

Prof. dr. sc. Petar Novoselec
red. profesor Pravnog fakulteta u Zagrebu u mirovini

Ana Garačić, zamjenica predsjednika
Vrhovnog suda Republike Hrvatske

Primjena blažeg zakona nakon stupanja na snagu novog Kaznenog zakona

Budući da je novi Kazneni zakon donio brojne izmjene, kako u općem, tako i u posebnom dijelu, suci će se nakon njegova stupanja na snagu gotovo u svakom neriješenom predmetu naći u nedoumici treba li primijeniti stari ili novi zakon. Ista će se teškoća pojaviti i u predmetima u kojima će se postupak pokretati nakon 1. siječnja 2013. a odnosit će se na kaznena djela počinjena prije tog dana, kada će teret pasti na državne odvjetnike, dok će sucima preostati samo da provjere njihovo rješenje. Kako je nemoguće predvidjeti sve problematične situacije koje će donijeti praksa, u ovom ćemo radu nastojati anticipirati one koje će se najvjerojatnije pojaviti i ponuditi rješenja ili barem put kojim treba ići da bi se došlo do njega.

I. Nova odredba o primjeni blažeg zakona u KZ/11

Novi je Kazneni zakon iz 2011. (u daljnjem tekstu: KZ/11) u čl. 3. st. 2. propisao: „Ako se zakon nakon počinjenja kaznenog djela, a prije donošenja pravomoćne presude, izmijeni jednom ili više puta, primijenit će se zakon koji je najbliži za počinitelja“. U osnovi, odredba odgovara onoj iz čl. 3. st. 2. Kaznenog zakona iz 1997. (u daljnjem tekstu: KZ/97), ali je preciznija. Sada se izričito navodi da je primjena blažeg zakona obvezna sve do donošenja pravomoćne presude, tj. da obvezuje i žalbeni sud, što u dosadašnjoj praksi nije bilo sporno. Iz odredbe proizlazi a contrario da takva obveza ne postoji prilikom odlučivanja o izvanrednim pravnim lijekovima, što je u literaturi bilo sporno¹, ali je Vrhovni sud Republike Hrvatske (u daljnjem tekstu: VSRH) s pravom zauzeo stajalište da se u postupku povodom izvanrednih pravnih lijekova ne smiju uzimati u obzir izmjene kaznenog zakonodavstva nakon pravomoćnosti presude (VSRH, I Kž-499/91; I Kž-560/91; Kzz-12/98; I Kž-453/06). Novi tekst, dakle, samo potvrđuje dosadašnju sudsku praksu. U njemu je, po uzoru na § 2. st. 3. njemačkog Kaznenog zakonika, naglašeno i da će se primijeniti „najblaži“ zakon, što odgovara situaciji kada se zakon izmijeni više puta, tj. kada se primjenjuje interimni zakon (međuzakon) pa između više zakona treba izabrati najblaži.

Nova odredba (isto kao i ona u KZ/97) pojam blažeg zakona proširuje u odnosu na odredbu čl. 31. st. 2. Ustava koja obvezuje sud da u slučaju kada zakon nakon počinjenog djela odredi blažu kaznu, odredi takvu kaznu. To proširenje ide u dva smjera: s jedne strane, obvezna

¹ Stajalište prema kojem se blaži zakon može primijeniti i povodom izvanrednih pravnih lijekova zastupao je Zlatarić, Krivični zakonik u praktičnoj primjeni, I. svezak, Zagreb 1956, str. 306. Protiv tog stajališta Grubiša, Krivični postupak, Postupak o pravnim lijekovima, Zagreb 1987, str. 339.

primjena blažeg zakona obuhvaća i međuzakone (interimne zakone), tj. zakone koji u vrijeme počinjenja djela još nisu bili na snazi a u vrijeme presuđenja više nisu na snazi (koje Ustav ne spominje), a s druge strane ne obvezuje sud samo na primjenu blaže kazne nego i na primjenu blažeg zakona. To ne znači da zakonska odredba proturiječi ustavnoj, nego da predstavlja njezino tumačenje.²

Odredba čl. 3. KZ/11 otklanja i slabu strana naslova čl. 3. KZ/97 („obvezna primjena blažeg zakona“) koji nije obuhvaćao čitav sadržaj tog članka. Naslov je odgovarao samo stavku 2., ali ne i stavku 1. tog članka koji je uređivao vremensko važenje kaznenog zakona („Prema počinitelju se primjenjuje zakon koji je bio na snazi u vrijeme kad je kazneno djelo počinjeno.“). U skladu s time je i naslov čl. 3. KZ/11 izmijenjen tako da glasi: „Načelo primjene blažeg zakona i vremensko važenje kaznenog zakonodavstva“.

Od primjene blažeg zakona treba razlikovati primjenu novog zakona na izvršenje pravomoćnih ali još neizvršenih kaznenopravnih sankcija izrečenih po starom zakonu, na koje se uvijek primjenjuje novi zakon (čl. 384. KZ/11). Primjena blažeg zakona moguća je do pravomoćnosti presude, ali ne i nakon toga. Ako je presuda donesena po starom zakonu, ali do 1. siječnja 2013. nije izvršena, izvršit će se po odredbama o izvršenju koje su na snazi za vrijeme izvršenja, čak i ako su nepovoljnije za osuđenika (to bi se moglo izvjeći samo tako da se uvedu dva paralelna sustava izvršenja, jedan za presude po novom, a drugi po starom zakonu). Te odredbe nalaze se u Zakonu o izvršenju kazne zatvora ali mnoge od njih i u Kaznenom zakonu, npr. odredbe o uvjetnom otpustu, izvršavanju rada za opće dobro, opozivu uvjetne osude, sigurnosnim mjerama i sl. No u tim slučajevima treba od odredaba o izvršenju razlikovati odredbe o pretpostavkama za izricanje tih sankcija koje podliježu retroaktivnoj primjeni blažeg zakona.

II. Načela utvrđivanja blažeg zakona

Da bi se razriješile brojne situacije u kojima će se nakon 1. siječnja 2013. postaviti pitanje treba li primijeniti stari ili novi zakon, bit će od pomoći dva temeljna načela: načelo konkretnosti i načelo alternativiteta.

Načelo konkretnosti sastoji se u tome da se pri ocjeni koji je od dva zakona blaži uzmu u obzir samo one odredbe tih zakona koje se mogu primijeniti na slučaj koji sud rješava. Za razliku od apstraktne metode prema kojoj se uspoređuju samo propisi dvaju zakona, mogućnosti koje ti zakoni pružaju i u situacijama koja nisu ni u kakvoj vezi s konkretnim slučajem, načelo konkretnost traži da se činjenično stanje u njegovoj cjelini podvede pod oba zakona te da se na taj način utvrdi koji od njih daje povoljniji rezultat za počinitelja u tom slučaju. Primjerice, apstraktno je uspoređivanje koje proglašava jedan zakon blažim zato što dovodi do blaže kazne kad se primijeni propis o ublažavanju kazne, iako u slučaju koji sud rješava nema nijedne okolnosti koja bi opravdavala ublažavanje kazne; konkretno uspoređivanje, naprotiv, zahtijeva da se najprije utvrdi postoji li neka okolnost koja omogućuje ublažavanje kazne pa će se tek nakon toga ispitati koji zakon uz primjenu odredaba o ublažavanju kazne dovodi do povoljnijeg rezultata.

Primjena načela konkretnosti doći će osobito do izražaja u slučajevima kada je isti zakon djelomično stroži, a djelomično blaži. Tada će se primijeniti onaj koji u konkretnom slučaju dovodi do rješenja povoljnijeg za počinitelja. To se može vidjeti iz sljedećeg primjera. Kazneno djelo usmrćenja na zahtjev iz čl. 94. KZ/97 počinio je tko je drugoga usmratio na

² Tako i Ustavni sud RH u odluci U-I-1194/1997 (Narodne novine 50/99) pod III. 1, iako bez pobližeg obrazloženja. Bilo bi ipak preporučljivo da se ustavna odredba usuglasi s tekstem čl. 3. st. 2. KZ/11.

njegov izričit i ozbiljan zahtjev, a propisana je kazna zatvora od jedne do osam godina. To je djelo sada obuhvaćeno u čl. 112. st. 3. KZ/11 u okviru kaznenog djela usmrćenja, koje čini tko usmrti drugoga na njegov izričit i ozbiljan zahtjev iz suosjećanja zbog njegovog teškog zdravstvenog stanja, pri čemu je predviđena kazna zatvora do tri godine. Novom odredbom je, dakle, snižena kazna što ga čini blažim, ali je i suženo biće kaznenog djela jer više nije dovoljan izričit i ozbiljan zahtjev nego se traži i da djelo bude počinjeno iz suosjećanja, što ga u situacijama kada ne postoji takav motiv čini strožim jer se onda ima smatrati ubojstvom iz čl. 110. KZ/11. Ako je počinitelju stavljeno na teret kazneno djelo iz čl. 94. KZ/97 počinjeno prije 1. siječnja 2013., a sudi mu se nakon tog datuma, sud će primijeniti stari ili novi zakon ovisno o utvrđenom činjeničnom stanju. Utvrdi li da počinitelj nije postupao s motivom suosjećanja, primijenit će odredbu čl. 94. KZ/97 kao blažu, a ako utvrdi da je počinitelj postupao s takvim motivom, primijenit će retroaktivno odredbu čl. 112. st. 3. KZ/11 kao blažu.

Načelo konkretnosti sada je vrlo jasno definirano u čl. 3. st. 3. KZ/11, iako u odnosu na samo jedan aspekt problematike i to na slučaj kada je izmijenjen naziv ili opis kaznenog djela, o čemu će još biti govora. U daljnjim izlaganjima susrest ćemo se i s drugim primjerima u kojima nas jedino konkretno uspoređivanje starog i novog zakona vodi do zadovoljavajućeg rezultata.

Danas je u teoriji i praksi općeuvojeno i **načelo alternativiteta** prema kojem se mora prihvatiti ili stari ili novi zakon, a ne djelomično stari i djelomično novi. Na to se načelo poziva i pravno shvaćanje krivičnog odjela VSH od 23. rujna 1977.³ Kao tipičan primjer kršenja tog načela u tom se pravnom shvaćanju navodi prihvaćanje opisa kaznenog djela i kaznenog okvira iz novog zakona, uz istodobnu primjene odredaba o ublažavanju ili izricanju uvjetne osude iz starog zakona. Načelo polazi od toga da svaki zakon predstavlja organsko jedinstvo pa se jedna odredba ne smije istrgnuti iz cjeline kojoj pripada i pripisati nekoj drugoj kojoj ne pripada. Sudska praksa se uglavnom držala tog načela, pa je, primjerice, VSRH zaključio da se ne smije primijeniti jedan zakon pri pravnoj kvalifikaciji djela, a drugi pri utvrđivanju roka zastare (VSRH, Kzz-5/98 od 7.1.2002).

No načelo nije bez izuzetaka. Već je u citiranom pravnom shvaćanju krivičnog odjela Vrhovnog suda Hrvatske naveden kao izuzetak primjer kad novi zakon smanji posebni minimum a poveća posebni maksimum, a kao rješenje se predlaže da se primijeni novi zakon, ali da se istodobno ne prekoračuje maksimum iz starog zakona.⁴ U tom je pravcu išla i sudska praksa, pa je teško ubojstvo počinjeno prije stupanja na snagu KZ/97 označivala kao kazneno djelo iz čl. 91. KZ/97 jer je u njemu bila propisana kao donja mjera kazna zatvor od osam godina (za razliku od dotadašnjeg Krivičnog zakona RH koji je kao takvu mjeru propisivao deset godina zatvora), ali uz ogradu da izrečena kazna ne može biti veća od dvadeset godina zatvora koju je propisivao čl. 34. st. 2. Krivičnog zakona RH, za razliku od KZ/97 koji je propisivao strogi zatvor (VSRH, I Kž-271/98 od 20.10.1998).

Njemačko pravo takve situacije rješava drukčije. Ono smatra da treba početi od toga radi li se o lakšem ili težem slučaju: ako je slučaj lakši, ima se primijeniti zakon koji propisuje niži minimum, a ako je teži, onaj koji propisuje niži maksimum⁵. To se smatra ne samo dosljednom primjenom načela alternativiteta nego i načela konkretnosti jer se odluka donosi ovisno o specifičnosti slučaja koji je predmet postupka. U navedenom primjeru iz naše prakse to bi značilo da bi sud morao najprije ocijeniti na temelju svih okolnosti važnih za odmjeravanje kazne radi li se o lakšem ili težem slučaju teškog ubojstva pa ako se utvrdi da je slučaj lakši,

³ V. Garačić, *Pravna shvaćanja u kaznenom pravu 1956 - 2008*, Zagreb 2008, str. 95: „Prilikom izbora koji je između dva zakona blaži uvijek se mora odlučiti za jedan od njih, i to u cjelini.“

⁴ Takvo je rješenje zagovarao još Zlatarić, kao u bilj. 1, str. 310.

⁵ Eser/Hecker u: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28. Aufl., München 2010, § 2, rubni br. 30, str. 61.

djelo pravno označiti po čl. 91. KZ/97, a ako je teži, po čl. 34. st. 2. Krivičnog zakona RH. Takvo rješenje u konačnici dovodi do istog rezultata kao i stajalište naše prakse, s tom razlikom da se njime izbjegava pozivanje na zakon prema kojem djelo nije kvalificirano (do čega dovodi naše stajalište u težim slučajevima), no njegova je slaba strana u tome što je teško povući granicu između teškog i lakog oblika nekog kaznenog djela. Iz tih razloga ne bi trebalo odustajati od postojeće prakse naših sudova.

U jednom se slučaju primjena starog i novog zakona ne može izbjeći. Ako se sva kaznena djela u stjecaju pravno označe po istom zakonu, primijenit će se i odredbe o izricanju jedinstvenoj kazni iz tog zakona. No ako se jedno djelo pravno kvalificira po starom a drugo po novom zakonu, u svakom se slučaju odredbe o izricanju jedinstvene kazne moraju primijeniti i na kazneno djelo koje nije označeno po tom zakonu. U takvim bi slučajevima bilo ispravno primijeniti odredbe o izricanju jedinstvene kazne koje su za počinitelja povoljnije.

U teoriji i praksi postavilo se pitanje ne bi li još u nekim slučajevima trebalo odustati od načela alternativiteta. Jedan dio njemačkih autora smatra da se prilikom primjene novog zakona kao blažeg zbog niže propisane kazne ne bi mogle primijeniti i odredbe novog zakona o onim sankcijama i drugim mjerama koje su nepovoljnije za počinitelja.⁶ Tim je putem išla i naša sudska praksa u nekim odlukama. VSRH je zauzeo stajalište da se sigurnosna mjera obveznog liječenja alkoholičara i narkomana iz čl. 60. Osnovnog Krivičnog zakona RH izrečena prije stupanja na snagu KZ/97 ima nakon stupanja na snagu tog Zakona izmijeniti tako da na temelju čl. 75. st. 3. KZ/97 – tada kao sigurnosna mjera obveznog liječenja od ovisnosti - ne može trajati dulje od tri godine (VSRH, I-Kž-582/97 od 28. 5. 1998). Sud je, dakle, prihvatio kvalifikaciju dvaju djela, kao i kaznu, po starom zakonu, ali je u odnosu na sigurnosnu mjeru primijenio novi zakon kao blaži. To stajalište nema uporište u čl. 31. st. 1. Ustava koji nalaže sudu samo da retroaktivno primijeni blažu *kaznu*, ali je u skladu s odredbom čl. 3. KZ/97 (sada čl. 3. KZ/11) koji obvezuje sud na retroaktivnu primjenu blažeg zakona. Takvo odstupanje od načela alternativiteta je stoga prihvatljivo..

III. Primjena blažeg zakona u slučaju izmjena odredaba općeg dijela kojima se uređuju pretpostavke kažnjivosti

U praksi se problematika blažeg zakona najčešće ograničuje na posebni dio: postavlja se pitanje je li u odnosu na određeno kazneno djelo novi zakon blaži. No novi zakon može biti blaži i zato što nekom odredbom općeg dijela stavlja počinitelja u povoljniji položaj. Pođe li se od zakonske odredbe prema kojoj nije obvezna samo primjena blaže kazne nego i blažeg zakona uopće, sud mora voditi računa i o odredbama općeg dijela. To je također prihvaćeno u praksi. Primjerice, VSRH je u presudi I Kž-113/97 od 21.10.1998. zauzeo stajalište da je odredba o supočiniteljstvu u KZ/97, koja je utemeljena na vlasti nad djelom, povoljnija za optuženika od ranije odredbe utemeljene na podjeli rada jer se njome sužava pojam supočiniteljstva, pa to opravdava njezinu retroaktivnu primjenu.⁷ Jasno je da će to doći u obzir samo kad u konkretnom slučaju postoje pretpostavke za primjenu određene odredbe općeg dijela pa bi, dakako, bio besmislen zaključak da je novi zakon blaži zato što je neki institut preoblikovao u korist počinitelja, iako u slučaju koji je pred sudom nisu ispunjene pretpostavke za njegovu primjenu.

⁶ Eser/Hecker, kao u bilj. 5, § 2, rubni br. 30, str. 61.

⁷ Poblize o toj odluci Garačić, Sudioništvo po novom Kaznenom zakonu i sudskoj praksi, u zborniku radova: Aktualnosti kaznenog zakonodavstva i Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama, Inž. biro, Zagreb, 1999, str. 20 i dalje.

Budući da je KZ/11 preoblikovao nemali broj odredaba općeg dijela, u svakoj će se takvoj situaciji postaviti pitanje je li nova odredba blaža. Razmotrimo najprije odredbe kojima se određuju pretpostavke kažnjivosti.

Nema dvojbe da će u nekim slučajevima odredbe KZ/11 biti evidentno blaže. To su u prvom redu odredbe kojima se uvode **ispričavajući razlozi** koji isključuju krivnju, a time i kazneno djelo. Tko **prekorači granice nužne obrane** zbog ispričive jake prepasti prouzročene napadom prema čl. 21. st. 4. KZ/11 nije kriv i sud će donijeti oslobađajuću presudu, dok bi po starom zakonu (čl. 29. st. 3. KZ/97) počinitelja morao oglasiti krivim i eventualno ga osloboditi kazne.⁸ Po novom zakonu supruga koja posegne za nožem i usmrti svoga muža koji je hvata rukama za vrat, iako takva obrana nije bila prijeko potrebna, po novom će se zakonu osloboditi krivnje ako se utvrdi da je to učinila u afektu koji će vještak označiti kao prepast, tj. kao astenički afekt (ali ne i kao jaku razdraženost koja je stenički afekt). Isto vrijedi i za **krajnju nuždu** kod koje počinjeno zlo nije nerazmjerno teže od zla koje je prijetilo, a počinitelj nije bio dužan izložiti se opasnosti, kada čl. 22. st. 2. KZ/11 također predviđa isključenje krivnje.⁹ Vozač koji automobilom obori napadača koji na njega puca iz puške i napadačeva prijatelja koji ovoga pokušava spriječiti¹⁰, oslobodio bi se prema KZ/11 optužbe ne samo za pokušaj ubojstva napadača (nužna obrana) nego i njegova prijatelja (krajnja nužda iz čl. 22. st. 2. KZ/11), dok bi se u odnosu na prijatelja prema čl. 30. st. 2. KZ/97 morao proglasiti krivim i osloboditi kazne.

Novi će zakon biti blaži i kada njegove **odredbe o prostornom važenju** isključuju primjenu hrvatskog kaznenog zakonodavstva iako bi ona prema starom zakonu bila moguća.¹¹ To vrijedi osobito za primjenu kaznenopravnog zakonodavstva RH za kaznena djela koja je RH obvezna kažnjavati prema propisima međunarodnog prava jer se prema čl. 14. st. 1. podst. 3. KZ/97 ta situacija podvodila pod realno načelo, čime je bio otvoren put za suđenje osobama koje su već osuđene u inozemstvu ili se ne nalaze na području RH, a što je u novom zakonu bitno reducirano (čl. 18. st. 3. KZ/11) ili posve isključeno (čl. 18. st. 4. KZ/11).

Blaži je zakon i kad proširuje **razloge isključenja protupravnosti**, odnosno stroži je onaj koji ih ukida ili sužuje. Iz tog je razloga KZ/97 u odnosu na klevetu bio blaži jer je u čl. 203. dopuštao isključenje protupravnosti za klevetu (dakako, uz uvjet da takve okolnosti postoje u konkretnom slučaju), što nije bilo moguće prema dotadašnjem Krivičnom zakonu RH. Kako sad čl. 149. KZ/11 ponovno ukida isključenje protupravnosti za klevetu, stroži je od starog zakona, no u praksi taj kriterij neće biti jedini jer je odredba čl. 200. KZ/97 već blaža zbog propisanog nižeg minimuma (ali i maksimuma) novčane kazne.

Neke će odredbe općeg dijela KZ/11 biti nepovoljnije za počinitelja, pa se neće moći primijeniti na stare slučajeve. Nova odredba o **neprikladnom pokušaju**, prema kojoj je oslobođenje od kazne moguće samo ako se počiniteljeva zabluda ima pripisati njegovoj gruboj nerazumnosti (čl. 34. st. 3. KZ/11), sužava primjenu tog instituta i utoliko počinitelja stavlja u teži položaj nego odredba čl. 33. st. 3. KZ/97. Isto vrijedi i za novu odredbu o **produljenom kaznenom djelu** (čl. 52. KZ/11) koja je stroža već zbog toga što u stavku 4. povišuje gornju mjeru kazne za polovicu, ali i zato što u stavku 2. primjenu produljenog kaznenog djela isključuje za kaznena djela protiv života, tijela i spolne ili druge slobode. Ovdje ipak valja istaknuti da je i odredba iz čl. 61. KZ/97 tumačena tako da je konstrukcija produljenog

⁸ Poblize o razlozima te izmjene: Vlada RH, Konačni prijedlog Kaznenog zakona, Zagreb, listopad 2011, Obrazloženje, str. 131 (u daljnjem tekstu: Obrazloženje). Tekst Vladinog prijedloga s obrazloženjem dostupan je na internetu i u knjizi: Pavlović, Kazneni zakon, Rijeka 2012, gdje je reproduciran uz pojedine članke zakona.

⁹ Poblize o razlozima te izmjene, Obrazloženje, str. 131.

¹⁰ Činjenično stanje iz presude VSRH, I Kž-960/02 od 12.10.2005. V. i komentar Bojanića u Hrvatskom ljetopisu za kazneno pravo i praksu (u daljnjem tekstu: HLJKPP) 2/2005, str. 893.

¹¹ Eser/Hecker, kao u bilj. 5, § 2, rubni br. 28, str. 61.

kaznenog djela isključena kod kaznenih djela protiv života i tijela, pa i slobode (npr. kod razbojništva), pa se isključenje te konstrukcije prema novom zakonu praktično odnosi samo na kaznena djela protiv spolne slobode. Nepovoljnije je za počinitelja i proširenje kažnjivosti za **otklonjivu zabludu o biću djela**, kao što su nove odredbe o kažnjivosti takve zablude kod seksualnih delikata (čl. 152. st. 2, 153. st. 2 i 158. st. 4. KZ/11) pa se te odredbe neće moći primijeniti retroaktivno.

No primjena blažeg zakona neće doći u obzir ni u slučajevima onih izmjena u općem dijelu koje se odnose na pretpostavke kažnjivosti a sastoje se u poboljšanju zakonskog teksta, tako da se novi tekst ne može smatrati ni blažim ni strožim. Posve je neodlučno što je naslov čl. 42. KZ/97 (smanjena ubrojivost) zamijenjen naslovom **bitno smanjena ubrojivost** (čl. 26 KZ/11) jer je sadržaj obiju odredaba ostao isti: stari zakon pod smanjenom ubrojivošću podrazumijeva smanjenje „u znatnoj mjeri“, a novi „bitno“ smanjenje, što je samo terminološka razlika, a ostao je i nepromjenljiv učinak tog instituta (fakultativno ublažavanje ako nije samoskrivljeno).¹² Isto vrijedi i za novu odredbu o **pokušaju** (čl. 34. st. 1. KZ/11), u kojoj se pokušaj definira kao „radnja koja prostorno i vremenski neposredno prethodi ostvarenju bića kaznenog djela“. U tom slučaju nova odredba samo kaže ono što se propustilo reći u staroj. Dok dosadašnja definicija u čl. 33. st. 1. KZ/97 prema kojoj pokušaj čini „tko s namjerom započne ostvarenje kaznenog djela ali ga ne dovrši“ predstavlja u prvom dijelu tautologiju jer pokušaj definira kao započinjanje kaznenog djela, tj. tvrdi da je pokušaj pokušaj, a u drugom dijelu samo negativnu definiciju jer kaže da je pokušaj započinjanje ali ne i dovršenje kaznenog djela, tj. da je pokušaj sve ono što nije dovršenje kaznenog djela, nova odredba određuje kada pokušaj počinje i na taj ga način jasno razgraničuje od pripremnih radnji. U stvari je i dosadašnja praksa tako postavljala granicu između pripremnih radnji i pokušaja jer je radnje koje još ne ulaze u biće kaznenog djela, ali mu prostorno i vremenski neposredno prethode, tretirala kao prirodno jedinstvo s radnjama koje ispunjavaju biće kaznenog djela. Primjerice, počinitelj koji je ušao s maskom na licu i s puškom u ruci u poštu, ali je bio razoružan prije nego je uspio zaprijetiti službenici na šalteru, s pravom je osuđen zbog pokušaja razbojništva iz čl. 218. st. 2. KZ/97, iako još nije počeo izvršavati nijedno obilježje razbojništva (VSRH, I Kž-104/03 od 20.07.2004.).

Kad je riječ o **zastari**, važna je novost odredba čl. 86. KZ/11 koja glasi: „Ako se prije nastupa zastare kaznenog progona ili zastare izvršenja kazne promijeni rok zastare, primijenit će se zastarni rokovi novog zakona.“ Tom odredbom razriješene su dileme u vezi retroaktivne primjene produljenih rokova zastare, koje su se pojavile u teoriji i praksi.¹³ Nova odredba propisuje retroaktivnu primjenu novih zastarnih rokova kako u slučaju njihova skraćivanja tako i produljenja, čime je potvrđeno pravno shvaćanje kaznenog odjela VSRH od 25. 09. 2006. i 10. 07. 2007. Od praktične je važnosti retroaktivna primjena produljenih rokova jer je odredba o zastari kaznenog progona iz čl. 81. KZ/11 nepovoljnija za počinitelja od odredaba čl. 19. st. 1. i čl. 20. st. 6. KZ/97 zato što ukida razlikovanje između relativne i apsolutne zastare i uvodi jedinstvenu zastaru koja predviđa dulje rokove i to ne samo od ranije relativne, nego u nekim slučajevima i od ranije apsolutne zastare (npr. za kaznena djela s najvećom gornjom mjerom od pet godina, zastarni je rok po čl. 19. st. 1. podst. 4. KZ/97 pet godina, a po čl. 81. st. 1. podst. 4 KZ/11 petnaest godina). Ako će do 1. siječnja 2013. nastupiti zastara (relativna ili apsolutna), novi se rokovi neće moći primijeniti. Ako će tog dana još teći zastara, stupit će na snagu rokovi iz čl. 81. KZ/11.

¹² Tako i *Obrazloženje*, str. 133.

¹³ Poblize o tome *Novoselec*, Kaznenopravna zastara pred reformom, HLJKPP 2/2009, str. 756-759.

IV. Primjena blažeg zakona u slučaju izmjena odredaba općeg dijela o sankcijama

Upravo će sankcije najčešće biti kriterij za ocjenu je li novi zakon blaži: ako je sankcija blaža, onda je u pravilu i zakon blaži. To ne vrijedi samo za kazne propisane za pojedina kaznena djela nego i za vrstu i težinu sankcija prema odredbama općeg dijela. U odnosu na kaznu to je rečeno i u čl. 31. st. 1. Ustava: ako zakon nakon počinjenog djela odredi blažu kaznu, odredit će se takva kazna. Kako čl. 2. KZ/11 tu odredbu proširuje i na ostale kaznenopravne sankcije, treba pri usporedbi i njih uzeti u obzir.

Prema čl. 44. st. 1. KZ/11 **kazna zatvora** ne može biti kraća od tri mjeseca ni dulja od dvadeset godina. U odnosu na opći minimum kazne zatvora ta je odredba nedvojbeno stroža jer je čl. 53. st. 1. KZ/97 dopuštao da kazna zatvora iznosi trideset dana. Ako se primjenjuje stari zakon, ne mora se samo ostati u granicama kaznenog okvira po starom zakonu nego će se primijeniti po načelu alternativiteta i druge odredbe o kazni zatvora, a to znači i zamjeni kazne zatvora radom za opće dobro. Teškoće nastaju u odnosu na opći maksimum jer se kazna zatvora u trajanju dvadeset godina mogla izreći i po čl. 53. st. 2. i 3. KZ/97, ali ne kao kazna zatvora nego kao **dugotrajnog zatvora**. Ako sud za teško ubojstvo iz čl. 91. KZ/97 izreče kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od dvadeset godina, ne bi li tu kaznu, u skladu s KZ/11, trebalo tretirati kao obični zatvor, što je za počinitelja povoljnije jer dugotrajni zatvor sadrži veći prijekor od običnog? No pođemo li od načela alternativiteta, moramo tu kaznu označiti po starom zakonu, tj. kao dugotrajni zatvor. Jasno je da je novost iz odredbe čl. 51. st. 3. KZ/11 prema kojoj se može izreći i kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od pedeset godina stroža i da se ne može ni u kojem slučaju primijeniti retroaktivno.

Što se tiče **novčane kazne**, njezin je opći minimum u čl. 42. st. 1. KZ/11 povišen s deset na trideset dnevnih dohodaka, što znači da je novi zakon stroži. Taj će se kriterij primjenjivati ne samo kad je novčana kazna propisana kao jedina kazna (članci 147. do 149. KZ/11) nego i kad su kazna zatvora i novčana kazna propisane alternativno (što prema čl. 40. st. 4. KZ/11 vrijedi za sva kaznena djela za koja je propisana kazna zatvora do tri godine): u tim je slučajevima novi zakon stroži zato što je povisio minimum kazne zatvora i novčane kazne. Obveza primjene starog zakona u odnosu na novčanu kaznu ne znači samo da novčanu kaznu sud odmjerava u okviru raspona iz starog zakona nego i na način propisan u tom zakonu (načelo alternativiteta), što znači da će moći uzeti u obzir i prosječne dnevne dohotke iako su oni u novom KZ napušteni

Pitanje je li nova odredba iz čl. 51. st. 2. KZ/11 o izricanje jedinstvene kazne za djela u **stjecaju** blaža ili stroža od one iz čl. 60. st. 2. KZ/97 postaviti će se, kako je već istaknuto, samo kada je jedno djelo u stjecaju pravno označeno po starom a drugo po novom zakonu (ako su sva djela u stjecaju označena po istom zakonu, imaju se po načelu alternativiteta primijeniti i odredbe tog zakona o stjecaju). Kako nova odredba ne donosi bitne izmjene, nego samo dosadašnju kazuističku metodu zamjenjuje općom formulacijom, primjena svake od njih u pravilu će dovesti do istog okvira u kojem se može kretati jedinstvena kazna, što znači da u tom pogledu novi zakon neće biti blaži pa će se, prema općoj odredbi čl. 3. st. 1. KZ/11, primijeniti stari zakon.

Novi Kazneni zakon donosi znatne izmjene u odnosu na **uvjetnu osudu**. Prema KZ/97 uvjetna osuda je bila mjera upozorenja, tj. posebna vrst sankcije koja se ograničavala na prijekor počinitelju i prijetnju kaznom, što ju je činilo blažom od kazni; to je vrijedilo čak i za uvjetnu osudu s izrečenom kaznom zatvora u odnosu na bezuvjetnu novčanu kaznu. Sada je uvjetna osuda samo modifikacija kazne (zatvora ili novčane kazne) pa je već stoga postala stroža sankcija (što je ipak samo apstraktni kriterij); povrh toga je mogućnost njezine primjene sužena jer se može izreći samo pri osudi na kaznu zatvora do jedne godine (a ne dvije kao

prije), što su sve argumenti protiv retroaktivne primjene nove odredbe o uvjetnoj osudi iz čl. 56. KZ/11. No, s druge strane, novi je zakon ukinuo ograničavajuću odredbu čl. 67. st. 3. KZ/97 kojom se, pored izrečene morala uzeti u obzir i propisana kazna. Na taj je način otvorena mogućnost da sud izreče uvjetnu osudu i za kaznu zatvora od jedne godine, a radi se o kaznenom djelu za koje je propisana kazna do deset godina (npr. za usmrćenje iz čl. 112. st. 1. KZ/11), pa i za kazneno djelo za koje je propisana kazna zatvora do dvanaest godina, a kazna zatvora od jedne godine je izrečena primjenom odredaba o ublažavanju kazne (npr. za kvalificirano razbojništvo iz čl. 230. st. 2. KZ/11 uz primjenu čl. 49. st. 1. toč. 3. KZ/11). U tim će slučajevima, dakle, biti moguća retroaktivna primjena odredbe o uvjetnoj osudi iz čl. 56. KZ/11.

Takvom konkretnom metodom valja riješiti i pitanje može li se retroaktivno primijeniti **djelomično uvjetna osuda**, novost iz čl. 57. KZ/11 prema kojem sud može izreći takvu osudu počinitelju koji je osuđen na novčanu kaznu ili kaznu zatvora u trajanju većem od jedne a manjem od tri godine, pri čemu neuvjetovani dio kazne zatvora mora iznositi najmanje šest mjeseci, a najviše jednu polovinu izrečene kazne a kod novčane kazne manje od jedne petine a ne više od jedne polovine kazne. Sud će moći primijeniti tu odredbu retroaktivno u svim slučajevima u kojima je izrečena kazna veća od dvije a manja od tri godine zatvora (a ocijeni da su ispunjene i ostale pretpostavke iz čl. 57. st. 1. KZ/11), jer bi se po starom zakonu tako izrečena kazna morala izvršiti u cijelosti. Ako izreče kaznu zatvora veću od jedne godine, ali ne veću od dvije godine zatvora, novi će zakon biti blaži ako se uvjetna osuda prema čl. 67. st. 3. KZ/97 zbog propisane kazne ne bi mogla izreći. Praktično to znači da će mogućnost izricanja uvjetne osude u velikom broju slučajeva biti proširena. Kod novčane kazne odredba o djelomičnoj uvjetnoj osudi je stroža jer se prema čl. 67. st. 4. KZ/97 uvjetna osuda mogla izreći u cijelosti kod svake osude na novčanu kaznu.

Značajne teškoće izazvat će uređenje **sigurnosnih mjera** jer je to u novom zakonu područje koje obiluje novostima. U teoriji, ali i u nekim zakonodavstvima, smatra se da sigurnosne mjere, kad je u pitanju retroaktivna primjena, ne treba izjednačavati s kaznama jer se sigurnosne mjere izriču u korist počinitelja. Naše zakonodavstvo ne polazi od te postavke; ono naglasak stavlja na okolnost da i sigurnosne mjere ograničavaju počiniteljeva prava pa ih izjednačuje s kaznama (čl. 2. KZ/11). Stoga nema sumnje da je novi zakon stroži kad uvodi nove sigurnosne mjere (obvezan psihosocijalni tretman, zabrana približavanja, udaljenje iz zajedničkog kućanstva, zabrana pristupa internetu i zaštitni nadzor po punom izvršenju kazne zatvora). Novi je zakon stroži i kad proširuje mogućnost izricanja već postojeće sigurnosne mjere, npr. u čl. 71. st. 3. KZ/11 (mogućnost izricanja sigurnosne mjere zabrane obavljanja određene dužnosti ili djelatnosti doživotno) ili u čl. 72. st. 1. KZ/11 (obveza suda da zabranu upravljanja motornim vozilom izriče za sve kategorije vozila, a samo iznimno za određenu kategoriju). Jasno je da se takve sigurnosne mjere neće moći primijeniti na kaznena djela počinjena prije 1. siječnja 2013. No što učiniti ako je sud primijenio KZ/11 kao blaži zakon, može li i tada, pozivajući se na načelo alternativiteta, izreći i te mjere? Može li, primjerice, počinitelju koji neovlašteno prodaje drogu, a kojega je osudio po čl. 190. st. 3. KZ/11 kao blažem od čl. 173. st. 2. KZ/97, izreći sigurnosnu mjeru zabrane približavanja iz čl. 73. KZ/11 koja ima u vidu i počinitelje tog kaznenog djela? Kako je već istaknuto (ovdje pod II), opravdano bi bilo i tada odustati od načela alternativiteta i isključiti tu mogućnost.

Sve što je rečeno za sigurnosne mjere vrijedi mutatis mutandis i za **posebne obveze** kad ih sud nalaže u okviru uvjetne osude jer one imaju mnogo zajedničkih crta sa sigurnosnim mjerama. Stari zakon je te obveze poznavao kao dopunske fakultativne uvjete (čl. 68. KZ/97) ili kao posebne obveze uz zaštitni nadzor (čl. 71. KZ/97), ali su one u čl. 62. KZ/11 daleko brojnije, pri čemu treba imati na umu i generalnu klauzulu u čl. 62. st. 2. toč. 16. KZ/11 na temelju koje sud može odrediti i druge obveze koje su primjerene s obzirom na počinjeno

kazneno djelo. Kada sud izreče uvjetnu osudu za kazneno djelo iz starog zakona, moći će naložiti samo posebne obveze iz tog zakona. No to ne vrijedi za posebne obveze u okviru uvjetnog otpusta (čl. 60. st. 2. KZ/11) koje će se uvijek izricati po novom zakonu jer uvjetni otpust pripada izvršenju kazne pa se na njega odnosi odredba čl. 384. KZ/11 prema kojoj se na pravomoćno izrečene a još neizvršene kaznenoravne sankcije primjenjuju odredbe tog zakona od dana njegova stupanja na snagu.

V. Primjena blažeg zakona u slučaju izmjena odredaba posebnog dijela s posebnim osvrtom na pitanje pravnog kontinuiteta

Primjena blažeg zakona doći će češće do izražaja u odnosu na posebni dio: Kako je gotovo svako kazneno djelo u novom zakonu doživjelo veće ili manje izmjene, postaviti će se pitanje dovode li te izmjene počinitelja u teži ili povoljniji položaj.

Čini se da će odgovor biti najjednostavniji kada novi zakon ukine kazneno djelo. Kada određena radnja po novom zakonu **nije više kazneno djelo**, novi je zakon blaži bez obzira na to je li ta radnja potpuno dekriminalizirana ili samo djelomično tako da je postala prekršaj. U potonjem slučaju to vrijedi i kada bi se za prekršaj mogla izreći teža sankcija nego za kazneno djelo, npr. kada se za prekršaj mora izreći bezuvjetna novčana kazna koja je teža od uvjetne zatvorske kazne koja se može izreći za kazneno djelo. Pa ipak, i ukidanje kaznenog djela stvara nemale teškoće kada je samo prividno, tj. kada je ono nestalo iz zakonskog teksta, ali je njegov sadržaj potpuno ili djelomično obuhvaćen nekim drugim kaznenim djelom. Većina kaznenih djela koja su na taj način „izbrisana“ iz KZ/11 pripada zapravo tom tipu. U tom se slučaju postavlja pitanje je li kazneno djelo ukinuto potpuno, bez nadomjestka, ili je ostalo na snazi ali pod drukčijom etiketom.

Kao primjer kaznenog djela koje je u KZ/11 **ukinuto bez nadomjestka** u nekom drugom kaznenom djelu može se navesti u praksi dosta zastupljena samovlast iz čl. 329. KZ/97. Ovdje je zakonodavac smatrao da se kao takvo kazneno djelo tretiraju imovinskopравни sporovi koji se mogu valjano riješiti po pravilima građanskog prava pa je uplitanje kaznenog prava u suprotnosti s načelom prema kojem kazneno pravo mora biti *ultima ratio*, tj. da se radi o pravnim dobrima koja se mogu dovoljno zaštititi i bez kaznenopravne prisile (čl. 1. KZ/11). Prema tome, u svim nedovršenim postupcima zbog tog kaznenog djela sud će nakon 1. siječnja 2013. donijeti oslobađajuću presudu. Isto vrijedi i za neka druga kaznena djela, npr. za povredu prava na štrajk (KZ 111/97) ili sprječavanja tiskanja, raspačavanja tiskanih stvari i emitiranja (čl. 113. KZ/97).

Obrnuto, stroži je novi zakon kad **uvodi novo kazneno djelo** koje nema pandan u starom zakonu. Za praksu će biti najzanimljivije takvo kazneno djelo obijesna vožnja u cestovnom prometu iz čl. 226. KZ/11 prema kojem se kažnjava ugrožavanje cestovnog prometa bez daljnjih posljedica koje po KZ/97 ne predstavlja kazneno djelo. Isto vrijedi i za kaznena djela iz članaka 190. i 191. KZ/11 u dijelovima koji se odnose na stvari zabranjene u sportu jer one nisu obuhvaćene kaznenim djelom zlouporabe opojnih droga iz čl. 173. KZ/97 (proširenje tog kaznenog djela na stvari zabranjene u sportu bila bi zabranjena analogija). Nova su kaznena djela u tom smislu i zlouporabe osobne isprave iz čl. 280. KZ/11 jer nije bilo obuhvaćeno krivotvorenjem isprave iz čl. 311. KZ/97¹⁴, nametljivo ponašanje (čl. 140. KZ/11), spolno uznemiravanje (čl. 156. KZ/11), mamljenje djece za zadovoljavanje spolnih potreba (čl. 161. KZ/11), krivotvorenje lijekova ili medicinskih proizvoda (čl. 185. KZ/11), uništavanje staništa (čl. 201. KZ/11), promjena vodnog režima (čl. 210. KZ/11), podmičivanje zastupnika

¹⁴ Povremena praksa sudova koji su korištenje nepreinačene tuđe osobne isprave tretirali kao kazneno djelo krivotvorenja isprave bila je zabranjena analogija jer počinitelj na taj način ne izrađuje niti preinačuje ispravu.

(čl. 339. KZ/11) i druga. Sva ta kaznena djela bit će kažnjiva samo ako se počine nakon 1. siječnja 2013.

Blaži će biti zakon koji uvodi novu okolnost koja za određeno djelo omogućuje **ublažavanje kazne ili oslobodjenje od kazne**. Blaža je, primjerice, odredba čl. 147. st. 4. KZ/11 prema kojoj se može osloboditi kazne za uvredu počinitelj koji je bio izazvan nedoličnim ponašanjem uvrijeđenog ili se ispričao ili počinitelj određenih kaznenih djela protiv okoliša koji prije nastupa teških posljedica dobrovoljno otkloni opasnost ili stanje koje je prouzrokovao (čl. 213. KZ/11). Te će se okolnosti kao povoljnije za počinitelja moći primijeniti retroaktivno. Obrnuto, dakako, vrijedi za nove **kvalifikatorne okolnosti**, kao što je npr. bavljenje inkriminiranom djelatnošću kod prikrivanja (čl. 244. st. 2. KZ/11), koje se neće moći primijeniti retroaktivno. Isto vrijedi i za novu odredbu čl. 119. KZ/11 prema kojoj se za namjerno prouzročenje osobito teške tjelesne ozljede propisuje kazna zatvora od tri do dvanaest godina, za razliku od čl. 99. st. 2. KZ/97 prema kojem je i u tom slučaju bila propisana kazna zatvora od jedne do osam godina.

Ako je za isto djelo u starom i novom zakonu **propisana različita kazna**, primijenit će se onaj zakon koji predviđa manju donju ili manju gornju mjeru ili obje. Ako je propisana manja donja mjera a veća gornja, valja ostati kod dosadašnje sudske prakse prema kojoj će se primijeniti novi zakon, ali tako da se ne prekoračuje maksimum iz starog zakona, što je, kako je već istaknuto, prihvatljiv izuzetak od načela alternativiteta.

Slučajevi „pravog“ ukidanja, tj. ukidanja kaznenog djela bez njegove zamjene drugim kaznenim djelom, u KZ/11 su rjeđi; češća su ukidanja koja bi se mogla označiti kao prividna: njima se neko kazneno djelo iz KZ/97 briše ali se u stvari i dalje propisuje sa više ili manje različitim opisom; ono i dalje egzistira, iako u drukčijem obliku. Najčešće novo djelo nosi i novo ime, no moguće je i da se pod istim imenom skriva drukčije opisani, ali isti, ili barem djelomični isti, sadržaj. Na mogući prigovor da onda nije ni trebalo mijenjati zakon, valja odvratiti da je zakonodavac samo htio jasnije izraziti isti sadržaj, a možda je novom odredbom htio obuhvatiti samo neke situacije iz ranijeg zakona. Ocjena suda je li zakonodavac u novom opisu htio obuhvatiti (u cijelosti ili djelomično) isti sadržaj ovisi o tome postoji li između starog i novog opisa kaznenog djela u pojedinom slučaju **pravni kontinuitet**. Ako on postoji, djelo je kažnjivo po starom i novom zakonu pa se ima postupiti po općoj odredbi čl. 3. KZ/11: tada će se počinitelj, u pravilu, osuditi po zakonu koji je bio na snazi u vrijeme počinjenja djela, a po novom zakonu samo ako je taj zakon blaži. Ako pak pravnog kontinuiteta nema, ne može se primijeniti stari zakon jer više nije na snazi, ali niti novi jer nije bio na snazi u vrijeme počinjenja djela; u tom slučaju donosi se oslobađajuća presuda.

Ako pravni kontinuitet postoji, ali novi zakon nije blaži, sud će počinitelja osuditi po zakonu koji više nije na snazi. To ponekad zbunjuje, ali je u skladu s odredbom čl. 3. st. 1. KZ/11 prema kojoj se ima primijeniti zakon koji je bio na snazi u vrijeme kada je kazneno djelo počinjeno (dakle, i onda kada više nije na snazi u vrijeme donošenja presude). Stari zakon, doduše, više nije na snazi u dotadanjem obliku, ali se u njemu opisana radnja i dalje kažnjava.

Pravni kontinuitet znači da je konkretno činjenično stanje kažnjivo po starom i novom zakonu iako je u svakom od njih izrečeno drukčijim riječima. Prema vladajućem stajalištu u kaznenopravnoj literaturi, pravni kontinuitet postoji kada stari i novi opis kaznenog djela predstavljaju napad na isto zaštićeno pravno dobro a taj se napad provodi na isti način.¹⁵ Nije, dakle, dovoljan identitet pravnog dobra, nego se traži i identitet načina napada na njega: zato, primjerice, ne postoji kontinuitet između krađe i prijevare, iako su to kaznena djela protiv

¹⁵ *Eser/Hecker*, kao u bilj. 5, § 2, rubni br. 22, str. 58.

imovine jer su načini napada na nju različiti. To teorijsko načelo sada je postalo i zakonska odredba: ono je izrečeno u čl. 3. st. 3. KZ/11 koji glasi:

„Ako se u slučajevima iz stavka 2. ovoga članka izmijeni naziv ili opis kaznenog djela, sud će ispitati postoji li pravni kontinuitet tako da činjenično stanje podvede pod biće odgovarajućeg kaznenog djela iz novog zakona pa ako utvrdi da postoji, primijenit će se zakon koji je blaži za počinitelja. Nema kaznenog djela ako pravni kontinuitet postoji.“

Navedena odredba, koja nema uzor ni u jednom poznatom stranom zakonodavstvu, uvedena je kako bi se spriječila olaka oslobađanja u brojnim slučajevima u kojima KZ/11 ukida neko kazneno djelo. Njome se prisiljava sud da u svakom takvom slučaju ispita postoji li pravni kontinuitet između opisa kaznenih djela u starom i novom zakonu. Ona je ujedno afirmacija načela konkretnosti jer traži da se isto činjenično stanje ispita sa stajališta starog i novog zakona. Pravni kontinuitet će postojati ako je taj činjenični supstrat kažnjiv prema oba zakona.

Iako se pitanje pravnog kontinuiteta, kao jedan od najosjetljivijih aspekata problema blažeg zakona, postavlja kod svake izmjene u posebnom dijelu, ono će zbog brojnih novosti u posebnom dijelu KZ/11, biti posebno važno u praksi sudova nakon 1. siječnja 2013. Nemoguće je naći odgovor za svako ukinuto ili preoblikovano kazneno djelo pa ćemo se ograničiti na neka kaznena djela koja su češće zastupljena u sudskoj praksi. Ta će analiza pokazati da pravni kontinuitet postoji u velikom broju slučajeva. Ona će obuhvatiti izmjene teškog ubojstva te uvođenja novih kaznenih djela spolnog odnošaja bez pristanka i zlouporabe povjerenja u gospodarskom poslovanju.

1. Izmjene u opisu teškog ubojstva

U novoj odredbi o teškom ubojstvu u čl. 111. KZ/11 ispuštena su dva kvalifikatorna oblika iz čl. 91. KZ toč. 1. i 2. (ubojstvo djeteta ili malodobne osobe i trudnice), ali je u točki 2. propisano da čini teško ubojstvo „tko ubije osobu posebno ranjivu zbog njezine dobi, teže tjelesne ili duševne smetnje ili trudnoće“. Mogu li se situacije opisane u starom zakonu smatrati kvalificiranim ubojstvom i po novom zakonu?

U Obrazloženju se navodi da je „pružanje pojačane zaštite žrtvama koje su posebno ranjive trend u suvremenom, naročito europskom zakonodavstvu“¹⁶, ali se ne navodi nijedan strani zakon koji bi ranjivost žrtve propisivao kao kvalifikatornu okolnost ubojstva. Pojam „ranjiva žrtva“ izveden je iz odredbe čl. 18. st. 1. Konvencije Vijeća Europe o zaštiti djece od seksualnog iskorištavanja iz 2007. koja nalaže državama potpisnicama da posebno kažnjavaju „čin kojim se zlorabotrebjava posebno ranjiva situacija djeteta (a particularly vulnerable situation of the child), osobito zbog mentalne ili fizičke slabosti ili položaja zavisnosti“. Ta definicija, iako mentalnu i fizičku slabost navodi samo kao primjere, ne spominje dob ni trudnoću, pa bi se ta stanja mogla izjednačiti s mentalnom ili fizičkom slabosti samo kada imaju isti učinak. Otud slijedi da tako treba tumačiti i novu odredbu u čl. 111. toč. 2. KZ/11 pa dob i trudnoću žrtve smatrati kvalifikatornom okolnošću samo kada ta stanja dovode do nemoći jednakoj onoj izazvanoj težom tjelesnom ili duševnom smetnjom. Ako bi se, nasuprot tome, uzelo da svaka dob do 18 godina i svaka trudnoća žene kao žrtve predstavlja kvalifikatornu okolnost, ne bi se moglo objasniti zašto su brisane odredbe čl. 91. toč. 1. i 2. KZ/97 koje su upravo to propisivale. Do takvog zaključka dovodi i Obrazloženje u kojem se kritizira odredba čl. 91. toč. 1. KZ/97 zato što ne štiti jednako živote svih ljudi, a odredba čl. 91. st. 2. KZ/97 zato što stjecaj ubojstva i prekida trudnoće bez pristanka trudne žene predviđa kao kvalifikatornu okolnost ubojstva.

¹⁶ Obrazloženje, str. 176.

Odredbu čl. 111. toč. 2. KZ/11 treba, dakle, tumačiti restriktivno. Dob i trudnoća žrtve nisu otegotne okolnosti same po sebi, nego samo onda kada dovode do ranjivosti. Ranjivost u stvari treba shvatiti kao bespomoćnost, nemogućnost da se počinitelju pruži ozbiljniji otpor. Počinitelj koji je prije 1. siječnja 2013. u svađi usmrtio mladića kojemu malo nedostaje do 18 godina neće nakon tog datuma odgovarati za teško ubojstvo iz čl. 91. toč. 1. KZ/97, a počinitelj koji je vatrenim oružjem ubio trudnu ženu neće odgovarati za teško ubojstvo iz čl. 91. toč. 2. KZ/97, nego za obično ubojstvo iz čl. 110. KZ/11. Spomenuti mladić se zacijelo ne bi mogao označiti kao ranjiva osoba, a ranjivost trudnice ne igra nikakvu ulogu spram vatrene oružja jer je trudna žena prema vatrene oružju jednako bespomoćna kao i ona koja nije trudna. U tim primjerima ne postoji pravni kontinuitet između odredaba čl. 90. toč. 1. i 2. KZ/97 i čl. 111. st. 2. KZ/11 pa je za njih novi zakon blaži. Po njemu bi ubojstvo mladića trebalo označiti kao obično ubojstvo iz čl. 110. KZ/11, no kako je novi zakon u odnosu na obično ubojstvo zbog povišene gornje mjere kazne (dvadeset godina zatvora) stroži, sud ne bi smio prekoračiti ni gornju mjeru od petnaest godina zatvora koju je propisivao stari zakon. Ubojstvo trudnice bi pak trebalo označiti kao stjecaj ubojstva iz čl. 110. KZ/11 i protupravnog prekida trudnoće iz čl. 115. st. 3. KZ/11, koji je još uvijek blaži od teškog ubojstva iz čl. 91. toč. 2. KZ/97.

2. Uvođenje novog kaznenog djela spolnog odnošaja bez pristanka

Novi je Kazneni zakon temeljito preuredio seksualne delikte. Od brojnih novosti svakako je najzanimljivije uvođenje novog kaznenog djela spolnog odnošaja bez pristanka (čl. 152. KZ/11). Može li se ta odredba, kojom je propisana blaža kazna nego za silovanje, primijeniti i retroaktivno?

To bi bilo moguće ako bi se uzelo da je silovanje po starom zakonu postojalo i kad nije bilo pristanka žrtve, a počinitelj nije primijenio silu¹⁷, niti je prijetio napadom na život ili tijelo. Sudovi su ponekad u takvim slučajevima prihvaćali pravnu kvalifikaciju silovanja jer su svaki izostanak pristanka izjednačavali s primjenom sile, kao npr. u sljedećem slučaju u kojem se počinitelj poslužio prijevarom. Počinitelja koji je, lažno se predstavljajući kao policajac, doveo žensku osobu na osamljeno mjesto i tamo počeo nad njom „osobnu pretragu“, kojom prilikom je nad njom izvršio spolni odnošaj i to na ponižavajući način, osuđen je za silovanje iz čl. 79. st. 2. Krivičnog zakona RH (VSRH, I Kž-176/94 od 27. 04. 1994.). U obrazloženju VSRH navodi: „Puko trpljenje obljube još nije pristanak na nju, tj. od žrtve koja je ocijenila da je svaki daljnji otpor uzaludan ne može se očekivati da ona i dalje pruža aktivni otpor. Optuženik je, služeći se prijevarom, doveo oštećenicu na osamljeno mjesto gdje nije imala nikakve izgleda na uspješni otpor.“ Ako u navedenom primjeru zaista nije bilo primjene sile, nego je spolni odnošaj izvršen samo „uz uporabu prijevare“, ono bi se po KZ/11 trebalo označiti kao spolni odnošaj bez pristanka koje je blaže kazneno djelo od silovanja po ranijem zakonu. To vrijedi i kada je spolni odnošaj izvršen na osobito ponižavajući način, kada će se djelo označiti kao teško kazneno djelo protiv spolne slobode iz čl. 154. st. 1. toč. 3. KZ/11, za koje je propisana blaža kazna nego za silovanje na osobito ponižavajući način iz čl. 188. st. 2. KZ/97.

No VSRH nije uvijek smatrao da je silovanje moguće i bez sile i prijetnje. U nekim je slučajevima uzeo da izostanak sile isključuje silovanje, bez obzira na to što nije bilo pristanka žrtve. Primjerice, u odluci I Kž-473/94 od 12. 01. 1995. je zaključio da se, unatoč tome što žrtva „nije željela obljubu s optuženikom“, nije radilo o silovanju jer „oštećenica nije

¹⁷ Dio teksta čl. 152. st. 3. KZ/11 prema kojem nema pristanka ako je spolni odnošaj izvršen uz „uporabu sile“ bit će u predstojećoj izmjeni Kaznenog zakona brisan jer je uporaba sile obilježje silovanja pa je onda otežano razgraničenje između spolnog odnošaja bez pristanka i silovanja.

manifestirala svoje protivljenje na jasan i nedvosmislen način¹⁸. U nekim je odlukama ponovio formulaciju da je „silovanje grub i bezobziran akt nasilja do kojeg dolazi baš zbog toga što se žrtva opire i što neće spolni akt“ (I Kž-609/00 od 12. 06. 2003; I Kž-26/05 od 15. 06. 2005), što znači da nenasilni spolni odnošaj nije kazneno djelo i kad je izvršen bez pristanka žrtve. U svim bi se tim slučajevima po novom zakonu radilo o kaznenom djelu spolnog odnošaja bez pristanka. Ako bi se prihvatila takva praksa, novi bi zakon bio stroži jer bi radnje koje se ranije nisu kažnjavale sada tretirao kao kazneno djelo. No ako se opisana sudska praksa smatra pogrešnom (što smatramo ispravnim), tj. ako se smatra da je i prema KZ/97 sve slučajeve spolnog odnošaja bez pristanka trebalo smatrati silovanjem, novi će zakon biti blaži jer je spolni odnošaj bez pristanka blaže kazneno djelo od ranijeg silovanja. To znači da bi od 1. siječnja 2013. opisane slučajeve trebalo označiti kao spolni odnošaj bez pristanka i a taj način retroaktivno primijeniti čl. 152. KZ/11.

U novom zakonu brisano je kazneno djelo spolnog odnošaja s nemoćnom osobom iz čl. 189. KZ/97, no ono je sada obuhvaćeno kaznenim djelom spolnog odnošaja bez pristanka jer to djelo postoji kad žrtva nije bila u stanju svojom voljom odlučiti stupiti u spolni odnošaj, pri čemu se posebno ističe iskorištavanje stanja osobe zbog kojeg ona nije bila u stanju izraziti svoje odbijanje (čl. 152. st. 3. KZ/11). Pravni kontinuitet, dakle, postoji, a primijenit će se novi zakon jer propisuje blaže kazne, kako za temeljni oblik (čl. 152. st. 1. KZ/11), tako i za kvalificirane oblike (čl. 154. st. 1. KZ/11).

Isto vrijedi i za kazneno djelo prisile na spolni odnošaj (čl. 190. KZ/97). Prijetnja teškim zlom kao obilježje tog djela (ali ne i prijetnja napadom na život i tijelo koja je obilježje silovanja!) također je obuhvaćena kaznenim djelom spolnog odnošaja bez pristanka jer je takva prijetnja navedena u čl. 152. st. 3. KZ/11, pa kako su za oba djela propisane iste kazne, primijenit će se stari zakon.

Novo kazneno djelo spolnog odnošaja bez pristanka obuhvaća i kazneno djelo spolnog odnošaja zlouporabom položaja iz čl. 191. st. 1. KZ/97 jer čl. 152. st. 3. KZ/11 izričito spominje i zlouporabu položaja prema osobi koja se prema počinitelju nalazi u odnosu zavisnosti. U tom će slučaju stari zakon biti blaži zbog propisane blaže kazne. No kod kvalificiranog oblika iz čl. 191. st. 2. KZ/97 primjena blažeg zakona će ovisti o starosti maloljetnika (sada djeteta): ako je starije od 14 a mlađe od 15 godina, radit će se o spolnoj zlouporabi djeteta mlađeg od petnaest godina iz čl. 158. st. 1. KZ/11 koje je strože jer propisuje strožu kaznu, a ako je starije od 15 godina, o zlouporabi djeteta starijeg od petnaest godina iz čl. 159. st. 1. KZ/11 koje je zbog niže donje mjere propisane kazne blaže od čl. 191. st. 2. KZ/97.

3. Uvođenje novog kaznenog djela zlouporabe povjerenja u gospodarskom poslovanju

U novom Kaznenom zakonu potpuno su izbrisana tri gospodarska kaznena djela i to nesavjesno gospodarsko poslovanje (čl. 291. KZ/97), zlouporaba ovlasti u gospodarskom poslovanju (čl. 292. KZ/97) i sklapanje štetnog ugovora (čl. 294. KZ/97), dok je kazneno djelo zlouporabe položaja i ovlasti iz čl. 337. KZ/97 zadržano samo kao službeničko kazneno djelo u čl. 291. KZ/11, a ukinuto u odnosu na odgovorne osobe u gospodarskom poslovanju (čl. 337. st. 3. i 4. KZ/97). Realno je očekivati da će 1. siječnja 2013. na sudovima još uvijek biti u radu znatan broj predmeta iz gospodarskog poslovanja u kojima se počiniteljima stavlja na teret jedno od navedenih ukinutih gospodarskih kaznenih djela. Već je naglašeno da kratak postupak

¹⁸ Tu je odluku s pravom podvrgla kritici *Ksenija Turković* u knjizi: Novoselec (ur.), Posebni dio kaznenog prava, Zagreb, 2007, str. 153.

po kojem bi se počinitelji oslobađali optužbe zato što navedena kaznena djela više ne postoje ne dolazi u obzir te da je sud prema odredbi čl. 3. st. 3. KZ/11 dužan ispitati postoji li pravni kontinuitet s odgovarajućim kaznenim djelom u novom zakonu. To kazneno djelo iz novog zakona bit će najčešće zlouporaba povjerenja u gospodarskom poslovanju (čl. 246. KZ/11).

Između navedenih ukinutih kaznenih djela i novog kaznenog djela iz čl. 246. KZ/11 u pravilu će postojati pravni kontinuitet. To je najočitiije kod **nesavjesnog gospodarskog poslovanja (čl. 291. KZ/97)** čiji se opis gotovo doslovce podudara s opisom čl. 246. st. 1. KZ/11. Sud će djelo označiti po starom zakonu jer je u njemu propisana blaža kazna. Jedino kad optužnica obuhvaća nehajno gospodarsko poslovanje (kako se ponekad tumačio pojam „nesavjesno“ u opisu tog djela), kontinuiteta neće biti i sud će donijeti oslobađajuću presudu jer zlouporaba povjerenja u gospodarskom poslovanju ne obuhvaća i nehaj. Ako je pak nesavjesnim gospodarskim poslovanjem prouzročen stečaj (čl. 291. st. 2. KZ/97), dolazi u obzir i kontinuitet s kaznenim djelom povrede prava vjerovnika u gospodarskom poslovanju iz čl. 249. KZ/11, no i u tom će se slučaju primijeniti čl. 291. KZ/97 jer novi zakon nije blaži.

Slična je situacija kod kaznenog djela **sklapanja štetnog ugovora iz čl. 294. KZ/97** jer je sklapanje štetnog ugovora tipičan oblik zlouporabe povjerenja u gospodarskom poslovanju koje izigravaju pripadnici upravljačkog sloja kojima je povjerena imovina trgovačkih društava, na što se svodi kazneno djelo iz čl. 264. KZ/11, pa će i u tom slučaju kontinuitet biti neupitan. Primijenit će se stari zakon jer novi nije blaži.

Najčešće će postojati i pravni kontinuitet **između zlouporabe položaja i ovlasti iz čl. 337. st. 3. i 4. KZ/97** koju počinje odgovorne osobe u gospodarskom poslovanju i novog kaznenog djela zlouporabe povjerenja u gospodarskom poslovanju iz čl. 246. KZ/11. Unatoč razlikama u opisima tih kaznenih djela ona su usmjerena protiv istih zaštićenih pravnih dobara a nema razlike ni u obliku napada na njih. Iskorištavanje položaja ili ovlasti (čl. 337. st. 1. u vezi stavaka 3. i 4. KZ/97) i do sada se u gospodarskom poslovanju shvaćalo kao povreda dužnosti zaštite određenih tuđih interesa (čl. 246. st. 1. KZ/11) jer je obuhvaćalo sklapanje valjanog pravnog posla u granicama pravnih ovlasti prema trećima, ali uz prekoračenje internih ovlasti (npr. predsjednik uprave dioničkog društva sklopi valjani ugovor o prodaji robe daleko ispod tržišne cijene). Prekoračenje svojih ovlasti (čl. 337. st. 1. u vezi stavaka 3. i 4. KZ/97) trebalo je u gospodarskom poslovanju i do sada tretirati kao sklapanje pravnih poslova koji ne obvezuju pravnu osobu za koju su sklopljeni, ali su svejedno za nju štetni (npr. platila je kupovnu cijenu na temelju nevaljanog kupoprodajnog ugovora), a što je također povreda dužnosti zaštite tuđih imovinskih interesa. Napokon, neobavljanje dužnosti, izričito spomenuto u čl. 337. st. 1. KZ/97, koje treba shvatiti kao nečinjenje, npr. puštanje da tražbina ode u zastaru, kažnjivo je i prema KZ/11 na temelju odredbe općeg dijela o odgovornosti garanta za nečinjenje (čl. 20. st. 2. KZ/11). U svim će tim slučajevima sudovi i nakon stupanja na snagu novog Kaznenog zakona primjenjivati odredbu čl. 337. st. 3. ili 4. KZ/97 jer novi zakon, koji propisuje iste kazne, nije blaži.

Diskontinuitet između ovdje razmatranih kaznenih djela bio bi moguć ako bi za kazneno djelo iz čl. 337. st. 3. ili 4. KZ/97 bila optužena odgovorna osoba nižeg ranga koja ne ulazi u krug počinitelja kaznenog djela iz čl. 246. KZ/11 jer joj nije povjerena zaštita imovine trgovačkog društva. Takvi će se slučajevi teško susresti u praksi jer su i do sada za kazneno djelo iz čl. 337. st. 3. i 4. KZ/97 optuživani u pravilu predstavnici upravljačkog sloja trgovačkih društava koji će biti i glavna klijentela novog kaznenog djela iz čl. 246. KZ/11.

Nešto je složenije pitanje što učiniti s neriješenim predmetima koji se odnose na kazneno djelo **zlouporabe ovlasti u gospodarskom poslovanju iz čl. 292. KZ/97**. Pravni kontinuitet se ovdje neće propitivati samo u odnosu na novo kazneno djelo zlouporabe povjerenja u gospodarskom poslovanju nego će biti moguć i s nekim drugim kaznenim djelima iz novog Kaznenog zakona. S obzirom na to da čl. 292. st. 1. KZ/97 obuhvaća dvije različite

situacije (pribavljanje imovinske koristi za svoju i tuđu pravnu osobu), potrebno je i o toj okolnosti voditi računa. Stoga je pitanje kontinuiteta potrebno ispitati za svaki od šest podstavaka iz čl. 292. st. 1. KZ/97.

Podstavak 1. (crni fondovi). Stvaranje ili držanje nedozvoljenih fondova u zemlji ili stranoj državi bit će u novom Kaznenom zakonu zlouporaba povjerenja u gospodarskom poslovanju iz čl. 246. KZ/11 jer će se već formiranjem takvih fondova umanjiti imovina zastupane pravne osobe pa će joj se na taj način prouzročiti šteta. Primijenit će se stari zakon jer novi nije blaži.

Podstavak 2. (sastavljanje lažnih isprava, bilanca itd.). Te radnje u novom Kaznenom zakonu predstavljaju kaznena djela povrede obveze vođenja trgovačkih i poslovnih knjiga (čl. 248. KZ/11) ili krivotvorenja službene ili poslovne isprave (čl. 279. st. 1. KZ/11). Kako je za prvo od njih propisana blaža kazna, primijenit će se novi zakon, dok je za drugo djelo propisana kazna jednaka ranijoj pa će se primijeniti stari zakon.

Podstavak 3. (dobivanje nelegalnih pogodnosti itd.). Ako počinitelj pravnu osobu stavi u povoljniji položaj prigodom dobivanja sredstava ili drugih pogodnosti, postajat će kontinuitet između navedenog podstavka i subvencijske prijevare iz čl. 258. str. 1. KZ/11, bez obzira na to odnosi li se ona na domaće državne potpore ili subvencije ili pomoći iz sredstava Europske unije. Kako novi Kazneni zakon u tom dijelu neće biti blaži, primijenit će se stari zakon.

Podstavak 4. (uskraćivanje sredstava proračunima i fondovima). Ako se sredstava proračunima uskraćuju tako da se ne podnosi ili se podnosi nepotpuna poreska prijava ili se izbjegava carina, a izbjegnute obveze prelaze dvadeset tisuća kuna, bit će to u novom Kaznenom zakonu utaja poreza ili carine (čl. 256. KZ/11). U tim će se slučajevima primijeniti stari zakon jer novi nije blaži. No ako odgovorna osoba ne podmiri uredno prijavljenu i razrezanu poresku ili carinsku obvezu, to prema novom Kaznenom zakonu neće biti kazneno djelo i u tom će slučaju sud primijenit novi zakon kao blaži te donijeti oslobađajuću presudu. Ovdje treba istaknuti da se u praksi kazneni progon nije odnosio na neisplatu takvih dugova, nego isključivo na utaju poreza. Isto vrijedi i za uskraćivanje sredstava fondovima ako obveza na njihovo plaćanje nije obuhvaćena poreskim ili carinskim obvezama.

Podstavak 5. (nenamjensko trošenje sredstava). Ova inkriminacija bit će u novom zakonu obuhvaćena posebnim oblikom subvencijske prijevare iz čl. 258. st. 2. KZ/11 prema kojoj se kažnjava tko sredstva iz odobrene državne potpore koristi suprotno njihovoj namjeni; prema st. 5. tog članka to se proširuje i na subvencije i pomoći odobrene iz sredstava EU. Primijenit će se stari zakon jer novi nije blaži.

Podstavak 6. (druga gruba kršenja zaklona). Ako se na način opisan u tom podstavku ostvaruje korist za drugu pravnu osobu, bit će to ujedno šteta za vlastitu osobu pa će se raditi o novom kaznenom djelu zlouporabe povjerenja u gospodarskom poslovanju iz čl. 246. KZ/11. Ako se pak radi o ostvarivanju koristi za vlastitu pravnu osobu, u obzir dolazi prijevare u gospodarskom poslovanju (čl. 247. KZ/11), uz uvjet da grubo kršenje zakona ili pravila poslovanja ujedno predstavlja dovodenje drugog u zabludu. U oba je slučaja novi zakon stroži pa će se primijeniti stari.

Iz navedenog se može zaključiti da će u pravilu postojati pravni kontinuitet između kaznenog djela iz čl. 292. KZ/97 i nekog kaznenog djela iz novog Kaznenog zakona, koji će u pravilu biti stroži pa će se primjenjivati stari zakon, što znači da će sudovi i nakon 1. siječnja 2013. moći osuditi optuženike za kazneno djelo iz čl. 292. KZ/97 jer novi zakon nije blaži. Oslobađajuća presuda nakon stupanja na snagu novog Kaznenog zakona zbog toga što on više ne predviđa navedeno kazneno djelo doći će samo iznimno u obzir u slučajevima kada tog kontinuiteta neće biti. Otud slijedi da će državna odvjetništva i dalje moći primjenjivati odredbu čl. 292. KZ/97 za djela počinjena prije 1. siječnja 2013. ali ne i na ona počinjena nakon tog datuma; tada će ih označiti kao odgovarajuće kazneno djelo prema novom zakonu.

Prof. dr. sc. Petar Novoselec
red. profesor Pravnog fakulteta u Zagrebu u mirovini

Ana Garačić, zamjenica predsjednika
Vrhovnog suda Republike Hrvatske

Primjena blažeg zakona nakon stupanja na snagu novog Kaznenog zakona

(Sažetak)

Novi hrvatski Kazneni zakon koji će stupiti na snagu 1. siječnja 2013. učinit će aktuelnim pitanje treba li u neriješenim predmetima primijeniti novi ili stari zakon. Autori nastoje anticipirati situacije u kojima će se najčešće pojaviti poteškoće i ponuditi rješenja ili barem put kojim treba ići da bi se došlo do njega. Upućuju na načela konkretnosti i alternativiteta, sada izričito propisana u čl. 3. st. 3. novog Kaznenog zakona, kao putokaz u rješavanju problema. Ispituju mogućnosti primjene blažeg zakona zbog izmjena odredaba općeg dijela koje se odnose na pretpostavke kažnjivosti i sankcije, a onda i zbog izmjena odredaba posebnog dijela. U potonjem slučaju posebnu pozornost posvećuju pitanju pravnog kontinuiteta koje će se postaviti u slučajevima kada su kaznena djela iz starog zakona u novom zakonu preoblikovana, pri čemu kao primjere analiziraju novu koncepciju kaznenog djela teškog ubojstva, kao i nova kaznena djela spolnog odnošaja bez pristanka i zlouporabe povjerenja u gospodarskom poslovanju.