

## RAZGRANIČENJE PRIPREMNIH RADNJI I POKUŠAJA

Dr. sc. Petar Novoselec,  
redoviti profesor u mirovini  
Zagreb

UDK: 343.236  
Ur.: 14. studeni 2008.  
Pr.: 8. prosinca 2008.  
Izvorni znanstveni članak

*Kada je u pitanju razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja, u Hrvatskoj još uvijek prevladava formalno-objektivna teorija, prema kojoj pokušaj počinje kada počinitelj djelomično ostvari biće kaznenog djela. Autor ukazuje na nedostatke te teorije te na temelju analize prakse hrvatskih sudova te komparativnog prikaza, koji obuhvaća njemačko, francusko, švicarsko i austrijsko kazneno pravo, zaključuje da je i hrvatskom kaznenom pravu bliža individualno-objektivna teorija, prema kojoj se na subjektivnoj strani traži konačna odluka, a na objektivnoj strani radnja bliska ostvarenju bića kaznenog djela, pri čemu osobitu ulogu ima počiniteljev plan. U skladu s takvim teorijskim polazištem, nudi određena rješenja za razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja u tipičnim situacijama koje nastaju u praksi najčešće kod nedovršenog pokušaja pojedinačnog počinitelja, ali i kod posebnih tipova pokušaja (dovršeni pokušaj, pokušaj kod posrednog počiniteljstva, kaznenih djela nečinjenjem i supočiniteljstva).*

**Ključne riječi:** kazneno djelo, pripremnje radnje, pokušaj.

### **I. Uvod**

Razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja jedno je od najzamršenijih pitanja kaznenopravne dogmatike. Zakonodavna rješenja ni u jednoj zemlji ne vode do pouzdanih rezultata jer ih doktrina tumači različito. Sudska praksa, nerijetko rukovođena intuicijom ili pravnim osjećajem, isto tako nigdje nije ujednačena. Teško je naći jednostavnu formulu, primjenjivu na sve slučajeve, što ponekad dovodi i do rezignacije koja se ogleda u uvjerenju da se jasna granica ni ne može povući. Pa ipak, problem ne silazi s dnevnog reda, štoviše, nadilazi nacionalne okvire. Težnja k harmonizaciji kaznenog zakonodavstva u Europskoj uniji, koja zahvaća i opći dio, dovela je do toga da se pitanje kada započinje pokušaj pokušalo riješiti u Corpusu juriu 2000 (čl. 11a st. 3.). Slično vrijedi i za međunarodno kazneno pravo pa to pitanje rješava Rimski statut u čl.

25. st. 3<sup>1</sup>. Pitanje razgraničenja pripremnih radnji i pokušaja kod nas je predmet rasprava uglavnom u udžbenicima i komentarima. Rijetki posebni radovi o pokušaju bave se pretežno razgraničenjem kod određenih kaznenih djela<sup>2</sup>. Granica se, međutim, mora povući na temelju općeg (apstrahirajućeg) pravila, na što upućuje već okolnost da je pokušaj propisan u općem dijelu Kaznenog zakona. Zadatak je teorije posebnog dijela da pobliže odredi početak pokušaja kod pojedinih kaznenih djela, ali to mora biti samo konkretizacija općeg pravila, na temelju kojeg će sudac moći odrediti početak pokušaja i kod kaznenih djela kod kojih se teorija i praksa time nije bavila<sup>3</sup>.

Usprkos mnoštvu teorija o tome kada prestaju pripreme radnje, a počinje pokušaj, sve se one slažu da je nužna subjektivna pretpostavka pokušaja namjera da se djelo dovrši. Isto tako nijedna od njih ne smatra da je takva namjera dovoljna, nego pored nje, kao objektivnu sastavnicu, zahtijeva i da se namjera ostvari u radnji. Tako glasi i odredba čl. 33. st. 1. KZ prema kojoj je za pokušaj potrebna namjera kao subjektivna pretpostavka i započinjanje ostvarenja kaznenog djela kao objektivna sastavnica. No kada treba pobliže odrediti sadržaj i opseg ovih sastavnica, suglasnost prestaje. Pritom je osobito prijeporna objektivna sastavnica. Predmet će ovoga rada biti, najprije, prikaz subjektivne, a onda, znatno opširnije, i prikaz objektivne sastavnice pokušaja.

## ***II. Namjera kao subjektivna pretpostavka pokušaja***

Prvi stupanj u razgraničenju pripremnih radnji i pokušaja zahvaća subjektivnu sferu, koju Kazneni zakon u čl. 33. st. 1. označuje kao namjeru (počinitelj ostvarenje kaznenog djela mora započeti "s namjerom"). Namjera kao oblik krivnje ipak ne iscrpljuje u potpunosti subjektivnu sastavnicu pokušaja. Ako su u pitanju kaznena djela sa subjektivnim obilježjima, ta se obilježja moraju ostvariti i kod pokušaja: pokušaj krađe može izvršiti samo onaj tko postupa u namjeri prisvajanja, a pokušaj prijevare tko postupa s ciljem da sebi ili drugome pribavi protupravnu imovinsku korist.

Počinitelj kaznenog djela u pokušaju mora htjeti dovršenje djela. Utoliko se namjera kod pokušaja ne razlikuje od namjere kod dovršenog kaznenog djela. Ide li počinitelj za time da djelo ostane u pokušaju, prema vladajućem mišljenju ne odgovara za pokušaj. Iz tih razloga njemačka doktrina uzima da i namjera poticatelja mora obuhvatiti dovršenje kaznenog djela pa onda nije kažnjiv agent

<sup>1</sup> Poblize o tome *Safferling*, Die Abgrenzung zwischen strafloser Vorbereitung und strafbarem Versuch im deutschen, europäischen und im Völkerstrafrecht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 2006, str. 682-716.

<sup>2</sup> Jedan od njih je neobjavljeni magistarski rad *Rudolfa Frančule* pod nazivom Pokušaj, obranjen na Pravnom fakultetu u Zagrebu 17. 4. 1973., u kojem se na brojnim primjerima iz tadašnje sudske prakse analizira razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja kod kaznenih djela u kojima se taj problem najčešće pojavljuje (ubojstvo, silovanje, krađa itd.).

<sup>3</sup> Usp. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, München 2003, str. 364.

provokator koji namjerava uhititi počinitelja prije nego djelo bude dovršeno<sup>4</sup>. Neki autori<sup>5</sup> ipak misle da je za pokušaj dovoljna i “inicijalna namjera” ili “namjera da se pokuša počinjenje” (*Versuchsvorsatz*), dok je samo za dovršenje potrebna i namjera da se djelo dovrši (*Vollendungsvorsatz*). Uz tu pretpostavku, sve dok pokušaj nije dovršen, tj. dok traje radnja počinjenja, počinitelj ne bi mogao postupati s namjerom da djelo dovrši. To stajalište dobiva na praktičnom značenju u slučaju preuranjenog nastupa posljedice mimo počiniteljeva htijenja. Nastupi li za vrijeme radnje koja predstavlja pokušaj posljedica koju počinitelj u tom trenutku nije htio, ona se neće moći pripisati njegovoj namjeri. Počinitelj koji je odlučio da ubije žrtvu i uperio pištolj prema njoj, ali je pritom nehotice opalio i usmrtio žrtvu, ne bi prouzročio smrt s namjerom, nego samo iz nehaja pa ni ne bi odgovarao za dovršeno ubojstvo, nego za pokušaj ubojstva u idealnom stjecaju s prouzročenjem smrti iz nehaja. No takav je zaključak izvještačen i neprihvatljiv. Počinitelj je htio ubiti i u tome je uspio. To što je pištolj opalio prije nego je on htio, predstavlja samo odstupanje zbiljskog od zamišljenog kauzalnog tijeka koje ne proizvodi nikakav pravni učinak. Počiniteljeva je namjera čitavo vrijeme bila usmjerena na smrt žrtve i taj je cilj ostvaren. Stoga nije opravdano pojmovno odvajati “namjeru da se pokuša počinjenje” od “namjere da se počinjenje dovrši” jer se one svode na isto.

Budući da je namjera kod pokušaja jednaka namjeri kod dovršenog djela, proizlazi da je za pokušaj dovoljna i neizravna namjera ako je ona dovoljna za dovršeno djelo. To nije prijeporno ni u hrvatskoj sudskoj praksi pa se, primjerice, uzima da je pokušao ubojstvo s neizravnom namjerom počinitelj koji je s mosta visokog 12 m bacio u rijeku djevojku, ali je ona uspjela isplivati (VSRH, I Kž-913/94).

Usmjerenost namjere igra bitnu ulogu kod odgovora na pitanje koje je kazneno djelo ostalo u pokušaju, odnosno radi li se o dovršenom prolaznom deliktu ili pokušaju kaznenog djela za kojim je počinitelj išao. Je li počinitelj koji je zamahnuo s nožem u ruci prema oštećeniku ostvario pokušaj obične ili teške tjelesne ozljede ili pokušaj ubojstva? Ako je pak nožem ozlijedio žrtvu koja je nakon toga preživjela, je li to pokušaj ubojstva ili dovršena teška tjelesna ozljeda? To se na temelju same radnje ne može utvrditi jer je ona u navedenim primjerima ista, pa je kriterij razlikovanja na subjektivnom planu<sup>6</sup>.

U usporedbi s namjerom dovršenja djela, namjera kod pokušaja ipak ima neke specifičnosti koje se odnose na trenutak u kojem nastaje relevantna odluka (takvo se pitanje ne postavlja kod dovršenog kaznenog djela jer sam nastup posljedice ukazuje na to da je postojala i odluka da se ona prouzroči). Uperi li počinitelj pištolj prema žrtvi, ali još nije odlučio pucati, i u tom trenutku bude spriječen u daljnjoj djelatnosti, postavlja se pitanje je li uopće donio odluku da

<sup>4</sup> Usp. Cramer/Heine u: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl., München 2006, § 26, rubni br. 20, str. 547.

<sup>5</sup> Za prikaz i kritiku tih shvaćanja v. Roxin (kao u bilj. 3), str. 351.

<sup>6</sup> Usp. Zlatarić, Krivični zakonik u praktičnoj primjeni, I. svezak, Zagreb 1956., str. 76.

počini kazneno djelo i može li, prema tome, biti govora o njegovoj namjeri da ubije. Od odgovora na to pitanje ovisi i ocjena je li počinitelj ostao u granicama pripremnih radnji ili je već ušao u stadij pokušaja. Utvrdi li se da počinitelj još nije donio konačnu odluku da počini kazneno djelo, pokušaj će biti isključen zbog nepostojanja namjere. Namjera se kod pokušaja i očituje kao odluka da se počini kazneno djelo (*Tatentschluss*) pa se ti pojmovi u osnovi mogu izjednačiti, s tom razlikom da kod kaznenih djela sa subjektivnim obilježjima odluka obuhvaća i ta obilježja pa je utoliko šira od namjere<sup>7</sup>.

Iz navedenog proizlazi da prvi stupanj u razgraničenju pripremnih radnji i pokušaja zahvaća isključivo subjektivnu sferu. Ako je počinitelj izvršio radnje koje se objektivno mogu podvesti pod pokušaj, npr. uperio je pušku prema žrtvi, ali još nije odlučio da puca, nema ni pokušaja ubojstva. No konačna odluka nije i dovoljna jer ako je počinitelj ostao samo na njoj, a nije započeo počinjenje kaznenog djela, pokušaja neće biti (*cogitationis nemo poenam patitur*): tko nabavi pištolj s čvrstom nakanom da njime ubije određenu osobu, stvorio je konačnu odluku i kod njega postoji namjera na ubojstvo, ali ako on još ništa nije poduzeo da bi odluku realizirao, nema ni pokušaja ubojstva. Konačna odluka je, prema tome, nužni, ali ne i dovoljni uvjet za postojanje pokušaja jer se zahtijeva i započinjanje radnje počinjenja.

Da bi postojala namjera kao pretpostavka pokušaja, počiniteljeva odluka da počini kazneno djelo mora biti bezuvjetna (*unbedingter Tatentschluss*). Pokušaja neće biti ako je odluka samo uvjetna, tj. ako je počinitelj konačnu odluku o poduzimanju radnje ostavio za kasnije. To ne treba miješati s neizravnom namjerom jer kod nje je počinitelj čvrsto odlučio da poduzme radnju, samo nije siguran hoće li njome biti ostvarena sva obilježja kaznenog djela. U praksi neće biti uvijek lako utvrditi je li odluka bezuvjetna ili uvjetna jer je u pitanju psihički proces u kojem počinitelj nerijetko nije posve siguran što će učiniti jer se u njemu samom bore motivi koji ga navode na kazneno djelo i oni koji ga od toga odvraćaju. Stoga bi za bezuvjetnost odluke bilo pretjerano tražiti da ona bude potpuno čvrsta i nepokolebljiva. Prema formuli koju prihvaća većina njemačkih autora, odluka da se počini kazneno djelo postoji kada su pobude da se počini kazneno djelo jače od onih koje počinitelja odvraćaju od počinjenja. Formula je još uvijek dosta apstraktna, no ona je konkretizirana u njemačkoj doktrini tako što su sve situacije u kojima se pojavljuje problem razgraničenja uvjetne i bezuvjetne odluke podijeljene u tri skupine (pravne figure): sklonost da se počini kazneno djelo, odluka uz postojanje svijesti o nesigurnosti činjenične podloge i odluka s priuzdržajem odustanka<sup>8</sup>. U prvoj od njih još nema bezuvjetne odluke, ali u druge dvije ona postoji.

a) Sklonost da se počini kazneno djelo (*Tatgeneigtheit*) postoji kada počinitelj ima u vidu mogućnost počinjenja djela, ali još nije donio konačnu odluku. On se

<sup>7</sup> Usp. *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 350.

<sup>8</sup> Usp. *Vogler*, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 10. Aufl., Einleitung, §§ 1 bis 31, Berlin – New York 1985, str. 36; *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 356.

još uvijek koleba pa je, prema tome, neodlučan. To je primjer počinitelja koji je uperio pušku prema žrtvi u namjeri da joj zaprijeti i da je uplaši, ali računa i s mogućnošću da puca. Bude li mu u tom trenutku oduzeta puška, nije počinio pokušaj ubojstva. Počinitelj koji promatra benzinsku crpku s ciljem da utvrdi kada je najmanja frekvencija kupaca i stoga najpovoljnije vrijeme za razbojništvo, od čega ovisi njegova konačna odluka hoće li izvršiti djelo, također još nije donio konačnu odluku i zato nije ušao u stadij pokušaja.

b) Odluka uz postojanje svijesti o nesigurnosti činjenične podloge odnosi se na slučajeve kad počinitelj djelo hoće počinuti samo ako se ispune određene činjenične pretpostavke, čije je ostvarenje u trenutku donošenja odluke još neizvjesno. U tom slučaju nije nesigurna odluka, nego mogućnost njezina izvršenja i takav je počinitelj odlučan da počini djelo pa je subjektivna sastavnica pokušaja ispunjena. Neizvjesne su samo objektivne okolnosti na koje počinitelj nema utjecaja. Jedan primjer iz njemačke sudske prakse, koji se odnosi na krađu, učinit će nam tu situaciju zornom<sup>9</sup>. Počinitelj je odlučio ukrasti osobni automobil uz uvjet da volan nije zaključan. Kako bi provjerio tu okolnost, prodrmao je prednje kotače automobila, računajući s time da će, ako se pokaže da volan nije zaključan, odmah nastaviti s namjeravanom radnjom, no u tom je trenutku spriječen u daljnjoj radnji. Savezni ga je sud osudio za pokušaj krađe, što valja odobriti. Počiniteljeva je odluka bila konačna, bez obzira na to što je ovisila o ishodu provjeravanja.

c) Odluka s priuzdržajem odustanka postoji kada je počinitelj odlučan da počini kazneno djelo, ali je za slučaj da nastupe određene okolnosti predvidio da će odustati. U jednom predmetu koji se našao pred njemačkim Saveznim sudom<sup>10</sup> radilo se o tome da su se dva počinitelja dogovorila da će pozvoniti jednoj ženi i predstaviti se kao dostavljači paketa i kada im ona otvori vrata, oteti je, ali da će se povući ako se ona pojavi s malim djetetom u naručju. Tako je i bilo pa su se oni izgovorili da su paket donijeli na pogrešno mjesto i otišli. Savezni je sud ovdje uzeo da se radi o nekažnjivim pripremnim radnjama, što *Roxin* ne prihvaća. Po njemu, okolnost da je odustanak uračunat ne isključuje odluku da se kazneno djelo počini te se može uzeti u obzir jedino pri razmatranju pitanja je li odustanak bio dragovoljan<sup>11</sup>.

Valja naglasiti da pojedine situacije nije uvijek lako podvesti pod neka od ova tri tipa te da njihova konačna ocjena ovisi o okolnostima pojedinog slučaja<sup>12</sup>. Primjerice, provjere kako bi se utvrdilo je li objekt pogodan za izvršenje kaznenog djela mogu, ali i ne moraju ukazivati na konačnu odluku. Poduzima li počinitelj takva provjeravanja samo zato da bi ovisno o njihovom ishodu donio odluku, npr.

<sup>9</sup> Odluka njemačkog Saveznog suda (*Bundesgerichtshof*) od 19. 1. 1968, objavljena u *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, sv. 22, str. 80.

<sup>10</sup> Odluka njemačkog Saveznog suda objavljena u *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1999, str. 395.

<sup>11</sup> *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 357.

<sup>12</sup> *Usp. Vogler* (kao u bilj. 8), str. 39; *Kühl*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., München 2005, str. 403.

provjerava osiguranje banke da bi ocijenio isplati li se izvršiti razbojništvo, nije još donio odluku (gore varijanta pod a). To će biti tek kada na temelju prethodnih provjeravanja odluči da izvrši razbojništvo. No ako je počinitelj već donio odluku da počini djelo pod uvjetom da okolnosti budu povoljne, odluka je konačna. Primjerice počinitelj pritiskom na kvaku provjerava jesu li vrata automobila zaključana jer je odlučio da će odmah oduzeti predmete u automobilu samo ako su vrata nezaključana (varijanta pod b). Odustane li on zato što su vrata zaključana, njegova odluka zbog toga nije prestala biti konačna, a kako je odmah nakon provjeravanja naumio da prisvoji predmete, započeo je s radnjom počinjenja krađe. U tom slučaju postoji odustanak koji, dakako, nije dragovoljan.

Pitanje postojanja bezuvjetne odluke, a time i namjere na ubojstvo, postavilo se kod nas u slučaju počinitelja koji je uperio pušku prema vozaču automobila koji se kretao prema njemu te pokušao staviti spremnik (šaržer) u pušku, ali ga je vozač u tom trenutku oborio automobilom i izbio mu pušku iz ruku (VSRH, Kžm-39/04, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu [dalje: HLJKPP] 1/2008, str. 441). Sudovi su pošli od toga da je postojala počiniteljeva namjera da ubije vozača, dok glede pitanja je li započeto izvršenje ubojstva prvostupanjski sud odgovara pozitivno, a VSRH smatra da se radi samo o pripremnim radnjama za ubojstvo (koje ujedno predstavljaju dovršeno kazneno djelo prijetnje). No zaključak o postojanju namjere nije uvjerljiv jer okolnosti ne ukazuju na to da je počinitelj donio konačnu odluku da puca. Prema mišljenju balističkog vještaka, on je prije povlačenja obarača morao još postaviti spremnik na njegovo mjesto, ručicu zatvarača potegnuti u zadnji položaj i ubaciti metak u cijev, za koje mu je radnje trebalo barem deset sekundi a za to bi vrijeme automobil, da ga vozač i nije usmjerio prema počinitelju, očito već prošao. Ako je pak počinitelj bio svjestan da zbog nedostatka vremena ne stigne pucati, nije mogao ni donijeti bezuvjetnu odluku da puca. On je pokazao samo sklonost da počini ubojstvo, što nije dovoljno za pokušaj. Počinitelja je, prema tome, trebalo osloboditi optužbe za pokušaj ubojstva već zbog nepostojanja konačne odluke. U jednoj drugoj, sličnoj situaciji kada počinitelj puca iz puške na oštećenika u trenutku kada je ovaj već zamaknuo iza zida koji ga je popuno zaklonio, sud otklanja namjeru na ubojstvo (VSRH, I Kž-834/06). To, dakako, valja prihvatiti jer je optuženik bio svjestan da je žrtva u trenutku pucanja bila izvan njegova vidokruga pa nije ni mogao donijeti odluku da je ubije (svrha je njegova pucanja bila samo pražnjenje vlastite napetosti).

### ***III. Započinjanje ostvarenja kaznenog djela kao objektivna pretpostavka pokušaja***

Kako je vidljivo iz dosadašnjih izlaganja, sama odluka da se počini kazneno djelo (namjera) nije dovoljna, nego se traži i da počinitelj “započne ostvarenje kaznenog djela” (čl. 33. st. 1. KZ), što je objektivna sastavnica pokušaja. No kada je počinitelj započeo s ostvarenjem kaznenog djela? To je prijeporno pitanje koje je dovelo do brojnih teorija o početku pokušaja, vezanih uz određenu koncepciju



pravnog temelja kažnjivosti pokušaja. Najčešće se miješaju elementi pojedinih teorija, tako da se one ne nalaze uvijek u čistom obliku. U daljnjem tekstu prikazat će se najvažnije od tih teorija, pri čemu će se posebna pozornost posvetiti prikazu i kritici kod nas prevladavajuće formalno-objektivne teorije.

### 1. Formalno-objektivna teorija

Prema formalno-objektivnoj teoriji ostvarenje kaznenog djela je započeto kada je počinitelj djelomično ostvario biće kaznenog djela, a za to je dovoljno da je započeo ostvarivati barem jedno obilježje kaznenog djela, npr. provalnik je počeo obijati kasu, silovatelj obarati žrtvu na tlo, ubojica zatezati omču žrtvi oko vrata itd.<sup>13</sup> Teorija ima uporište u francuskom Code pénalu iz 1810., koji je pokušaj definirao kao “početak izvršenja” (*commencement d'exécution*), a što je kasnije preuzeto i u pruskom Kaznenom zakoniku iz 1851. te njemačkom Kaznenom zakoniku iz 1871. U njemačkoj doktrini to je stajalište dominiralo početkom 20. stoljeća.

Za formalno-objektivnu teoriju – barem na riječima – opredjeljuje se i naša novija sudska praksa. Tako se, npr. kaže da se “o pokušaju kaznenog djela radi kad počinitelj s namjerom započne ostvarenje kaznenog djela, dakle, kad poduzme radnju koja ulazi u biće kaznenog djela” (VSRH, I Kž-960/06). Identično stajalište nalazimo i u nizu drugih presuda: “Pokušaj nastaje započinjanjem one radnje koja predstavlja obilježje kaznenog djela” (VSRH, Kžm-39/04); “započinjanje one radnje koja je u zakonskom biću djela opisana kao njegova radnja izvršenja predstavlja početak ostvarenja zakonskog bića djela, a ne pripremljene radnje, dakle, mjerodavna je radnja izvršenja iz zakonskog bića djela” (VSRH, I Kž-261/95); “ne postoji pokušaj silovanja, ako počinitelj nije poduzeo ni jednu radnju koja bi predstavljala početak u zakonu opisanih radnji, tj. sile ili prijetnje usmjerene na počinjenje spolnog odnosa” (VSRH, I Kž 827/03).

Teorija se sa stajališta načela zakonitosti i pravne sigurnosti na prvi pogled čini opravdanom jer jasno određuje granice pokušaja. Ona s pravom ukazuje na važnost bića kaznenog djela za sve pojavne oblike kaznenog djela, pa tako i za pokušaj. Ipak ona gubi iz vida da samo biće kaznenog djela ne kaže ništa o tome kada počinje njegovo ostvarenje, tj. koje radnje predstavljaju ostvarenje bića određenog kaznenog djela. To osobito dolazi do izražaja kod kaznenih djela koja ne sadrže potanji opis radnje, kao što je npr. ubojstvo, pa je onda sa stajališta formalno-objektivne teorije teško odgovoriti na pitanje počinje li ostvarenje bića kaznenog djela punjenjem puške, ili njezinim podizanjem, ili nišanjenjem, ili tek okidanjem<sup>14</sup>. No i tamo gdje je opis kaznenog djela izdašniji pa je lakše utvrditi koje radnje ulaze u biće kaznenog djela bilo bi nepravredno

<sup>13</sup> Usp. *Vogler* (kao u bilj. 8), str. 41; *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 362; *Eser*, u: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Aufl., München 2006, § 22, rubni br. 26, str. 430.

<sup>14</sup> Usp. *Stratenwerth*, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 3. Aufl., Bern 2005, str. 310.

nijekati pokušaj i počinitelja ostaviti nekažnjenim zato što formalno još nije započeo ostvarivati nijedno obilježje kaznenog djela, iako ga je od toga dijelio samo mali korak. U tim se slučajevima formalno-objektivna teorija pokazuje odviše restriktivnom. Otud se u njemačkoj literaturi s pravom zaključuje da za početak pokušaja nije nužno djelomično ostvarenje bića kaznenog djela, nego je dovoljna "bliskost biću kaznenog djela" (*Tatbestandsnähe*), čime se otvara mogućnost da se pokušaj pomakne unaprijed tako da obuhvati i radnje koje još ne čine biće kaznenog djela, ali su mu samo bliske<sup>15</sup>.

No ako formalno-objektivna teorija preusko shvaća pokušaj, nije li ona barem dobro polazište zato što obuhvaća nesporne slučajeve pokušaja? Nije li djelomično ostvarenje bića kaznenog djela uvijek pokušaj pa se daljnje raspravljanje o granicama pokušaja odnosi samo na situacije kada se radnjom još ne ostvaruje nijedno obilježje kaznenog djela? Pokazalo se da nije tako pa formalno-objektivna teorija ni u tom smislu ne zadovoljava: moguće je da počinitelj već ostvaruje jedno obilježje kaznenog djela, ali da to ipak nije pokušaj. Situacije koje dovode do takvog ishoda mogu se svrstati u tri skupine<sup>16</sup>.

a) Kod višeaktnih kaznenih djela izvršenje samo jedne radnje uz spremnost da se izvrši i druga neće predstavljati pokušaj kaznenog djela kojeg biće obuhvaća i tu drugu radnju. Počinitelj krađe koji ima pri sebi oružje koje namjerava upotrijebiti s ciljem da zadrži ukradenu stvar, ali izvrši samo krađu bez uporabe oružja, izvršio je jednu radnju koja predstavlja obilježje razbojničke krađe (oduzimanje tuđe pokretne stvari s ciljem prisvajanja), a postojala je i njegova odluka da ostvari i drugu radnju koja također predstavlja obilježje razbojničke krađe (primjenu sile koja se sastoji u uporabi oružja), ali ipak neće odgovarati za pokušaj razbojničke krađe iz čl. 219. st. 2. KZ, nego samo za tešku krađu iz čl. 217. st. 4. KZ. Prema tome, kod višeaktnih kaznenih djela djelomično ostvarenje njihova bića ne mora dostajati za pokušaj.

b) Kod kvalificiranih kaznenih djela ostvarenje kvalifikatorne okolnosti prije počinjenja temeljnog kaznenog djela neće predstavljati pokušaj ako počinitelj u vrijeme ostvarenja kvalifikatorne okolnosti nije namjeravao odmah započeti radnju temeljnog kaznenog djela. Počinitelj koji noću izvadi dvije daske iz krova kuće kako bi sljedeće noći ušao u kuću kroz nastalu rupu nije počinio pokušaj teške krađe jer takva radnja nije usko povezana s ostvarenjem bića kaznenog djela. No drukčije valja ocijeniti situaciju kada počinitelj najprije ostvari kvalifikatornu okolnost, a odmah nakon toga namjerava ostvariti i temeljno kazneno djelo pa se ostvarenje kvalifikatorne okolnosti pojavljuje kao početak ostvarenja temeljnog kaznenog djela. Stoga je sud ispravno označio kao pokušaj teške krađe provaljivanjem penjanje na zid dvorišne zgrade spojene s kućom radi ulaska u kuću preko tavanskog otvora jer je počinitelj odmah namjeravao izvršiti i krađu (Okr. s. u Bjelovaru, Kž-449/91, Pregled sudske prakse, prilog Naše zakonitosti [dalje: Pregled] br. 51, str. 187).

<sup>15</sup> Usp. *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 362.

<sup>16</sup> Usp. *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 364.



c) Treću skupinu mogli bismo nazvati “pripremom za konačnu akciju”: radnja kojom se već djelomično ostvaruje biće kaznenog djela ipak neće predstavljati pokušaj ako se njome tek priprema radnja kojom će se nastaviti ostvarenje bića kaznenog djela. U njemačkoj judikaturi problem se pojavio kod prijevare kada počinitelj lažno prikazuje činjenice da bi stekao povjerenje žrtve, dok konačno dovođenje u zabludu na temelju koje će žrtva učiniti nešto na štetu svoje imovine ostavlja za kasnije: ne čini pokušaj prijevare optuženica koja je bezuspješno počela uvjeravati prolaznicu na ulici da su rođakinje, kako bi na taj način stekla njezino povjerenje, a onda u njezinom stanu izmolila zajam koji ne bi vratila<sup>17</sup>. Počiniteljica je (s pravom) oslobođena optužbe, iako je već počela dovoditi u zabludu drugoga, što bi prema formalno-objektivnoj teoriji bilo dovoljno za pokušaj prijevare.

S tog gledišta valja razmotriti i slučaj iz hrvatske sudske prakse u kojem se postavilo pitanje radi li se o pokušaju ili pripremoj radnji kaznenog djela krivotvorenja isprave iz čl. 311. st. 1. KZ. Počinitelj je izrezao broj šasije s karamboliranog automobila u namjeri da ga navari na drugi automobil, koji će tek pribaviti u Italiji, kamo je i oputovao, ali se nakon devet mjeseci vratio neobavljena posla zajedno s izrezanim dijelom šasije. Dok je prvostupanjski sud ocijenio da se radi o pokušaju krivotvorenja isprave, drugostupanjski sud smatra da je u pitanju nekažnjiva priprema radnja (Žup. s. u Bjelovaru, Kž-247/99, HLJKPP 2/2000, str. 1030). U obrazloženju taj sud navodi da je izrezivanje broja šasije samo priprema radnja jer njome još ne počinje preinačenje prave isprave kao obilježje krivotvorenja isprave. No imajući u vidu specifičnost isprave u ovom slučaju (riječ je o tzv. spojenoj ispravi, tj. ispravi koja ima to svojstvo samo ako je vezana uz određeni predmet), radnju preinačenja čini kako izrezivanje broja s dotadašnje šasije, tako i njegovo navarivanje na novu šasiju. Optuženik je, doduše, ostvario prvu od navedenih radnji i utoliko je započeo ostvarivati biće kaznenog djela, ali je ta radnja bila samo priprema za navarivanje kao druge nužne radnje; kako je pak ta druga radnja trebala uslijediti tek u daljoj budućnosti, isključen je pokušaj. Odluka drugostupanjskog suda je, prema tome, ispravna, ali se ona ne može braniti sa stajališta formalno-objektivne teorije.

Navedeni primjeri pokazuju da za pokušaj nije dovoljno započinjanje ostvarenja samo jednog obilježja kaznenog djela, ako se njime ujedno ne započinje i ostvarenje cjelokupnog bića kaznenog djela<sup>18</sup>. Dok u nizu slučajeva formalno-objektivna teorija početak pokušaja određuje prekasno, ovdje dovodi do suprotnog rezultata, tj. početak pokušaja određuje prerano. To znači da se razgraničenje između pripremnih radnji i pokušaja ne može uvijek valjano izvesti s pozicije formalno-objektivne teorije, nego treba poći od drugih kriterija. No nismo li pritom vezani tekstem čl. 33. st. 1. KZ? Kada se u tom članku pokušaj čini ovisnim o “započinjanju ostvarenja kaznenog djela”, ne kaže li

<sup>17</sup> Presuda Višeg pokrajinskog suda (*Oberlandesgericht*) u Karlsruheu, objavljena u *Neue juristische Wochenschrift* 1982, str. 59.

<sup>18</sup> Usp. *Eser* (kao u bilj. 13), § 22, rubni br. 37, str. 432.

zakonski tekst upravo ono što tvrdi i formalno-objektivna teorija? To smatra i VSRH koji u već spomenutoj rješidbi I KŽ-960/06 tvrdi da se “o pokušaju kaznenog djela radi kad počinitelj s namjerom započne ostvarenje kaznenog djela, dakle, kad poduzme radnju koja ulazi u biće kaznenog djela”, čime on formalno-objektivnu teoriju izvodi izričito iz zakonske formulacije čl. 33. st. 1. KZ (na što posebno upućuje riječ “dakle”). Daljnja će analiza pokazati da je takav zaključak odviše pojednostavljen i da upravo onaj “dakle” nije tako samorazumljiv kako to uzima Vrhovni sud.

Najprije valja istaknuti da ni francusko kazneno pravo ne usvaja formalno-objektivnu teoriju, iako se smatra, kako je već istaknuto, da je ona francuske provenijencije<sup>19</sup>. Prema formulaciji Code pénala iz 1810., koja se održala i u sadašnjem tekstu čl. 121.-5. francuskog zakonika, “pokušaj je ostvaren kada je radnja koja se očitovala u početku izvršenja prekinuta ili njome nije ostvaren cilj samo iz razloga neovisnih od volje počinitelja”. Doduše, čuvenu formulu “početak izvršenja” starija je doktrina tumačila kao nužnost da počinitelj započne ostvarivati jedan od konstitutivnih elemenata kaznenog djela ili njegovu kvalifikatornu okolnost, ali je u novijoj literaturi prevladalo shvaćanje da pokušaj čine i radnje koje su samo “dovoljno bliske dovršenju”<sup>20</sup>. Pogotovo francuska sudska praksa nije ograničavala pokušaj na započinjanje radnji koje znače ostvarenje bića kaznenog djela, nego je podvodila pod pokušaj “ukupnost radnji koje prethode radnjama opisanim u zakonskom tekstu”<sup>21</sup>. Štoviše, ona se “vezala uz subjektivni kriterij koji je dosta neodređen i težak u primjeni” te je smatrala dovoljnim da je radnja “u izravnom odnosu s kaznenim djelom”, odnosno da, prema formulaciji Kasacijskog suda, “izravno teži k ostvarenju kaznenog djela”<sup>22</sup>. To je omogućilo francuskim sudovima da prošire domet pokušaja, npr. na čekanje s pripremljenim oružjem u hodniku zgrade kurira koji treba nositi novac, uvlačenje u parkirani automobil radi krađe, dolazak liječnika s potrebnim priborom u kuću pacijentice radi izvršenja pobačaja, a da sam pobačaj nije započet itd.<sup>23</sup>

Vrlo je slično stanje u švicarskom kaznenom pravu koje je također preuzelo francusku formulu o početku izvršenja. Prema odredbi čl. 21. švicarskog Kaznenog zakona iz 1937. (u sadašnjem tekstu čl. 22.) pokušaj čini “tko započne izvršenje zločina ili prijestupa”<sup>24</sup>. Usprkos tome, niti švicarska doktrina, niti

<sup>19</sup> Do istog zaključka dolazi i *Ambos* (Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Berlin 2002, str. 717), koji glede početka pokušaja izjednačuje vladajuća stajališta u francuskom i njemačkom kaznenom pravu.

<sup>20</sup> Usp. *Devèze*, Le commencement d'exécution de l'infraction en jurisprudence, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 1981, str. 785.

<sup>21</sup> Usp. *Devèze* (kao u bilj. 20), str. 798.

<sup>22</sup> Usp. *Stefani/Levasseur/Bouloc*, *Droit pénal général*, 18. éd., Paris 2003, str. 215.

<sup>23</sup> Primjeri prema *Stefani/Levasseur/Bouloc* (kao u bilj. 22), str. 216 i *Devèze* (kao u bilj. 20), str. 791 i dalje.

<sup>24</sup> Da se radi o francuskoj formuli vidi se iz francuskog teksta: *qui aura commencé l'exécution d'un crime ou d'un délit*.

judikatura nisu slijedile formalno-objektivnu teoriju, nego su pokazale jaku tendenciju k proširenju područja pokušaja. Prema stajalištu švicarskog Saveznog suda, ponovljenom u više odluka, izvršenje djela započinje “svakom djelatnošću koja prema počiniteljevu planu predstavlja posljednji odlučujući korak na putu prema dovršenju, nakon kojeg u pravilu nije moguće nikakvo uzmičanje, osim ako vanjske okolnosti otežavaju ili onemogućuju daljnje djelovanje”<sup>25</sup>. Švicarski je Savezni sud išao čak tako daleko da je kao pokušaj tretirao raspitivanje o spremnosti da se izvrši pobačaj i kupovanje predmeta isključivo radi počinjenja kaznenog djela<sup>26</sup>. Za nas je švicarsko stajalište zanimljivo zato što je u čl. 16. st. 1. jugoslavenskog Krivičnog zakonika iz 1951. pokušaj bio oblikovan po uzoru na švicarski KZ (“Tko je izvršenje krivičnog djela sa umišljajem započeo ...”), a ta je formulacija zadržana i u postojećem hrvatskom Kaznenom zakonu, jedino je pojam “izvršenje” zamijenjen pojmom “ostvarenje”.

Francusku formulu koristi i Corpus juris 2000 kada u čl. 11.a st. 3.f kaže da će se “za pokušaj kazniti osoba koja u namjeri da počini jedno od kaznenih djela opisanih u člancima 1. do 3. i 5. do 8. započne radnju koja predstavlja početak izvršenja kaznenog djela”<sup>27</sup>, ali to ne znači da se ona mora tumačiti u smislu formalno-objektivne teorije. To su pitanje autori Corpus jurisa namjeravali ostaviti sudovima pojedinih zemalja<sup>28</sup>.

Potreba da se prevlada formalno-objektivna teorija dovela je u Njemačkoj do toga da se prilikom izmjene kaznenog zakonodavstva 1975. nije ostalo na klasičnoj definiciji pokušaja iz ranijeg § 43 njem. KZ kao započinjanja izvršenja (*Anfang der Ausführung*), nego je u novi tekst § 22 dodano da počinitelj mora postupati “prema svojoj predodžbi o djelu”, te “početi neposredno djelovati u cilju ostvarenja bića kaznenog djela”. Upravo riječi “u cilju ostvarenja” (*zur Verwirklichung*) ukazuju na to da započinjanje ostvarenja bića kaznenog djela nije nužno nego je dovoljna i djelatnost koja samo ide za takvim ostvarenjem.

Iako hrvatski Kazneni zakon nije tako očito isključio formalno-objektivnu teoriju, ne treba ispustiti iz vida da on u čl. 33. st. 1. ne traži da počinitelj započne ostvarenje *bića kaznenog djela*, nego samo da započne ostvarenje *kaznenog djela*, a to je šira formulacija koja omogućuje da se pod pokušaj podvedu i radnje koje još ne predstavljaju ostvarenje bića kaznenog djela, nego su mu samo bliske. Tim putem išlo je i francusko i švicarsko kazneno pravo. Ako je formula “početak izvršenja” u tim pravnim sustavima protumačena tako da obuhvaća i radnje kojima se još ne ostvaruje biće kaznenog djela, ne vidi se zašto se na isti način ne bi mogla protumačiti i slična formula hrvatskog zakona “zapčinjanje ostvarenja kaznenog djela”. Stoga nas jezična interpretacija čl. 33. st. 1. KZ ne obvezuje na formalno-objektivnu teoriju.

<sup>25</sup> Usp. *Stratenwerth* (kao u bilj. 14), str. 313.

<sup>26</sup> *Stratenwerth* kritizira takvo određenje pokušaja smatrajući ga “nedvojbeno preširokim” (kao u bilj. 14, str. 317).

<sup>27</sup> V. hrvatski prijevod: Corpus juris 2000, Zagreb 2003., str. 27.

<sup>28</sup> Usp. *Safferling* (kao u bilj. 1), str. 706.

## 2. Materijalno-objektivne teorije

Prema, tzv. *Frankovoj formuli* pokušaju pripadaju sve radnje koje “zbog svoje nužne povezanosti s radnjom bića kaznenog djela po prirodnom shvaćanju predstavljaju njezin sastavni dio”<sup>29</sup>. *Frank* je pošao od toga da se radnja kojom se ostvaruje biće kaznenog djela ne može odvojiti od onih prethodnih radnji koje s njom čine prirodno jedinstvo pa onda pokušaj treba obuhvatiti i te radnje, iako bi one, uzete izolirano, bile samo pripremljene radnje. Formula ide za time da se, u usporedbi s formalno-objektivnom teorijom, proširi opseg pokušaja, iako ona, zapravo, polazeći od “prirodnog shvaćanja” kao ključnog pojma, uvodi materijalni kriterij pa je neki autori smatraju materijalno-objektivnom teorijom<sup>30</sup>. Dok je u suvremenom njemačkom pravu to shvaćanje napušteno, u hrvatskoj literaturi ono ima značajno mjesto.

Najjasnije je Frankova formula došla izražaja kod *Zlatarića* koji ističe da je za “pokušaj krivičnog djela potreban početak izvršenja krivičnog djela, dakle započinjanje radnje izvršenja”<sup>31</sup>, a u započinjanje radnje izvršenja valja uključiti i udaljenije radnje koje su “po prirodnom shvaćanju sastavni dio radnje izvršenja”<sup>32</sup>. Kao primjer tako proširene radnje izvršenja *Zlatarić* navodi trčanje za ovcom, što je, po njegovu mišljenju, pokušaj krađe ako je počinitelju “ovca bila na dohvatu”<sup>33</sup>; kako pak trčanje za ovcom još ne predstavlja oduzimanje tuđe pokretne stvari pa, prema tome, ni djelomično ostvarenje bića krađe, proizlazi da *Zlatarić* napušta formalno-objektivnu teoriju.

Drugi autori pak eksplicitno polaze od formalno-objektivne teorije, ali je proširuju u duhu Frankove formule. *Frančula* smatra da je objektivno stajalište prema kojem pokušaj predstavlja jedino radnja koja se može podvesti pod biće kaznenog djela “najsigurniji i najispravniji način” razgraničenja pripremnih radnji i pokušaja, pa kritizira jednu presudu tadašnjeg Vrhovnog suda Jugoslavije prema kojoj u pokušaj ulaze i radnje “koje prethode završnoj akciji, a s njom čine logičnu i čvrstu cjelinu”<sup>34</sup>. Istodobno *Frančula* ocjenjuje da “nema prigovora” presudi Općinskog suda u Poreču K-105/70, kojom je za pokušaj krađe osuđen počinitelj koji je na kupalištu podigao haljinu kojom je bila pokrivena torbica koju je htio ukrasti, ali je u tom trenutku otkriven pa je pobjegao.<sup>35</sup> No podizanje haljine još nije oduzimanje tuđe pokretne stvari (torbice) pa ono sa stajališta formalno-objektivne teorije može biti jedino pripremljena radnja. Sličnu nedosljednost pokazuje i *Bačić* kada naglašava da “pokušaj treba vezati uz radnju izvršenja iz zakonskog bića djela i ne proširivati

<sup>29</sup> *Reinhard Frank*, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, str. 87.

<sup>30</sup> Npr. *Stratenwert* (kao u bilj. 14), str. 310 i *Eser* (kao u bilj. 13), § 22, rubni br. 27/28, str. 431.

<sup>31</sup> Kao u bilj. 6, str. 64.

<sup>32</sup> Kao u bilj. 6, str. 67.

<sup>33</sup> Kao u bilj. 6, str. 65.

<sup>34</sup> Kao u bilj. 2, str. 28 i 29.

<sup>35</sup> Kao u bilj. 2, str. 68.

kaznjivost na ono što u to ne ulazi, obuhvaćajući kao pokušaj i radnje koje prethode radnji izvršenja”, što je bit formalno-objektivne teorije, da bi odmah iza toga, ukazujući na važnost počiniteljeva plana, kao primjer pokušaja naveo donošenje na tavan kante benzina koju počinitelj namjerava odmah zapaliti<sup>36</sup>; ni u tom primjeru ne može se donošenje kante smatrati “radnjom izvršenja iz zakonskog bića djela”, što znači da i *Bačić* napušta formalno-objektivnu teoriju za koju se opredijelio.

Frankova formula u nekim slučajevima zaista može biti korektiv formalno-objektivne teorije, ali ona trpi i opravdane prigovore. Formula je, prije svega, proturječna jer radnju za koju sama priznaje da nije sastavni dio bića kaznenog djela ipak proglašava radnjom kojom se ostvaruje biće kaznenog djela. S druge strane, “prirodno jedinstvo” je nepouzdan kriterij, pa se ocjena o njemu nerijetko temelji na osjećaju<sup>37</sup>. Jasno je to došlo do izražaja kod *Zlatarića* kada on ističe da je “proširenje pojma početka izvršenja krivičnog djela nužno da bi se obuhvatile one djelatnosti koje predstavljaju već toliki kvantitet društvene opasnosti, da po zdravom razumu ulaze u područje kriminala”<sup>38</sup>. No “kvantitet društvene opasnosti” i “zdrav razum” nisu nimalo pouzdani kriteriji i mogu dovesti do sasvim proizvoljnih ocjena. Sličnu neodređenost nalazimo i u novijoj literaturi kada se pri razgraničenju pripremnih radnji i pokušaja “kao najvažniji kriterij ukazuje iskustvena ocjena utemeljena na naturalnom značenju određenog akta”.<sup>39</sup> Takva “iskustvena ocjena” može se razlikovati od suca do suca i dovesti do posve oprečnih zaključaka.

Među materijalno-objektivne teorije valja ubrojiti i teoriju prema kojoj je bit pokušaja u ugrožavanju pravnog dobra. Pritom je, po jednom shvaćanju, dovoljno i apstraktno ugrožavanje, dok po drugom, koje prevladava, ugrožavanje mora biti konkretno<sup>40</sup>. Glavni je problem u tome što već i pripremnje radnje predstavljaju stanovito ugrožavanje pravnog dobra koje sve do trenutka dovršenja kontinuirano raste pa je onda teško odrediti koja je mjera ugrožavanja potrebna za pokušaj.<sup>41</sup> Neposrednost ugrožavanja kao pretpostavka pokušaja također je nedovoljno precizan kriterij. Posebne teškoće nastaju kod kaznenih djela ugrožavanja kod kojih je nastup ugrožavanja pretpostavka dovršenosti djela pa je nemoguće uzeti ga još jednom kao kriterij pokušaja<sup>42</sup>.

### 3. Subjektivne teorije

Subjektivne teorije prevladavale su u starijoj njemačkoj sudskoj praksi, ali im se u nekim odlukama priklonio i sadašnji Savezni sud. One kaznjivost

<sup>36</sup> Kazneno pravo, opći dio, 5. izd., Zagreb 1998., str. 287.

<sup>37</sup> Usp. *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 373.

<sup>38</sup> Kao u bilj. 6, str. 69.

<sup>39</sup> *Pavišić/Grozdanić/Veić*, Komentar Kaznenog zakona, 3. izd., Zagreb 2007., str. 144.

<sup>40</sup> Usp. *Vogler* (kao u bilj. 8), str. 15.

<sup>41</sup> Usp. *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 341.

<sup>42</sup> Usp. *Stratenwerth* (kao u bilj. 14), str. 311.

pokušaja opravdavaju zločinačkom voljom koja je usmjerena na ostvarenje kaznenog djela. Bude li taj uvjet ispunjen, pokušaj valja kazniti i kada ne predstavlja nikakvu opasnost. U ublaženoj varijanti to znači da počinitelj odluku da počini kazneno djelo ostvaruje radnjom koja prema njegovoj predodžbi o djelu predstavlja neposredno započinjanje ostvarenja bića kaznenog djela. U tom obliku brane je i neki suvremeni njemački autori, nalazeći uporište u tekstu § 22 Kaznenog zakonika iz 1975. koji za pokušaj traži da počinitelj “prema svojoj predodžbi o djelu neposredno započne ostvarivati biće kaznenog djela”. Tako npr. *Saffering* ističe da se započinjanje ostvarenja bića kaznenog djela ima ocjenjivati sa stajališta počinitelja pa je onda pokušaj započet kada je radnjom ostvarena “bliskost biću kaznenog djela prema predodžbi počinitelja” (*eine vorgestellte Tatbestandsnähe*)<sup>43</sup>. U stvari se sintagma “prema predodžbi o djelu” u njemačkoj literaturi shvaća različito, jednom kao istoznačnica za namjeru, drugi put za odluku da se počini kazneno djelo i treći put, što i prevladava, za počiniteljev plan<sup>44</sup>.

Subjektivne teorije trpe kritiku i u njemačkoj literaturi. Time što bit pokušaja vide u zločinačkoj volji, a bit dovršenog kaznenog djela u ostvarenju svih njegovih obilježja, one gube iz vida da je pokušaj samo jedna faza u počinjenju kaznenog djela pa se na njega ne mogu primijeniti drugi kriteriji nego na dovršeno kazneno djelo (zločinačka volja umjesto povrede pravnog dobra). Posebno zakazuju kada treba povući granicu između pripremnih radnji i pokušaja jer se već i u pripremnim radnjama očituje počiniteljeva zločinačka volja pa onda nije jasno zašto ih kazneno pravo tretira drukčije od pokušaja<sup>45</sup>.

Prenaglašavanje subjektivnog elementa u razgraničenju pripremnih radnji i pokušaja došlo je do izražaja u odlukama njemačkog Saveznog suda u kojima se za početak pokušaja, pored radnje koja neposredno prethodi ostvarenju bića kaznenog djela, traži da počinitelj sebi kaže “*jetzt geht es los*” (što bismo mogli prevesti s “idemol!” ili “sada ću to učiniti” ili “spreman sam učiniti ono što sam naumio”). Primjerice, prema stajalištu njemačkog Saveznog suda u jednoj često analiziranoj presudi, tu subjektivnu granicu prešla su dva maskirana počinitelja, od kojih je jedan već izvadio pištolj, kada su pozvonili na vrata namještenika benzinske crpke u namjeri da ga, čim im otvori vrata, svežu te mu oduzmu novac, ali se na vratima nije nitko pojavio<sup>46</sup>. To se obrazlaže njihovom spremnošću da djeluju odmah nakon otvaranja vrata, što je traženi subjektivni element koji omogućuje zaključak da su ušli u sferu pokušaja. Iako je Savezni sud smatrao da takvo subjektivno stajalište počinitelja nije dovoljno, nego je tražio i realizaciju počiniteljeva plana na objektivnoj razini (koji je uvjet također smatrao ispunjenim), ipak je navedena formula vodila u subjektivizaciju

<sup>43</sup> Kao u bilj. 1, str. 701.

<sup>44</sup> Usp. *Hillenkamp*, Zur “Vorstellung von der Tat” im Tatbestand des Versuchs, Festschrift für Claus Roxin, Berlin-New York 2001, str. 689.

<sup>45</sup> Usp. *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 344.

<sup>46</sup> Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, sv. 26, str. 201.



pokušaja, što je naišlo na kritiku u literaturi. Ističe se da je ovdje subjektivni element uzet pogrešno, ne kao plan o daljnjem djelovanju i stoga samo podloga za objektivnu ocjenu, nego i kao subjektivna refleksija samog počinitelja o tome je li pokušaj započet. Počinitelj mora u tom slučaju sam ocijeniti je li prešao granicu koja razdvaja pripreme radnje i pokušaj, što znači da mora biti “pametniji od mnogih tumača zakona”<sup>47</sup>. Povrh toga, formula ne može pridonijeti željenom razgraničenju jer i počinitelj u stadiju pripremnih radnji može sebi reći da je spreman za dovršenje djela.

Slična se shvaćanja susreću i kod onih francuskih autora koji smatraju da je za razgraničenje mjerodavno počiniteljevo “duhovno stanje” pa pokušaj počinje kada je počiniteljeva odluka da počini kazneno djelo “neopoziva” (*irrévocable*); i u tom se slučaju mjerodavnim čini ocjena samog počinitelja: bi li on, prepušten sam sebi, u datoj situaciji dovršio kazneno djelo<sup>48</sup>. Takva je subjektivizacija osobito problematična kada se zaključak o neopozivosti odluke čini ovisnim o počiniteljevu predživotu pa se jedna te ista radnja smatra neopozivom ako ju je izvršio višestruki povratnik, ali ne i primarni delinkvent<sup>49</sup>. U tom se slučaju razgraničenje čini ovisnim o specijalpreventivnim potrebama, čime je vrlo jasno došla do izražaja opasnost da se težište s kaznenog djela prebaci na počinitelja i napusti kazneno pravo utemeljeno na djelu u korist kaznenog prava utemeljenog na počinitelju pa i da se zakorači u kazneno pravo utemeljeno na osvjedočenju (*Gesinnungsstrafrecht*)<sup>50</sup>. Taj prigovor radikalizira *Hans Joachim Hirsch* kada tvrdi da je subjektivna teorija pokušaja utrla put nacističkoj kaznenopravnoj doktrini, prema kojoj se kažnjava počiniteljeva volja kao izraz njegova neprijateljstva spram pravnog poretka, a ne djelo<sup>51</sup>.

#### 4. Teorija dojma

U njemačkoj je doktrini često zastupana, tzv. teorija dojma (*Eindruckstheorie*) prema kojoj se kažnjivost pokušaja opravdava uznemirujućim dojmom što ga pokušaj ostavlja na javnost, a do čega može doći i kad pokušaj ne predstavlja opasnost za objekt radnje. Pritom se ne misli na dojam što ga pokušaj ostavlja na stvarne promatrače, nego na zamišljenog prosječnog promatrača kojemu su poznate sve objektivne i subjektivne okolnosti djela. Smatra se da pripreme radnje zbog toga što su najčešće sakrivene pred očima javnosti, a i zbog svoje vrijednosne neutralnosti, u pravilu ne uznemiruju javnost u većoj mjeri pa ih tada ni ne treba kažnjavati. No teoriji dojma se spočitava da se temelji na “difuznom

<sup>47</sup> Usp. *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 372.

<sup>48</sup> Usp. *Devèze*, kao u bilj. 20, str. 782.

<sup>49</sup> Tako *Desportes/Le Gunehec*, *Droit pénal général*, 12. éd., Paris 2005, str. 414. Kriterij neopozivosti je upitan i stoga što isključuje mogućnost dragovoljnog odustanka.

<sup>50</sup> Usp. *Vogler* (kao u bilj. 8), str. 17.

<sup>51</sup> U članku: Die subjektive Versuchstheorie, ein Wegbereiter der NS-Strafrechtsdoktrin, *Juristische Zeitung* 2007, str. 494-502. *Hirsch* pritom prvenstveno ima u vidu neprikladni pokušaj koji subjektivne teorije, po njegovu mišljenju, neopravdano kažnjavaju i kada je neopasan.

socijalnopsihološkom kriteriju”, što znači da uvodi neodređeni kriterij u razgraničenje između pripremnih radnji i pokušaja i na taj način dovodi u pitanje načelo zakonitosti u njegovom aspektu *nullum crimen sine lege certa*<sup>52</sup>.

### 5. Individualno-objektivna teorija

Glede utvrđenja početka pokušaja u suvremenoj njemačkoj dogmatici prevladava individualno-objektivna teorija, koja je mješovita utoliko što se u njoj subjektivni (individualni) element povezuje s objektivnim<sup>53</sup>.

Ta teorija pri ocjeni objektivne sastavnice pokušaja, izražene u § 22 njem. KZ kao “neposredno započinjanje ostvarenja bića kaznenog djela”, uzima u obzir počiniteljevu predodžbu o djelu, njegov plan o izvršenju djela (*Tatplan*), zbog čega se i naziva individualnom; to nije generalno-objektivna teorija kod koje bi mjerodavan bio hipotetički promatrač koji o počiniteljevu planu ne zna ništa<sup>54</sup>. Priprema eksplozivne naprave bit će pokušaj ako počinitelj računa s time da će je treći, koji ne zna da je u pitanju takva naprava, aktivirati, ali ne i ako to još mora učiniti sam počinitelj. Od počiniteljeva plana, dakle ovisi hoće li jedna te ista radnja biti priprema ili pokušaj. No i kada se uzme u obzir počiniteljev individualni plan, kriterij razlikovanja pripremnih radnji i pokušaja je objektivne naravi. Prema dominantnoj formuli, pokušaj se mora utvrditi prema objektivnom mjerilu, ali na subjektivnoj podlozi. Pita se bi li razuman i neutralan prosuditelj koji zna za počiniteljeve ciljeve računao s mogućnošću počinjenja kaznenog djela<sup>55</sup>. Za razliku od formule “*jetzt geht es los*”, neodlučno je što sam počinitelj o tome misli, kako on sam procjenjuje svoju radnju. Njegovo je stajalište važno samo ukoliko se odnosi na njegovu predodžbu o tome kako će se odvijati radnja, tj. u mjeri u kojoj obuhvaća njegov plan. Stoga su plan o izvršenju djela i “predodžba o djelu” iz koje se on izvodi, dio objektivne, a ne subjektivne sastavnice pokušaja<sup>56</sup>. To vrijedi i za hrvatsko kazneno pravo pa uzimanje u obzir plana ne znači i prihvaćanje subjektivne teorije.

U prvi mah se čini da je uvlačenje subjektivnog elementa (plana) nepotrebno jer je on ionako obuhvaćen počiniteljevom namjerom koja je moguća samo ako je počiniteljeva odluka bezuvjetna. Nije li plan uzet u obzir već prilikom ocjene bezuvjetnosti odluke? Ako se počinitelj koleba, npr. uperio je pušku prema žrtvi, ali još nije definitivno odlučio hoće li pucati, ne počiva li već zaključak o nepostojanju konačne odluke, a time i namjere, na ocjeni počiniteljeve predodžbe o djelu, njegova plana? Ipak predodžbu o djelu ili plan djela ne treba izjednačavati s namjerom. Predodžba o počinjenju djela ili počiniteljev plan nije

<sup>52</sup> Za kritiku te teorije v. *Kühl* (kao u bilj. 12), str. 405; *Stratenwerth* (kao u bilj. 14), str. 307; *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 346.

<sup>53</sup> Usp. *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996, str. 518.

<sup>54</sup> Usp. *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin 1969, str. 191.

<sup>55</sup> Usp. *Vogler* (kao u bilj. 8), str. 44; *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 334.

<sup>56</sup> Usp. *Hillenkamp* (kao u bilj. 44), str. 702.

sastavni dio namjere nego sadrži nešto više od nje, a to je način njezine realizacije<sup>57</sup>. Moguće je da upravo zbog počiniteljeva plana radnja nije započeta, iako namjera postoji. Počinitelj može donijeti odluku o počinjenju djela u trenutku kada još nema jasnu predožbu o modalitetima djela. U navedenom primjeru moguće je da je on u trenutku kada je uperio pušku već donio konačnu odluku da ubije žrtvu, ali ne i da puca odmah, nego tek kasnije, npr. nakon što raspravi neka pitanja sa žrtvom pa to neće biti pokušaj. No isto je tako moguće da je plan gotov, npr. počinitelj je pomno isplanirao kako će usmrтити žrtvu, ali još nije donio konačnu odluku da to zaista i učini. U oba se slučaja odluka o počinjenju djela i plan o načinu njegova izvršenja razilaze<sup>58</sup>.

U okviru individualno-objektivne teorije njemačka doktrina težište ipak stavlja na objektivnu sastavnicu, definiranu u § 22 njem. KZ kao “neposredno započinjanje ostvarenja bića kaznenog djela”. Prema uobičajenoj formuli njemačkog Saveznog suda ona je ostvarena kada su izvršene radnje “koje u neometanom tijeku bez međuradnji vode u ostvarenje bića kaznenog djela”<sup>59</sup>. Na pitanje pak koje međuradnje pripadaju “neometanom tijeku”, a koje ga prekidaju, odgovor daje teorija o dijelovima radnje (*Teilaktstheorie*), koja se stoga može smatrati inačicom individualno-objektivne teorije. Ona polazi od toga da se počiniteljeva radnja uvijek može podijeliti na sastavne dijelove, na niz uzastopnih (djelomičnih) radnji. Pokušaj počinje u trenutku kada je izvršena posljednja radnja koja prethodi radnji kojom se ostvaruje biće kaznenog djela ako nakon toga za ostvarenje bića kaznenog djela nisu više potrebne nikakve daljnje međuradnje. Jedna od presuda u kojoj je teorija primijenjena odnosi se na već navedeni primjer pokušaja razbojništva nad namještenikom benzinske crpke<sup>60</sup>. Zapčinjanje neposrednog ostvarenja bića djela sud obrazlaže time da su počinitelji, zvoneći na vrata s maskama na licu, a jedan od njih i s pištoljem u ruci, “objektivno započeli s napadom koji predstavlja obilježje kaznenog djela jer je njihova radnja bez daljnjih radnji trebala dovesti do ostvarenja bića kaznenog djela (prijetnje pištoljem osobi koja će se pojaviti)”. Teorija ide za time da pobliže odredi “neposrednost” (*Unmittelbarkeit*) koja prema § 22 njem. KZ mora postojati između posljednje radnje i radnje kojom se ostvaruje biće kaznenog djela. Pritom se osobito naglašava vremenska neposrednost, tj. uska vremenska povezanost posljednje poduzete radnje i radnje kojom se ostvaruje obilježje kaznenog djela. Teorija o dijelovima radnje je danas u dobroj mjeri prihvaćena i u njemačkoj kaznenopravnoj literaturi, iako ima i razlika u njezinom pobližem oblikovanju.

Navedena koncepcija prevladava i u austrijskoj doktrini te je i ozakonjena u § 15. st. 2. austr. KZ, prema kojem je “djelo započeto čim počinitelj svoju

<sup>57</sup> Usp. *Vogler* (kao u bilj. 8), str. 44; *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 334.

<sup>58</sup> Usp. *Hillenkamp* (kao u bilj. 44), str. 704.

<sup>59</sup> Formulu je prihvatio i znatan dio njemačkih teoretičara, usp. *Jescheck/Weigend* (kao u bilj. 53), str. 519; *Kühl* (kao u bilj. 12), str. 411.

<sup>60</sup> V. bilješku 46.

odluku da ga počini ili da drugoga na to navede (§ 12) ostvari radnjom koja neposredno prethodi izvršenju”. “Radnja koja neposredno prethodi izvršenju” (*eine der Ausführung unmittelbar vorangehende Handlung*) očito još nije radnja kojom se ostvaruje biće kaznenog djela pa je tom formulacijom formalno-objektivna teorija napuštena na način koji ne ostavlja nikakve dvojbe. U literaturi se odredba precizira tako da je o pokušaju riječ “kada je počinitelj poduzeo radnju izvršenja ili radnju koja prema njegovom planu ovdje i sada treba prijeći u radnju izvršenja, a nije od nje odvojena međuradnjama, pogotovo ne stankama radi predaha ili razmišljanja”<sup>61</sup>, što je potpuno na crti individualno-objektivne teorije njemačke dogmatike. Drugo je pitanje nije li austrijska judikatura u nekim slučajevima ipak pokušaj pomaknula previše unaprijed, npr. kada je uzela da postoji pokušaj razbojništva u slučaju počinitelja koji je parkirao osobni automobil 50 m od banke, pripremio alat, prekrrio registarske pločice i promatrao ulaz u banku ili pokušaj nabavke droge kada je počinitelj krenuo na put prema dogovorenom mjestu kako bi tamo sljedećeg dana preuzeo drogu.<sup>62</sup> U tim su primjerima, naime pred počiniteljima stajale još daljnje radnje koje isključuju neposrednost poduzetih radnji.

Vrlo slično rješenje usvojeno je u čl. 25. st. 3f Rimskog statuta koji propisuje, prema engleskom tekstu, da u stadij pokušaja ulazi “tko učini bitan korak u cilju započinjanja izvršenja kaznenog djela” (*by taking action that commences its execution by means of a substantial step*). Pojam bitan korak (*substantial step*) preuzet je iz § 5.01 (1) (c) Model Penal Codea<sup>63</sup>. Kako se u američkom pravu “bitan korak” ne shvaća u čisto objektivnom smislu, nego kao potvrđivanje počiniteljeva zločinačkog cilja radnjom, može se s pravom zaključiti da je i u Rimskom statutu formalno-objektivna teorija napuštena u korist subjektivno-objektivnog shvaćanja pokušaja<sup>64</sup>. Otud slijedi i da bi daljnje inzistiranje na formalno-objektivnoj teoriji u hrvatskom pravu dovelo do nepotrebnog odstupanja od Rimskog statuta, što u krajnjoj liniji može imati i štetne posljedice za Hrvatsku (preuzimanje predmeta od hrvatskog pravosuđa na temelju čl. 17. Rimskog statuta u slučaju oslobađajuće presude).

Temeljna poteškoća s kojom se susreće teorija o dijelovima radnje sastoji se u tome da se počiniteljevo ponašanje uvijek može podijeliti na više odvojenih pojedinačnih radnji pa se onda nakon posljednje radnje uvijek mogu konstruirati daljnje moguće radnje (međuradnje) i time negirati pokušaj. U navedenom primjeru pokušaja razbojništva zvonjenjem na vratima to zvonjenje onda ne bi bila posljednja radnja jer je nakon nje jedan počinitelj još trebao podići pištolj prema osobi koja se trebala pojaviti na vratima, drugi je trebao izgovoriti

<sup>61</sup> Tako *Fuchs*, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 2. Aufl., Wien-New York 1997, str. 253.

<sup>62</sup> Primjeri prema *Foregger-Fabrizy*, StGB und ausgewählte Nebengesetze, 7. Aufl., Wien 1999, str. 85.

<sup>63</sup> Taj ključni pojam nestao je u hrvatskom prijevodu. Za opravdanje takvog postupka usp. Krapac, u: *Josipović/Krapac/Novoselec*, Stalni međunarodni kazneni sud, Zagreb 2001., str. 228.

<sup>64</sup> Usp. *Ambos* (kao u bilj. 19), str. 720.

prijetnju i možda spriječiti zatvaranje vrata itd., pa ako bi se i te radnje smatrale daljnjim međuradnjama nužnim za ostvarivanje bića kaznenog djela, pokušaja ne bi bilo. Da bi se izbjeglo takvo izvještačeno cjepkanje radnje, prema jednom mišljenju, daljnje međuradnje neće isključiti pokušaj ako su nebitne, pa pokušaja neće biti samo ako namjeravane daljnje radnje imaju “stanovitu težinu”; u navedenom primjeru razbojništva na benzinskoj crpki, sve daljnje nužne radnje nakon zvonjenja ne bi bile bitne pa je pokušaj ostvaren. Drukčije stoji stvar ako, primjerice, počinitelj, koji je nabavio ključ, kojim će otvoriti automobil mora još potražiti automobil, koji će ukrasti, jer je ta daljnja radnja bitna pa nabavljanje ključa neće biti pokušaj krađe<sup>65</sup>.

*Roxin*, međutim, smatra da su pojmovi “bitna” i “nebitna” međuradnja nedovoljno određeni pa treba konkretizirati kriterije za njihovo razlikovanje. Stoga se on zalaže za tzv. konkretiziranu teoriju o dijelovima radnje<sup>66</sup>. Po njemu, posljednja radnja će predstavljati pokušaj ako se kumulativno ispune dva uvjeta: da je usko vremenski povezana s ostvarenjem bića kaznenog djela i da predstavlja zahvat u sferu žrtve ili u sferu bića kaznenog djela. Odluči li netko ukrasti neki predmet iz auta, pa u tu svrhu pruži ruku kroz otvoreni prozor auta prema njegovoj unutrašnjosti, ostvario je pokušaj krađe jer postoji uska vremenska povezanost (oduzimanje predmeta će uslijediti odmah) i zahvat u sferu žrtve (u faktičnu vlast okradenog). Neće, naprotiv, postojati pokušaj ako počinitelj stoji pored auta u namjeri da iz njega uzme stvar, ali još ništa nije učinio jer još nema zadiranja u sferu žrtve, a sama vremenska povezanost nije dovoljna.

Na taj način *Roxin* objašnjava zašto nema pokušaja u sljedećem primjeru iz njemačke sudske prakse<sup>67</sup>: počinitelj (homoseksualac) zazvonio je na vratima stana s namjerom da sa stanarom najprije ima homoseksualni odnos, a da onda pozove još dva sudionika s kojima će zajedno izvršiti razbojništvo, ali mu nije nitko otvorio. Počinitelj je zahvatio u sferu žrtve, ali nedostaje uska vremenska povezanost (po čemu se ovaj slučaj razlikuje od sličnog slučaja razbojništva nad namještenikom benzinske crpke). Ona bi se ostvarila tek kada bi došli sudionici i u tom trenutku bi započeo pokušaj. Jedan drugi slučaj ukazuje pak na to kako će pravna ocjena određene radnje zavisiti i od vrste kaznenog djela<sup>68</sup>: počinitelj je pokušao ući kroz podrumski prozor u kuću jedne žene, a onda je silovati i okrađati, ali su na prozoru bile šipke pa nije mogao ući. Vremenska povezanost postoji, i u odnosu na krađu, i u odnosu na silovanje, ali povreda sfere žrtve postoji samo u odnosu na krađu (zahvat u njezinu faktičnu vlast nad stvarima u kući), ali ne i u odnosu na silovanje (počinitelj još nije doveo u pitanje seksualnu slobodu žrtve).

<sup>65</sup> Usp. *Kühl* (kao u bilj. 12), str. 412.

<sup>66</sup> Kao u bilj. 3, str. 374 i dalje.

<sup>67</sup> Odluka Višeg pokrajinskog suda za Berlin (*Kammergericht*), objavljena u *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1971, str. 54.

<sup>68</sup> Odluka Saveznog suda objavljena u *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2000, str. 418.

No *Roxin* uviđa da zahvat u sferu žrtve po prirodi stvari dolazi u obzir samo kod kaznenih djela protiv individualnih dobara, ali ne i kod općih dobara. U tim slučajevima dovoljan je i zahvat u sferu koja proizlazi iz bića kaznenog djela (*Tatbestandssphäre*); primjerice, pokušaj izazivanja eksplozije (kod nas čl. 263. KZ) postojat će kada se poduzmu radnje usmjerene na izazivanje eksplozije.

Mora se priznati da ni *Roxinova* formula ne olakšava puno razlikovanje bitnih od nebitnih međuradnji jer su i njegovi kriteriji razlikovanja još uvijek podložni ocjeni koju je teško utemeljiti na pouzdanim objektivnim kriterijima. Zašto bi se u njegovom primjeru pokušaja ulaska u kuću kroz prozor podruma uzelo da postoji zahvat u sferu žrtve u odnosu na njezine stvari jer je počinitelj još bio daleko od toga da ih oduzme (isto kao i u odnosu na njezinu tjelesnu sferu u vezi sa silovanjem)? Još je neodređeniji pojam zahvata u sferu bića kaznenog djela. No bez obzira na to hoće li se početi od uopćenog razlikovanja bitnih i nebitnih međuradnji ili pak od *Roxinova* "istančanijeg" kriterija, sudu ne preostaje drugo nego da ocijeni relevantnost uvijek mogućih međuradnji. U tom slučaju, kao i u brojnim drugim situacijama koje se nameću kaznenom pravu, on ima određeni slobodni prostor.

## **6. Kako odrediti početak ostvarenja kaznenog djela u hrvatskom pravu?**

Dosadašnja razmatranja pokazuju da se odredba čl. 33. st. 1. KZ ne mora nužno tumačiti kao afirmacija formalno-objektivne teorije niti su sudovi uvijek polazili od takvog shvaćanja. Stoga i sa stajališta hrvatskog prava valja prihvatiti mješovite, subjektivno-objektivne teorije o biti i granicama pokušaja. U prvi mah se čini da zakonska definicija pokušaja govori u prilog objektivnih teorija jer spominje samo "započinjanje ostvarenja kaznenog djela", dok se subjektivna komponenta svodi na postupanje "s namjerom", što je, dakako, pretpostavka kažnjivosti pokušaja i prema objektivnim teorijama. U prilog objektivnih teorija govori i okolnost da se počinitelj pokušaja može blaže kazniti, što se može opravdati jedino slabijim objektivnim učinkom pokušaja u usporedbi s dovršenim djelom. Pa ipak, zakonodavac isto tako vodi brigu o subjektivnim čimbenicima. To je u prvom redu došlo do izražaja u mogućnosti jednakog kažnjavanja za pokušaj i dovršeno kazneno djelo, što se može opravdati samo jednakom zločinačkom voljom. Nadalje, kažnjavanje se ne može objasniti kod onih oblika neprikladnog pokušaja kod kojih uopće ne postoji opasnost. Tada nam ne preostaje drugo, nego utemeljiti kažnjivost na zločinačkoj volji.

Otud proizlazi da hrvatskom Kaznenom zakonu nisu strani subjektivni elementi pri određenju pokušaja, a od toga valja početi i pri razgraničenju pripremnih radnji i pokušaja. Oni se ne iscrpljuju u namjeri kao čisto subjektivnoj sastavnici pokušaja, nego se pojavljuju i u okviru "započinjanja ostvarenja kaznenog djela" kao objektivne sastavnice pokušaja (koju bismo stoga mogli nazvati i objektivno-subjektivnom). Ipak pretjerana subjektivizacija ne bi bila na mjestu: ona se mora ograničiti na uvažavanje počiniteljeva plana. Naglasak treba biti na objektivnoj sastavnici, tj. na započinjanju radnje počinjenja, ali taj zahtjev ne treba shvatiti u



smislu formalno-objektivne teorije kao ostvarenje barem jednog obilježja kaznenog djela, nego za pokušaj mora dostajati i bliskost radnje ostvarenju bića kaznenog djela. Formalno-objektivnu teoriju treba napustiti, a to će biti olakšano zato što je u sudskoj praksi ionako prešutno došla do izražaja tendencija prihvatanja materijalnog kriterija, najčešće u obliku prirodnog jedinstva radnje. Taj kriterij kao neprecizan valja napustiti te započinjanje ostvarenja kaznenog djela definirati kao radnju koja izravno vodi u ostvarenje bića kaznenog djela, a da u međuvremenu nije potrebno izvršiti nikakve druge bitne radnje.

Napuštanjem formalno-objektivne teorije hrvatsko kazneno pravo će se približiti rješenjima u modernim pravnim državama te u europskom i u međunarodnom kaznenom pravu, što će se ionako postaviti kao prirodni zahtjev nakon njezina ulaska u Europsku uniju.

Polazeći od navedene definicije početka pokušaja, u daljnjem ćemo tekstu pokušati razriješiti najčešće situacije u kojima razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja predstavlja teškoću, a ujedno prikazati i posebnosti koje se javljaju kod nekih oblika kaznenih djela.

#### ***IV. Tipični slučajevi u kojima se postavlja pitanje razgraničenja pripremnih radnji i pokušaja***

##### ***1. Približavanje počinitelja mjestu događaja ili žrtvi***

Počinitelj koji se s izvučenim pištoljem približava žrtvi ušao je u stadij pokušaja ako je odlučio odmah pucati, bez obzira na to što mora učiniti još nekoliko koraka i povući okidač: postoji uska vremenska povezanost i “zahvat u sferu žrtve” koji se ogleda u neposrednoj prijetnji. Isto je tako započeo tešku krađu počinitelj koji je prislonio ljestve na zgradu u namjeri da uđe kroz otvoren prozor, (ali ne i ako je namjeravao ući tek nekoliko sati kasnije). Ulaženje u dućan ili robnu kuću u namjeri izvršenja razbojništva samo je pripremna radnja jer počinitelj još mora poduzeti niz daljnjih bitnih radnji, ali će biti pokušaj razbojništva kada naoružani i maskirani počinitelji uđu u banku (uska vremenska povezanost, zahvat u sigurnost banke)<sup>69</sup>. Stoga i VSRH s pravom uzima da je počinio pokušaj razbojništva počinitelj koji je ispred pošte stavio masku (kapuljaču), te s torbom i plastičnom vrećom te ljepljivom trakom i nožem u džepu i automatskom puškom u ruci ušao u poštu, gdje mu je jedan svjedok skinuo masku, a drugi oduzeo pušku (VSRH, I Kž-104/03). Isto je tako pokušaj krađe trčanje za ovcom koja je na dohvat ruke počinitelju<sup>70</sup> jer je to radnja koja neposredno predstoji oduzimanju tuđe stvari i ne zahtijeva nikakve daljnje međuradnje.

U njemačkoj sudskoj praksi bio je sporan slučaj u kojem je počinitelj u namjeri da ubije osobu u stanu kundakom puške razbio vrata na dnevnom

<sup>69</sup> Primjeri prema *Roxinu* (kao u bilj. 3), str. 377.

<sup>70</sup> Primjer što ga navodi *Zlatarić* (kao u bilj. 6), str. 65.

boravku, ali je žrtva uspjela pobjeći kroz prozor<sup>71</sup>. Prvostupanjski je sud zanijekao pokušaj ubojstva s obrazloženjem da bi pokušaj počeo tek kada bi počinitelj otkočenu pušku uperio prema žrtvi, s čime se Savezni sud nije složio. Prvostupanjski je sud pogrešno primijenio teoriju o dijelovima radnje jer u nastaloj situaciji usmjeravanje puške prema žrtvi i povlačenje okidača nisu bitne međuradnje. Na sličan je način i VSRH riješio slučaj trojice počinitelja koji su razbili vrata u stanu jedne žene u namjeri da je siluju, ali je ona pravodobno pobjegla kroz prozor (VSRH, I Kž-866/03). Pokušaj silovanja VSRH obrazlaže u skladu s formalno-objektivnom teorijom tako što razbijanje vratiju smatra prijetnjom i na taj način ostvarenjem jednog obilježja kaznenog djela silovanja, no opisane bi radnje bile isto tako pokušaj ubojstva da su počinitelji namjeravali ubiti žrtvu, što se tada ne bi moglo opravdati formalno-objektivnom teorijom jer prijetnja ubojstvom nije i ostvarenje bića kaznenog djela ubojstva.

Osobito je zamršeno pitanje do koje se mjere počinitelj mora *približiti državnoj granici* da bi postojao pokušaj odgovarajućeg kaznenog djela. O tome su se ranije sudovi morali izjasniti u vezi s pokušajem kaznenog djela nedopuštenog prijelaza preko granice iz čl. 303. bivšeg Krivičnog zakonika. Analizirajući sudsku praksu nastalu u odnosu na to kazneno djelo *Zlatarić* je zaključio da pokušaj započinje kada počinitelj “krene na put prema državnoj granici sa ciljem neposrednog prijelaza, bez obzira na distancu koju ima savladati”<sup>72</sup>. To je preširoko tumačenje pokušaja, što je bila *Zlatarićeva* koncesija tadašnjim kriminalno-političkim potrebama. Kretanje na put je radnja odviše udaljena od samog prijelaza granice pa nedostaje bliskost biću kaznenog djela. Na to je s pravom upozorio *Bačić* kada je izložio kritici stajalište tadašnjeg Vrhovnog suda FNRJ prema kojem je “prostorna i vremenska bliskost ostvarenju posljedice pravno irelevantna” pa onda svako kretanje na put radi prelaska granice predstavlja pokušaj, ističući da pokušaj postoji samo kad radnja neposredno prethodi prijelazu preko granice<sup>73</sup>.

U njemačkoj se praksi slično pitanje postavilo kod zabranjenog uvoza droge (jedan od modaliteta kaznenog djela iz § 29 Zakona o opojnim drogama). Savezni je sud u jednoj odluci iz 1989. godine<sup>74</sup> zauzeo stajalište da pokušaj postoji kada se počinitelj kao pješak, biciklist ili vozač motornog vozila sasvim približi graničnoj crti ili barem carinarnici, ali ako on mora prijeći još nekoliko kilometara do granice, u pitanju su samo pripreme radnje. Složenije je pitanje kada se počinitelj približava granici zrakoplovom ili vlakom jer tada nema onu slobodu kretanja koju ima vozač automobila ili pješak, no i tada pokušaj počinje tek kada vlak krene sa posljednje stanice prije granice, a samo iznimno i ranije, npr. kada počinitelj na pitanje ima li što za cariniti odgovori niječno.

<sup>71</sup> Odluka Saveznog suda objavljena u *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1987, str. 20.

<sup>72</sup> Kao u bilj. 6, str. 66-67.

<sup>73</sup> O pokušaju krivičnog djela nedopuštenog prijelaza preko državne granice (čl. 303. KZ), *Pravni život*, 8/53, str. 16.

<sup>74</sup> *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, sv. 36, str. 249.

Pitanje koliko se počinitelj mora približiti granici da bi postojao pokušaj postavlja se sada pred naše sudove kod kaznenog djela protuzakonitog prebacivanja osoba preko državne granice (čl. 177. KZ) koje je dovršeno kada je počinitelj preveo preko državne granice jednu ili više osoba (slična je situacija i kod izbjegavanja carinskog nadzora iz čl. 298. KZ koje je dovršeno prenošenjem robe preko carinske crte). Prema jednoj odluci (Žup. s. u Varaždinu, Kž-16/02<sup>75</sup>), o pokušaju kaznenog djela iz čl. 177. st. 1. KZ se radi kada su počinitelji dovezli automobilima strane državljanke "u relativnu blizinu državne granice", ali su tada spriječeni u izvršenju svog nauma, "tako da njihove radnje čine logičnu i čvrstu cjelinu s očigledno predstojećim, ali spriječenim nedozvoljenim prevođenjem osoba preko državne granice, slijedom čega se i radi o ulasku u kažnjivu zonu izvršenja djela". No pojmovi "logična i čvrsta cjelina" i "relativna blizina" su odviše neodređeni i omogućuje da se kažnjiva zona pomakne i nekoliko kilometara prije granice (iz objavljenih odluka se ne vidi koliko su počinitelji bili udaljeni od granice u trenutku uhićenja). Jasnija je odluka prema kojoj pokušaj navedenog kaznenog djela postoji kada su službenici granične policije zaustavili počinitelja sa četiri strana državljanina u automobilu 20 m od granične crte (Opć. s. u Varaždinu K-511/07), što valja odobriti.

## 2. Vrebanje i čekanje žrtve

Ovdje se radi o počinitelju koji svaki trenutak očekuje nailazak žrtve u namjeri da je napadne, ali bude prije toga uhićen ili se žrtva ne pojavi. Pokušaj će tada postojati ako između izvršenih radnji i samog počinjenja djela nisu potrebne nikakve daljnje nebitne međuradnje. S pravom je francuski Kasacijski sud označio kao pokušaj razbojništva postupak šest naoružanih počinitelja koji su s pripremljenim automobilima u zasjedi čekali transporter koji je prevozio novac iz Louvrea u Banque de France u namjeri da ga zaustave i oduzmu novac, ali su ih policajci neposredno prije izvršenja uhitili. U tom je slučaju napad imao uslijediti odmah pa je dovršenje djela trebala biti "izravna i neposredna posljedica" izvršenih radnji.<sup>76</sup> Ipak u takvim slučajevima nije lako razgraničiti bitne od nebitnih međuradnji, kako će se vidjeti na dva primjera iz njemačke sudske prakse, koji imaju dodirne točke, ali se i razlikuju te su bili predmet brojnih komentara u njemačkoj literaturi.

U prvom se slučaju (tzv. "slučaj s vrećicom papra", *Pfeffertütenfall*<sup>77</sup>) radilo o dva počinitelja koji su namjeravali napasti osobu koja je trebala nositi novac od dnevnih utržaka pa su je zbog toga čekali u automobilu nedaleko tramvajske stanice, gdje je ta osoba obično silazila. Imali su u pripremi papar koji su namjeravali sasuti u oči žrtvi. Prije nailaska svakog tramvaja upalili bi motor

<sup>75</sup> Odluka je objavljena u knjizi: *Garačić*, Kazneni zakon u sudskoj praksi, posebni dio, Zagreb 2006., str. 196.

<sup>76</sup> Odluka br. 55. Crim. od 29.12.1970, "Piazza i drugi", objavljena s komentarom u: *Puech*, Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle, tome I, Paris 1976, str. 207.

<sup>77</sup> Objavljena u *Neue juristische Wochenschrift* 1952, str. 514.

automobila, kako bi se približili žrtvi i kako bi nakon počinjenog djela mogli što brže pobjeći. Pošto su prošla četiri tramvaja, a žrtva se nije pojavila, ocijenili su da ona tog dana neće doći pa su otišli neobavljena posla. Savezni ih je sud osudio za pokušaj razbojništva, s obrazloženjem da je prema predodžbi počinitelja postojala izravna opasnost za zaštićeno pravno dobro. No svi su komentatori otklonili takav zaključak<sup>78</sup>. Vremenska blizina je, doduše, postojala, ali počinitelji su se još morali približiti automobilom žrtvi i sasuti joj papar u oči, što je relevantna daljnja međuradnja.

U drugom sličnom “slučaju namještenika benzinske crpke” (*Tankwartfall*), o kojem je već bilo riječi<sup>79</sup>, postavilo se također pitanje je li otpočeo pokušaj razbojništva. Postupak dvaju maskiranih počinitelja koji su pozvonili na ulaznim vratima očekujući da se na vratima pojavi namještenik crpke ili neka druga osoba, kojoj će oni, čim se pojavi, zaprijetiti pištoljem, svezati je i prisiliti ih da im preda novac, ali se nije javio nitko, Savezni je sud ocijenio kao pokušaj razbojništva (što je veći dio komentatora i prihvatio<sup>80</sup>). Objektivni element pokušaja obrazložen je time da je zvonjenje trebalo odmah prijeći u ostvarenje prijetnje pištoljem i prisile, bez relevantnih međuradnji (podizanje pištolja prema žrtvi bila bi samo nebitna međuradnja).

### 3. *Provjeravanje je li počinjenje djela moguće*

Moguće je da počinitelj tek provjerava je li počinjenje djela moguće i isplati li se, ali bude spriječen u daljnjem djelovanju. Ovdje se, najprije, postavlja pitanje postoji li odluka da se počini djelo, o čemu je već bilo riječi, ali postojanje takve odluke još ne znači da je pokušaj započet jer se traži i objektivna komponenta. U već opisanom primjeru iz njemačke sudske prakse<sup>81</sup> kada je počinitelj drmanjem prednjih kotača automobila provjeravao je li volan zaključan, Savezni je sud uzeo da postoji pokušaj krađe, s čime se većina njemačkih autora slaže. *Roxin* već u samom provjeravanju vidi napad na sferu žrtve (njegovu faktičnu vlast nad automobilom) pa je onda za postojanje pokušaja bitna vremenska komponenta, tj. je li počinitelj namjeravao odmah oduzeti automobil, što je u ovom slučaju bilo ostvareno<sup>82</sup>. Vremenska povezanost bit će odlučna i kada počinitelj pregledava trudnicu kako bi utvrdio stadij trudnoće i ocijenio, može li se prekid trudnoće izvršiti bez veće opasnosti: ako je počinitelj u slučaju pozitivnog nalaza odmah naumio izvršiti pobačaj, pokušaj će postojati, ali ne i ako je na temelju takvog nalaza namjeravao to učiniti tek narednog dana. Isto će tako postojati pokušaj krađe kada počinitelj pipa džepove žrtve kako bi ocijenio je li tamo novčanik, uz uvjet da je spreman izvući ga odmah.

<sup>78</sup> Usp. *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 381.

<sup>79</sup> V. bilješku 46.

<sup>80</sup> Usp. *Kühl* (kao u bilj. 12), str. 413; *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 370 i 381.

<sup>81</sup> V. bilješku 9.

<sup>82</sup> Kao u bilj. 3, str. 383.

#### 4. *Uklanjanje prepreka ili zaštite*

Prema odredbama čl. 153. i 187.a KZ uklanjanje prepreka je, po definiciji, pripremna radnja. No vrijedi li to uvijek? Nije li pokušaj moguć i kad počinitelj uklanja prepreku ili drugu zaštitu kojom žrtva hoće osigurati svoje pravno dobro? I ovdje valja prihvatiti pokušaj ako postoji dovoljna veza s radnjom kojom se ostvaruje biće kaznenog djela. Kao ilustracija može poslužiti jedna odluka iz starije njemačke sudske prakse<sup>83</sup>. Počinitelj je ušao u dvorište seoske kuće radi krađe. Kako je tamo lajao zavezani pas, on ga je odvezao i izveo iz dvorišta u namjeri da ga vani zaveže i da se odmah vrati u dvorište i neometano realizira svoj naum. Prilikom ponovnog vezivanja psa bio je uhvaćen. Tadašnji Carevinski sud (*Reichsgericht*) je uzeo da je to pokušaj krađe, jer između odvođenja psa i oduzimanja stvari postoji uska vremenska povezanost (počinitelj je stvari namjeravao oduzeti odmah); daljnje radnje koje je počinitelj morao poduzeti prije oduzimanja stvari u tom su slučaju nebitne. Po tome se ovaj slučaj, dakako, razlikuje od slučaja kada počinitelj najprije dade otrov psu, čekajući da pas ugine pa da onda izvrši krađu, kada je uklanjanje prepreke samo pripremna radnja.

### V. *Pripremne radnje*

#### 1. *Neusuglašenost odredaba o pripremnim radnjama u posebnom dijelu s definicijom pokušaja u općem dijelu*

Kazneni zakon nije samo definirao pokušaj nego i pripremne radnje, čime je ujedno u negativnom smislu odredio i pokušaj (ono što je pripremna radnja nije pokušaj). Pripremne radnje bile su, po uzoru na bivše jugoslavensko zakonodavstvo, opisane u općem dijelu Osnovnog Krivičnog zakona RH (čl. 16.), od čega se prilikom donošenja Kaznenog zakona odustalo pa je dotadanji opis pripremnih radnji prebačen u posebni dio. To je učinjeno kod kaznenog djela pripremanja kaznenih djela protiv RH (čl. 153. KZ), u kojem je pripremanje definirano kao nabavljanje i osposobljavanje sredstava, uklanjanje prepreka i stvaranje plana, ili dogovaranje s drugima, ili poduzimanje druge radnje kojom se stvaraju uvjeti za izravno počinjenje određenih kaznenih djela iz glave XII. Navedene radnje, osim nabavljanja i osposobljavanja sredstava, zakonodavac je novelom iz 2004. učinio i obilježjima pripremanja kaznenih djela protiv vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom iz čl. 187.a KZ. To bi značilo da su radnje opisane u tim odredbama pripreme samo u odnosu na kaznena djela uz koja su vezana i da, prema tome, ne predstavljaju opću definiciju pripremnih radnji, što tvrdi i Bačić: “Formalno gledano svaka takva inkriminacija ima karakter posebnog kaznenog djela”<sup>84</sup>. No to je, odista, tako samo “formalno gledano”. Tumačenje bi

<sup>83</sup> Navedeno prema *Roxinu* (kao u bilj. 3), str. 384.

<sup>84</sup> Kao u bilj. 36, str. 279.

se moglo usvojiti kada bi kaznena djela iz čl. 153. i 187.a KZ bila samostalna kaznena djela ili *delicta sui generis*, tj. kaznena djela kojima se inkriminiraju samo određene radnje usmjerene na počinjenje drugih kaznenih djela, što ovdje nije slučaj. Navedena kaznena djela sadrže vrlo općenite opise pripremanja, pa su u pitanju nesamostalna kaznena djela ili *delicta preparata* koja obuhvaćaju sve moguće pripremljene radnje. Opisi pripremnih radnji u njima stoga nadilaze navedena kaznena djela i postaju obrazac za svako pripremanje, na što upućuje i njihov raniji smještaj u općem dijelu. Ne vidi se zašto bi, primjerice, nabavljanje sredstava bila pripremljena radnja samo kada su u pitanju kaznena djela protiv RH, ali ne i druga kaznena djela. Općeniti karakter opisanih radnji osobito je došao do izražaja u nekoj vrsti generalne klauzule kojom se pripremljene radnje definiraju kao “poduzimanje druge radnje kojom se stvaraju uvjeti za izravno počinjenje” određenih kaznenih djela<sup>85</sup>.

Otud slijedi da su mjerila za razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja različito propisana na dva mjesta, jednom u čl. 33. st. 1. KZ u kojem je pokušaj definiran pozitivno, a drugi put kod *delicta preparata* u posebnom dijelu, gdje je pokušaj definiran negativno. Dok je definicija pokušaja u čl. 33. st. 1. KZ dobivena metodom generalizirajuće apstrakcije, definicije pripremnih radnji u posebnom dijelu – s iznimkom već spomenute generalne klauzule – predstavljaju primjenu kazuističke metode koja ne vodi računa o prethodnoj definiciji pokušaja u općem dijelu. Neusuglašenost tih odredaba može dovesti i do različitih rezultata. Kako tretirati, primjerice, poduzimanje “radnje kojom se stvaraju uvjeti za izravno počinjenje kaznenog djela” koje je tako blisko ostvarenju bića kaznenog djela da je ujedno “započinjanje ostvarenja kaznenog djela”?

Navedeni raskorak mogao bi se uspješno otkloniti samo preinačenjem odredaba čl. 153. i 187.a KZ tako da se opisi pripremanja u njima ispuste i da se jednostavno inkriminira pripremanje (što je i uobičajena zakonodavna tehnika kod nesamostalnih kaznenih djela pripremanja). *De lege lata*, izlaz je u tome da se tumačenje opće odredbe o pokušaju iz čl. 33. st. 1. KZ učini obveznim i za navedena kaznena djela pripremanja, što znači da se radnje opisane u njima mogu smatrati pripremljenim samo ako ne ispunjavaju opće uvjete iz čl. 33. st. 1. KZ. Nabavljanje sredstava, uklanjanje prepreka itd. bit će pripremljene radnje samo ako se njima ne “započinje ostvarenje kaznenog djela”. Praktično to znači relativiziranje pa i zanemarivanje definicija pripremanja u čl. 153. i 187. a KZ.

## 2. Tipične pripremljene radnje

Izbjegavanje taksativnog nabrojanja pripremnih radnji u zakonu ne isključuje da se na teorijskom planu određene radnje označe kao tipične pripremljene radnje, pod uvjetom da zbog bliskosti biću kaznenog djela ne predstavljaju pokušaj. Po

<sup>85</sup> To se naglašava i u Vladinom obrazloženju Konačnog prijedloga Kaznenog zakona kada se tvrdi da navedena klauzula predstavlja “općeprilivčeni kriterij” za definiciju pripremnih radnji (Vlada RH, Konačni prijedlog Kaznenog zakona od 19. lipnja 1997., str. 162).



tome se teorijska klasifikacija pripremnih radnji razlikuje od krutog nabiranja pripremnih radnji u hrvatskom KZ koje ne predviđa nikakve iznimke. Tipične pripreme radnje dijele se u njemačkoj doktrini u tri temeljne skupine: a) nabavljanje i posjedovanje oružja i drugih sredstava kao i stvaranje odlučnih pretpostavki, b) traženje i neupadljivi boravak na mjestu događaja i c) izviđanje i stvaranje prilika za počinjenje kaznenog djela<sup>86</sup>. Ovdje ćemo slijediti tu podjelu uz kritički osvrt na spomenutu definiciju pripremnih radnji u hrvatskom KZ.

### 3. Nabavljanje, posjedovanje i proizvodnja sredstava za počinjenje kaznenog djela

Navedene radnje nisu pokušaj jer se njima ne ostvaruju opće pretpostavke za pokušaj, osobito ne uska vremenska veza s radnjama koje ulaze u biće kaznenog djela. Tipičan primjer je nabavljanje provalničkog alata ili lažnog ključa radi izvršenja krađe. Stoga je pogrešno stajalište Županijskog suda u Puli (Kž-11/94) koji smatra pokušajem krađe već izvlačenje cilindra iz brave automobila i izradu kopije ključa pomoću tog cilindra radi kasnijeg otključavanja i oduzimanja automobila. Pokušaj će započeti tek guranjem ključa u bravu ili barem neposrednim približavanjem automobilu radi guranja ključa u bravu. Počinitelji koji su nabavili puške i streljivo radi oružane pobune još nisu izvršili pokušaj oružane pobune, nego samo njezino pripremanje (VSRH, I Kž-206/92, Pregled, br. 52, str. 46). Pored općih kriterija razgraničenja, u prilog nijekanja pokušaja, kao *argumentum a contrario*, može se navesti i okolnost da je zakonodavac neke slučajeve pribavljanja sredstava predvidio kao *delicta sui generis* (što bi, razumije se, bilo suvišno kada bi te radnje već bile pokušaj kaznenih djela čijem izvršenju služe), kao što je izradba i nabavljanje oružja i sredstava namijenjenih počinjenju kaznenog djela iz čl. 334. KZ, ali i brojna druga kaznena djela (iz članaka 173. st. 1., 256., 267., 277., 278. i 314. KZ).

No tipične pripreme radnje ne treba ograničiti na nabavljanje materijalnih predmeta kao sredstava za počinjenje kaznenog djela, nego pojam “sredstva” valja protumačiti šire tako da obuhvati i stvaranje odlučnih pretpostavki za počinjenje kaznenog djela<sup>87</sup>. Tko fingira provalnu krađu ili zapali kuću da bi dobio osigurninu, stvorio je odlučne pretpostavke za prijevaru (provalna krađa i palež kuće kao sredstvo za izvršenje prijevare), ali mora još prijaviti štetu osiguravajućem zavodu kao bitnu radnju da bi odgovarao za pokušaj. Tko podmiti noćnog čuvara kako bi iz tvorničkog kruga mogao ukrasti robu, ostao je u granicama pripremnih radnji za krađu.

U ovu skupinu valja ubrojiti i traženje žrtve, koje je uvijek priprema radnja jer se njome tek ide za time da se stvori mogućnost počinjenja djela (sve dok počinitelju žrtva nije dostupna, ne može ni počiniti kazneno djelo). To je i stajalište naše sudske prakse, kao što nam pokazuje ovaj primjer. Optuženik,

<sup>86</sup> Usp. *Vogler* (kao u bilj. 8), str. 59; *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 387.

<sup>87</sup> Ove dvije situacije povezuje i *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 388.

razjaren na inkasatore Hrvatske televizije koji su nadzirali naplatu pretplate, pucao je na jednog od njih iz pištolja pogodivši ga s tri metka i nanijevši mu teške tjelesne ozljede opasne po život, nakon čega je s otkočenim pištoljem u kojem je bilo šest metaka odlučio da ubije i drugog, ali je ovaj uspio pobjeći i sakriti se u susjednoj kući, tako da ga počinitelj, koji ga je uporno tražio u automobilu i obližnjim kućama, nije uspio naći. Optuženik je, pored pokušaja ubojstva prvog inkasatora, najprije bio osuđen i za pokušaj ubojstva nad drugim inkasatorom, što je VSRH ukinuo, s obrazloženjem da se traženje žrtve ne može smatrati pokušajem ubojstva, nego “tipičnom pripremnom radnjom jer se poduzima s ciljem da počinitelju omogući izvršenje djela”. Na ponovnom suđenju prvostupanjski sud za to djelo optuženika oslobađa optužbe, protiv čega se državni odvjetnik žalio, ali glavni državni odvjetnik žalbu povlači (VSRH, I Kž-960/06 i I Kž-545/07). Za razliku od ovog slučaja, državno je odvjetništvo zauzelo odmah ispravno stajalište u slučaju plaćenog ubojice koji je tražio žrtvu radi ubojstva, ali je nije našao, pa plaćenog ubojicu za to djelo nije ni optužilo (VSRH, I Kž-687/01, HLJKPP 1/2005, str. 211), dok naručitelj ubojstva odgovora za neuspjelo poticanje (pokušaj poticanja) jer je on radnju poticanja ne samo započeo, nego i dovršio.

Na prvi se pogled čini da stvaranje odlučnih pretpostavki za počinjenje kaznenog djela imaju u vidu i članci 153. i 187.a KZ kada pripremanjem smatraju “stvaranje uvjeta za izravno počinjenje kaznenog djela”. Ne znače li te dvije formulacije isto? To bi se moglo prihvatiti kada u tekstu zakona ne bi postojala riječ “izravno” koja sugerira da između pripremanja i započinjanja ostvarenja bića kaznenog djela mora postojati bliskost, a to je, kao što smo vidjeli iz dosadašnjih razmatranja, upravo pretpostavka pokušaja, a ne tek pripremnih radnji. Prema tome, “stvaranje uvjeta za *izravno* počinjenje kaznenog djela” prije se može prihvatiti kao definicija pokušaja nego pripremnih radnji. Da je neposrednost ili izravnost (*Unmittelbarkeit*) doprinosna ostvarenju bića kaznenog djela pretpostavka pokušaja, a ne pripremnih radnji, izričito je rečeno i u § 22 njem. KZ. Stoga je izrada lažne isprave radi prijave priprema radnja u odnosu na prijevaru zato što se njome ne stvaraju uvjeti za izravno, nego tek za buduće i udaljeno počinjenje prijave. No kada je počinitelj izvadio osigurač bombe u namjeri da je odmah baci na žrtvu, ali nije stigao odvojiti žlicu od tijela bombe, zaista je u pitanju “stvaranje uvjeta za *izravno* počinjenje kaznenog djela” koje predstavlja pokušaj ubojstva, kako to s pravom zaključuje VSRH (I Kž-480/03), a ne samo priprema radnja.

Iz navedenih razloga definicija pripremnih radnji kao stvaranje uvjeta za izravno počinjenje kaznenog djela nije uspješna “demarkacijska linija između pripremanja i pokušaja”<sup>88</sup>, nego je, naprotiv, to razgraničenje otežala.

<sup>88</sup> Tako Bačić, O kažnjivim pripremnim radnjama, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 1-2/1984, str. 159.

#### **4. Odlazak na mjesto događaja i neupadljiv boravak na mjestu događaja**

Odlazak na mjesto događaja (pješice ili u vozilu) je u pravilu pripremna radnja. Tko se kreće prema mjestu događaja, ali još ništa drugo nije poduzeo, nije započeo izvršenje djela. Tko je pošao u banku u namjeri da je orobi, ali do nje nije stigao, nije započeo razbojništvo; tko uđe u tramvaj u namjeri da izvrši džepnu krađu, još nije ušao u stadij pokušaja. Odlazak čamcem na Dunavu prema rafineriji u kojoj treba biti izvršena krađa, ali odustajanje i vraćanje kad se opazi stražar, nije pokušaj krađe<sup>89</sup>. Počinitelji koji su, prema prethodnom dogovoru, došli u blizinu benzinske crpke u namjeri da izvrše razbojništvo, ali su odustali zbog velikog broja kupaca, nisu počinili pokušaj razbojništva, pa odgovaraju samo za dogovor za počinjenje kaznenog djela (VSRH, I KŽ-635/91). Isto vrijedi i za onoga tko je već došao na mjesto događaja i tamo se zadržava neupadljivo, npr. ušao je u banku u namjeri da izvrši razbojništvo, ali zbog velikog broja stranaka ili dobrog osiguranja odustaje; njemu predstoji još niz bitnih radnji (izvlačenje oružja i prijetnja službeniku). Drukčije stoji stvar kada je počinitelj već ušao u banku s maskom na licu i oružjem u ruci jer su daljnje međuradnje tada nebitne.

#### **5. Izviđanje i stvaranje prilike za počinjenje djela**

Tko razgleda banku i studira njezino osiguranje još nije počinio pokušaj razbojništva. No i izviđanje može biti pokušaj ako je odmah nakon njega trebalo uslijediti izvršenje, kao u već spomenutom prijepornom slučaju provjeravanja je li volan automobila zaključan<sup>90</sup>. Isto je tako pripremna radnja stvaranje prilika za počinjenje kaznenog djela, kao što je opijanje žrtve radi lakšeg izvršenja krađe ili namamljivanje djeteta u stan ili samo dogovaranje sastanka radi izvršenja seksualnog delikta. No s pravom uzima *Zlatarić* da je već namamljivanje žrtava na mjesto gdje čekaju drugi počinitelji s toljagama pokušaj razbojništva jer je nakon namamljivanja trebala odmah početi primjena sile kao radnja razbojništva<sup>91</sup>.

U njemačkoj judikaturi se pojavila tendencija da se iz kriminalnopolitičkih razloga proširi pokušaj kod seksualnih delikata na štetu djece tako da pokušaj obuhvati i ranije radnje koje se sastoje u stvaranju prilike za počinjenje djela. Savezni je sud u jednoj starijoj odluci<sup>92</sup>, koja je naišla na nepodijeljenu kritiku, osudio počinitelja koji je dogovorio s 12-godišnjom djevojčicom sastanak u 17 sati u namjeri da s njom izvrši spolni odnošaj, obrazlažući to time da “dogovaranje s djetetom i kasnije djelovanje na njegovu volju zbog svojeg sadržaja i svrhe predstavljaju jedinstvo”. No ako je za pokušaj dovoljno da radnja bude sredstvo u ostvarivanju kriminalne svrhe, onda se praktično svaka pripremna radnja može

<sup>89</sup> Tako s pravom *Zlatarić* (kao u bilj. 6), str. 65.

<sup>90</sup> V. bilješku 9.

<sup>91</sup> Kao u bilj. 6, str. 69.

<sup>92</sup> Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, sv. 6, str. 302.

proglasiti pokušajem<sup>93</sup>. U njemačkoj literaturi prevladava shvaćanje da je za razgraničenje bitnonamjerava li počinitelj spolnu radnju izvršiti uz pristanak ili protiv volje djeteta<sup>94</sup>. Računa li počinitelj na pristanak djeteta i namjerava li poštivati njegovo eventualno odbijanje, opisane radnje još ne predstavljaju pokušaj jer se tada još ne zahvaća u zaštićenu sferu djeteta. Drukčije stoji stvar ako počinitelj namjerava izvršiti spolnu radnju protiv volje djeteta, npr. vozi dijete na pogodno mjesto, kada će i sama vožnja biti pokušaj uz pretpostavku da počinitelj tamo namjerava bez oklijevanja izvršiti spolnu radnju. To je, međutim, vrlo upitno jer ispada da pokušaj postoji tamo gdje počinitelj još mora nešto učiniti (prisiliti ili barem nagovoriti dijete na spolnu radnju), a ne postoji tamo gdje može neposredno prijeći na djelo.

## ***VI. Razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja u posebnim slučajevima***

Dosadašnja se razmatranja odnose na razgraničenje između pripremnih radnji i nedovršenog pokušaja pojedinačnog počinitelja činjenjem, tj. pokušaja kod kojeg počinitelj još nije učinio sve što je prema njegovoj zamisli bilo nužno da kazneno djelo bude počinjeno. No razgraničenje ima svoje specifičnosti kod drugih tipova pokušaja, odnosno kaznenih djela, o čemu će biti riječi u daljnjem tekstu.

### ***1. Razgraničenje pripremnih radnji i dovršenog pokušaja***

Dovršeni pokušaj postoji kad je počinitelj učinio sve što je prema njegovu planu bilo potrebno da biće kaznenog djela bude ostvareno, a da on sam ne mora poduzeti nikakvu daljnju radnju. Počinitelj koji je usuo svom ocu u vino otrov (trikloretilen) računajući s time da će otac vino popiti, što je ovaj i učinio, ali ga je ispljunuo zbog čudna okusa, počinio je pokušaj ubojstva (VSRH, I Kž-139/91, Pregled br. 50, str. 147). Bivši pomoćnik koji je iz osвете postavio eksplozivnu napravu na ulazu u garažu računajući da će je gazda aktivirati automobilom prilikom ulaska u garažu, do čega nije došlo jer je gazda pravovremeno u svjetlima automobila uočio razapetu žicu koja je povezivala vrata s napravom, počinio je također pokušaj ubojstva (VSRH, I Kž-733/94, HLJKPP 1/1995, str. 218). Pokušaj ubojstva počinio je i optuženik koji je nakon svađe s domaćinom (inače susjedom) u njegovoj kući, nakon što su domaćin, njegova supruga i dvoje djece otišli na spavanje, na vrata kuće stavio ručnu bombu koju je jednim komadom žice pričvrstio za ovratak, a drugi komad žice zavezao za kvaku i osigurač koji je postavio u položaj za izvlačenje, računajući s time da će domaćin ujutro prvi izaći radi hranjenja konja i da će ga bomba usmrtiti, ali do toga nije došlo jer je supruga ustala prva i prije nego je otvorila

<sup>93</sup> Kritički o navedenoj odluci *Kratsch*, *Präzisierung der Ansatzformel*, *Juristische Arbeitsblätter* 1983, str. 585.

<sup>94</sup> Usp. *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 385.

vrata, uočila žicu (VSRH, I Kž-433/03). No u svim bi se tim slučajevima radilo samo o pripremnim radnjama da je sam počinitelj morao izvršiti još dodatnu radnju, npr. da je vino još morao ponuditi ocu ili sam aktivirati bombu; u tome se ogleda važnost počiniteljeva plana.

Iako pokušaj u navedenim primjerima nije bio prijeporan, postavlja se pitanje u kojem je trenutku on započeo: već stavljanjem otrova u vino ili tek početkom ispijanja vina, već montiranjem bombi ili tek neposrednim približavanjem žrtve bombi? Bi li postojao pokušaj ubojstva i da je majka slučajno prolila vino prije nego je otac uopće došao u situaciju da ga popije ili da je policija otkrila montirane bombe prije nego su žrtve došle u situaciju da ih aktiviraju? Što ako se sam počinitelj predomislio i prosuo vino ili demontirao bombe prije nego je žrtva došla u opasnost: hoće li se tada zaniijekati pokušaj ili će se uzeti da je počinitelj dragovoljno odustao od njega, što, dakako, povlači različite pravne posljedice? Da bi se odgovorilo na ta pitanja, potrebno je utvrditi kada započinje dovršeni pokušaj. To je predmet brojnih proturječnosti u njemačkoj doktrini i mišljenja o njemu su podijeljena<sup>95</sup>.

a) Prema jednom shvaćanju, pokušaj počinje kada žrtva započne radnju koja neposredno prethodi ostvarenju bića kaznenog djela jer je tek u tom trenutku neposredno ugrožen objekt radnje. Naglasak se, dakle, s radnje počinitelja prenosi na radnju žrtve, što je načelno upitno. Uz tu bi pretpostavku pokušaj počeo tek kada bi otac posegnuo za otrovanim vinom ili domaćin krenuo prema vratima na kojima je montirana bomba da ih otvori. Na taj se način previše honorira počinitelja jer ga se oslobađa odgovornosti sve do trenutka kada žrtva ili treća osoba poduzmu radnju. Do tog se trenutka počiniteljeva radnja smatra nekažnjivom pripremnom radnjom, što je neopravdano jer je *ratio* nekažnjivosti pripremnih radnji u tome što počinitelj možda još nema dovoljno snage ili spretnosti da prijeđe u konačnu realizaciju svojeg nauma, a ovdje je počinitelj tu snagu i spretnost već dokazao. Izvršivši sve što je prema njegovom planu bilo potrebno da biće kaznenog djela bude ostvareno, počinitelj je učinio više nego kod pripremnih radnji<sup>96</sup>.

To shvaćanje prešutno odbacuje i VSRH u citiranoj odluci I Kž-433/03 jer montiranje bombe smatra pokušajem ubojstva usprkos tome što domaćin, kojem je bomba bila namijenjena, nije ni započeo radnju obuhvaćenu počiniteljevim planom (otvaranje vrata).

b) Prema drugom mišljenju, početak se pokušaja pomiče unaprijed pa se uzima da je počinitelj ušao u stadij pokušaja već dovršenjem radnje koja je po njegovu mišljenju potrebna da bude ostvareno biće kaznenog djela. U navedenim bi primjerima to značilo da je pokušaj otpočeo u trenutku kada je sin usuo otrov u vino i kada su pomoćnik i susjed montirali bombe. U većini slučajeva to se može prihvatiti, ali ne i kada počinitelj zadržava kontrolu nad daljnjim zbivanjem pa može pravovremeno spriječiti nastup posljedice. Ako sin koji je

<sup>95</sup> Poblize o tome *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 395 i dalje.

<sup>96</sup> Usp. *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 399.

usuo otrov u vino živi s ocem, koji se ima vratiti kući za nekoliko sati, otac je sve do povratka kući izvan dosega otrova jer sin ima punu kontrolu nad daljnjim zbivanjem i može svakog trenutka prosuti otrovano vino.

c) S obzirom na kritiku upućenu prethodnim koncepcijama, u suvremenoj njemačkoj doktrini pojavilo se i treće kompromisno rješenje, koje je ipak bliže onome pod b). Ono polazi od alternativne formule: dovršeni pokušaj postoji *ili* kada je počinitelj tijekom zbivanja ispustio iz svoje vlasti *ili* kada je žrtva neposredno ugrožena, tj. kada je radnjom koja je vremenski usko povezana s ostvarenjem bića kaznenog djela počelo djelovanje na njezinu sferu<sup>97</sup>. To bi u primjeru s vinom značilo da će pokušaj ubojstva započeti u trenutku kada sin napusti kuću i ne može više utjecati na to hoće li otac popiti vino (prva alternativa), ali ako sin ostane s ocem i vlada daljnjim zbivanjem, pokušaj će početi tek kada otac uzme vino u ruku u namjeri da ga popije, a sin to ne spriječi (druga alternativa).

Druga alternativa opravdava se time da se na taj način početak dovršenog pokušaja utvrđuje na isti način, kao i kod nedovršenog pokušaja. Nedovršeni pokušaj je započet kada počinitelj nakon pripremnje radnje *izvrši* daljnju bitnu radnju obuhvaćenu njegovim planom (npr. ako je sin usuo otrov u vino koje tek namjerava ponuditi ocu, pokušaj će započeti kad sin posluži oca otrovanim vinom), dok dovršeni pokušaj počinje kada počinitelj nakon pripremnje radnje *propusti* još jednu bitnu radnju (prosipanje otrovanog vina). U oba je slučaja započinjanje pokušaja ovisno o daljnjoj radnji obuhvaćenoj počiniteljevim planom koja se kod nedovršenog pokušaja sastoji u činjenju, a kod dovršenog u nečinjenju (neotklanjanju opasnosti). U drugom slučaju radi se, prema tome, o započinjanju pokušaja nečinjenjem (*Ansetzen durch Unterlassen*)<sup>98</sup>.

Značajna praktična poteškoća u razgraničenju dviju alternativa sastoji se u tome što nije lako utvrditi ima li počinitelj nakon prve radnje tijekom daljnjeg zbivanja u vlasti. Takva bi se vlast mogla uvijek iskonstruirati (čime bi onda prva alternativa otpala) jer bi počinitelj teoretski uvijek imao mogućnost spriječiti nastup (uvijek se može vratiti na mjesto događaja i otkloniti nastup posljedice, može to čak javiti i telefonski!). No *Roxin* smatra da takvo široko tumačenje vladanja tijekom zbivanja valja otkloniti pa se od počinitelja ne može tražiti riskantna aktivna radnja, a pogotovo ne takva kojom bi se on otkrio kao počinitelj. Ako je nakon ulijevanja otrova u vino sin otišao definitivno iz kuće, ne može se od njega tražiti da telefonski javi ocu da ne pije vino jer bi se time otkrio kao počinitelj. Sin, dakle, kada je otišao, više nije imao zbivanje u svojoj vlasti, što znači da je pokušaj započeo kada je otišao iz kuće. Time je mogućnost druge alternative (zapčinjanje pokušaja neotklanjanjem opasnosti) znatno reducirana.

U oba slučaja s postavljanjem bombi počinitelji, nakon njihova montiranja, nisu vladali daljnjim zbivanjem. Oni su se, teoretski, mogli vratiti i demontirati

<sup>97</sup> Usp. *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 397.

<sup>98</sup> Usp. *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 400-401.



bombe ili čak telefonski obavijestiti žrtve o opasnosti, ali bi time riskirali da bude otkriveni. Osim toga, postojala je i opasnost za druge osobe i da se ona realizirala (recimo da je majka otvorila vrata kuće i poginula od bombe), počinitelji – koji bi bili u irelevantnoj zabludi (*error in persona*) - odgovarali bi za dovršeno ubojstvo. Stoga je u oba slučaja pokušaj ubojstva započet već montiranjem bombi, pa eventualno pravovremeno demontiranje bombi ne bi isključivalo pokušaj, nego bi predstavljalo samo dragovoljni odustanak.

## 2. Početak pokušaja kod posrednog počiniteljstva

Pokušaj je zacijelo moguć i kod posrednog počiniteljstva. Modificirajmo jedan slučaj iz naše sudske prakse u kojem je posrednim počiniteljem dovršene krađe proglašen gazda koji se poslužio šumskim radnikom u zabludi radi sječe stabala u tuđoj šumi (VSRH, Kzz-11/94, HLJKPP 1/1997, str. 248): da je radnik došao u šumu i pripremio pilu za sječu, ali ga je u daljnjoj djelatnosti spriječio pravi vlasnik šume, gazda bi bio posredni počinitelj u pokušaju krađe. No i u ovom se slučaju postavlja pitanje kada je pokušaj započeo: izdavanjem naloga šumskom radniku ili tek početkom obaranja stabla?

Situacija je vrlo slična prethodnoj (dovršeni pokušaj) jer je i ovdje počinitelj učinio ono što je prema njegovu planu dovoljno da djelo bude dovršeno. Razlika je samo u tome što u prethodnoj konstelaciji žrtva sama svojom radnjom treba omogućiti dovršenje djela (nastup posljedice), dok ovdje dovršenje ovisi od treće osobe kao neposrednog počinitelja ili sredstva. Stoga se, u osnovi, sve što je rečeno o dovršenom pokušaju može analogno primijeniti i na pokušaj posrednog počiniteljstva, odnosno, pokušaj posrednog počiniteljstva može se smatrati posebnim oblikom dovršenog pokušaja koji, ipak, ima i neke specifičnosti<sup>99</sup>.

Moguće je i ovdje uzeti da pokušaj počinje kada neposredni počinitelj započne radnju koja neposredno prethodi ostvarenju bića kaznenog djela jer je tek u tom trenutku neposredno ugrožen objekt radnje. Za to se stajalište opredjeljuje *Bačić* kada tvrdi da “pokušaj nastaje kad neposredno djelujući poduzme radnju izvršenja samog djela”<sup>100</sup>. To bi značilo da je pokušaj započeo tek kada je šumski radnik počeo obarati stablo jer je tek tada neposredno ugrožen objekt radnje. Uz tu pretpostavku gazda ne bi bio kažnjiv da je radnik odustao prije nego je počeo obarati stablo, npr. jer je naišao vlasnik. To ne bi bilo prihvatljivo jer je posredni počinitelj i u tom slučaju svoju radnju dovršio. Osim toga, došli bismo u koliziju s rješenjem Kaznenog zakona koji tretira kao kažnjiv pokušaj neuspjelo poticanje, to više što kod posrednog počiniteljstva, za razliku od poticanja, počinitelj ima vlast nad djelom (nad sredstvom). Bilo bi, naime, nelogično da poticatelj koji nema vlast nad djelom odgovara zato što je

<sup>99</sup> Usp. *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 406.

<sup>100</sup> *Bačić/Pavlović*, Komentar Kaznenog zakona, Zagreb 2004., str. 158. Čini se da to stajalište usvajaju i *Pavišić/Grozdanić/Veić* (kao u bilj. 39, str. 144), kad ističu da “kod posrednog počiniteljstva djelo počinje s početkom ostvarivanja sadržaja radnje počinjenja”, ako pod radnjom počinjenja misle na radnju neposrednog počinitelja.

neuspješno poticao glavnog počinitelja, a ne i posredni počinitelj koji tu vlast ima.

Prema tome, mjerodavna mora biti radnja posrednog počinitelja. No i ovdje, kao i kod dovršenog pokušaja, njemačka doktrina razlikuje dvije situacije, ovisno o tome vlada li posredni počinitelj daljnjim tijekom zbivanja. Ako je posredni počinitelj ispustio neposrednog počinitelja iz svoje vlasti tako da ovaj djeluje samostalno, posredni je počinitelj ostvario pokušaj već samim angažiranjem neposrednog počinitelja. Kada je gazda poslao radnika u šumu, izgubio ga je iz svoje vlasti pa je započeo krađu u času njegova angažiranja. Tu nastaje poteškoća što se posredno počiniteljstvo po definiciji sastoji u vlasti nad djelom, pa nije moguće da posredni počinitelj najprije ima vlast nad djelom, a onda je izgubi. Tu poteškoću rješava *Roxin* tako što tvrdi da je posredni počinitelj izgubio vlast nad radnjom posrednog počinitelja, ali ne i nad voljom neposrednog počinitelja<sup>101</sup>.

Ovu problematiku možemo ilustrirati jednim slučajem iz njemačke sudske prakse<sup>102</sup>. Počinitelj je pokušao usmrtiti svog suparnika pa je zamolio jednog čovjeka da mu preda bočicu sa solnom kiselinom, uvjeravajući ga da je to bezopasno sredstvo za spavanje. Taj posrednik je na putu prema žrtvi ipak posumnjao i otvorio bocu, nakon čega je zaključio da je u pitanju opasno sredstvo i nije ga predao žrtvi. Pokušaj ubojstva izvršen je već predajom bočice posredniku, bez obzira na to što život žrtve još nije bio neposredno ugrožen jer je posredni počinitelj nakon predaje bočice posredniku izgubio nadzor nad njim, a time i vlast nad daljnjim tijekom zbivanja.

Ako je pak posredni počinitelj svoju radnju završio, ali daljnji tijek događaja i dalje ima pod nadzorom, njegova radnja ne predstavlja pokušaj, nego samo nekažnjivu pripremnu radnju. Kao primjer *Roxin* navodi liječnika koji je odlučio usmrtiti pacijenta tako da je ujutro stavio brizgalicu na uobičajeno mjesto s kojeg je medicinska sestra treba navečer uzeti i dati pacijentu: u tom je slučaju ostavljanje brizgalice samo pripremna radnja jer liječnik sve do večeri ima mogućnost ukloniti je. Pokušaj će onda početi kad sestra uzme brizgalicu, odnosno, ukloni li liječnik brizgalicu prije toga, njegova će radnja ostati u stadiju nekažnjivog pripremanja<sup>103</sup>.

Znači li to da bi gazda u našem primjeru ostao u stadiju nekažnjivih pripremnih radnji da je zadržao nadzor nad šumskim radnikom, recimo vezu mobitelom, tako da ga može vratiti prije nego je počeo obarati stabla? Takav zaključak ne bi bio opravdan. Kao i kod dovršenog pokušaja, vlast nad daljnjim zbivanjem treba restriktivno tumačiti, pa se ni od posrednog počinitelja ne može tražiti da se oda kao počinitelj. Ako bi on ipak opozvao radnika, bio bi to samo dragovoljni odustanak.

<sup>101</sup> Kao u bilj. 3, str. 413.

<sup>102</sup> Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, sv. 30, str. 363.

<sup>103</sup> Kao u bilj. 3, str. 408.

### 3. Početak pokušaja kaznenog djela nečinjenjem

Nema nikakve dvojbe da je pokušaj nepravog kaznenog djela nečinjenjem moguć. Majka koja odluči usmrtiti svoje dijete tako da ga ne hrani, ali dijete bude spašeno, počinila je pokušaj teškog ubojstva nečinjenjem. U teoriji je samo sporno, može li se na tom području razlikovati nedovršeni i dovršeni pokušaj. Prema jednom shvaćanju nedovršeni pokušaj postoji kad počinitelj još nije poduzeo sve što je prema njegovu planu potrebno da nastupi posljedica, npr. majka je ocijenila da je za smrt djeteta potrebno da ga ne hrani tjedan dana i bude otkrivena već trećeg dana; u tom slučaju se nastup posljedice može spriječiti naknadnim poduzimanjem upravo onih dužnih radnji koje nije izvršila, tj. tako da nahrani dijete. Dovršeni pokušaj bi pak postojao kada je plan izvršen, ali posljedica još nije nastupila; tada poduzimanje prvobitnih dužnih radnji nije dovoljno, nego se moraju poduzeti izvanredne mjere, npr. spašavanje života djeteta u bolnici. Poteškoća je u tome što počinitelj najčešće ne može znati koliko je vremena potrebno da zbog nečinjenja nastupi posljedica, tj. njegov plan nije siguran. Navedeno razlikovanje nema, međutim, nikakvog praktičnog značenja jer se dragovoljni odustanak od pokušaja nečinjenjem uvijek ocjenjuje prema istim kriterijima kao i dragovoljni odustanak od dovršenog pokušaja, tj. traži se aktivna počiniteljeva radnja, a s druge strane, kod razgraničenja pripremnih radnji i pokušaja uzimaju se isti kriteriji kao i kod dovršenog pokušaja. Zbog toga sve pokušaje nečinjenjem valja izjednačiti s dovršenim pokušajem<sup>104</sup>.

No i ovdje se postavlja pitanje kada prestaju pripremljene radnje i počinje pokušaj. Moguće je uzeti da je pokušaj započet kada je počinitelj *prvi puta* propustio dužnu radnju: majka, prema tom shvaćanju, čini pokušaj ubojstva kada dijete ne nahrani prvom prilikom, prilikom prvog uobičajenog hranjenja. To je ipak preuranjeno jer majka tim prvim propustom još nije stvorila ozbiljnu opasnost za život djeteta, odnosno ona tu opasnost može kasnijim hranjenjem otkloniti bez težih posljedica. No isto tako ne bi bilo opravdano uzeti da pokušaj počinje tek propuštanjem *posljednje moguće radnje*, npr. kada je majka napustila kuću u kojoj se nalazi dijete. Zamislimo da je život djeteta u vrijeme napuštanja već bio ozbiljno ugrožen; tada bi pokušaj započeo tek u trenutku napuštanja djeteta, što bi bilo prekasno; time bi se garantna obveza jako relativizirala jer bi se garantima dopuštalo da ne ispunjavaju svoju obvezu do posljednjeg trenutka. Osim toga, u tom bi slučaju dragovoljni odustanak bio praktično nemoguć jer ako bi se majka vratila da nahrani dijete, pokušaj ne bi ni započeo.

Iz tih se razloga predlaže srednje rješenje koje u stvari predstavlja primjenu načela koja su već utvrđena kod dovršenog pokušaja<sup>105</sup>. Ako je počinitelj (garant) ispustio tijek zbivanja iz svoje vlasti, već je u tom trenutku započeo s pokušajem. Majka koja je otišla od kuće i tamo ostavila dijete samo, već je u tom trenutku ušla u stadij pokušaja, makar dijete još nije ozbiljno ugroženo. Ako

<sup>104</sup> Usp. *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 422.

<sup>105</sup> Usp. *Roxin* (kao u bilj. 3), str. 422.

garant vlada zbivanjem, ostaje u sferi pripremnih radnji tako dugo “dok se još ništa nije dogodilo” pa on poduzimanjem dužne radnje može nadoknaditi prethodni propust. No ako je žrtva neposredno ugrožena (posljedica može vrlo brzo nastupiti), pokušaj je počeo, npr. majka je čitavo vrijeme uz dijete i može ga nahraniti, ali to ne čini, iako se dijete osjeća loše.

Problem pokušaja nečinjenjem postavio se u sljedećem primjeru iz njemačke sudske prakse<sup>106</sup>. Dva počinitelja su teško tjelesno ozlijedili jednog muškarca. Kako bi prikriili djelo, jedan od njih ga je bacio na tračnice (činjenje), a drugi ga je tamo ostavio (nečinjenje), nakon čega su obojica napustili mjesto događaja, računajući da će vlak pregaziti žrtvu. To se ipak nije dogodilo jer je jedan svjedok uspio zaustaviti vlak. Savezni sud počinitelja koji je ostavio ležati žrtvu proglašava krivim zbog pokušaja teškog ubojstva nečinjenjem, ali ne daje jasni odgovor na pitanje kada je pokušaj započeo. Pođe li se od ovdje izloženog stajališta, pokušaj je započeo u trenutku kada je taj počinitelj napustio mjesto na kojem je ostavio žrtvu jer je u tom trenutku izgubio vlast nad zbivanjem. No da je ostao na mjestu, što bi mu omogućavalo spašavanje žrtve, pokušaj bi započeo u trenutku kada se mogao očekivati dolazak vlaka.

Kod pravih kaznenih djela nečinjenjem moguć je samo neprikladni pokušaj, koji najčešće nije kažnjiv<sup>107</sup>. Vozač koji ne pruži pomoć osobi za koju pogrešno misli da ju je on teško ozlijedio svojim motornim vozilom, (a ona je samo pijana), počinio je neprikladni pokušaj kaznenog djela nepružanja pomoći osobi koja je teško tjelesno ozlijeđena u prometnoj nesreći iz čl. 273. st. 1. KZ (koji nije kažnjiv). No kod nekih pravih kaznenih djela nečinjenjem pokušaj, a time i neprikladni, je kažnjiv, npr. kod zapovjedne odgovornosti neproslijeđivanjem stvari nadležnim vlastima (čl. 176.a KZ), kod utaje poreza i drugih davanja neprijavlivanjem prihoda (čl. 286. st. 1. KZ) i kod povrede obveze vođenja trgovačkih i poslovnih knjiga nevođenjem knjiga (čl. 287. KZ). Primjerice, neprikladni pokušaj utaje poreza počinio bi rastreseni profesor koji ne bi prijavio primitak novca na žiro račun pogrešno smatrajući da je to honorar, dok se u stvari radi o dnevnicama koje ne podliježu oporezivanju. Prikladni pokušaj nije kod tih kaznenih djela pojmovno moguć jer svako nečinjenje predstavlja već dovršeno kazneno djelo.

#### **4. Početak pokušaja kod supočiniteljstva**

Pokušaj kod supočiniteljstva ne stvara nikakve poteškoće kada svaki supočinitelj dade doprinos koji bi bio dovoljan i za pojedinačno počiniteljstvo.

<sup>106</sup> Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, sv. 38, str. 356.

<sup>107</sup> Usp. *Jescheck/Weigend* (kao u bilj. 53), str. 637; to gubi iz vida *Bačić* kada tvrdi da kod pravih (“običnih”) kaznenih djela pokušaj nikad nije moguć (kao u bilj. 36, str. 294). Drukčije *Roxin* (kao u bilj. 3, str. 429), koji dopušta pokušaj i kod pravih kaznenih djela nečinjenjem, ali zato što on uzima drukčiji kriterij podjele između pravih i nepravih kaznenih djela nečinjenjem, pa kao prava kaznena djela nečinjenjem tretira i kaznena djela s posljedicom, kod kojih je onda pokušaj moguć.

Tada za razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja supočinitelja vrijedi sve što i za pojedinačnog počinitelja. Dva optuženika, od kojih je jedan uključio električnu brusilicu na utičnicu na vanjskoj strani kioska i počeo rezati zaštitnu protuprovalnu roletu na trgovini u kiosku, a drugi pazio da tko ne naide, a onda se udaljili kada su vidjeli da im se približavaju dva policajca u civilu, počinili su pokušaj teške krađe iz čl. 217. st. 1. toč. 1. KZ (Žup. s. u Zagrebu, IV-Kž-1556/07). Oba su počinitelja započeli ostvarivanje teške krađe jer je jedan započeo obijanje, a drugi je za to vrijeme čuvao stražu, što je u ovom slučaju također supočiniteljska radnja.

Poteškoće nastaju kada jedan supočinitelj još ništa nije učinio zato što je, prema dogovoru, svoju radnju trebao izvršiti u kasnijoj fazi do koje nije došlo. Problem se pojavio u sljedećem primjeru iz njemačke sudske prakse<sup>108</sup>: A i B su se dogovorili da će zajedno izvršiti provalnu krađu u banku tako da će A ući u podrum i aparatom za zavarivanje otvoriti trezor, nakon čega će telefonom pozvati B da preuzme zlatne poluge i odveze ih svojim automobilom. A je uspio ući u prostorije banke, ali je u daljnoj djelatnosti spriječen pa B nije ni došao u priliku da obavi svoj dio posla. Savezni sud smatra da u takvim slučajevima svaki supočinitelj odgovara za ono što je učinjeno u okviru zajedničkog dogovora: "Dogovori li se više supočinitelja da zajednički izvrše kazneno djelo, ulaze svi u stadij pokušaja čim jedan od njih neposredno započne izvršenje".

To je u vladajuće mišljenje, ali *Roxin* ga pobija<sup>109</sup>. On smatra da treba posebno ispitati doprinos svakog supočinitelja i proglasiti pojedinog od njih supočiniteljem samo ako je on osobno ušao u stadij pokušaja. U navedenom primjeru to bi značilo da je samo A počinitelj teške krađe u pokušaju, dok B koji osobno nije ušao u stadij pokušaja odgovara samo za psihičko pomaganje A. To je u vezi s *Roxin*ovim stajalištem prema kojem je supočiniteljstvo moguće samo ako postoji zajedničko djelovanje u stadiju izvršenja. No takvo je polazište prijeporno i u našoj sudskoj praksi nije prihvaćeno<sup>110</sup>.

Na to se pitanje odnosi jedna starija odluka Vrhovnog suda Hrvatske (Kž-1028/52) koju analizira *Zlatarić*<sup>111</sup>. Dvije su žene dovele žrtve na mjesto gdje su ih čekali muškarci s toljagama u namjeri da im otmu novac, ali ih je jedan od dovedenih vidio i zapucao iz pištolja, nakon čega su se svi razbježali. To je Vrhovni sud Hrvatske označio kao pokušaj razbojništva, ali se iz *Zlatarićeva* prikaza ne vidi jesu li kao supočinitelji tretirane samo dvije žene ili i muškarci. Žene su to nedvojbeno bile; namamljivanje žrtava je već pokušaj razbojništva jer je primjena sile trebala započeti odmah, ali bi kao supočinitelje trebalo smatrati i muškarce jer se doprinos jednog supočinitelja uračunava i drugim supočiniteljima koji još nisu ništa učinili (prema gornjoj formuli njemačkog Saveznog suda).

<sup>108</sup> Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, sv. 39, str. 237.

<sup>109</sup> Kao u bilj. 3, str. 430.

<sup>110</sup> Poblize o tome *Bojanić*, Počiniteljstvo kao vlast nad djelom, Zagreb 2003., str. 128 i dalje.

<sup>111</sup> Kao u bilj. 6, str. 69.

## Summary

**DISTINCTION BETWEEN PREPARATORY ACTIONS AND AN ATTEMPT**

When a distinction between preparatory actions and an attempt is in question, in Croatia the formal objective theory still prevails according to which the attempt commences at the point in which a perpetrator partially completes the elements of a criminal offence. The author points at disadvantages of this theory. On the basis of Croatian court practice and comparative overview of German, French, Swiss and Austrian Criminal Law, the author concludes that the individual-objective theory is more appropriate for Croatian law. According to this theory a final decision is searched for at the subjective side and an action close to fulfilment of criminal offence elements at the objective side where perpetrator's plan has a special role. Consistent with a described theoretical starting point, the author offers certain solutions to make a distinction between preparatory actions and attempt in typical situations which occur in practice mostly in cases of principal's unaccomplished attempt as well as in cases of special types of attempt (accomplished attempt, attempt of a principal who wants to commit the offence through another agent, criminal offences committed by an omission and criminal offences committed by co-principals).

**Key words:** *criminal offence, preparatory actions, attempt.*

## Zusammenfassung

**ABGRENZUNG ZWISCHEN VORBEREITUNGSHANDLUNGEN UND VERSUCH**

In der Frage der Abgrenzung zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch überwiegt in Kroatien immer noch die formal-objektive Theorie, nach der ein Versuch dann beginnt, wenn der Täter den Tatbestand teilweise verwirklicht hat. Der Autor macht auf die Schwächen dieser Theorie aufmerksam und folgert anhand einer Analyse der Rechtsprechung kroatischer Gerichte sowie einer komparativen Darstellung unter Einbeziehung des deutschen, französischen, schweizerischen und österreichischen Strafrechts, dass auch das kroatische Strafrecht der individuell-objektiven Theorie nähersteht, nach der auf der subjektiven Seite der endgültige Entschluss und auf der objektiven Seite die Verwirklichung einer tatbestandsnahen Handlung erforderlich ist, wobei der Plan des Täters von besonderer Bedeutung ist. Im Einklang mit diesem theoretischen Ansatz werden Lösungen für die Abgrenzung der Vorbereitungshandlungen von Versuch in typischen Situationen angeboten, die in der Praxis meist



beim unbeeendeten Versuch des Einzeltäters aber auch bei besonderen Arten des Versuchs (beendeter Versuch, Versuch bei mittelbarer Täterschaft, bei Unterlassungsdelikten und bei Mittäterschaft) entstehen.

**Schlüsselwörter:** *Straftat, Vorbereitungshandlungen, Versuch.*

## Sommario

### **DISTINZIONE TRA LE ATTIVITÀ PREPARATORIE ED IL TENTATIVO**

Quando è in questione la distinzione tra le attività preparatorie ed il tentativo, in Croazia ancora adesso prevale la teoria oggettivo - formale, secondo la quale il tentativo inizia, quando l'agente realizza parzialmente l'intento criminoso. L'autore indica le lacune di tale teoria, come pure, in base all'esame, tanto della prassi giurisprudenziale croata, quanto della rassegna comparata del diritto penale tedesco, francese, svizzero ed austriaco, giunge alla conclusione che la teoria individuale – oggettiva, la quale cerca la decisione definitiva nella parte soggettiva, mentre nella parte oggettiva l'attività vicina alla realizzazione del reato, dove ruolo fondamentale gioca il piano dell'agente, è più consona anche nel diritto penale croato. Conformemente a tale orientamento teorico, offre determinate soluzioni al fine di distinguere le attività preparatorie dal tentativo nelle tipiche situazioni che vengono in essere nella pratica soprattutto nei casi di tentativo incompiuto di un singolo agente, come pure in particolari tipi di tentativi (tentativo compiuto, tentativo di autore mediato, reati omissivi e concorso criminoso).

**Parole chiave:** *reato, atti preparatori, tentativo.*

