

# **SUDSKA PRAKSA**



# SUDSKA PRAKSA

**Dr. sc. Petar Novoselec\***

**1. Zastara u slučaju produljenja zastarnih rokova. Odmjeravanje kazne za produljeno kazneno djelo.**

**I. Produljeni zastarni rokovi primjenjuju se i na kaznena djela počinjena prije donošenja zakona kojim su produljeni, uz uvjet da u vrijeme donošenja takvog zakona zastara još nije nastupila.**

**II. Nehumano postupanje liječnika kardiologa prema osobito osjetljivoj skupini pacijenata kroz dugo razdoblje predstavlja otegotnu okolnost u produljenom kaznenom djelu primanja mita iz čl. 347. st. 1. KZ.**

**Ustavni sud RH, U-III-54080/2009 od 26. 11. 2010.  
(Narodne novine 137/10)**

## Činjenično stanje

Presudom Županijskog suda u Rijeci K-30/07 od 25. 8. 2008. osuđen je podnositelj ustavne tužbe za deset kaznenih djela primanja mita iz čl. 347. st. 1. KZ (kao pročelnik odjela za kardiovaskularnu kirurgiju KBC Rijeka zahtijevao i primao mito kako bi određene pacijente operirao prije ostalih), za četiri kaznena djela primanja mita iz čl. 347. st. 2. KZ (zahtijevao i primao mito da obavi operacije ne dajući nikakvu pogodnost pacijentima) i četiri kaznena djela primanja mita iz čl. 347. st. 3. KZ (primao mito nakon obavljenih operacija). Osuđen je na jedinstvenu kaznu zatvora u trajanju od devet godina a izrečena mu je i sigurnosna mjera zabrane obavljanja dužnosti kardiokirurga u trajanju od pet godina.

Povodom podnesenih žalbi VSRH je presudom I Kž-1116/08 od 12. 5. 2009. zbog nastupa apsolutne zastare odbio optužbu za dva kaznena djela, dok je pobijanu presudu u preostalom dijelu preinačio tako da je kaznena djela koja su prema prvostupanjskoj presudi počinjena u realnom stjecaju uzeo kao jedno produljeno kazneno djelo primanja mita iz čl. 347. st. 1. KZ, za koje mu je izrekao kaznu zatvora u trajanju od pet godina.

Ustavni sud RH odbio je ustavnu tužbu u kojoj osuđenik tvrdi da su mu navedenim presudama višestruko povrijeđena ustavna prava.

## Iz obrazloženja

Osvrćući se na podnositeljev navod iz ustavne tužbe o povredi kaznenopravnih odredaba o zastari, odnosno tvrdnju da je za pojedina kaznena djela nastupila zastara, valja istaknuti da je u osporenoj presudi Vrhovni sud zauzeo stajalište da se apsolutna zastara kaznenog progona kod produljenog kaznenog djela računa posebno za svaku pojedinu radnju. Takvo je pravno shvaćanje dovelo do odbijanja optužbe za kaznena djela počinjena u studenome 1998. i 9. prosinca 2002. (točke 1. i 4. izreke prvostupajnske presude).

---

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

Što se tiče radnji opisanih u točkama 5. i 11. izreke prvostupanske presude, valja istaknuti da apsolutna zastara za djelo opisano u točki 5. prvostupanske presude koje je počinjeno 30. rujna 2003. nije nastupila 30. rujna 2007. kao što se ističe u ustavnoj tužbi jer je Zakonom o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona (Narodne novine broj 71/06.) izmijenjen članak 19. stavak 1. podstavak 5. KZ-a tako da je rok relativne zastare za kazneno djelo iz članka 347. stavka 3. KZ-a produljen s dvije na tri godine, a apsolutne s tri na šest godina. Budući da u vrijeme stupanja na snagu navedene novele KZ-a apsolutna zastara još nije nastupila, ona se, u smislu pravnog shvaćanja Kaznenog odjela Vrhovnog suda zauzetog na sjednicama od 25. rujna 2006. i 10. rujna 2007. (Izbor odluka VSRH, broj 1/2007), određuje prema produljenom zastarnom roku. Polazeći od navedenog, valja zaključiti da je apsolutna zastara za kazneno djelo opisano u točki 5. izreke prvostupanske presude trebala nastupiti tek 30. rujna 2009. Za kazneno djelo opisano u točki 11. izreke prvostupanske presude apsolutna zastara nastupa u prosincu 2010., pa je i s obzirom na to kazneno djelo podnositeljev navod o nastupanju zastare neosnovan (...).

Pri odmjeravanju kazne obveza je suda pomno utvrditi sve okolnosti važne za odmjeravanje kazne, a potom njihovim vrednovanjem odmjeriti kaznu, pri čemu je obrazloženje odluke o kazni od iznimne važnosti. Zahtjev za takvim postupanjem suda pri odmjeravanju kazne od osobitog je značenja u slučaju izricanja najteže kazne propisane za počinjeno kazneno djelo. Kazna se mora odmjeriti tako da se njome ostvaruju retribucija te generalna i specijalna prevencija. Kao kriterije za odmjeravanje kazne KZ je u članku 56. stavku 1. KZ-a odredio stupanj krivnje, pogibeljnost djela i svrhe kažnjavanja. Načelo razmjernosti pri odmjeravanju kazne zahtijeva da izrečena kazna odgovara stupnju krivnje, pogibeljnosti djela i svrsi kažnjavanja.

Opravdanost izricanja najviše propisane kazne za kazneno djelo zbog kojeg je podnositelj proglašen krivim u situaciji u kojoj su utvrđene olakotne okolnosti te izrečena sigurnosna mjera zabrane obavljanja zvanja, djelatnosti ili dužnosti liječnika kardiokirurga u trajanju od pet godina, koja nesumnjivo teško pogađa podnositelja, može biti upitna. Međutim, ocjenjujući osporenu presudu Vrhovnog suda u dijelu kojim je izrečena takva kazna u svjetlu ustavnih jamstava na koja se podnositelj u ustavnoj tužbi poziva, kao i svrhe kažnjavanja utvrđene člankom 50. KZ-a te općeg pravila o izboru vrste i mjere kazne iz članka 56. KZ-a, Ustavni sud smatra da u konkretnom slučaju postoje okolnosti koje ukazuju na ustavnopravnu prihvatljivost izrečene kazne u Republici Hrvatskoj. Pri tome polazi od činjenice da je humanost, kao bit medicinske etike i temelj za izgradnju povjerenja u liječnika, kako pojedinog pacijenta tako i cijele društvene zajednice, neraskidivo vezana uz liječničku profesiju, zbog čega nehumano postupanje podnositelja, kao liječnika kardiologa, prema osobito osjetljivoj skupini pacijenata kroz dugo razdoblje zahtijeva osobitu osudu. Kriminalno postupanje podnositelja u iznimno dugom vremenu, koje je u opreci s humanošću inherentnom liječničkom zvanju i kojim se narušava povjerenje građana u liječničku profesiju, uza sve ostale otegotne okolnosti, kao i pogibeljnost kaznenog djela, opravdavaju visinu izrečene kazne. Sažeto, sve okolnosti konkretnog slučaja promatrane u svjetlu zahtjeva za izražavanjem društveno-etičkog prijekora zbog počinjenog kaznenog djela, ali i osjećaja pravdnosti koji zahtijeva da izrečena kazna odgovara stupnju počiniteljeve krivnje te

zahtjevi generalne i specijalne prevencije nužno dovode do zaključka da izrečena kazna nije ustavnopravno sporna.

### Napomena

U ovdje prikazanoj odluci Ustavni sud je zauzeo stajalište o nekoliko pitanja iz područja kaznenog prava. U odnosu na zastaru kaznenog progona prihvatio je stajalište Kaznenog odjela VSRH od 25. 9. 2006. i 10. 9. 2007. prema kojem se produljeni zastarni rokovi primjenjuju i na kaznena djela počinjena prije donošenja zakona kojim su produljeni, uz uvjet da u vrijeme donošenja takvog zakona zastara još nije nastupila (Izbor odluka VSRH, 1/2007, str. 165). Time je i Ustavni sud potvrdio da u tom slučaju nema povrede načela zakonitosti, što se još uvijek zastupa u dijelu literature, a i u sudskoj praksi; primjerice, potpuno oprečno stajalište zauzela je sjednica svih sudaca Visokog prekršajnog suda RH od 16. 9. 2004. ("Ako je prema zakonu koji je bio na snazi u vrijeme počinjenja prekršaja nastupila apsolutna zastara, postupak će se obustaviti..."). U skladu je sa stajalištem Kaznenog odjela VSRH i Nacrt Kaznenog zakona, koji u čl. 83. propisuje: "Ako se prije nastupa zastare kaznenog progona promijeni rok zastare, primijenit će se zastarni rokovi novog zakona". Prema tome, postane li Nacrt zakonom, otklonit će se sve nedoumice u vezi s ovim pitanjem.

Ustavni sud nije se bavio drugim važnim pitanjem u vezi sa zastarom koje se pojavilo u ovom kaznenom postupku, naime računa li se kod produljenog kaznenog djela zastara za svaku pojedinačnu radnju ili od posljednje radnje u nizu jer to nije bilo predmet ustavne tužbe. Ipak se ovdje ne može zaobići pitanje je li VSRH ispravno postupio kada je utvrdio nastup apsolutne zastare za dvije pojedinačne radnje iz sastava produljenog kaznenog djela. Ono je prijeporno u teoriji i praksi. Shvaćanje da zastara kaznenog progona počinje teći od posljednje radnje u nizu prevladava u kaznenopravnoj literaturi. Utemeljeno je na okolnosti da je produljeno kazneno djelo *jedno* kazneno djelo pa se onda za potrebe zastare ne smije ponovo razbijati na sastavne dijelove. Zastupao ga je još *Zlatarić* (Krivični zakonik u praktičnoj primjeni, svezak I, Zagreb, 1956, str. 288), koji je uporište za takvo stajalište nalazio i u tadašnjoj sudskoj praksi, a priklonio mu se i *Bačić* (Kazneno pravo, opći dio, Zagreb, 1998, str. 483). Ono je dominiralo i u njemačkoj literaturi i judikaturi sve dok njemački Savezni sud 1994. nije bitno reducirao (praktično ukinuo) konstrukciju produljenog kaznenog djela (usp. *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Berlin, 1996, str. 138 i 717). Prema drugom shvaćanju, nepravedno je osuditi počinitelja za radnje za koje su istekli zastarni rokovi jer se u tom slučaju konstrukcija produljenog kaznenog djela primjenjuje na njegovu štetu, što je u suprotnosti s njezinom svrhom (tako *Pavišić/Grozđanić/Veić*, Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, 2007, str. 77; *Garačić*, Kazneni zakon u sudskoj praksi, opći dio, Zagreb, 2006, str. 271; *Petranović*, Zastara kaznenog i prekršajnog progona te izvršenja kaznenih i prekršajnih sankcija, u: Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva, Zagreb, 2004, str. 196). Sam VSRH nije u tom pogledu ujednačio praksu. U nekim je odlukama dopustio da se apsolutna zastara računa odvojeno za pojedine radnje iz sastava produljenog kaznenog djela (u novije vrijeme I KŽ-653/02 od 19.5.2005), dok je u drugima uzeo da apsolutna zastara može nastupiti samo za produljeno djelo u cjelini (III Kr-127/01 od 11.4.2001. i III Kr-76/04 od 8.12.2004). Valja istaknuti da se radna skupina Ministarstva pravosuđa i u odnosu na ovo pitanje priklonila vladajućem mišljenju pa čl. 4. st. 2. Nacrta glasi: "Sastoji li se počiniteljeva djelatnost iz više vremenski odvojenih radnji, djelo je počinjeno danom posljednje radnje." Na taj će način budući Kazneni zakon otkloniti sve nedoumice i o ovom pitanju.

Daljnje pitanje kojim se bavio Ustavni sud odnosi se na odmjeravanje kazne, tj. je li kazneni sud prilikom odmjeravanja kazne prekršio načelo razmjernosti prema kojem "svako ograničenje slobode ili prava mora biti razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom

slučaju” (čl. 16. st. 2. Ustava). Prema stajalištu njemačkog Saveznog ustavnog suda, njegov je zadatak ispitati je li reakcija države na počinjeno kazneno djelo nužna i je li ograničenje prava počinitelja u razmjeru s ciljevima koji se njome hoće postići (usp. *Stree/Kinzig*, u: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl., München, 2010, § 46, rubni br. 71, str. 782). No u svojim odlukama taj se sud više bavio pitanjem je li *propisana* kazna razmjerna težini djela i stupnju krivnje, npr. kazna doživotnog zatvora, dok je bio vrlo suzdržan u ocjeni je li visina *izrečene* kazne u pojedinačnom slučaju u skladu s načelom razmjernosti. Pri ocjeni odluka u pojedinačnim slučajevima zaista treba biti oprezan jer unatoč svim nastojanjima da se odmjeravanje kazne podvrgne objektivnim kriterijima, teško je opravdati zaključak da je samo jedna izrečena kazna ispravna.

Tim putem išao je i Ustavni sud u ovdje razmatranoj odluci, iako je izrazio dvojbe glede odmjerene kazne. Zaista je upitno je li VSRH opravdano izrekao najveću mjeru kazne za kazneno djelo primanja mita iz čl. 347. st. 1. KZ koja je bila propisana u vrijeme počinjenja djela (pet godina zatvora), iako je istodobno utvrdio čak tri olakotne okolnosti (optuženikovu neosuđivanost, njegovo slabo zdravstveno stanje i “iznimno dobre rezultate optuženika koje je imao kao liječnik”), a zanemario je i okolnost da optuženika i izrečena sigurnosna mjera teško pogađa. No upravo je ovaj slučaj postavio pitanje nije li svaki kazneni okvir prilagođen kaznenom djelu koje se sastoji od samo jedne radnje pa zakazuje kod serijskog počinitelja. Ovu posljednju okolnost ima u vidu Nacrt Kaznenog zakona kad u čl. 52. st. 4. propisuje da se “za produljeno kazneno djelo može izreći kazna za polovicu veća od gornje mjere kazne propisane za utvrđeno djelo, koja ne smije prijeći gornju mjeru propisanu za tu vrstu kazne”. Ipak je predložena odredba upitna jer se njome odstupa od prirode produljenog kaznenog djela kao jednog djela i uvodi se asperacija karakteristična za stjecaj; na taj se način na mala vrata vraća stjecaj, koji se upravo hoće izbjeći konstrukcijom produljenog kaznenog djela.

## **2. Čedomorstvo na temelju odluke donesene za vrijeme trudnoće**

### **Kazneno djelo čedomorstva čini majka koja je odluku da ubije dijete donijela za vrijeme trudnoće.**

**Županijski sud u Sisku, Kžm-58/10 od 1. 4. 2010.  
(Općinski sud u Sisku, K-262/08)**

#### **Činjenično stanje**

Optuženica, stara 40 godina, poljoprivredna tehničarka, zaposlena, živjela je u braku sa suprugom koji je bio alkoholičar i ambulatno liječen zbog PTSP-a. Suprug je godinama zlostavljao nju i troje njihove djece, zbog čega je bio i osuđivan. Prema iskazu socijalne radnice, optuženica je bila ponižena i zlostavljana žena koja zbog djece nije mogla napustiti supruga. Pošto je ponovo s njime zatrudnjela, tajila je trudnoću i odlučila da dijete usmrti pri porođaju “kako ne bi prolazilo sve ono što je prošla ona i njezino troje djece”. Nakon porođaja u spavaćoj sobi, ugušila je živorođeno muško čedo haljinom, a onda mrtvo tijelo stavila u frižider u kojem je stajalo nekoliko dana. Prema mišljenju psihijatrijskog vještaka, bila je ubrojiva (“smanjeno ubrojiva u blažem obliku”).

Prvostupanjski sud oglosio ju je krivom zbog čedomorstva (čl. 93. KZ) te joj izrekao uvjetnu osudu (jedanaest mjeseci zatvora uvjetno na tri godine), ali je drugostupanjski sud prihvatio žalbu državnog odvjetnika i izrekao kaznu zatvora u trajanju od jedne godine. U postupku za izvanredno ublažavanje kazne VSRH je snizio kaznu na zatvor u trajanju od šest mjeseci (I Kr-508/10 od 5.10.2010).

## Iz obrazloženja drugostupanjske odluke

Stupanj kaznene odgovornosti i težina počinjenog djela većeg su intenziteta od uobičajenog za ovakva kaznena djela. Optuženica je unaprijed planirala počinjenje djela. Kako bi prikriila svoje namjere, skrivala je trudnoću, tako da nitko nije znao da očekuje dijete. Prilikom izvršenja djela (...) nije bila u stanju neubrojivosti ili bitno smanjene ubrojivosti (...).

### Napomena

Pođe li se od postojećeg zakonskog teksta, pravnoj kvalifikaciji nema se što prigovoriti: optuženica je svoje dijete usmrtila za vrijeme porođaja i to je prema odredbi čl. 93. KZ dovoljno da se njezino djelo označi kao čedomorstvo. Pa ipak, neka se pitanja nameću. Zašto zakon čedomorstvo privilegira ako majka donese odluku kada je porođaj još daleko? Bi li u ovom slučaju pravna ocjena djela kao čedomorstva bila opravdana i prema prijašnjem čl. 36. Krivičnog zakona RH koji je tražio da majka mora usmrtiti dijete “dok traje poremećaj što ga je kod nje izazvao porođaj” jer takav poremećaj nije mogao postojati u vrijeme donošenja odluke? Što je uopće razlog privilegiranja sada kada je u opisu poremećaj izostavljen?

Na ta pitanja odgovor nastoji dati Nacrt Kaznenog zakona radne skupine koji u čl. 112. st. 2. propisuje da će se “majka koja usmrti svoje dijete pod utjecajem jakog duševnog opterećenja zbog trudnoće ili poroda kazniti kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina”. Na prvi se pogled čini da je prijašnji “poremećaj što ga je izazvao porođaj” sada vraćen, ali pod drukčijim nazivom, kao “duševno opterećenje zbog trudnoće ili poroda”. Ipak, razlika postoji. Psihijatrijske spoznaje ne potvrđuju da porođaj sam po sebi uključuje poremećaj koji smanjuje ubrojivost, ali postoji poseban majčin doživljaj ploda kao dijela svog tijela kojim ona može raspolagati; majka, stoga, doživljava čedomorstvo slično kao i prekid trudnoće pa i kazna za čedomorstvo treba biti bliža kazni za prekid trudnoće nego za ubojstvo (tako *Schmoller*, *Abschaffung der Sonderregelung für “Kindestötung”*, *Festschrift für Gössel, Heidelberg, 2002*, str. 379). Iz tih razloga austrijski Kazneni zakonik u § 79. i švicarski Kazneni zakonik u čl. 116. kao obilježje (a ujedno i opravdanje) čedomorstva navode utjecaj porođaja na majku. Tim putem ide i naš Nacrt, ali on spomenuti doživljaj vremenski proširuje i na stanje trudnoće, što omogućuje da se kao čedomorstvo bez okolišanja tretiraju i slučajevi u kojima je odluka donesena prije porođaja, kao u ovdje razmatranom slučaju.

Za razliku od citiranih zakonika, Nacrt majčin doživljaj trudnoće i predstojećeg porođaja naziva “duševnim opterećenjem”, čime ga u stanovitoj mjeri približava prijašnjem pojmu poremećaja te ga iz sfere normalne psihologije prebacuje u sferu psihopatologije; to se osobito vidi iz zahtjeva u obrazloženju Nacrta da se takvo opterećenje mora dokazati u svakom pojedinom slučaju. U prilog takvog rješenja govori potreba da se ne privilegiraju one majke koje nisu u teškom socijalnom stanju a odluku da će za vrijeme porođaja ubiti dijete donesu proračunato, jednostavno zato što ga ne žele imati. Ipak ostaje upitno neće li vještaci poći od stajališta da je “duševno opterećenje” imanentno svakoj trudnoći, pa ga onda neće nikad isključiti, zbog čega će takva vještačenja postati suvišna. Kako će praksa riješiti ove probleme, ostaje da se vidi.

### **3. Odnos bludnih radnji i zadovoljenja pohote pred djetetom ili maloljetnom osobom**

**Zadovoljenje pohote pred djetetom ili maloljetnom osobom (čl. 194. KZ), kao nešto blaži nasrtaj na spolnu nepovredivost maloljetnice, konzumirano je prethodno počinjenim bludnim radnjama na štetu iste osobe (čl. 193. st. 2. KZ).**

**Županijski sud u Bjelovaru, Kžm-4/2011 od 16. 2. 2011.  
(Općinski sud u Virovitici, K-43/10)**

#### **Činjenično stanje**

Optuženik je 19. 12. 2009. pred djevojkom starom 15 godina i 9 mjeseci, prijateljicom svoje kćeri, u dvorištu svoje kuće izvadio iz hlača spolovilo i tražio od nje da ga dira, a kad je ona to odbila, primio je za ruku koju je ona držala iza leđa i silom je stavio na svoje spolovilo, rekavši joj da ga stišće, što je prvostupanjski sud pravno označio kao bludnu radnju prema maloljetnoj osobi izvršenu uporabom sile (čl. 193. st. 2. KZ). Nakon 15 minuta, također u dvorištu, pred istom je djevojkom iz hlača izvadio spolovilo i pitao ju je li to ikad vidjela, a to je ponovio i 20. 12. 2009. u sobi svoje kuće; te je radnje prvostupanjski sud pravno označio kao kazneno djelo zadovoljenja pohote pred djetetom ili maloljetnom osobom iz čl. 194. KZ.

Drugostupanjski je sud preinačio prvostupanjsku presudu tako da je sve opisane radnje označio kao kazneno djelo bludnih radnji iz čl. 193. st. 2. KZ.

#### **Iz obrazloženja**

U pravu je žalitelj kad tvrdi da nema stjecaja između kaznenog djela bludnih radnji i kaznenog djela zadovoljenja pohote pred djetetom ili maloljetnom osobom na štetu iste oštećenice. Navedena kaznena djela počinjena su s istim ciljem – radi zadovoljenja optuženikove pohote radnjama tome namijenjenima na tijelu (bludne radnje) odnosno pred maloljetnom oštećenicom (zadovoljenje pohote) počinjene su u kontinuitetu, na štetu iste oštećenice. Oba kaznena djela počinjena su primjenom sile, u pravom slučaju je oštećenicu prisililo da rukom dodiruje optuženikov spolni organ, a u drugom samo da promatra optuženikovo pokazivanje njegova spolnog organa. I jednom i drugom djelu svojstveno je razodijevanje optuženika i pokazivanje oštećenici njegova spolovila, no kod kaznenog djela bludnih radnji od nje se traži i da dodiruje njegovo spolovilo. Stoga se nalazi da i kriminalna količina kaznenog djela zadovoljenja pohote pred djetetom ili maloljetnom osobom, kao nešto blaži nasrtaj na spolnu nepovredivost oštećenice, ulazi u teže kazneno djelo bludnih radnji na njezinu štetu i da je konzumirana radnjama tog djela.

#### **Napomena**

Žalbeni sud smatra da kazneno djelo bludnih radnji konzumira kazneno djelo zadovoljenja pohote pred djetetom ili maloljetnom osobom. Stajalište ima stanovito uporište u jednoj starijoj odluci Vrhovnog suda Hrvatske (I Kž-29/75 od 31.7.1975, Pregled sudske prakse br. 8, str. 38) u kojoj je rečeno da se ekshibicionizam ima podvesti pod pojam bludne radnje iz čl. 183. tadašnjeg Krivičnog zakonika. Međutim, tada još nije postojalo posebno kazneno djelo koje bi obuhvaćalo ekshibicionizam, za razliku od sadašnjeg Kaznenog zakona, koji to čini putem



kaznenog djela zadovoljenja pohote pred djetetom ili maloljetnom osobom; osim toga, u tom je slučaju počinitelj primijenio silu prema žrtvi (srušio je djevojčicu na klupu i onda joj pokazivao spolovilo). Suprotno tome, njemački je Savezni sud (Bundesgerichtshof) u slučaju počinitelja koji je djeci pokazivao spolni organ i pred njima poduzimao spolne radnje na sebi uzeo da postoji idealni stjecaj kaznenih djela spolne zloporabe djece iz § 176. st. 5. i ekshibicionističke radnje iz čl. 183. tadašnjeg Kaznenog zakonika (rješenje 4 StR 690-98 od 25.2.1999, objavljeno u *Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungs – Report* 1999, str. 298).

Iako se žalbeni sud izričito poziva na konsumpciju kao opravdanje prividnosti stjecaja, njegovo obrazloženje više upućuje na specijalnost: iz njega proizlazi da je zadovoljenje pohote iz čl. 194. KZ zapravo specijalni (blaži) oblik bludnih radnji, koji se od ostalih oblika takvih radnji razlikuje samo po tome što ne uključuje tjelesni dodir počinitelja i žrtve, dok su im ostala obilježja ista, uključujući i primjenu sile. No posljednja tvrdnja temelji se na pogrešnoj premisi prema kojoj svaka spolna radnja poduzeta bez pristanka druge osobe znači primjenu sile. Primjena sile kod seksualnih delikata, doduše, ne ograničava se na korištenje tjelesne snage, ali ipak mora biti radnja kojom se slama otpor žrtve (npr. zatvaranje žrtve radi iznuđivanja spolnog odnošaja) pa se primjenom sile ne može smatrati puko korištenje iznenađenja žrtve zbog kojeg ona ne može pružiti otpor (usp. *Perron/Eisele*, u: Schönke/Schröder, StGB, Kommentar, 28. Aufl., 2010, § 177, rubni br. 5, str. 1645); pogotovo o primjeni sile ne može biti govora kada se otpor, kao u ovdje razmatranom slučaju, i ne očekuje. Specijalnost, prema tome, ne dolazi u obzir.

Tezu o konsumpciji također treba odbaciti. Da bi postojala konsumpcija, *lex consumens* mora obuhvatiti kriminalno zbivanje u cijelosti, dakle i kriminalni sadržaj konzumiranog kaznenog djela. Taj uvjet ovdje nije ispunjen. Počiniteljeva ekshibicionistička radnja, izvršena nakon dovršene bludne radnje, bio je novi šok za oštećenicu i stoga nova kriminalna količina. To osobito vrijedi za radnju izvršenu sljedećeg dana koja je, prema stajalištu žalbenog suda, također konzumirana bludnim radnjama izvršenim prethodnog dana. Uz tu bi pretpostavku počinitelj nakon bludnih radnji mogao nekažnjeno izvršavati ekshibicionističke radnje u nedogled.

Taj prigovor mogao je žalbeni sud otkloniti da je stjecaj eliminirao pomoću konstrukcije produljenog kaznenog djela jer bi ono obuhvatilo i opisane naknadne radnje, no i tu mogućnost valja otkloniti. Prema odredbi čl. 61. st. 2. KZ, produljeno kazneno djelo ne postoji samo kad je počinitelj počinio više "istih", nego i "istovrsnih kaznenih djela" (ispravno bi bilo govoriti o više radnji kojima se ostvaruju bića istog ili istovrsnih kaznenih djela, kako to čini Nacrt Kaznenog zakona) pa se postavlja pitanje nisu li bludne radnje iz čl. 193. st. 2. KZ i zadovoljenja pohote pred djetetom ili maloljetnom osobom iz čl. 194. KZ takva "istovrsna kaznena djela". Pitanje nije dovoljno razjašnjeno u teoriji. Prema Zlatariću, "pod istovrsnošću djelatnosti treba razumjeti ostvarivanje istog bića krivičnog djela ili njegovih posebnih (kvalificiranih ili privilegiranih) vidova" (Krivični zakonik u praktičnoj primjeni, I. sv., str. 205), što znači da je pretpostavka istovrsnosti odnos specijalnosti. Prihvati li se to stajalište, i u ovdje razmatranom slučaju valja isključiti produljeno kazneno djelo bludnih radnji iz čl. 193. st. 2. KZ jer zadovoljenje pohote pred djetetom ili maloljetnom osobom iz čl. 194. KZ, kako je već istaknuto, nije privilegirani oblik bludnih radnji. Još jasnije produljeno kazneno djelo isključuje Nacrt Kaznenog zakona prema kojem se "kaznena djela koja predstavljaju napad na život, tijelo, spolnu ili druge slobode osobe ne mogu pravno označiti kao produljena". Nacrt, dakle, kod seksualnih kaznenih djela generalno isključuje konstrukciju produljenog kaznenog djela u korist realnog stjecaja.

