

NAKLEP IN MALOMARNOST TER MOTIVI

Andrej Ferlinc,

univerzitetni diplomirani pravnik, magister pravnih znanosti, vrhovni državni tožilec, svetnik

1. UVOD

Naklep in malomarnost sta elementa krivde, ki je eden osrednjih pojmov kazenskega prava in temeljni element v strukturi splošnega pojma kaznivega dejanja.¹ Sama po sebi brez kaznivega ravnanja sta vrednostno nevtralna, ker ne omogočata negativne vrednostne sodbe, ki jo predstavlja možnost očitka. Slovenski zakonodajalec je sprejel normativno – psihološko pojmovanje krivde, ki zajema tudi njen materialni pojem, ker skuša zajeti vse okoliščine, ki omogočajo negativno vrednostno sodbo o storilčevem ravnanju. V 16. členu Kazenskega zakonika (KZ-1)² je namreč upošteval, da je kriv storilec, ki je storil kaznivo dejanje z naklepom ali iz malomarnosti. Podlago za negativno vrednostno sodbo pa je poiskal tudi v zavesti o protipravnosti kot samostojni sestavini krivde v zvezi z možnostjo očitka storilcu, da ni ravnal po veljavnih pravnih normah, čeprav je zanje vedel ali bi vsaj moral in mogel vedeti in čeprav bi se po teh normah mogel ravnati.³ Toda prav materialno pojmovanje krivde, ki poleg tradicionalnih elementov, kot so prištevnost, naklep, malomarnost in zavest o protipravnosti, išče socialno etično in moralno utemeljenost krivde, nam pokaže, da so psihološki elementi le merilo očitka in ne očitek sam. Ta vidik krivde pa ne usmerja pozornosti le na naklep in malomarnost, temveč odpira pot tudi k drugim subjektivnim elementom in zato tudi k pomembnosti motivov. Prav motivi pogosto izražajo tudi storilčev odnos do pravnih vrednot. Ne more biti vseeno, ali storilec ravna v silobranu ali pa izvrši hudo

¹ C. Roxin, nav. delo, str. 195, 196 in 197.

² Ur. l. RS, št. 55/08, 66/08, 39/09, 91/09.

³ Več L. Bavcon, A. Šelih, D. Korošec, M. Ambrož, K. Filipčič, nav. delo (2013), str. 266 in 295.

kaznivo dejanje zoper življenje in telo zaradi koristoljubja, na primer zaradi pridobitve premoženja zapustnika.

Ne le na področju krivde, temveč tudi na področju biti ali zakonskega bistva kaznivega dejanja je sodobna teorija kazenskega prava sprejela stališče, po katerem pomeni izpolnjenost biti vsoto **vseh** objektivnih in subjektivnih znakov kaznivega dejanja,⁴ od katerih so slednji v duševnem območju storilca v zvezi z njegovim ravnanjem. To pa je lahko tudi eno od izhodišč za proučitev razmerja med naklepom, malomarnostjo ter motivi, ne da bi pri tem prezrli že od rimskega klasičnega pravnika Ulpijana znano in še zdaj aktualno misel »*cogitationis poenam nemo patitur*«, da torej nihče ne more biti kaznovan za svoje misli ali zgolj motive (brez kaznivega ravnanja).⁵

2. RAZMERJE MED NAKLEPOM IN MOTIVOM

Za namene tega prispevka motiv opredelimo kot psihološko pobudo, ki je storilca spodbudila, usmerila, vzdrževala in opravičila njegovo aktivnost, da je izvršil kaznivo dejanje. Razprava o razmerju med naklepom in motivom odpira nekaj značilnih vprašanj, ki jih ni mogoče spregledati niti tedaj, kadar so lahko odgovori različni. Odvisni so predvsem od razlagalca, kakor bo to razvidno iz razprave, vendar pa je za vsakršno razpravo nujno prikazati nekaj možnih izhodišč:

1. razpravljati je treba o tem, koliko je motiv ne le psihološki, ampak tudi pravni pojem. Tako kakor nekateri vidijo naklep zgolj kot pravno kategorijo in niti ne pomišljajo na psihološke razsežnosti, je motiv po drugi strani dojet kot pretirano psihološki pojem brez pravnih razsežnosti;
2. če priznamo, da motiva in naklepa ne moremo izenačevati, je naslednji korak iskanje najmanjšega skupnega imenovalca za motiv in naklep na pravnem (in deloma tudi psihološkem) področju. Tako je možno proučiti tudi razlike;
3. če volja za storitev kaznivega dejanja združuje tako naklep kot tudi motiv, se je treba vsaj dotakniti še vprašanja, koliko je človekova volja še vedno svobodna in ni determinirana z zunanjimi okoliščinami ter z okoliščinami, ki jih prav v zadnjem času skuša vsiliti del nevroznosti. Ali ima to kakšen vpliv na stališča o razmerju med naklepom in motivom?
4. izhajajoč iz skupnih elementov je treba pokazati na razlike ter poiskati mesto motiva v krivdi, če sprejememo normativno psihološko koncepcijo krivde, v kateri je eno od meril možnost očitka ali graje.

⁴ D. Kienapfel (nav. delo, str. 23–28) je zapisal: »*Tatbestand ist die Summe aller objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale eines Delikts*«.

⁵ J. Kranjc, nav. delo, str. 46.

2.1. Naklep in motiv – pravni ali psihološki kategoriji?

Kadar razpravljamo o naklepu in motivu v pravu, pomeni prvo merilo rešitev vprašanja, koliko oba pojma posegata v pravno področje. Skrajna stališča je mogoče slutiti na obeh straneh: naklep in motiv tisti, ki niso pravniki, štejejo zgolj kot pojma iz psihologije, nekateri pravniki pa zgolj naklepu pripisujejo pravno relevantnost in pri tem skoraj prezrejo njegov psihološki izvor. Ko pa razpravljajo o motivu, prav nasprotno, kakor je to v zvezi z naklepom, motivu niso pripravljeni priznati kakega večjega pravnega pomena.⁶ Taka in podobna stališča je mogoče ponazoriti z nekaterimi posameznimi primeri iz sodne prakse. Že pred časom je na primer Vrhovno sodišče RS v sodbi I Ips 48/95 izreklo, da za izvršitev kaznivega dejanja nasilniškega obnašanja motiv ni pomemben, ker ne pomeni konstitutivnega znaka tega kaznivega dejanja. Tudi Višje sodišče v Mariboru je na primer v sodbi Kp 736/2000 izrecno zapisalo, da je napačno stališče, da tam, kjer ni (dokazanega – op. A. F.) motiva, tudi ni kaznivega dejanja. Izreklo je, da je motiv pomemben le pri kaznivih dejanjih, ki so storjena z naklepom, ki je obarvan z motivom (*dolus coloratus*), sicer pa je pomemben (le) za izbiro kazenske sankcije in odmero kazni. Zoper skrajna stališča pa je tako na splošni kot tudi na konkretni ravni veliko nasprotnih argumentov.

Najprej je treba opozoriti, da tudi del nemške pravne literature razlikuje pravni pojem naklepa od »življenjskega ali naravnega« pojma naklepa (nem. *natürlichen Vorsatz*).⁷ V svojem ontološkem naturalističnem psihološkem bistvu naj bi naklep vseboval vse notranje dejavnike, vse kar utrjuje storilčevo prepričanje, da stori kaznivo dejanje. Med te dejavnike pa bi lahko spadali tudi motivi, za katere je značilna načrtovana ciljna usmerjenost k motivacijskim ciljem, ki so lahko identični s prepovedano posledico (na primer premoženjska korist brez storilčeve odločitve o njeni porabi) ali pa sicer ne pomenijo prepovedane posledice, vendar pa odločilno vplivajo na usmerjenost storilčeve volje (na primer motiv nakupa nepremičnine s pridobljeno protipravno premoženjsko koristjo). Nekoliko poenostavljeno bi lahko argumentirali, da motiv – podobno kot naklep – smiselno krmili dogajanje v smeri določenega cilja. S tem pa se pravzaprav vključuje v Welzlovo finalno koncepcijo ravnanja, ki poudarja, da je človekovo ravnanje ciljno usmerjena dejavnost in ne naključna rezultanta vsakokratnih komponent vzročnosti.⁸

Toda če je za motiv značilno ciljno usmerjeno ravnanje, potem je kazensko-pravno relevanten le tisti cilj, ki je enak v zakonu določeni posledici, motiv pa

⁶ Nekaj o teh o teh stališčih Celine, nav. delo.

⁷ H. H. Jescheck, nav. delo, str. 427; R. Maurach, nav. delo, str. 183.

⁸ H. Welzel je na tem mestu smiselno povzet po M. Ambrožu, nav. delo (2007), str. 17, 32 in 33.

največkrat presega v zakonu določeno posledico.⁹ Ker sodišče v zvezi z naklepom vrednoti predvsem psihični odnos do pravno relevantne posledice (in ravnanja), lahko to stori le po vnaprej predpisanih pravnih merilih, s pomočjo katerih presoja tiste dokaze, ki zapuščajo dokazljivo konkretno in specifično sled v zaznavnem svetu. Ta sled pa pogosto kaže tudi na ustrezen motiv, ki zato lahko naklep dokazuje in ga – če je dokazan – posebej utrjuje. Toda v zvezi s presojo psihičnega odnosa storilca do kaznivega dejanja v zvezi s krivdo se naklep vključuje predvsem v psihološko pojmovanje krivde, ki se izraža v stališču, da je krivda le skupni višji pojem (*genus proximum*) za naklep in malomarnost, ne pa tudi vrednostna sodba o kaznivem dejanju in storilcu.¹⁰ Naklep je s tega vidika le eno od meril intenzivnosti očitka, ne pa očitek sam. Prav tako stališče pa po drugi poti – prek normativnega pojmovanja krivde kot možnosti očitka ali graje – pripelje do motiva. Zavržni ali slabi motivi namreč kot del volje storilca (prav tako, kakor naklep) dajejo podlago za utemeljitev očitka ali graje: na podlagi naklepa (zlasti če gre za z motivom obarvan naklep) zaradi večje intenzivnosti enega od elementov krivde, na podlagi zavržnega ali slabega motiva pa zaradi možnosti večje intenzivnosti oziroma jakosti očitka samega.¹¹ Motivi tako pridobivajo na svoji »pravnosti«, ki presega njihovo (sicer tudi pravno) vlogo zgolj pri odmeri kazni oziroma izbiri kazenske sankcije. Že na tem mestu je zato mogoče utemeljiti sklep, da je tudi motiv pomembna pravna kategorija, ki marsikdaj ni deležna zadostne pozornosti.

2.2. Najmanjši skupni imenovalec med motivom in naklepom

Razprava v pravkar nakazani smeri zahteva iskanje najmanjšega skupnega imenovalca med naklepom in motivom kot naslednjega merila za proučitev razmerja med motivom in naklepom. To je nedvomno **voljno ravnanje**, ki pomeni tisto posebno razliko (*differentia specifica*), ki ločuje kazenskopravno ravnanje od celotnega spektra človekovega vedenja.¹² Bližnjici za potrditev takega stališča že takoj na začetku tega podpoglavja sta že prikazana opredelitev

⁹ Storilec, ki ima možnost razpolagati s tujim denarjem, izvršuje katerega od premoženjskih deliktov (na primer poneverbo) zgolj zato, da bi zbral sredstva za zdravljenje hude bolezni bližnje osebe. Brez takega motiva (kavze kaznivega dejanja) tudi ne bi imel naklepa storiti katero od premoženjskih kaznivih dejanj in je motiv za storitev kaznivega dejanja odločilen.

¹⁰ Podrobno o tem P. Novoselec, nav. delo (1987), str. 57–63.

¹¹ S. Beltrani, nav. delo, str. 273. Avtor opozarja na etično ozadje, ki je podlaga normativno – psihološkemu pojmovanju krivde in ki utemeljuje grajo (tako v zvezi z naklepom kot merilom za intenzivnost očitka kakor tudi v zvezi z motivom kot merilom za utemeljitev očitka ali graje). Normativno – psihološko pojmovanje krivde pa sprejema tudi naš Kazenski zakonik (KZ-1).

¹² M. Ambrož, nav. delo (2007), str. 32.

motiva (pod točko 1.) in zahteva, da le izvršeno kaznivo dejanje pomeni enotnost psihičnih in fizičnih elementov tako, da nam prepreči ugotavljanje zgolj nevarnosti potencialnega storilca brez kaznivega dejanja. Če namreč za motiv na področju kazenskega prava sprejmemo opredelitev, da je motiv psihološka pobuda, ki v samem storilcu spodbudi, usmerja, vzdržuje in opraviči njegovo aktivnost za storitev kaznivega dejanja, ter sprejmemo še stališče, da motiv zaradi enotnosti fizičnega in psihičnega proučujemo le v zvezi z že izvršenim kaznivim dejanjem, potem lahko brez težav utemeljimo sklep, da lahko v voljnosti ravnanja najdemo tako naklep kakor tudi motiv. To pa ne daje še nikakršnega opravičila, da bi motiv in naklep v pravnem pogledu tudi (povsem) izenačili.

Motiv in naklep lahko iščemo v volji zato, ker sta oba pojma del t. i. »psihologije hotenja«, ¹³voljno ravnanje pa je pogoj za krivdno kaznivo dejanje. ¹⁴Ugotovljena motiv in naklep jasno kažeta na vsebino volje, katere konstitutivni del sta oba elementa. In če je krivda neločljivo povezana s hotenjem, ¹⁵naklep in motiv pa sta bistvena elementa hotenja, potem ne more biti dvoma, da volja prepričljivo kaže na povezanost motiva z naklepom in je tudi njun skupni imenovalac. Značilnost obeh je s posameznikovo voljo načrtovana (naklepna) usmerjenost storilca k motivacijskemu cilju. Če je motivacijski cilj zunaj kaznivega dejanja, je naklepno kaznivo dejanje **zgolj sredstvo**, da tak cilj storilec doseže. Večina ciljev zunaj kaznivih dejanj je namreč poštenih in za doseg te ciljev niso potrebna kazniva dejanja. Gledališkemu igralcu na primer ni treba storiti kaznivega dejanja umora konkurenta, da bi prevzel naslovno vlogo, ker to lahko stori s svojim lastnim boljšim delom in prepričljivostjo svojega umetniškega prispevka.

Drugače pa je, če gre za motivacijski cilj, ki je identičen s kazenskopravno relevantno posledico in je naklepno ravnanje motivirano prav s tako kazenskopravno relevantno posledico. V tem primeru nam lahko povod za iskanje skupnih elementov – kot je bilo bežno že prikazano – daje tudi finalizem, ki ga je v pravno teorijo uvedel Hans Welzl. ¹⁶Za finalistični splošni pojem kaznivega

¹³ Več A. Trstenjak, nav. delo, str. 467. Avtor poudarja, da v psihologijo hotenja lahko poleg motiva štejem pojme in izraze, kot so potreba, gon, vzgib, nagib, nagnjenje, želja, hotenje, stremljenje, med katerimi ni ostrih mej.

¹⁴ C. Roxin, nav. delo, str. 316 in 317. Za pojme, kakor jih navaja Trstenjak, v nemški pravni literaturi ne najdemo povsem vzporednih pojmov, hkrati pa je nekatere podobne težko ustrezno prevesti v slovenski jezik, na primer *Absicht*, *Zweck*, *Beweggrund*, *Gessinnung* itd.

¹⁵ C. Roxin, nav. delo, str. 307. Avtor tudi na tem mestu razpravlja o subjektivnih elementih kaznivih dejanj kot posledici »vedeti in želei« (nem. *wissen und wollen*), torej zavestne in voljne usmerjenosti k storitvi kaznivega dejanja.

¹⁶ M. Ambrož, nav. delo (2007), str. 34 in 33. Avtor poleg značilnosti finalizma, s katerim je Welzel povzročil premik v kazenskopravni dogmatiki in ki so prikazane takoj

dejanja je namreč značilno, da si storilec kaznivega dejanja izbira cilje in načrtovano usmerja svoje dejavnosti v smeri teh ciljev. Le taka, s posameznikovo voljo v smeri določenega cilja smiselno krmiljena ravnanja so značilnost naklepa, pa tudi motiva. Finalistično teorijo upoštevajo tudi sodobni italijanski avtorji, na primer Mantovani, ki razlikuje realni finalizem od potencialnega. Pri realnem finalizmu storilec doseže cilj, pri potencialnem pa usmeritev volje kaže, kateri cilj želi storilec doseči tudi tedaj, kadar cilja ne doseže.¹⁷ To je pomembno zlasti pri institutu poskusa, saj je verodostojnost sklepanja o usmerjenosti storilčeve volje (naklepa) mogoče pogosto ugotoviti le prek motiva. Po Mantovaniju je že (italijanska) zakonodaja dovolj jasna: nihče ne more biti kaznovan, če ne stori dejanja z zavestjo in voljo,¹⁸ sestavina volje pa je tudi motiv. Ugotoviti je mogoče, da hotenje in volja sicer združujeta naklep in motiv, vendar pa bi razlage, ki bi skušale izenačevati naklep in motiv s poenostavitvami, da je tudi motiv mogoče preprosto subsumirati pod kazenskopravno normo, v vsakem primeru pomešale odnos cilja in sredstva.

Drugače kot naklep motivi pokažejo na resnični »intimni« odnos storilca do kaznivega dejanja.¹⁹ Tako na primer umor izvrši storilec zaradi brezobzirnega maščevanja, sovraštva, neutemeljenega političnega nasprotovanja, koristoljubja itd. Motivi so torej del psihološke realnosti, ki konstituira voljo za umor in v tej zvezi jakost in trdovratnost volje na eni strani, na drugi strani pa lahko celo s »prekomerno voljo« storjeno kaznivo dejanje. To se namreč ne kaže le v naklepu, ampak v jakosti volje, ki lahko naklep tudi presega ali ga močno utrjuje. Na področju prava se s takim utrjevanjem naklepa srečamo tudi pri vseh tistih kaznivih dejanjih, pri katerih je potreben t. i. obarvan naklep, to je naklep, ki mora vsebovati tudi motiv, s katerim je »obarvan« (*dolus coloratus*). Tako na primer ni kaznivega dejanja goljufije, če ga storilec ne izvrši z obarvanim naklepom, ki ga izraža namen pridobitve protipravne premoženjske koristi. Zato neplačilo terjatve kot sicer protipravno dejanje nikakor ne zadošča. Motiv ali namen pridobitve protipravne premoženjske (ali tudi nepremo-

v nadaljevanju njegovega dela, opozarja na okoliščino, da je utemeljevanje finalnosti na kazenskopravno nerelevantnem cilju problematično. Toliko bolj se zato pokaže, da je kaznivo dejanje le sredstvo za doseg motivacijskega cilja, do katerega bi lahko storilec v večini primerov prišel pošteno in neprotipravno.

¹⁷ F. Mantovani, nav. delo, str. 316. Po avtorju niso z voljo in k ciljem usmerjena ravnanja, ki so rezultata navade in rutine (na primer hoja ali igra klavirja), refleksov, instinktov in avtomatizmov.

¹⁸ F. Mantovani, nav. delo, str. 316. Avtor tukaj navaja podobno stališče, kot Roxin (v nav. delu, I. Carracioli (nav. delo, str. 292) pa naklep in motiv (namen) pripiše isti »psihološki (subjektivni) realnosti«. Poudari, da brez zavesti in volje nihče ne more biti **kaznovan** (*Nessuno può essere punito [...] se non l'ha commessa con coscienza e volontà*).

¹⁹ I. Carracioli, nav. delo, str. 292.

ženjske) koristi kot motivacijski cilj pa je potreben tudi pri različnih zlorabah položaja kot kaznivih dejanjih tako na področju gospodarskega poslovanja kot tudi uradnih dolžnosti.²⁰ V slovenski literaturi prof. Bele zastopa stališče, da taka »utrditvena« funkcija motiva zgolj še bolj kaže, da mora storilec ravnati z direktnim naklepom.²¹ Nemška teoretika Beulke in Wessels pa naklep, ki je obarvan z motivom, obravnavata kot samostojno kategorijo, ker naj bi pomenil najvišjo stopnjo naklepne subjektivne strani dejanskega stanu kaznivega dejanja in takim kaznivim dejanjem priznavata ločeni samostojni status t. i. namenskih deliktov,²² čemur se Bele v slovenski literaturi sicer upira.

Če torej v zvezi s pravkar navedenim delom razprave sprejmemo sklepe o tem, da je z motivom lahko presežena tista kakovost in količina volje, ki že zadoštuje za oceno, da je bilo kaznivo dejanje storjeno naklepno, je utemeljeno tudi stališče, da prav motiv omogoča določnejšo prepoznavo storilčevega naklepa. Toda če napravimo še korak naprej in upoštevamo, da je volja usmerjena v določen »dodatni cilj« (na primer protipravno premoženjsko korist), ki je zunaj izvršitvenega kaznivega ravnanja in mora biti obsežena s storilčevim namenom oziroma motivom, potem je treba za ugotovitev storilčeve krivde ugotoviti tudi tak element, ki odraža storilčevo notranjo naravnost k storitvi kaznivega dejanja in zato tudi njegov vzrok (na primer prav pridobitev protipravne premoženjske koristi).

2.3. Determinizem in motivi

V sodobnem svetu pa postaja obstoj svobodne volje čedalje pogostejše predmet živahnih razprav, češ da ljudje v svojem okolju ne delujejo kot nepopisan list, ki se svobodno giblje v svetu in odloča brez omejitev.²³ V skrajnosti naj bi bilo nejasno celo to, kolikšen del zavestnega jaza ima storilec glede na sestavo ogromnega zapletenega omrežja, ki ga predstavljajo človeški možgani in ki posamezniku omogočijo, da v povsem podobnem položaju nima motiva za storitev kaznivega dejanja, drugi storilec pa je močno motiviran in ravna tudi

²⁰ A. Ferlinc, nav. delo (2016), str. 6–9. Avtor je kritičen do možnosti zakonodajalčeve odprave naklepa, obarvanega z motivom (*dolus coloratus*) pridobitve protipravne premoženjske koristi v zvezi s kaznivimi dejanji, ki predstavljajo zlorabo gospodarskega poslovanja zaradi ogrožitve spoštovanja načela *lex certa*. Pri tem se sklicuje tudi na nekatera avstrijska stališča, da je treba kljub zadostnosti eventualnega naklepa upoštevati doktrino o namenu kršitve (nem. *Zweckverfehlungslehre*).

²¹ I. Bele, nav. delo (2001), str. 158. Pojmu »namerni delikt« ne daje veljave samostojne kategorije, ampak je njegov komentar mogoče razumeti v pomenu še večje utrditve direktnega naklepa.

²² Beulke in Wessels sta povzeta po A. B. Đurić, nav. delo, str. 101.

²³ D. Eagleman, nav. delo (2014), str. 176, 177, 185 in 186.

z naklepom, da stori kaznivo dejanje.²⁴ Stališča, da t. i. nevroznanost lahko daje skoraj popolne odgovore o zavesti in vseh duševnih procesih, neutemeljeno v skrajni obliki vodi k čistemu determinizmu. Sprejetje takih stališč kot izhodišč za oblikovanje ustreznega kazenskega prava bi privedla do položaja, v katerem bi odpadla tudi možnost očitka ali graje v skladu z normativnim pojmovanjem krivde, ker od storilca ne bi bilo mogoče zahtevati »drugačnega ravnanja« (nem. *Unzumutbarkeit*, angl. *lack of fair expectability*). Zanihanje sposobnosti za duševno samoodločbo je sicer videti danes kot eno odločilnih vprašanj kazenskega prava, vendar pa se t. i. nevroznanosti pripisujejo odgovori na vprašanja, za katera tudi sama (za zdaj) še trdi, da zanje nima odgovorov.²⁵ Če ne moremo posameznikom pripisati,²⁶ da je bila izbira njihovega ravnanja zares njihova, kljub temu ni mogoče zanikati, da so nekaj hoteli in imeli dobre ali slabe motive in motivacijske cilje. Toda na sodišču je pri večini kaznivih dejanj treba dokazovati naklep,²⁷ pri katerem je zavestna sestavina naklepa tudi storilčeva zavest, da izvršuje kaznivo dejanje.²⁸ Če pa bi v nasprotju s tem sprejeli stališča o determiniranosti kaznivih dejanj, bi po drugi strani morali ugotoviti, da bi bila taka ravnanja slabo motivirana, ker jakost in intenzivnost volje ne bi bili odvisni od storilca, ampak bi bila volja determinirana z vnaprej določenimi duševnimi procesi. Vsebina storilčeve volje in hotenja bi

²⁴ Več o tem M. Hafner, nav. delo (2014). Zavedanje o zamotanosti problematike svobodne volje v povezavi z ugotovitvami nevroznanosti je začelo prodirati tudi v slovensko pravno literaturo. Tudi avtor se provokativno v enem od podnaslovov sprašuje, ali morda nismo talci svojih možganov.

²⁵ D. Eagleman, nav. delo, str. 207. Avtor nekoliko resignirano ugotavlja, da se nevroznanost šele začenja lotevati vprašanj, ki so bila doslej v izključni domeni filozofov in psihologov. Gre za vprašanja o tem, kako ljudje sprejemajo odločitve in ali so pri tem resnično »svobodni«. Po avtorju v zvezi s krivdo to niso le neproduktivna vprašanja, ampak naj bi v prihodnosti sooblikovala teorijo kazenskega prava.

²⁶ M. Ambrož, nav. delo (2012). Avtor opozarja na slabšalni učinek pripisovanja, ki je v nasprotni skrajnosti, da namreč takrat, kadar ne poznamo psihičnih dejstev, z neustreznim sklepanjem »iz zunanjih okoliščin« ta dejstva storilcu (tudi neutemeljeno) pripišemo.

²⁷ D. Eagleman, nav. delo, str. 176. Avtorju se zdi vendarle potrebno poudariti to, kar je znano vsakemu kazenskemu pravniku, ker – očitno v prisposobi – poudarja, da ni dovolj le »krivda dejanja«, ampak je potrebna »krivda razuma«. Stališče odraža pravzaprav sintezo med nepravom in krivdo, ki jo v nemški teoriji označujejo kot kršitve »dolžnosti kot norme« (nem. *Pflichtwidrigkeit*, *Pflichtnorm* – slednje povzeto po P. Novoselec, nav. delo, str. 65).

²⁸ H. H. Jescheck, T. Weigend, nav. delo 1996, str. 429. Avtorja naklep označujeta kot splošni subjektivni znak neprava in hkrati tudi predmet očitka krivde, zaradi česar se je v nemški teoriji deloma uveljavilo stališče o dvojnem položaju naklepa (nem. *Doppelstellung des Vorsatzes*). Za motiv, ki je zunaj kaznivega dejanja, podobnih zaključkov ni mogoče sprejeti in je v tem pomembna razlika med naklepom in motivom. Pomisleki pa so, če je motiv hkrati tudi subjektivni znak kakega kaznivega dejanja ali celo utrjuje naklep z obarvanostjo naklepa z motivom.

postala nepomembna, kaznivo ravnanje pa bi kot zgolj kavzalno dejanje postalo »naključna rezultanta vsakokratno obstoječih komponent vzročnosti.«²⁹ Tak pogled pa vzpostavlja povezavo med naklepom in motivom na negativni strani, saj nobeden od njiju v skrajnosti ne bi bil podan in bi tako naklep in motiv delila enako usodo.

2.4. Manj določne razmejitve med naklepom in motivom v teoriji *common law* in praksi v razmerju do kontinentalnega pristopa

Za ustrezne sklepe o razmerju med naklepom in motivom je treba proučiti še del t. i. anglosaške (*common law*) literature. Za obravnavanje razmerja med naklepom in motivom ni treba sprejeti nekoliko tveganih opredelitev, ali je splošni pojem kaznivega dejanja drugače zgrajen kot v kontinentalni Evropi.³⁰ Zadostuje že ustaljena delitev na *actus reus*, ki zajema vse objektivne prvine kaznivega dejanja, in *mens rea* kot *culpable, guilty state of mind*, ki zajema vse subjektivne prvine kaznivega dejanja, med katere spada tudi motiv.³¹ Če bi tako – na prvi pogled preprosto – delitev nekritično prenašali v prakso, ki se želi zgledovati po vzoru kontinentalne Evrope, bi lahko zanemarili dejstvo, da brez poznavanja motivacijskega cilja v zvezi s hotenjem storilca tudi ni mogoče vselej presoditi, ali je storilec uresničil objektivne znake kaznivega dejanja. Od poznavanja motivacijskega cilja je namreč odvisna tudi ocena pravne kvalifikacije kaznivega dejanja (na primer katerega od kaznivih dejanj zoper življenje in telo). Zato bi lahko poenostavljen pogled na shemo (in njeno nekritično aplikacijo), ki jo povzroča delitev na *actus reus* in *mens rea* in po kateri sodišča v anglosaškem sistemu tradicionalno najprej odločajo o objektivnih elementih in šele na to o subjektivnih, povzročal težave. Vendar pa lahko večje težave glede razlikovanja in povezav med naklepom in motivom povzroča okoliščina, da je meja med naklepom in motivom pogosto zabrisana oziroma nejasna (angl.

²⁹ M. Ambrož, nav. delo (2007), str. 32 in 33.

³⁰ Podrobneje o tem S. Beltrani, nav. delo, str. 72–76. Avtor opisuje postopen razvoj strukture splošnega pojma kaznivega dejanja v evropskem kontinentalnem pravu z vidika razvoja italijanskega kazenskega prava, v katerem razmejitve med posameznimi elementi strukture sprva niso bile natančno določene. V italijanskem pravu na primer je najprej teorija o bipartitnosti elementov splošnega pojma kaznivega dejanja (it. *teoria della bipartizione*) skušala poudariti mejo med objektivnimi in subjektivnimi elementi, med katere spada tudi motiv. Teorija o tripartitnosti splošnega pojma kaznivega dejanja (it. *teoria della tripartizione*), ki je nato v razvoju sledila, je subjektivne elemente zožila na krivdo (it. *colpevolezza*), izhajajoč pri tem iz naturalističnega objektivnega pojma dejanja (it. *il fatto*), tema dvema elementoma pa je dodala še protipravnost (it. *l'antigiuridicità*). Ko je tem trem elementom bila dodana še kaznivost (it. *punibilità*) kot posledico krivde, je nato prišlo do razvoja teorije o štiripartitnosti (it. *teoria della quadripartizione*).

³¹ J. K. Mason, R. A. Mc. Call Smith, nav. delo (1987), str. 346.

blurry). Pojem *intent* ali na primer *specific intent*³² lahko razumemo največkrat kot naklep, včasih pa tudi kot motiv. Razmerje med motivom in naklepom je namreč odvisno od precedenčnega reševanja posameznih zadev. To pa ni podvrženo težnjam po taki dogmatični natančnosti, kot jo srečamo v nemški pravni teoriji, ki naj bi bila za kontinentalno Evropo referenčna. Koliko gre za preplet naklepa in motiva, je prepuščeno predvsem sodni praksi. Jorgensen na primer navaja kot primer genocidno ravnanje pri uničenju narodnostne, etične, rasne ali verske skupnosti kot značilen primer, pri katerem je potreben »specifični naklep«,³³ ki zaradi točno določene posledice (uničenja kake etnične skupnosti) hkrati pomeni tudi motiv. Na povezavo naklepa z motivom naj bi kazal tudi t. i. zadnji specifični naklep (angl. *ultimate intent*), kadar je ravnanje storilca vseskozi usmerjeno (le) v prepovedano posledico in je s tako posledico tudi motivirano. Kadar storilec napade ali ogrozi življenje ali telo, lahko pogosto le motiv pokaže, kaj je storilec pravzaprav hotel storiti, saj »telesnih poškodb storilec drugemu ne prizadene po meri« (*vulnera non dantur ad mensuram*). To zadnje seveda ni razlikovalna značilnost anglosaksonskega pravnega prostora, ampak kvečjemu skupna značilnost kontinentalnega in anglosaksonskega. Velja tudi za dejanski in pravni položaj v zadevah, pri katerih *dolus generalis* ne dosega povsem natančno določene škodljive posledice, ampak storilec pristane na posledico, »karkoli se bo pač zgodilo«. Ima pa sicer motiv, da naklepno povzroči nevarnost, na primer zaradi postavljaštva, bahaštva itd. V takih primerih je lahko ustvarjanje rizika zaradi motiva naklepno, sodni praksi pa je prepuščeno, ali bo pri odločanju v posameznih zadevah ugotovila, da je storilec tudi privolil v nastanek prepovedane posledice in je tedaj šlo za storitev kaznivega dejanja z eventualnim naklepom.³⁴ Kljub skupnim značilnostim sodne prakse pa je vendarle utemeljeno zatrjevati, da je ugotavljanje prepleta motiva in naklepa v anglosaksonskem prostoru bolj prepuščeno sodni praksi. Avtorja J. Smith in B. Hogan predlagata, da je včasih, ko ob odločanju v konkretnih zadevah razpravljamo o motivu, primerneje govoriti o naklepu.³⁵

Ob delitvi na *actus reus* in *mens rea* (angl. *culpable, guilty state of mind*),³⁶ in *actus reus* je posebej pomembno ugotavljanje vzročne zveze,³⁷ ker kljub njeni

³² Več o tem S. L. Emanuel, nav. delo (1993), str. 17 in 21; ter W. R. La. Fave, A. W. Scott, nav. delo (2000), str. 324.

³³ N. H. B. Jorgensen, nav. delo (2002), str. 308.

³⁴ W. R. La Fave, A. W. Scott, nav. delo (2000), str. 326. Tudi v svojem novejšem delu avtorja obravnavata vprašanje naklepnega in motiviranega ustvarjanja velikega tveganja za nastanek prepovedane posledice.

³⁵ J. Smith, B. Hogan, nav. delo, str. 82.

³⁶ J. K. Mason, R. A. Mc. Call Smith, nav. delo (1987), str. 346.

³⁷ Več J. Samaha, nav. delo (1997), str. 115 in 117.

tradicionalni umestitvi na področje ugotavljanja objektivnih elementov kaznivega dejanja (torej *actus reus*) mora storilec vzročno zvezo poznati in jo tudi hoteti prav tako, da objektivno in tudi po njegovi predstavi privede do motivacijskega cilja. Tudi če ta ni zakonski znak kaznivega dejanja (predvsem prepovedana posledica), lahko šele ugotavljanje motiva v posameznih zadevah omogoča – kakor je bilo to že prikazano – ustrezno pravno kvalifikacijo kaznivega dejanja.³⁸ Tudi to je lahko razlog, da teorija proučuje motiv in naklep glede na značilnosti vsakega posameznega kaznivega dejanja od primera do primera. Kljub temu pa tudi tak pristop privede do splošnih pojmov v zvezi z motivi. Tako na primer naklep kot pojem na splošni ravni označuje včasih tudi »zlobni namen« (angl. *malice aforethought*). Podrobneje pa se moralna motivacijska podlaga kaže pri posameznih kaznivih dejanjih, na primer v zvezi s kaznivimi dejanji, ki so storjena z goljufivim namenom ali motivom (angl. *fraudulently, with intent to defraud, wilfully* – naklepno).³⁹ Motiv se močno približa naklepu, kadar je ravnanje storilca motivirano z zadovoljitvijo spolnega nagona pri spolnih deliktih, čeprav gre za spolne delikte lahko tudi tedaj, kadar je motiv za storitev spolnega delikta ponižanje žrtve, manifestacija premoči nad žrtvijo ali celo genocidno ravnanje, ki je obseženo s storilčevim naklepom itd.⁴⁰ Zaradi tako velikih razlik glede teže kaznivih dejanj, ki jih lahko sprožajo različni motivi ne le pri spolnih kaznivih dejanjih, ampak tudi pri drugih kaznivih dejanjih, lahko prav motivi po K. S. Williams, vplivajo na »nesimpatično ali celo simpatično predstavo« o storilcu in kaznivem dejanju,⁴¹ kar lahko povzroči neenakost obravnave pred sodiščem.

Da motivi in z njimi povezani subjektivni elementi ne bi prevladali, večina avtorjev najprej zahteva odločno ločitev *mens rea* in motivov. Zakonodaja in praksa pa ta stališča postopoma precej ublažita. Do delnega umika od togih stališč, ki zahtevajo pozornost predvsem do *actus reus*, proučevanje elementov glede *mens rea* pa prepuščajo šele naslednji fazi presoje, prihaja najprej na formalni ravni preko posebej motiviranih oziroma ciljnih kaznivih dejanj. Parker's 1995 California Penal Code⁴² je na primer v 467. paragrafu kazni-

³⁸ Dopolni z L. Bavcon, A. Šelih, D. Korošec, M. Ambrož, K. Filipčič, nav. delo, str. 279, 281 in 284.

³⁹ Avtorja R. La Fave in A. W. Scott (v nav. delu – 1986), str. 13, navajate še izraze, kot so na primer *maliciously* – z naklepom, z zlobnim ali hudobnim namenom, *corruptly* – poleg koruptivnih namenov izraz označuje tudi splošen pojem kaznivih dejanj kot ne-poštenih in kriminalnih, storjenih s kriminalnimi motivi.

⁴⁰ D. Korošec, nav. delo (2008), str. 126. Po avtorju (na podlagi analize tujih zakonodaj) zadostujejo zunanje značilnosti, objektivne značilnosti dejanja kot spolnega, vendar pa mora izražati tudi zadosten pomen.

⁴¹ K. S. Williams, nav. delo (1997), str. 12.

⁴² Parker's 1995 California Penal Code, Butterworth, Legal Publishers, Carlsbad 1994.

vo dejanje posesti orožja in kaznivost tega kaznivega dejanja obravnaval le v povezavi z namenom ali motivom, da se to tudi uporabi (angl. *with intent to use*).⁴³ Motiv pranja denarja po Parker's 1995 Penal Code obsega namen poslovanja z denarjem, ki izvira neposredno ali posredno iz katerekoli kriminalne aktivnosti, motiv prenašanja (angl. *carry*), motiv delitve, motiv ustanovitve skladov itd.⁴⁴ Pri eksplozivnih snoveh, ki jih Parker's California Penal Code v paragrafu 190.2 obravnava posebej,⁴⁵ mora biti uporaba teh sredstev usmerjena k učinkom ki jih »ta sredstva redno dosegaajo«.

Zmanjševanje meje med *actus reus* in *mens rea*, v katere spadajo še nekateri motivi, ki izhajajo iz posameznih tipov kaznivih dejanj in je motivacijski cilj že v končni kazenskopravno relevantni posledici, ki jo obsega t. i. *specific intent*.⁴⁶ Za kontinentalni pogled so posebej vprašljivi motivi v zvezi s kaznivimi dejanji zoper življenje in telo, pri katerih posamezni avtorji vzpostavljajo pravzaprav pravno domnevo o tem, kaj je imel v mislih storilec in s kakšnim končnim motivom je ravnal. Tako imenovana *deadly-weapon doctrine* ali doktrina smrtno nevarnega orožja zlasti v primerih, kadar ni prič ali drugih dokazov v zvezi z voljo storilca, vzpostavlja pravzaprav (pravno) domnevo, da če storilec ustrelí oškodovanca v okoliščinah, ko je orožje napolnjeno in pripravljeno na strel, oškodovanec pa je v neposrednem dosegu orožja (angl. *line of fire*), ravna tudi z motivom ali namenom, da želi doseči oškodovančevo smrt, če je orožje uperjeno v vitalne dele telesa. Vzpostavitev domneve, da je storilec ravnal z motivom, kakršnega kaže samo dejanje, postane vprašljiva le v primeru, če je realna možnost, da storilec povzroči določeno motivirano posledico, razmeroma majhna.⁴⁷ Ne glede na navidezno prepričljivost sklepanja na storilčevo motiviranost za povzročitev smrti in zato tudi na njegov naklep, v okviru kontinentalnih sistemov sprejetje kakršnihkoli formalnih miselnih vzorcev, kako je treba odločati, ni videti običajno. Odstopajo namreč od načela individualne in osebne krivdne odgovornosti, hkrati pa odvrčajo od natančne proučitve vseh podrobnosti, ki jih je treba ugotoviti za oceno o storilčevi krivdi in med katere lahko spadajo tudi motivi. Toda treba je priznati, da omogoča prikazan pogled v zvezi s posameznimi manj značilnimi primeri tudi razmislek o stapljanju naklepa in motiva. Prav motiv, ki je odločilen in kot zadnji usmerjen v oškodovančevo smrt ali drugo prepovedano posledico, pravzaprav v življenjskem smislu s konkretno usmeritvijo k cilju, kaže na utemeljenost ocene o tesni zvezi motiva z naklepom. Zato je na tem mestu primerno opozoriti na

⁴³ Parker's 1995 California Penal Code, str. 180.

⁴⁴ Parker's 1995 California Penal Code, str. 47.

⁴⁵ Parker's 1995 California Penal Code, str. 56.

⁴⁶ Glej W. R. La. Fave, A. W. Scott, nav. delo (2000), str. 324.

⁴⁷ W. R. La Fave, A. W. Scott, nav. delo (1986), str. 217.

pomislek oziroma kritiko profesorja dr. Bavcona v zvezi z naklepom in motivom, »da stoji na trhljih nogah kar preveč splošna domneva, da naklep ne pomeni posebnih težav in ne povzroča problemov, češ da je kar na prvi pogled razviden«,⁴⁸ če le imamo dejanje in storilca. Razumeti jo je namreč mogoče tudi tako, da naklepa pogosto ni mogoče ustrezno presojati, če ne poznamo storilčevega motiva.

Ni presenetljivo, da zato avtorja J. Smith in B. Hogan – kakor je bilo to že prikazano v tem prispevku – predlagata (na podlagi analize konkretnega primera), da je včasih, kadar razpravljamo o motivu, primerneje govoriti o naklepu.⁴⁹ Šele z ugotavljanjem cilja in storilčevega hotenja, ki ga kaže usmeritev storilčeve volje, lahko ugotavljamo, katero kaznivo dejanje je storilec hotel storiti in ali so tiste posledice, do katerih se je želel dokopati, kazensko pravno relevantne posledice.⁵⁰ Vendar pa so avtorji tudi v angleški literaturi spoznali nevarnost, da bi »kriminalizacija mentalnih elementov«⁵¹ brez kazensko pravnega ravnanja ali zunaj ravnanja lahko vodila k tendenci, da se kazensko pravo pretvori v sredstvo totalitarnega sistema, ker bi sodišča ocenjevala le storilčeve domnevno nevarne motive. Toda izhodišče bi lahko bilo tudi drugačno: upoštevaje motivov (zlasti še, če gre za naklep, ki je obarvan z motivom) koristi vsakokratnemu storilcu, saj mu je treba dokazati ne le direktni naklep, temveč tudi motiv tako, da eventualni naklep niti ne pride v poštev in se za naklep, obarvan z motivom, zahteva »najvišja stopnja krivde«.⁵² Znani angleški avtor A. Asworth, se je celo izrecno vprašal, kaj se skriva v frazi, da storilec izvrši kaznivo dejanje z naklepom (angl. *with purpose*) in z namenom, da ga tudi izvrši (angl. *with intent to commit*),⁵³ in ali je tak namen podan tudi pri blažjih oblikah krivde.⁵⁴ Tukaj je videti pomislek predvsem v nevarnosti pomanjkanja zavedanja, da je tudi motiv treba proučevati v enotnosti fizičnega in psihičnega, kakor je to uresničeno v že izvršenem kaznivem dejanju. Slabi motivi ne morejo biti zadostna podlaga za kazensko pravno grajo, saj se šele v ravnanju objektivizira to, kar je v storilcu subjektivnega.

⁴⁸ L. Bavcon, A. Šelih, nav. delo (1996), str. 228.

⁴⁹ J. Smith, B. Hogan, nav. delo (1996), str. 82.

⁵⁰ Glej še J. Smith, B. Hogan, nav. delo (1996), str. 58.

⁵¹ T. Morawetz, nav. delo, str. 6

⁵² T. Morawetz (red.), nav. delo (2000 – P. H. Robinson), str. 6. Avtor govori o četrtri – najvišji stopnji kazenske odgovornosti (krivde, angl. *culpability*) v okviru pojma *mens rea*, v katero uvršča še *negligence* (malomarnost), *recklessness* (zavestna malomarnost, brezobzirnost), *knowledge* (zavest o prepovedanosti dejanja) in *purpose (intention* – naklep, namen).

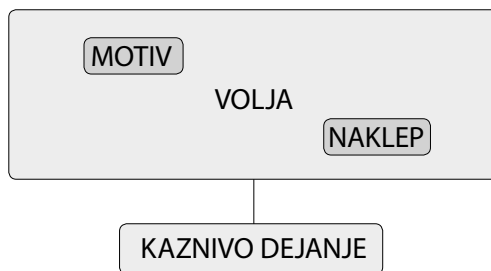
⁵³ A. Asworth, nav. delo (1999), str. 464 in 465.

⁵⁴ Na tem mestu citiram sklic na Aswortha tako, kakor sem ga povzel v: A. Ferlinc, nav. delo (2010), str. 162.

2.5. Motiv zunaj ali znotraj kaznivega dejanja – dva različna pogleda

Če se končno povrnemo k značilnostim slovenske zakonodaje, potem vidimo, da ciljno usmerjenost, ki ga vsebuje zakonsko napotilo, kaj mora vsebovati naklep, pogosto kaže besedna zveza »... zato, da bi ...«, ki je zamenjala izraz »z namenom« (na primer pri kaznivem dejanju goljufije po 211. členu KZ-1, ali pridobitve protipravne premoženjske koristi ali izoginitve plačilu davkov in drugih finančnih obveznosti po 249. členu KZ-1). Tudi taka zakonodajna tehnika kaže, da v zvezi z razmerjem med motivom in naklepom ne ugotavljamo le usmerjenosti k motivacijskim ciljem, temveč tudi, s koliko volje mora biti podprto ali »podloženo« kaznivo dejanje. Razmerje med naklepom in motivom bi lahko grafično ponazorili, kot predstavlja slika 1.

Slika 1 – Razmerje med naklepom in motivom.



Po tej shemi je naklep vključen v pojem motiva tako, da je zajet v celotnem obsegu motiva in predstavlja delni obseg širšega pojma, pri čemer sta motiv in naklep znotraj področja volje za storitev kaznivega dejanja; motiv je v ozadju naklepa.⁵⁵ Tudi če v okviru take ponazoritve štejemo, da sta si motiv in naklep v razmerju vzroka in posledice ter ne upoštevamo, da sta že Hegel in Jung zahtevala enotnost objektivnega in subjektivnega tako, da naj bi le ravnanje odražalo človekove misli, ne more biti dvoma, da le motiv kot širši pojem od naklepa lahko pokaže vse razloge, ki konstituira voljo (in so tudi del vsebine volje) za storitev kaznivega dejanja.

Ravnanje – seveda kaznivo ravnanje – je zato treba v zvezi z grafično predstavljeno shemo v ta del razprave pritegniti kot povezovalni element za druge elemente v strukturi splošnega pojma kaznivega dejanja (nem. *Verbindungselement*),⁵⁶ med katerimi je odločilna krivda. In če imamo v mislih vse elemente krivde, krivdo pa predvsem v skladu z normativnim pojmovanjem štejemo zlasti kot

⁵⁵ Glej E. Schneider, nav. delo (1995), str. 106, 107 in 110. Glej še L. Bavcon, A. Šelih, nav. delo (1996), str. 228; in Celine, nav. delo.

⁵⁶ C. Roxin, nav. delo (2006), str. 239.

možnost očitka ali graje, potem najdemo več razlogov za stališče, da tudi (nizkotni, zavržni) motiv spada v okvir krivde. Toda to še ne pomeni, da bi ga lahko kar na splošno izenačili z naklepom, če namreč vztrajamo pri že predstavljenem stališču, da je kaznivo dejanje le sredstvo za dosego motivacijskega cilja, do katerega bi storilec lahko največkrat prišel tudi s poštenimi sredstvi. Predmet vrednotenja v zvezi z naklepom je torej lahko le storilčev psihični odnos do dejanja in do kazensko pravno relevantne posledice, v zvezi s katerima so dokazi, ki kažejo na motiv, lahko ena od najpomembnejših za ugotovitev naklepa. Do neutemeljene zamenjave naklepa in motiva prihaja tedaj, kadar sodišče upošteva kot naklep za storitev kaznivega dejanja psihični odnos storilca, ki ni neposredno usmerjen v elemente, ki bi jih bilo mogoče subsumirati pod kazensko pravno normo in torej niso del (biti) kaznivega dejanja. **Ne more pa biti dvoma, da je motiv izenačen z naklepom tedaj, kadar je motivacijski cilj povsem identičen s tistim ciljem, ki je v zakonskem opisu označen kot prepovedana posledica** (na primer preprečitev uradnega dejanja uradni osebi kot motiv in motivacijski cilj).

Največje število kaznivih dejanj srečujemo z motivacijskimi cilji, ki sami po sebi niso del biti kaznivega dejanja, vendar pa so odločilni za prehod h kaznivemu dejanju (fr. *pasage a l'acte*, angl. *acting out*). »Motiv motivira k motivu« (!), kar se odraža v doseganju tistih (tudi motivacijskih) ciljev, ki so v zakonskem opisu kakega kaznivega dejanja zakonski znaki. Kadar prav motiv vpliva na usmerjenost storilca k določenemu cilju, ki je v inkriminaciji kaznivega dejanja zakonski znak (največkrat kot škodljiva in prepovedana posledica), lahko govorimo zato o **sekundarno organiziranem motivu**,⁵⁷ ki predstavlja del faze konkretnega »ovrednotenja« cilja s kaznivim dejanjem. Na tej točki pa se vnovič srečata motiv in naklep.

Nasprotno argumentacije glede poudarjene bližine naklepa in motiva ni mogoče spregledati v zadevah, v katerih do kaznivega dejanja pripelje sklop motivov, ki ga nekateri imenujejo tudi motivacijski snop. Če storilec po daljšem premisleku (motivaciji) drugega umori zato, ker skuša pomagati tretjemu, ki ga je pred tem umorjeni grobo trpinčil in je bilo življenje neznosno,⁵⁸ je sprva motiv videti zunaj prepovedane posledice, saj je motiv predvsem v težnji storilca, kako pomagati tretjemu, da ne bo več trpinčen. Šele v procesu določitve konkretnega cilja ob usmerjenem ravnanju (enotnost psihičnega in fizičnega) pride do notranje in zunanje manifestacije **odločilnega** (prevalentnega) **motiva** za storitev kaznivega dejanja, saj bi za dosego enakega cilja bilo mogo-

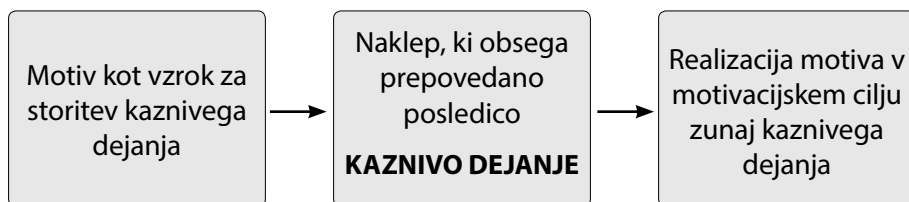
⁵⁷ Poleg I. Carracciolijsa, nav. delo, str. 292, kakor je bilo že pojasnjeno, več o podlagah za sekundarni motiv še G. Meško, nav. delo (1998) in A. Trstenjak, nav. delo (1069), str. 398.

⁵⁸ Primer je svobodno povzet po znamenitem romanu Johna Knittla: *Via Mala*.

če priti brez kaznivega dejanja (na primer s pritegnitvijo socialnih služb ali z drugimi oblikami preventivne družbene reakcije). Ker hkrati delujeta motiv in naklep, ni mogoče brez pomislekov slediti stališču, da je motiv tisti vzrok v samem storilcu, ki določa izbiro cilja oziroma posledice, naklep pa pomeni izbiro cilja samega,⁵⁹ kar bi bilo sicer na prvi pogled povsem priročen merilo za proučevanje razmerij med motivom in naklepom.

Na razmerje med motivom in naklepom je mogoče pogledati tudi z drugega vidika, kadar imamo povsem jasno in pregledno situacijo, v kateri je motiv videti zunaj kaznivega dejanja in zato tudi zunaj področja, ki ga obsega naklep. Grafično si tak položaj lahko poenostavimo približno tako, kot je predstavljeno na sliki 2.

Slika 2 – Razmerje med motivom in naklepom.



V tej shemi se motiv pojavlja na začetku in na koncu motivacijskega ciklusa, čeprav je vseskozi navzoč tudi v svoji usmerjevalni vlogi v skladu z opredelitvijo motiva in enotnostjo objektivnih in subjektivnih znakov kaznivega dejanja. Iz sheme je jasno razvidno, da pri naklepnih kaznivih dejanjih naklep obstaja v vsakem primeru, ne glede nato, ali je volja storilca skozi motiv močno izražena ali pa je le v obliki brezbržnega odnosa do tega, do česar se storilec lahko dokoplje s kaznivim dejanjem. Storilec je lahko močno motiviran za nakup dragocenega prestižnega avtomobila zaradi domnevnega napredovanja na družbeni lestvici, zaradi česar sploh stori kaznivo dejanje, ki mu omogoča pridobitev premoženjske koristi v ustrezni višini. Lahko pa je tudi malo in slabo motiviran za kaznivo dejanje. Tudi če mu gre le za pridobitev premoženjske koristi same zase, še vedno obstaja naklep, ki pa je v tem primeru izenačen z motivom.

Zaključimo lahko, da se motiv izenači z naklepom tedaj, kadar glede voljne in zavestne sestavine naklepa pri motivu ni ničesar, kar bi presegalo naklep niti po kvantiteti in kvaliteti volje niti glede zavesti. Posredno je to mogoče ponazoriti s sodno prakso Vrhovnega sodišča RS. V sodni odločbi I Ips 159/2002 z dne 1. oktobra 2007 je Vrhovno sodišče RS obrazložilo, da kadar

⁵⁹ M. Karanović, nav. delo (1982), str. 50. Povzema angleškega avtorja G. E. M. Anse-ombeja.

gre za odprtost pojmov, ki so sicer normativni znaki kaznivih dejanj in zato zahtevajo izpolnitev z motivi, mora sodišče tako ravnati (že v opisu dejanj, op. A. F.) zaradi pojasnila, ali storilčev naklep dejansko vsebuje voljo, usmerjeno v prepovedano posledico (ogrožanje države). Šele obstoj ustreznih motivov po oceni sodišča vodi k utemeljenosti zaključkov o obstoju storilčevega motiviranega naklepa. Brez takega (motiviranega) naklepa pa tudi ni posameznih kaznivih dejanj zato, ker tudi ni vzročne zveze s hotenimi posledicami. Del nemške teoretične misli (Schönke, Schröder) je podobna stališča izrazil z zanimivo mislijo, da gre pri motivu za »na dejanje navlečen namen«. ⁶⁰ Namen (nem. *Absicht*) je postal zlasti pomemben pri pravih deliktih lotevanja (nem. *echte Unternehmens delikte*), ki so kaznivi kot samostojna kazniva dejanja (po našem KZ-1 hudodelsko združevanje po 294. členu KZ-1 in dogovor za kaznivo dejanje po 295. členu KZ-1) in pri nepravih deliktih lotevanja (nem. *unechte Unternehmens delikte*), ⁶¹ ki zajemajo predvsem poskus, ki ga 6. točka 11. člena nemškega kaznivega dejanja opredeljuje kot lotevanje dejanja in v tem delu tudi kot njegovo »dokončanje«. Kot dokončanje je mišljeno dokončanje izvršitvenega dejanja, ne da bi bila uresničena namen ali motiv (na primer nasilna sprememba ustavne ureditve). Del italijanske teorije pa motive, nagibe in namene upošteva kot »merilo (intenzitete) krivde« in pri tem soglaša, da gre za drugačna izhodišča kot v nemški teoriji. ⁶²

Glede razmerja med naklepom in motivom lahko sklenemo, da zgolj naklep pogosto ni dovolj za legitimnost očitka, če upoštevamo zgolj psihološko pojmovanje krivde, ne pa tudi normativno-psihološke koncepcije. Če bi zadoščala le posamezna krivdna oblika, bi se v tem lahko odražalo le formalno ali formalistično pojmovanje krivde. Tudi ravnanje, ki je storjeno v silobranu ali skrajni sili, je storjeno naklepno, vendar pa motivirano z motivom, ki ga odražajo nenormalne motivirajoče okoliščine, življenje pa pozna še številne nenormalne motivirajoče okoliščine, ki izražajo stisko storilca in povzročajo tehtna vprašanja, ali je očitek krivde lahko sprejet kot legitimen in pravičen. To pa vnovič kaže na zvezo med motivom in naklepom na področju krivde.

Pri umeščanju motiva v okvir krivde pa je zaradi popolnejšega pregleda treba še proučiti, ali kaj od povedanega velja *mutatis mutandis* tudi za malomarnost kot eno od meril in elementov krivde.

⁶⁰ A. Schönke, H. Schröder, nav. delo (1963), str. 308 in 309. Tukaj in v naslednji opombi povzemam nemška avtorja po v Pravniku že objavljenem prispevku A. Ferlinc, nav. delo (2010), str. 161.

⁶¹ A. Schönke, H. Schröder, nav. delo (2001), str. 132.

⁶² G. de Francesco, A. Ferraro, R. Tito, nav. delo (1995), str. 569. Italijanske avtorje na enak način povzema A. Ferlinc v nav. delu in v že objavljenem članku iz leta 2010, str. 161.

2.6. Malomarnost in motivi

Malomarnostno kaznivo dejanje se od naklepnega razlikuje v tem, da ne gre za posameznikovo hoteno in voljno delovanje v smeri izbranega cilja, ki je izenačen s kazenskopravno zavarovano posledico. Še najbolj razločno se to pokaže pri t. i. pravih opustitvenih dejanjih, pri katerih nimamo niti dejanja niti nikakršnega voljnega impulza.⁶³ Srečujemo se le z »dolžnostjo do dejanja«, torej z dolžnostnim ravnanjem, ki izhaja iz predpisane dolžnosti nekaj aktivno podvzeti ali storiti zaradi zavarovanja kazenskopravne dobrine oziroma za preprečitev nastanka prepovedane posledice. Namesto da bi raziskovali, kaj je bilo v storilčevi psihi (zavesti in volji), se sprašujemo o tem, kaj bi v njej moralo biti.⁶⁴ Površen pogled na problematiko motivov nam zato najprej pokaže, kakor da ni nikakršnih motivacijskih ciljev kot ene od značilnosti motivov in da zato z motivi nimamo nobenega opravka.⁶⁵ Toda, ali je res tako? Analizirajmo nekaj primerov iz življenja!

Za brezobzirno obnašanje v prometu⁶⁶ si lahko na primer pogosto postavimo vprašanje, s čim je pravzaprav motivirano? Ali morda s frustracijo ali značajsko potezo posameznika, ki se obnaša tako, da njegova brezobzirnost kaže na grobo malomarnost glede oškodovancev?⁶⁷ Lahko gre za motiv, pri katerem je nevarno vedenje samo zase cilj in motiv. Za človeka, ki se zavestno zapleta v nevarne situacije,⁶⁸ pravimo sicer, da je pogumen. Pozabimo pa, da s tako svojo osebnostno potezo pravzaprav celo naklepno ustvarja nevarne situacije, v katerih se lahko tveganja, da nastanejo prepovedane posledice, povečajo daleč

⁶³ Kritiki koncepcij o malomarnostnem kaznivem dejanju izvršijo premik problematike iz subjektivnih elementov predvsem na področje vzročnosti, češ da »iz nič ni nič«, oziroma *ex nihilo nihil fit*. (Spor je povzet iz prikaza M. Ambroža, nav. delo (2007), str. 32).

⁶⁴ Primerjaj M. Ambrož, nav. delo (2007), str. 32, z L. Bavcon, A. Šelih in drugi, nav. delo (2006), str. 274, 278 in 157.

⁶⁵ C. Roxin, nav. delo, str. 202. Podlago za to stališče lahko iščemo v finalističnem pojmovanju kaznivega dejanja (nem. *die finale Handlungslehre*), ker le pri motiviranem dejanju glede na opredelitev motiva obstaja usmeritvena funkcija motiva z upravljanjem s kavzalnim vzročnim tokom k motivacijskemu cilju, ki je prepovedana posledica. Pri malomarnostnih kaznivih dejanjih je nasprotno pomembnejši socialni vidik, negativno socialno ovrednotenje, s katerim se deloma opušča ontološki vidik dejanja v korist normativnega zato, da **socialni pojem ravnanja** oziroma socialna teorija ravnanja poudari njegovo socialno pomembnost (če take pomembnosti ni, tudi ni kaznivega dejanja).

⁶⁶ Angleški avtorji (na primer J. Smith) govorijo o posebni vrsti krivde, to je krivde za t. i. *recklessness*, ki je podana takrat, kadar se storilec zaveda tveganosti svojega ravnanja in možnosti nastanka posledice, pa ne ukrene ničesar, da bi njen nastanek preprečil; *recklessness* pomeni visoko stopnjo odmika od standarda tiste skrbnosti, ki bi naj veljala v posamezni družbeni situaciji, v kateri storilec nedopustno tvega.

⁶⁷ Z. Šeparović, nav. delo, str. 90.

⁶⁸ B. Šali, nav. delo, str. 18.

preko točke (še) družbeno dopustnega tveganja. Glede prometnih deliktov nekateri avtorji opozarjajo na t. i. polžev kompleks,⁶⁹ katerega rezultat je namerano izpostavljanje sebe, sopotnikov in drugih udeležencev v prometu nevarnim situacijam. Standard dokaza glede motiva je zato lahko včasih dosežen na podlagi utemeljenosti sklepa, da je storilec izmed več možnosti predvidel, da lahko nastane prepovedana posledica, pa je svoje ravnanje usmeril k motivacijskemu cilju, ki objektivno lahko ima tako posledico.⁷⁰ Že taka le mimogrede opisana »empirična danost« pokaže, da motivi vplivajo tudi na posledico, ki nastane zaradi storilčeve malomarnosti in niso pomembna le t. i. ciljna ali namenska kazniva dejanja, pri katerih je motiv dodatni subjektivni element, s katerim je obarvan naklep (*dolus coloratus*).⁷¹ Pri kaznivih dejanjih, ki so motivirana z ležernostjo ali celo brezbriznostjo (na primer različna ravnanja, ki so povezana z opustitvami oškodovancev brez pomoči) so motivi očitno podani tudi takrat, kadar gre za opustitve, ki izražajo visoko stopnjo malomarnosti.

Jakost volje glede na prepovedano posledico (ne pa nujno tudi glede ravnanja ali opustitve) je pri malomarnostnih deliktih mnogo šibkejša, kakor pri naklepnih kaznivih dejanjih, motivacijski cilji pa so zunaj prepovedane posledice. Motivi so lahko usmerjeni le v ravnanje (s hitro vožnjo doseči prestižni položaj zaradi razkazovanja novega športnega avtomobila), ne pa v škodljivo posledico, na primer prometno nesrečo s smrtno posledico. Če bi šlo za usmeritev motiva v smrtno posledico, tudi ravnanje ne bi bilo le kršitev kakega dolžnostnega ravnanja, ki bi izhajalo iz cestnoprometnih predpisov, temveč bi neposredni motivacijski cilj lahko pokazal na kaznivo dejanje uboja ali umora.⁷² V sodobni nemški teoriji so v tem delu motivi in nameni del ontološkega, psihološkega in naturalističnega bistva, saj se tudi pri malomarnostnih kaznivih dejanjih sprašujemo, kakšno je bilo ob določenem aktivnem ali pasivnem zadržanju hotenja storilca (njegova volja),⁷³ torej kaj je pravzaprav hotel storiti (ali opustiti). Če storilec torej tudi pri malomarnostnih kaznivih dejanjih zaradi različnih motivov (na primer ležernosti, neutemeljenega varčevanja ali objestnosti) namenoma opušča ali ravna v nasprotju s svojimi dolžnostmi, potem je razlika z naklepnimi kaznivimi dejanji le v tem, da pri naklepnih kaznivih dejanjih tudi motiv zajema prepovedano posledico, pri kaznivih dejanjih iz malomarnosti

⁶⁹ Glej V. Pečjak, nav. delo (1965), str. 35.

⁷⁰ J. Smith, B. Hogan, nav. delo, str. 82.

⁷¹ Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments), The American Law Institutes, Philadelphia, 1980, Part II, str. 5. »The actor create a substantial and unjustifiable [neopravičen, nesprejemljiv] risk«. Pri tem gre za velik odklon od standarda, ki je glede tveganja sprejemljiv »za vsako razumno osebo, ki bi opazovala dogodek.«

⁷² Citirano po že objavljenem prispevku A. Ferlinca, nav. delo (2010), str. 163.

⁷³ R. Maurach, nav. delo (1958), str. 183; Z. Dežman, nav. delo, str. 53, 104 in 105.

pa vzročni tok, ki privede do škodljive posledice, skrene v povsem drugo smer, kakor sta bili volja in hotenje storilca, ki sicer prepovedane posledice noče, niti vanjo ne privoli.⁷⁴ Na tej podlagi je nemška teorija ne le za naklep, ampak tudi za malomarnost razvila pojem dvojnega položaja malomarnosti, saj jo šteje kot splošni subjektivni element neprava, protipravnosti, ki jo predstavlja kršitev dolžnostnega ravnanja (nem. *Sorgfaltspflichtverletzung*) kot objektivne kategorije in zato kot predmet ocene, hkrati pa je tudi predmet očitka krivde.⁷⁵ Protipravnost zaradi kršitve dolžnostnega ravnanja ni le indicirana, ampak tudi utemeljena in njen sestavni del, ker črpa del meril za svojo presojo tudi s področja izpolnjenosti biti inkriminacije (nem. *tatbestandmäßigkeit*), del pa s področja protipravnosti.⁷⁶

Težava pri proučevanju motivov je njihov subjektivni značaj, saj na abstraktni ravni pravna norma določa ustrezno dolžnostno ravnanje, ki mora hkrati ponuditi merilo, kaj je dovoljeno in kaj prepovedano. Motivov in namenov na tej abstraktni in splošni ravni pri malomarnostnih deliktih ni mogoče iskati. Motive zato lahko iščemo le na konkretni ravni storilca kot izrazito subjektivne (notranje) dejavnike, ki lahko pokažejo, kaj je storilca motiviralo, da je ravnal protipravno (in se tudi odločil za nepravo), čeprav bi lahko zadostil zahtevam pravnega reda. V tej zvezi je glede motivov pomembna **teorija interference** (nem. *Interferenztheorie*).⁷⁷ Po tej teoriji prevevata storilca v trenutku, ko bi moral ravnati skladno s predpisanim dolžnostnim ravnanjem, dva motiva. Prvi izraža težnjo, da prepreči nastanek prepovedane posledice, drugi pa take težnje zavira in ga vodi k pasivni zadržanosti oziroma tveganju.⁷⁸ Če prevlada drugi, predstavlja del volje, usmerjene v kršitev dolžnostnega ravnanja, in je zato neposredni povod za legitimnost graje kot očitka krivde. Ker pa ni volje, ki bi neposredno vodila k prepovedani posledici, tudi ni motiva, ki bi bil neposredno usmerjen v posledico, temveč le v položaj, ki pomeni tveganje. Vendar pa so le redne, običajne in tipične posledice, ki jih glede na objektivna merila lahko pripišemo storilcu (nem. *objektive Zurechnung*) lahko predvidljive in zato tudi odklonljive. Le take posledice lahko motivirajo storilca in tako postanejo motivacijski dejavnik, da storilec ravna skladno z zahtevami dolžnostnega ravnanja in zato skladno s pravom.⁷⁹

⁷⁴ Povzeto po A. Ferlinc, nav. delo (2010), str. 164.

⁷⁵ Več o tem H. H. Jescheck, nav. delo (1988), str. 218–224.

⁷⁶ C. Roxin, nav. delo, str. 290. Avtor opozarja na »skupno eksistenco« izpolnjenosti zakonske biti in protipravnosti.

⁷⁷ C. Roxin, nav. delo, str. 639 (2. del).

⁷⁸ V slovenski pravni literaturi je to teorijo predstavil Z. Dežman v nav. delu, str. 169. A. Ferlinc povzema avtorja že v nav. delu (2010), str. 164.

⁷⁹ A. Ferlinc, nav. delo (2010), str. 165.

3. SKLEPNA MISEL

Če skušamo namesto zaključka še enkrat povezati obe krivdni obliki (naklep in malomarnost) s področjem motiva, potem lahko tudi za malomarnost argumentiramo, da so odločilne okoliščine, ki imajo **normalni motivacijski učinek**. Le v takih okoliščinah lahko na storilca naslovimo grajo kot očitek krivde, ker mu očitamo, da ni ravnal tako, kakor bi moral in kot bi lahko, hkrati pa od storilca tudi zahtevamo, da bi moral ravnati drugače.

Literatura

- Andrew Asworth: Principles of Criminal Law. Oxford University Press, Oxford 1999.
- Matjaž Ambrož: Možgani in kaznovalno pravo: česar v storilčevi glavi ne najdemo, mu pač pripišemo?, v: Podjetje in delo, št. 6-7/2012, str. 1596–1605.
- Matjaž Ambrož: Kaznivo dejanje in njegove vrednostne prvine. Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2007.
- Ljubo Bavcon, Alenka Šelih, Damjan Korošec, Matjaž Ambrož, Katja Filipič: Kazensko pravo, splošni del, peta izdaja. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2009.
- Ivan Bele: Kazenski zakon s komentarjem, splošni del. GV Založba, Ljubljana 2001.
- Sergio Beltrani: Compendio di Diritto Penale, Parte generale e speciale, V. izdaja. Esselibri-Simone, Napoli 1996.
- Celine: Difference Between Motive and Intention, v: »DifferenceBetween.net.«, 14. avgust 2011; na voljo je na <<http://www.differencebetween.net/language/words-language/difference-between-motive-and-intention/>> (11. 12. 2016).
- Ivo Carracioli: Manuale di Diritto Penale, Parte generale. CEDAM, Milano 1998.
- Zlatan Dežman: Kazenskopravno varstvo cestnega prometa in temeljne predpostavke kaznivosti. ČZ Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1998.
- Alaksandar A. Đurić: Motiv u krivičnom pravu. Pelikan print, Niš 2006.
- David Eagleman: Incognito, The Secret Lives of the Brain. Prevod Sandi Kodrič. UMco, Ljubljana 2014.
- W. R. La Fave, Austin W. Scott: Substantive Criminal Law. West Publishing, St. Paul, Minnesota (ZDA) 1998.
- Wayne R. La Fave, Austin W. Scott: Substantive Criminal Law. West Group, West Publishing, St. Paul, Minnesota (ZDA) 1986.

- Andrej Ferlinc: Bližina ali oddaljenost motiva ali namena od kaznivega dejanja, v: *Pravnik*, št. 3-4/2010, str. 147–169.
- Andrej Ferlinc: Kaznivo dejanje zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti z vidika predvidenih sprememb kazenske zakonodaje, v: *Pravna praksa*, št. 34/2016, str. 6–9.
- Giovannangelo de Francesco, Angelo Ferraro, Raffaello Tito: *Codice Penale*. Giuffrè Editore, Milano 1997.
- Miha Hafner: Možgani kot objekt nadzorovanja: nevroznanost v kriminologiji, v: *Revija za kriminologijo in kriminalistiko*, 65 (2014) 2, str. 121–131.
- Hans Heinrich Jescheck: *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*. Duncker & Humbolt, Berlin 1988.
- Nina H. B. Jorgensen: The definition of genocide: Joining the dots in the recent practice, *International Criminal Law*, Kluwer Law International, Haag 2002.
- Damjan Korošec: Spolnost in kazensko pravo: od prazgodovine do t. i. modernega spolnega kazenskega prava. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2008.
- Diethelm Kienapfel: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, Dunaj 1991.
- Janez Kranjc: *Latinski pravni reki*. Cankarjeva založba, Ljubljana 1994.
- Ferando Mantovani: *Diritto Penale – Parte Generale*. CEDAM, Padova 2001.
- Reihart Maurach: *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Verlag C. F. Müller, Karlsruhe 1958.
- J. K. Mason, R. A. Mc. Call Smith: *Butterworth's Medico-legal Encyclopedia*. Butterworths, London, Boston, Sydney 1987.
- Gorazd Meško: Kriminalni življenjski stil – motivacija in mišljenje, v: *Revija za kriminologijo in kriminalistiko*, št. 2/1993, str. 354–365.
- Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments), Part II. The American Law Institutes, Philadelphia 1980.
- Thomas Morawetz: *Criminal Law*. Ashgate, Dartmouth, Aldershot, Singapore, Sydney 2000.
- Petar Novoselec: Sloboda, krivnja i krivično pravo. Pravni fakultet Univerziteti u Zagrebu, »Zagreb RO za grafičko djelatnost«, Samobor, Zagreb 1987.
- Parker's 1995 California Penal Code. Butterworth, Legal Publishers, Carlsbad 1994.
- Vid Pečjak: Poglavlja iz psihologije. Državna založba Slovenije, Ljubljana 1965.

- Claus Roxin: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. spremenjena in dopolnjena izdaja. C. H. Beck., München 2006.
- Joel Samaha: Criminal Justice. West Publishing Company, St. Paul, Minnesota (ZDA) 1997.
- Adolf Schönke, Horst Schröder: Strafgesetzbuch, Kommentar. C. H. Beck, München 2001.
- Adolf Schönke, Horst Schröder: Strafgesetzbuch. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München, Berlin 1963.
- John Smith, Brian Hogan: Criminal Law. Butterworths, London, Edinburgh, Dublin 1996.
- Borut Šali: Osnove psihologije. DDU, Ljubljana 1973.
- Zvonimir Šeparović: Stradanje u prometu. Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb 1987.
- Anton Trstenjak: Oris sodobne psihologije 1. Založba Obzorja Maribor, Maribor 1969.