

1. Analogia intra legem u slučaju redakcijske pogreške

Predstavlja zabranjenu analogiju tumačenje da kazneno djelo iz čl. 626. st. 1. t. 2. Zakona o trgovačkim društvima (ZTD) podrazumijeva i odgovornost člana uprave d.o.o. za nepokretanje stečajnog postupka. Članak 626. st. 1. t. 2. ZTD upućuje na odredbu o obvezi članova uprave d. d. da za slučaj prezaduženosti ili nesposobnosti za plaćanje u roku od tri tjedna moraju zatražiti otvaranje stečajnog postupka, ali ne upućuje na takvu odredbu u pogledu članova uprave d.o.o., već pogreškom upućuje na jednu drugu odredbu vezanu za d.o.o. Analogija nije dopuštena ni unatoč tome što tu obvezu generalno propisuje Stečajni zakon.

Vrhovni sud Republike Hrvatske, IV Kž 115/08-3 od 20. siječnja 2009.
(Županijski sud u Varaždinu, Kio-52/08 (Kv-200/08))

Činjenično stanje

Osumnjičenom D. M. stavljalno se na teret da, u razdoblju od 12. prosinca 2007. do 2. siječnja 2008., kao direktor trgovačkog društva M. d.o.o., suprotno odredbi čl. 251. st. 2. u svezi s čl. 430. st. 1. ZTD nije zatražio otvaranje stečajnog postupka, iako je znao da je društvo postalo nesposobno za plaćanje, i tako počinio kazneno djelo iz čl. 626. st. 1. t. 2. ZTD, a trgovačko društvo M. g. d.o.o. Zagreb kazneno djelo iz čl. 626. st. 1. t. 2. ZTD u svezi s čl. 3. st. 1. Zakona o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela.

Izvanraspravno vijeće Županijskog suda u Varaždinu odbilo je kao neosnovan dio istražnog zahtjeva državnog odvjetnika, nakon čega je državni odvjetnik podnio žalbu Vrhovnom sudu.

Vrhovni sud je rješenjem odbio žalbu državnog odvjetnika kao neosnovanu.

Iz obrazloženja

Sud prvog stupnja navodi kako se ovdje osumnjičenicima stavlja na teret da u razdoblju od 12. prosinca 2007. do 2. siječnja 2008., D. M. kao direktor trgovačkog društva M. d.o.o., suprotno odredbi čl. 251. st. 2. u svezi s čl. 430. st. 1. ZTD nije zatražio otvaranje stečajnog postupka, iako je znao da je društvo postalo nesposobno za plaćanje, i tako počinio kazneno djelo iz čl. 626. st. 1. t. 2. ZTD, a trgovačko društvo M. g. d.o.o. Zagreb kazneno djelo iz čl. 626. st. 1. t. 2. ZTD u svezi s čl. 3. st. 1. Zakona o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela, nakon čega zaključuje da je u inkriminirano vrijeme na snazi i u primjeni bio Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o trgovačkim društvima (Narodne novine, broj 118/03, dalje ZID ZTD) kojim je u potpunosti izmijenjen čl. 430. ZTD tako da se na dužnu pozornost i odgovornost članova uprave društva s ograničenom odgovornošću na odgovarajući način primjenjuju odredbe čl. 252. i 273. ZTD, ali ne i odredba čl. 251. st. 2. ZTD. Kako

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

je upravo navedenom odredbom čl. 251. ZTD propisana dužnost uprave u slučaju gubitka, prezaduženja ili nesposobnosti za plaćanje, pa tako i dužnost da u zakonom propisanom roku po nastanku razloga za pokretanje stečajnog postupka zatraži njegovo otvaranje, a na njenu analognu primjenu kod uprave društva s ograničenom odgovornošću ne upućuje izmijenjeni čl. 430. ZTD (NN 118/03), sud prvog stupnja zaključuje da nakon izvršenih izmjena tog članka zakonom više nije propisana dužnost uprave tog oblika trgovačkog društva da zatraži otvaranje stečajnog postupka kada se za to ispune zakonske pretpostavke.

Osnova za kaznenu odgovornost člana uprave društva s ograničenom odgovornošću u slučaju nepostupanja sukladno čl. 430. ZTD je čl. 626. ZTD, koji, kako to pravilno percipira sud prvog stupnja, nakon izmjena i dopuna ZTD (NN 118/03) nije u potpunosti usklađen s izmijenjenom odredbom čl. 430. ZTD jer čl. 626. ZTD i nadalje upućuje na primjenu čl. 430. st. 1. ZTD. Navedeni članak međutim nakon izvršenih izmjena i dopuna, koje se primjenjuju od 1. siječnja 2004. (NN 118/03), više nema stavaka (za razliku od dotadašnje odredbe koja je imala pet stavaka), već se sastoji od jedne rečenice koja izrijeком glasi: “Na dužnu pozornost i odgovornost članova uprave na odgovarajući se način primjenjuju odredbe čl. 252. i 273. ovog Zakona (ZTD).”

Pobijajući osnovanost takvog zaključka suda prvog stupnja, državni odvjetnik upozorava da obveza članova uprave društva s ograničenom odgovornošću da pokrenu stečajni postupak nedvojbeno proizlazi iz odredbe čl. 469. ZTD i čl. 3. odnosno čl. 4. st. 10. Stečajnog zakona, kojim je propisano da uprava društva (dakle, zaključuje žalitelj, i društva s ograničenom odgovornošću) mora bez odgode, a najkasnije 21 dan po nastanku nesposobnosti za plaćanje prezaduženosti društva predložiti otvaranje stečajnog postupka, nakon čega zaključuje da, iako je doista riječ o propustu zakonodavca pri usklađivanju odredbi čl. 626. i čl. 430. ZTD, smatra da unatoč tome takva obveza nedvojbeno postoji i za članove uprave društva s ograničenom odgovornošću, odnosno da to “djelo samostalno egzistira i bez čl. 430. ZTD” pa predlaže da se, budući da je ZID ZTD-om (NN 118/03) stvorena praznina, ta praznina “popuni” dopuštenom analogijom.

Napomena

Ovaj primjer iz naše sudske prakse pokazuje kako u kaznenom pravu nije uvijek jednostavno razgraničiti zabranjenu i dopuštenu analogiju. Zabranjena analogija obično se izražava formulacijom da nema kaznenog djela ako zakonska norma striktno ne upućuje na to što predstavlja kazneno djelo (*nullum crimen sine lege stricta*).

Pojam **analogije unutar zakona** (*analogia intra legem*¹) u našoj literaturi nailazi na različita shvaćanja.² Među njima, najpotpuniju definiciju analogije unutar zakona ponudio je

¹ Ona se nekad pogrešno naziva i *analogia inter legem* ili *analogia inter lege* jer latinski “inter” znači “između”.

² Usp. Pihler, Proces primene analogije u krivičnom pravu, Naša zakonitost, 9/1970., str. 677.; Zlatarić, Krivično pravo I., Zagreb, 1977., str. 97.; Romac, Rječnik latinskih pravnih izraza, Zagreb, 1992., str. 42.; Bačić/Pavlović, Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, 2004., str. 29.; Novoselec, Opći dio kaznenog prava, Zagreb, 2009., str. 76.;

Pihler. Prema njemu, ova vrsta analogije postoji onda kada zakonodavac u konkretnoj kaznenopravnoj normi ne predviđa neposredno sve situacije u kojima će se primjenjivati konkretna norma, već normu ostavlja otvorenom naglašavajući da se na isti način kao u pravnoj normi izričito određene situacije reguliraju i slične neodređene situacije, ili pak upućuje na shodno primjenjivanje neke druge, posebne, norme.³ Drugim riječima, taj pojam ne obuhvaća samo generalne klauzule,⁴ već i klauzule koje upućuju na shodnu primjenu.

U njemačkoj literaturi se uopće ne govori o analogiji *intra legem* zbog toga što to zapravo i nije analogija (jer ona pretpostavlja pravnu prazninu), već oblik primjene zakona. Ipak, spominje se mjestimice tzv. "analogija koju nalaže zakon" (*gesetzlich angeordnete Analogie*),⁵ ali se ističe da je ispravno i u tom slučaju govoriti o "odgovarajućoj primjeni koju nalaže zakon".⁶ To su zapravo spomenute klauzule koje upućuju na shodnu primjenu.⁷

Kazneno djelo koje se osumnjičenom stavlja na teret je povreda dužnosti u slučaju gubitka, prezaduženosti ili nesposobnosti za plaćanje iz članka 626. st. 1. t. 2. ZTD. Riječ je o tzv. *blanketnom kaznenom djelu*, što znači da sud mora utvrđivati njegovo biće iz drugih odredbi koje se na njega odnose. To kazneno djelo čini tko "kao član uprave protivno odredbi članka 251. stavka 2., odnosno u svezi odredbe druge rečenice stavka 1. članka 430. ovoga Zakona ili kao likvidator protivno odredbi članka 374. stavka 2., odnosno u svezi odredbe članka 471. stavka 5. ovoga Zakona u slučaju da je društvo nesposobno za plaćanje ili da je prezaduženo ne zatraži ostvarenje stečajnog postupka ni postupka za sklapanje prisilne nagodbe". Ono što je nesporno jest da opis ovog kaznenog djela ne upućuje na pravnu normu koju je zakonodavac htio jer druga rečenica stavka 1. članka 430. ZTD ne postoji. Riječ je, dakle, o **redakcijskoj pogrešci**. Ovdje valja uzeti da se radi o upućivanju na članak 430. ZTD. Ispravak takvih zakonskih pogrešaka od suca nije protivan načelu zakonitosti jer je i običnom građaninu razumljivo da je riječ o upućivanju na članak 430. ZTD. Sličan primjer postojao je donedavno u čl. 2. Zakona o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela (ZOPOKD, NN 151/03, 110/07), gdje je između ostaloga, pisalo: "...na pravne se osobe primjenjuju odredbe Kaznenog zakonika". Naziv "Kazneni zakonik" bio je uveden novelom Kaznenog zakona iz 2003. (NN 111/03) koja nikada nije stupila na snagu. Iako "Kazneni zakonik" zapravo ne postoji, već postoji jedino "Kazneni zakon", nesporno je da se ZOPKD primjenjivao i na kaznena djela počinjena u razdoblju od 2004. do 2011.⁸ U tom smislu ne bi trebalo biti sporno da je ovdje riječ o upućivanju na članak 430. ZTD⁹, a nije ni Vrhovni sud isključio primjenu tog članka u ovom predmetu.

³ *Pihler*, op. cit., str. 677.

⁴ Drukčije *Novoselec*, op. cit., str. 76.

⁵ Npr. kod kaznenog djela krađe ističe se da su sa stvarima izjednačene i životinje jer tu "analogiju" nalaže § 90a njemačkog Građanskog zakonika (*Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch Kommentar, München, 2007., § 242, rub.br. 2).

⁶ Isp. *Maties*, Die gesetzlich angeordnete entsprechende Anwendung, Juristische Rundschau, 2007. (7), str. 265.-270.

⁷ *Maties* je u njemačkom Kaznenom zakoniku izbrojao čak 63 takvih klauzula (usp. *Maties*, op. cit., str. 265.), dok su u našem Kaznenom zakonu one rijetkost, ali ih zato ima dosta u blanketnim propisima.

⁸ Usp. čl. 1. i 2. Zakona o izmjenama i dopunama ZOPOKD (NN 45/11) kojima je otklonjen taj nedostatak.

⁹ U našoj literaturi zastupa se stajalište da redakcijske pogreške sud treba otklanjati samo u slučaju proturječnosti (antinomije) – usp. *Zlatarić*, op. cit., str. 92., *Novoselec*, op. cit., str. 93. To je u nekim segmentima preširoko jer postoje i proturječnosti koje se mogu tumačiti jedino *in bonam partem*. Primjerice, u prednacrtu jednog zakona nedavno se pojavila proturječnost: "Kaznom iz stavka 2. kaznit će se tko kazneno djelo iz stavka 1. počini ..., kaznit će se kaznom

Sad valja prijeći na sadržaj članka 430. ZTD. On se nalazi u glavi V. ZTD koja regulira društva s ograničenom odgovornošću, što indicira da je zakonodavac htio predvidjeti odgovornost članova uprave društva s ograničenom odgovornošću za nepokretanje stečajnog postupka. Međutim, čl. 430. dalje upućuje na članke 252. i 253. ZTD. Takvo upućivanje upravo je primjer analogije *intra legem* jer se navodi da se na dužnu pozornost i odgovornost članova uprave društva s ograničenom odgovornošću na odgovarajući način primjenjuju odredbe čl. 252. i 273. ZTD. No u tim se člancima izričito ne govori o obvezi pokretanja stečajnog postupka (već je to regulirano u čl. 251. ZTD). Ipak, u čl. 252. stavku 1. ZTD piše da članovi uprave moraju voditi poslove društva s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika. Nije li dužnost urednog i savjesnog gospodarstvenika pokrenuti stečajni postupak kad nastupe stečajni razlozi? Tu obvezu izričito propisuje Stečajni zakon u čl. 4. st. 10.: “Ako je trgovačko društvo nesposobno za plaćanje ili prezaduženo, uprava koja vodi društvo mora bez odgode, a najkasnije dvadeset jedan dan po nastanku nesposobnosti za plaćanje ili prezaduženosti, predložiti otvaranje stečajnoga postupka.”

Do kaznene odgovornosti člana uprave društva s ograničenom odgovornošću može se doći i na drugi način, neovisno o odredbama Stečajnog zakona. Sam čl. 626. st. 1. t. 2. ZTD upućuje na primjenu članka 251. stavka 2. “u svezi” s čl. 430. ZTD. Postavlja se pitanje koji je *raison d'être* te formulacije “u svezi odredbe”? Ako bismo ispustili te riječi, bilo bi jasno da se kaznena odgovornost člana uprave dioničkog društva i člana uprave društva s ograničenom odgovornošću uspostavlja nezavisno jedna od druge. Umetanje tih riječi u zakonski tekst može se protumačiti kao dovođenje u vezu odgovornosti “jednih” i “drugih” članova uprave tako da odgovornost “jednih” uspostavlja odgovornost “drugih”, što bi opet bila *analogia intra legem*. Drugim riječima, čl. 626. st. 1. t. 2. ZTD može se protumačiti tako da odgovornost članova uprave društva s ograničenom odgovornošću proizlazi iz kažnjivosti povrede obveze članova uprave dioničkog društva da pokrenu stečajni postupak (čl. 251. st. 2.) u svezi s povredom dužnosti urednog i savjesnog gospodarstvenika člana uprave društva s ograničenom odgovornošću (čl. 252. st. 1. na koji upućuje čl. 430.).

Premda se na dva prikazana načina može protumačiti kaznena odgovornost člana uprave dioničkog društva za čl. 626. st. 1. t. 2. ZTD, odredbe tog članka iziskuju velik napor suda da utvrdi takvu odgovornost. Stoga valja uputiti kritiku zakonodavcu što nije ispravio upućivanje na “drugu rečenicu” koja ne postoji u članku 430. te što u tom članku nije naveo upućivanje na analognu primjenu čl. 251. st. 2. ZTD kako bi se otklonila svaka dvojba u primjeni. Alternativa bi bila da se nepokretanje stečajnog postupka propiše kao kazneno djelo u Kaznenom zakonu (u novoj glavi kaznenih djela protiv gospodarstva) ili u Stečajnom zakonu, što ima smisla s obzirom na to da je tako i predviđena generalna obveza pokretanja stečajnog postupka. Upravo je to 2008. napravio njemački zakonodavac kada je nepokretanje stečajnog postupka (*Insolvenzverschleppung*) predvidio u § 15a. njemačkog Stečajnog zakona (*Insolvenzordnung*). Na taj način ne samo da bi se uklonio beskrajan lanac upućivanja na druge odredbe pri utvrđivanju pojedinih obilježja kaznenog djela nego bi se ujedno predvidjela kaznena odgovornost zastupnika i likvidatora drugih trgovačkih društava (npr. javnog trgovačkog društva i komanditnog društva), a ne samo društava kapitala.

zatvora od šest mjeseci do pet godina.” U stavku 2. bila je propisana kazna zatvora do tri godine, što znači da su bile propisane dvije kazne za isto djelo. Da je zakon u takvom obliku stupio na snagu, sud bi morao primijeniti kaznu koja je povoljnija za počinitelja (iz stavka 2.), bez obzira na to što je zakonodavac za to djelo htio predvidjeti strože kažnjavanje. S druge strane, svođenje dopuštenog ispravljanja redakcijskih pogrešaka samo na slučajevne antinomije je preusko, kao što smo vidjeli u navedenom primjeru iz ZOPOKD-a.

2. Delikt podobnosti kao podvrsta delikta apstraktnog ugrožavanja. Ugrožavanje okoliša otpadom.

Direktor minimljekare V. koji je protivno odredbama Zakona o vodama i Zakona o otpadu neishodivši vodoprivrednu dozvolu za ispuštanje voda s promijenjenim svojstvima ili otpadnim tvarima, nemajući propisani spremnik za sabiranje ili pročišćavanje otpadnih voda te unatoč izrečenoj zabrani ispuštanja otpadnih voda, nastavio ispuštati otpadne vode, iako je znao da se zbog štetnih kemikalija sadržanih u njima izaziva smrad, jako onečišćenje okolnih parcela različitih vlasnika te podzemnih voda, uslijed čega je bio onemogućen uzgoj ma koje poljoprivredne kulture na okolnom zemljištu površine najmanje jednog jutra, počinio je kazneno djelo ugrožavanja okoliša otpadom.

**Županijski sud u Bjelovaru, Kž-340/02-3 od 24.10.2002.
(Općinski sud u Bjelovaru, K 325/99-66)**

Činjenično stanje

Optuženik je u razdoblju od početka 1995. godine do konca 1999. godine u G. P., kao vlasnik i direktor minimljekare V. organizirao njezin rad protivno odredbama Zakona o vodama i Zakona o otpadu neishodivši vodoprivrednu dozvolu za korištenje voda, odnosno za ispuštanje voda sa promijenjenim svojstvima ili otpadnim tvarima te nemajući propisani spremnik za sabiranje ili pročišćavanje otpadnih voda, unatoč rješenju vodopravne inspekcije, izrečenoj zabrani ispuštanja otpadnih voda u putni jarak i dalje odvodnim kanalom, koji prelazi preko više parcela, nastavio ispuštati otpadne vode, iako je znao da se zbog štetnih kemikalija sadržanih u njima izaziva smrad, jako onečišćenje okolnih parcela različitih vlasnika te podzemnih voda, zbog čega je bio onemogućen uzgoj ma koje poljoprivredne kulture na okolnom zemljištu površine najmanje jednog jutra.

Sud je zaključio da je opisanim radnjama optuženi počinio kazneno djelo protiv okoliša – ugrožavanje okoliša otpadom, označeno i kažnjivo po čl. 252. st. 1. Kaznenog zakona. Optuženiku je bilo stavljeno na teret i kazneno djelo povrede tuđih prava iz članka 228. stavka 2. Kaznenog zakona, koje mu, međutim, tijekom postupka nije bilo dokazano.

Protiv prvostupanjske presude žalbe su podnijeli optuženi i oštećena koje je drugostupanjski sud odbio kao neosnovane i potvrdio prvostupanjsku presudu.

Iz obrazloženja presude suda prvoga stupnja

Iako se navod oštećenice kao tužiteljice o zagađenosti tla nije mogao provjeriti, po mišljenju suda ta okolnost nema takav značaj da bi mogla isključiti postojanje predmetnog kaznenog djela ugrožavanja okoliša otpadom. Otpadnim tvarima prema Zakonu o postupanju s otpadnim tvarima smatraju se svi otpadci u krutom, tekućem ili plinovitom stanju koji nastaju u procesu proizvodnje, prometa, uporabe i prirodno-biološke reprodukcije. Radnja kaznenog djela ugrožavanja okoliša otpadom sastoji se u postupanju protivno propisima o odbacivanju, odlaganju, sakupljanju, obrađivanju i prijevozu otpada kojim se ugrožava kakvoća zraka, tla, vode u mjeri koja može pogoršati uvjete života ljudi i životinja ili ugroziti opstanak šuma, bilja ili drugog raslinja. Činjenica je da nije svako zagađivanje sudski kažnjivo, već samo ono koje

prelazi određenu mjeru, te je bit ovoga kaznenog postupka bilo utvrditi je li okrivljenik kao vlasnik minimljekare, nepoštovanjem propisa o otpadnim vodama, prešao tu mjeru koja je nužna da bismo govorili o kaznenom ponašanju. Sud smatra, a imajući u vidu zaključke inspekcije zaštite okoliša od 11. rujna 1997., da je okrivljenik D. H., ispuštajući otpad, ugrozio biljni i životinjski svijet u toj mjeri da je, zbog mogućih pojava štetnih životinjskih i patogenih organizama, stvorio konkretnu opasnost i za ljudsko zdravlje. Pritom se mora imati u vidu da je riječ o nepoštovanju propisa i konstantnom ispuštanju otpadnih voda kroz pune četiri godine, što nikako ne može i ne smije biti zanemariva okolnost.

Okrivljenik je bio svjestan da krši propise i da takvim svojim radnjama može pogoršati uvjete života ljudi ili životinja, no na takvu moguću posljedicu okrivljenik pristaje, pa u subjektivnom i objektivnom smislu ostvaruje sve elemente kaznenog djela protiv okoliša - ugrožavanje okoliša otpadom iz čl. 252. st. 1. Kaznenog zakona.

Iz obrazloženja presude suda drugoga stupnja

Iako prvostupanjski sud nije naveo razloge iz kojih proizlazi da je zbog onečišćenja onemogućen uzgoj ma koje poljoprivredne kulture na okolnom zemljištu površine najmanje jednog jutra, takvo utvrđenje proizlazi iz iskaza oštećenice koja je navela da je oko pola jutra njezine zemlje bilo potopljeno otpadom te iz nalaza i mišljenja vještaka da su otpadne vode otjecale ispuštanjem od minimljekare do šikare i nekretnine oštećenice u dužini od 200 do 300 metara.

Neosnovani su i navodi u žalbi da u tijeku postupka nije dokazano da postoji zagađenje livade oštećenice, kao posljedica ispuštanja otpadnih voda iz minimljekare, pa da prema tome nema elemenata kaznenog djela, jer je za postojanje inkriminiranog kaznenog djela dovoljna već i sama mogućnost nastanka štetnih posljedica zbog djelovanja kemikalija sadržanih u otpadu.

Napomena

Kaznena djela protiv okoliša u modernim se zakonodavstvima pretežno reguliraju kao *kaznena djela ugrožavanja* kod kojih se ne traži da dođe do povređivanja zaštićenog pravnog dobra (okoliša), već je dovoljna i opasnost od njegova povređivanja. Obično se govori o dvije skupine kaznenih djela ugrožavanja: **delikti konkretnog ugrožavanja** i **delikti apstraktnog ugrožavanja**.¹⁰ Oni se razlikuju po tome što kod prvih sud mora utvrditi da je došlo do ugrožavanja zaštićenog dobra, tj. do stvarne opasnosti od njegova povređivanja, dok je kod drugih dovoljno da počinitelj ostvari kažnjivu radnju koja je sama po sebi opasna pa se kažnjavanje propisuje i kada nije došlo ni do konkretne opasnosti ni do povređivanja.

U austrijskoj i njemačkoj doktrini uz navedene dvije kategorije govori se i o prijelaznom obliku kaznenih djela ugrožavanja – tzv. **delikti podobnosti** (*delikti apstraktne podobnosti*¹¹, *delikti potencijalnog ugrožavanja*¹² odnosno *apstraktno-konkretni delikti*¹³). Oni u svom zakon-

¹⁰ Usp. *Novoselec*, Opći dio kaznenog prava, Zagreb, 2009., str. 150.-151.

¹¹ *Roxin*, Strafrecht AT I, München, 2006., str. 431.-432.

¹² *Kienapfel/Höpfel*, Strafrecht AT, Wien, 2007., str. 47.; *Koepfer/Vierhaus*, Umweltstrafrecht, München, 2002., str. 18.

¹³ *Schröder*, Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte, JZ, 1967., str. 522.-525.

skom opisu sadržavaju da radnja mora biti prikladna za povređivanje zaštićenog pravnog dobra odnosno da može dovesti do njegova povređivanja. Riječ je zapravo o podvrsti delikata apstraktnog ugrožavanja jer ni kod njih ne mora nastupiti neposredna ugroženost zaštićenog dobra. Međutim, delikti podobnosti imaju i određenu bliskost deliktima konkretnog ugrožavanja zato što je i kod jednih i kod drugih opasnost izrijeком opisana u zakonskom opisu,¹⁴ s time da je razlika među njima u tome je li ta opasnost apstraktna ili konkretna. Apstraktna je kada se u zakonskom tekstu spominje mogućnost¹⁵ nastupa posljedice (npr. "može dovesti do onečišćenja" ili "može ugroziti kakvoću") ili podobnost¹⁶ radnje za povređivanje (npr. "podobna je da dovede do štete" ili "pogodna je da prouzroči štetu"). Konkretna je kada zakonski opis navodi da je kaznenim djelom dobro ugroženo ("i time ugrozi") ili dovedeno u opasnost ("i time dovede u opasnost").

Upravo kazneno djelo za koje je osuđen počinitelj u ovom slučaju je kazneno djelo apstraktnog ugrožavanja,¹⁷ i to delikt podobnosti. Naime, kaznenim djelom iz članka 252. stavka 1. predviđa se kažnjavanje postupanja s otpadom na način kojim se ugrožava kakvoća zraka, tla, vode, vodotoka ili mora na širem području i u mjeri koja može pogoršati uvjete života ljudi ili životinja ili ugroziti opstanak šuma, bilja ili drugog raslinja. Međutim, sudovi u ovom predmetu nisu razlikovali spomenute kategorije kaznenih djela pa je prvostupanjski sud u izreci presude djelo opisao kao povređivanje, u obrazloženju izričito spominje da je riječ o konkretnoj opasnosti, dok drugostupanjski sud ističe da je dovoljna apstraktna opasnost za ovo kazneno djelo.

Iz utvrđenog činjeničnog stanja je razvidno da je u ovom slučaju ispuštanje otpada dovelo do konkretne ugroženosti biljnog i životinjskog svijeta (pa čak i ljudskog zdravlja, premda je to ostalo nepotpuno utvrđeno), pri čemu je sud utvrdio da je počinitelj postupao s eventualnom namjerom jer je bio svjestan toga i pristao je na to. Stoga nije riječ o deliktu podobnosti iz čl. 252. st. 1. KZ, već o kaznenom djelu konkretnog ugrožavanja pa je sukladno tome djelo trebalo prekvalificirati na čl. 252. stavak 2. KZ.¹⁸

¹⁴ Zbog toga ih je *Schröder* prvi nazvao deliktima apstraktno-konkretnog ugrožavanja. Tom pojmu se može prigovoriti da je kontradiktoran jer ne može nešto biti istodobno apstraktno i konkretno.

¹⁵ Otuda mnogi autori govore o deliktima potencijalnog ugrožavanja. Međutim, kako pojam ugrožavanja u sebi sadržava potencijalno povređivanje, problematično je koristiti se tim pojmom jer on sugerira potencijalnost nečega što već jest potencijalno.

¹⁶ Zato ih *Roxin* naziva apstraktnim deliktima podobnosti (*abstrakte Eignungsdelikte*). Tom se pojmu može prigovoriti da *a contrario* proizlazi da postoje i konkretni delikti podobnosti. Stoga je ispravno govoriti samo o deliktima podobnosti.

¹⁷ Točnije u čl. 252. st. 1. KZ riječ je o osebujnoj pojavi konkretno-apstraktnog ugrožavanja (konkretno ugrožavanje medija okoliša: zraka, vode, tla i sl., koje dovodi do apstraktnog ugrožavanja ljudi, životinja i biljaka), a u čl. 252. st. 2. KZ riječ je o konkretnom ugrožavanju i medija okoliša i živih bića u njemu. Međutim, *ratio legis* stavka 1. jest uspostavljanje kažnjivosti za apstraktno ugrožavanje ljudi, životinja i biljaka, do kojeg će praktično doći samo ako je neki od medija okoliša zagađen.

¹⁸ Premda je oštećenica kao tužiteljica djelo kvalificirala kao čl. 252. st. 1., sud nije bio vezan njezinom pravnom ocjenom sukladno članku 350. stavku 2. ZKP-a pa je mogao djelo prekvalificirati. Sporno je bi li mu tu mogućnost dopustio i čl. 449. st. 2. novog ZKP-a, u kojem piše da sud ne može optuženika proglasiti krivim za kazneno djelo teže od onog koje mu je optužbom stavljeno na teret. Naime, ako se težina određuje prema propisanoj kazni, ona je za oba djela ista pa bi to bilo moguće. Međutim, moguće je i drukčije stajalište: da je osuda za kazneno djelo konkretnog ugrožavanja teža od osude za kazneno djelo apstraktnog ugrožavanja. U tome se vidi sva apsurdnost nove odredbe ZKP-a, koja naprosto ograničava sud da ispravno kvalificira djelo.

Poteškoće u razlikovanju apstraktnog i konkretnog ugrožavanja s kojima se u konkretnom predmetu susreo sud, a kojima je u određenoj mjeri pridonijelo i loše zakonsko rješenje koje istu kaznu propisuje za oba oblika ugrožavanja, pokazuju opravdanost nove regulacije kaznenog djela ugrožavanja okoliša otpadom u Nacrtu novog Kaznenog zakona. U njemu se opravdano napušta razlikovanje apstraktnog i konkretnog ugrožavanja kao dvaju oblika ovog kaznenog djela, jer je u nekim slučajevima doista teško utvrditi kada apstraktna opasnost prelazi u konkretnu. Stoga se u Nacrtu novog Kaznenog zakona propisuje samo apstraktno ugrožavanje, i to u svom čistom obliku (bez navođenja opasnosti) kad je riječ o *nezakonitoj isporuci otpada*¹⁹ (stavak 1.) i u njegovoj inačici deliktu podobnosti kada je riječ o općem gospodarenju i postupanju s otpadom (stavak 2.). Sukladno tome, da se ovaj slučaj dogodio nakon 1. srpnja 2013. (kada je predviđeno stupanje na snagu novog Kaznenog zakona), trebalo bi ga kvalificirati kao apstraktno ugrožavanje (delikt podobnosti) s obzirom na to da se konkretno ugrožavanje više posebno ne predviđa kao oblik ovog kaznenog djela.

3. Neprikladni pokušaj. Prijetnja konkludentnom radnjom.

I. Ispaljivanje hica iz puške samo s ciljem zastrašivanja oštećenika koji se nalazio iza betonskog zida ne predstavlja pokušaj ubojstva, ali da je postupao s namjerom usmrćenja oštećenika, radilo bi se o nepodobnom pokušaju s obzirom na nepodesni objekt.

II. U situaciji kada počinitelj izvadi osigurač iz neispravne ručne bombe u namjeri da ju aktivira, čini neprikladni pokušaj ubojstva ako postupa s ciljem lišenja života oštećenika. Međutim, u konkretnom slučaju optuženik je htio zaplašiti oštećenika i odvratiti ga od mogućeg nasrtaja, a ne lišiti ga života.

Vrhovni sud Republike Hrvatske, I Kž 834/06-5 od 20. rujna 2007.

(Županijski sud u Požegi, K-11/06,

Vrhovni sud Republike Hrvatske, I Kž 480/03-6,

Županijski sud u Požegi, K-3/03)

Činjenično stanje

Optuženik J.C. dana 5. kolovoza 2002. ispalio je puščani hitac prema oštećeniku u trenutku kada je oštećenik već zamakao iza betonskog zida koji ga je u potpunosti zaklonio, a kada je ostao razoružan, uzeo je ručnu bombu M 75 te izvadio osigurač u namjeri da ju aktivira. Međutim, nije ju odbacio od sebe, već je bomba u njihovu međusobnom otimanju pala na pod da bi ju zatim oštećenik dodao svjedoku S.C. koji je potom napravio improvizirani osigurač i takvu bombu predao djelatnicima policije.

Prvostupanjskom presudom Županijskog suda u Požegi oglašen je krivim za počinjenje kaznenog djela ubojstva u pokušaju iz čl. 90. u vezi s čl. 33. KZ te kaznenog djela nedozvoljenog posjedovanja oružja i eksplozivnih tvari iz čl. 335. st. 1. KZ. Vrhovni sud je, povodom žalbe državnog odvjetnika i optuženika, u dijelu koji se odnosi na pokušaj ubojstva ukinuo presudu i predmet vratio sudu prvog stupnja na ponovno suđenje, a u dijelu koji se odnosi na nedozvoljeno posjedovanje oružja i eksplozivnih tvari optužba je odbijena.

¹⁹ Nezakonitom isporukom otpada smatrat će se ona koja je protivna članku 2. stavka 35. Uredbe 1013/2006/EZ.

U ponovljenom postupku, sud prvog stupnja pokušao je provesti naložene dokaze koje, međutim, iz objektivnih razloga više nije bilo moguće pribaviti, te je optuženika oslobodio optužbe. Na presudu se žalio državni odvjetnik, ali je Vrhovni sud njegovu žalbu odbio kao neosnovanu i potvrdio prvostupanjsku presudu.

Iz obrazloženja

Kada se, dakle, cijeni činjenica da život oštećenika, zbog zaklonjenosti betonskim zidom, uopće nije bio ugrožen ispaljivanjem hica iz puške, niti je oštećenik to subjektivno tako doživio, tada sud prvog stupnja s pravom prihvaća obranu optuženika da je on imao namjeru oštećenika samo zaplašiti i skrenuti pozornost na sebe, a ne lišiti života. Ne radi se o tome da je optuženik pucao u namjeri da ubije, pa promašio, jer svjedok očevidac S. C. dosljedno iskazuje da je optuženik opalio iznenada, bez nišanjenja, držeći pušku o svom boku, i to u trenutku kada je oštećenik već nestao iz njegova vidokruga. Osim toga, evidentno je da u postojećim uvjetima niti itko drugi, spretniji u rukovanju oružjem, ne bi mogao oštećenika pogoditi, jer je to bilo objektivno nemoguće, kako proizlazi iz nalaza balističkog vještaka.

Stoga sud prvog stupnja s pravom zaključuje da, prije svega, nema dokaza o postojanju namjere kao subjektivnog elementa na lišenje života, a podredno da je riječ o nepodobnom pokušaju kaznenog djela s obzirom na nepodesni objekt.

Što se tiče druge radnje koju je optuženik dalje produzeo, a to je uzimanje ručne bombe iz koje je izvađen osigurač, ali ona nije bačena, s pravom sud prvog stupnja utvrđuje da ni ta radnja ne sadržava potrebna obilježja bića kaznenog djela pokušaja ubojstva.

Suprotno tome, Vrhovni sud ocjenjuje da u situaciji kada počinitelj izvadi osigurač iz ručne bombe u namjeri da ju aktivira, tada on svojim postupanjem ulazi u kažnjivu zonu pokušaja kaznenog djela, a o tome s kojim ciljem je postupao, ovisi procjena je li riječ o pokušaju kaznenog djela ubojstva ili o kaznenom djelu ugrožavanja sigurnosti općeopasnom radnjom.

Kod takvog stanja stvari ostalo je spornim je li ta ručna bomba uopće bila podobna za eksploziranje. Kako se u ponovljenom postupku, zbog uništenja te bombe od dje-latnika policije, nije mogla provesti dopuna balističkog vještačenja, sud prvog stupnja osnovano je tu činjenicu utvrđivao u korist optuženika te je zaključio da je bomba bila nepodesna za aktiviranje. Time bi se i kod ove radnje optuženika ponovo radilo o nepodobnom pokušaju, ali sada s obzirom na upotrijebljeno sredstvo.

Osim toga, u postupku nije dokazano niti da je optuženik imao namjeru tu bombu upotrijebiti s ciljem lišenja života oštećenika. Činjenica je da optuženik bombu od sebe nije odbacio, iako prema mišljenju balističkog vještaka od takvog postupanja ne postoji odgovarajuća obrana. Optuženik nije nikom prijetio, već je stajao na dvorištu "dezorijentiran i izgubljen", držeći u jednoj ruci bocu, a u drugoj bombu, kako to opisuje svjedok S. C. Svjedok iskazuje da nije imao osjećaj opasnosti od optuženika, niti bojazni da će ovaj bombu upotrijebiti. Budući da je evidentno da je optuženik, da je to htio, mogao odbaciti bombu, ali to nije učinio, već je samo stajao dok mu oštećenik nije pristupio i oduzeo bombu, s pravom sud prvog stupnja prihvaća vjerojatnom obranu optuženika da je njegova namjera bila zaplašiti oštećenika i odvratiti ga od moguće nasrtaja, a ne lišiti ga života.

Zaključno treba reći da obje radnje koje je optuženik poduzeo kritične prilike, opaljenje hica iz puške i vađenje osigurača iz ručne bombe, u objektivnom smislu sadržavaju elemente nepodobnog pokušaja kaznenog djela ubojstva, međutim, s obzirom na to da u oba slučaja nema dokaza o tome da bi optuženik postupao s namjerom lišenja života oštećenika, ne dolazi u obzir niti primjena čl. 33. st. 3. KZ, pa je optuženika trebalo osloboditi optužbe.

Napomena

U ovom predmetu je zanimljivo što je sud toliku pažnju posvetio institutu neprikladnog (nepodobnog) pokušaja premda ga u konkretnom slučaju uopće nije primijenio. U prvoj radnji optuženika našao je da kad bi optuženik smatrao da kroz betonski zid može usmrtni oštećenika i postupajući s tom namjerom, počinio bi neprikladni pokušaj ubojstva. Doista, u tom bi se slučaju radilo o neprikladnom pokušaju, ali ne zbog neprikladnosti objekta, jer objekt kaznenog djela ubojstva nije zid, već čovjek iza njega. Radilo bi se stoga o neprikladnom sredstvu jer bi se počinitelj poslužio zidom (za koji misli da ga metak može probiti) da kroz njega usmrtni oštećenika. Naime, pojam sredstva kod neprikladnog pokušaja ne treba ograničiti na *instrumenta sceleris* (predmeti uporabljeni za počinjenje kaznenog djela), nego ga treba shvatiti u širem smislu.²⁰

Što se tiče druge radnje optuženika (skidanje osigurača s neispravne bombe), sud je ispravno uzeo da bi se radilo o neprikladnom pokušaju zbog neprikladnosti sredstva da je počinitelj postupao s namjerom usmrćenja oštećenika. Pritom je sud valjano zaključio da bi već skidanje osigurača s bombe s namjerom usmrćenja drugoga predstavljalo pokušaj ubojstva (no te namjere nije bilo u konkretnom slučaju). Time je sud protumačio vrijeme kada započinje pokušaj kaznenog djela sukladno *individualno-objektivnoj teoriji* po kojoj je dovoljno da počinitelj poduzme radnju koja neposredno prethodi radnji kojom se ostvaruje biće kaznenog djela,²¹ a ne traži se i npr. bacanje bombe u smjeru oštećenika.

Sukladno navedenom, valja podržati zaključak da u konkretnom slučaju nije riječ o pokušaju ubojstva. Nije riječ ni o dovođenju u opasnost života i imovine općeopasnom radnjom ili sredstvom ne samo zato što nije utvrđena počiniteljeva namjera ugrožavanja već prvenstveno zbog toga što je to delikt konkretnog ugrožavanja, a do konkretne opasnosti nije moglo doći jer niti je metak mogao probiti betonski zid niti je neispravna bomba mogla nekoga ugroziti.

Međutim, nepostojanje navedenih kaznenih djela ne znači da radnja optuženog ne predstavlja neko drugo kazneno djelo. Naime, iz činjeničnog stanja je razvidno da se u konkretnom slučaju zapravo radi o kaznenom djelu prijetnje. To kazneno djelo može se počinuti verbalnim i neverbalnim (konkludentnim) radnjama, a upravo je hitac zastrašivanja tipičan primjer konkludentne radnje kod kaznenog djela prijetnje.²² Okolnost da ni oštećeni ni svjedok nisu osjetili strah zbog počiniteljevih radnji nije od značenja zato što je kazneno djelo prijetnje delikt apstraktnog ugrožavanja. Stoga je sud, ako su bile ispunjene pretpostavke iz čl. 48. st. 3. ZKP²³ (čl. 61. st. 3. novog ZKP), trebao počinitelja osuditi za kazneno djelo prijetnje iz čl. 129. st. 2. KZ.

²⁰ Tako i *Novoselec*, Opći dio kaznenog prava, Zagreb, 2009., str. 317., bilj. 24.

²¹ Ova teorija izrijekom je prihvaćena u Nacrtu novog Kaznenog zakona. Više o navedenoj teoriji usp. *Novoselec*, Razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 2 (2008), str. 736.-740.

²² Schönke/Schröder (*Eser*), Strafgesetzbuch Kommentar, München, 2006., § 241., rub. br. 4.

²³ Zakon o kaznenom postupku (NN 110/97., 27/98., 58/99., 112/99., 58/02., 143/02. i 115/06.).