

SUDSKA PRAKSA

Dr. sc. Petar Novoselec*

1. Pokušaj bludnih radnji

Počinitelj koji je nastojao zavući ruku u gaćice 9-godišnje djevojčice, ali je odustao od daljnjih radnji zbog nailaska njezinog djeda, počinio je kazneno djelo bludnih radnji iz čl. 193. st. 2. u vezi s čl. 192. st. 3. KZ/97 u pokušaju.

**Županijski sud u Zagrebu, Kžm-349/11 od 29.2.2012.
(Općinski sud u Zagrebu, Kzm-162/10)**

Činjenično stanje

Optuženik, inače tetak oštećene djevojčice u dobi od 9 godina, čistio je tavan u njezinoj kući. U jednom momentu predložio joj je da će je podići kako bi mogla pogledati kroz tavan-ski prozor. Pridigao ju je tako da ju je objumio s leđa i dok ju je držao u zraku, pokušao joj je zavući ruku u gaćice. Kada je ona osjetila što optuženik namjerava, počela je zamahivati nogama kako bi ga se oslobodila, a u tom trenutku naišao je i njezin djed pa ju je optuženik spustio na pod, nakon čega je pobjegla. Optuženik ju je i prije toga spolno uznemirivao.

Prvostupanjski sud oglasio je optuženika krivim zbog pokušaja kaznenog djela bludnih radnji iz čl. 193. st. 2. u vezi s čl. 192. st. 3. KZ/97 i osudio ga na kaznu zatvora u trajanju od deset mjeseci. Drugostupanjski je sud odbio optuženikovu žalbu kao neosnovanu.

Iz obrazloženja

Suprotno žalbenom navodu ispravno je optuženik presuđen za pokušaj bludnih radnji iz članka 193. stavak 2. KZ-a.

Napomena

Primjer ilustrira problematiku pokušaja kod formalnih kaznenih djela ili kaznenih djela čistog djelovanja (kaznena djela koja nemaju posljedicu). Prema jednom shvaćanju, kod takvih kaznenih djela nema uopće pokušaja jer je svako započinjanje radnje već dovršeno djelo (tako *Frank*, Teorija kaznenog prava, 1955, str. 169). Da je takva generalizacija neosnovana, vidi se već na primjeru dvoaktnih formalnih kaznenih djela: kod silovanja je pokušaj čest u praksi, a sastoji se u započinjanju jedne radnje kao obilježja kaznenog djela (primjene sile) s namjerom da se ostvari druga radnja koja je također obilježje djela (spolni odnošaj). To vrijedi i za kazneno djelo bludnih radnji kada je dvoaktno (to će biti slučaj kada je vezano uz čl. 188. KZ/97, tj. uz primjenu sile). Pitanje je ipak složenije kada je riječ o jednoaktnim formalnim djelima (kaznenim djelima bez posljedice koja se sastoje samo iz jedne radnje). Kod tih kaznenih djela treba poći od smisla svakog od njih (usp. *Eser*, u: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl., 2010, str. 402). Kako je iskaz pred sudom cjelina, kazneno djelo davanja lažnog iskaza dovršeno je tek zaključenjem iskaza (tako i VSH, Kž-1146/55; usp. *Zlatarić*,

* Dr. sc. Petar Novoselec, red. profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, u mirovini

Krivični zakonik u praktičnoj primjeni, II. svezak, 1958, str. 548). No to ne vrijedi i za kazneno djelo bludnih radnji kada je ono jednoaktno, a to je situacija u ovdje razmatranom slučaju (bludne radnje izvršene na djetetu). U tom slučaju zaista već samo započinjanje bludne radnje koje je obilježje kaznenog djela predstavlja ostvarenje bića kaznenog djela pa nije potrebno da počinitelj ostvari sve što je naumio. Budući da se bludne radnje po prirodi stvari sastoje iz više pojedinačnih radnji, svejedno je koliko ih je počinitelj izvršio. I u njemačkoj literaturi se smatra da je kazneno djelo spolne zlouporabe djece (§ 176 njem. KZ) dovršeno kada je došlo do spolnih radnji (*sexuelle Handlungen*), a pokušaj se ne može opravdati time da je počinitelj htio ići još dalje (*Perron/Eisele*, u: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl., 2010, str. 1635).

Iz navedenog proizlazi da je posezanje rukom u gaćice djeteta već bludna radnja pa je neodlučno što je počinitelj bio spriječen u izvršenju daljnjih bludnih radnji. Prema tome, koncepcija optužbe, prema kojoj se radi samo o pokušaju bludnih radnji, bila je pogrešna, a to vrijedi i za presude (u kojima se osuda za pokušaj uopće ne obrazlaže).

Sve to ne znači da je kod kaznenog djela bludnih radnji, i kada je ono jednoaktno, pokušaj nemoguć. Pokušaj će postojati kad počiniteljeva radnja još nije bludna radnja, ali joj prostorno i vremenski neposredno prethodi. To je slučaj liječnika koji je pokušao uhvatiti pacijenticu za dojku, ali se ona izmaknula (Žup. sud u Zagrebu, KŽ-1525/02; okrivljenik je oslobođen optužbe jer pokušaj kaznenog djela iz čl. 193. st. 1. KZ/97 nije kažnjiv). Mogući su i drugi oblici pokušaja bludnih radnji, npr. nagovaranje žrtve da pristane na bludne radnje koje trebaju uslijediti odmah.

2. Zlouporaba pri izvršavanju državnog proračuna. Poticanje počinitelja koji je dao inicijativu za izvršenje djela.

I. Sklapanje fiktivnog ugovora kojim nastaje obveza na teret proračuna bez odgovarajuće protučinidbe predstavlja kazneno djelo zlouporabe položaja i ovlasti iz čl. 337. st. 4. KZ/97.

II. Moguće je poticanje počinitelja koji je dao inicijativu za počinjenje kaznenog djela ako još nije donio konačnu odluku da ga počini.

**VSRH, I KŽ-US 35/11 od 30.11.2011.
(Županijski sud u Zagrebu, K-US-38/10)**

Činjenično stanje

Između Borova d.d. (u kojem sve dionice drži RH) i njegovih bivših radnika sklopljen je 2007. sporazum kojim su radnicima priznata određena prava (priznavanje staža, isplata naknada i sl.). Kako Borovo d.d. ta prava nije priznavalo i radnicima srpske narodnosti, neki od njih ustali su tužbama u kojima ih je zastupao odvjetnik O, drugooptuženik u ovom postupku (dalje označen kao O), a koje su bile uspješne na sudu. Stoga je s O sklopljen novi sporazum prema kojem će on povući tužbe, dok će mu Borovo d.d. naknaditi odvjetnički honorar. U međuvremenu je Borovo d.d. došlo u teškoće i nije moglo ispuniti svoju obvezu. Stoga je optuženik O nastojao privoljeti Vladu da ona preuzme tu obvezu, što je ministar M (prvooptuženik) prihvatio s ciljem da se izbjegne daljnje nezadovoljstvo radnika srpske narodnosti. M je predložio da se isplata izvrši putem fiktivnog ugovora o djelu, s čime se O suglasio. Tim se ugovorom O obvezao da će za Vladu izraditi stručnu studiju na temu konvalidacije radnog staža i mirovina stečenih na području RH, dok će mu Vlada isplatiti 500.000 kuna. Obje su strane ispunile svoje obveze. Zapravo, studija je bila nepotrebna, a ni svojim opse-

gom i kvalitetom nije opravdavala navedeni honorar. Oba su optuženika u osnovi tu okolnost priznavali, ali su isticali da se inkriminirano ponašanje ne može smatrati kaznenim djelom jer je isplatom podmireno potraživanje koje je zaista postojalo, pa nema pribavljanja protu-pravne imovinske koristi, a povrh toga ni njihova namjera nije bila kriminalna jer je cilj bio otklanjanje nezadovoljstva bivših radnika Borova d.d. srpske narodnosti i smirivanje političkog stanja u tom dijelu zemlje.

Predmet optužnice je navedeni ugovor o djelu. Optuženiku M stavljeno je na teret kazneno djelo zlouporabe položaja i ovlasti iz čl. 337. st. 1. i 4. KZ/97, a optuženiku O poticanje na to kazneno djelo. Takvu je pravnu kvalifikaciju prvostupanjski sud prihvatio. M je osuđen na kaznu zatvora u trajanju od jedne godine i tri mjeseca, a O na kaznu zatvora u trajanju od jedne godine. VSRH je snizio kazne (optuženiku M na zatvor u trajanju od 10 mjeseci, a optuženiku O na zatvor u trajanju od 8 mjeseci), dok je njihove žalbe u preostalom dijelu odbio.

Iz obrazloženja

Kazneno djelo zlouporabe položaja i ovlasti iz čl. 337. st. 4. KZ zahtijeva postupanje s određenim ciljem (pribavljanje imovinske koristi). Radi se o subjektivnom obilježju kaznenog djela, dok je namjera oblik krivnje koji obuhvaća subjektivni odnos počinitelja prema objektivnim obilježjima kaznenog djela. Namjera mora obuhvatiti kako svijest o tome da se iskorištava položaj ili ovlast tako i svijest da je prouzročena šteta. U tom pogledu dovoljna je i neizravna namjera kod koje počinitelj nije siguran postupa li u granicama svoje ovlasti, ali se odlučuje počiniti radnju i pod cijenu da prekorači svoje ovlasti...

Ostvarenje posljedice ne mora biti i motiv djela, ono što je počinitelja pokrenulo na akciju. Motiv u pravilu nije sastavni dio opisa djela, ali je važna okolnost pri odmjerenju kazne. To „miješanje“ motiva i namjere upravo karakterizira žalbu optuženika M u kojoj se ističe da kod njega nije postojala kriminalna namjera...

U ovom postupku zanemarene su dvije važne okolnosti: prva, da imatelji dionica Borova d.d. nemaju nikakve obveze prema radnicima Borova d.d. jer dioničari (imatelji dionica) prema odredbi čl. 10. st. 2. i 3. Zakona o trgovačkim društvima ne odgovaraju za obveze dioničkog društva, a druga, prema odredbi čl. 285. st. 2. Zakona o obveznim odnosima, ako prividni ugovor prikriva neki drugi ugovor, taj drugi (disimulirani) ugovor vrijedi ako je udovoljeno pretpostavkama za njegovu pravnu valjanost...

Optuženik O ističe u žalbi „da je logički i pravno nemoguće da bi on potaknuo optuženika M na učin kaznenog djela po ideji samog optuženika M“. Takvo zaključivanje nije prihvatljivo. Moguće je i poticanje osobe koja se još koleba ili počinjenje kaznenog djela čini ovisnim o nastupanju nekog uvjeta. To znači da inicijativa može poteći i od glavnog počinitelja ako je ovaj samo načelno spreman za počinjenje kaznenog djela, a konačnu odluku donese tek na poticaj poticatelja. Takav oblik poticanja razlikuje glavnog počinitelja koji je već donio konačnu odluku da će počiniti kazneno djelo od onog glavnog počinitelja koji je samo sklon počinjenju kaznenog djela...Angažman optuženika O nedvojbeno pokazuje da je on vršio pritisak na optuženika M, da je svoje nezadovoljstvo ispoljavao i prijetnjom tužbom, da je stvorio okolnosti koje su kod optuženika M izazvale odluku da zaključi ugovor o djelu.

Napomena

I. Ovdje razmatrana odluka bavi se pitanjem zlorabe položaja službene osobe kojoj je povjereno izvršavanje državnog proračuna. U njemačkom se pravu takva zloraba smatra posebnim oblikom kaznenog djela „nevjere“ (*Untreue*) iz § 266 njem. KZ, nazvanim „službenička ili proračunska nevjera“ (*Amts- oder Haushaltsuntreue*), koja je predmet bogate literature. To kazneno djelo čini tko proračunska sredstva troši suprotno svojim dužnostima i na taj način uzrokuje štetu. Iako je to područje kod nas nedovoljno razrađeno, nema dvojbe da opisana raspolaganja proračunskim sredstvima predstavljaju kazneno djelo i u hrvatskom pravu. To je zloraba položaja i ovlasti iz čl. 337. st. 3. i 4. KZ/97 (čl. 291. st. 1. i 2. KZ/11) koje čini službena osoba ovlaštena na raspolaganje proračunskim sredstvima kad prouzroči štetu proračunu kršeći načelo dobrog financijskog upravljanja proklamirano u čl. 11. Zakona o proračunu (NN 87/08), prema kojem se proračunska sredstva moraju koristiti u skladu s načelima dobrog financijskog upravljanja, a posebno u skladu s načelima ekonomičnosti, učinkovitosti i djelotvornosti.

Da je optuženik M sklapanjem ugovora o djelu pribavio protupravnu imovinsku korist optuženiku O, a time ujedno prouzročio i štetu proračunu RH, proizlazi iz okolnosti da je na teret proračuna izvršena isplata bez odgovarajuće protučinidbe jer je studija bila nepotrebna. Kompenzacija se ne sastoji ni u tome što je navedenom isplatom podmiren dug Borova d.d. prema optuženiku O jer RH ne odgovara za dugove Borova d.d. bez obzira na to što je njegov dioničar, a to proizlazi iz odredbe čl. 10. st. 2. ZTD na koju se poziva VSRH. Drukčije bi bilo da je M isplatom prištedio sredstva iz proračuna (usp. *Perron*, u: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl., § 266, rubni br. 44, str. 2470); jedino bi se tada mogla usvojiti teza obrane prema kojoj je M samo izabrao „pogrešnu pravno-tehničku formu“, što bi bilo nedovoljno za postojanje kaznenog djela. Što se pak tiče zaključka VSRH da je inkriminirani ugovor disimulirani posao koji prema čl. 285. st. 2. ZOO nije valjan, treba istaknuti da je to pitanje s kaznenopravnog stajališta neodlučno jer je na temelju takvog ugovora izvršena isplata kojom je prouzročena šteta proračunu pa bi njegovo sklapanje predstavljalo kazneno djelo i kad bi bio pravno valjan.

VSRH s pravom nije prihvatio tezu obrane optuženika M prema kojoj kod njega nije postojala „kriminalna namjera“ jer je on išao za time da optuženiku O isplati honorar na koji je ovaj imao pravo. Optuženik M znao je da se proračunskim sredstvima koristi suprotno njihovoj namjeni, da na taj način iskorištava svoj položaj i da time pribavlja optuženiku O imovinsku korist, a proračunu štetu, za čime je i išao, što je sve dovoljno za namjeru (u ovom slučaju izravnu) kao oblik krivnje za kazneno djelo iz čl. 337. st. 4. KZ/97. On je, također, išao za time da poveća imovinu optuženika O, pa je i postupao s ciljem da drugome pribavi imovinsku korist, čime je ostvario i potrebno subjektivno obilježje (subjektivni element protupravnosti) koje mora postojati pored namjere kao oblika krivnje. Njegov pak cilj da na taj način riješi politički problem koji je nastao zbog nejednakog tretiranja bivših radnika Borova d.d. te smanji političke tenzije koje su time izazvane samo je motiv koji ne isključuje njegovu krivnju, nego utječe na njezin stupanj kao na okolnost važnu za odmjerenje kazne. Taj motiv VSRH je ispravno tretirao kao olakotnu okolnost te mu je zbog toga s pravom snizio kaznu.

Postupak optuženika M ne može se opravdati ni krajnjom nuždom. Nezadovoljstvo izazvano neispunjenjem obveza prema radnicima srpske narodnosti nije dostiglo razinu koja bi se mogla označiti kao opasnost za javni mir (vjerojatnost da će nastupiti društveni nemiri), no svakako se moglo otkloniti na drugi način. Politički problemi ovakvog tipa ne smiju se rješavati kršenjem zakona.

Za tumačenje kaznenog djela zlorabe položaja i ovlasti iz čl. 337. st. 3. i 4. KZ/97 važan je i onaj dio obrazloženja VSRH u kojem se postupanje s ciljem pribavljanja imovinske koristi tretira kao subjektivno obilježje kaznenog djela (a ne namjere kao oblika krivnje), čime

je otvorena mogućnost da to kazneno djelo bude počinjeno i s neizravnom namjerom. Pravno shvaćanje je ispravno, a i praktično važno jer njime VSRH odstupa od prijašnjeg shvaćanja prema kojem se navedeno kazneno djelo može počiniti samo s izravnom namjerom (tako npr. izričito u presudi I Kž-556/03 od 3. 3. 2005.).

II. U ovdje razmatranoj presudi VSRH je zauzeo ispravno stajalište i u vezi s poticanjem. Optuženik O zaista je poticatelj unatoč tome što je inicijativu za počinjenje djela dao optuženik M kao počinitelj. To u teoriji nije sporno. „I onaj koji se sam ponudi da počini djelo može biti potaknut jer njegova konkretna odluka da počini djelo zavisi od ponašanja poticatelja“ (*Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 2003, str. 150*). Po tome se poticanje razlikuje od psihičkog pomaganja kod kojeg je počiniteljeva odluka već učvršćena. U trenutku kada je iznio ideju da se problem riješi sklapanjem ugovora o djelu, M je samo bio sklon počinjenju djela, ali još uvijek nije donio konačnu odluku da ga izvrši; to je učinio tek kada se O suglasio s njegovim prijedlogom. Takvi slučajevi nisu nepoznati u našoj dosadašnjoj sudskoj praksi pa je, primjerice, zbog poticanja na krivotvorenje isprave osuđena osoba koja je prihvatila ponudu počinitelja za izradu krivotvorene vozačke dozvole i isplatila mu zatraženu cijenu (VSRH, I Kž-702/93 od 2.9.1993).

3. Učinak osude za produljeno kazneno djelo na novo djelo koje ulazi u sastav produljenog kaznenog djela

Osuda za produljeno kazneno djelo prijevare u gospodarskom poslovanju isključuje osudu za novo djelo koje ulazi u sastav produljenog kaznenog djela.

**Županijski sud u Bjelovaru, Kž-14/12 od 8.2.2012.
(Općinski sud u Bjelovaru, K-207/11)**

Činjenično stanje

Optuženik je presudom Općinskog suda u Osijeku K-302/10, koja je u pravnoj ocjeni preinačena presudom Županijskog suda u Osijeku Kž-224/11, osuđen za produljeno kazneno djelo prijevare u gospodarskom poslovanju iz čl. 293. st. 2. KZ/97. Nešto kasnije protiv istog optuženika vođen je postupak za novo kazneno djelo iz čl. 293. st. 2. KZ/97 pred Općinskim sudom u Bjelovaru (prijevarom je oštetio isporučitelja robe za 153.378 kuna), za koje je osuđen na jednu godinu zatvora. Rješavajući žalbu optuženika protiv te presude, Županijski sud u Bjelovaru donio je presudu kojom se optužba odbija pozivom na čl. 353. t. 5. ZKP/97 (optuženik je za isto djelo već pravomoćno osuđen).

Iz obrazloženja

Kada se pođe od izreka presuda Općinskog suda u Osijeku i Županijskog suda u Osijeku, proizlazi da je optuženik prvomoćno proglašen krivim zbog produljenog kaznenog djela iz čl. 293. st. 2. KZ u koje ulaze pojedinačne radnje u koje se, po načinu počinjenja i s obzirom na vrijeme počinjenja, potpuno uklapa kazneno djelo za koje je optuženik proglašen krivim pobijanom presudom. Radi se o potpuno identičnim radnjama jer se optuženik kao sredstvom koristi svojim trgovačkim društvom uz pomoć Ž. S. te se koristi nenaplativim instrumentima osiguranja plaćanja, bjanko zadužnicom i na taj način od drugih tvrtki ili obrta naručuje robu koja mu je isporučena, a koju nikad nije platio. Kazneno djelo i vremenski se uklapa u produljeno kazneno djelo jer proizlazi da optuženik ponavlja istovrsne radnje od 16. travnja 2005. do 23. svibnja

2005., zatim od 27. travnja do 15. lipnja 2005., dok je kazneno djelo iz pobijane presude počinjeno sredinom mjeseca travnja 2005.

Stoga je valjalo prihvatiti osnovanim prigovore iz žalbe da je u ovom slučaju povrijeđen Kazneni zakon na štetu optuženika sukladno odredbi čl. 368. t. 3. ZKP jer je on zbog istog djela već presuđen. S obzirom na postojanje navedenih sjedinjavajućih elemenata za pravnu konstrukciju produljenog kaznenog djela, irelevantno je što se radi o različitim oštećenim. Osim toga, sama kriminalna količina u ovom kaznenom predmetu, s obzirom na pribavljenu protupravnu imovinsku korist, znatno ne odstupa od one kriminalne količine u pojedinim radnjama počinjenja koje čine produljeno kazneno djelo za koje je optuženik pravomoćno osuđen.

Napomena

Ovdje se najprije postavlja pitanje je li produljeno kazneno djelo prijave uopće moguće. U odluci Velikog senata njemačkog Saveznog suda iz 1994. (objavljenoj u *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, svezak 40, str. 138), kojom je bitno reducirana pravna figura produljenog kaznenog djela, posebno je istaknuto da je upravo kod prijave isključeno produljeno kazneno djelo. Takvo je stajalište zauzeto i u nekim odlukama naših sudova (Županijski sud u Rijeci, KŽ-247/00, HLJKPP 1/01, str. 671; Županijski sud u Zagrebu KŽ-934/02, *Hrvatska pravna revija* 6/05, str. 75). No kako je kod nas, za razliku od njemačkog prava, produljeno kazneno djelo propisano zakonom, ne vidi se zašto se zakonska definicija iz čl. 61. st. 2. KZ/97 ne bi odnosila i na prijeveru (odnosno prijeveru u gospodarskom poslovanju). Županijski sud u Bjelovaru s pravom upućuje na identični modus operandi kao i na vremensku povezanost kao „sjedinjavajuće elemente“. Doduše, u čl. 61. t. 2. KZ/97 traže se „i druge stvarne okolnosti“ koje taj sud ne spominje, ali nije jasno što one obuhvaćaju. Obuhvati li se tim pojmom prostorna povezanost, ispunjen je i taj uvjet ako se shvati ekstenzivno jer se osječko i bjelovarsko područje, na kojima su počinjena pojedina djela, dodiruju. Misli li se pak na identitet oštećenika, što se izričito tražilo novelom KZ iz 2003. (koju je ukinuo Ustavni sud), treba navesti da sudska praksa tu okolnost nije smatrala nužnom za konstrukciju produljenog kaznenog djela. Sve to dokazuje da je zakonska definicija produljenog kaznenog djela rastezljiva pa se ne bi moglo tvrditi da interpretacija Županijskog suda u Bjelovaru nema uporište u zakonu.

Prihvati li se konstrukcija produljenog kaznenog djela, opravdano je i daljnje stajalište u ovdje razmatranoj odluci prema kojem je riječ o presuđenoj stvari pa je za novopronađeno djelo optužba odbijena. Ako je produljeno kazneno djelo jedno kazneno djelo, može se zbog njega voditi samo jedan postupak i donijeti samo jedna presuda; stoga je presuda prvostupanjskog suda u suprotnosti s odredbom čl. 11. st. 1. ZKP/97, prema kojoj nitko ne može biti ponovo suđen za djelo za koje je već osuđen, a koja je samo ponavljanje odredbe čl. 31. st. 2. Ustava. Takvo je stajalište s pravom zauzeo i VSRH u odluci I KŽ-34/10 od 2.3.2010. kojom je odbijena optužba za nove radnje iz sastava kaznenog djela zlouporabe opojnih droga iz čl. 173. st. 2. KZ/97 za koje je optuženik već bio pravomoćno osuđen.

Pa ipak, ovdje razmatrana odluka izaziva sumnje. Je li ranija pravomoćna presuda obuhvatila cjelokupno nepravo i krivnju ukupne optuženikove djelatnosti? Bi li bila izrečena ista kazna za produljeno kazneno djelo da su sudovi znali i za kasnije djelo? Možda su se u spomenutom slučaju novooptuženih radnji iz čl. 173. st. 2. KZ/97 te radnje zaista mogle zanemariti, ali ovdje je u pitanju znatna nova kriminalna količina koja nije obuhvaćena ranijom osudom za produljeno kazneno djelo. Nije li na taj način optuženiku neopravdano oproštena kazna zatvora u trajanju od jedne godine? Istina je, i da je ostala, ona bi u postupku nepravne obnove kaznenog postupka bila smanjena, ali bi to smanjenje bilo manje od onoga koje proizlazi iz

odbijajuće presude. Što ako ima još daljnjih, do sada neotkrivenih optuženikovih prijevара, nije li on za sve njih već unaprijed pomilovan? Odbijanjem optužbe onemogućena je i oštećeniku realizacija imovinskopravnog zahtjeva protiv počinitelja prijevara u gospodarskom poslovanju na koji ima pravo bez obzira na to što počinitelj nije imovinsku korist ostvario za sebe (VSRH, Kzz-42/10 od 6.10.2010.).

Na taj se način došlo do jedne od slabosti konstrukcije produljenog kaznenog djela: ona onemogućuje osudu za novootkrivena djela i onda kada predstavljaju znatnu kriminalnu količinu koja nije obuhvaćena produljenim kaznenim djelom. Konstrukcija trpi i niz drugih prigovora (neosnovano pogodovanje počinitelja pri odmjeravanju kazne u odnosu na stjеcaј, nedoumice oko јedinstvene i produljene namjere, računanje početka zastare od posljednje radnje u nizu, šarolikost sudske prakse koja dovodi do nejednakog tretmana serijskih počinitelja, neostvarenje ekonomičnosti kao željenog cilja jer se i kod produljenog kaznenog djela moraju utvrđivati pojedine radnje, procesne teškoće u slučajevima kad nisu dokazane pojedine radnje itd.). Zbog toga je u modernom kaznenom pravu jaka tendencija napuštanja te konstrukcije; ona je radikalno provedena u švicarskom pravu (odlukama švicarskog Saveznog suda iz 1990. i 1991. godine; pobliže o tome *Stratenwerth*, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 2005, str. 494), dok je u već spomenutoj odluci njemački Savezni sud primjenu pravne figure produljenog kaznenog djela reducirao na slučajeve kada je „nužna da se obuhvati ostvareno nepravo i krivnja“. Kako sudska praksa do sada nije utvrdila slučajeve takve nužnosti, i u njemačkom pravu je produljeno kazneno djelo praktično napušteno (pobliže o tome *Stree/Sternberg-Lieben*, u: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28. Aufl., 2010, str. 823).

Iz navedenih je razloga i radna skupina za pripremu novog Kaznenog zakona razmatrala mogućnost potpunog ukidanja produljenog kaznenog djela. Ocijenivši da bi to izazvalo poremećaj u sudskoj praksi, skupina se odlučila za kompromisno rješenje koje je konačno izraženo u čl. 52. KZ/11. Produljeno kazneno djelo je zadržano, ali u suženom obliku jer je isključeno kod kaznenih djela koja predstavljaju napad na život, tijelo, spolnu ili druge slobode osobe. To znači da nije isključeno kod imovinskih i gospodarskih delikata, pa prema tome ni kod prijevara, odnosno prijevara u gospodarskom poslovanju. Ponešto iznenađuje da je isključeno kod seksualnih delikata, naročito onih prema djeci, gdje će zbog toga nastati teškoće u praksi (ali ne i nerješive!), dok je zadržano kod imovinskih delikata gdje bi prijelaz na realni stjеcaј stvarao manje poteškoća. Stoga će problemi o kojima je riječ u ovom komentaru ostati.

4. Odnos protupravnog oduzimanja slobode i otmice

Vožnja maloljetne djevojke protiv njezine volje iz Rijeke u Zagreb kako bi je se prisililo da putem trpi bludne radnje predstavlja kazneno djelo otmice iz čl. 125. st. 2. KZ/97.

**VSRH, I Kž-421/09 od 15.9.2011.
(Županijski sud u Virovitici, K-33/08)**

Činjenično stanje

Optuženik je djevojci u dobi od 16 godina, koju je upoznao u kafiću, nakon ponoći, u Rijeci, obećao da će je odvesti kući, nakon čega je ona ušla u automobil kojim je upravljao optuženikov brat te sjela s optuženikom na stražnje sjedište. Oni su, međutim, protiv njezine volje i unatoč molbi da je odvezu kući, krenuli prema Zagrebu, pri čemu je optuženik od nje zahtijevao spolni odnos, što je ona odbila. Tijekom vožnje optuženik je nad njom izvršio niz

bludnih radnji. Kada su stigli u Zagreb, optuženik je oštećenici omogućio povratak u Rijeku plativši joj kartu za vlak.

Prvostupanjskom presudom optuženik je oglašen krivim zbog otmice iz čl. 125. st. 2. KZ/97 i bludnih radnji iz čl. 193. st. 1. u vezi s čl. 188. st. 4. KZ/97 te je osuđen na jedinstvenu kaznu zatvora u trajanju od jedne godine i šest mjeseci. VSRH je odbio žalbe državnog odvjetnika i optuženika.

Iz obrazloženja

Optuženik je nastavljanjem vožnje, unatoč zahtjevu oštećenice da vozilo zaustavi, očitovao svoju svijest i htijenje da oštećenici oduzme odnosno ograniči slobodu kretanja i odlučivanja s ciljem za kojim je išao sve do trenutka kada je dovedena na željeznički kolodvor u Zagrebu i kada joj je plaćena karta za povratak u Rijeku. Takvim načinom postupanja optuženik je ostvario obilježja kvalificirane otmice, vezano uz svojstvo žrtve, protupravnim radnjama prijevernog postupanja, držanjem oštećenice zatvorenom, oduzimanjem slobode, kao i daljnjim ograničavanjem slobode kretanja i odlučivanja, sa svrhom da prisili žrtvu da trpi nasilne spolne radnje.

Napomena

Ovaj slučaj ponovo stavlja na dnevni red odnos kaznenih djela protupravnog oduzimanja slobode i otmice (v. komentar u HLJKPP 1/1997, str. 250). Temeljni oblik otmice (čl. 125. st. 1. KZ/97) predstavlja kvalificirani oblik protupravnog oduzimanja slobode (čl. 124. st. 1. KZ/97) jer se pored protupravnog zatvaranja, držanja zatvorenim ili oduzimanja ili ograničenja slobode na drugi način (što su obilježja obaju djela) traži još i dodatno obilježje koje se sastoji u postupanju s ciljem da se žrtvu ili nekog drugog prisili da što učini, ne učini ili trpi. No tko uopće oduzima slobodu drugome, a da to ne učini s navedenim ciljem? Na taj su način gotovo sva oduzimanja slobode postala otmicom. Nejasnoće se još i povećavaju kada se ima u vidu da se u kvalificiranim oblicima otmice (čl. 125. st. 2. i 4., ali ne i u st. 3.!) žrtva označuje kao talac, što bi upućivalo na zaključak da je otmica zapravo uzimanje talaca, dakle osoba koje služe kao sredstvo za prisilu nekog drugog, no takvo ograničenje otmice nema uporište u čl. 125. st. 1. KZ/97 u kojem je izričito rečeno da se prisiljavati na činjenje, nečinjenje ili trpljenje može i sama oteta osoba koja nije talac.

Kraj takve legislativne zbrke ne čudi da je i praksa bila neujednačena. Oduzimanje slobode žrtvi kako bi se od nje iznudile određene informacije jednom se kvalificiralo kao protupravno oduzimanje slobode (VSRH, III Kr-403/94, HLJKPP 1/1995, str. 215), a drugi put kao otmica (VSRH, I Kž-272/93, HLJKPP 1/1997, str. 250). Stajalište koje je zauzeto u ovdje razmatranom slučaju, prema kojem oduzimanje slobode radi daljnjeg seksualnog delikta predstavlja kazneno djelo otmice, nije dosljedno poštovao ni sam VSRH jer je u drugom slučaju prisiljavanje žrtve na vožnju s optuženikom radi spolnog odnošaja označio kao protupravno oduzimanje slobode (VSRH, I Kž-918/09, VSRH, Izbor odluka 2/2009, str. 226).

Nedostatke dosadašnjeg KZ otklonio je novi Kazneni zakon tako da je u čl. 137. st. 1. otmicu suzio na oduzimanje slobode drugome s ciljem da se nekog *trećeg* prisili da što učini, ne učini ili trpi. Sada je jasno rečeno da je otmica uzimanje talaca. Oduzme li se sloboda osobi kako bi se ona sama prisila da što učini, ne učini ili trpi, djelo će se označiti samo kao protupravno oduzimanje slobode (čl. 136. KZ/11). Prema tome, i slučajevi poput ovdje razmatranog bit će ubuduće protupravno oduzimanje slobode, a ne otmica.