

SUDSKA PRAKSA

Dr. sc. Petar Novoselec*

1. Utjecaj pravnog shvaćanja Kaznenog odjela VSRH o visini neodređenih vrijednosti na ocjenu koji je zakon blaži. Faktični organ kao odgovorna osoba.

I. Kod kaznenih djela s neodređenim vrijednostima KZ/11 je blaži kada su visine tih vrijednosti određene pravnim shvaćanjem Kaznenog odjela VSRH od 27. prosinca 2012. povoljnije za počinitelja.

II. Odgovorna osoba ne mora biti upisana u registar trgovačkog suda.

**VSRH, I KŽ-226/11 od 13. 2. 2013.
(Županijski sud u Dubrovniku, K-3/08)**

Činjenično stanje

Optuženik koji je obavljao poslove za društvo s ograničenom odgovornošću primio je od naručitelja za obavljene radove (izradu aluminijske stolarije) 83.905,08 kuna u gotovini, ali novac nije položio na račun društva, nego ga je zadržao za sebe (djelo pod 1.a presude). Na isti je način postupio i s dnevnim utrscima prodavaonice pekarskih proizvoda, zadržavši za sebe 335.229,28 kuna (djelo pod 1.b presude). Oba kaznena djela počinjena su prije stupanja na snagu KZ/11. Optuženik je u prvom stupnju osuđen za dva kaznena djela zlouporabe položaja i ovlasti iz čl. 337. st. 4. KZ/97 pa mu je za djelo pod 1.a izrečena kazna zatvora u trajanju od osam mjeseci, a za djelo pod 1.b. u trajanju od jedne godine. VSRH je po službenoj dužnosti preinačio prvostupanjsku presudu tako da je oba djela pravno označio kao zlouporabu povjerenja u gospodarskom poslovanju iz čl. 246. KZ/11, nakon čega je optuženiku na temelju utvrđenih pojedinačnih kazni u prvostupanjskoj presudi izrekao jedinstvenu kaznu zatvora u trajanju od jedne godine i šest mjeseci.

Iz obrazloženja

Ad. I. Kada su u pitanju kaznena djela iz t. 1.a) i 1.b) izreke, Vrhovni sud Republike Hrvatske po službenoj je dužnosti usporedio stari i novi Kazneni zakon i utvrdio da u konkretnom slučaju treba umjesto čl. 337. st. 4. KZ/97 primijeniti odredbu čl. 246. st. 2. KZ/11 neovisno o tome što je zapriječena kazna ostala ista. Prilikom ocjene pravnog kontinuiteta kaznenog djela zlouporabe položaja i ovlasti (čl. 337. KZ /97), ali i nesavjesnog gospodarskog poslovanja (čl. 291. KZ/97), zlouporabe ovlasti u gospodarskom poslovanju (čl. 292. KZ/97) i sklapanja štetnog ugovora (čl. 294/97), treba voditi računa o novom kaznenom djelu zlouporabe povjerenja u gospodarskom poslovanju (čl. 246. KZ/11). Biće tog novog kaznenog djela odgovara i kaznenom djelu zlouporaba položaja i ovlasti (čl. 337. KZ /97) jer novo kazneno djelo zlouporabe položaja i ovlasti (čl. 291/11) sada obuhvaća samo postupke protiv službene dužnosti. Nadalje, prilikom ocjene koji je zakon blaži, valja voditi računa da je nakon

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

donošenja novog Kaznenog zakona Kazneni odjel Vrhovnoga suda Republike Hrvatske 27. prosinca 2012. donio pravna shvaćanja (broj Su-IV k-4/2012-57) o visinama neodređenih vrijednosti, prema kojima je novi Kazneni zakon blaži za počinitelja jer zakonsko obilježje „znatna imovinska korist“ odnosno „znatna šteta“ kod kaznenih djela zlouporabe povjerenja u gospodarskom poslovanju iz čl. 246. st. 2. KZ/11 postoji kada vrijednost imovinske koristi odnosno štete prelazi 60.000,00 kuna. Zato je po službenoj dužnosti preinačena prvostupanjska presuda u pravnoj oznaci u odnosu na kaznena djela opisana u točkama 1.a) i 1.b) izreke te je utvrđeno da je optuženik počinio dva kaznena djela iz čl. 246 st. 2. KZ/11...

Ad. II. Okrivljena pravna osoba i optuženik nisu u pravu kada tvrde da odgovorna osoba može biti samo ona osoba „koja je upisana kao takva u registar mjesno nadležnog trgovačkog suda“. Prvostupanjski sud pravilno je utvrdio da je optuženik faktički obavljao poslove odgovorne osobe u društvu s ograničenom odgovornošću. Kako je to razvidno iz spisa predmeta, on je pregovarao i dogovarao poslove za to društvo, ispostavljao je račune, preuzimao uplate, organizirao posao, razgovarao s voditeljem knjigovodstvenog servisa, potpisivao ugovore i zastupao društvo, iz čega proizlazi da je upravo njemu stvarno bio povjeren bitan dio poslova u pravnoj osobi i da je upravo on obnašao poslove odgovorne osobe u pravnoj osobi.

Napomena

Ad I.

VSRH s pravom utvrđuje da postoji pravni kontinuitet između kaznenih djela zlouporabe položaja i ovlasti i iz čl. 337. KZ/97 (uz uvjet da je počinjeno u gospodarskom poslovanju) i zlouporabe povjerenja u gospodarskom poslovanju iz čl. 246. KZ/11. Štoviše, kontinuitet se opravdano proširuje i na ukinuta kaznena djela nesavjesnog gospodarskog poslovanja i sklapanja štetnog ugovora, kod kojih je obilježje samo šteta počinjena pravnoj osobi, dok se ne traži i pribavljanje imovinske koristi za počinitelja ili drugoga. Time su ujedno otklonjene dileme o tome traži li se u čl. 246. KZ/11 kumulacija štete i koristi jer bi uz tu pretpostavku ostala nekažnjiva ranija kaznena djela nesavjesnog gospodarskog poslovanja i sklapanja štetnog ugovora kod kojih je obilježje samo šteta. Kad se u čl. 264. st. 1. KZ/11 traži da počinitelj „pribavi sebi ili drugoj osobi protupravnu imovinsku korist te time ili na drugi način ... prouzroči štetu“, to znači da se šteta može prouzročiti pribavljanjem protupravne imovinske koristi (na što upućuju riječi „te time“), ali to nije jedini način prouzročenja štete jer se ona može prouzročiti i „na drugi način“, tj. ne samo pribavljanjem imovinske koristi. Da se korist i šteta ne traže „kumulativno“, vidi se i iz teksta čl. 264. st. 2. KZ/11 u kojem se posljedica opisuje kao „znatna imovinska korist ili znatna šteta“.

Međutim, ne može se prihvatiti tumačenje prema kojem je odredba čl. 246. st. 2. KZ/11 blaži zakon zato što je Kazneni odjel VSRH svojim pravnim shvaćanjem od 27. prosinca 2012. povisio iznos znatne imovinske koristi odnosno znatne štete sa 30.000 kuna na 60.000 kuna (čini se da je to već stalna praksa Vrhovnog suda jer je takvo stajalište zauzeo i u drugim odlukama, npr. u presudi I KŽ-65/13 od 13. 2. 2013.). Istina je da se takvim tumačenjem daju konture biću kaznenog djela, ali da ono

nema snagu zakona proizlazi iz odredbe čl. 40. st. 2. Zakona o sudovima prema kojoj pravno shvaćanje Kaznenog odjela VSRH obvezuje samo drugostupanjska vijeća tog odjela. Pravno shvaćanje pak koje ne obvezuje sve sudove ne može imati snagu zakona. Zakonska obilježja na koja se ono odnosi ostala su ista, a izmijenjena je samo njihova interpretacija, a to znači sudska praksa. Nije blaži zakon, nego sudska praksa. Za razliku od zakona koji se može primijeniti retroaktivno samo ako je blaži, sudska praksa može se primijeniti retroaktivno uvijek, ne samo kad je povoljnija nego i kad je nepovoljnija za počinitelja. „Novo tumačenje po svojem smislu nije povratno kažnjavanje niti pooštavanje kazne, nego ostvarenje volje zakona koja je uvijek postojala, ali je tek sada ispravno prepoznata“ (Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, München 2006, str. 168).

Iz navedenog slijedi da je pravnu kvalifikaciju iz prvostupanjske odluke trebalo potvrditi jer izmjena sudske prakse nije novi zakon učinila blažim. Međutim, to ne znači da pravno shvaćanje Kaznenog odjela ne bi moglo nikada utjecati na pravnu kvalifikaciju. Budući da se sudska praksa može primijeniti i retroaktivno, sud bi mogao primijeniti novo pravno shvaćanje i na kaznena djela počinjena prije 1. siječnja 2013. tako da u slučajevima kad šteta ne doseže 60.000 kuna, djelo ne bi označio po čl. 337. st. 4. KZ/97, nego po čl. 337. st. 3. KZ/97.

Okolnost da novi zakon zbog izmjena iznosa pojedinih obilježja nije blaži ima reperkusije i na procesnom planu. Na pitanje je li primijenjeno pravno shvaćanje VSRH od 27. prosinca 2012. sud ne pazi po službenoj dužnosti, jer se ne radi o povredi Kaznenog zakona iz čl. 469. t. 4. ZKP. Takav propust predstavlja samo pogrešno utvrđeno činjenično stanje jer je sud pogrešno utvrdio odlučnu činjenicu o kojoj ovisi primjena Kaznenog zakona (čl. 470. st. 2. ZKP), što znači da se u ispitivanje te okolnosti žalbeni sud može upustiti samo ako postoji žalba zbog pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja. Odgovori li potvrdno na takav prigovor, žalbeni sud ne može presudu preinačiti u pravnoj oznaci djela, nego je mora ukinuti s uputom prvostupanjskom sudu da ispita postoji li znatna imovinska korist ili znatna šteta.

Stajalište VSRH ne bi se moglo prihvatiti niti da se pošlo od njegova polazišta prema kojem je zbog povećanja imovinske koristi i štete na 60.000 kuna novi zakon blaži jer je u oba kaznena djela iz presude šteta premašila taj iznos. Time što je zaključio da je novi zakon uvijek blaži, bez obzira na to kako povećanja iznosa utječu na slučajeve koji su predmet postupka, VSRH je ostao na razini apstraktnog uspoređivanja dvaju zakona i na taj način povrijedio načelo konkretnosti. I u okviru svojeg stajališta trebao je ostati pri pravnoj oznaci djela po čl. 337. st. 4. KZ/97 jer je u oba slučaja o kojima je odlučivao bila ostvarena znatna imovinska korist koja je premašila 60.000 kuna. Takvu pogrešku izbjegao je Županijski sud u Bjelovaru u presudi Kž-421/12 od 31. siječnja 2013. u kojoj je također usvojio (pogrešno) stajalište da povećanje velike vrijednosti kao obilježja pronevjere iz čl. 233. st. 2. KZ/11 na 60.000 kuna prema pravnom shvaćanju VSRH od 27. prosinca 2012. čini novi zakon blažim, ali kako se u konkretnom slučaju radilo o prisvajanju stvari i novca u iznosu od 193.415 kuna, koji i prema navedenom shvaćanju predstavlja veliku vrijednost, nije tu okolnost smatrao relevantnom za ocjenu koji je zakon blaži (primijenio je ipak novi zakon kao blaži, ali zbog niže propisane kazne).

Ad II.

U dijelu obrazloženja u kojem se tvrdi da je optuženik bio odgovorna osoba jer je „faktički“ obavljao poslove odgovorne osobe u društvu s ograničenom odgovornošću VSRH je jasno rekao da je faktično povjeravanje poslova dovoljno, o čemu prethodna praksa nije imala jasan stav; tako je, primjerice, VSRH u rješenju IV Kž-186/02 (Izbor odluka 1/2004, str. 181) priznao savjetniku direktora svojstvo odgovorne osobe s obrazloženjem da mu je krug poslova povjeren „formalno i stvarno“, iako nije bilo vidljivo na što se odnosila riječ „formalno“, dok je Županijski sud u Koprivnici (u odluci Kž-104/03, objavljenoj u Sudskoj praksi tog suda br. 6, str. 48) za status odgovorne osobe izričito tražio ne samo odluku o postavljenju na određenu dužnost nego i potanki opis poslova u njoj.

VSRH sada s pravom odbacuje takav formalizam jer se u gospodarskom poslovanju pojavljuju i osobe koje vode poslove trgovačkih društava, a da za to nemaju formalno pokriće (nerijetko i takve koje se skrivaju iza „slamnatog čovjeka“, tj. osobe koja samo figurira na određenom položaju). Tu je pravnu figuru razradila njemačka doktrina pod nazivom *faktičnog organa* te je vrlo precizno utvrdila i pretpostavke za izjednačavanje takvih organa s formalno postavljenima, npr. da su njihovu djelatnost prihvatili svi članovi društva, da imaju dominantnu poziciju prema formalnim nositeljima dužnosti itd. (usp. *Tiedemann*, *Leipziger Kommentar*, 11. izd., § 266, str. 109). Te uvjete određuje sada i VSRH kada zaključuje da je optuženik pregovarao i dogovarao poslove za društvo, ispostavljao račune, preuzimao uplate, organizirao posao, razgovarao s voditeljem knjigovodstvenog servisa, potpisivao ugovore i zastupao društvo.

2. Sitna krađa po starom i novom zakonu

Kada je vrijednost ukradene stvari manja od 2.000 kuna, a veća od 1.000 kuna, kazneno djelo krađe iz čl. 216. st. 1. KZ/97 treba nakon donošenja pravnog shvaćanja Kaznenog odjela VSRH od 27. prosinca 2012. pravno označiti kao kazneno djelo sitne krađe iz čl. 228. st. 2. KZ/11.

**Županijski sud u Bjelovaru, Kž-4/13 od 7. 3. 2013.
(Općinski sud u Bjelovaru, K-141/10)**

Činjenično stanje

Optuženik je prije stupanja na snagu KZ/11 u šumi oštećenice porušio i prisvojio šest stabala bagrema vrijednih 1.237 kuna. Prvostupanjskom presudom osuđen je za krađu iz čl. 216. st. 1. KZ/97 te mu je izrečena uvjetna osuda (tri mjeseca zatvora uvjetno na jednu godinu). Žalbena sud je povodom žalbe optuženika zbog pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja i povrede Kaznenog zakona po službenoj dužnosti preinačio presudu u pravnoj oznaci djela tako da je kazneno djelo označio kao sitnu krađu iz čl. 228. st. 2. KZ/11, pri čemu je izrekao istu sankciju.

Iz obrazloženja

Drugostupanjski sud polazi od pravnog shvaćanja VSRH od 27. prosinca 2012. o visinama neodređenih vrijednosti koje su zakonska obilježja kaznenih djela, prema

kojem zakonsko obilježje male vrijednosti ukradene stvari kod kaznenog djela krađe iz čl. 228. st. 2. KZ/11 postoji kad vrijednost ukradene stvari ne prelazi 2.000 kuna. Kako je u ovom slučaju vrijednost ukradene stvari manja od 2.000 kuna, to je razlog da se kazneno djelo iz čl. 228. st. 2. KZ/11 ima smatrati blažim u odnosu na kazneno djelo iz čl. 216. st. 1. KZ/97. Stoga je drugostupanjski sud bio dužan izmijeniti pravnu oznaku djela.

Napomena

Za ovu odluku vrijedi sve što je rečeno u prethodnom komentaru: pravnim shvaćanjem VSRH od 27. prosinca 2012., prema kojem sitna krađa postoji kad vrijednost ukradene stvari ne prelazi 2.000 kuna, nije izmijenjen zakon, nego sudska praksa. Kako njime nisu izmijenjena obilježja sitne krađe, nego samo tumačenje obilježja „male vrijednosti“, retroaktivna primjena navedenog shvaćanja vodila bi u ovom slučaju do zaključka da je optuženik počinio kazneno djelo sitne krađe iz čl. 216. st. 2. KZ/97. Međutim, time što je prvostupanjski sud primijenio pravno shvaćanje, koje je u međuvremenu izmijenjeno, nije na štetu optuženika povrijedio Kazneni zakon pa žalbeni sud nije imao pravnu osnovu iz čl. 476. st. 1. t. 2. ZKP za ispitivanje pobijane presude po službenoj dužnosti. S obzirom na ograničene ovlasti žalbenog suda, pravno shvaćanje VSRH o sitnoj krađi može praktično doći do izražaja samo u prvostupanjskim suđenjima nakon 27. prosinca 2012. kada će ga sud moći primijeniti retroaktivno tako da u svim slučajevima kada je vrijednost stvari manja od 2.000 kuna djelo označi kao sitnu krađu iz čl. 216. st. 2. KZ/97.

3. Načela konkretnosti i alternativiteta u primjeni blažeg zakona

Zloupotrebavanje javnih ovlasti odgovorne osobe kojom je ostvarena znatna imovinska korist za pravnu osobu, počinjena prije stupanja na snagu KZ/11, ima se pravno označiti kao kazneno djelo zloupotrebavanje položaja i ovlasti iz čl. 291. st. 2. KZ/11 ako su ispunjene pretpostavke za izricanje djelomične uvjetne osude.

**Županijski sud u Šibeniku, Kž-23/13 od 16. 5. 2013.
(Općinski sud u Šibeniku, K-346/03)**

Činjenično stanje

Veterinarske stanice su zakonom ovlaštene da obavljaju propisane veterinarske preglede i kontrole. Prema čl. 108. st. 1. Zakona o veterinarstvu iz 1997. (koji je bio na snazi u vrijeme počinjenja djela), za obvezni veterinarski zdravstveni pregled plaćala se propisana naknada, od koje je 30% bio prihod državnog proračuna, a 70% veterinarske organizacije. Optuženik, koji je bio direktor veterinarske stanice koja je bila registrirana kao društvo s ograničenom odgovornošću, u razdoblju od 15. 7. 1997. do 17. 10. 2001. nije obračunavao ni uplaćivao dio koji pripada proračunu pa je na taj način ostvario korist za svoju pravnu osobu i prouzročio štetu za državni proračun u iznosu od 854.438,19 kuna.

Prvostupanjski sud osudio je optuženika zbog kaznenog djela zloupotrebavanje ovlasti u gospodarskom poslovanju iz čl. 292. st. 2. u vezi sa st. 1. al. 2. i 4. KZ/97 i osudio na kaznu zatvora u trajanju od dvije godine. Drugostupanjski je sud povom optuženikove žalbe po službenoj

dužnosti preinačio pobijanu presudu u pravnoj oznaci djela tako da je utvrdio da je optuženik počinio kazneno djelo zlouporabe položaja i ovlasti iz čl. 291. st. 2. KZ/11 te ga osudio na kaznu zatvora u trajanju od jedne godine i šest mjeseci, s time da se dio kazne u trajanju od jedne godine neće izvršiti ako optuženik u toku od tri godine ne počinii novo kazneno djelo.

Iz obrazloženja

Postupajući u skladu s odredbom čl. 3. st. 3. u svezi sa st. 2. KZ/11, ovaj sud je utvrdio da postoji pravni kontinuitet između kaznenog djela iz al. 4. st. 2. čl. 292. KZ/97 i kaznenog djela zlouporabe položaja i ovlasti iz čl. 291. st. 2. KZ/11, pa je s obzirom na to da je taj zakon i blaži za optuženika presudio kao u izreci. Optuženik je kao odgovorna osoba u tvrtki koja ima javne ovlasti obavljao poslove iz domene javne ovlasti i nije obavio dužnosti obračunavanja i uplaćivanja naknade u iznosu od 30% od naplaćene osnovice za izvršene veterinarske zdravstvene preglede i kontrole na račun Ministarstva poljoprivrede i šumarstva RH te nije mjesečno izvješćivao to Ministarstvo o obavljenim veterinarskim zdravstvenim pregledima i kontrolama, zbog čega navedeno Ministarstvo nije imalo uvid u rad Veterinarske stanice, na koji način je Veterinarskoj stanici pribavio znatnu imovinsku korist (854.438,19 kuna).

Po stajalištu ovog suda pravni kontinuitet s navedenim kaznenim djelom iz čl. 291. st. 2. postoji bez obzira na to što je to kazneno djelo smješteno u glavi kaznenih djela protiv službene dužnosti, za razliku od kaznenog djela iz čl. 292. KZ/97 koje je bilo smješteno u glavi kaznenih djela protiv sigurnosti platnog prometa i poslovanja, jer je i u čl. 291. KZ/11 uz službenu osobu sadržan (odnosno zadržan) i pojam odgovorne osobe, i to upravo da bi se obuhvatili slučajevi odgovornih osoba koje zlouporabe povjerene im javne ovlasti, kao u konkretnom slučaju javne ovlasti u sustavu provedbe veterinarske djelatnosti.

Nakon što je utvrđen pravni kontinuitet između starog (čl. 292. st. 2. al. 4. KZ/97) i novog Kaznenog zakona (čl. 291. st. 2. KZ/11), valjalo je u smislu čl. 3. st. 2. KZ/11 utvrditi koji je zakon blaži za optuženika. Za oba kaznena djela propisana je jednaka minimalna kazna – jedna godina zatvora, dok je za kazneno djelo iz čl. 292. st. 2. KZ/97 propisana maksimalna kazna zatvora od osam godina, a za kazneno djelo iz čl. 291. st. 2. KZ/11 kazna zatvora od dvanaest godina. Bez obzira na to ovaj sud nalazi, imajući u vidu da je otpala al. 2. iz st. 2. čl. 292. KZ/97 (za koju nema pravnog kontinuiteta), da je za pojam „znatne imovinske koristi“ prema KZ/97 iznos trebao prelaziti 30.000,00 kuna, a prema KZ/11 iznos od 60.000,00 kuna, dakle da bi se radilo o kvalificiranom obliku kaznenog djela iz čl. 292. KZ/97, trebalo je manje neprava u odnosu na kazneno djelo iz čl. 291. KZ/11, kao i olakotne okolnosti koje je prvostupanjski sud utvrdio na strani optuženika (očinstvo dvoje djece i sudjelovanje u Domovinskom ratu, za što je i odlikovan), da bi kaznu zatvora valjalo odrediti bliže propisanom minimumu (jedna godina zatvora), a imajući u vidu da je u čl. 57. KZ/11 propisana mogućnost da se za kaznu zatvora veću od jedne, a manju od tri godine može izreći djelomična uvjetna osuda, pa je cijeneći sve naprijed istaknute okolnosti koje su od utjecaja pri izboru vrste i visine kaznene sankcije, kao i otegotnu na strani optuženika, prijašnju osuđivanost za kaznena djela iz čl. 41. st. 1. i čl. 72. st. 1. KZ RH, ali u manjoj mjeri s obzirom na protek vremena od te osude, optuženika osudio na kaznu zatvora u trajanju od jedne godine i šest mjeseci, pa je uz primjenu čl. 56. i

57. KZ/11 prema optuženiku izrečena djelomična uvjetna osuda za dio kazne zatvora u trajanju od jedne godine i određeno da se taj dio kazne ne će izvršiti ako optuženik u roku od tri godine ne počini novo kazneno djelo, koja kaznena sankcija po ocjeni ovog suda predstavlja adekvatnu i primjerenu kaznu težini kaznenog djela i ličnosti optuženika i njome će se ostvariti zakonom proklamirana svrha kažnjavanja.

Napomena

Stajalište žalbenog suda da činjenično stanje po novom Kaznenom zakonu valja pravno označiti po čl. 291. st. 2. je prihvatljivo. Iako je kazneno djelo zlouporabe položaja i ovlasti sada isključivo službeničko kazneno djelo (za razliku od zlouporabe položaja i ovlasti iz čl. 337. st. 3. i 4. KZ/97 koje je obuhvaćalo pretežno gospodarska kaznena djela), počinitelj u opisu nije označen samo kao službena osoba, nego to može biti i odgovorna osoba. Sud u ovoj presudi daje dobro tumačenje članka 291. st. 1. KZ/11 kada tvrdi da su kao odgovorne osobe u smislu te odredbe osobe koje se ne mogu smatrati službenima, ali kazneno djelo čine u obavljanju javnih ovlasti.

Posebnu pozornost zaslužuje stajalište suda prema kojem blaži može biti i novi Zakon koji propisuje strožu kaznu (u ovom slučaju višu gornju mjeru kazne) ako se promatra u cjelini. Doduše, argument da je novi Zakon blaži zato što nakon povećanja iznosa znatne imovinske koristi sa 30.000 kuna na 60.000 kuna „treba manje neprava“ neodrživ je već stoga što navedeno povećanje nije izmjena zakona, nego sudske prakse, a kad bi i bilo izmjena Zakona, bilo bi neodlučno jer u ovom slučaju imovinska korist premašuje 60.000 kuna (pobliže o tome u komentaru odluke VSRH, I Kž-226/11, ovdje pod 1.). Međutim, sud ne bez osnove uzima u obzir okolnost da novi Zakon, unatoč strožoj propisanoj kazni, omogućuje izricanje uvjetne osude za koju postoje pretpostavke u slučaju o kojem odlučuje. To je dosljedna primjena načela konkretnosti koje traži da se zakonske odredbe uspoređuju prema tome kako se imaju primijeniti na konkretni slučaj, a što je sada istaknuto i u čl. 3. st. 3. KZ/11. U situaciji kad prema novom Zakonu postoji mogućnost izricanja uvjetne osude koja nije postojala po starom, a sud ocijeni da su ispunjene pretpostavke za njezino izricanje, novi je Zakon blaži. Sud pritom nije vodio računa samo o visini propisane kazne, nego je postupao „cijeneći sve okolnosti“. To znači da bi ishod bio drukčiji da se radilo o težem slučaju, kada uvjetna osuda ne bi dolazila u obzir, pa bi sud, nakon utvrđenja pravnog kontinuiteta, morao primijeniti odredbu starog Zakona (čl. 292. st. 2. KZ/97) jer novi ne bi bio blaži.

Usvoji li se takvo stajalište, trebalo bi ga proširiti i na druge situacije u kojima novi Zakon, iako prema propisanoj kazni stroži, omogućuje povoljniju primjenu nekog drugog instituta općeg dijela ili druge sankcije. To će osobito doći do izražaja u primjeni rada za opće dobro koja se u KZ/11 proširuje pa bi se u slučajevima kada se rad za opće dobro može izreći po novom Zakonu i pravna oznaka morala ravnati prema novom Zakonu i kada on propisuje strožu kaznu, dakako uz već spomenuti uvjet da su ispunjene pretpostavke za primjenu rada za opće dobro.

Prednost je ovdje izloženog rješenja da se njime poštuje ne samo načelo konkretnosti nego i načelo alternativiteta, prema kojem zakon za koji se sud odluči treba primijeniti u cijelosti, a ne djelomično stari i djelomično novi. To je načelo sudska praksa u principu prihvaćala, ali je u nekim slučajevima i odustajala od njega, najčešće kada

novi zakon smanji posebni minimum, a poveća posebni maksimum propisane kazne, kada se djelo označivalo po novom zakonu, ali tako da se ne prekoračuje posebni maksimum iz starog zakona (pravno shvaćanje kaznenog odjela Vrhovnog suda Hrvatske od 23. 7. 1977.). Usvoji li se stajalište koje zastupa Županijski sud u Šibeniku, trebalo bi i u takvim slučajevima pravnu oznaku djela činiti ovisnom o težini kaznenog djela: ako je slučaj lakši, djelo bi trebalo pravno označiti po zakonu koji propisuje manji minimum, a ako je teži, po zakonu koji propisuje manji maksimum (tako i njemačka sudska praksa, v. *Eser/Hecker*, u: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. izd., München, 2010, § 2, rubni br. 30, str. 61). Međutim, i naša najnovija sudska praksa naginje u nekim situacijama sličnim onoj iz ovdje razmatranog predmeta kombiniranju starog i novog Zakona, kao npr. kad VSRH prihvaća pravnu oznaku ubojstva po čl. 90. KZ/97, ali istodobno odlučuje da prema čl. 69. KZ/11 sigurnosna mjera obveznog liječenja od ovisnosti ne može trajati dulje od tri godine jer je u tom dijelu novi Zakon blaži (VSRH, I Kž-89/13 od 6. 3. 2013.). I u ovdje razmatranom slučaju bilo je moguće postupiti na taj način, tj. odustati od načela alternativiteta i kombinirati oba zakona tako da se kazneno djelo pravno označi po starom Zakonu kao blažem zbog propisane kazne, ali da se istodobno primijene i odredbe o djelomičnoj uvjetnoj osudi iz novog Zakona. Stoga će biti zanimljivo vidjeti u kojem će se smjeru razvijati daljnja sudska praksa.

4. Uskraćivanje sredstava proračunima i fondovima prema novom Kaznenom zakonu

Uskraćivanje sredstava proračunima i fondovima koje je predstavljalo kazneno djelo zlouporabe ovlasti u gospodarskom poslovanju iz čl. 292. st. 1. al. 4. KZ/97 nije kazneno djelo prema KZ/11 kada se sastoji u nepodmirenju uredno utvrđene obveze.

**Županijski sud u Bjelovaru, Kž-363/12 od 17. 1. 2013.
(Općinski sud u Bjelovaru, K-99/12)**

Činjenično stanje

Trgovačko društvo s ograničenom odgovornošću u kojem je optuženik bio odgovorna osoba nije tijekom 2008. podmirilo dug prema državnom proračunu u iznosu od 33.811,13 kuna koji se odnosio na nepodmiren porez i druge obveze pa mu je žiroračun bio blokiran. Nakon toga je optuženik primio od dužnika iznos od 57.123,01 kuna u gotovini koji nije uplatio na žiroračun društva, nego ga je iskoristio za isplatu plaća zaposlenicima i podmirenje dugova drugim vjerovnicima. Prvostupanjski sud osudio ga je zbog kaznenog djela zlouporabe položaja i ovlasti iz čl. 292. st. 2. u vezi sa st. 1. al. 4. KZ/97 (uskraćivanje sredstava državnom proračunu) na kaznu zatvora u trajanju od šest mjeseci. Povodom žalbe optuženika drugostupanjski je sud po službenoj dužnosti preinačio pobijanu presudu i donio oslobađajuću presudu.

Iz obrazloženja

Budući da kazneno djelo zlouporabe ovlasti u gospodarskom poslovanju iz čl. 292. KZ/97 u KZ/11 više ne postoji, postavilo se pitanje je li moguće inkriminirati činjenični opis podvesti pod biće nekog kaznenog djela iz novog Zakona.

U obzir je dolazilo kazneno djelo pogodovanja vjerovnika iz čl. 250. KZ/11 koje čini tko povrijedi pravo na ispunjenje tražbine vjerovnika narušavajući vremenski prioritet u ispunjenju ili način ispunjenja tražbine, no kako takva povreda nije bila činjenično opisana, ne može se raditi o tom kaznenom djelu.

Ovaj je sud propitao moguće postojanje pravnog kontinuiteta s kaznenim djelom utaje poreza ili carine iz čl. 256. st. 1. KZ/11. Još je lakše otkloniti pretpostavke pravnog kontinuiteta u tom slučaju ... jer je iznos porezne obveze nesporan, a optuženik se tereti za povređivanje u postupku naplate, dakle u trenutku kada više nije sporan iznos razrezanog poreza.

Kako činjenični opis iz izreke prvostupanjske presude nije moguće podvesti ni pod jedno kazneno djelo propisano u KZ/11, djelo za koje se optuženik optužuje nije kazneno djelo.

Napomena

Ukidanje kaznenog djela zlouporabe ovlasti u gospodarskom poslovanju iz čl. 292. KZ/97 ne znači da radnje opisane u njemu više nisu kažnjive. Pravni kontinuitet je moguć s različitim kaznenim djelima iz novog Kaznenog zakona (v. *Turković i dr.*, Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, 2013, str. 319). Neće ga biti samo iznimno, najčešće u odnosu na odredbu čl. 292. st. 1. al. 4. KZ/97, no to neće biti neopravdana praznina. Na jednu takvu opravdanu iznimku odnosi se ovaj slučaj.

Dekriminalizacija neplaćanja uredno razrezanog poreza (ili drugih davanja pro računima ili fondovima) u novom Kaznenom zakonu je na mjestu. U suvremenom kaznenom pravu nema dvojbi da „obično neplaćanje poreza nije dovoljno da opravda kažnjivost“ (*Tiedemann*, *Wirtschaftsstrafrecht, Besonderer Teil*, Köln, 2008, str. 49). Dakako, utaja poreza ostaje važno kazneno djelo (sada čl. 256. KZ/11), ali ono pretpostavlja davanje netočnih podataka o prihodima ili neprijavlivanje prihoda koje dovodi do smanjenja ili neutvrđenja porezne obveze, kako se s pravom ističe u drugostupanjskoj presudi (a što u ovom slučaju nije ni bilo stavljeno na teret optuženiku). U takvim slučajevima dolazi u obzir samo prekršaj iz čl. 88. st. 1. t. 1. Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi (neispunjenje novčane obveze u zakonskom roku).

Drugo je pitanje je li optuženik počinio neko drugo kazneno djelo. Isplata jednog vjerovnika na nedopušteni način, najčešće upravo isplatom u gotovini jer je žiroračun blokiran (tzv. inkongruentno namirenje), predstavlja kazneno djelo pogodovanja vjerovnika iz čl. 250. st. 1. KZ/11. Žalbeni sud imao je to u vidu, ali je striktno primijenio odredbu čl. 3. st. 3. KZ/11 te zaključio da činjenični opis kaznenog djela koje je optuženiku stavljeno na teret ne sadržava obilježja tog kaznenog djela pa je s pravom donio oslobađajuću presudu.

5. Nasilničko ponašanje u obitelji prema novom Kaznenom zakonu

Ne postoji pravni kontinuitet između nasilničkog ponašanja u obitelji iz čl. 215.a KZ/97 i prijetnje iz čl. 139. KZ/11 ako u činjeničnom opisu djela nije navedeno da je okrivljenik postupao s namjerom da drugoga ustraši ili uznemiri.

**Županijski sud u Zagrebu, Kž-59/13 od 29. 1. 2013.
(Općinski kazneni sud u Zagrebu, KO-2145/12)**

Činjenično stanje

Optuženik je tijekom 2011. i 2012. godine svoje roditelje vrijeđao, prijetio im i fizički na njih nasrtao. Pored mnogobrojnih uvreda opisanih u izreci, govorio je majci, unoseći joj se u lice, „sve ću vas zapaliti, bacit ću vam bombu“, a ocu „odležat ću te u Lepoglavi“, a 18. 9. 2012. vikao je „ako ja završim u zatvoru, dobit ćete svi metak u čelo“ i „sve ću vas pokokati“.

Prvostupanjski sud osudio je optuženika zbog nasilničkog ponašanja u obitelji iz čl. 215.a KZ/97 na kaznu zatvora u trajanju od jedne godine, dok je drugostupanjski sud povodom okrivljenikove žalbe po službenoj dužnosti preinačio presudu i oslobodio ga optužbe.

Iz obrazloženja

S obzirom na to da ispitivanjem propisa u smislu čl. 3. st. 1. KZ/11 ovaj sud nije utvrdio postojanje pravnog kontinuiteta između prethodnog kaznenog djela nasilničkog ponašanja u obitelji iz čl. 215.a KZ/97 i nekog drugog propisa predviđenog odredbama novog KZ/11, po stajalištu ovog suda ne postoji navedeni pravni kontinuitet. Stoga nije u pravu županijski državni odvjetnik koji u svom pisanom očitovanju ističe da taj kontinuitet postoji, i to u odnosu na kazneno djelo prijetnje iz čl. 139. KZ/11. Da bi se radilo o kaznenom djelu prijetnje, u činjeničnom opisu mora biti navedeno da je okrivljenik postupao upravo s namjerom da oštećenike ustraši ili uznemiri. Međutim, okrivljeniku se inkriminira da je postupao s nakanom da oštećenike ponizi i povrijedi njihovo dostojanstvo.

Napomena

Kazneno djelo nasilničkog ponašanja u obitelji iz čl. 215.a KZ/97 nije u novom Kaznenom zakonu ukinuto zato što se htjelo radnje opisane u njemu dekriminalizirati, nego zbog njegova neodređenog opisa koji se, povrh toga, preklapao s opisima drugih kaznenih djela. To znači da ta druga kaznena djela stupaju na mjesto nasilničkog ponašanja u obitelji. To će najčešće biti tjelesne ozljede koje sada imaju i kvalificirane oblike kada su počinjene prema bliskoj osobi (članci 117. st. 2., 118. st. 2. i 119. st. 2. KZ/11), ali dolaze u obzir i druga kaznena djela. Samo tamo gdje nema kontinuiteta s kaznenim djelima iz novog Kaznenog zakona kažnjavat će se za prekršaje iz čl. 20. Zakona o zaštiti od nasilja u obitelji.

Da u ovdje razmatranom primjeru u najmanju ruku postoji pravni kontinuitet s uvredom, izvan je svake sumnje, dakako uz uvjet da su ispunjene i procesne pretpostavke, tj. da postoji pravovremena prijava oštećenika koja se smatra privatnom tužbom (čl. 61. st. 3. ZKP). O tome žalbeni sud ne kaže ništa. On ispituje samo pravni kontinuitet s prijetnjom, no njegov zaključak ni u tom dijelu nije prihvatljiv.

Točno je da je subjektivno obilježje prijetnje iz čl. 139. st. 1. KZ/11 postupanje počinitelja s namjerom da ustraši ili uznemiri drugoga, koje nije sadržano u opisu nasilničkog ponašanja u obitelji iz čl. 215.a KZ/11. Potonja odredba traži da član obitelji bude doveden u ponižavajući položaj, što mora biti obuhvaćeno počiniteljevom namjerom. Počinitelj je postupao s takvom namjerom, ali ona u ovom slučaju uključuje i namjeru ustrašivanja. Tko drugome više da će ga zapaliti, da će na njega baciti bombu, da će dobiti metak u čelo i da će ga „pokokati“ ne ide samo za time da ga ponizi, nego i da ga ustraši ili barem uznemiri. To, uostalom, ne poriče ni žalbeni sud, ali otklanja kontinuitet iz procesnih razloga. Po njegovu mišljenju sud je bio vezan onim dijelom optužnice u kojoj se tvrdilo da je optuženik išao za time da oštećenike ponizi i povrijedi njihovo dostojanstvo, što nije obilježje prijetnje. Takvo tumačenje nije prihvatljivo. Tvrdnja da je počinitelj doveo drugoga u ponižavajući položaj nije bila dio činjeničnog opisa u optužnici, nego zakonskog opisa kojim prvostupanjski sud nije vezan (čl. 449. st. 2. ZKP). Da bi postojao pravni kontinuitet s prijetnjom, potrebno je, ali i dovoljno, da činjenični opis sadržava sva obilježja prijetnje, što je u ovom slučaju ispunjeno. Suprotno od tvrdnje u obrazloženju žalbenog suda, činjenični opis prvostupanjske presude sadržava obilježja prijetnje, a okolnost da ga ne sadržava i zakonski opis je neodlučna.

Ako bi se prihvatilo shvaćanje da je pravni kontinuitet moguć samo kada zakonski opis kaznenog djela iz KZ/11 doslovce odgovara zakonskom opisu kaznenog djela iz KZ/97, bila bi primjena čl. 3. st. 3. KZ/11 onemogućena u svim slučajevima. Primjena zakona koji nije bio na snazi u vrijeme počinjenja djela uključuje po prirodi stvari i zakonski opis koji se razlikuje od onoga iz starog zakona. Bitno je da činjenični fond stavljen na teret počinitelju predstavlja kazneno djelo po starom i novom zakonu. Na činjenični opis misli se i u tekstu čl. 3. st. 3. KZ/11 kada se govori o izmjeni opisa kaznenog djela.

Budući da je u ovdje razmatranom slučaju postojao pravni kontinuitet, ispravna bi odluka bila preinačenje prvostupanjske presude u pravnoj oznaci djela i osuda optuženika zbog kaznenog djela prijetnje iz čl. 139. st. 2. KZ/11 koje je zbog niže propisane kazne blaže od kaznenog djela nasilničkog ponašanja u obitelji iz čl. 215.a KZ/97.

