

SUDSKA PRAKSA

Dr. sc. Petar Novoselec*

1. Dolus alternativus

Počinitelj koji je na dva policajca ispalio hitac koji nije pogodio nijednog od njih počinio je u stjecaju dva pokušaja teškog ubojstva.

**VSRH, I Kž-147/16 od 27. travnja 2017.
(Županijski sud u Zadru, K-22/14)**

Činjenično stanje

Dva su policijska službenika bila u potjeri za počiniteljem osumnjičenim da je počinio razbojništvo. Kada su ga sustigli i viknuli „Stoj, policija!“, on je ispalio prema njima s udaljenosti od 11 metara hitac iz pištolja koji nije pogodio nijednog od njih. Prema mišljenju balističkog vještaka zrno nije moglo usmrtili oba policijska službenika. Optužnicom je optuženiku stavljeno na teret da je počinio dva pokušaja teškog ubojstva iz čl. 111. toč. 6. KZ-a s obrazloženjem da je pokušao ubiti dvije službene osobe. Prvostupanjski je sud optuženika osudio za jedno kazneno djelo pokušaja teškog ubojstva s obrazloženjem da je pokušao ubiti službenu osobu, ne navodeći koju. Vrhovni je sud usvojio žalbe državnog odvjetnika i optuženika i ukinuo prvostupanjsku presudu.

Iz obrazloženja

Prvostupanjski je sud manjkavo obrazložio odluku o osudi optuženika samo za jedno kazneno djelo iz članka 111. točke 6. u vezi s člankom 34. KZ/11, ne vodeći pritom računa o tzv. *dolus alternativus*, odnosno o mogućnosti da se radi o idealnom stjecaju dvaju kaznenih djela pokušaja teškog ubojstva jer su u konkretnom slučaju oba policajca u životnoj opasnosti, a počinitelj pristaje da liši bilo kojeg od njih, što znači da se oba imaju smatrati oštećenicima u ovom kaznenom postupku. Nasuprot tome u situaciji koju je utvrdio prvostupanjski sud jedan oštećenik praktično i ne postoji, pa ne može ni ostvarivati svoja prava koja mu prema ZKP/08 pripadaju. Time ujedno nije riješen predmet optužbe budući da je optuženik terećen za stjecaj kaznenih djela na štetu oba oštećenika, a presuđen za jedno kazneno djelo na štetu neodređene osobe.

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

Jednako je tako u pravu optuženik kada navodi da prvostupanjski sud nije dao razloge o odlučnim činjenicama koje se odnose na navode optuženika da nije imao namjeru nikoga usmrtiti te je svoju obranu usmjerio u pravcu da se radilo o kaznenom djelu dovođenja u opasnost života ili imovine općeopasnom radnjom ili sredstvom iz članka 215. KZ/11, o čemu se sud trebao izjasniti u pobijanoj presudi na način da otkloni ili prihvati te navode optuženika te za to dade valjane razloge.

Napomena

Iako je Vrhovni sud ostavio otvorenim pitanje na što je bila usmjerena optuženikova namjera, iznio je mišljenje o tome kako treba pravno ocijeniti nastalu situaciju ako prvostupanjski sud na novoj raspravi utvrdi da je optuženik pristao ubiti bilo kojeg od policajaca. Njegovo shvaćanje da je optuženik, ako je postupao s namjerom ubojstva, počinio dva pokušaja teškog ubojstva valja prihvatiti.

Posrijedi je pravna figura nazvana u literaturi *dolus alternativus* (alternativna namjera). Alternativnost se u ovom slučaju sastoji u mogućnosti počinitelja da ubije jednog ili drugog oštećenika, a onda i u izboru suda da počinitelja osudi za jedan ili dva pokušaja teškog ubojstva. Bitno je da su oba policajca bila u životnoj opasnosti i stoga počiniteljeve žrtve, čime je određen opseg nepravda. Takva je opasnost obuhvaćena i optuženikovom namjerom ako je pristao da ubije bilo kojeg od dvaju policajaca. Navedene objektivne i subjektivne okolnosti zahtijevaju da se prihvati idealni stjecaj dvaju pokušaja. Okolnost da oba policajca nisu mogla biti ubijena samo je olakotna okolnost o kojoj sud treba voditi računa pri odmjeravanju jedinstvene kazne za stjecaj. Kada prvostupanjski sud oglašava optuženika krivim za pokušaj ubojstva jedne žrtve, ne obuhvaća cjelokupno nepravdo; on smatra da je žrtva samo jedan policajac, iako su oba; jednako tako ograničava namjeru ubojstva na jednu osobu, iako ona obuhvaća obje. Pritom se zapliće u nerješive teškoće na procesnom planu. Sud ne može odgovoriti na pitanje tko je oštećenik, a to je osoba koja ima brojna prava u kaznenom postupku. U nemogućnosti da kao oštećenika tretira jednog od dvaju policajaca, odlučuje se za jednog, kojeg ne imenuje. Na taj je način oštećenikom postala neutvrđena osoba; status oštećenika stekla je utvara, dok je uskraćen zbiljskim oštećenicima jer nijedan od njih nije postao oštećenikom (na što s pravom upozorava Vrhovni sud).

Točno je da u ovom slučaju, s obzirom na to da se pucalo iz daljine od 11 metara oružjem manje snage, jednim hicem nisu mogla biti ubijena dva čovjeka. Međutim to ne znači da je takva mogućnost isključena uvijek. To se dogodilo kada je počinitelj vojničkom puškom iz neposredne blizine pucao u čovjeka, pri čemu je zrno prošlo kroz njegovo tijelo, a onda prodrlo u tijelo drugoga, koji je stajao neposredno iza njega, pri čemu su oba ostala na mjestu

mrtva. Vrhovni je sud ocijenio da su počinjena dva ubojstva, prvo s izravnom, a drugo s neizravnom namjerom (VSRH, I Kž-634/92). Ako se jednim hicem mogu počiniti dva dovršena ubojstva, ne vidi se zašto se ne bi mogla počiniti i dva pokušaja ubojstva.

Alternativni dolus predmet je brojnih rasprava u njemačkoj literaturi. Prema vladajućem shvaćanju „alternativne namjere mogu bez daljnega postojati jedna pored druge ako se barem jedna od njih pojavljuje kao dolus eventualis“, što znači da postoji idealni stjecaj (*Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, München 2006, str. 480, s upućivanjem na daljnju literaturu). Ovdje razmatrana odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske u skladu je s takvim shvaćanjem. Ona upućuje na složenu pravnu figuru, koja nije bila predmet dublje razrade u domaćoj literaturi, pa ima i teorijsku vrijednost.

2. Nezastarijevanje kaznenog djela ratnog profiterstva

Nezastarijevanje kaznenog djela zlouporabe položaja i ovlasti iz čl. 337. st. 4. KZ/97 dovršenog istekom listopada 1994. godine ne može se primijeniti jer njime nije ostvarena nerazmjerna imovinska korist kao obilježje kaznenog djela ratnog profiterstva.

**VSRH, I Kž-390/16 od 26. rujna 2016.
(Županijski sud u Splitu, K-108/99)**

Činjenično stanje

Na temelju Zakona o nezastarijevanju kaznenih djela ratnog profiterstva i kaznenih djela iz procesa pretvorbe i privatizacije od 2011. (u daljnjem tekstu: Zakon o nezastarijevanju) optužnicom je četirima optuženicama stavljeno na teret kazneno djelo zlouporabe položaja i ovlasti iz čl. 337. st. 4. KZ/97 počinjeno u razdoblju od početka 1990. do kraja listopada 1994. godine. Predsjednik vijeća na temelju čl. 380. st. 1. toč. 2. u vezi s čl. 452. toč. 6. ZKP-a donio je rješenje prema kojem se kazneni postupak obustavlja s obrazloženjem da predmet optužbe nije kazneno djelo ratnog profiterstva jer nije ostvarena nerazmjerna imovinska korist, što je „novo, dodatno zakonsko obilježje kaznenog djela ratnog profiterstva“, predviđeno člankom 7. st. 1. Zakona o nezastarijevanju. Žalbu državnog odvjetnika Vrhovni je sud odbio kao neosnovanu.

Iz obrazloženja rješenja Vrhovnog suda

Da bi se neko u materijalnom kaznenom zakonu već postojeće kazneno djelo moglo smatrati kaznenim djelom kakvo imaju u vidu odredbe Zakona o nezastarijevanju, potrebno je ispunjenje određenih uvjeta koji se odnose na vrijeme i okolnosti njihova počinjenja. Razmatrajući u tijeku priprema za raspravu jesu li u konkretnom slučaju ti uvjeti ispunjeni, prvostupanjski je sud, polazeći od kriterija koji u pogledu tumačenja proizlaze iz odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske broj U-III-4149/2014 od 24. srpnja 2015. (osobito točke 169. do 172.), pravilno zaključio da kaznenim djelima koja se optuženicima stavljaju na teret ... nedostaje jedan od konstitutivnih elemenata kaznenih djela ratnog profiterstva, a to je nerazmjernost imovinske koristi u smislu članka 7. stavka 1. Zakona o nezastarijevanju. Budući da je prvostupanjski sud za tu svoju odluku dao jasne, dodatne i iscrpne razloge, koje ovaj drugostupanjski sud u cijelosti prihvaća, žalitelj se radi izbjegavanja nepotrebnog ponavljanja upućuje na iste.

Nakon toga prvostupanjski je sud, također pravilno, zaključio da u odnosu na kaznena djela za koja se optuženici terete izmijenjenom optužnicom, a nakon izostavljanja njihove korelacije s odredbama članka 7. stavka 1. i članka 5. točke 13. Zakona o nezastarijevanju, postoje smetnje za nastavak postupka iz članka 452. točke 6. ZKP/08. Naime za kazneno djelo zlorabiti položaja i ovlasti iz članka 337. stavka 4. KZ/97, koje se stavlja na teret svim optuženicima, samo u različitim oblicima počinjenja (počiniteljstvo/poticanje/pomaganje), propisana je kazna zatvora od jedne do deset godina. Prema tome tzv. relativna zastara kaznenog progona za isto, sukladno članku 19. stavku 1. alineji 3. KZ/97, nastupa protekom deset godina od počinjenja, dok tzv. apsolutna zastara kaznenog progona, sukladno članku 20. stavku 6. KZ/97, nastupa protekom dvadeset godina od počinjenja. Imajući u vidu vremena počinjenja tih kaznenih djela stavljenih na teret pojedinim optuženicima ... , razvidno je da je u odnosu na sve optuženike i sva kaznena djela za koja se terete po odredbama KZ/97 nastupila zastara kaznenog progona, i to još 2013., a za većinu 2014. godine. Nadalje, ako bi se činjenični opisi kaznenih djela za koja se optuženici terete izmijenjenom optužnicom u smislu odredbe članka 3. stavka 3. KZ/11 podveli pod odgovarajuća kaznena djela iz KZ/11, radilo bi se o kaznenim djelima zlorabe povjerenja u gospodarskom poslovanju iz članka 246. stavka 2. KZ/11. Uzevši u obzir da je za kazneno djelo iz članka 246. stavka 2. KZ/11 propisana kazna zatvora od jedne do deset godina, a da kazneni progon za kaznena djela za koja se može izreći kazna zatvora u trajanju dužem od pet godina zastarijeva nakon dvadeset godina (članak 81. stavak 1. alineja 3. KZ/11), zastara kaznenog progona za kaznena djela za koja se optuženici terete nastupila je i prema odredbama KZ/11.

Napomena

Oba suda otklanjaju primjenu Zakona o nezastarijevanju s obrazloženjem da nedostaje jedan od konstitutivnih elemenata kaznenih djela ratnog profiterstva, a to je nerazmjernost imovinske koristi u smislu članka 7. stavka 1. Zako-

na o nezastarijevanju. Prije svega treba istaknuti da nerazmjernost imovinske koristi ne može biti element kaznenog djela zlouporabe položaja i ovlasti iz čl. 337. st. 4. KZ/97 jer su obilježja tog kaznenog djela sadržana u njegovu opisu. Nerazmjernost imovinske koristi nije „dodatak“ biću kaznenog djela, kako tvrdi Ustavni sud u odluci „slučaj Hypo“ (U-III-4149/2014), na koju se poziva i Vrhovni sud, nego je procesna pretpostavka nezastarijevanja. Nerazmjernost je unesena u Zakon o nezastarijevanju kako bi se izbjeglo nezastarijevanje niza lakših kaznenih djela nabrojanih u tom Zakonu kojima nije bila ostvarena veća imovinska korist. Nerazmjernost je teško primijeniti na zlouporabu položaja i ovlasti iz čl. 337. st. 4. KZ/97 jer je već u opisu tog kaznenog djela bilo sadržano pribavljanje *znatne* imovinske koristi, pa je mala mogućnost da takva korist ne bude ujedno i *nerazmjerna* imovinska korist. Međutim Ustavni je sud u navedenoj odluci zauzeo stajalište da „ostvarena znatna protupravna imovinska korist još (dodatno) mora biti i ‘nerazmjerna’ da bi došlo do ostvarenja bića kaznenog djela ratnog profiterstva“ (točka 170.). Na taj je način postavio visoke kriterije za nerazmjernost, čime je suzio mogućnost primjene Zakona o nezastarijevanju. Ipak je istodobno istaknuo da nerazmjernost „ovisi o okolnostima svakog konkretnog slučaja, što u sudskim postupcima utvrđuju kazneni sudovi“ (točka 170.). U ovdje razmatranom slučaju sudovi nisu išli tim putem i nerazmjernost nisu utvrdili na temelju utvrđenog činjeničnog stanja; štoviše, nisu ni naveli u čemu se, prema optužnici, sastoji imovinska korist stavljena na teret optuženicima niti kako je ostvarena. Kako nije bilo utvrđeno činjenično stanje od kojeg zavisi nezastarijevanje, nisu bile ostvarene ni pretpostavke za obustavu kaznenog postupka na temelju čl. 380. st. 1. toč. 2. ZKP-a. Sud je bio dužan provesti raspravu.

Prvostupanjski sud (predsjednik vijeća) nijednom riječju ne spominje kada je kazneno djelo stavljeno na teret optuženicima zastarjelo; otud slijedi da smatra notornim da je zastara nastupila prije donošenja Zakona o nezastarijevanju, što je uvjet za nezastarijevanje, pa nemogućnost primjene tog Zakona obrazlaže drugim razlogom (o kojem je bilo govora). Ako je kazneno djelo počinjeno u razdoblju od početka 1990. do kraja listopada 1994. godine, onda je zastara, koja je iznosila deset godina, nastupila posljednjim danom listopada 2004. Vrhovni sud dopunjuje prvostupanjski sud tako da u igru uvodi apsolutnu zastaru, pa je onda, prema njemu, zastara nastupila „još 2013. a za većinu 2014. godine.“ Primjena apsolutne zastare bila bi moguća samo da je došlo do prekida zastare postupovnom radnjom (čl. 20. st. 3. KZ/97) ili zato što je bilo počinjeno novo kazneno djelo (čl. 20. st. 4. KZ/97), no kako o tome nema ni riječi, nije jasno na čemu se temelji apsolutna zastara. Da nastup relativne zastare isključuje primjenu apsolutne, Vrhovni je sud istaknuo u nizu odluka (VSRH, Kzz-5/98, III Kr-44/14 itd.), pa je ostalo nejasno zašto to ne bi vrijedilo i u ovom slučaju.

No to nije sve. Da je zastara zaista nastupila „još 2013. a za većinu 2014. godine“, ne bi bilo mjesta za obustavu kaznenog postupka, nego bi, naprotiv, postupak trebalo nastaviti. Zakon o nezastarijevanju, koji je stupio na snagu 2. lipnja 2011., prethodio je nastupu apsolutne zastare prema utvrđenju Vrhovnog suda, pa bi prema čl. 86. KZ/11 trebalo primijeniti nezastarijevanje propisano Zakonom o nezastarijevanju. Prema toj odredbi imaju se u takvoj situaciji primijeniti zastarni rokovi novog zakona bez obzira na to jesu li produljeni ili skraćeni. Zakon o nezastarijevanju zakon je kojim se rok zastare produljuje jer je ukidanje zastare drastično produljenje zakonskog roka. Da je odredba čl. 86. KZ/11 u skladu s Ustavom, utvrdio je Ustavni sud u već spomenutoj odluci U-III-4149/2014 (točka 12.); štoviše, na njoj je gradio svoju interpretaciju čl. 31. st. 4. Ustava, prema kojoj bi se retroaktivna primjena nezastarijevanja mogla primijeniti samo na slučajeve u kojima zastara u vrijeme donošenja Zakona o nezastarijevanju još nije nastupila. Dakle da je zastara nastupila „još 2013. a za većinu 2014. godine“, primjena nezastarijevanja zastare bila bi nužna i prema tumačenju Ustavnog suda.