

# KOMENTAR SUDSKE PRAKSE

Aleksandar Maršavelski\*

## 1. Stjecaj otmice i iznude

Optuženik koji je ušao u prostorije Hrvatskog zavoda za mirovinsko osiguranje, gdje je preskočio pult i ušao u službeni prostor djelatnika toga Zavoda te kuhinjskim nožem koji je imao pri sebi, ne dopuštajući oštećenici da se kreće i uz prijetnju da će ih sve pobiti, zahtijevao da mu predaju 2.000,00 kuna, za koji iznos smatra da je neopravdano skinut s njegove mirovine, počinio je samo kazneno djelo otmice, a ne i kazneno djelo iznude, jer je riječ o obliku prividnog stjecaja.

Županijski sud u Vukovaru, K 71/2007 od 29.2.2008.

### Činjenično stanje

Optuženik D.M. dana 5. listopada 2007. oko 13.00 sati ušao je u prostorije Hrvatskog zavoda za mirovinsko osiguranje (dalje: HZMO) u V. gdje je preskočio pult i ušao u službeni prostor djelatnika toga Zavoda, kuhinjskim nožem koji je imao pri sebi, dužine oštrice 15,5 cm, ne dopuštajući pritom oštećenici I.S. da se kreće, te osobama u istom Zavodu izrazio zahtjev da mu se preda novčani iznos od 2.000,00 kuna, koji je po njegovu uvjerenju neopravdano skinut s njegove mirovine, uz prijetnju da će sve pobiti, a potom i sebe. Prisutne je tako držao do 14.30 kada mu je iznos od 2.000,00 kuna predao M. K., direktor HZMO-a putem vlasnika zaštitarske firme "Č.", nakon čega je napustio prostorije HZMO-a. Sud ga je oglasio krivim zbog toga što je počinio kazneno djelo otmice iz čl. 125. st. 1. KZ u stanju smanjene ubrojivosti te mu izrekao kaznu zatvora u trajanju od dvije godine, a oslobodio ga je optužbe da je počinio kazneno djelo iznude iz članka 234. stavaka 1. i 2. KZ.

### Iz obrazloženja

Uz takvo stanje stvari, kada je optuženik ušao u prostorije HZMO-a u V. gdje je preskočio pult i ušao u službeni prostor djelatnika toga Zavoda s kuhinjskim nožem koji je imao pri sebi, dužine oštrice 15,5 cm, ne dopuštajući pritom oštećenici I. S. da se kreće, te osobama u istom Zavodu izrazio određeni zahtjev da mu se preda novčani iznos od 2.000,00 kuna, koji je po njegovu uvjerenju neopravdano skinut s njegove mirovine, uz prijetnju da će sve pobiti, a potom i sebe, nakon čega mu je predan traženi novčani iznos koji je uzeo i potom napustio prostorije Zavoda u pratnji svjedoka I. M., zaključak suda je da se u radnjama optuženika D. M. stječu elementi kaznenog djela otmice iz članka 125. stavak 1. Kaznenog zakona.

Optuženik je postupao s izravnom namjerom, on je bio svjestan svoga djela i htio njegovo počinjenje. U vrijeme počinjenja optuženik je bio smanjeno ubrojiv, što sud

---

\* Aleksandar Maršavelski, dipl. iur., znanstveni novak na Katedri za kazneno pravo Pravnog fakulteta u Zagrebu

zaključuje na temelju nalaza i mišljenja vještaka psihijatra dr. B. P., koji sud prihvaća u cijelosti, uvjerenja da su nalaz i mišljenje dani stručno, objektivno i u skladu s pravilima struke.

Optužnica Županijskog državnog odvjetništva u V. tereti optuženika D. M. da je pored kaznenog djela otmicom, opisano i kažnjivo po članku 125. stavku 1. Kaznenog zakona, za koje ga je sud proglasio krivim te presudio na kaznu zatvora u trajanju od dvije godine, počinio istoga dana i u isto vrijeme i kazneno djelo protiv imovine – iznudom, opisano i kažnjivo po članku 234. st. 1. i 2. Kaznenog zakona, dakle da je počinio dva kaznena djela u stjecaju.

Bit kaznenog djela otmice jest protupravno oduzimanje ili ograničenje slobode kretanja neke osobe i postavljanja zahtjeva žrtvi ili nekoj drugoj osobi, kojim se uvjetuje oslobađanje žrtve, radi postizanja određenih ciljeva. Na temelju provedenog dokaznog postupka te analize i ocjene dokaza, sud prvoga stupnja je zaključio da se u konkretnom slučaju radilo o protupravnom ograničenju slobode kretanja oštećenice I. S., jer ona u tom trenutku nije mogla slobodno odlučivati o svom kretanju, a sam optuženik bio je svjestan protupravnosti svojega postupanja i htio ga je, a motiv njegova takvog postupanja, imajući pri sebi nož i prijeteći da će sve ubiti, pa i sebe, jest da mu se preda novčani iznos od 2.000,00 kuna za koji osobno smatra da mu je nepravедno skinut s njegove mirovine, zbog čega je takvim svojim radnjama optuženik ostvario samo kazneno djelo otmice iz članka 125. stavka 1. Kaznenog zakona, a ne i kazneno djelo iznude. Riječ je, naime, o prividnom ili nepravom stjecaju, kod kojega kazneno djelo otmice isključuje drugo kazneno djelo (iznude), jer je već prvim kaznenim djelom, tj. otmicom, u cijelosti iscrpljeno nepravo.

Uz takvo stanje stvari sud je za to kazneno djelo (kazneno djelo iznude) prema optuženiku D. M. donio oslobađajuću presudu sukladno odredbi članka 354. stavka 1. točke 1. Zakona o kaznenom postupku.

### **Napomena**

Ovaj slučaj posebno je zanimljiv ne samo s aspekta pitanja stjecaja i razgraničenja kaznenih djela otmice i iznude nego i razgraničenja kaznenih djela razbojništva i protupravne naplate.

Ono što je nesporno, a za što je optuženi i osuđen, jest da se u konkretnom predmetu riječ o kaznenom djelu otmice. Otmicu čini tko drugome protupravno oduzme ili ograniči slobodu kretanja s ciljem da se nekoga<sup>1</sup> prisili da što učini, ne učini ili trpi. U konkretnom slučaju, optuženi je oštećenju I.S. ograničio slobodu kretanja te je, prijeteći da će ubiti sve prisutne, a zatim i sebe, zahtijevao određeno činjenje na štetu imovine HZMO-a tako da mu se preda iznos od 2.000,00 kuna. Time su se ispunila obilježja kvalificiranog oblika otmice iz članka 125. stavka 2. KZ koji predviđa težu kaznu za počinitelja koji prijeti da će taoca usmrtniti. Premda državni

---

<sup>1</sup> Razlika između čl. 125. st. 1. tada važećeg Kaznenog zakona (NN 110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07) i čl. 137. st. 1. novog Kaznenog zakona (NN 125/11) je u tome da je novom regulacijom otmica sužena tako da se prisila odnosi samo na treću osobu kako bi se napravila jasna razlika od kaznenog djela protupravnog oduzimanja slobode. Drugim riječima, kada se osoba kojoj je oduzeta sloboda prisiljava da nešto učini, ne učini ili trpi, bit će riječ o kaznenom djelu protupravnog oduzimanja slobode, a kada su iste radnje usmjerene prema nekoj trećoj osobi, bit će riječ o otmici.

odvjetnik nije optužbom obuhvatio kvalificirani oblik otmice, sud nije bio vezan njegovom pravnom ocjenom sukladno članku 350. stavku 2. tada važećeg ZKP<sup>2</sup> pa je mogao djelo pre-kvalificirati (tu mogućnost više mu ne dopušta čl. 449. st. 2. novog ZKP).

Pogrešna je ocjena suda da nije moguć pravi, već samo prividni stjecaj između kaznenih djela otmice i iznude iz dva razloga. Prvi je da je otmica kazneno djelo protiv slobode i prava čovjeka, a iznuda kazneno djelo protiv imovine, pa se u tom slučaju ne može govoriti o konsumpciji koju sugerira sud jer nije riječ o istom nepravu koje se štiti u oba kaznena djela, već su povrijeđena dva različita dobra: sloboda i imovina. Drugi je da biće kaznenog djela otmice uopće ne obuhvaća posljedicu "da što učini, ne učini ili trpi", već je kazneno djelo dovršeno samim oduzimanjem ili ograničavanjem slobode s ciljem da se nekoga prisili da što učini, ne učini ili trpi, a nije odlučno je li to takve radnje došlo. Stoga je činjenje, nečinjenje ili trpljenje na štetu svoje ili tuđe imovine nova kriminalna količina koja uopće nije izražena tim kaznenim djelom, već upravo kaznenim djelom iznude. Štoviše, u ovom predmetu radilo bi se o kvalificiranom obliku iznude s obzirom na to da je optuženi upotrijebio opasno oruđe. Stoga je bila ispravna kvalifikacija državnog odvjetnika kada je optuženika teretio i za kazneno djelo iznude iz čl. 234. st. 2. KZ (čl. 243. st. 4. novog KZ<sup>3</sup>).

Kao što smo uvodno upozoravali, u konkretnom slučaju može se postaviti i pitanje je li možda riječ o stjecaju otmice i razbojništva ili o stjecaju otmice i protupravne naplate. U oba slučaja odgovor je negativan. Nije riječ o razbojništvu zato što počinitelj nije prisiljavao oštećenu kao ni prisutne da neposredno predaju iznos od 2.000,00 kuna, nego je tražio da mu iznos plati HZMO. Što se tiče protupravne naplate, premda se sud nije upustio u utvrđivanje je li postojala tražbina optuženog prema HZMO-u ili ne, valja uzeti u obzir iskaz optuženog koji je naveo da je povod njegova odlaska u HZMO bila okolnost što ne može podići mirovinu na bankomatu jer je na računu pisalo da nema novčanih sredstava te da je od banke dobio obavijest da mu je mirovina blokirana ovrhom. Ako je to točno, ne bi bilo mjesta kaznenom djelu protupravne naplate jer HZMO nema nikakve veze s činjenicom da mu je isplata mirovine blokirana ovrhom.

## 2. Razgraničenje refleksnih i automatiziranih pokreta

**Okrivljenik koji je, izbjegavajući nalet na drugog sudionika u prometu, naglo skrenuo u stranu i zbog toga srušio oštećenika s motora, pa je zato ovaj zadobio tešku tjelesnu ozljedu, postupao je u skladu sa Zakonom o sigurnosti prometa na cestama te time nije ostvario ni biće kaznenog djela izazivanja prometne nesreće.**

**Županijski sud u Koprivnici, Kž 168/09-3 od 8. srpnja 2009.**  
(Općinski sud u Križevcima, K 184/08-10)

### Činjenično stanje

Okrivljenik je upravljao osobnim automobilom neometano vozeći se desnim prometnim trakom. Nepredvidiva radnja drugog sudionika u prometu, najvjerojatnije pješakinje koja je iznenada zakoračila na kolnik s nogostupa koji se nalazio s njegove desne strane, izazvala je

<sup>2</sup> Zakon o kaznenom postupku (NN 110/97, 27/98, 58/99, 112/99, 58/02, 143/02 i 115/06).

<sup>3</sup> Novi Kazneni zakon predviđa mogućnost kvalifikacije ovakvog slučaja i prema čl. 243. st. 5. ako bi sud utvrdio da je počiniteljeva prijetnja bila upućena prema "većem broju osoba". U tom slučaju bila bi riječ o prividnom stjecaju kvalifikatornih okolnosti.

njegovu naglu reakciju zbog čega je prešao na lijevi prometni trak i sudario se s motorom kojim je upravljao oštećenik, koji je pao s motora i pretrpio tešku tjelesnu ozljedu.

Općinski sud u Križevcima oslobodio je okrivljenika optužbe da je počinio kazneno djelo izazivanja prometne nesreće iz čl. 272. st. 2. u vezi sa st. 1. KZ-a koje mu se stavljalo na teret. Na tu presudu žalila se zamjenica općinskog državnog odvjetnika, međutim, drugostupanjski sud njezinu je žalbu odbio kao neosnovanu i potvrdio prvostupanjsku presudu.

### **Iz obrazloženja**

Pravilno prvostupanjski sud zaključuje da je očito skretanje okrivljenika automobilom u lijevu stranu bilo naglo, a to pak govori u prilog tome da je to skretanje bilo izazvano radnjom nekog drugog sudionika u prometu i doista je moguće da je takvo naglo skretanje okrivljenika ulijevo bilo izazvano nepredvidivim ponašanjem pješakinje. S obzirom na karakteristike ulice u kojoj je došlo do ove prometne nesreće, doista nije bilo nikakve potrebe da okrivljenik automobilom naglo skreće ulijevo, to više što je znao da se njemu s lijeve strane po lijevom prometnom traku kreće oštećenik na motoru. Prihvatljiv je zaključak prvostupanjskog suda da je upravo zbog neke iznenadne prometne situacije okrivljenik morao naglo skrenuti ulijevo i doista nije bilo razloga da se ne prihvati okrivljenikova obrana.

Prvostupanjski sud pravilno je zaključio da tijekom postupka nije dokazano da bi okrivljenik postupao suprotno odredbi čl. 43. st. 1. Zakona o sigurnosti prometa na cestama, a postupanje suprotno toj zakonskoj odredbi okrivljeniku je stavljeno na teret u činjeničnom opisu optužnog prijedloga. Eventualno bi se moglo govoriti o tome da je okrivljenik trebao biti oslobođen optužbe temeljem čl. 354. t. 1. ZKP-a jer je od sebe otklanjao istodobnu ili izravno predstojeću neskrivljenu opasnost koja se na drugi način nije mogla otkloniti, a pri tome je učinjeno zlo manje od onoga koje je prijetilo, što znači da je okrivljenik postupao u krajnjoj nuždi kada je automobilom naglo skrenuo ulijevo da izbjegne nalet prednjim dijelom automobila na pješakinju koja je ispred njega neoprezno stupila na kolnik. Međutim, za okrivljenika je u ovakvoj situaciji povoljnije da je oslobođen optužbe temeljem odredbe t. 3. čl. 354. ZKP-a, dakle da nije dokazano da je počinio kazneno djelo koje mu je stavljeno na teret, nego da ga se oslobađa optužbe zbog toga što je postupao u krajnjoj nuždi, pa onda zbog takvog postupanja nema kaznenog djela i treba donijeti oslobađajuću presudu temeljem t. 1. čl. 354. ZKP-a.

### **Napomena**

U ovom predmetu treba se složiti sa stajalištem prvostupanjskog i drugostupanjskog suda da je trebalo donijeti oslobađajuću presudu, ali ne i s razlozima kojima su obrazložili takav zaključak. Tvrdnja da tijekom postupka nije dokazano da je okrivljenik postupao suprotno odredbi čl. 43. st. 1. Zakona o sigurnosti prometa na cestama (ZSPC) nije točna. Navedena odredba glasi: "*Vozač koji namjerava na cesti ili drugoj prometnoj površini obaviti neku radnju vozilom (uključiti se u promet, prestrojiti, odnosno mijenjati prometnu traku, pretjecati, obilaziti, zaustavljati se, skretati udesno ili ulijevo, okretati se polukružno, voziti unatrag i sl.) ne smije početi takvu radnju ako time dovodi u opasnost druge sudionike u prometu ili imovinu.*" U konkretnom slučaju, okrivljenik ne samo da je svojim naglim prelaskom u desnu prometnu traku doveo u opasnost drugog sudionika u prometu nego ga je i teško tjelesno ozlijedio. Sudovi su iz navedene odredbe očigledno izveli pogrešan *argumentum a contrario* da

se smije naglo skrenuti ako se time izbjegava opasnost za druge sudionike u prometu. Takva se tvrdnja do određene mjere može prihvatiti, ali to ne proizlazi iz čl. 43. st. 1. ZSPC, već iz odredbi o krajnjoj nuždi. Čak i kad bi tako nešto pisalo u zakonu, opet bi valjalo primijeniti odredbe o krajnjoj nuždi. Primjerice, prema čl. 52. ZSPC vozač ne smije naglo mijenjati brzinu niti zaustavljati vozilo – “osim u slučaju neposredne opasnosti”. Potonja formulacija je suvišna jer tu opasnost valja ocijeniti prema pravilima o krajnjoj nuždi pa će o tome ovisiti i njezin učinak. Stoga okolnost da je netko naglo zakočio i izazvao lančani sudar zbog toga što je životinja istrčala na cestu neće isključivati biće kaznenog djela, već će od težina zla koje je prijetilo (npr. smrt vozača i suvozača ili pak samo smrt životinje) i zla koje je nastupilo (npr. samo manja materijalna šteta ili više smrtno stradalih osoba) zavisiti koju će vrstu krajnje nužde sud primijeniti. Ispravan zaključak *a contrario* iz čl. 43. st. 1. ZSPC glasio bi da se smije naglo skrenuti ako se time ne dovode u opasnost drugi sudionici u prometu.<sup>4</sup> Kako je okrivljenik prekršio upravo tu odredbu, dano obrazloženje oslobađajuće presude nije prihvatljivo.

Međutim, okolnost da blanketnu normu okrivljenik nije prekršio ne znači da se biće kaznenog djela ne bi eventualno moglo isključiti iz nekog drugog razloga. Da bi se odredilo je li biće kaznenog djela izazivanja prometne nesreće bilo ostvareno, prethodno valja utvrditi postoji li okrivljenikova radnja. Premda se u literaturi spominje više teorija o pojmu radnje,<sup>5</sup> prevladava shvaćanje prema kojem se radnja označava kao voljno ponašanje čovjeka. U tom smislu radnjom se ne smatraju refleksni pokreti koji se sastoje u prenošenju podražaja sa senzornih na motorne živce uz odsutnost čovjekove volje. Potonji element je važan jer ne isključuje svaki refleksni pokret, radnju – kao u slučaju počinitelja koji je prenio na drugoga zaraznu bolest tako što mu je kihnuo u lice – kihanje je refleksni pokret, ali se može kontrolirati (stavljanjem ruke na lice). Tipičan primjer refleksnog pokreta koji isključuje radnju je tzv. *refleks povlačenja*<sup>6</sup> pa nema radnje kad netko zbog uboda pčele koja je zalutala u tramvaj trzne rukom i ošamari suputnika. U sudskoj praksi povremeno se javljalo pitanje mogu li se nagle reakcije vozača na iznenadne prometne situacije smatrati refleksnim pokretima koji isključuju njihovu radnju. Tako je *Novoselec*<sup>7</sup> podvrgnuo kritici jednu odluku Županijskog suda u Bjelovaru (Kž-382/1995 od 5.10.1995.) koji je označio kao refleksnu reakciju postupak vozačice koja je, radi izbjegavanja naleta na pješaka koji je neoprezno prelazio cestu njoj s desne u lijevu stranu, skrenula ulijevo i udarila pješaka, umjesto da koči, u kojem bi slučaju izbjegla nalet.<sup>8</sup> U njemačkoj sudskoj praksi poznat je slučaj vozačice koja je pri brzini od 90 km/h na autoputu ugledala životinju (veličine zeca) na udaljenosti od 10-15 metara te kako bi izbjegla nalet na nju, skrenula ulijevo i udarila u ogradu zbog čega je suvozačica smrtno stradala.<sup>9</sup> Riječ je o tzv. *automatiziranim pokretima* koji su naučeni odnosno do te mjere uvježbani da ih čovjek izvodi nesvjesno (npr. upravljanje volanom, kočnicom i kvačilom). To nisu puki refleksni pokreti, već su odraz individualnog iskustva i vještine pa će netko u određenoj situaciji bolje reagirati, a

<sup>4</sup> Ovaj zaključak logički je ispravan, ali to ne znači da je on apsolutno pravilo, jer se pri tom trebaju poštovati i druge odredbe ZSPC-a (npr. prema čl. 44. st. 1. vozač je dužan o svojoj namjeri pravovremeno upozoriti druge sudionike u prometu pokazivačem smjera).

<sup>5</sup> Usp. *Novoselec*, Opći dio kaznenog prava, Zagreb, 2009., str. 138-142.

<sup>6</sup> Refleks povlačenja (engl. *withdrawal reflex*) nociceptivni je refleks u kojem se zbog bolnog podražaja javlja nagli pokret dijela tijela radi izbjegavanja boli (*Dorland's Medical Dictionary*, 30. izd., 2003., str. 1605).

<sup>7</sup> *Novoselec*, op. cit., str. 141.

<sup>8</sup> Izbor odluka Vrhovnog suda, 2/1995., str. 179.

<sup>9</sup> OLG Frankfurt VRS 28 (1965), 364 (usp. *Roxin*, Strafrecht AT 1, München, 2006., str. 267).

netko lošije. *Roxin* to objašnjava personalnom teorijom radnje: automatizirani pokret očitovanja je ličnosti pojedinca.<sup>10</sup>

Stoga je u navedenim primjerima, kao i u ovom slučaju, relevantna činjenica može li se reakcija vozača pripisati njegovu nehaju. Pritom je osobito važno ocijeniti postoji li povreda subjektivne dužne pažnje,<sup>11</sup> tj. utvrditi je li počinitelj prema svojim osobnim svojstvima mogao predvidjeti opasnost svoje radnje i sukladno tome prilagoditi svoju reakciju. Upravo se Županijski sud u Bjelovaru u spomenutoj odluci posebno bavio pitanjem je li vozačica povrijedila subjektivnu dužnu pažnju tako da je istaknuo kao odlučujuću činjenicu "je li okrivljena kao vozač postupila primjereno svojim mogućnostima"<sup>12</sup>, što upućuje na to da se pojmom "refleksne reakcije" koristio u kolokvijalnom smislu,<sup>13</sup> a ne da bi negirao radnju. I u konkretnom predmetu valjalo je utvrditi je li okrivljenik mogao izbjeći i jedan i drugi nalet (npr. da je zakočio). Međutim, pitanjem povrede dužne pažnje u konkretnom se predmetu sud nije bavio jer je svoju oslobađajuću presudu utemeljio na drugom (pogrešnom) razlogu.

Sud je razmatrao mogućnost primjene odredbi o krajnjoj nuždi. Ako bismo zauzeli stav da je riječ o krajnjoj nuždi, valjalo bi ocijeniti o kojem se obliku radi: onom koji isključuje protupravnost ili onom koji oslobađa od kazne. To bi imalo važan učinak na presudu u konkretnom predmetu jer bi od toga zavisilo hoće li sud donijeti oslobađajuću ili osuđujuću presudu.<sup>14</sup> Iz obrazloženja se vidi da je sud razmatrao jedino mogućnost primjene krajnje nužde koja dovodi do oslobađajuće presude, a to upućuje na zaključak da je sud u nedostatku činjenica uzeo *in dubio pro reo* da je prijetilo veće zlo (npr. smrt pješakinje) od onog koje je nastupilo (teška tjelesna ozljeda oštećenika).

Stoga je temelj oslobađajuće presude trebalo biti isključenje protupravnosti zbog krajnje nužde. Da je pak sud ocijenio da je počinitelj mogao na drugi način otkloniti opasnost, valjalo bi utvrditi postoji li povreda njegove dužne pažnje, pa time i nehaj.

### 3. Dječja pornografija na računalnom sustavu

**Ne čini kazneno djelo optuženik koji je posjećivao i konzumirao sadržaje dječje pornografije na internetu koji su se pohranjivali na njegovu računalu mimo njegove svijesti i volje.**

**Županijski sud u Osijeku, KŽ-339/08-4 od 23.5.2008.**  
(Općinski sud u Osijeku, Ksm-44/07)

---

<sup>10</sup> *Roxin*, op. cit., str. 268.

<sup>11</sup> Tako i *Novoselec*, op. cit., str. 141.

<sup>12</sup> Izbor odluka Vrhovnog suda, 2/1995., str. 179.

<sup>13</sup> U jednoj drugoj presudi sličnog činjeničnog opisa, taj sud govori o "instinktivnim radnjama, poduzetima u situaciji kada vozač nije u stanju procjenjivati njihov krajnji rezultat", zbog čega se one ne mogu pripisati krivnji vozača (KŽ 506/1995 od 26.10.1995., Izbor odluka Vrhovnog suda, 2/1995., str. 179). To je također pogrešno jer instinkti su urođena ponašanja, u koja spadaju i refleksni pokreti, dok je upravljanje motornim vozilom naučena vještina.

<sup>14</sup> Prema novom Kaznenom zakonu (NN 125/11), druga vrsta krajnje nužde je eksculpirajuća, tj. oslobađa od krivnje (čl. 22. st. 2.), čime razlikovanje s obzirom opravdavajuću krajnju nuždu (čl. 22. st. 1.) u praksi više neće toliko dolaziti do izražaja zato što će se u oba slučaja donositi oslobađajuća presuda. Međutim, to će razlikovanje i dalje imati druge važne praktične implikacije (npr. u vezi s pravom na nužnu obranu protiv radnje poduzete u krajnjoj nuždi).

## Činjenično stanje

Optuženik je u više navrata posjećivao i konzumirao sadržaje pornografskih internetskih stranica, uključujući i dječju pornografiju. Prilikom posjećivanja stranica s dječjom pornografijom njegovo računalo bilježilo je i skidalo slike koje su sadržavale dječju pornografiju u mapu C:/..., a te je slike automatski pohranjivao sam operativni sustav računala. Osim navedenih slika, kod optuženika je pronađen i arak A4 bijelog papira na kojem su ispisane fotografije eksplicitnog seksa djece i odraslih osoba i s web adresom *http://...*

Prvostupanjskom presudom optuženik je bio oslobođen optužbe da bi radnjama opisanim u izreci te presude počinio kazneno djelo dječje pornografije na računalnom sustavu ili mreži iz čl. 197.a st. 1. KZ.

Žalbu je podnio državni odvjetnik, međutim njegova žalba bila je odbijena te je potvrđena prvostupanjska presuda.

## Iz obrazloženja

Protivno žalbenim navodima, prvostupanjski sud je savjesnom ocjenom provedenih dokaza, a osobito na temelju nalaza i mišljenja vještaka za softverski kriminalitet N.M., utvrdio da je optuženik posjećivao i konzumirao sadržaj pornografskih internetskih stranica, uključujući i dječju pornografiju, da je posjećivanje stranica s dječjom pornografijom njegovo računalo bilježilo i skidalo slike u mapu C:/..., da je te slike automatski pohranjivao sam operativni sustav optuženikova računala, bez dodatne akcije korisnika, da navedene slike nisu pronađene ni na jednoj drugoj lokaciji računalnog sustava te da ih korisnik (optuženi I.H.) nije svjesno i strukturirano pohranjivao.

Uz tako utvrđene odlučne činjenice pravilan je zaključak suda prvoga stupnja kako nije dokazana namjera optuženika (svijest i volja) da na svom računalu posjeduje dječje fotografije pornografskog sadržaja, jer ih nije svjesno i strukturirano pohranjivao, pa kako namjera posjedovanja dječje pornografije predstavlja jedno od bitnih obilježja kaznenog djela iz čl. 197.a st. 1. KZ-a, prvostupanjski ga je sud u nedostatku dokaza da bi počinio navedeno kazneno djelo s pravom, na temelju čl. 354. t. 3. ZKP, oslobodio optužbe.

## Napomena

Ovaj slučaj upozorava na glavni nedostatak važećeg Kaznenog zakona u sankcioniranju dječje pornografije, a taj je da se ne kažnjava već sam pristup dječjoj pornografiji, što znači da tko samo gleda dječju pornografiju na internetu, *de lege lata* ne čini kazneno djelo.

Ipak iz činjeničnog stanja u ovom predmetu vidi se da počinitelj nije samo gledao sadržaje dječje pornografije na internetu, već ih je posjedovao i na ispisanim A4 papirima, a neke slike bile su i pohranjene na njegovu računalo. Problem koji se ovdje pojavio kao sporan je činjenica da te slike počinitelj nije sam pohranjivao, već je to činio operativni sustav njegova računala dok je on pregledavao dječju pornografiju na internetu. Postavlja se pitanje je li ovdje uopće riječ o posjedovanju tih slika.

I u njemačkoj teoriji i praksi razmatrao se problem tumačenja pojma posjedovanja u slučaju dječjih pornografskih sadržaja na računalu. Prevladalo je shvaćanje da posjedovanje obuhvaća i podatke koji su automatski spremljeni na tvrdom disku kako bi im se moglo ponovo brže pristupiti i bez povezivanja na internet (npr. u mapu *Temporary Internet Files*).<sup>15</sup> Također, privremeno pohranjivanje u radnoj memoriji računala smatra se posjedovanjem. Njemački Sa-

---

<sup>15</sup> *Laufhütte/Roggenbuck*, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 2008., § 184b, rub. br. 8.

vezni sud zauzeo je stajalište da je za posjedovanje sadržaja dječje pornografije dovoljno i da se takvi podaci nalaze u tzv. *priručnoj memoriji* (engl. *cache memory*), koja je vrlo mala i služi za pohranu češće korištenih podataka kako bi im se brže moglo pristupiti.<sup>16</sup> Drugim riječima, svako “utjelovljenje” (njem. *Verkörperung*) podatka u računalnom sustavu ulazi u pojam posjedovanja računalnog podatka.<sup>17</sup> Upravo spomenute oblike pohranjivanja ne obavlja neposredno korisnik računala, već ih na temelju njegovih aktivnosti automatski izvršava računalo. U tom smislu nije sporan kauzalitet između radnje korisnika i automatskog pohranjivanja.

Nema razloga da se ovo tumačenje koje je prevladalo u Njemačkoj ne primijeni u interpretaciji pojma posjedovanja iz čl. 197.a KZ-a pa okolnost da te slike optuženik nije sam pohranio u računalo, već je to automatski napravio operativni sustav kojim je on upravljao, ne isključuje obilježje posjedovanja kod ovog kaznenog djela.

Sljedeće pitanje koje se postavlja u ovom predmetu jest postojanje namjere na strani optuženika. Sud obrazlaže nepostojanje namjere činjenicom da počinitelj te slike nije “svjesno i strukturirano pohranjivao”. Time sud sugerira da je ovo kazneno djelo moguće počiniti samo s izravnom namjerom. Međutim, to je pogrešno jer ovo kazneno djelo ne sadržava obilježja koja bi upućivala na to. Stoga je dovoljna i eventualna namjera: da je optuženik bio svjestan da se internetski sadržaji dječje pornografije koje je on “posjećivao i konzumirao” mogu pohraniti radnjom operativnog sustava i da je na to pristao. Optuženikova volja za posjedovanjem dječje pornografija je očigledna jer ne samo da je takve sadržaje pregledavao nego ih je imao i u ispisanom obliku.

Što se tiče ispisanog arka A4 papira, državni odvjetnik je pogriješio što nije proširio optužnicu i na kazneno djelo iz članka 196. KZ (iskorištavanje djece ili maloljetnih osoba za pornografiju), gdje se kažnjava posjedovanje dječje pornografije u fizičkom obliku.

Nedostatke važeće inkriminacije dječje pornografije na računalnom sustavu ili mreži otklanja novi Kazneni zakon (NN 125/11), koji je u okviru kaznenog djela iskorištavanja djece za pornografiju (čl. 163. st. 2.) izričito obuhvatio i svjesno pristupanje dječjoj pornografiji putem informacijsko-komunikacijskih tehnologija. Taj modalitet počinjenja unesen je sukladno čl. 20. st. 1. f Konvencije Vijeća Europe o zaštiti djece od seksualnog iskorištavanja i seksualnog zlostavljanja (NN MU 11/11).

---

<sup>16</sup> Bundesgerichtshof Beschluss vom 10. Oktober 2006 (BGH NStZ 2007 95).

<sup>17</sup> *Laufhütte/Roggenbuck*, op. cit., rub. br. 8.