

Dr. sc. Igor Bojanić*

ZNAČAJNIJE PROMJENE NA PODRUČJU KRIVNJE PREMA TREĆOJ NOVELI KAZNENOG ZAKONA

Autor analizira i kritički ocjenjuje značajnije novosti na području krivnje prema trećoj noveli Kaznenog zakona. Povratak tradicionalnoj definiciji načela krivnje smatra prihvatljivim jer krivnja kao prijekor može biti temelj i ograničenje samo kazne, a ne i ostalih kaznenopravnih sankcija kod kojih uglavnom dominira ideja specijalne prevencije. Takvo shvaćanje načela krivnje neovisno je o pitanju može li se i prema neubrojivim osobama izreći kaznenopravna sankcija. Uvođenje krajnje nužde kao razloga isključenja krivnje podvrgava kritici i smatra da je isključenje kažnjivosti prikladniji pravni učinak. Pri tome polazi od smanjenog stupnja neprava i krivnje, ali i od nedostatka nužnosti preventivnog kažnjavanja. Reguliranje ispričavajuće krajnje nužde kao razloga isključenja kažnjivosti ne čini suvišnom odredbu o sadržaju krivnje. Autor podržava vraćanje bitno smanjene ubrojivosti jer time zakonodavac daje jasnu smjernicu glede pitanja u kojem se slučaju može primijeniti ublažavanje kazne. Pitanje artifičnosti granice između bitno i nebitno smanjene ubrojivosti nije u prvom planu, nego činjenica da je stupanj krivnje temelj individualizacije kazne, a to, kad je riječ o primjeni blažih kaznenih okvira, nužno uključuje pitanje je li smanjena sposobnost shvaćanja značenja djela ili vladavna voljom bila bliža neubrojivosti ili je riječ samo o lakšem psihičkom poremećaju. Naposljetku, autor smatra opravdanim dogmatski preciznije rješavanje pravnih učinaka zablude o okolnostima koje isključuju protupravnost, a kod otklonjive zablude o pretpostavkama ispričavajuće krajnje nužde umjesto važećeg izjednačavanja s pravnim učinkom otklonjive zablude o okolnostima koje isključuju protupravnost zagovara pravni učinak u obliku obveznog ublaživanja kazne za namjerno počinjeno kazneno djelo.

* Dr. sc. Igor Bojanić, viši asistent Pravnog fakulteta Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku

I. UVOD

Stupanjem na snagu opsežnog Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona¹ (u daljnjem tekstu: ZIDKZ) došlo je i do značajnih promjena na području krivnje. Te su promjene u obrazloženju Konačnog prijedloga ZIDKZ (u daljnjem tekstu: obrazloženje), uz produljenje rokova zastare, označene kao “najvažnije” u općem dijelu.² Glede krivnje usvojen je doista cijeli niz novih rješenja, od kojih će u ovom radu biti obrađena samo ona koja smatramo najvažnijim. To su povratak tradicionalnoj definiciji načela krivnje, uvođenje krajnje nužde kao razloga isključenja krivnje i istodobno brisanje posebne odredbe o sadržaju krivnje, vraćanje bitno smanjene ubrojivosti kao fakultativne osnove za ublažavanje kazne te značajnija pitanja glede pravnog uređenja zabluda. Ovaj odabir ne znači da su ostale promjene nebitne, nego samo to da su one u teoretskom smislu neprijeporne (npr. dogmatski korisni popravci definicije neubrojivosti, preciznije uređivanje zablude o biću kaznenog djela i odgovornosti za težu posljedicu) ili predstavljaju samo kozmetičke zahvate koji ne zahtijevaju posebnu razradu (npr. promjena nazivlja kod zablude o protupravnosti). Neke su promjene čak i iznimno važne, ali ih ovdje detaljno ne obrađujemo, jer držimo da bi ih valjalo razmotriti u širem kontekstu (ukidanje posebne odredbe o odgovornosti za medijska kaznena djela). U svakom slučaju može se reći da je trećom novelom Kaznenog zakona iz 1997. (u daljnjem tekstu: KZ/97) ostvareno preoblikovanje već postojećih kaznenopravnih instituta (vraćanje izvornog pojma načela krivnje i bitno smanjene ubrojivosti) ili uvođenje posve novih (npr. ispričavajućih razloga putem krajnje nužda kao razloga isključenja krivnje). Iz obrazloženja pojedinih izmjena proizlazi da se njima htjelo poboljšati neka inače suvremena rješenja iz KZ/97, kao što je to npr. slučaj kod krajnje nužde koja je s pravom uređena u skladu s diferencirajućim teorijama, ali se u tim okvirima pokušava dosljednije provesti normativna koncepcija krivnje. Novosti na području krivnje podvrgnute su, međutim, ozbiljnim kritikama, koje se odnose upravo na one izmjene o kojima se pobliže govori u ovom radu. Tako je, primjerice, *Horvatić* na II. interkatedarskom sastanku, održanom 25. i 26. listopada 2002. u Osijeku, oštro kritizirao promjenu načela krivnje, vraćanje bitno smanjene ubrojivosti i preciziranje odredbe o zabludi o okolnostima koje isključuju protupravnost.³ *Bačić* je također iznio cijeli niz prigovora, posebice u vezi s načelom krivnje, pravnim učinkom ispričavajuće

¹ Narodne novine, br. 111/03 od 15. srpnja 2003.

² Vlada Republike Hrvatske, Konačni prijedlog zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona, Zagreb, travanj 2003., str. 32.

³ Usp. prema: *Mitrović/Tomičić*, II. interkatedarski sastanak nastavnika kaznenopravnih predmeta pravnih fakulteta hrvatskih sveučilišta i Visoke policijske škole u Zagrebu, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (u daljnjem tekstu: HLJKPP), br. 2/2002., Zagreb, str. 585.

krajnje nužde i napuštanjem odredbe o sadržaju krivnje.⁴ Novostima u području krivnje najopsežnije i najkritičnije pristupila je *Velinka Grozdanić*, smatrajući da se takvim promjenama nije prišlo s “velikim oprezom”, koji je kod značajnih izmjena postojećih rješenja prijeko potreban sa stajališta pravne sigurnosti građana, uz napomenu da se u promjene treba upuštati kad za to postoje “jasni i nedvojbeni argumenti”.⁵ S obzirom na neprijeporno važnu ulogu krivnje u kaznenom pravu, temeljna je svrha ovoga rada utvrditi jesu li promjene do kojih je došlo donošenjem ZIDKZ bile doista prijeko potrebne u takvom opsegu, uvažavajući pri tome potrebe sudske prakse i zahtjeve suvremene kaznenopravne dogmatike. Osim gledišta koja zastupaju hrvatski pravni pisci, pri tome valja uzeti u obzir i shvaćanja njemačke i austrijske teorije, jer se izvršene promjene velikim dijelom oslanjaju na rješenja iz austrijskog i njemačkog KZ.

II. POVRATAK TRADICIONALNOJ DEFINICIJI NAČELA KRIVNJE

Prema čl. 2. ZIDKZ napušteno je prošireno načelo krivnje iz čl. 4. KZ/97 po kojem se prema počinitelju koji nije kriv nije mogla primijeniti ne samo kazna nego ni bilo koja druga kaznenopravna sankcija. Načelo krivnje iz čl. 4. sada glasi: “Nitko ne može biti kažnjen ako nije kriv za počinjeno djelo”. U obrazloženju se ističe da čl. 4. KZ/97 time što je krivnja pretpostavka svih kaznenopravnih sankcija “sugerira monistički sustav sankcija”, koji u KZ ipak nije primijenjen, jer se sigurnosne mjere kao sankcije, kako to proizlazi iz čl. 74. KZ, ne temelje na krivnji, nego na opasnosti počinitelja, te da slično (da se sankcija ne temelji na krivnji) vrijedi i za odgojne mjere. Povratak na uobičajenu formulaciju načela krivnje (*nulla poena sine culpa*) stoga je izlaz iz takve proturječnosti. Pri tome se također ističe da takvu formulaciju rabe i zakonici koji se izričito pozivaju na načelo krivnje (austrijski i slovenski KZ) te da ni kaznenopravna znanost ne poznaje drukčije poimanje načela krivnje. Naposljetku, u obrazloženju stoji da izmjena definicije načela krivnje ne znači da se rješenje prema kojem se prema neubrojivim počiniteljima protupravnih radnji ne može primijeniti kaznenopravna prisila, nego samo mjere propisane Zakonom o zaštiti osoba s duševnim smetnjama (u daljnjem tekstu: ZZODS), mora napustiti, niti se takvo što predlaže.⁶

⁴ Usp. *Bačić*, Treća novela Kaznenog zakona prema Konačnom prijedlogu zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona, u knjizi: *Bačić i dr.*, Konačni prijedlog zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona, Zagreb, 2003., str. 7-9.

⁵ Usp. *Grozdanić*, Neke izmjene u području krivnje prema Prijedlogu zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona, u knjizi: *Bačić i dr.*, Konačni prijedlog zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona, Zagreb, 2003., str. 35.

⁶ Kao u bilj. 2, str. 35.

Već tijekom prvih rasprava o Kaznenom zakonu iz 1997. *Novoselec* je zauzeo čvrst stav da je u čl. 4. KZ “napravljen stanovit zaokret prema monističkom sustavu kaznenih sankcija jer se na taj način sve sankcije izjednačuju kada je u pitanju njihovo utemeljenje” te da je time “relativizirana načelna razlika između kazni i sigurnosnih mjera kao dviju temeljnih kaznenopravnih sankcija”.⁷ Dosljedno takvom pristupu, nešto poslije uslijedila je iscrpna kritika proširenog načela krivnje na kojoj se i temelji nova definicija načela krivnje.⁸ Budući da je službeno obrazloženje takvog rješenja nezadovoljavajuće kratko, potrebno je u sažetosti, ali ipak široj formi prikazati ideje vodilje povratka tradicionalnoj definiciji načela krivnje. *Novoselec* smatra da je u čl. 4. KZ/97 krivnja shvaćena samo u formalnom smislu, tj. kao skup subjektivnih pozitivnopravnih pretpostavki koje se (uz objektivne pretpostavke) moraju ispuniti da bi uopće postojalo kazneno djelo, pa je onda takvo kazneno djelo nužna pretpostavka svih kaznenopravnih sankcija. Subjektivne pretpostavke nabrojene su u zakonskoj odredbi o sadržaju krivnje, i dovoljno je da nedostaje samo jedna od njih pa da nema krivnje, kaznenog djela i kaznenopravne sankcije. Međutim, takvo poimanje krivnje, čak i pod uvjetom da je provedeno bez iznimke, nije dovoljno. Pozivajući se na stajališta njemačkih pisaca, *Novoselec* ističe da pojam krivnje treba shvatiti “u materijalnom smislu kao pravopolitički postulat ili regulativno načelo koje prethodi pravno-pozitivnom uređenju krivnje” jer je u tom slučaju riječ o krivnji kao “temelju i granici državne vlasti, o unutarnjem opravdanju državne intervencije koja se sastoji u kažnjavanju i uopće o legitimitetu kaznenog prava utemeljenog na krivnji”. Unatoč određenim razlikama u pojedinačnim pristupima, postoji opća suglasnost o tome da je bit krivnje u prijekoru, tj. da je krivnja osobni prijekor upućen počinitelju zbog njegova djela. Takav prijekor materijalizira se u kazni, a o njemu vodi računa i KZ kada u odredbi o svrsi kažnjavanja (čl. 50. KZ) propisuje da se ona, između ostalog, očituje u izražavanju društvene osude zbog počinjenog djela. Iz materijalnog pojma krivnje izvire i razlikovanje krivnje kao temelja kazne i krivnje kao mjere kazne. Suprotno tome, krivnja ne može biti temelj sigurnosnih mjera jer se one opravdavaju nužnošću otklanjanja opasnosti, ali ni sredstvo ograničavanja izricanja sigurnosnih mjera, jer tu ulogu kod njih ispunjava načelo razmjernosti: razmjernost u odnosu prema značenju počinjenog djela, s obzirom na djela koja se mogu očekivati u budućnosti i glede stupnja opasnosti počinitelja. Krivnja kao prijekor nije u prvom planu ni kod odgojnih mjera. Upravo kod sigurnosnih i odgojnih mjera KZ/97 upada u proturječnost kada proširuje načelo krivnje na sve kaznenopravne sankcije jer ih najprije u čl. 4. sve izjednačava kad je u pitanju

⁷ Usp. izvješće s 1. radionice materijalnog kaznenog prava X. savjetovanja Hrvatskog udruženja za kaznene znanosti i praksu, HLJKPP, 1/1998., str. 147.

⁸ Usp. *Novoselec*, Kritički osvrt na neke odredbe općeg dijela Kaznenog zakona, HLJKPP, 2/2000., str. 265-274.

krivnja kao temelj sankcije, a zatim pri utvrđivanju svrhe tih sankcija gubi iz vida tako shvaćeno načelo krivnje. Iz toga *Novoselec* izvodi zaključak da prošireno načelo krivnje “sugerira monistički sustav sankcija”. Približavanje kazni i sigurnosnih mjera u mnogim elementima ipak ne smije zasjeniti fundamentalnu razliku koja se očituje u tome što kazna unatoč poželjnom ostvarivanju specijalno-preventivnih ciljeva “izražava socijalno-etički prijekor zbog čega mora biti vezana uz krivnju kao njezin temelj i mjeru, dok takvom prijekoru i vezanosti uz krivnju nema mjesta kod sigurnosnih mjera”. Stoga je jedini izlaz iz spomenute proturječnosti u napuštanju proširenog načela krivnje i vraćanju na njezin izvorni oblik. Dualistički sustav, koji prošireno načelo krivnje “iz temelja dovodi u pitanje” treba zadržati. U isključenju bilo kakvih kaznenopravnih sankcija prema neubrojivima *Novoselec* vidi jedinu svrhu koju je zakonodavac htio postići proširenim shvaćanjem načela krivnje, ali istodobno smatra da se to moglo postići i bez preoblikovanja načela krivnje. Unatoč tome, on je postavio i zahtjev za povratkom mogućnosti izricanja sigurnosnih mjera i prema neubrojivim počiniteljima, ali se od njega prigodom izrade novele očito odustalo.⁹

Navedena stajališta kad je u pitanju proširenje načela krivnje na sigurnosne mjere u našoj literaturi prihvaća *Zlata Đurđević* koja smatra da krivnja ne može biti pretpostavka sigurnosnih mjera “niti u formalnom niti u materijalnom smislu”.¹⁰ Nejasno je samo zašto autorica smatra da i krivnja u formalnom smislu, barem djelomice, nije pretpostavka sigurnosnih mjera, jer za takvu tvrdnju ipak nema uporišta u pozitivnom pravu. U okviru rasprava koje su prethodile donošenju *KZ/97 Carić* je podvrgnuo kritici “prošireni koncept krivnje” kada je riječ o sankcijama prema maloljetnicima; povratak krivnje u maloljetničko kazneno zakonodavstvo ocijenio je neprikladnim rješenjem jer krivnja ovdje nije u prvom planu: “primjena odgojnih mjera temelji se na ideji pružanja zaštite, pomoći i odgoja maloljetnika, pri čemu je važno uvažiti cjelokupnu ličnost maloljetnika, njegovu sredinu i prilike, a ne samo njegov psihički odnos prema djelu”; krivnju, naravno, ne treba potpuno odbaciti, ali ona nije glavni kriterij za izricanje odgojnih mjera. Vraćanje krivnje u maloljetničko zakonodavstvo *Carić* je čak označio kao “nepotrebno jačanje njegova represivnog karaktera”.¹¹ *Hirjan/Singer* također ističu da unatoč tome što se odgojne mjere i maloljetnički zatvor mogu izreći samo prema maloljetniku koji je kriv, u maloljetničkom kaznenom pravu “dominira načelo odgoja umjesto kažnjavanja”, a u pogledu izbora pojedinih odgojnih mjera naglašeno je načelo razmjernosti.

⁹ Usp. *Novoselec*, kao u bilj. 8, str. 266, 268-271.

¹⁰ Usp. *Đurđević*, Pravni položaj počinitelja kaznenih djela s duševnim smetnjama, Zagreb, 2002., str. 237.

¹¹ Usp. *Carić*, Prilog raspravi o novom hrvatskom Kaznenom zakoniku, HLKPP, 1/1995., str. 61-63.

nosti i supsidijarnost primjene odgojne mjere intenzivnijeg tretmana.¹² Prema Zakonu o sudovima za mladež (u daljnjem tekstu: ZSM), svrha je maloljetničkih sankcija “pružanje zaštite, brige, pomoći i nadzora te osiguranjem opće i stručne izobrazbe maloljetnog počinitelja kaznenog djela utjecati na njegov odgoj, razvijanje njegove cjelokupne ličnosti i jačanje njegove osobne odgovornosti” (čl. 5. ZSM). Stoga se ističe da odgojne mjere korespondiraju “prvenstveno pedagoškom statusu počinitelja kaznenog djela, dok kazna korespondira krivnji”, a kazna maloljetničkog zatvora “korespondira ne samo krivnji nego do stanovite mjere i pedagoškom statusu”.¹³

Suprotno navedenim stajalištima koja osporavaju primjenu načela krivnje na sve kaznenopravne sankcije, promjenu čl. 4. KZ/97 *Horvatić* smatra “potpuno neargumentiranom”, jer za to ne vidi “nikakvih kriminalnopolitičkih razloga”, a obrazloženje da prošireno načelo krivnje sugerira monistički sustav drži “potpuno netočnim”.¹⁴ Takvi stavovi posve su razumljivi s obzirom na ideje koje je u vezi s krivnjom *Horvatić* ugradio u KZ/97.¹⁵

S druge strane, začuđujuća je nedorečenost, proturječnost, ali i nedosljednost *Bačićevih* stajališta glede načela krivnje iz čl. 4. KZ/97. U svom alternativnom nacrtu općeg dijela on je najprije govorio o potrebi uvođenja načela krivnje u zakonski tekst, ali se iz toga nije moglo razabrati u kojem obliku.¹⁶ Nedugo nakon toga, komentirajući nova rješenja iz KZ/97, ustvrdio je kako je “šteta što načelo krivnje nije upotpunjeno normom koja se odnosi na pravnodržavni aspekt tog načela - da stupanj krivnje predstavlja neprekoračivu granicu za mjeru kazne”, jer je to “svakako temeljna odredba”.¹⁷ Zadržavanje načela krivnje u proširenom obliku uz takvu *Bačićevu* dopunu upućivalo bi upravo na važnu okolnost da stupanj krivnje ne može biti relevantna okolnost za izricanje ostalih sankcija. U svom udžbeniku iz 1998. u izlaganjima o načelu krivnje *Bačić* to načelo dovodi u vezu isključivo s kaznom, pa je iz toga teško zaključiti je li krivnja kao prijekor temeljna pretpostavka i svih ostalih kaznenopravnih sankcija.¹⁸ Puno konkretnije *Bačić* je istupio na interkatedarskom sastanku, kada se usprotivio promjenama čl. 4. KZ/97 smatrajući da načelo krivnje treba ostati u proširenom obliku, “koji nije u suprotnosti ni s mjerama sigurnosti, jer

¹² Usp. *Hirjan/Singer*, Komentar zakona o sudovima za mladež i kaznenih djela na štetu djece i maloljetnika, Zagreb, 2002., str. 38.

¹³ Usp. *Hirjan/Singer*, kao u bilj. 12, str. 52.

¹⁴ Usp. prema: *Mitrović/Tomičić*, kao u bilj. 3, str. 585.

¹⁵ Usp. *Horvatić*, Temeljne postavke za oblikovanje hrvatskog materijalnog kaznenog prava de lege ferenda, HLJKPP, 1/1994., str. 26-27.

¹⁶ Usp. *Bačić*, Moj alternativni nacrt Općeg dijela Krivičnog zakonika Republike Hrvatske, HLJKPP, 1/1996., str. 133.

¹⁷ Usp. *Bačić*, Marginalije uz novi Kazneni zakon (Opći dio), HLJKPP, 2/1997., str. 420.

¹⁸ Poblježe o tome *Bačić*, Kazneno pravo, Opći dio, Zagreb, 1998., str. 198.

su one sve vezane za skrivljeno djelo”. Osim toga, i mjere upozorenja “ostale bi bez krivnje kao svoje podloge”.¹⁹ Iz takvog stajališta može se zaključiti da kod načela krivnje *Bačić* krivnju shvaća samo u formalnom smislu, kao pretpostavku kaznenopravne sankcije u smislu ispunjenja njezinih obilježja iz čl. 39. KZ. Naposljetku, valja istaknuti i *Bačić*ovo mišljenje o predloženim promjenama u načelu krivnje prema Konačnom prijedlogu ZIDKZ iz travnja 2003. Tu on s jedne strane priznaje da se u čl. 4. KZ/97 pošlo od “pogrešne teze da je krivnja pretpostavka ne samo za kaznu nego i za sve druge kaznenopravne sankcije”, što posebice dolazi do izražaja kod sigurnosnih mjera jer “krivnja je tek jedan zakonski uvjet za njihovo izricanje, a suština je u njihovoj opasnosti vezanoj za opasnost počinitelja”. Svođenjem kazne i sigurnosne mjere na istu osnovu dualistički je sustav sankcija prema *Bačiću* “izgubio na svojoj jasnoći i značenju, a i sama koncepcija je narušena”. Proširenjem krivnje i na sigurnosne mjere “zamućuje” se i njihova primarno preventivna funkcija izražena u čl. 74. KZ. Međutim, s druge strane, on ipak ne prihvaća povratak na tradiciionalno načelo krivnje s obrazloženjem da bi to bilo pravno pogrešno jer bi iz formulacije da “nitko ne može biti kažnjen ako nije kriv za počinjeno djelo” proizlazilo da se za mjere upozorenja i maloljetničke sankcije ne traži krivnja.²⁰ Time je, dakle, *Bačić* ipak ostao vjeran formalnom poimanju krivnje u okviru tumačenja načela krivnje.

Slična stajališta zastupa i *Velinka Grozdanić*. Ona smatra da načelo krivnje u njegovoj tradicionalnoj formuli *nulla poene sine lege* treba shvatiti kao *pars pro toto*, tj. da cjelinu valja ocijeniti prema njezinom najistaknutijem dijelu, pa iz toga onda proizlazi da i za sve ostale sankcije (mjere upozorenja, sigurnosne mjere i odgojne mjere) vrijedi isto što i za kaznu: da je krivnja osnova ili uvjet za njihovu primjenu. Do istog rezultata autorica dolazi i analizom mogućnosti primjene svake pojedine kaznenopravne sankcije bez utvrđivanja krivnje. Naposljetku ona ističe da je načelo krivnje kao pretpostavka za primjenu bilo koje kaznenopravne sankcije, kao i načelo zakonitosti, nužno jer svaka sankcija (neovisno o nazivlju) predstavlja državnu prisilnu mjeru koja manje ili više zadire u temeljna prava osuđenih osoba.²¹

Nužnost krivnje sa stajališta zaštite temeljnih ljudskih prava i sloboda nije prijeporna i ona svjedoči o povezanosti načela krivnje i načela pravne države, jer načelo krivnje izvire iz načela pravne države, pobliže ga razrađuje i potvrđuje. Shvatimo li pravnu državu kao državu “koja uspostavlja i stalno održava neprelaznu granicu svoje vlasti u odnosu na neprikosnovena i nedodirljiva ljudska prava i slobode donošenjem zakona i njihovom primjenom kojima se prava i

¹⁹ Usp. prema: *Mitrović/Tomičić*, kao u bilj. 3, str. 586.

²⁰ Usp. *Bačić*, kao u bilj. 4, str. 8.

²¹ Usp. *Grozdanić*, kao u bilj. 5, str. 19 i 21.

slobode čovjeka i građanina zaštićuju od svakog nasilja pojedinca, grupe i same državne vlasti”²², tada bi odredba o načelu krivnje iz čl. 4. KZ/97 bila prihvatljiva samo pod uvjetom da krivnja određuje granicu gornje mjere ne samo kazne nego i svih ostalih sankcija te da u tom smislu stupanj krivnje postavlja granice kaznenopravne prisile. To već kod sigurnosnih mjera nije tako jer se kod njih primjenjuje načelo razmjernosti, pa krivnja, iako jest jedna od pretpostavki njihove primjene, nema nikakvog utjecaja niti na odluku o izricanju sigurnosne mjere niti na njezino trajanje (osim posredno kod sigurnosnih mjera medicinskog karaktera s obzirom na ograničenja iz čl. 75. st. 3. KZ). Primjerice, kod sigurnosne mjere obveznog psihijatrijskog liječenja, krivnja, pa i određeni stupanj krivnje, jest formalna pretpostavka njezina izricanja, jer se traži da je djelo počinjeno u stanju smanjene ubrojivosti, ali taj stupanj krivnje dalje ne igra više nikakvu ulogu, jer su za prognozu počiniteljeva budućeg ponašanja mjerodavni razlozi koji su doveli do smanjene ubrojivosti, a ne ona sama: “ako postoji opasnost da razlozi za takvo stanje mogu i u budućnosti poticajno djelovati za počinjenje novog kaznenog djela” (čl. 75. st. 1. KZ). Iako je neprijeporna činjenica da se i sigurnosnim mjerama ostvaruje kaznenopravna prisila, njezino ograničenje ne ovisi o stupnju krivnje, nego o drugim čimbenicima. Tu valja istaknuti i njihovo vremensko ograničenje u hrvatskom kaznenom pravu, koje je, međutim, vezano za dosljednu provedbu načela zakonitosti kaznenopravnih sankcija. Stoga se može reći da i *Velinka Grozdanić* ostaje samo na formalnom pojmu krivnje, jer za dosljednu provedbu načela krivnje drži dostatnim ispunjenje obilježja krivnje iz čl. 39. KZ. Do takvog zaključka, osim toga, može se doći analizom pozitivnopravnih odredaba KZ i neovisno o posebnoj zakonskoj definiciji krivnje.

U njemačkoj i austrijskoj kaznenopravnoj dogmatici načelo krivnje vezuje se samo uz izricanje kazne. Tako, primjerice, *Jescheck/Weigend* smatraju da je načelo krivnje jedno od temeljnih načela kriminalne politike (uz načelo pravne države i načelo humanosti) i da ono znači da se kazna smije temeljiti samo na utvrđenju da se počinitelju može uputiti osobni prijekor za počinjeno djelo.²³ Iako nije izričito sadržano u njemačkom KZ, načelu krivnje priznaje se rang ustavnog načela koje počiva na načelu pravne države i nepovredivosti ljudskog dostojanstva iz čl. 1. st. 1. njemačkog Ustava, a izvodi se i iz § 46. st. 1. KZ u kojem se krivnja ističe kao temelj za odmjeravanje kazne.²⁴ Načelo krivnje služi prijeko potrebnoj zaštiti počinitelja od svake prekomjernosti represivnog djelovanja države i kaznu kao izraz društvenog prijekora ograničava na radnje

²² Usp. *Horvatić*, kao u bilj. 15, str. 19.

²³ Usp. *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin, str. 23.

²⁴ Usp. *Schönke/Schröder-Lenckner*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Auflage, München, 2001., rubna bilj. 103/104 ispred § 13.

koje zaslužuju socijalno-etički nevrijednosni sud. To je jedini mogući put rješavanja problema opravdanja (legitimacije) kazne sukladno općim vrijednosnim predodžbama.²⁵ Načelo krivnje ima dva aspekta: krivnju kao pretpostavku kazne (Strafbegründungsschuld) i krivnju kao okolnost bitnu za odmjeravanje kazne (Strafbemessungsschuld).²⁶ Povezivanje djela i krivnje ima dvije važne konzekvencije. Prvo, s načelom krivnje zakonodavac se izjasnio protiv kaznenog prava utemeljenog na posljedici ili objektivnoj odgovornosti (Erfolgsstrafrecht), jer kazna se više ne može izreći neovisno o osobnoj prekorljivosti samo zbog protupravnog načina ponašanja. Osim toga, krivnja pretpostavlja nepravo iz bića djela i ne može se odvojiti od konkretnog djela, tako da se ne kažnjava samo za puko uvjerenje ili način života. Krivnja se uvijek utvrđuje za konkretno kazneno djelo (Einzeltatschuld). Načelo krivnje ne dovodi se u vezu s drugim kaznenopravnim sankcijama, osobito ne sa sigurnosnim mjerama, pri čemu ipak treba imati u vidu činjenicu da u njemačkom kaznenom pravu postoji mogućnost izricanja kaznenopravne sankcije prema neubrojivima. Tu su posebno zanimljiva *Roxinova* stajališta o odnosu kazni i sigurnosnih mjera. Samoograničavanje državne ovlasti zadiranja u temeljna prava i slobode koje se očituje u vezanosti za mjeru krivnje omogućuje u pravilu primjereno izjednačavanje državnih interesa za zaštitom pravnih dobara i interesa slobode adresata pravnih normi. U pojedinom slučaju opasnost počinitelja za društvo može, međutim, biti tako velika da kazna utemeljena na krivnji nije dostatna da bi se društvo u dovoljnoj mjeri zaštitilo od njegovih napada. Počini li, primjerice, duševni bolesnik u stanju bitno smanjene ubrojivosti teška kaznena djela s obilježjima nasilja, a vjerojatno je da će ih i dalje činiti, zbog njegove smanjene krivnje opravdana bi bila samo niska kazna, ali je zbog zaštite društva prijeko potrebno i izricanje sigurnosne mjere smještaja u psihijatrijsku bolnicu. Izricanje sigurnosne mjere nužno je također kod ovisnika o alkoholu ili drogi čija je krivnja često smanjena, ali postoji i opasnost koja izvire iz takve ovisnosti i koju valja otkloniti. Cilj sigurnosnih mjera uvijek je specijalpreventivne naravi, iako nije isključena ni generalna prevencija. Iz toga proizlazi da se svrha kazni i sigurnosnih mjera bitno ne razlikuje. Preventivna svrha sigurnosnih mjera svakako je naglašenija, ali je temeljna tendencija ista. Kazne i sigurnosne mjere ne udaljavaju se s obzirom na svrhu, nego u njihovu ograničavanju. Težina i trajanje sigurnosnih mjera nisu vezani za mjeru krivnje, nego samo za "načelo razmjernosti" (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) koje dopušta opsežnije (daljnje) zahvate u tuđa prava nego što je to dopušteno kod kazne. Sigurnosna mjera ipak se ne smije izreći ako bi bila nerazmjerna značenju počinjenog djela, težini djela koja se mogu očekivati i opasnosti počinitelja. Načelo razmjernosti izvire

²⁵ Usp. *Jescheck/Weigend*, kao u bilj. 23, str. 24.

²⁶ Kao u bilj. 23, str. 404.

iz načela pravne države (zbog čega ima ustavnopravni rang) i konkretizira načelo vaganja dobara (sloboda se kao pravno dobro može uskratiti samo kada bi njezina uporaba s visokom vjerojatnošću dovela do povreda drugih dobara koje su teže od ograničenja koja se sigurnosnom mjerom primjenjuju prema nositelju opasnosti) u smislu zabrane prekomjernosti (Übermaßverbot): opasnost se mora podnositi unatoč interesu prevencije ako je ona manja u odnosu na gubitak slobode koji sa sobom povlači sigurnosna mjera. Konceptija prema kojoj kazne i sigurnosne mjere imaju isti cilj, ali se razlikuju u načinu njihova ograničenja, predstavlja određeno približavanje monističkom sustavu kaznenopravnih sankcija, jer su te sankcije glede njihova cilja postavljene monistički, a u pogledu njihova ograničenja dualistički. Prednost, prema *Roxinu*, zaslužuje ipak dualistički model. Zadržavanje kazne znači da zakonodavac interese prevencije u pravilu namjerava ostvariti samo u okvirima koji su zacrtani krivnjom za počinjeno djelo (Tatschuld) i da zbog slobode građana želi podnositi i preventivna zadiranja u tuđa prava ako mjera krivnje postavlja granice trajanja sankcije. Samo u iznimnim slučajevima izricanje sigurnosne mjere zbog posebno trajne ugroženosti društva smije izmijeniti takve granice.²⁷ Naposljetku, kad je riječ o pitanju krivnje kod sigurnosnih mjera, valja istaknuti i *Meierovo* stajalište da je kod sigurnosnih mjera riječ o “čisto preventivnim mjerama koje su socijalno-etički indiferentne, dakle ne sadrže u sebi nevrjednosni sud o djelu i počinitelju i stoga su neovisne o krivnji i stupnju krivnje”.²⁸ Smatramo da upravo takvo stajalište pogađa bit stvari kod primjene načela krivnje na ostale kaznenopravne sankcije.

Slična tumačenja mogu se naći i u austrijskoj dogmatici, koja pri tome polazi od zakonske definicije načela krivnje iz § 4. koji glasi “Kažnjiv je samo tko postupa skrivljeno”. Osim iz navedene definicije, načelo krivnje prema *Triffterer* proizlazi još iz dviju odredbi: § 13. KZ, prema kojem će se u slučaju sudjelovanja više osoba u počinjenju kaznenog djela svatko kazniti prema svojoj krivnji, te iz § 32. st. 1. KZ, prema kojem je “krivnja počinitelja temelj odmjerenja kazne”.²⁹ *Fuchs* posebno ističe da “s kaznom povezana socijalno-etička osuda smije pogoditi počinitelja samo kad mu se za njegovo ponašanje može osobno uputiti prijekor” te da je krivnja počinitelja, shvaćena kao osobna prekorljivost protupravnog ponašanja, nužna pretpostavka “legitimiteta” kazne.³⁰ Uloga načela krivnje važna je i za ostvarivanje dualističkog sustava sankcija.

²⁷ Usp. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I., 3. Auflage, München 1997, § 3, rubne bilj. 56, 58, 60 i 64.

²⁸ Usp. *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, Berlin, 2001., str. 217.

²⁹ Usp. *Triffterer*, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Wien-New York, 1994., str. 248-249.

³⁰ Usp. *Fuchs*, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 2. Auflage, Wien-New York, 1997., str. 13.

Odvajanje kazni i sigurnosnih mjera počiva na iskustvu da u određenim slučajevima izricanje kazne nije dostatno za ostvarivanje specijalne prevencije. S tim u vezi *Triffterer* navodi da će kazna kao sankcija primjerena krivnji počinitelja doći do izražaja u redovitim slučajevima, pođe li se od premise da načelo krivnje ne treba napustiti i da kazne općenito ne trebaju zamijeniti mjere društvene obrane (*défense sociale*), dok će u ostalim iznimnim situacijama kazna biti zamijenjena ili dopunjena drugom vrstom sankcije, uglavnom specijalno-preventivne naravi, koja ne podliježe načelu krivnje i koja je ili općenito neovisna o krivnji (npr. smještaj u ustanovu za duševno anormalne prekršitelje zakona prema § 21. st. 1. KZ počinitelja koji je bio nesposoban za krivnju) ili se može izreći neovisno o stupnju krivnje (smještaj u ustanovu za duševno anormalne prekršitelje zakona prema § 21. st. 2. KZ počinitelja koji nije bio nesposoban za krivnju i koji je počinio kazneno djelo zbog duševne ili psihičke anormalnosti težeg stupnja, ako s obzirom na osobu, njezino stanje i vrstu počinjenog djela postoji bojazan da će pod utjecajem duševne ili psihičke anormalnosti počinuti kažnjivo djelo s teškim posljedicama).³¹

Iz svega navedenog može se zaključiti da je proširenje načela krivnje na sve kaznenopravne sankcije iz čl. 4. KZ/97 ipak neodrživo, neovisno o tome je li takvo rješenje “rijetkost u suvremenom europskom kaznenom zakonodavstvu”³² ili “unikat”.³³ Ako je “glavna posljedica” takve koncepcije nemogućnost primjene sigurnosne mjere obveznog psihijatrijskog liječenja ili bilo koje druge sigurnosne mjere prema počinitelju koji je u vrijeme počinjenja kaznenog djela bio neubrojiv, onda povratak na načelo krivnje u njegovom tradicionalnom obliku ne bi trebao značiti bitnu, uznemirujuću promjenu. Time se samo potvrđuje dualistički sustav kaznenopravnih sankcija i ne dovodi se u pitanje opredijeljenost za važeći (civilni) model postupanja prema neubrojivim osobama. Unatoč različitim prigovorima izdvajanju neubrojivih počinitelja protupravnih radnji iz “nadležnosti kaznenog prava”, osobito u vezi s nepotrebnim udvostručivanjem postupanja prema takvim osobama, te ozbiljnom približavanju modelu koji je važio prije KZ/97 koje se očituje u noveliranim propisima Zakona o kaznenom postupku o postupku prema okrivljenicima s duševnim smetnjama (čl. 475.-481. ZKP), takvo rješenje u konačnici valja podržati imajući na umu njegovu temeljnu ideju (cjelovito reguliranje postupanja prema osobama s duševnim smetnjama, uključujući i osobe kod kojih je počinjenje kaznenog djela samo simptom njihove bolesti, pri čemu o ograničenjima njihovih sloboda i prava uvijek odlučuje sud) i da se ono postupno ustalilo u sudskoj praksi. U izvjesnom smislu tu dolazi do izražaja i načelo *ultima ratio* kaznenopravne zaštite, jer je

³¹ Kao u bilj. 29, str. 467-468.

³² Tako *Horvatić*, kao u bilj. 15, str. 26.

³³ Tako *Novoselec*, kao u bilj. 8, str. 265.

odlučivanje o prisilnoj hospitalizaciji, koje se doduše može smatrati i “prikrivenom” sigurnosnom mjerom, u konačnici ipak prepušteno građanskom sudu. No, bez obzira na pitanje treba li prema neubrojivim počiniteljima protupravnih radnji ponovno primjenjivati sigurnosnu mjeru obveznog psihijatrijskog liječenja, kad je riječ o ispitivanju valjanosti čl. 4. KZ/97, ključno je pitanje shvaćanja pojma krivnje. Ono omogućuje i odgovor na pitanje u kojoj je mjeri krivnja pretpostavka svih kaznenopravnih sankcija. Krivnja je središnji pojam kaznenog prava i ovisno o funkciji koju ona ispunjava može se shvatiti na tri različita načina: kao ideja (*Schuldidee*), kao temelj kazne (*Strafbegründungsschuld*) ili kao okolnost koja je bitna za odmjerivanje kazne (*Strafzumessungsschuld*).³⁴ Kod krivnje kao ideje misli se na načelo krivnje kao vodeće načelo za oblikovanje cjelokupnog kaznenog prava: kazna koju izriču državna tijela pretpostavlja da se počinitelju za ostvareno nepravo može uputiti prijekor (*nulla poene sine culpa*). U tom obliku krivnju valja označiti kao temelj, granicu i unutarnje opravdanje kazne. S pomoću krivnje kao temelja kazne i krivnje kao mjere kazne načelo krivnje doživljava konkretnu primjenu. Krivnja kao temelj kazne jest skup pretpostavki o kojima ovisi upućivanje prijekora za počinjenu protupravnu radnju. To su prema hrvatskom pravu ubrojivost, namjera ili nehaj i svijest o protupravnosti. Kod krivnje kao mjere kazne riječ je o mjeri prijekora koji se upućuje počinitelju. Takva krivnja predstavlja kategoriju koja se može stupnjevati. Dok se kod krivnje kao temelja kazne uvijek radi samo o postojanju ili nepostojanju odgovarajućih pretpostavki krivnje, za krivnju kao mjeru kazne bitna je mogućnost stupnjevanja: teža kazna pretpostavlja povišenu krivnju, a blaža kazna smanjenu krivnju. Oba pojma ne treba promatrati izolirano, jer odlučuju o istom pitanju: prekorljivosti počinjenog neprava. Njihova je razlika u tome što se kod krivnje kao temelja kazne ima u vidu pitanje hoće li se uputiti prijekora, a kod krivnje kao mjere kazne koja je težina prijekora koja se upućuje počinitelju. Takvo shvaćanje krivnje jasno upućuje na zaključak da je ona, kad su u pitanju druge kaznenopravne sankcije, ipak u drugom planu. Ideja prijekora kod njih je uglavnom podređena specijalnoj prevenciji. Upućivanje prijekora dolazi do izražaja u odredbama o svrsi sudske opomene (čl. 65. st. 1. KZ) i uvjetne osude (čl. 65. st. 2. KZ), ali je to posebna vrsta prijekora koji se primjenjuje ako se ostvarivanje svrhe kaznenopravnih sankcija može ostvariti bez primjene kazne ili samo izricanjem kazne bez njezina izvršenja. Stupanj krivnje jest, doduše, mjerodavan za izricanje sudske opomene (čl. 66. st. 1. KZ), ali pored cijelog niza drugih pretpostavki koje su vezane za težinu djela, način njegova počinjenja, osobne okolnosti počinitelja i njegovo ponašanje nakon počinjenog djela. Stupanj krivnje svakako je prijeko potreban pri odmjerivanju izrečene kazne u okviru uvjetne osude, ali je samo izricanje

³⁴ Usp. *Schönke/Schröder-Lenckner*, kao u bilj. 24, rubna bilj. 107 ispred § 13.

uvjetne osude i određivanje roka kušnje podređeno prije svega specijalnoj prevenciji. Svrha sigurnosnih mjera i maloljetničkih sankcija nema nikakve veze s upućivanjem prijekora. Kao što je već spomenuto, svrha je sigurnosnih mjera da se njihovom primjenom otklanjaju uvjeti koji omogućuju ili poticajno djeluju na počinjenje novog kaznenog djela (čl. 74. KZ), a svrha odgojnih mjera i maloljetničkog zatvora utjecaj na odgoj maloljetnika, razvijanje njegove cjelokupne ličnosti i jačanje njegove osobne odgovornosti (čl. 5. ZSM). Tome treba dodati da među kriterijima za izbor odgojne mjere (čl. 7. ZSM) nema stupnja krivnje: "sud će uzeti u obzir maloljetnikovu dob, njegovu tjelesnu i duševnu razvijenost, njegove duševne osobine te osobne sklonosti; težinu i narav počinjenog djela, pobude iz kojih i okolnosti u kojima je djelo počinio, ponašanje nakon počinjenog djela i osobito je li, ako je to mogao, pokušao spriječiti nastupanje štetne posljedice ili nastojao nadoknaditi počinjenu štetu; njegove životne uvjete, zdravstveno stanje, obiteljske prilike, obrazovanje i odgoj; je li i prije počinio kaznena djela i je li mu već bila izrečena maloljetnička sankcija; sve okolnosti koje utječu na izbor takve odgojne mjere kojom će se moći najbolje ostvariti svrha odgojnih mjera". Krivnja maloljetnog počinitelja dolazi do izražaja kod maloljetničkog zatvora, koji se "može izreći starijem maloljetniku za kazneno djelo za koje je u zakonu propisana kazna zatvora od pet godina ili teža kazna, ako je s obzirom na narav i težinu djela i visok stupanj krivnje potrebno izreći takvu kaznu" (čl. 23. st. 2. ZSM). No, valja istaknuti da sud pri odmjerivanju kazne maloljetničkog zatvora, osim okolnosti koje utječu na mjeru kazne prema čl. 56. st. 2. KZ, mora posebno imati "na umu stupanj zrelosti maloljetnika, vrijeme koje je potrebno za njegov odgoj, obrazovanje i stručno osposobljavanje, s tim da u odnosu na stupanj krivnje kazna može biti i kraća, ako je to dovoljno za postignuće svrhe kažnjavanja" (čl. 24. st. 3. ZSM). Upravo u ovom zadnjem dijelu navedene odredbe dolazi do izražaja shvaćanje da krivnja kad je riječ o maloljetnicima nema onu ulogu koju ima kod punoljetnih počinitelja kaznenih djela, jer ideja prevencije ima prednost u odnosu prema načelu krivnje prema kojem je krivnja neprekoračiva mjera kazne.

S obzirom na prihvaćanje načela krivnje u njegovu tradicionalnom obliku, koje u sebi kao važnu komponentu uključuje i krivnju kao mjeru kazne, *de lege ferenda* treba predložiti vraćanje stupnja krivnje kao temelja izbora vrste i mjere kazne iz čl. 56. st. 1. KZ/97, koji je sasvim nepotrebno izbrisan. Krivnja kao temelj za odmjerivanje kazne posebno se ističe i u § 46. njemačkog KZ i tamo je nitko ne dovodi u pitanje, neovisno o tome što na mjeru kazne u konkretnom slučaju može utjecati cijeli niz drugih (objektivnih, subjektivnih ili mješovitih) okolnosti.

Naposljetku, u vezi s načelom krivnje valja istaknuti i značajnu izmjenu glede krivnje u posebnim slučajevima kad je riječ o kaznenim djelima počinjenim u sredstvima javnog priopćivanja. Ta izmjena, kojom je brisan čl. 48. KZ/97, potvrđuje načelo krivnje i u ovom važnom području ukida objektivnu odgo-

vornost. U obrazloženju se s pravom ističe da je odredba iz čl. 48. KZ/97 “u suprotnosti s načelom krivnje jer omogućuje da glavni urednik i druge osobe odgovaraju za neka namjerna kaznena djela, prvenstveno protiv časti i ugleda, i kad ne postupaju s namjerom koja se traži za ta kaznena djela (npr. glavni urednik objavljuje neki prilog koji predstavlja klevetu ne znajući da je njegov sadržaj neistinit)”. Stoga krivnju u svim slučajevima koji su do sada bili obuhvaćeni čl. 48. treba utvrđivati prema općim pravilima koja vrijede za sve. Ukidanje objektivne odgovornosti za medijska kaznena djela, koja je neobično važna za slobodu informiranja, zagovara i *Bačić*, samo na drukčiji način: u obliku odgovornosti koja se temelji na povredi profesionalne pažnje i propuštanja dužnog nadzora u smislu sprječavanja počinjenja kaznenih djela putem sredstava javnog priopćivanja.³⁵ U tom smjeru krenuo je i švicarski KZ, koji u čl. 322^{bis} predviđa odgovornost glavnog urednika i drugih odgovornih osoba ako s namjerom ili iz nehaja nisu spriječili medijski delikt.³⁶ Navedena se rješenja u krajnjoj liniji međusobno ne isključuju (kombinacija ili dopunjavanje odredaba općeg i posebnog dijela KZ).

III. KRAJNJA NUŽDA KAO RAZLOG ISKLJUČENJA KRIVNJE I BRISANJE ODREDBE O SADRŽAJU KRIVNJE

Prema čl. 7. ZIDKZ značajno je izmijenjen čl. 30. KZ/97 u dijelu koji se odnosi na krajnju nuždu kao razlog za obvezno oslobođenje od kazne. Izmijenjen je pravni učinak takve krajnje nužde, ispušten je dio teksta koji se odnosi na otklanjanje “izravno predstojeće” opasnosti, promijenjena je formulacija glede razmjernosti počinjenog i prijetjećeg zla, a sukladno svemu tome i odredba o zabludi o pretpostavkama te vrste krajnje nužde. Izmijenjeni tekst čl. 30. st. 2. KZ sada glasi: “Nije kriv počinitelj koji je počinio protupravnu radnju da bi od sebe ili drugoga otklonio istodobnu neskrivljenu opasnost koja se na drugi način nije mogla otkloniti ako zlo koje je počinjeno nije bilo nerazmjerno teže od zla koje je prijetilo”. U čl. 30. st. 3. KZ, koji se odnosi na kažnjavanje za nehajno počinjenje djela u slučaju otklonjive zablude, promijenjen je samo onaj dio teksta u kojem se umjesto o krajnjoj nuždi kao razlogu za obvezno oslobođenje od kazne sada govori o krajnjoj nuždi kao razlogu isključenja krivnje. Posljedica preuređenja krajnje nužde kao razloga za obvezno oslobođenje od kazne u krajnju nuždu kao razlog za isključenje krivnje bilo je brisanje čl. 39. KZ/97 o sadržaju krivnje, prema kojemu se sukladno psihološko-norma-

³⁵ Usp. *Bačić*, kao u bilj. 4, str. 9.

³⁶ Usp. *Trechsel/Noll*, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Zürich, 1998., str. 230.

tivnom poimanju krivnje kao njezina obilježja određuju ubrojivost (kao sposobnost za krivnju), namjera ili nehaj (kao oblici krivnje) i svijest o protupravnosti ili mogućnost takve svijesti (kao samostalni element krivnje).

U obrazloženju navedenih promjena polazi se od toga da KZ/97, unatoč tome što je s pravom napustio jedinstvenu koncepciju krajnje nužde i priklonio se diferencirajućim teorijama, sadržava “ozbiljne nedostatke” koje valja ukloniti. To se prije svega odnosi na krajnju nuždu kao razlog za obvezno oslobođenje od kazne. Središnjim problemom smatra se određivanje pravnog učinka krajnje nužde u kojoj počinitelj počini zlo veće od onoga koje je prijetilo, pa čak i veće, ali pod jakim psihičkim pritiskom “o kome pravo mora voditi računa”. Rješenje prema kojem se u takvim situacijama počinitelja mora osloboditi kazne ocjenjuje se nezadovoljavajućim, “jer ono pretpostavlja ne samo postojanje protupravnosti (što je opravdano) nego i krivnje, tj. upućivanje prijekora počinitelju, a time i osuđujuću presudu, što je u ovom slučaju teško opravdati”. Stoga se predlaže preuzimanje rješenja koje danas postoji u njemačkom i austrijskom pravu, prema kojemu kod takve vrste krajnje nužde nema krivnje. Iz promjene pravnog učinka te tzv. “ispričavajuće krajnje nužde” slijedi zahtjev za promjenom definicije krivnje, a to onda nužno vodi ukidanju odredbe o sadržaju krivnje iz čl. 39. KZ/97. U obrazloženju se dalje navode razlozi promjena pojedinih obilježja krajnje nužde koja isključuje krivnju. Brisanje “izravno predstojeće opasnosti” (koje vrijedi i za krajnju nuždu kao razlog isključenja protupravnosti) opravdava se time da je ono u KZ/97 uvedeno po analogiji s nužnom obranom, što je pogrešno jer je opasnost koja se otklanja u krajnjoj nuždi, za razliku od napada koji se odbija u nužnoj obrani, “vremenski neodređenija jer je vezana za budućnost pa stoga i ne može ‘izravno predstojati’”. Napuštanje formulacije da počinjeno zlo mora biti jednako zlu koje je prijetilo, koja se ocjenjuje kao “odviše restriktivna”, ostvareno je po uzoru na rješenje iz austrijskog KZ prema kojem je dostatno da počinjeno zlo nije nerazmjerno teže od zla koje je prijetilo. Takva se situacija u obrazloženju vrlo plastično ilustrira na primjeru zatočenika u koncentracijskom logoru koji na zapovijed čuvara i pod prijetnjom da će biti teško osakaćen ubije drugog zatočenika. Novi učinci krajnje nužde iz čl. 30. st. 2. “čine prihvatljivom” i odredbu o učincima zablude o pretpostavkama krajnje nužde kao razloga isključenja krivnje, koji se nisu izmijenili, ali su kod krajnje nužde kao razloga za oslobođenje od kazne stvarali poteškoće u objašnjenju nelogičnih razlika između neotklonjive i otklonjive zablude. Naposljetku, posebno se obrazlaže brisanje čl. 39. KZ/97. Do uvođenja krajnje nužde kao razloga isključenja krivnje takva je odredba bila u skladu sa zakonskom koncepcijom krivnje, ali istodobno i suvišna jer su se u njoj nabrajali sastojci krivnje koji su vidljivi iz zakononskog teksta. No, članak 39. KZ/97 nakon promjene pravnog učinka krajnje nužde iz čl. 30. st. 2. postao je “neodrživ jer kod te vrste krajnje nužde postoje svi sastojci krivnje iz čl. 39., a krivnje ipak nema”. Prema stajalištu predlagatelja, navedena

promjena predstavlja dosljedniju provedbu normativnih teorija krivnje od kojih je pošao i zakonodavac 1997., jer prema tim teorijama “i pored toga što postoji ubrojivost, namjera ili nehaj i svijest o protupravnosti, krivnje nema kada postoje posebni razlozi isključenja krivnje ili tzv. ispričavajući razlozi”. Krajnja nužda kao razlog isključenja krivnje prvi je takav ispričavajući razlog u hrvatskom kaznenom pravu, a eventualno uvođenje drugih prepušta se njegovu daljnjem razvitku.³⁷

Navedeni razlozi preoblikovanja krajnje nužde kao razloga za obvezno oslobođenje od kazne u krajnju nuždu kao razlog isključenja krivnje temelje se uglavnom na stajalištima koje je *Novoselec* zagovarao u okviru preispitivanja nekih odredaba općeg dijela KZ/97 i stoga ih ovdje nema potrebe ponavljati. Valja ipak istaknuti njegovu ocjenu da je zakonodavac 1997. godine, propisujući za ispričavajuću krajnju nuždu obvezno oslobođenje od kazne, odustao od “ambicioznog zahvata” dosljedne provedbe normativnih teorija iz teorijskih razloga, jer bi to značilo novu definiciju krivnje, a time i “preoblikovanje čitave naše kaznenopravne dogmatike”. Osim toga, on je u tom radu (po uzoru na § 35. njemačkog KZ) očitovao potrebu za sužavanjem ispričavajuće krajnje nužde samo na situacije spašavanja egzistencijalnih pravnih dobara kao što su život, tijelo i sloboda, kao i za ograničavanjem otklanjanja opasnosti od drugih osoba na počinitelju bliske osobe.³⁸ Zanimljiva su i njegova stajališta o načinu primjene diferencirajućih teorija krajnje nužde prije i neposredno nakon donošenja KZ/97. *Novoselec* je najprije zbog spomenutih doktrinarnih poteškoća u vezi s preuzimanjem ispričavajućih razloga podržavao pravni učinak ispričavajuće krajnje nužde u obliku obveznog oslobođenja od kazne, smatrajući najbitnijim da radnja počinitelja ostaje protupravna, što žrtvi daje pravo na nužnu obranu,³⁹ dok je nešto poslije samo ponovio svoj stav da normativna teorija “podrazumijeva i mogućnost nijekanja krivnje u slučaju ispričavajućih razloga”, ali da za takav korak u vrijeme donošenja KZ/97 “nije bila spremna ni naša doktrina ni naša sudska praksa”.⁴⁰ *Novoselec* tada očito još nije predvidio kakve će teorijske teškoće prouzročiti zakonsko uređenje ispričavajuće krajnje nužde pri određivanju pravnog učinka neotklonjive zablude o okolnostima zbog kojih zakon propisuje obvezno oslobođenje od kazne, ali se s druge strane možemo zapitati jesu li se u međuvremenu u hrvatskoj dogmatici i sudskoj praksi prilike toliko promijenile da je opravdano učiniti tako krupnu promjenu glede pravnog učinka ispričavajuće krajnje nužde. Prije odgovora na to pitanje potrebno je ipak navesti stajališta hrvatskih pisaca o izvršenim promjenama, a potom i gledišta o

³⁷ Usp. Konačni prijedlog ZIDKZ, kao u bilj. 2, str. 36-37.

³⁸ Usp. *Novoselec*, kao u bilj. 8, str. 277-279.

³⁹ Usp. *Novoselec*, Pretpostavke kažnjivosti u novom hrvatskom Kaznenom zakoniku, HLJKPP, 1/1994., str. 41.

⁴⁰ Kao u bilj. 7, str. 147.

ispričavajućim razlozima i krajnjoj nuždi kao razlogu isključenja krivnje u njemačkoj i austrijskoj kaznenopravnoj dogmatici.

Za promjenu kojom se u hrvatsko kazneno pravo uvodi krajnja nužda kao razlog isključenja krivnje *Bačić* ističe da je “jako problematična i diskutabilna” te umjesto isključenja krivnje predlaže rješenje prema kojem se počinitelj “neće kazniti”.⁴¹ To je posve razumljivo s obzirom na njegovu dosljednost u zagovaranju rješenja prema kojem u slučaju ispričavajuće krajnje nužde treba isključiti kažnjivost, s obzirom na bitno smanjeni stupanj neprava i krivnje.⁴² Prihvati li se ispričavajuća krajnja nužda kao poseban razlog isključenja kažnjivosti, otpada i potreba za brisanjem čl. 39. KZ/97, koju *Bačić* smatra sadržajnom i korisnom, upućujući posebno na poziciju svijesti o protupravnosti u pojmu krivnje (otklanjanje čisto normativnih teorija). *Bačić* je dosljedan i kad je u pitanju restriktivna primjena ispričavajuće krajnje nužde: opasnost mora biti neposredna i neskrivljena, a spašavati se mogu samo vlastiti život, tjelesna cjelovitost i sloboda (samo u slučaju njezina nasilnog ugrožavanja) ili ta ista pravna dobra bliskih osoba.⁴³

S obzirom na uvođenje krajnje nužde kao razloga isključenja krivnje, brisanje odredbe o sadržaju krivnje iz čl. 39. KZ/97 *Velinka Grozdanić* načelno smatra prihvatljivim, ali istodobno ističe da u tom slučaju valja uzeti u razmatranje varijantu nadopunjavanja sadržaja krivnje četvrtim elementom: “nepostojanjem razloga koji isključuju krivnju”. U brisanju obilježja “izravno predstojeće” opasnosti ne vidi pravu potrebu. Novu formulaciju o razmjernosti počinjenog i prijetećeg zla kod krajnje nužde koja isključuje krivnju drži boljom od one iz KZ/97, jer je “fleksibilnija od prekrute jednakosti obaju zala”, a značajnu promjenu učinka ispričavajuće krajnje nužde (isključenje krivnje umjesto obveznog oslobođenja od kazne), koja je i procesnopravno mnogo povoljnija za počinitelja, prima ipak rezervirano, ostavljajući mogućnost da postoje i slučajevi u kojima ima mjesta za prijekor, a time i za krivnju, iako počinjeno zlo nije nerazmjerno teže od zla koje je prijeto. Na kraju ona ipak zaključuje da odredbu o krajnjoj nuždi kao razlogu za obvezno oslobođenje od kazne iz KZ/97 ne bi trebalo mijenjati jer je na taj način u okviru diferencirajućih teorija jače naglašena razlika između opravdavajuće i ispričavajuće krajnje nužde.⁴⁴ Time je zapravo postao suvišan njezin prijedlog o dopuni zakonske odredbe o sadržaju krivnje.

Ideja o ispričavajućim razlozima nastala je u njemačkoj doktrini tridesetih godina prošlog stoljeća i temelji se na ocjeni da u određenim iznimnim situacijama postoji “nemogućnost očekivanja ponašanja u skladu s pravom” (Unzu-

⁴¹ Usp. *Bačić*, kao u bilj. 4, str. 8-9.

⁴² Usp. *Bačić*, kao u bilj. 18, str. 187.

⁴³ Kao u bilj. 18, str. 185.

⁴⁴ Usp. *Grozdanić*, kao u bilj. 5, str. 23 i 28-31.

mutbarkeit normgemäßen Verhaltens). To su upravo ispričavajući razlozi u koje u njemačkom kaznenom pravu, između ostalih, spadaju krajnja nužda iz § 35. KZ i prekoračenje nužne obrane prouzročeno asteničkim afektima iz § 33. KZ. Prema vladajućem mišljenju, kod ispričavajućih razloga treba poći od vrednovanja kvantitete neprava i krivnje. Tako će kod krajnje nužde iz § 35. biti smanjeno “osobno nepravo radnje” s obzirom na opravdani cilj (otklanjanje opasnosti), zbog vrijednosti pravnog dobra koje se zaštićuje sniženo je i “nepravo posljedice”, a manji je i stupanj krivnje jer se počinitelj nalazi u nesvakidašnjem položaju koji, doduše, ne isključuje mogućnost samoodređenja u skladu s pravom, ali ga ipak bitno otežava. Važno je i da počinitelj postupa s voljom za spašavanjem. Zbog toga radnja nije u jednakoj mjeri izraz pravnog osvjedočenja počinitelja koje zaslužuje prijekor kao u slučaju postupanja u svakidašnjim okolnostima. Ocjena svih takvih okolnosti koje idu u korist počinitelja vodi do toga da pravni poredak, unatoč tome što su nepravo i krivnja smanjeni, ali ne i isključeni, “odustaje od upućivanja kaznenopravnog prijekora”. Popustljivost kaznenog prava u tom slučaju temelji se na vrednovanju svih okolnosti, a takvo je vrednovanje stvar ocjene zakonodavca.⁴⁵ Sukladno tome razlikuju se i razlozi isključenja krivnje i ispričavajući razlozi, unatoč tome što u tekstu § 35. KZ stoji da počinitelj “postupa bez krivnje” (handelt ohne Schuld). Kod razloga isključenja krivnje (Schuldausschließungsgründe), u koje prema njemačkom pravu spadaju nesposobnost za krivnju i neotklonjiva zabluda o protupravnosti, krivnja nedostaje od početka, dok se kod ispričavajućih razloga (Entschuldigungsgründe) samo odustaje od prijekora. Postoje i stajališta koja kod ispričavajućih razloga težište stavljaju na subjektivnu komponentu, tako da se govori o nedostatnom stupnju krivnje zbog kojega je isključena “pravno važna krivnja”; pri tome se upozorava i na razlike sa stajališta intelektualne i voljne komponente krivnje: dok su kod nesposobnosti za krivnju bitne obje komponente, a kod nedostatka svijesti o protupravnosti samo intelektualna, kod ispričavajućih razloga bitan je voljni aspekt.⁴⁶ Činjenica da pravni poredak pokazuje razumijevanje prema počinitelju koji postupa u ispričavajućoj krajnjoj nuždi i oprašta mu počinjeno nepravo, iako je manji stupanj prijekora još uvijek moguć, ne znači da takvo postupanje odobrava. Stoga je protiv radnje u ispričavajućoj krajnjoj nuždi dopuštena nužna obrana, a kažnjivo je i sudioništvo u takvoj radnji.

⁴⁵ Usp. Schönke/Schröder-Lenckner, kao u bilj. 24, rubna bilj. 111 ispred § 32, i Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, kao u bilj. 24, § 35, rubna bilj. 2; Jescheck/Weigend, kao u bilj. 23, str. 478 i 480; Eser, Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime, u knjizi: Eser/Fletcher (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Rechtsvergleichenden Perspektiven, Band I, Freiburg i. Br., 1987., str. 58-59.

⁴⁶ Usp. Hirsch, Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus deutscher Sicht, u knjizi: Eser/Perron (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung III, Freiburg im Breisgau, 1991., str. 37.

Suprotno od vladajućeg mišljenja, *Roxin* smatra da je zakonski izričaj ipak netočan jer § 35. KZ u strogom smislu riječi ne isključuje krivnju, nego kaznenu odgovornost. Praktično značenje § 35. KZ očituje se u slučajevima kad je osoba u opasnosti još “normativno osjetljiva” i kad je mogla drukčije postupiti, tako da krivnja postoji, iako je bitno smanjena. Razlog nekažnjavanja nije u nedostavku krivnje, nego u nedostatku nužnosti preventivnog kažnjavanja. Zakonski termin “krivnja” stoga treba shvatiti tako da u jednom širem smislu obuhvaća cjelokupnu kaznenopravnu odgovornost. Kažnjavanje počinitelja zakonodavac ne drži prijeko potrebnim. Budući da motivacijsko djelovanje norme nije nemoguće, ali se zbog nesvakidašnjih okolnosti ne očekuje da će prijetnja kaznom djelovati na počinitelja, da generalnopreventivna potreba za zastrašivanjem zbog rijetkosti takvih situacija jedva da postoji te da prema počinitelju koji se smatra socijalno integriranim nema potrebe djelovati specijalnopreventivno, njegovo kažnjavanje bilo bi kriminalnopolitički neumjesno. Stoga je unatoč smanjenoj krivnji dopušteno popuštanje i isključenje kaznenopravne odgovornosti. Stajališta o smanjenom nepravu i smanjenom stupnju krivnje *Roxin* drži nedostatnim za objašnjenje nekažnjivosti. Teško je, naime, objasniti zašto ograničenje slobode odlučivanja isključuje kaznu umjesto da je samo snižava, što je i inače slučaj kod smanjene krivnje. Nejasno je, nadalje, zašto je nekažnjavanje isključeno u slučaju skrivljene opasnosti ili u situacijama u kojima postoji dužnost izlaganja opasnosti, premda je psihički pritisak na počinitelja isti. Postavlja se i pitanje zašto § 35. st. 2. KZ ekskulpira zabludu samo ako je neotklonjiva, jer je psihički pritisak isti neovisno o tome da li stanje nužde zbilja postoji, odnosno je li počinitelj postupao u otklonjivoj ili neotklonjivoj zabludi. I ograničenje na pravna dobra kao što su život, tijelo i sloboda psihološki je jedva uvjerljivo, jer i ugrožavanje gospodarske egzistencije može stvoriti jednak pritisak, a ekskulpacija nije moguća. Smanjenje neprava također se može osporiti u situacijama kada počinitelj radi spašavanja vlastitog života usmrti više nedužnih ljudi.⁴⁷ Radi boljeg razumijevanja *Roxin*ovih stajališta o tzv. ispričavajućoj krajnjoj nuždi, ali i zbog odgovora na pitanje je li pravni učinak ispričavajuće krajnje nužde kao razloga isključenja krivnje u hrvatskom pravu najprikladnije rješenje, valja ukratko izložiti njegovu koncepciju o “odgovornosti” (Verantwortlichkeit). Pojam odgovornosti viši je pojam koji obuhvaća krivnju i preventivnu nužnost kao pretpostavke kaznenopravne odgovornosti (Schuld und präventive Notwendigkeit als Voraussetzungen strafrechtlicher Verantwortlichkeit). Konkretnije, pretpostavke kaznenopravne odgovornosti jesu sposobnost za krivnju, mogućnost spoznaje neprava i “normalno stanje situacije u kojoj se poduzima radnja” (Normalität der Handlungssituation), koja npr. nedostaje kod određenih situacija opasnosti (ispričavajuće krajnje nužde

⁴⁷ Usp. *Roxin*, kao u bilj. 27, § 22, rubne bilj. 4, 6, 8 i 10.

iz § 35. KZ) i prekoračenja nužne obrane iz § 33. KZ. Počinitelj postupka skrivljeno “kada ostvaruje kaznenopravno nepravo premda je u konkretnoj situaciji još mogao udovoljiti apelacijskom djelovanju norme i kada je posjedovao dostatnu sposobnost samokontrole tako da mu je alternativa ponašanja u skladu s pravom bila psihički dostupna”. U većini slučajeva to je dovoljno za kaznenopravnu odgovornost. No postoje i iznimne situacije u kojima krivnja (iako smanjena) postoji, ali se zakonodavac odriče kažnjavanja jer nedostaje “nužnost preventivnog kažnjavanja” (präventive Bestrafungsnotwendigkeit). Tipičan primjer za to je ispričavajuća krajnja nužda. Krivnja i nužnost preventivnog kažnjavanja jednako su rangirane pretpostavke kaznenopravne odgovornosti i time se ostvaruje priključak na učenje o svrsi kažnjavanja. To ne ugrožava pravnu sigurnost jer sudac u spomenutim iznimnim situacijama ne odlučuje o nekažnjivosti prema svojim osobnim predodžbama, nego mora ispitati preventivne pretpostavke na kojima se temelji određeno zakonsko rješenje. Nužnost preventivnog kažnjavanja ne ugrožava ni pravnodržavne zaštitne učinke načela krivnje. Krivnja je uvijek pretpostavka kazne i stoga kaznenopravnu sankciju ne može opravdati potreba za prevencijom koja bi se protivila načelu krivnje. Priznanje nužnosti preventivne kazne kao dopunske pretpostavke kažnjivosti znači samo daljnju zaštitu od zahvata kaznenog prava, tako da ono što je preventivno dopušteno nije više ograničeno samo načelom krivnje, nego je i mogućnost kažnjavanja skrivljenog ponašanja ograničena zahtjevom preventivne nužnosti. Uporabu riječi “bez krivnje” kod ispričavajuće krajnje nužde iz § 35. stoga prema *Roxinu* treba tumačiti kao “nedostatak odgovornosti unatoč smanjenoj krivnji”.⁴⁸

Budući da su izmjene kod ispričavajuće krajnje nužde djelomice ostvarene i prema austrijskom pravu, valja istaknuti i stajališta tamošnje kaznenopravne dogmatike, iako se ona ne razlikuju bitno od njemačkih. Tako *Triffterer* smatra da krivnja počinitelja u slučaju ispričavajućih razloga nije dosegla donju granicu kažnjivosti i da zbog toga iznimno može otpasti “prijekor krivnje”. Takva iznimka počiva na posebnim okolnostima koje počiniteljevo ponašanje čine razumljivim, jer kazneno pravo od prosječnog čovjeka ne može zahtijevati junaštvo ili osobno žrtvovanje.⁴⁹ Slično stajalište zagovara i *Fuchs*, koji smatra da iznimno mogu postojati posebne situacije u kojima se počinitelju unatoč sposobnosti za krivnju i svijesti o protupravnosti “ne može uputiti prijekor” jer je pri počinjenju djela bio pod tako snažnim psihičkim pritiskom da se od njega nije moglo očekivati ponašanje u skladu s pravom. Pravni poredak u takvim slučajevima ne može dopustiti isključenje protupravnosti, ali mora priznati da određeni jaki motivi, afekti i osjećaji (npr. volja za preživljavanjem) mogu

⁴⁸ Usp. *Roxin*, kao u bilj. 27, § 19, rubne bilj. 1, 3, 7 i 8.

⁴⁹ Usp. *Triffterer*, kao u bilj. 29, str. 100 i 280.

spriječiti ponašanje sukladno normi i da zadaća prava nije u tome da prijetnjom kazne iznuđuje ponašanje “junaka” ili “svetaca”.⁵⁰

Prije zauzimanja osobnog stava o počinjenim promjenama u okviru ispričavajuće krajnje nužde potrebno je istaknuti još dvije izmjene njezinih obilježja koje ne držimo prijepornima, ali o njima ipak treba nešto više reći od onoga što je već prethodno navedeno iz obrazloženja Konačnog prijedloga ZIDKZ. Riječ je o obilježjima istodobnosti opasnosti i razmjernosti prijetećeg i počinjenog zla. Izostavljanje izravno predstojeće opasnosti, koje je ostvareno po uzoru na njemački KZ, ne znači da takva opasnost nije moguća, nego da obilježje istodobnosti kod ispričavajuće krajnje nužde obuhvaća bitno veća razdoblja nego što je to slučaj kod istodobnosti napada kod nužne obrane. Tu, naime, valja upozoriti na slučajeve tzv. trajne opasnosti (Dauergefahr) kod koje se stanje prijeteće opasnosti u svakom trenutku može pretvoriti u štetu, ali se ne može točno reći kada će se to dogoditi. Da su takvi slučajevi mogući, svjedoči i praksa njemačkog Carevinskog suda (u daljnjem tekstu: RG) i Saveznog suda (u daljnjem tekstu: BGH). Trajna opasnost može potjecati od stvari, kao npr. od trošne kuće koja se može srušiti svakog časa, ali i nakon nekoliko mjeseci (RGSt 59, 69); trajnu opasnost predstavlja i obiteljski tiranin koji je privremeno miran, ali u svakom trenutku može započeti s novim zlostavljanjima (RGSt 60, 318; BGH NJW 1966, 1823; NStZ 1984, 21); isto vrijedi i za osobu koja zaprijeti svjedoku ugrožavanjem života ili tijela ako na sudu dade istinit iskaz, premda se ne zna točno kada će se prijetnja ostvariti (RGSt 66, 98; BGHSt 5, 731).⁵¹ Iz novije sudske prakse valja istaknuti tzv. “Spanner-Fall” (BGH NJW, 1979, 2053). U tom je slučaju nepoznati muškarac terorizirao bračni par time što je kasno noću više puta prodirao u njihov stan, da bi u jednoj prilici bio ustrijeljen u pokušaju bijega od strane supruga koji ga je pokušao uhititi. U času kad je ustrijeljen nije bilo protupravnog napada, tako da je nužna obrana bila isključena. No uljez je ipak predstavljao trajnu opasnost jer su supružnici svake noći strahovali od njegova ponovnog pojavljivanja, tako da je trebalo uzeti u obzir opravdanje pucanja na napadača prema § 34. KZ koji regulira krajnju nuždu kao razlog isključenja protupravnosti. Počinitelj je voajera ustrijelio u lijevi dio stražnjice i lijevu slabinu kako bi ga zauvijek odvratio od noćnih posjeta. BGH je ostavio neriješenim pitanje je li takvo ponašanje opravdano prema § 34., ali je ipak dopustio da “nešto” tome ide u prilog. Isključenje protupravnosti, prema *Roxinu*, moralo se potvrditi. Za odluku o tome nije dovoljno uzeti u obzir samo odnos prijetećeg i počinjenog zla, jer su dva opasna hica u cilju sprječavanja daljnjih noćnih uznemiravanja ipak bila u određenom nerazmjeru. Pri vaganju svih okolnosti konkretne situacije u korist

⁵⁰ Kao u bilj. 30, str. 204.

⁵¹ Usp. prema: *Roxin*, kao u bilj. 27, § 22, rubna bilj. 17.

počinitelja koji je postupao u krajnjoj nuždi treba uzeti dvije daljnje okolnosti: postojanje situacije koja opravdava privremeno uhićenje prema § 127. njemačkog Zakona o kaznenom postupku i latentnu prijetnju od uljeza sve dok se nalazio u području vlasti bračnog para. Takve se okolnosti u njihovoj ukupnosti pojavljuju kao bitno pretežnije u pogledu interesa počinitelja. Naprotiv, stajalište Saveznog suda o ekskulpaciji strijelca prema § 35. nije bilo moguće jer obilježje opasnosti za slobodu zahtijeva prijetnju fizičkog oduzimanja slobode koja ovdje nije postojala.⁵² Uz navedeni primjer usmrćivanja obiteljskog tiranina nadovezuje se i pitanje mogućnosti otklanjanja opasnosti na drugi način. Takvo ponašanje neće biti ispričano ako su se očekivana zlostavljanja mogla spriječiti napuštanjem kuće ili pozivanjem policijske pomoći. No, mogućnost drukčijeg načina otklanjanja opasnosti ne smije se prihvaćati olako: pozivanje policije u slučaju oca koji zlostavlja obitelj često se pokazalo kao nedjelotvorno (RGSt 60, 318), a napuštanje kuće također često nije moguće zbog obiteljskih razloga (BGH NJW 1966, 1823). U slučaju supruge obiteljskog tiranina sklonog opijanju Savezni sud (BGH NJW 1966, 1823) nije vidio mogućnost otklanjanja opasnosti na drugi način, tj. razvodom braka ili požurivanjem smještaja u odgovarajuću ustanovu, jer se od nje nije moglo očekivati da sve do mogućeg uspjeha takvih mjera trpi neljudsko ponašanje supruge. U jednom novijem slučaju iz sudske prakse (BGH NStZ 1992, 48) optuženik je bio prisiljen sudjelovati u počinjenju kaznenog djela ubojstva. Radnju prisile drugi je sudionik (kasnije žrtva radnje u krajnjoj nuždi) počinio jer je bio siguran da neće biti prijavljen policiji. U takvom se slučaju od prisiljenog nije moglo očekivati da počinitelja pokuša odvratiti riječima te da na taj način preuzme rizik vlastitog usmrćenja.⁵³

Budući da se ispričavajuća krajnja nužda ne temelji na ideji pretežnijeg interesa, nego je u prvom planu specifična psihička situacija počinitelja u danim okolnostima, valja podržati i promjenu koja po uzoru na rješenje iz § 10. st. 1. austrijskog KZ dopušta da je takva kranja nužda načelno moguća i kad je učinjeno zlo veće od onoga koje je prijetilo, ali ne i nerazmjerno teže (wenn der aus der Tat drohende Schaden nicht unverhältnismäßig schwerer wiegt als der Nachteil, den sie abwenden soll). Kriterij nužnosti radnje u ispričavajućoj krajnjoj nuždi nije određen posve jednako kao u hrvatskom pravu (nemogućnost otklanjanja opasnosti na drugi način). Prema § 10. st. 1. KZ, bitno je da se u konkretnom slučaju od prosječnog čovjeka (čovjeka obvezanog pravno zaštićenim vrijednostima) u položaju počinitelja nije moglo očekivati drukčije ponašanje (in der Lage des Täters von einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen kein anders Verhalten zu erwarten war). Mjerilo za takvu prosudbu jest "fiktivna" osoba najsličnija počinitelju (npr. jednake

⁵² Usp. *Roxin*, kao u bilj. 27, § 16, rubne bilj. 18 i 75.

⁵³ Usp. prema: *Roxin*, kao u bilj. 27, § 22, rubna bilj. 19.

dobi, zdravstvenog stanja ili iz istog socijalnog područja), a nerazmjernost prijeteće i počinjene štete treba tumačiti manje strogo nego kod nužne obrane.⁵⁴ “Klauzula nerazmjernosti” zahtijeva ograničeno vaganje dobara u obrnutom smislu: dok krajnja nužda koja isključuje protupravnost načelno pretpostavlja višu vrijednost spašavanog dobra, vaganje dobara ovdje ima samo tu “funkciju da isključi ispriku u ekstremnim slučajevima”. Spašavano dobro u određenim okolnostima smije biti i manje dobro od onoga koje se žrtvuje, ali ne smije biti nerazmjerno manje. Utoliko ispričavajuća krajnja nužda dopunjuje opravdavajuću.⁵⁵

Naposljetku valja ocijeniti promjene u odnosu na KZ/97. Uvođenje ispričavajućih razloga u hrvatsko kazneno pravo kojima se u okviru instituta krajnje nužde nastoje dosljednije provesti normativne teorije krivnje zaslužuje odobravanje, ali ne u obliku pravnog učinka koji se sastoji u isključenju krivnje. U sadašnjem stadiju razvitka te s obzirom na mnogo ozbiljnije probleme s kojima se suočava hrvatsko kazneno pravosuđe, proširenje pojma krivnje dosljednijom primjenom normativnih teorija nije prijeko potrebno. To bi, naime, bio već treći pojam krivnje u posljednjih sedam godina, jer smo, nakon psihološkog pojma krivnje koji se primjenjivao do stupanja na snagu KZ/97 i psihološko-normativnog pojma krivnje prema KZ/97, dobili pojam krivnje koji uključuje i nepostojanje ispričavajućih razloga. Stoga zbog čisto praktičnih, ali i doktrinarnih razloga glede određivanja pravnog učinka ispričavajuće krajnje nužde smatramo dostatnim uporabu termina “neće se kazniti”, tj. tretman ove vrste krajnje nužde kao razloga isključenja kažnjivosti, što onda omogućuje i povratak brisane odredbe o sadržaju krivnje iz čl. 39/KZ. To znači da držimo prihvatljivim rješenje koje u hrvatskoj literaturi zagovara *Bačić*, ali i *Roxinovo* shvaćanje problema, koje uspješno povezuje problem prijekora (krivnje) i svrhu kažnjavanja. Takva se shvaćanja međusobno ne isključuju, jer prvo s pravom polazi od bitno smanjenog stupnja neprava i krivnje, a drugo ga samo dopunjuje time što preostalu smanjenu osnovu prijekora oplemenjuje kriminalnopolitičkim promišljanjima o nedostajućoj nužnosti preventivnog kažnjavanja. Prihvaćanje takve koncepcije istodobno ne znači da kažnjivost treba smatrati posebnim općim obilježjem kaznenog djela, jer ovdje je riječ o posebnom razlogu isključenja kažnjivosti, a ne o kažnjivosti kao posljedici ostvarenih općih obilježja kaznenog djela (radnje, bića kaznenog djela, protupravnosti i krivnje), niti da je hrvatskom kaznenom pravu potreban posebni pojam odgovornosti ili da sve kaznenopravne institute treba podrediti prevenciji. Riječ je samo o rješavanju problema pravnog učinka u pravu posve iznimnih, graničnih ili prijelaznih situacija koje se ne mogu precizno svrstati ni u razloge isključenja protupravnosti

⁵⁴ Usp. *Triffterer*, kao u bilj. 29, str. 283.

⁵⁵ Usp. *Fuchs*, kao u bilj. 30, str. 207.

niti u uobičajene razloge isključenja krivnje. Predloženo rješenje ne utječe niti na problem pravnih učinaka zablude o pretpostavkama ispričavajuće krajnje nužde koji je prema KZ/97 predstavljao nepremostivu teškoću. Naime, temeljni problem prema uređenju ispričavajuće krajnje nužde iz KZ/97 sastojao se u određivanju pravnih učinaka neotklonjive zablude o pretpostavkama krajnje nužde kao razloga za oslobođenje od kazne. Isključenje krivnje nije dolazilo u obzir, jer bi to onda značilo da se počinitelj u zabludi stavlja u povoljniji položaj od onoga koji doista postupa u ispričavajućoj krajnjoj nuždi. Izjednačavanje pravnih učinaka (obvezno oslobođenje od kazne i u jednom i u drugom slučaju), s druge strane, bilo bi proturječno, jer bi se počinitelj u situaciji koja je za njega povoljnija (neotklonjiva zabluda) proglašavao krivim za teže (namjerno) djelo nego u situaciji koja je za njega nepovoljnija (kažnjavanje za nehaj u slučaju otklonjive zablude). Stoga se za takve slučajeve predlagalo da se počinitelj oslobađa kazne kad je zabluda neotklonjiva, a da se za slučajeve otklonjive zablude, umjesto kažnjavanja za nehaj, predvidi mogućnost ublažavanja kazne za namjerno počinjeno djelo.⁵⁶ Treba napomenuti i to da je reguliranjem ispričavajuće krajnje nužde kao razloga isključenja krivnje hrvatski KZ usklađen i s Rimskim statutom Međunarodnog kaznenog suda, koji u čl. 31. st. 1. točka d. regulira krajnju nuždu kao jedan od razloga isključenja kaznene odgovornosti.⁵⁷ Takvo stanje ne bi se promijenilo ni eventualnim preoblikovanjem pravnog učinka ispričavajuće krajnje nužde u poseban razlog isključenja kažnjivosti. Promjenom pravnog učinka ispričavajuće krajnje nužde iznova se postavlja i pitanje pravnog učinka neotklonjive zablude o pretpostavkama ispričavajuće krajnje nužde, ali ćemo o tome nešto više reći u zasebnom dijelu o zabludama. Promjene pojedinih obilježja ispričavajuće krajnje nužde, kao što je već spomenuto, smatramo prihvatljivim. S obzirom na značajnu promjenu pravnog učinka ispričavajuće krajnje nužde, *de lege ferenda* trebalo bi ipak razmisliti o ograničenjima glede kruga pravnih dobara koja se mogu štititi takvom krajnjom nuždom, kao i kruga osoba čija se pravna dobra mogu štititi.

IV. BITNO SMANJENA UBROJIVOST

Sukladno čl. 14. ZIDKZ promijenjena je odredba o smanjenoj ubrojivosti iz KZ/97 tako da sada čl. 42. KZ glasi: “Počinitelj koji je u vrijeme počinjenja kaznenog djela zbog nekog stanja iz čl. 40. st. 2. ovoga Zakona bio bitno

⁵⁶ Usp. *Horvatić/Novoselec*, Kazneno pravo, opći dio, Zagreb, 2001., str. 311-312.

⁵⁷ Više o tome v. *Novoselec*, Materijalnopravne odredbe Rimskog statuta i njihova implementacija u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu, u knjizi: *Josipović/Krapac/Novoselec*, Stalni međunarodni kazneni sud, Zagreb, 2001., str. 117; *Ambos*, *Der Allgemeiner Teil des Völkerstrafrechts, Ansätze einer Dogmatisierung*, Berlin, 2002., str. 837-868.

smanjeno ubrojiv može se blaže kazniti, ako do bitno smanjene ubrojivosti nije došlo samoskrivljeno”. Navedenom promjenom u hrvatsko se kazneno pravo ponovno vraća bitno smanjena ubrojivost. Predlagatelj je smatrao da su za obrazloženje dostatne dvije rečenice: “Nakon donošenja Kaznenog zakona u praksi je postalo prijeporno kada smanjena ubrojivost ima učinke predviđene u čl. 42. Stoga je trebalo precizirati da će ti učinci nastupiti samo ako je ubrojivost smanjena bitno”.⁵⁸ Navedenu izmjenu *Bačić* je ocijenio prihvatljivom⁵⁹, što je posve razumljivo s obzirom na njegovu dosljednost u stavu da samo bitno smanjena ubrojivost treba biti osnovom mogućeg ublažavanja kazne, jer razlikovanje i stupnjevanje neubrojivosti, ubrojivosti, smanjene ubrojivosti i bitno smanjene ubrojivosti nije ništa artifično, već predstavlja zahtjev zbilje, a osim toga, zadržavanje samo smanjene ubrojivosti iz čl. 42. KZ/97 otvara mogućnost širenja represije na području sigurnosne mjere obveznog psihijatrijskog liječenja.⁶⁰ *Novoselec* je nakon napuštanja bitno smanjene ubrojivosti u čl. 42. KZ/97 zauzeo stav da nema više opravdanja za uporabu pojmova “bitno” i “nebitno” smanjene ubrojivosti, ali da nema ni zapreke razlikovanju smanjene ubrojivosti kao samostalnog razloga ublažavanja kazne i smanjene ubrojivosti kao obične olakotne okolnosti.⁶¹ Povratak bitno smanjene ubrojivosti *Horvatić* smatra potpuno neargumentiranim⁶² i to je u skladu s njegovim stajalištem u vezi s napuštanjem bitno smanjene ubrojivosti u KZ/97 prema kojemu se time “ne uklanja i ne umanjuje mogućnost ublažavanja kazne za različite oblike i intenzitete smanjene ubrojivosti, ali se uklanja artifična barijera između bitno i nebitno smanjene ubrojivosti koja doktrinarno nije bila opravdana, a u praksi je pravila velike poteškoće”.⁶³ *Velinka Grozdanić* se priklanja takvoj argumentaciji⁶⁴ i osim toga ističe da novo rješenje nije prikladno jer se time “povećava pritisak na vještake, koji u nekim slučajevima preuzimaju ulogu suca, što u pravilu dovodi do znatnog ublažavanja kazne”.⁶⁵

Da bi se primijenilo moguće ublažavanje kazne prema § 21. njemačkog KZ, ubrojivost također mora biti “bitno smanjena” (erheblich vermindert), iako u naslovu te odredbe stoji samo “smanjena ubrojivost” (verminderte Schuldfähigkeit). Zanimljivo je da takvu situaciju imamo sada i u hrvatskom KZ, jer riječ “bitno” prema čl. 14. ZIDKZ nije dopunila i naslov čl. 42. KZ. Bitno smanjena sposobnost za krivnju u njemačkoj se literaturi ne smatra nejasnim

⁵⁸ Usp. Konačni prijedlog ZIDKZ, kao u bilj. 2, str. 38.

⁵⁹ Usp. *Bačić*, kao u bilj. 4, str. 8.

⁶⁰ Kao u bilj. 17, str. 424.

⁶¹ Usp. *Horvatić/Novoselec*, kao u bilj. 56, str. 272-273.

⁶² Kao u bilj. 3, str. 585.

⁶³ Usp. *Horvatić*, Novo hrvatsko kazneno pravo, Zagreb, 1997., str. 235.

⁶⁴ Usp. *Grozdanić*, kao u bilj. 5, str. 33-34.

⁶⁵ Kao u bilj. 3, str. 588.

međustupnjem “polusposobnosti uračunavanja” (Halbzurechnungsfähigkeit), koji bi stajao između potpune kaznenopravne odgovornosti i nesposobnosti za krivnju, već se radi o ubrojivosti.⁶⁶ U praktičnoj primjeni § 21. KZ najviše dolaze do izražaja lakši slučajevi epilepsije i slaboumnosti, djelovanja u afektu ili stanju opijenosti te u slučajevima psihopatija, neuroza i poremećaja nagona. U pravilu je riječ o bitno smanjenoj sposobnosti vladanja voljom. Razgraničenje “bitne” od manje bitne ubrojivosti “ostavlja naravno širok prostor sudačkom ocjenjivanju”, ali se za primjenu ublaživanja kazne načelno mora zahtijevati da se duševno stanje počinitelja “jasno razlikuje od prosjeka normalnog stanja i približava stanju nesposobnosti za krivnju”.⁶⁷ Prema stajalištu Saveznog suda (BGH NStZ 1996, 380) za primjenu odredbe § 21. o ublaživanju kazne relevantna je u pravilu teška duševna anormalnost koja nije isključila krivnju. Utvrđenje bitno smanjene sposobnosti za krivnju zahtijeva posebno obrazloženje. Budući da § 21. predviđa samo mogućnost blažeg kažnjavanja, u njemačkoj se literaturi postavilo zanimljivo pitanje nije li to u suprotnosti s načelom krivnje, jer ako se pođe od priznatog načela da kazna ne smije prekoračiti mjeru krivnje, onda je samo po sebi razumljivo da bitno smanjena sposobnost za krivnju mora povlačiti za sobom bitno smanjenu kaznu, a to znači da umjesto fakultativnog valja propisati obvezno ublaživanje kazne. Prema vladajućem mišljenju i stajalištu sudske prakse, obvezno ublaživanje kazne ipak ne dolazi u obzir, jer smanjeni stupanj krivnje zbog smanjene ubrojivosti kao okolnosti koja bi utjecala na odluku o blažem kažnjavanju mogu poništiti okolnosti koje povisuju krivnju, prije svega skrivljeno prouzročenje psihičkog poremećaja.⁶⁸ *Roxin* ovdje ipak zagovara diferencirani pristup prema kojem nemogućnost ublaživanja kazne valja ograničiti na “usko područje primjene” (npr. za slučajeve kad počinitelj uporabom alkohola ili droga namjerno reducira vlastitu sposobnost za krivnju i računa s tim da će u stanju bitno smanjene ubrojivosti počiniti kazneno djelo), dok bi u ostalim slučajevima bitno smanjene sposobnosti za krivnju ublaživanje kazne trebalo biti obvezno.⁶⁹

Za razliku od hrvatskog i njemačkog KZ, austrijski KZ ne sadržava posebnu odredbu o ublaživanju kazne u slučaju smanjene ubrojivosti, ali je u takvim slučajevima ublaživanje ipak moguće prema odredbama § 34. KZ koji se odnosi na “posebne ublažujuće razloge” (besondere Milderungsgründe). Tu se, između ostalog, spominju utjecaj anormalnog duševnog stanja na počinjenje djela ili slaboumnost počinitelja (§ 34. st. 1. t. 1. KZ) te situacija kad je djelo počinjeno “u okolnostima koje se približavaju nesposobnosti za krivnju” (§ 34. st. 1. t.

⁶⁶ Usp. *Jescheck/Weigend*, kao u bilj. 23, str. 443.

⁶⁷ Usp. *Roxin*, kao u bilj. 27, § 20, rubna bilj. 33.

⁶⁸ Usp. *Jescheck/Weigend*, kao u bilj. 23, str. 444.

⁶⁹ Kao u bilj. 27, § 20, rubna bilj. 37 i dalje.

11. KZ). Prema § 21. st. 2. KZ moguća je primjena sigurnosne mjere smještaja u ustanovu za duševno anormalne prekršitelje zakona ako je počinitelj koji je sposoban za krivnju počinio djelo pod utjecajem “duševne ili psihičke nenormalnosti višeg stupnja”. Smatra se da taj utjecaj mora biti veći od utjecaja običnog anormalnog stanja ili slaboumnosti.⁷⁰

S obzirom na dosadašnje rasprave o potrebi napuštanja ili zadržavanja bitno smanjene ubrojivosti, spomenuta inozemna rješenja, a osobito sa stajališta tvrdnje iz obrazloženja Konačnog prijedloga ZIDKZ da je u praksi postalo prijeporno kada smanjena ubrojivost ima učinke iz čl. 42. KZ, postavlja se pitanje je li vraćanje bitno smanjene ubrojivosti bilo prijeko potrebno. Teško je točno utvrditi je li u praksi bilo nedoumica oko toga je li čl. 42. KZ/97 ukinuo mogućnost stupnjevanja smanjene ubrojivosti na bitnu ili nebitnu jer o tome nema egzaktnih pokazatelja. Analizom ograničenog broja spisa koji su korišteni za pripremanje kliničkih vježbi iz kaznenog prava na Pravnom fakultetu u Osijeku i u kojima se pojavljivao problem smanjene ubrojivosti, nismo stekli dojam da praktičari ublažavanju kazne zbog smanjene ubrojivosti pristupaju nekritički, ali valja istaknuti da se u mišljenjima vještaka nerijetko pojavljivala ustaljena tvrdnja da je ubrojivost *tempore criminis* bila smanjena, ali ne bitno ili znatno. Otvoreno ili prikriveno zadržani su pojmovi iz zakonodavstva koje je prethodilo KZ/97. Tome se ne treba čuditi, jer svaki sudac pri odmjerenju kazne polazi od stupnja krivnje, a to znači da ako u konkretnom slučaju postoje okolnosti koje upućuju na smanjeni stupanj krivnje zbog kojih bi došla u obzir primjena blažih kaznenih okvira, on vještaku kao svom stručnom pomoćniku mora jasno postaviti pitanje je li u konkretnom slučaju smanjena ubrojivost počinitelja bila bliže neubrojivosti ili je riječ o nekom lakšem psihičkom poremećaju. To je nužno ne samo zbog ocjene stupnja krivnje nego i zbog kakvoće obrazloženja odluke o kazni. Stoga se pri raspravama o razlozima *pro et contra* vraćanja bitno smanjene ubrojivosti konačno valja odmaknuti od pitanja artifičnosti razgraničenja unutar smanjene ubrojivosti. Vraćanje bitno smanjene ubrojivosti treba stoga shvatiti kao nužno preciziranje i smjernicu za individualizaciju kazne, koja upućuje na to da ublaživanje kazne zaslužuju samo oni slučajevi koji se više približavaju nesposobnosti za krivnju. Osim toga, i izricanje sigurnosne mjere obveznog psihijatrijskog liječenja treba vezati samo uz bitno smanjenu ubrojivost, jer daljnja ograničenja ljudskih prava i sloboda osim onih koja su nužno povezana s izrečenom kaznom ne mogu se opravdati samo običnom smanjenom ubrojivošću.

⁷⁰ Tako Triffterer, kao u bilj. 29, str. 260.

V. ZABLUDE

Trećom novelom Kaznenog zakona izvršene su izmjene kod svih vrsta zabluda (zabluda o biću djela, zabluda o okolnostima koje isključuju protupravnost, zabluda o protupravnosti i zabluda o pretpostavkama krajnje nužde koja isključuje krivnju). Neke od tih izmjena samo su “kozmetičke” naravi, kao što je to slučaj kod promjene nazivlja zabluda o protupravnosti (prema čl. 16. ZIDKZ brisanje riječi “djela” u nazivu čl. 46. KZ) ili kod zabluda o biću djela (prema čl. 17. ZIDKZ brisanje riječi “kaznenog” iz naziva čl. 47. KZ), pa o tome nema potrebe posebno raspravljati. Druge promjene donose dogmatski preciznija rješenja nego što su ona iz KZ/97. Tako se kod zabluda o biću djela umjesto uporabe riječi “nije kriv” s pravom naglašava da počinitelj “ne postupa s namjerom”, jer takva zabluda uvijek isključuje namjeru neovisno o tome je li zabluda otklonjiva ili neotklonjiva, dok krivnju u cjelini isključuje samo neotklonjiva zabluda o biću djela. Važnost preciznog uređenja materije o zabludama najviše je došla do izražaja kod zabluda o okolnostima koje isključuju protupravnost. Izmijenjena odredba čl. 47. st. 3. sada glasi: “Neće se kazniti za namjeru počinitelj koji je u vrijeme počinjenja djela pogrešno smatrao da postoje okolnosti prema kojima bi djelo bilo dozvoljeno da su one stvarno postojale”. U obrazloženju te promjene ističe se da je formulacija iz čl. 47. st. 3. KZ/97, prema kojoj “nema kaznenog djela”, bila nedovoljno precizna jer i ovdje počinitelj može odgovarati za nehaj ako je zabluda otklonjiva i kad zakon kod određenog kaznenog djela predviđa kažnjavanje i za nehajni oblik krivnje, ali i zbunjujuća jer takvu formulaciju zakon u pravilu rabi kod razloga isključenja protupravnosti. Stoga se ističe da je izmjenom “dobro izražena bit ove zabluda kod koje namjera ostaje, ali se za nju ne kažnjava, nego samo za nehaj ako je zabluda bila otklonjiva”.⁷¹ Takvo rješenje hrvatski je zakonodavac preuzeo iz austrijskog prava koje u § 8. KZ posebno regulira pogrešnu predodžbu o činjeničnim pretpostavkama razloga isključenja protupravnosti. Ta odredba glasi: “Tko pogrešno smatra da postoji činjenično stanje koje bi isključilo protupravnost djela, neće se moći kazniti zbog namjernog počinjenja djela. On će se kazniti za nehajno počinjenje ako zabluda počiva na nehaju i kad je nehajno počinjenje zapriječeno kaznom”. Provjerimo li stav hrvatskog i austrijskog zakonodavca da kod zabluda o okolnostima koje isključuju protupravnost počinitelj postupa s namjerom na praktičnom primjeru, preciziranje odredbe o zabludi o okolnostima koje isključuju protupravnost pokazuje se ispravnima: počinitelj koji usmrćuje žrtvu u putativnoj nužnoj obrani postupa s namjerom, jer je svjestan da puca u čovjeka, i to hoće, jer smatra da će na taj način otkloniti tobožnji protupravni napad. Odvojeno je pitanje zašto se ne kažnjava za namjeru.

⁷¹ Usp. Konačni prijedlog ZIDKZ, kao u bilj. 2, str. 39.

Bačić je već prije upozoravao na potrebu određenijeg reguliranja pravnog učinka ove zablude, smatrajući da je rješenje iz KZ/97 “gruba dogmatska greška”⁷², *Novoselec* je upozorio na neodređenost oznake da kod te zablude nema kaznenog djela⁷³, a preciznije uređenje čl. 47. st. 3. KZ *Horvatić* shvaća kao nepotrebno “uguravanje interpretacije Zakona u zakonski tekst”.⁷⁴ Stoga se postavlja pitanje je li zakonodavac ispravno postupio ili je riječ o očitovanju određenih teoretskih pozicija u zakonskom tekstu koje nije bilo prijeko potrebno. Prije odgovora na to pitanje valja ukratko upozoriti na posebnosti zablude o okolnostima koje isključuju protupravnost, jer upravo iz njih izviru različita stajališta o mogućim pravnim učincima. S problemom pobližeg određivanja naravi i pravnih učinaka zablude o okolnostima koje isključuju protupravnost detaljno se bavi njemačka kaznenopravna dogmatika i sudska praksa jer ta zabluda nije izričito regulirana u njemačom KZ. S tim u vezi ističe se da je ovdje riječ o zabludi posebne vrste koju valja smjestiti između zablude o biću djela i neizravne zablude o protupravnosti. Prema strukturi ona je slična zabludi o biću djela jer se odnosi na deskriptivna i normativna obilježja koja su relevantna za ocjenu protupravnosti određenog ponašanja. Sličnost s neizravnom zabludom o protupravnosti očituje se u tome da namjera ostaje netaknuta i da se zbog toga u potpunosti može ostvariti funkcija apela bića kaznenog djela. Zabluda djeluje na počinitelja tako da on vjeruje da se zabranjujuća norma iznimno povlači pred dopuštajućom.⁷⁵ Glede pravnog učinka zablude o okolnostima koje isključuju protupravnost zagovaraju se četiri različita shvaćanja. Prema učenju o negativnim obilježjima bića djela (die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen), pretpostavke razloga isključenja protupravnosti tretiraju se kao sastavni dijelovi bića djela i zato se zabluda o njima smatra zabludom o biću djela. Stroga teorija krivnje (die strenge Schuldtheorie) zabludu o okolnostima koje isključuju protupravnost podvrgava općim pravilima o zabludi o protupravnosti: u slučaju otklonjive zablude počinitelj se kažnjava za namjerno počinjenje djela uz mogućnost ublažavanja kazne. Prema vladajućem mišljenju i stajalištima sudske prakse najprihvatljivija je ograničena teorija krivnje (ingeschränkte Schuldtheorie) koja zabludi o okolnostima koje isključuju protupravnost pripisuje iste učinke kao i kod zablude o biću djela, ali s drukčijim obrazloženjem. Iako se te dvije zablude ne odnose na iste okolnosti, bitna je njihova strukturalna sličnost. Kod zablude o okolnostima koje isključuju protupravnost isključeno je nepravo namjernog djela, tako da otpada mogućnost sudioništva u radnji poduzetoj u takvoj zabludi.⁷⁶ Naposljetku, sve više prodire stajalište prema kojem se zabluda

⁷² Usp. *Bačić*, kao u bilj. 17, str. 425-426.

⁷³ Kao u bilj. 7, str. 148.

⁷⁴ Kao u bilj. 3, str. 585.

⁷⁵ Usp. *Jescheck/Weigend*, kao u bilj. 23, str. 462-463.

⁷⁶ Usp. *Roxin*, kao u bilj. 27, § 14, rubna bilj. 62; *Schönke/Schröder-Sternberg/Lieben*, kao u bilj. 24, § 16, rubna bilj. 18.

o okolnostima koje isključuju protupravnost može izjednačiti sa zabludom o biću djela isključivo prema pravnim učincima, tako da će se počinitelj, iako djelo ostvaruje s namjerom, kazniti samo za nehajno počinjenje djela, ako je njegova zabluda otklonjiva. To je teorija krivnje koja upućuje na pravne učinke (rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie). Razlog povlastica za počinitelja kod zablude o okolnostima koje isključuju protupravnost, naspram neizravne zablude o protupravnosti, proizlazi najprije iz smanjenja (ne i ukidanja) nevrjednosti radnje jer počinitelj vjeruje da čini nešto dopušteno u smislu objektivno postojećeg prava. Osim toga, i sadržaj krivnje je drukčiji nego kod namjernog počinjenja djela, jer motivacija koja je pridonijela oblikovanju namjere ne počiva na nedostajućem pravnom osvjetlovanju, nego na nepažljivom ispitivanju situacije. Počinitelju koji je pogrešno predočio pretpostavku jednog priznatog razloga isključenja protupravnosti nedostaje "otpadništvo od vrijednosnih predodžbi pravno uređenog društva" koje je tipično za namjerne delikte. Kažnjavanje prema kaznenim okvirima koji vrijede za namjerna kaznena djela ne čini se opravdanim, jer zbog zablude u namjeri nije sadržana "nevrjednost osvjetlovanja" koja je karakteristična za namjerno počinjenje djela. Nema one "zle namjere" koja se obično povezuje s uobičajenim namjernim počinjenjem djela. Počinitelj ostaje vjeran pravu i stoga je isključena kažnjivost za namjeru, iako ona postoji. Počinitelj zaslužuje prijekor zbog nepažljivosti u odnosu prema okolnostima u kojima je počinjeno djelo, a to glede sadržaja krivnje odgovara prijekoru za nehaj.⁷⁷ Takvo obrazloženje nekažnjavanja za namjeru prihvaćeno je i u hrvatskoj literaturi.⁷⁸ Slična stajališta mogu se naći i tumačenju § 8. austrijskog KZ. Tako se, primjerice, ističe da je tu riječ o zabludi o činjenicama koja, doduše, ne isključuje namjeru, ali počinitelj na temelju pogrešne predodžbe o situaciji u kojoj se nalazi svoje ponašanje drži iznimno dopuštenim. Stoga mu nedostaje i aktualna svijest o protupravnosti, ali takvu zabludu zakonodavac regulira kao samostalnu pripisujući joj iste pravne učinke kao i zabludi o biću djela.⁷⁹

Na temelju prikazanih stajališta može se reći da je hrvatski zakonodavac pri određivanju pravnih učinaka zablude o okolnostima koje isključuju protupravnost prihvatio jednu teoretsku postavku (teoriju krivnje koja upućuje na pravne učinke), ali se ipak nije upuštao u pobliža objašnjenja, nego je samo jasno izrazio samostalnost takve zablude, kao i crte razgraničenja spram ostalih vrsta zabluda. Stoga takav potez zaslužuje odobravanje.

Posebno se valja osvrnuti i na zabludu o pretpostavkama krajnje nužde kao razloga isključenja krivnje. ZIDKZ se nije izričito izjasnio o pitanju pravnog

⁷⁷ Usp. *Jescheck/Weigend*, kao u bilj. 23, str. 464-465.

⁷⁸ Usp. *Bačić*, kao u bilj. 18, str. 264-265; *Horvatić/Novoselec*, kao u bilj. 56, str. 306-307.

⁷⁹ Usp. *Triffterer*, kao u bilj. 29, str. 429-430.

učinka takve zablude u slučaju kad je ona neotklonjiva. Put do odgovora nije više opterećen proturječnostima, kao što je to bio slučaj s neotklonjivom zabludom o okolnostima zbog kojih zakon predviđa oslobođenje od kazne iz KZ/97. Neotklonjiva zabluda isključuje krivnju (počinitelj subjektivno djeluje na isti način kao kada bi zamišljena situacija zaista postojala), a u slučaju otklonjive zablude ostaje mogućnost kažnjavanja za nehajno počinjenje djela. Počinitelj koji postupi u neotklonjivoj zabludi o pretpostavkama krajnje nužde koja isključuje krivnju ne dovodi se u povoljniji položaj od počinitelja koji zbilja postupi u krajnjoj nuždi, niti je počinitelj u otklonjivoj zabludi u povoljnijem položaju od onoga koji je postupio u neotklonjivoj zabludi. Određujući pravni učinak otklonjive zablude o pretpostavkama ispričavajuće krajnje nužde, hrvatski se zakonodavac opredijelio za model iz § 10. st. 2. austrijskog KZ, čime su pravni učinci takve zablude izjednačeni s pravnim učincima zablude o okolnostima koje isključuju protupravost. Suprotno tome, prema § 35. st. 2. njemačkog KZ počinitelj se u slučaju otklonjive zablude kažnjava za namjerno počinjenje djela, ali se kazna mora ublažiti. Počinitelj postupi u putativnoj ispričavajućoj krajnjoj nuždi kad ima pogrešnu predodžbu o okolnostima zbog kojih bi djelo kad bi one stvarno postojale bilo ispričano. Ne radi se pri tome ni o zabludi o biću djela niti o zabludi o okolnostima koje isključuju protupravost, nego o “zabludi posebne vrste” koja ne dotiče ni namjeru ni svijest o protupravosti. Tretman putativne ispričavajuće krajnje nužde u njemačkom KZ slijedi ipak u bitnim crtama zakonsko uređenje zablude o protupravosti. Ako je počinitelj u zabludi o stvarnim (činjeničnim) pretpostavkama krajnje nužde (npr. o vrsti i intenzitetu opasnosti, postojanju blažeg sredstva, identitetu ugrožene osobe kao bliske osobe), on je ispričan ako je zabluda neotklonjiva. Naprotiv, ako je zabluda otklonjiva, tada se za razliku od otklonjive zablude o protupravosti, kod koje je prema § 17. KZ propisana samo mogućnost ublaživanja kazne, počinitelj mora blaže kazniti sukladno pravilima iz § 49. st. 1. KZ. Pri tome se primjenjuju kazneni okviri koji vrijede za namjerno počinjenje djela, što je bitna razlika naspram nehajne odgovornosti (austrijski i hrvatski KZ). Odstupanje u pravnim učincima u odnosu na zabludu o protupravosti objašnjava se time što se kod zablude o protupravosti ublaživanje kazne uskraćuje u slučajevima tzv. “pravnog sljepila” ili svjesne ravnodušnosti, dok kod zablude o ispričavajućim razlozima nema pandana takvim situacijama. Tome još treba dodati da počinitelj u putativnoj ispričavajućoj krajnjoj nuždi postupi pod posebnim pritiskom motivacije kao i u slučaju zbiljskog stanja nužde.⁸⁰ Kod pitanja otklonjivosti riječ je o tome je li počinitelj “savjesno ispitaio” postojanje pretpostavki krajnje nužde.⁸¹ Ublaživanje kazne isključeno je u slučaju zablude

⁸⁰ Usp. *Roxin*, kao u bilj. 27, § 22, rubna bilj. 67; *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, kao u bilj. 24, § 35, rubna bilj. 40.

⁸¹ Usp. *Jescheck/Weigend*, kao u bilj. 23, str. 488.

o granicama ispričavajuće krajnje nužde (npr. o tome mogu li se krajnjom nuždom štititi čast i imovina), kao i u slučaju pogrešne predodžbe o postojanju ispričavajućeg razloga koji zakon ne priznaje.

Ima li se u vidu navedeno, može se postaviti pitanje je li kod otklonjive zablude o pretpostavkama ispričavajuće krajnje nužde prikladniji pravni učinak u obliku kažnjavanja za nehaj ili pak obvezno ublaživanje kazne za namjerno počinjeno djelo. Pri tome valja poći od činjenice da između zablude o pretpostavkama ispričavajuće krajnje nužde i zablude o okolnostima koje isključuju protupravnost ipak postoji razlika, jer onaj tko, primjerice, postupa u putativnoj nužnoj obrani želi učiniti nešto što bi prema objektivnoj prosudbi bilo u skladu s pravom da stvarno postoji stanje nužne obrane, dok počinitelj koji postupa u zabludi o ispričavajućim okolnostima ne postupa samo s namjerom, nego je i posve svjestan da čini nešto nedopušteno. Protupravnost njegova ponašanja ne bi bila isključena ni da objektivno postoji ispričavajuće stanje nužde. On stoga ima dovoljno motiva za odustanak od takvog ponašanja i zato nema razloga za neprimjenjivanje kaznenih okvira koji važe za namjerno počinjenje kaznenog djela.⁸² Drugim riječima, ako u slučaju zablude o okolnostima koje isključuju protupravnost postoji razlog za primjenu kaznenih okvira koji su predviđeni za nehajno počinjenje kaznenog djela, jer počinitelj ostaje vjeran pravu (iz zablude o situaciji nužno izvire i zabluda o protupravnosti), takav razlog kod zablude o pretpostavkama ispričavajuće krajnje nužde ne postoji. Stoga *de lege ferenda* za slučajeve otklonjive zablude o pretpostavkama ispričavajuće krajnje nužde valja predložiti obvezno ublaživanje kazne za namjerno počinjeno kazneno djelo. Takvo rješenje jasno bi izrazilo specifičnost te zablude naspram svih ostalih vrsta zabluda. To bi odgovaralo i posebnosti situacije ispričavajuće krajnje nužde u odnosu prema razlozima isključenja protupravnosti i razlozima isključenja krivnje.

VI. ZAKLJUČAK

Opsežne promjene na području krivnje koje su ostvarene trećom novelom Kaznenog zakona uz određene korekcije *de lege ferenda* mogu se ocijeniti zadovoljavajućima. Povratak tradicionalnoj definiciji načela krivnje (*nulla poena sine culpa*) posve je prihvatljiv jer krivnja kao prijekor može biti temelj i ograničenje samo kazne, a ne i ostalih kaznenopravnih sankcija kod kojih je ideja prijekora uglavnom podređena zahtjevima specijalne prevencije. Takvo

⁸² Usp. *Roxin*, Rechtsfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen, u knjizi: *Eser/Fletcher* (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Rechtsvergleichende Perspektiven I, Freiburg i. Br., 1987., str. 243.

shvaćanje načela krivnje neovisno je o pitanju može li se i prema neubrojivim osobama izreći kaznenopravna sankcija. Uvođenje krajnje nužde kao razloga isključenja krivnje kojim se u hrvatsko kazneno pravo po uzoru na njemačko i austrijsko preuzimaju tzv. ispričavajući razlozi, kojih je posljedica odustajanje od prijekora, ne smatramo najprikladnijim rješenjem, jer se time otvara pitanje nove definicije krivnje koja je našoj doktrini i praksi posve nepoznata. Stoga *de lege ferenda* umjesto isključenja krivnje valja preporučiti pravni učinak u obliku isključenja kažnjivosti. Isključenje kažnjivosti kod ispričavajuće krajnje nužde može se prije svega opravdati smanjenim stupnjem nepravda i krivnje, ali i nedostatkom nužnosti preventivnog kažnjavanja. Naime, u takvim slučajevima krivnja još uvijek postoji (iako je bitno smanjena) pa zbog toga smanjeni kriminalni sadržaj kao zakonodavni motiv odustajanja od kažnjavanja valja dopuniti neodostatkom generalnopreventivne i specijalnopreventivne nužnosti kažnjavanja. Reguliranje ispričavajuće krajnje nužde kao razloga isključenja kažnjivosti ne čini suvišnom odredbu o sadržaju krivnje iz čl. 39/KZ. Vraćanje bitno smanjene ubrojivosti treba podržati jer time zakonodavac daje jasnu smjernicu glede pitanja u kojem se slučaju može primijeniti ublažavanje kazne. Pitanje artificialnosti granice između bitno i nebitno smanjene ubrojivosti nije u prvom planu, nego činjenica da je stupanj krivnje temelj individualizacije kazne, a to kad je riječ o primjeni blažih kaznenih okvira nužno uključuje pitanje je li smanjena sposobnost shvaćanja značenja djela ili vladanja voljom bila bliža neubrojivosti ili je riječ samo o lakšem psihičkom poremećaju. Isticanje bitno smanjene ubrojivosti važno je i za primjenu sigurnosne mjere obveznog psihijatrijskog liječenja, jer samo smanjena ubrojivost kao pretpostavka izricanja te sigurnosne mjere ne može opravdati daljnje zahvate u čovjekove slobode i prava. Naposljetku, opravdano je dogmatski preciznije rješavanje pravnih učinaka zablude o okolnostima koje isključuju protupravnost, a kod otklonjive zablude o pretpostavkama ispričavajuće krajnje nužde umjesto izjednačivanja s pravnim učinkom otklonjive zablude o okolnostima koje isključuju protupravnost *de lege ferenda* valja propisati pravni učinak u obliku obveznog ublažavanja kazne za namjerno počinjeno kazneno djelo.

Summary

SIGNIFICANT MODIFICATIONS IN THE FIELD OF CULPABILITY ACCORDING TO THE THIRD AMENDMENT OF THE CRIMINAL CODE

The author analyses and critically evaluates the most significant novelties related to culpability according to the third amendment of the Criminal Code. He considers that the return to the traditional definition of the principle of culpability is acceptable, since culpability as a reproach may only be the grounds and the mitigation of the punishment, but not of other criminal-law

sanctions which are mainly dominated by the idea of special prevention. Such an understanding of the principle of culpability is independent of the question of whether a criminal-law sanction may be pronounced against a mentally incapable person. He criticises the introduction of necessity as grounds for excluding culpability, and considers that the exclusion of punishability would be a more suitable legal effect. His rationale for this is the reduced level of unlawfulness and culpability, but also the lack of the need for preventive punishment. The regulation of the defence of necessity as a reason to exclude culpability does not make the provision on the content of culpability redundant. The author supports the reinstatement of significantly diminished mental capacity, since, with this, the legislator provides a clear guideline to the question in what case the mitigation of punishment may be applied. The question of the artificial border between significantly and insignificantly diminished mental capacity is not the key issue. The essential issue is whether the level of culpability is the basis for the individualisation of punishment, and, in dealing with the application of mitigated criminal frames, this necessarily includes the question of whether diminished mental capacity to understand the significance of the offence, or to control one's will to act, is closer to mental incapacity or whether this diminished mental capacity is due only to a mild psychological disorder. Finally, the author considers justified the dogmatically more precise solution of the legal effects of mistake about the circumstances, whose effects exclude unlawfulness, while in the matter of the avoidable mistake of putative necessity, instead of the currently valid equalisation with the legal effect of avoidable mistake about circumstances excluding unlawfulness, he advocates the legal effect in the form of obligatory mitigated punishment for a criminal offence committed with intent.