kazneno pravo i vrijednosnim promišljanjima koja stoje u pozadini tih ciljeva“.²⁰ Umjesto u pozitivizmu, kazneno je pravo metajuridičku legitimaciju započelo tražiti u vrijednosno orijentiranom neokantovstvu, pa je u skladu s time i kaznenopravna dogmatika doživjela nemale promjene.

Aksiološka shvaćanja prodrli su u sve segmente učenja o kaznenom djelu. Promjene je doživio već i sam institut radnje, koji se prestao shvaćati kao puki tjelesni pokret. Još važnije promjene dogodile su se u sferi bića kaznenog djela: pokazalo se, naime, da se iz bića djela ne mogu uvijek apstrahirati subjektivni kriteriji, jer se bez njih ne može izraziti ono što je tipično za pojedino kazneno djelo. Primjerice, o ostvarenju tipičnih obilježja krađe, a samim time niti o ostvarenju bića kaznenog djela krađe, ne može biti govora ako počinitelj nema cilj protupravno prisvajanje. Ako je npr. počinitelj oduzeo tuđi automobil samo kako bi se njime provozao, bez cilja da ga zadrži za sebe, tada nije ostvario biće kaznenog djela krađe, već biće nekog drugog kaznenog djela koje također sadržava oduzimanje tuđe pokretne stvari (u konkretnom slučaju: kazneno djelo neovlaštene uporabe tuđe pokretne stvari iz čl. 234.).

Uvođenjem subjektivnih obilježja u biće kaznenog djela u kaznenopravnoj doktrini srušen je mit da je nepravo moguće svesti na vanjsku stranu delikta. Štoviše, subjektivizacija neprava dovela je posljedično i do nemogućnosti da se krivnja definira kao skup svih subjektivnih obilježja djela, naprosto zbog toga što su pojedini subjektivni elementi sadržani već u nepravu. Pridružimo li tome činjenicu da su i krivnju (i to u još većoj mjeri negoli nepravo) zahvatili aksiološki trendovi, ne čudi da je i taj institut doživio mnoge promjene.

Promjene u sferi krivnje značile su poraz psiholoških teorija, koje su krivnju nastojale svesti na vrijednosno neutralan psihološki odnos počinitelja prema djelu. U novoj, „normativnoj“ koncepciji krivnje, za koju je najzaslužniji Reinhard Frank, krivnja je shvaćena kao oblikovanje volje koje je protivno dužnosti (*pflichtwidrige Willensbildung*), zbog kojeg se počinitelju može uputiti prijekor.²¹ Upravo je prijekor (*Vorwurf*) postao središnji pojam normativnih teorija krivnje, čime se napokon odustalo od pozitivističkog pokušaja razdvajanja pravne i moralne krivnje. Pokazalo se, drugim riječima, da je pravnu krivnju nemoguće bezuvjetno odvojiti od pojma prijekora kao etički impregniranog pojma, tj. da „individualni odnos učinioca prema normi koja mu

²⁰ Jescheck, H.-H., Weigend, T., op. cit., str. 204.

²¹ Frank, R., *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907., str. 11.

nalaže određeno ponašanje, taj stav cjelokupne njegove unutrašnjosti prema personaliziranoj dužnosti zaista pripada u domenu prava, ali se ne može objasniti samo pravnim razlozima jer u tom slučaju ostaje otvoreno pitanje otkud pravnom poretku ovlaštenje da zadire u ljudsku unutrašnjost.²²

Prema Reinhardu Franku, krivnja se ne sastoji samo od namjere i nehaja: tu su još i ubrojivost, tj. sposobnost za krivnju (*Schuldfähigkeit*), te „normalno stanje okolnosti počiniteljeve radnje“²³ (*normale Beschaffenheit der Umstände, unter welchen der Täter handelt*). Ubrojivost je u okviru Frankove koncepcije prestala biti tretirana kao pretpostavka krivnje, umjesto čega je postala konstitutivnim elementom same krivnje. Iz „normalnog stanja okolnosti počiniteljeve radnje“ razvio se pak normativni element krivnje, u njemačkom jeziku poznat kao *Zumutbarkeit*. Taj se termin kod nas prevodi kao „mogućnost da se zahtijeva drukčije ponašanje“,²⁴ „mogućnost očekivanja ponašanja u skladu s pravom“,²⁵ „sposobnost ili mogućnost od nekoga nešto zahtijevati“²⁶ ili jednostavno kao „pripisivost“.²⁷

Premda su se u početku zagovornici normativnih teorija krivnje fokusirali na rasprave o pripisivosti, težište je uskoro prebačeno na svijest o protupravnosti. Predmet svijesti o protupravnosti ostao je sporan, što je i logično s obzirom na opstojnost različitih shvaćanja protupravnosti: pojedini su autori smatrali da se svijest odnosi na formalnu, a drugi na materijalnu protupravnost. Štoviše, i dogmatski je položaj svijesti o protupravnosti ostao sporan. U tom pogledu iskristalizirala su se, u vrijeme neoklasičnog učenja, dva temeljna shvaćanja: stroga teorija namjere i ograničena teorija namjere. Pojednostima tih dviju teorija, kao i prednostima odnosno manama svake od njih, ovdje se nećemo baviti; u kontekstu o kojem ovdje raspravljamo bitno je jedino naglasiti da je uvođenje svijesti o protupravnosti – kao normativnog elementa *par excellence* – u pojam krivnje značilo definitivan kraj pozitivističke (psihološke) koncepcije, koja je krivnju svodila na namjeru i nehaj.

²² Novoselec, P., Sloboda..., str. 65.

²³ Cit. prema: Safferling, C. J. M., op. cit., str. 51.

²⁴ Novoselec, P., Sloboda..., str. 66.

²⁵ Bojanić, I., Značajnije promjene na području krivnje prema trećoj noveli Kaznenog zakona, HLJKPP, vol. 10, 2/2003., str. 307.-340., str. 323.

²⁶ Šilović, J., Frank, S., Krivični zakonik za Kraljevinu SHS, 1929., str. 40.

²⁷ *Zumutbarkeit* je kao pripisivost (tj. „pripisivost“) preveo još Toma Živanović. Zbog kratkoće i pamtljivosti taj se izraz može prihvatiti, premda ne polazi od pojma „očekivati“ (*zumuten*), pa ne izražava bit samog instituta na koji se odnosi. Njegova daljnja slabost je i u tome što je značenjski vrlo blizak pojmovima kao što su ubrojivost i uračunavanje. Pojmom se koriste i drugi autori, npr. Srzentić, N., Stajić, A., Lazarević, Lj., Krivično pravo SFRJ – opšti deo, Savremena administracija, Beograd, 1978., str. 232.

4.3. Tektonske promjene u razumijevanju neprava i krivnje u vrijeme finalističkog učenja

Finalističko *učenje* bilo je daljnji odmak od pozitivizma. Kritizirajući pozitivistička strujanja u kaznenopravnoj znanosti prve polovine XX. stoljeća, začetnik tog učenja Hans Welzel obrušava se na nastojanja „da se sadržaj pravnih pojmova što je više moguće reducira na činjenice koje pripadaju prirodoznanstvenoj ... stvarnosti.“²⁸ Obračunava se i s prirodoznanstvenim tendencijama u postnacističkoj njemačkoj pravnoj misli, predbacujući im „mimikriju prethodnih vrednovanja u pojmu prirode“²⁹, te ih optužuje za kružnu argumentaciju.³⁰

Umjesto uzročnosti, kao pojma sa snažnim prirodoznanstvenim prizvuikom, Welzel u centar kaznenopravne dogmatike postavlja koncept „finalnosti“, koji potječe iz fenomenološke filozofije.³¹ Bez finalnosti, tj. ciljne orijentiranosti, nema ni ljudske radnje, pa je pojam radnje nemoguće graditi samo na kauzalitetu, bez ikakvih subjektivnih primjesa. Radnja je, drugim riječima, „izvršenje ciljne djelatnosti“ (*Ausübung der Zwecktätigkeit*).³²

Takvo je stajalište dovelo do tektonskih promjena u kaznenopravnoj dogmatici: budući da bez finalnosti nema radnje, a finalnost je zapravo sinonim za namjeru,³³ logično je zaključiti da namjera ne može biti „oblik krivnje“, već je riječ o pojmu koji obilježava i ranije elemente u sustavu kaznenog djela, tj. elemente koji pripadaju nepravu (radnja, biće kaznenog djela, protupravnost). Na taj način nepravo postaje personalno (*täterbezogenes*, „*personales Handlungsunrecht*“); ono je, između ostaloga, određeno ciljevima počinitelja, njegovim odnosom prema djelu te pitanjem predstavlja li počinjenje djela povredu počiniteljeve dužnosti.³⁴ Za razliku od „nevrijednosti činjeničnog stanja“ (*Sachverhaltsunrecht*), koja je karakteristična samo za pojedine slučajeve kaznenih djela, personalna nevrijednost radnje (*die personale Handlungsunwert*) predstavlja opću nevrijednost zajedničku svim stadijima kaznenog

²⁸ Welzel, H., *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, 1975., str. 67.

²⁹ Loos, F., Hans Welzel (1904.-1977.), Professor für Strafrecht und Rechtsphilosophie in Bonn, <http://www.rheinische-geschichte.lvr.de/persoentlichkeiten/W/Seiten/HansWelzel.aspx>, 23. svibnja 2014.

³⁰ Stratenwerth, G., Hans Welzel, u: *Enzyklopaedie zur Rechtsphilosophie*, <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/83-welzel-hans>, 23. svibnja 2014.

³¹ Welzel izrijekom navodi filozofa Nicolajja Hartmanna kao tvorca tog pojma. V. Welzel, H., *Das deutsche Strafrecht*, 11. (14.) izd., Walter de Gruyter, 1969., str. 37.

³² Očito ni Welzel nije uspio dati definiciju koja bi u cijelosti bila lišena elementa cirkularnosti budući da radnju (*Handlung*) određuje kao djelatnost (*Tätigkeit*). V. Welzel, H., *Das deutsche Strafrecht*, str. 33.

³³ Tako i Novoselec, P., Bojanić, I., op. cit., str. 121.

³⁴ Welzel, H., *Das deutsche Strafrecht*, str. 62.

djela – kako dovršenom djelu tako i onom koje je ostalo u pokušaju.³⁵ Time je subjektivizacija neprava, koja je započela u vrijeme neoklasičnog učenja, u potpunosti dovršena.

Ima li se u vidu dalekosežnost spomenutih dogmatskih perturbacija, razlikovanje neprava i krivnje postalo je nemoguće temeljiti na klasičnoj formuli, prema kojoj nepravo obuhvaća sva objektivna („vanjska“) obilježja (*die objektiv-außerweltlichen Merkmale*) kaznenog djela, dok krivnji pripadaju sva subjektivna („unutarnja“) obilježja (*die subjektiv-seelischen Momente*) kaznenog djela. U Welzelovoj koncepciji, nepravo je shvaćeno kao odnos između radnje i pravnog poretka: radnja je protupravna ako ostvarenje volje nije u skladu s očekivanjima pravnog poretka. Što se pak tiče krivnje, ona se ne iscrpljuje u toj relaciji, već je temelj za upućivanje osobnog prijekora počinitelju, koji se zasniva na tome što počinitelj nije propustio poduzeti protupravnu radnju, iako je to mogao.

Kao što je već istaknuto, u finalističkom učenju institut namjere premješten je iz krivnje u sferu bića kaznenog djela. Osim filozofskih i konceptualnih, Welzel je naveo i niz čisto dogmatskih razloga za takav potez. Na prvom je mjestu svakako dogmatika pokušaja. Naime, kod pokušaja se uopće ne može govoriti o objektivnom nepravu, budući da se bez osvrtnja na počiniteljevu volju ne može zaključiti je li – te koje je – biće kaznenog djela ostvareno počiniteljevom radnjom. Primjerice, ako počinitelj zapuca na žrtvu iz pištolja i promaši je, može se – u tipičnom slučaju – raditi o pokušaju ubojstva ili pak o pokušaju (teške) tjelesne ozljede. U takvom je slučaju namjera nedvojbeno element bića kaznenog djela, budući da bi njezino svrstavanje isključivo u kategoriju krivnje onemogućilo da se uopće utvrdi koje je biće kaznenog djela ostvareno. Kako do povrede pravnog dobra nije ni došlo, subjektivno nepravo je jedino što preostaje.³⁶

Zaključak po kojem je namjere mjesto u nepravu Welzel ne ostavlja rezerviranim samo za dogmatiku pokušaja, već ga proširuje i na slučajeve u kojima je kazneno djelo dovršeno. U suprotnom bi teorijsko pozicioniranje namjere ovisilo o tome je li cilj ostvaren ili nije, odnosno, poslužimo li se već navedenim primjerom, je li počiniteljev hitac pogodio ili promašio žrtvu. Na kraju krajeva, i u slučaju da hitac pogodi žrtvu i usmrti je, počiniteljeva namjera po logici stvari treba biti tretirana kao konstitutivni dio bića kaznenog djela (*tatbestandsbegründendes Moment*) budući da se i tada biće kaznenog djela ne može odrediti, a da se u obzir ne uzme namjera počinitelja (može, primjerice, biti riječ o ubojstvu, o teškoj tjelesnoj ozljedi kvalificiranoj smrću ili pak o prouzročenju smrti iz nehaja).

³⁵ Loc. cit.

³⁶ Ibid., str. 60.-61.

5. MATERIJALNI (TELEOLOŠKI) MODEL RAZLIKOVANJA NEPRAVA I KRIVNJE

5.1. Razlikovanje opravdanja i eksculpacije kao pravnoetički postulat

Još od vremena neoklasičnog i finalističkog učenja u njemačkoj dogmatici potpuno je napušteno nastojanje da se razlikovanje neprava i krivnje provede na relaciji objektivno – subjektivno. Danas se u okviru neprava ispituje društvena štetnost (*Sozialschädlichkeit*) pojedine radnje, dok se u okviru krivnje ocjenjuje njezina prekorljivost (*Vorwerfbarkeit*).³⁷ Prema sličnoj formulaciji, nepravo podrazumijeva ocjenu o nevrjednosti djela (*Unwerturteil über die Tat*), a krivnja ocjenu o nevrjednosti počinitelja (*Unwerturteil über den Täter*).³⁸ Drugim riječima, kod neprava se postavlja pitanje što treba činiti, tj. izražava se kategorija trebanja (*Sollen*), dok se kod krivnje ocjenjuje je li počinitelj u konkretnoj situaciji mogao udovoljiti zahtjevima pravnog poretka, odnosno izražava se kategorija mogućnosti (*Können*).³⁹ Usprkos različitim izričajima, sve navedene definicije polaze od sadržajno jednakog (ili barem vrlo sličnog) shvaćanja neprava i krivnje: nepravo, naime, odražava nevrjednost posljedice (*Erfolgswert*)⁴⁰ i nevrjednost radnje (*Handlungswert*), dok se u krivnji zrcali nevrjednost počiniteljeva stava odnosno osvjedočenja (*Gesinnungswert*).⁴¹ Za razliku od formalističke kaznenopravne dogmatike (objektivno – subjektivno; *actus reus* – *mens rea*), ova dogmatska koncepcija materijalnog je („teleološkog“) karaktera.⁴²

Pitanje koje se logično nadovezuje na konstataciju da je riječ o teleološkoj, odnosno ciljno orijentiranoj, dogmatici jest koji su to uopće ciljevi koji stoje iza navedenog načina razlikovanja neprava i krivnje. Tvrditi da se ta podjela temelji na „prirodi stvari“ (*Natur der Sache*), kao što su to činili finalisti, ne zadovoljava u potpunosti. Praktičarima se takvo objašnjenje s pravom može učiniti nedovoljnim i neuvjerljivim.

Korak u dobrom smjeru jest pozvati se na diferencijaciju opravdanja (*Rechtfertigung*) i eksculpacije (*Entschuldigung*). Naime, isključenje neprava znači da je počiniteljeva radnja opravdana, dok u slučaju isključenja krivnje

³⁷ Kao začetnik ovog i danas popularnog načina razlikovanja navodi se Hegler, jedan od pionira neoklasičnog učenja. V. Hegler, A., Die Merkmale des Verbrechens, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 36, 1915., str. 19.

³⁸ Navedena formula razlikovanja pripisuje se Reinhardu Franku. V. Frank, R., op. cit., str. 11.

³⁹ Welzel, H., Das deutsche Strafrecht, str. 138.

⁴⁰ Naravno, pod uvjetom da je posljedica uopće nastupila, tj. da djelo nije ostalo u pokušaju.

⁴¹ V. npr. Wessels, J., Beulke, W., Satzger, H., op. cit., str. 8.-9.

⁴² Nazivi „formalna“ i „materijalna“ („teleološka“) kaznenopravna dogmatika koriste se i u: Pawlik, M., Das Unrecht des Bürgers, Mohr Siebeck, 2012., str. 260.

počiniteljeva radnja ostaje neopravdana, ali se počinitelj ekskulpira zbog nemogućnosti da mu se uputi prijekor. Ima li se u vidu razlika između tih dviju situacija, neprimjereno, pa čak i nepravedno bilo bi jednako tretirati počinitelje koji počine opravdanu radnju (npr. ozljeđivanje napadača u nužnoj obrani) i radnju koju pravni poredak ne odobrava, ali ipak ekskulpira počinitelja (npr. ozljeđivanje prolaznika od nebrojivog počinitelja).⁴³

Unatoč iznesenim argumentima, praktično orijentirani pravnik mogao bi (barem donekle) s pravom ustvrditi da niti uopćeno pozivanje na nepravednost istovjetnog tretmana navedenih dviju kategorija kaznenih djela nije dovoljno uvjerljiv razlog za prihvaćanje suvremene koncepcije nauštrb Lisztove i Bellingove klasične dogmatike. Da bi se potkrijepila tvrdnja da se teleološkim modelom diferencijacije neprava i krivnje kazneno pravo otisnulo na „put s kojeg nema povratka“,⁴⁴ potrebni su neki opipljiviji argumenti. Drugim riječima, potrebno je da razlikovanje opravdanja i ekskulpacije, osim što predstavlja „pravnoetički postulat“,⁴⁵ proizvodi i praktične učinke.

5.2. Materijalni model kao pravnodogmatski odraz dualističkog sustava kaznenopravnih sankcija

Najvažniji praktični učinak suvremenog („njemačkog“, materijalnog, teleološkog) načina razlikovanja neprava i krivnje sastoji se u tome što vjerno odražava temeljnu razliku između sigurnosnih mjera i kazne, čime omogućuje dosljednu translaciju dualističkog sustava kaznenopravnih sankcija na područje kaznenopravne dogmatike. Dualizam, naime, polazi od toga da kazna – kao sankcija utemeljena na krivnji – nije prikladna društvena reakcija prema svim kategorijama počinitelja kaznenih djela. I prema počiniteljima koji nisu krivi, ali su društveno opasni, društvo mora na neki način reagirati (tretmanom, izolacijom i dr.), no u takvim slučajevima kazni nema mjesta zato što je temelj i mjera kazne upravo krivnja. Takvim je počiniteljima moguće izreći jedino sigurnosnu mjeru, kao sankciju koja se nadovezuje na opasnost i koja je neovisna o krivnji.⁴⁶

⁴³ O tome zašto razlozi pravednosti govore u prilog diferenciranom pristupu tim dvjema situacijama v. Eser, A., *Die Unterscheidung von Rechtfertigung und Entschuldigung. Ein Schlüsselproblem des Verbrechensbegriffs*, u: Lahti, R. (ur.), *Criminal Law Theory in Transition: Finnish and Comparative Perspectives*, Finnish Lawyers' Publishing Company, 1992., str. 301., str. 304.-306.

⁴⁴ Küper, W., *Der entschuldigende Notstand – ein Rechtfertigungsgrund*, *Juristenzeitung*, 1983., str. 88., str. 89.

⁴⁵ Eser, A., op. cit., str. 303.

⁴⁶ „Kada su ... počinitelji koji nisu krivi opasni za zajednicu, postoji potreba za sredstvom državne reakcije koje je neovisno o krivnji. To su sigurnosne mjere ...“ *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch/van Gemmeren* § 61, redni br. 1.

S obzirom na važnost diferencijacije kazne i sigurnosnih mjera, koja je neupitna u svakom pravnom poretku koji prihvaća dualizam kaznenopravnih sankcija, pa tako i u hrvatskom, jasna su nastojanja da se ta diferencijacija odrazi u kaznenopravnoj dogmatici. Uostalom, upravo povezivanje strukture kaznenog djela sa svrhom sankcija i ostalim „kaznenopravnim svrhama“⁴⁷ jest misao vodilja danas dominantnih funkcionalističkih (teleoloških, „normativističkih“, „ciljno-racionalnih“) smjerova u kaznenopravnoj doktrini. Ta se nastojanja temelje na ideji da je krivnja preduvjet za izricanje kazne, dok je sigurnosne mjere („nepunitivne“ sankcije) moguće izreći i počinitelju koji je ostvario protupravnu radnju (nepravo), ali nije kriv.⁴⁸ Na tom tragu je i Kazneni zakon, koji u čl. 24. st. 4. propisuje da se i neubrojivoj osobi – dakle osobi koja nije kriva – može izreći cijeli niz sigurnosnih mjera (konkretno: zabrana obavljanja određene dužnosti ili djelatnosti, zabrana upravljanja motornim vozilom, zabrana približavanja, udaljenje iz zajedničkog kućanstva i zabrana pristupa internetu).

Za razliku od materijalnog modela razlikovanja neprava i krivnje, formalistički model potpuno je neosjetljiv na različitu svrhu kazne i sigurnosnih mjera. Njegov je jedini smisao – ako se to u suvremenom kontinentalnom kaznenom pravu uopće može smatrati nekim posebnim smislom – da osvijesti okolnost kako postoji i unutar nje, a ne samo vanjska strana delikta te da na taj način izričito proklamira negativan stav kaznenog prava prema bilo kakvom obliku objektivne odgovornosti, koja bi podrazumijevala kažnjavanje počinitelja samo zbog učinka koji je izazvao, neovisno o njegovoj psihičkoj dispoziciji prema djelu. Na kraju krajeva, samo se na to svodi značenje anglosaksonskog principa *mens rea*, koji nije ništa drugo negoli pravopolitičko načelo koje nalaže da se pri odlučivanju o krivnji (u procesnom smislu) uzimaju u obzir i subjektivne, a ne samo objektivne okolnosti djela (*actus non facit reum nisi mens sit rea*). Izvan navedene kvazisvrhe formalističkog modela, koja je uostalom u potpunosti konzumirana načelom krivnje (*nullum crimen sine culpa*), autor ovih redaka ne vidi nikakav daljnji smisao tako koncipirane kaznenopravne dogmatike. Riječ je, ukratko, o modelu koji je teorijski neutemeljen i praktično posve beskoristan.

⁴⁷ Roxin, C., op. cit., str. 206.

⁴⁸ Tako i Jescheck, H.-H., Weigend, T., op. cit., str. 13.

5.3. Daljnji teorijski i praktični argumenti u prilog materijalnom modelu

Temeljna prednost teleološkog (materijalnog) modela razlikovanja neprava i krivnje svakako je u tome što omogućuje uspostavljanje konzistentnog odnosa između kaznenopravne dogmatike i svrhe kaznenopravnih sankcija. Međutim, iz principijelnog razlikovanja opravdanja i isprike (odnosno *Erfolgswert* i *Handlungswert* s jedne strane te *Gesinnungswert* s druge strane) proizlaze i daljnje teorijske i praktične prednosti materijalnog modela diferencijacije neprava i krivnje.

Prva prednost sastoji se u omogućavanju dosljedne provedbe načela limitirane akcesornosti, prema kojem se za odgovornost sudionika (poticatelja i pomagača) ne traži krivnja počinitelja, već samo to da je počinitelj ostvario protupravnu radnju. Naime, s obzirom na to da sudioništvo „ne nosi nepravu u samom sebi, nego ga crpi iz tuđeg djela“,⁴⁹ nevrjednost tuđe radnje odnosno posljedice preduvjet je odgovornosti sudionika. Međutim, to ne znači da je za odgovornost poticatelja i pomagača bitna i počiniteljeva krivnja, budući da je krivnja strogo individualna i neprenosiva okolnost koja ne može teretiti druge osobe. Navedeno razlikovanje pronalazi svoj vjerni dogmatski odraz u materijalnom modelu kaznenopravne dogmatike, budući da on diferencira nevrjednost radnje i posljedice (nepravu) od nevrjednosti počiniteljeva stava (krivnje).

Za razliku od materijalnog modela, u formalistički model ne može se uklopiti načelo limitirane akcesornosti, jer se u sklopu tog modela terminom nepravu ne označuje društveno štetno djelo, već ukupnost objektivnih okolnosti kaznenog djela („vanjska strana“ delikta). Da tu nije riječ samo o teorijskoj finesi, možemo pokazati na primjeru odgovornosti pomagača u slučaju da je počinitelj neubrojiva osoba. Naime, odgovornost takvog pomagača – sukladno načelu limitirane akcesornosti – nadovezuje se na okolnost da je počinitelj ostvario protupravnu radnju. Budući pak da je nemoguće utvrditi koju je konkretnu protupravnu radnju neubrojivi počinitelj ostvario ne uzmemo li u obzir što je on tom radnjom uopće htio postići (npr. je li imao namjeru ubiti osobu koju je ubo nožem ili je samo tjelesno ozlijediti), a samim time nije moguće niti utvrditi u kojem je djelu pomagač sudjelovao, jasno je da je formalistički model – koji ne priznaje opstojnost bilo kakvih subjektivnih momenata u sklopu neprava – nepomirljiv s načelom limitirane akcesornosti. Iz toga proizlazi da je formalistički model u koliziji s Kaznenim zakonom, budući da on u čl. 39. propisuje da se svaki supočinitelj i sudionik kažnjava u skladu sa svojom krivnjom, čime se u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu eksplicite usvaja teorija limitirane akcesornosti, tj. načelo neovisnosti krivnje pojedinih supočinitelja i sudionika.

⁴⁹ Novoselec, P., Bojanić, I., op. cit., str. 326.

Blagodati materijalnog modela razlikovanja neprava i krivnje očituju se i u nizu drugih slučajeva. Tako npr. Zakon u čl. 77. propisuje da će se imovinska korist oduzeti sudskom odlukom kojom je utvrđeno da je ostvarena protupravna radnja. Drugim riječima, ne traži se da je počinitelj koji je ostvario protupravnu radnju uz to bio i kriv. I u ovom kontekstu nije teško zamisliti primjer u kojem se pokazuje neodrživost formalističkog modela. Primjerice, na temelju formalističkog modela u spornim situacijama nije moguće odrediti koje je protupravno djelo protiv imovine ostvario neubrojivi počinitelj, jer je za odgovor na to pitanje potrebno zaći u sferu počiniteljeva subjektivnog odnosa prema djelu, koji pak u okviru formalističkog modela u cijelosti pripada krivnji.

6. MONIZAM KAO ALTERNATIVA?

U dosadašnjem izlaganju nastojali smo potkrijepiti tvrdnju da je prihvaćanje materijalnog (teleološkog) modela razlikovanja neprava i krivnje jedino logično rješenje u sustavu koji prihvaća dualizam kaznenopravnih sankcija. Sukladno tome, sve dok hrvatski zakonodavac stoji na pozicijama dualizma, prihvaćanje teleološkog modela – prema stajalištu autora ovih redaka – predstavlja neminovnost. Međutim, treba imati u vidu i to da dualizam u kaznenom pravu nije svugdje prihvaćen, pa se u tom kontekstu postavlja legitimno pitanje može li se hrvatsko kazneno pravo *pro futuro* utemeljiti na zasadama monizma, čime bi se uvelike izbjegla potreba za primjenom materijalnog modela razlikovanja neprava i krivnje. Navedeno pitanje u svojoj filozofskoj širini i dubini nadilazi limitirane okvire ovog rada, ali je ipak – ne ulazeći u srž problema – potrebno iznijeti nekoliko napomena.

Za početak, valja se prisjetiti kako je uopće nastao dualistički sustav kaznenopravnih sankcija. U njemačkoj teoriji – koja je, kao i dandanas, i tada ključno utjecala na hrvatsku – dualizam se pojavio kao rezultat kompromisa između pravno-pozitivistički orijentiranih „klasičara“, predvođenih Bindingom i Birkmeyerom, koji su smisao kazne pronalazili u odmazdi (*Vergeltung*), te Lisztovih empirijsko-pozitivističkih „modernista“, koji su svrhu kazne vidjeli ponajprije u specijalnoj prevenciji (tzv. ciljna kazna, *Zweckstrafe*⁵⁰). Prihvaćanjem sustava dvostrukog kolosijeka („dvostračnost“, *Zweispurigkeit*), koji je prvi primijenio Carl Stooss u Prednacrtnu švicarskog Kaznenog zakonika iz 1893., učinjen je ustupak kriminalnoj politici koja se zauzimala za pretvaranje kaznenog prava u „pravo društvene zaštite“, utemeljeno na opasnosti.⁵¹

⁵⁰ V. npr. Liszt, F., Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe, u: Vormbaum, T. (ur.), *Moderne deutsche Strafrechtsdenker*, Springer, 2011., str. 224.

⁵¹ Germann, U., *Regulation statt Repression?: Überlegungen zur Geschichte der schweizerischen Kriminalpolitik im 19. und 20. Jahrhundert*, Schweizerische Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialgeschichte, 2006., str. 195., str. 196.

Dakako, taj proces nije ni približno otišao toliko daleko koliko su to pojedini radikalni teoretičari htjeli, jer su krivnja i kazna i dalje ostali temeljni pojmovi kaznenog prava, ali je katalog kaznenopravnih sankcija ipak proširen te su kazni pridodane sigurnosne mjere, kao vrsta kaznenopravnih sankcija koja je neovisna o krivnji. Na taj su način uvažena stajališta autora koji su upozoravali na to da kazna ne može biti isključivi oblik društvene reakcije na kriminal.

Iz navedenog slijedi da bi se eventualni odmak hrvatskog zakonodavca od dualizma mogao, barem u teoriji, odvijati u dva smjera. Jedna od tih opcija – ukidanje kazne za račun sigurnosnih mjera – potpuno je nerealna, pa o njoj ne vrijedi suviše raspravljati. Takvom bi intervencijom kazneno pravo bilo pretvoreno u pravo društvene obrane, a pojam krivnje naprosto bi nestao s obzorja. Za razliku od navedene empirističko-pozitivističke fantazme, druga opcija – ukidanje sigurnosnih mjera, tj. njihovo izmještanje iz kaznenog prava – realna je i praktično izvediva mogućnost. Takav oblik monizma prihvaća npr. francuski zakonodavac, koji ne poznaje sigurnosne mjere, već samo kaznu (premda i „francuska doktrina neke od kazni smatra prikrivenim sigurnosnim mjerama“⁵²). Također, na monizmu počivaju i *common law* sustavi, koji uopće ne poznaju sigurnosne mjere kao pojam.⁵³ U slučaju prelaska na monistički sustav, hrvatski zakonodavac postupanje prema opasnim počiniteljima mogao bi urediti u okviru neke druge grane prava, kao što to već sada čini u odnosu prema neubrojivim počiniteljima, kojima se prisilni smještaj određuje na temelju Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama, a ne Kaznenog zakona. Na taj bi način sankcije koje ne sadržavaju socijalnoetički prijekor izgubile karakter kaznenopravnih sankcija, tj. kazna bi u sadržajnom smislu ostala jedina kaznenopravna sankcija.

Ostavlajući po strani pitanje bi li takva sistemska promjena u konačnici donijela više štete ili koristi, očito je da bi u sklopu takvog sustava diferencijacija neprava i krivnje izgubila na važnosti, pa bi ustrajanje na materijalnom kriteriju razlikovanja tih dviju dogmatskih kategorija postalo gotovo izlišno (osobito u slučaju istovremenog odustanka od teorije limitirane akcesornosti). U takvom bi scenariju formalistički model razlikovanja bio sasvim dovoljan, a ako bismo pritom odlučili zanemariti i didaktičke prednosti sistematizacije, učenje o kaznenom djelu moglo bi se svesti na nediferencirani skup „uvjeta kažnjivosti“, unutar kojeg krivnja ne bi predstavljala izdvojenu dogmatsku kategoriju, nego samo pravno-političko i pravnoetičko načelo (*nulla poena sine culpa*, odnosno u anglosaksonskoj inačici *actus non facit reum nisi mens sit rea*).

⁵² Novoselec, P., Bojanić, I., op. cit., str. 368.

⁵³ U neslužbenom prijevodu KZ/97 (dostupnom na web-stranici Vrhovnog suda) sigurnosne mjere prevode se kao *security measures*. Jednostavnim pretraživanjem tog pojma na internetu može se doći do zaključka da se ta sintagma u engleskom jeziku praktički uopće ne koristi. Njome se služe gotovo isključivo autori iz kontinentalnog kruga kada pišu radove na engleskom jeziku. Takav ishod pretraživanja ne treba pripisivati pogrešnom prijevodu, već jednostavnoj činjenici da u anglosaksonskim sustavima ne postoji koncept sigurnosnih mjera.

Imajući u vidu da je materijalni (teleološki) model usko vezan uz dualizam, dok je formalistički model sasvim prihvatljiva solucija za monističke sustave, logično je očekivati da će ustrajanje na formalističkom modelu u okolnostima zakonski proklamiranog dualizma dovesti do značajnih dogmatskih proturječnosti i tenzija. Zanimljivo je da se upravo to dogodilo u hrvatskoj kaznenopravnoj znanosti u razdoblju dok je na snazi bio KZ/97, koji je načelo krivnje proširio na sve kaznenopravne sankcije, uključujući i sigurnosne mjere (čl. 4. KZ/97: „Nitko ne može biti kažnjen niti se prema njemu može primijeniti druga kaznenopravna sankcija ako nije kriv za počinjeno djelo.“). Takvim je potezom došlo do pomalo bizarne konfluencije monizma i dualizma: sustav sankcija ostao je dualistički, ali se krivnja kao uvjet tražila i za izricanje sigurnosnih mjera, tako je da ostalo nejasno je li se zakonodavac naposljetku odlučio za monizam⁵⁴ (što bi proizlazilo iz proširenog načela krivnje) ili za dualizam (što bi proizlazilo iz prihvaćenog sustava sankcija).

Iako se novi Kazneni zakon u čl. 4. odlučio vratiti na načelo *nulla poena sine culpa* u njegovu tradicionalnom opsegu – što je bez daljnijega logičan potez kada se ima u vidu da krivnja na načelnoj razini ne može biti pretpostavka za izricanje sigurnosnih mjera, tenzije uzrokovane istodobnim prihvaćanjem dualizma i formalističke kaznenopravne dogmatike i dalje se očituju. U tom kontekstu vrijedi iznijeti argumente pobornika rješenja iz KZ/97, koji su se protivili ponovnom ograničavanju načela krivnje samo na kazne (bila je to, uzgred budi rečeno, jedna od rijetkih polemika u suvremenoj hrvatskoj kaznenopravnoj doktrini). Jedan od ključnih argumenata u prilog proširenom načelu krivnje iz KZ/97 istaknula je Grozdanić, koja je upozorila na to da su „u našem Kaznenom zakonu sigurnosne mjere dopunske sankcije“,⁵⁵ odnosno da se ne mogu izricati samostalno, već samo kao „dopune koje se zasnivaju na opasnosti jednog inače krivog počinitelja.“⁵⁶ Autorica se potom retorički pita kako je moguće uopće primjenjivati bilo kakvu kaznenopravnu sankciju ako nema krivnje, a samim time ni kaznenog djela.

Primjedba koju ističe Grozdanić donekle je anulirana činjenicom da je Zakon u međuvremenu izmijenjen te je postalo moguće izricati sigurnosne mjere i neubrojivim osobama, tj. počiniteljima koji nisu krivi. Međutim, srž te primjedbe ipak je uvelike točna, jer „...stav da svaku kaznenopravnu sank-

⁵⁴ „Izjednačivši sve sankcije time što ih je sve učinio ovisnim o krivnji, KZ/97 je u čl. 4. zauzeo stajalište monističkih teorija koje poznaju samo jedan tip sankcija, tj. kaznu.“ V. Novoselec, P., Bojanić, I., op. cit., str. 212. V. također Đurđević, Z., Pravni položaj počinitelja kaznenih djela s duševnim smetnjama, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2002., str. 237.

⁵⁵ Grozdanić, V., Neke izmjene u području krivnje prema Prijedlogu Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona, u: Bačić, F. i dr., Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona, Organizator, 2003., str. 17., str. 20.

⁵⁶ Loc. cit.

ciju treba nužno temeljiti na krivnji počinitelja odgovara ... našoj u priličnoj mjeri usklađenoj objektivno-subjektivnoj koncepciji kaznenog djela u kojoj je krivnja element kaznenog djela.⁵⁷ Prilagodimo li navedeni argument nazivlju prihvaćenom u ovom radu, dolazimo do zaključka o povezanosti monističkog stajališta da svaku kaznenopravnu sankciju treba temeljiti na krivnji s činjenicom da Kazneni zakon i dalje eksplicite prihvaća formalistički, objektivno-subjektivni model učenja o kaznenom djelu, u sklopu kojega je nepravo objektivni, a krivnja subjektivni element kaznenog djela. Drugim riječima, Grozdanić s pravom upozorava da je iz aspekta objektivno-subjektivnog modela upitno može li se načelo krivnje ograničiti samo na kaznu ili ga treba protegnuti na sve kaznenopravne sankcije.

Kao potkrepu tvrdnje o nespojivosti formalističkog modela razlikovanja neprava i krivnje s dualističkim sustavom sankcija, možemo navesti i jednostavan primjer neubrojivog počinitelja koji zapuca prema žrtvi, ali je promaši. Da bi se, naime, takvom počinitelju izrekla bilo kakva sigurnosna mjera (temeljem čl. 24. st. 4., koji omogućuje izricanje sigurnosnih mjera neubrojivoj osobi), prijeko je potrebno djelo prethodno pravno kvalificirati, a to je nemoguće ne odgovorimo li na pitanje je li namjera počinitelja bila ozlijediti ili ubiti žrtvu. Za odgovor na to pitanje potrebno je pak posegnuti u sferu krivnje, jer je – sukladno nakaradnoj koncepciji koju prihvaća naš zakonodavac – namjera „sastojak krivnje“. Ako je pak nepravo nemoguće konstituirati bez „posuđivanja“ namjere kao elementa koji *ex lege* pripada krivnji, tada cjelokupna rasprava nema previše smisla, jer takvo okljaštreno nepravo ne posjeduje dovoljnu mjeru funkcionalne autonomnosti da bi bilo samostalan, o krivnji neovisan temelj za izricanje sigurnosnih mjera. To pokazuje da naš zakonodavac konačno treba odlučiti kakav sustav kaznenopravnih sankcija želi – monistički ili dualistički, te nakon toga izabrati hoće li – poput anglosaksonskih teoretičara – sve kaznenopravne institute tretirati kao amorfnu masu (*što može učiniti jedino ako prihvati monistički model*) ili će pak usvojiti dualistički model, koji iziskuje bitno veći stupanj sistematizacije.

7. ZAKLJUČAK

Hrvatski zakonodavac još uvijek se libi jednoznačno odrediti prema fundamentalnom pitanju kaznenopravne dogmatike – odnosu između neprava (protupravnosti) i krivnje. S jedne strane, naš Zakon u čl. 23. među sastojcima krivnje navodi namjeru i nehaj, čime se svrstava uz zastarjelo Lisztovo i Bellingovo učenje o kaznenom djelu („formalistički“ model) koje krivnju vidi kao

⁵⁷ Ibid, str. 21.

zajednički nazivnik svih subjektivnih elemenata kaznenog djela. S druge strane, zakonodavac se opredjeljuje za dualistički sustav kaznenopravnih sankcija, što ga obvezuje da ponudi zasebni dogmatski supstrat sigurnosnih mjera kao kaznenopravnih sankcija koje su neovisne o krivnji. Definirati pak dogmatski supstrat sigurnosnih mjera nije moguće ne interveniramo li u formalistički model i ne preoblikujemo li ga tako da omogućimo izricanje sigurnosnih mjera i onim opasnim počiniteljima koji nisu krivi. To je moguće jedino tako da određene elemente koji prema klasičnoj koncepciji pripadaju krivnji – konkretno namjeru i objektivni kriterij nehaja – izlučimo iz krivnje i smjestimo ih u nepravu („materijalni“ ili „teleološki“ model razlikovanja neprava i krivnje). Time se nepravu iz nepotrebnog didaktičkog instrumenta pretvara u svrhovit pravnodogmatski konstrukt.

Problem prilagodbe kaznenopravne dogmatike dualističkom sustavu sankcija uspješno je riješen u njemačkom, austrijskom i švicarskom kaznenom pravu. U tamošnjoj doktrini nepravu je sinonim za društveno štetnu radnju, a krivnja za prekorljivost. Često se nepravu definira i kao sud o nevrjednosti djela, a krivnja kao sud o nevrjednosti počinitelja. Drugim riječima, nepravu izražava kategoriju trebanja (*Sollen*), a krivnja kategoriju mogućnosti (*Können*). U takvu se strukturu bez poteškoća uklapa zamisao o sigurnosnim mjerama kao instrumentu zaštite društva (pa i samog počinitelja), koji nema etičko značenje koje ima kazna i koji može služiti isključivo specijalnoj prevenciji. U takvom kontekstu ostvarenje neprava služi kao temelj za izricanje svih kaznenopravnih sankcija, nakon čega dolazi do „račvanja“ kazne (za koju je, osim ostvarenja neprava, nužna i krivnja) te sigurnosnih mjera (za koje je, osim ostvarenja neprava, potrebna opasnost počinitelja, ali ne i krivnja).

Prema trenutačnom hrvatskom zakonskom rješenju, situacija je nešto složenija. Prihvatanje dualističkog sustava sankcija nije, naime, popraćeno stvaranjem odgovarajuće dogmatske strukture kaznenog djela. Svrstavanjem namjere i nehaja u sastojke krivnje, naš pravni sustav našao se u raskoraku između opredjeljenja za dualizam i iracionalnog ustrajanja na formalističkom modelu. Smjestiti pak namjeru među sastojke krivnje znači obezvrijediti razlikovanje između neprava i krivnje, jer nepravu koje je lišeno subjektivnih elemenata ne može imati nikakvu drugu funkciju osim čisto didaktičke. Ne čudi stoga da su se u hrvatskoj doktrini pojavile proturječnosti (npr. u pitanju dosega načela krivnje) koje upućuju na stalne tenzije između izabranog modela kaznenog djela i sustava kaznenopravnih sankcija.

De lege ferenda dva su izlaza iz postojeće situacije. Prva je moguća solucija zahtijevati krivnju kao preduvjet za izricanje svih kaznenopravnih sankcija, čime bi razlikovanje neprava i krivnje izgubilo na značenju. U sadržajnom smislu, takav bi potez značio napuštanje dualizma, jer bi se sigurnosne mjere mogle izreći samo krivim počiniteljima, što bi te mjere pretvorilo u surogat kazne. Potreba za (često i vrlo invazivnom) društvenom reakcijom prema opas-

nim počiniteljima koji nisu krivi time se naravno ne bi nimalo umanjila; jedina je razlika da se takve mjere („zaštite“, „sigurnosti“, „popravljanja“ itd.) ne bi izricale na temelju odredaba kaznenog prava i u kaznenom postupku, već na temelju odredaba neke druge grana prava i u nekom drugom obliku sudskog postupka. Pitanje svrhovitosti takve eventualne zakonodavne operacije ovom prilikom ostavljamo otvorenim.

Drugo, mnogo realnije i jednostavnije rješenje navedenih proturječnosti sastojalo bi se u konačnom brisanju zakonske odredbe o sastojcima krivnje (čl. 23.). Takav jednostavan normativni zahvat ne bi izazvao nikakve neželjene praktične učinke, a njime bi se na dugi rok omogućilo usklađivanje hrvatskog kaznenog prava s njegovim komparativnim uzorima – njemačkim, austrijskim i švicarskim pravom. *Što je još važnije, brisanjem sastojaka krivnje omogućilo bi se stvaranje funkcionalne kaznenopravne dogmatike, koja bi se iz akademskog mehanizma za mučenje studenata prava u doglednoj budućnosti pretvorila u korisno oruđe za sudsku praksu.*

Summary

A PLAIDOYER FOR THE DELETION OF THE LEGAL PROVISION ON THE COMPONENTS OF CULPABILITY

The paper examines the theoretical coherence and practical expediency of the legal provision on the components of culpability. In this respect, in the introduction the author refers to various ways of systematising the notion of criminal offence, and briefly describes changes in the understanding of wrongful act and culpability in the classical, neoclassical and finalist school in terms of the criminal offence. The paper then analyses the genesis, theoretical meaning and practical significance of the material (teleological) model of differentiation between wrongful act and culpability, the full transposition of which into Croatian criminal law is prevented precisely by the provision on the elements of culpability. The material model of differentiation between wrongful act and culpability is observed through the prism of differentiation between justification and exculpation as a legal and ethical postulate, in order to single out the practical advantages of the model, primarily from the perspective of the dualistic system of criminal-legal sanctions. In the final part of the paper, the author critically assesses contradictions in Croatian criminal law resulting from an uneven relationship between the dualist system of sanctions and the formal model of criminal offences that still regards intent as an element of culpability. Two possible ways of changing the existing legislation are analysed: crossing over to the monist system of sanctions, and deleting the provisions on elements of culpability. The author regards the latter as more probable and nomotechnically more implementable.