

SUDSKA PRAKSA

SUDSKA PRAKSA

Dr. sc. Petar Novoselec*

1. Razgraničenje supočiniteljstva i pomaganja. Dragovoljni odustanak sudionika.

Optuženik koji prema dogovoru automobilom doveze počinitelja u blizinu mjesta događaja radi razbojništva, a onda, ne dočekavši ga, odveze se automobilom kući, pomagatelj je u pokušaju razbojništva od kojeg je dragovoljno odustao.

VSRH, I Kž-440/00-3 od 26. 4. 2001.
(Županijski sud u Zagrebu, K-172/99 od 20. 4. 2000.)

Činjenično stanje

Optuženik A nagovorio je optuženika B da ga očevim osobnim automobilom odveze do trgovine u manjem mjestu i pričeka dok ne izvrši razbojništvo. B je to i učinio te navečer iskrcao A na parkiralištu nedaleko od trgovine. A je izišao iz automobila s maskirnom kapom i pištoljem, ali nije odmah ušao u trgovinu čekajući povoljni trenutak. Kad je ocijenio da je prilika povoljna, ušao je u trgovinu i uperio pištolj u vlasnika zatraživši od njega novac, što je ovaj odbio učiniti. Kako se vlasnik nije dao uplašiti ni ispaljenim hicem u pod, A je izišao iz trgovine, no na parkiralištu više nije bilo automobila jer se B u međuvremenu odveo kući. Taj je postupak B objasnio time da je automobil morao vratiti ocu pa više nije mogao čekati.

Državni je odvjetnik optužio optuženika A zbog razbojništva iz čl. 218. st. 2. KZ u pokušaju, a optuženika B zbog pomaganja u tom kaznenom djelu, ali uz primjenu odredaba o dragovoljnom odustanku. Prvostupanjski je sud prihvatio navedene pravne oznake za oba optuženika te primjenom odredaba o ublažavanju kazne osudio optuženika A na kaznu zatvora u trajanju od jedne godine, dok je optuženika B oslobodio kazne. Obrazlažući takvu odluku za B, prvostupanjski se sud pozvao na "nedvojbenu činjenicu o njegovu dragovoljnom odustanku od daljnjeg pomaganja, uzimajući u obzir da je kazneno djelo razbojništva te zgrade ostalo u pokušaju". Žalbe državnog odvjetnika (samo zbog kazne izrečene optuženiku A) i optuženika A VSRH odbio je kao neosnovane.

Napomena

I. Tko doveze počinitelja u neposrednu blizinu objekta u kojem će ovaj izvršiti razbojništvo i tamo ga čeka kako bi se poslije oba s plijenom brzo udaljili s mjesta događaja, nije pomagatelj, nego supočinitelj u razbojništvu. Stoga je i u našem primjeru B supočinitelj, a ne pomagatelj. Doduše, već ga je državni odvjetnik u optužnici pogrešno označio kao pomagatelja, ali to nije smjela biti zapreka prvostupanjskom sudu da u presudi tu pogrešku ispravi jer sud nije vezan prijedlozima tužitelja o pravnoj ocjeni djela (čl. 367. st. 2. ZKP). Žalbeni je pak sud nije mogao ispraviti jer pravna oznaka nije bila pobijana žalbom, a kako je riječ o povredi Kaznenog zakona u korist optuženika, nije bilo moguće ni ispraviti je po službenoj dužnosti. Stoga je izostalo izričito stajalište VSRH o tom pitanju.

Pođe li se od vlasti nad djelom kao teorijske osnovice počiniteljstva (pa prema tome i supočiniteljstva), valja uzeti da je B imao takvu vlast. On je na temelju zajedničkog dogovora

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

imao određeni zadatak pri izvršenju razbojništva koji se sastojao u dovoženju drugog počinitelja u neposrednu blizinu trgovine i omogućavanju njegova bijega s plijenom nakon (formalnog) dovršenja djela. Takav se doprinos zacijelo treba smatrati bitnim jer bez njega A ne bi mogao izvršiti djelo u zamišljenom obliku. Da je optuženik B djelovao samo u stadiju pripremanja, npr. da je dovezao optuženika A na mjesto događaja, a onda se udaljio, ostao bi u granicama pomaganja. Međutim, on je djelovao i u vrijeme izvršenja djela jer je i čekanje u automobilu spremnom za pokret takva djelatnost (osiguranje kompanjona), a planirano odvoženje optuženika A s plijenom kao radnja poduzeta između formalnog i materijalnog dovršenja također je oblik doprinosa za vrijeme počinjenja djela. Zato i ne čudi da upravo takvu djelatnost *Jescheck* smatra školskim primjerom supočiniteljstva: čeka li jedan sudionik s uključenim motorom pred bankom, dok drugi isključuje alarmni uređaj, treći osigurava izlaz, četvrti s uperenim pištoljem onemogućuje otpor namještenika a peti trpa novac u vreću, svi oni imaju vlast nad djelom i stoga su supočinitelji (usp. *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Berlin, 1966, str. 680). Uostalom i VSRH je u jednom drugom slučaju s pravom uzeo da su supočinitelji razbojništva jedan član grupe koji je dovezao drugu dvojicu automobilom ispred butika, drugi koji je s uperenim pištoljem prisilio prodavačicu da mu preda novac i treći koji je pokupio robu, nakon čega su svi pobjegli s plijenom u automobilu u kojem ih je čekao prvi član grupe (VSRH, I Kž-635/91, Iudex 2/1993, str. 127). Drukčije stajalište zauzima *Bačić*, koji smatra da “nije suizvršitelj, već pomagač onaj tko je pričekao u autu počinitelja djela da ga odvede s mjesta događaja” (*Bačić/Pavlović*, Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, 2004, str. 161), ali to pobliže ne obrazlaže.

Čini se da su sudovi usvajanje vlasti nad djelom u Kaznenom zakonu i napuštanje do tada dominantne teorije o podjeli rada shvatili kao poziv na generalno sužavanje počiniteljstva, tako da se svi oni koji vlastoručno ne ostvaruju barem jedno obilježje kaznenog djela ne smatraju supočiniteljima, nego pomagateljima. Posebno je to došlo do izražaja i kod čuvanja straže koje se sve češće smatra oblikom pomaganja (npr. u odluci VSRH, I Kž-198/02). Za takvu radikalnu izmjenu sudske prakse nema opravdanja. Teorija o vlasti nad djelom ne odbacuje podjelu rada kao jednu od pretpostavki supočiniteljstva, jedino smatra da svaki doprinos u okviru te podjele nije dovoljan, nego se traži da on bude bitan. Ni sadašnji zakonski tekst (čl. 35. st. 3. KZ) ne ograničava supočiniteljstvo na “sudjelovanje u počinjenju”, tj. na vlastoručno ostvarivanje nekog obilježja kaznenog djela, nego i dalje dopušta da se ono ostvari “na drugi način”, tj. radnjama koje se ne mogu izravno podvesti pod biće kaznenog djela, ali jesu bitan doprinos njegovu ostvarenju. Doprinos je pak bitan ako o njemu ovisi uspjeh zajedničkog plana (usp. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, München, 2003, str. 87). Čekanje u automobilu s upaljenim motorom jest takav bitan doprinos, a u najvećem broju slučajeva to će biti i čuvanje straže.

II. Ne može se prihvatiti ni stajalište da je optuženik B dragovoljno odustao od pokušaja razbojništva. Iстина je, prvostupanjski je sud imao uporište u odluci VSRH I Kž-207/91 u kojoj je priznat dragovoljni odustanak počinitelju razbojništva koji se tijekom izvršenja preplašio i pobjegao, dok su druga dvojica dovršila djelo, ali je i ta odluka evidentno pogrešna. Da bi postojao dragovoljni odustanak sudionika, nije dovoljno da se on povuče prije dovršenja djela, nego mora spriječiti počinjenje (preciznije bi bilo: dovršenje) kaznenog djela (čl. 36. st. 4. KZ). Odustanak sudionika kojim se ne sprječava dovršenje djela samo je olakotna okolnost. Doduše, u ovdje razmatranom slučaju razbojništvo je ostalo u pokušaju, ali ne zato što bi B spriječio njegovo dovršenje. Tome valja dodati da njegov odustanak nije bio ni dragovoljan jer je on na nj bio potaknut okolnošću da se A nije dulje vremena pojavljivao pa je ocijenio da daljnje čekanje nema smisla. Odustane li netko zato što je razumno zaključio da mu ništa drugo ne preostaje, odustanak se neće smatrati dragovoljnim jer nije izraz autonomne odluke počinitelja, nego je uvjetovan vanjskim okolnostima. Iz istih razloga ne može se smatrati dragovoljnim ni odustanak optuženika A (što ovdje i nije bilo sporno) jer je i on odustao zbog neočekivano jakog otpora žrtve.

2. Zaštita stranih pravnih dobara

Optuženik koji je kao načelnik odjela temeljne policije u Policijskoj upravi Grude (BiH) iz prostorija Odjela kriminalističke policije uzeo i zadržao za sebe pušku "Winchester" nije službena osoba u smislu čl. 89. st. 3. KZ jer ta odredba obuhvaća samo hrvatske upravne službenike pa ne čini kazneno djelo zlouporabe položaja i ovlasti iz čl. 337. st. 3. Kaznenog zakona.

**Županijski sud u Splitu, Kž-415/04 od 27. 4. 2004.
(Općinski sud u Imotskom, K-149/03)**

Činjenično stanje

Optuženik, hrvatski državljanin s prebivalištem na području RH, bio je zaposlen kao načelnik odjela temeljne policije u Policijskoj upravi Grude (BiH). U tom odjelu bila je pohranjena puška "Winchester" oduzeta jednoj osobi osumnjičenoj za ubojstvo. Pušku je trebalo dati na balističko vještačenje, ali ju je optuženik odnio kući i zadržao za sebe "jer voli oružje". Nedugo nakon toga zamijenio ju je drugom puškom, tražeći od skladištara da je evidentira kao pušku oduzetu od navedene osobe osumnjičene za ubojstvo.

Prvostupanskom je presudom osuđen zbog kaznenog djela zlouporabe položaja i ovlasti iz čl. 337. st. 3. KZ, ali je žalbeni sud presudu preinačio i oslobodio ga optužbe jer djelo koje mu je stavljeno na teret nije kazneno djelo.

Iz obrazloženja

Ima pravo okrivljenik kad opovrgava presudu suda prvoga stupnja poradi povrede Kaznenog zakona. Sukladno članku 3. KZ-a spram počinitelja se primjenjuje zakon koji je bio na snazi u vrijeme kad je kazneno djelo počinjeno, s tim što će se, ako se nakon počinjenja kaznenog djela zakon jedanput ili više puta izmijeniti, primijeniti zakon koji je blaži za počinitelja.

Napomena

Iako je citirano obrazloženje do te mjere šturo da je teško dokučiti što se zapravo htjelo reći, stajalište prema kojem Hrvatska u navedenom primjeru nije imala kaznenu vlast je ispravno.

Na prvi se pogled čini da u ovom slučaju kaznena vlast Republike Hrvatske proizlazi iz načela aktivnog personaliteta jer je optuženik hrvatski državljanin s prebivalištem na području Republike Hrvatske i, prema tome, dostupan njezinim državnim tijelima (čl. 14. st. 2. KZ). No prema tom načelu hrvatski državljanin može odgovarati za kaznena djela počinjena u inozemstvu samo ako je njegovom radnjom ostvareno biće kaznenog djela prema hrvatskom zakonu, a to ovdje nije slučaj. Čl. 89. st. 3. KZ ograničava pojam službene osobe na hrvatske službenike i utoliko je Županijski sud u Splitu u pravu. Iz drugostupanske presude dalo bi se zaključiti da bi optuženik bio službena osoba u smislu hrvatskog zakona da je djelo počinio nakon stupanja na snagu novele od 14. prosinca 2000. kojom je pojam službene osobe proširen i na neke strane dužnosnike, no i to je stajalište pogrešno. Među osobama nabrojenim u čl. 89. st. 3. KZ nakon te izmjene spomenuti su, doduše, i strani javni službenici, ali samo kad je riječ o kaznenim djelima koja je RH dužna kažnjavati po međunarodnom pravu, a o tome ovdje ne može biti govora. Prema tome, da je kazneno djelo počinjeno nakon spomenute novele, ishod bi bio isti.

Kazneni zakon je u čl. 89. st. 3. vrlo jasno stavio do znanja da kaznena djela protiv službene dužnosti u stranoj zemlji - s navedenom iznimkom za međunarodna kaznena djela - ne podliježu hrvatskoj kaznenoj vlasti. Po tome se tretman stranih službenika razlikuje od, primjerice, tretmana stranog novca koji je u čl. 89. st. 25. izričito izjednačen s domaćim.

U suvremenoj kaznenopravnoj literaturi (usp. Schönke/Schröder [autor *Eser*], Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. izd., München, 2001, str. 73 - 75) prevladava shvaćanje prema kojem se kao strana pravna dobra koja se ne štite u domaćem kaznenom pravu smatraju državni interesi stranih nositelja suvereniteta. Stoga se pod kaznenu vlast neke zemlje ne mogu podvesti napadi na stranu državu ako je riječ o napadu na njezin unutarnji poredak, na interese njezina proračuna ili njezine uprave ili uopće na djelatnost koja je izraz njezina suvereniteta. Kaznena vlast države ne može se sastojati u zaštiti stranih državnih ustanova i njihovih interesa. To u prvom redu vrijedi za politička kaznena djela, ali i za porezna i carinska kaznena djela, kod kojih se kaznenopravna zaštita također ograničava na domaća pravna dobra. Pravna dobra stranih država iznimno podliježu kaznenoj vlasti druge države kad je riječ o stranim interesima koji su u manjoj mjeri izraz suverenosti, a više imaju karakter individualnih pravnih dobara, pa se onda kaznena vlast proširuje i na imovinska kaznena djela ne samo na štetu stranih fizičkih i privatnih pravnih osoba nego i na štetu stranog državnog vlasništva. Čak i kod napada na suverene interese strane države može doći do primjene prava druge zemlje ako je to istodobno u njezinu interesu, npr. u pogledu zaštite stranih javnih isprava jer se one primjenjuju i na području druge države.

Posebno je jaka tendencija da se internim pravom država članica Europske unije osigura zaštita financijskih interesa Europske unije, čemu osobito služi Konvencija za zaštitu financijskih interesa Europskih zajednica od 26. srpnja 1995., koja je stupila na snagu 17. listopada 2002. (poznata pod nazivom PIF), jer obvezuje države potpisnice da prijave na račun proračuna Europske unije predvide kao kaznena djela. Prvim protokolom Konvenciji od 27.9.1996. propisana je obveza država potpisnica da inkriminiraju pasivnu i aktivnu korupciju europskih dužnosnika, a Drugim protokolom od 19.6.1997. da inkriminiraju pranje novca dobivenog od prijevare na račun proračuna EU i odgovornost pravnih osoba za prijave, aktivnu korupciju i pranje novca koji potječe iz takvih prijevare. Te obveze vrijede već sada i za Hrvatsku na temelju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Europskih zajednica i njihovih država članica i RH od 29. listopada 2001. (NN MU 14/01).

Kako u ovdje razmatranom slučaju nije riječ ni o jednoj od situacija u kojima bi Hrvatska bila dužna štiti pravna dobra druge države, ne može biti ni govora o njezinoj dužnosti da kažnjava zlouporabu službenog položaja stranog upravnog službenika, bez obzira na to što je on istodobno i hrvatski državljanin. Moglo bi se, međutim, postaviti pitanje je li pravna oznaka ispravna i bi li se u slučaju drukčije oznake moglo primijeniti hrvatsko kazno zakonodavstvo. Pođe li se od supsidijarne naravi zlouporabe položaja i ovlasti iz čl. 337., valja dati prednost drugom kaznenim djelima čija su obilježja ostvarena, u ovom slučaju pronevjeri. Optuženiku je puška bila povjerena u službi jer je on, između ostalog, rukovodio i odjelom kriminalističke policije u kojem je puška bila pohranjena radi vještačenja. Bi li se, dakle, moglo primijeniti hrvatsko kazneno pravo ako bi se optuženikova radnja označila kao pronevjera? To bi se moglo prihvatiti da je pronevjera počinjena na radu kod nekog privatnog poslodavca, ali ne i kad je počinjena u službi jer je u tom obliku opet može počinuti samo službena osoba. Osim toga optuženikova djelatnost nije bila usmjerena samo protiv strane državne imovine nego i protiv stranog pravosuđa pa bi, pri ispravnoj pravnoj kvalifikaciji, valjalo uzeti da je u stjecaju s pronevjerom počinjeno i kazneno djelo pomoći počinitelju nakon počinjenja kaznenog djela (čl. 301. KZ), a zaštitu pravosuđa druge zemlje Hrvatska također nije dužna pružati. Prema tome, ni u slučaju ispravne pravne oznake djela Hrvatska ne bi imala kaznenu vlast.

3. Stjecaj silovanja, zapuštanja i zlostavljanja djeteta ili maloljetne osobe i nasilničkog ponašanja u obitelji. Pravo privilegiranog svjedoka na uskratku iskaza.

I. Otac koji je u više navrata pred svoje dvoje djece prisiljavao suprugu na spolni odnos, stavljao joj svoje spolovilo u usta i uvlačio spolovilo psa u njezino spolovilo, počinio je produljeno kazneno djelo silovanja na osobito ponižavajući način (čl. 188. st. 2. KZ) u stjecaju s kaznenim djelom zapuštanja i zlostavljanja djeteta ili maloljetne osobe (čl. 213. st. 2. i 3. KZ).

II. Optuženikov sin nije mogao uskratiti iskaz u odnosu na kazneno djelo zapuštanja i zlostavljanja djeteta ili maloljetne osobe jer je ono počinjeno na njegovu štetu, ali je mogao u odnosu na kazneno djelo nasilničkog ponašanja u obitelji počinjeno na štetu njegove majke.

**VSRH, I Kž-1069/03-6 od 17. 6. 2003.
(Županijski sud u Zagrebu, I-KZM-8/03)**

Činjenično stanje

Optuženik je 1996. godine počeo nagovarati svoju tada trudnu suprugu na spolni odnos s psom, govoreći da je to gledao na videokasetama, što je ona odbijala. Te godine rođen im je sin L. a 1998. i sin T. Nagovaranje se ponovilo 1999. godine kad ju je najprije istukao, a onda doveo psa, da bi joj nakon toga do 2001. godine doveo još četiri ili pet raznih pasa. Pse je pripremao na spolni odnos tako da im je nadraživao spolovila, a onda ih pokušao ugurati u njezino spolovilo. Jednom prilikom je u tome uspio, dok ju je u drugim situacijama prisiljavao da uzme pseće spolovilo u usta (da psu "popuši") ili da dira pseće spolovilo. Bila je prisiljena to učiniti jer bi se optuženik u protivnom slučaju počeo tresti, pri čemu mu je dolazila slina na usta. Ponekad ju je primao za vrat i prisiljavao na te radnje ili stavljao nož pod vrat. Stariji sin L., ispitan kao svjedok u skladu s čl. 238. st. 5. ZKP, vidio je kako tata pljuska mamu, a sjeća se i da je tata jednom prilikom doveo velikog psa "da napada mamu". Optuženik je 25. prosinca 2002. u kupaonici iščuškao suprugu i vukao je za kosu, a zatim joj pritisnuo glavu prema dolje i stavilo svoje spolovilo u usta. Kako su vrata kupaonice bila otvorena, to je vidio njihov sin T., a optuženik je to prokomentirao riječima: "Neka vidi kako kurva puši." Nakon toga supruga je s dvoje djece napustila optuženika i preselila se u drugi stan. Optuženik je u taj stan ušao nasilno 10. veljače 2003. i prijeteći pištoljem TT cal. 7,62 mm i nožem prisilio suprugu na spolni odnošaj u prisutnosti obaju sinova. Optuženik je povrh toga u više navrata pred djecom tukao suprugu rukama i nogama po glavi, prijeteći da će ubiti nju i djecu. Sina L., kojemu je zbog bolesti mišića otežano kretanje, istukao je na ulici u prisutnosti drugog sina i supruge jer nije mogao voziti bicikl, a drugom prilikom istukao ga je kuhačom jer nije raspoznavao boje. Sve je to kod sina L. dovelo do psihotraumatizacije u vidu emocionalne reakcije tipa tjeskobe i depresije, patološkog straha od oca, poremećaja spavanja, niskog samopouzdanja i osjećaja manje vrijednosti, što je prema mišljenju psihijatrijskog vještaka teško narušenje zdravlja.

Prvostupanjskom presudom optuženik je oglašen krivim zbog silovanja na osobito ponižavajući način (čl. 188. st. 2.), zapuštanja i zlostavljanja djeteta ili maloljetne osobe na štetu sina L. kojim mu je teško narušeno zdravlje (čl. 213. st. 3. KZ), istog kaznenog djela na štetu sina T. (čl. 213. st. 1. KZ) i nasilničkog ponašanja u obitelji na štetu supruge (čl. 215.a KZ) te mu je izrečena jedinstvena kazna zatvora u trajanju od deset godina. Presudom i rješenjem VSRH ukinuta je prvostupanjska presuda u odnosu na kazneno djelo nasilničkog ponašanja u obitelji iz čl. 215.a, dok je u odnosu na preostala kaznena djela prihvaćena žalba državnog odvjetnika i

nakon što su povećane pojedinačne kazne optuženiku je izrečena jedinstvena kazna zatvora u trajanju od dvanaest godina.

Iz obrazloženja

Nije u pravu optuženik kad osporava dio pravne oznake djela počinjenog na štetu supruge jer da se u spolnom općenju s psima ne stječu sva bitna obilježja kaznenog djela silovanja. Neprihvatljivo je obrazloženje žalbe da se opisano kazneno djelo može odnositi samo na ljude. Unošenjem u radnju počinjenja kaznenog djela iz čl. 188. KZ spolne radnje izjednačene sa spolnim odnošajem proširena je kriminalna zona kod seksualnih delikata, a razlozi za to proširenje nalaze se u pojačanoj zaštiti čovjekove slobode i u sankcioniranju radnji i postupaka kojima se ta sloboda ugrožava i povređuje.

U konkretnom slučaju u pojam spolne radnje izjednačene sa spolnim odnošajem nedvojbeno ulazi i uguravanje penisa psa i penetracija u spolni organ oštećenice. Ako je dosadašnja sudska praksa stala na stajalište da penetracija drugim dijelovima tijela odnosno predmetima predstavlja spolnu radnju izjednačenu sa spolnim odnošajem, onda se takvo stajalište to više ima odnositi na opisani slučaj, gdje se radilo o uguravanju penisa psa i penetraciji u spolovilo oštećenice, a s ciljem zadovoljavanja spolnog nagona...

Međutim, opravdano se u žalbi optuženika ističe da maloljetnik svjedok L. nije propisno upozoren na blagodat nesvjedočenja u odnosu na majku i da se zbog toga na njegovu iskazu u pogledu te oštećenice ne može temeljiti sudska odluka. Prema odredbi čl. 234. st. 6. ZKP ml. T. mogao je iskazivati o okolnostima koje se odnose na kazneno djelo počinjeno na njegovu štetu i utoliko nije mogao uskratiti iskaz, ali u odnosu na kazneno djelo počinjeno na štetu njegove majke trebao je biti posebno upozoren na blagodat nesvjedočenja, čije značenje je sposoban shvatiti prema mišljenju psihijatrijskog vještaka, a njegov odgovor bilo je potrebno unijeti u zapisnik. Kako je prvostupanjski sud presudu temeljio na nezakonitom dokazu, ostvarena je bitna povreda odredaba kaznenog postupka iz čl. 367. st. 2. u svezi s čl. 9. st. 2. ZKP.

Napomena

Stajalište VSRH u presudi (ali ne i u rješenju) valja u cijelosti prihvatiti.

I. Uvlačenje spolovila psa u spolovilo žrtve VSRH s pravom označuje kao spolnu radnju izjednačenu sa spolnim odnošajem. VSRH je već prije zauzeo stajalište da je takva radnja ne samo penetracija dijelovima tijela, npr. prstom, u vaginu žene, nego je to i penetracija predmetima (VSRH, I Kž-294/01, HLJKPP 1/2002, str. 202; usprkos toj odluci *Ana Garačić* izražava skepticizam glede izjednačavanja dijelova tijela i predmeta kao sredstava penetracije, v. Konačni prijedlog zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona, Organizator, Zagreb, 2003, str. 81). Pođe li se od toga da je vagina najintimniji dio ženskog tijela, svejedno je prodire li se nasilno u nju dijelom tijela ili predmetom, a spolovilo psa je svakako predmet. Isto je tako opravdan zaključak da takav sadistički, pa i morbidan, način izvršenja djela znatno nadmašuje poniženje koje je svojstveno svakom silovanju pa ga valja označiti kao osobito ponižavajući. To vrijedi i za spolni odnošaj pred djecom, uključujući i prisiljavanje na felaciju pred njima. Doduše, VSRH nije bio uvijek sklon da samu felaciju smatra osobito ponižavajućom (npr. u odlukama I Kž-1015/93 i I Kž-272/94; slično i austrijska judikatura, usp. *Foregger/Serini*, Strafgesetzbuch, Wien, 1999, str. 588), ali u konkretnom slučaju ona to jest jer je izvršena pred djetetom, a namjera osobitog ponižavanja čak je i verbalno jasno izražena (“Neka vidi kako kurva puši.”).

Konstrukciji produljenog kaznenog djela nema se također što prigovoriti. Iako je produljeno silovanje isključeno kad je riječ o raznim žrtvama, ne vrijedi to i kad je riječ o nizu silovanja prema istoj osobi. Pritom ništa ne mijenja na stvari što neke radnje u nizu predstavljaju samo pokušaj (slučajevi kad optuženiku nije uspjelo ugarati spolovilo psa u spolovilo supruge) jer je za pravnu oznaku djela mjerodavno najteže kazneno djelo (čl. 61. st. 3. KZ), a to znači da i pokušaji istog kaznenog djela ulaze u produljeno dovršeno kazneno djelo.

Ispravno je i stajalište da su u stjecaju sa silovanjem počinjena i dva kaznena djela zapuštanja i zlostavljanja djeteta ili maloljetne osobe (jedno iz čl. 213. st. 1. KZ a drugo iz čl. 213. st. 3. KZ). Taj stjecaj nije isključen zato što su spolni odnošaj i felacija pred djecom kao jedne od radnji iz opisa tih kaznenih djela istodobno kvalifikatorne okolnosti silovanja. Pravno dobro koje se povređuje silovanjem jest isključivo spolna sloboda žrtve i njezino dostojanstvo (u ovom slučaju supruge), pa i onda kad je zbog nazočnosti djece ta povreda dosegla viši stupanj. Kazneno djelo silovanja ne obuhvaća i povredu obitelji i djece; čijoj zaštiti služi inkriminiranje zapuštanja i zlostavljanja djeteta ili maloljetne osobe. Prema tome, vršeći pred djecom nasilni spolni odnošaj i s njim izjednačene spolne radnje nad suprugom, optuženik je povrijedio dva pravna dobra pa je i opravdano da odgovara za navedena kaznena djela u stjecaju.

To, međutim, ne vrijedi i za kazneno djelo nasilničkog ponašanja u obitelji (čl. 215.a KZ) koje je prema prvostupanjskoj presudi također počinjeno u stjecaju. Prema stajalištu prvostupanjskog suda to je kazneno djelo počinjeno isključivo na štetu supruge. Optuženik je zaista nasiljem doveo suprugu u ponižavajući položaj, što jest obilježje navedenog kaznenog djela, ali to je nepravo u punoj mjeri već obuhvaćeno silovanjem supruge na osobito ponižavajući način. No kad bi se uzelo da nasilničko ponašanje u obitelji obuhvaća i optuženikovo nasilje nad djecom, rezultat bi opet bio isti jer je to nepravo već obuhvaćeno kaznenim djelom zapuštanja i zlostavljanja djeteta ili maloljetne osobe. Prema tome, stjecaj nasilničkog ponašanja u obitelji sa silovanjem supruge i zlostavljanjem djece samo je prividan. Otud slijedi daljnji zaključak da je nasilničko ponašanje u obitelji supsidijarno kazneno djelo u odnosu na druga kaznena djela koja već sadržavaju nasilje u obitelji. Kako je pak teško zamisliti da neki oblici nasilja u obitelji ne bi već bili obuhvaćeni drugim kaznenim djelima, postavlja se pitanje je li uvođenje tog kaznenog djela 2000. godine uopće bilo potrebno. Moderni kazneni zakonic i ga ne poznaju, kao uostalom ni prije postojeće kazneno djelo nasilničkog ponašanja (čl. 331. KZ)

II. VSRH je u ukidnom rješenju zaista doveo u pitanje nasilničko ponašanje u obitelji, ali iz sasvim drugih (procesnih) razloga. U tom dijelu njegova odluka zaslužuje kritiku.

Prema odredbi čl. 234. st. 6. ZKP, optuženikov sin L. nije mogao kao svjedok uskratiti iskaz u odnosu na kaznena djela zapuštanja i zlostavljanja djeteta ili maloljetne osobe iz čl. 213. KZ počinjena na štetu njega i njegova brata jer su to kaznena djela kaznenopravne zaštite djece i maloljetnika navedena u čl. 117. Zakona o sudovima za mladež. Kako je pak kazneno djelo nasilja u obitelji (čl. 315.a KZ) počinjeno samo na štetu njegove majke i nije na popisu kaznenih djela iz čl. 117. Zakona o sudovima za mladež (što je propust zakonodavca!), VSRH zaključuje da u odnosu na to djelo L. nije bio dužan svjedočiti; otud slijedi daljnji zaključak da ga je sud bio dužan upozoriti na blagodat nesvjedočenja, pa kako je to izostalo, njegov je iskaz u odnosu na zlostavljanje u obitelji nezakonit.

Točno je da prema navedenim propisima svjedok L. nije bio dužan svjedočiti glede kaznenog djela iz čl. 315.a KZ, ali se svjedočenje o tom kaznenom djelu nije moglo odvojiti od svjedočenja glede kaznenih djela iz čl. 213. st. 1. i 3. u odnosu na koje je L. bio dužan svjedočiti jer se njihova obilježja isprepleću (u izreci prvostupanjske presude obuhvaćena su čak zajedničkim činjeničnim opisom). U takvoj situaciji valjalo je dati prednost zaštiti djece i maloljetnika i uzeti da je L. bio dužan svjedočiti. Jedino na taj način može se opravdati i dužnost svjedočenja L.-a u odnosu na silovanje majke jer to kazneno djelo također nije na popisu kaznenih djela iz čl. 117. Zakona o sudovima za mladež (na tom je popisu samo silovanje djece i maloljetnika). Da je

VSRH svoje pravno shvaćanje dosljedno proveo, trebao je proglasiti nezakonitim i iskaz L.-a u odnosu na silovanje majke. To bi svakako bila pogreška jer onda L. ne bi mogao svjedočiti ni u odnosu na okolnosti koje čine obilježje kaznenih djela iz čl. 213. st. 1. i 3. KZ, glede kojih čl. 234. st. 6. ZKP propisuje obveznost svjedočenja.