

SUDSKA PRAKSA

Prof. dr. sc. Petar Novoselec*

1. Uračunavanje posljedice koja bi nastupila i da je počinitelj postupio propisno

Kirurg u bolnici u kojoj ne postoje uvjeti za potrebnu operaciju nije odgovoran za smrt pacijenta zato što ga nije pravovremeno uputio u odgovarajuću specijaliziranu bolnicu ako se ne može isključiti mogućnost da bi pacijent umro i u tom slučaju.

**Županijski sud u Bjelovaru, KŽ-443/11 od 16.2.2012.
(Općinski sud u Bjelovaru, K-105/09)**

Činjenično stanje

Optuženik, specijalist opće kirurgije i rukovoditelj odjela kirurgije Opće bolnice u B., zaprimio je kao dežurni liječnik pacijenta koji je bio teško ozlijeđen u prometnoj nesreći (izljev krvi u prsište). Iako se posumnjalo i na razdor prsne aorte, rendgensko i dubinsko (CT) snimanje (na nezadovoljavajućem uređaju i uz neke propuste) nije potvrdilo takvu dijagnozu. Pacijentu je drugi dan bilo bolje, čak je došao k svijesti, ali mu se treći dan stanje pogoršalo pa je optuženik pristupio operaciji za vrijeme koje je pacijent umro. Uzrok smrti bio je izljev krvi izazvan razdorom aorte.

Optužnicom je optuženiku stavljeno na teret teško kazneno djelo protiv zdravlja ljudi iz čl. 249. st. 3. i 4. u vezi s čl. 240. st. 1. i 3. KZ. Prema navodima optužnice, sumnja na razdor aorte postojala je i unatoč rezultatima radiološke obrade. Kako Opća bolnica u B. nije osposobljena za provođenje preciznih dijagnostičkih metoda i operativnog zbrinjavanja u sličnim slučajevima, optuženik je bio dužan konzultirati se s kardiokirurgom i hitno premjestiti pacijenta u odgovarajuću specijaliziranu kliniku u Zagrebu.

Prvostupanjskom presudom optuženik je temeljem čl. 354. st. 3. ZKP oslobođen optužbe. Žalbeni je sud žalbu državnog odvjetnika odbio kao neosnovanu.

Iz obrazloženja

Tijekom postupka ispitani vještaci ocjenjuju pravilnima postupke optuženika u cilju drenaže prsišta te radiološke i CT pretrage. Prigovaraju nedostatnosti prvog pregleda u odnosu na pregled pulzacije preponskih žila, dodajući da ni takav pregled ne daje pouzdan rezultat. Nesavjesnost u postupanju optuženika nalaze u okolnosti što nije konzultirao kardiokirurga ili vaskularnog kirurga i što nije, na najmanju sumnju na razdor aorte, oštećenika transportirao u specijaliziranu ustanovu, budući da se takva ozljeda ne može uspješno zbrinuti u B.

Ovaj drugostupanjski sud prihvaća tvrdnju optužbe da se u tome nalazi optuženikov propust. S obzirom na neiskustvo u zbrinjavanju takvih ozljeda i lošije stanje opremljenosti bolnice i osoblja u B., doista je morao konzultirati odgovarajućeg specijalista i transportirati oštećenika u odgovarajuću ustanovu nakon što je posumnjao u razdor

* Dr. sc. Petar Novoselec, red. prof. Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, u mirovini

aorte. To tim više što se ni CT pretragom ne može pouzdano isključiti takva dijagnoza. Kako se to i dogodilo, hematoma je privremeno zatvorio mjesto rupture i krv (s kontrastom) nije istjecala iz aorte...

Kad se ima u vidu da je optuženik pravilno postavio prvu dijagnozu sumnje na razdor aorte, da je zatražio odgovarajuću pretragu koja mu je tu sumnju isključila, a da se opće stanje oštećenika poboljšalo, uz nedostatak rendgenološke obrade, ovaj sud nalazi da utvrđeni propusti nisu takvog značaja da bi se mogli označiti nesavjesnim postupanjem u smislu čl. 240. st. 1. KZ. Taj propis ima u vidu samo očito nesavjesne postupke, što bi značilo – postupke koji znatno odstupaju od općeprihvaćenih pravila medicinske struke i znanosti. Pogrešan optuženikov zaključak, nakon što se oštećenikovo stanje poboljšalo te mu je CT pretraga isključila sumnju na razdor aorte, da nema sumnje na takvu ozljedu te da je krvarenje u prsnoj šupljini nekog drugog uzroka, uz daljnu brigu o stanju oštećenika, pa i pokušaj njegova operativnog zbrinjavanja kad je postalo očito da je ponovo došlo do krvarenja iz aorte, u situaciji kad nisu postojali uvjeti za transport oštećenika, ne može se označiti očito nesavjesnim postupanjem pa ni u smislu nehajnog oblika ovog kaznenog djela. Od optuženika se može zahtijevati samo pažnja prosječnog stručnjaka (kirurga) u ustanovi u kakvoj djeluje...

Valja dodati da kad bi i bilo utvrđeno da je optuženik postupio uopće nesavjesno, pravilno nalazi prvostupanjski sud da rezultati izvedenih dokaza ne upućuju na pouzdan zaključak o pogoršanju oštećenikova zdravlja i smrti kao posljedici tih postupaka. Naime, iz složenog nalaza i mišljenja Medicinskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu proizlazi da smrtnost operiranih kod razdora aorte iznosi do 40%... Mogućnost preživljavanja od 60% ne daje osnove za zaključak o postojanju uzročne veze između propusta optuženika i nastale posljedice jer se ne može pouzdano isključiti da do iste posljedice ne bi došlo i da je oštećenik podvrgnut operativnom zahvatu u za njega najpovoljnijem trenutku.

Napomena

Sudovi oslobađajuću presudu obrazlažu najprije time da nije dokazano nesavjesno postupanje optuženika, da bi nakon toga kao „pričuvni“ argument iznijeli i nepostojanje uzročne veze između optuženikovih propusta i oštećenikove smrti. Takav način obrazlaganja presuda nije uobičajen. Ako nije dokazano neko obilježje kaznenog djela, to je dovoljno za oslobođenje pa nije potrebno tražiti daljnje razloge (u ovom slučaju nepostojanje uzročne veze između nesavjesnog postupanja optuženika i smrti oštećenika). Sud na taj način ostavlja dojam da nije siguran u svoj prvi razlog, koji se još i pojačava kada se uzme u obzir da daje za pravo optužbi da su postojali određeni propusti na strani optuženika. Čini se da je nepostojanje uzročne veze između počiniteljevih propusta i smrti oštećenika zapravo glavni razlog zašto su se sudovi odlučili za oslobađajuću presudu.

Međutim, upravo je dodatno obrazloženje zanimljivo s teorijskog gledišta jer se u njemu ogleda problematika obuhvaćena nazivom „propisno alternativno ponašanje“ (*rechtmäßiges Alternativverhalten*): pita se može li se počinitelju uračunati posljedica izazvana njegovim nepropisnim ponašanjem ako bi ona nastupila i da je njegovo ponašanje bilo u skladu s propisima. Situacija se najčešće pojavljuje kod prometnih delikata kada vozač izazove prometnu nesreću vozeći nedopuštenom brzinom, ali bi do iste posljedice došlo i da je vozio dopuštenom brzinom. U takvim su slučajevima sudovi donosili oslobađajuće presude (npr. VSRH, I KŽ-174/93, HLJKPP 1/1995, str. 209). To je ispravno stajalište jer se posljedica može uračunati počinitelju

samo ako se u njoj realizirala ona opasnost koja je proizašla iz nepoštovanja dužne pažnje, što u navedenom primjeru nije ostvareno. No u takvim je slučajevima bilo sigurno da bi do iste posljedice došlo i da je počinitelj postupao propisno. Poteškoće nastaju kada se ne može sigurno znati što bi se dogodilo da je počinitelj postupao propisno, tj. kada valja dopustiti da bi došlo do iste posljedice, ali i da bi ona izostala. O tome je riječ u ovdje razmatranom slučaju: da je optuženik postupao u skladu sa zahtjevima medicinske struke, ne bi se sa sigurnošću mogla isključiti mogućnost smrtnog ishoda, ali bi postojala i mogućnost da pacijent preživi.

Njemački su sudovi i u takvim slučajevima donosili oslobađajuće presude pozivajući se na načelo *in dubio pro reo*: u nedoumici valja poći od zaključka koji je povoljniji za počinitelja, a to je onaj prema kojem bi posljedica nastupila. U čuvenom „slučaju kamiona s prikolicom“ (vozač kamiona nije uzeo dovoljan bočni razmak od pijanog biciklista koji je naglo skrenuo pod prikolicu i poginuo, iako takva reakcija biciklista ne bi bila isključena ni pri dovoljnom bočnom razmaku) njemački je Savezni sud vozača oslobodio optužbe (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, svezak 11, str. 1). To stajalište dijeli i znatan dio njemačkih autora, iako postoje razmimoilaženja o stupnju vjerojatnosti koji mora postojati da bi i pri propisnom ponašanju došlo do iste posljedice.

Načelom *in dubio pro reo* rukovodi se i žalbeni sud u ovdje razmatranom slučaju. On razmišlja ovako: ako je vjerojatnost preživljavanja 60%, još uvijek postoji i znatna vjerojatnost smrtnog ishoda (40%) koja se ne može zanemariti i koja je, kao povoljnija za optuženika, odlučna za presudu. No ne pokazuju li navedeni postoci da je vjerojatnost preživljavanja bila veća od vjerojatnosti smrti, što bi moglo govoriti u prilog obrnutom zaključku da se optuženiku ima uračunati smrt pacijenta? Upravo je 60-postotnu mogućnost izbjegavanja smrtnog ishoda uzeo kao granicu od koje treba uračunavati posljedicu Arthur Kaufmann (Kritisches zur Risikohöhungstheorie, Festschrift für H. H. Jescheck, 1985, str. 279). Taj je autor, dakle, za razliku od našeg suda, iz istog stupnja vjerojatnosti preživljavanja izveo zaključak da počinitelju treba uračunati i smrtnu posljedicu.

Optuženika bi u našem slučaju svakako trebalo osuditi ako bi se prihvatila Roxinova teorija o povišenju rizika. Prema toj teoriji počinitelj koji je povišio rizik odgovara za prouzročenu posljedicu i kad bi ona vjerojatno nastupila i bez njegovog kršenja normi. Temeljna Roxinova ideja jest da se ugrožavanja pravnih dobara mogu tolerirati samo u granicama dopuštenog rizika; tko tu granicu prekorači, nema pravo da kao izgovor navodi sumnje u moguću ishod. Kao primjer Roxin navodi upravo kirurga koji grubim kršenjem pravila struke prouzroči smrt pacijenta, a opravdava se da bi do smrtnog ishoda moglo doći i pri zahvatu *lege artis*; ako bi se to prihvatilo, zahtjev da se opasne djelatnosti moraju obavljati s posebnom pažnjom dovodio bi se u pitanje upravo tamo gdje je najpotrebniji (Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., 2006, str. 394). Tu je teoriju prihvatio dio njemačkih autora, dok joj drugi spočitavaju da je u suprotnosti s načelom *in dubio pro reo* te da kaznena djela povređivanja pretvara u kaznena djela ugrožavanja. Njemački sudovi nisu je prihvatili.

Teorija o povišenju rizika nije imala većeg odjeka u našoj kaznenopravnoj literaturi; u nedavno objavljenom članku osvrće se na nju Martinović koji je ocjenjuje kao „ekstremni koncept“ (Problem uzročnosti u kaznenom pravu, HLJKPP 1/2012, str. 96). Teorija se ipak, u najmanju ruku, može primijeniti na kaznena djela ugrožavanja bez povređivanja kao teže posljedice, kakvo je i temeljno kazneno djelo nesavjesnog liječenja iz čl. 240. st. 1. KZ stavljeno na teret optuženiku. Ovdje je povišenje rizika već obilježje djela („tko ... prouzroči pogoršanje bolesti ili narušenje zdravlja neke osobe“) koje je ostvareno i kada nisu ispunjene pretpostavke za uračunavanje teže posljedice (smrti pacijenta). Prema tome, „kada bi i bilo utvrđeno da je optuženik postupio uopće nesavjesno“ (kako je rečeno u obrazloženju drugostupanjske presude), a ne bi se sa sigurnošću mogla utvrditi uzročna veza između takvog postupanja i teže posljedice, dolazila bi u obzir osuda optuženika samo za temeljni oblik iz čl. 240. st. 1. KZ.

2. Namamljivanje žrtve kao supočiniteljska radnja

Supočinitelji u pokušaju ubojstva su žena koja kucanjem namamljuje žrtvu da se pojavi na prozoru i muškarac koji nakon toga ispaljuje hitac iz pištolja u glavu žrtve jer su postupali prema dogovoru i jer su oboje bitno pridonijeli počinjenju djela.

**VSRH, I Kž-912/09 od 10.7.2009.
(Županijski sud u Zadru, K-63/08)**

Činjenično stanje

Optuženica i optuženik dogovorili su se da usmrte oštećenicu s kojom su bili u svadi. Nešto iza ponoći došli su zajedno pred obiteljsku kuću oštećenice. Kroz prozor su vidjeli da oštećenica sjedi na kauču i gleda televiziju. Optuženica je pokucala na prozor kako bi je navela da se pojavi. Kada je oštećenica otvorila prozor, optuženik je, sakriven kraj prozora, ispalio hitac iz automatskog pištolja s prigušivačem u njezinu glavu. Metak je pogodio oštećenicu u lijevu očnu jabučnicu i prošao kroz čeonu tjemenu dio mozga. Oštećenici je život spašen zahvaljujući liječničkoj intervenciji.

Optuženik i optuženica oглаšeni su krivima za pokušaj ubojstva iz čl. 90. KZ te je optuženiku izrečena kazna zatvora u trajanju od devet godina i osam mjeseci, a optuženici u trajanju od pet godina. Njihove žalbe, kao i žalbu državnog odvjetnika u odnosu na kaznu izrečenu optuženiku, VSRH je odbio kao neosnovane.

Iz obrazloženja

Prvostupanjski sud osnovano zaključuje da su oboje optuženika postupali po prethodnom planu, zajednički i dogovorno, prihvaćajući radnje jedan drugoga kao vlastite, a sve s obostranom željom da oštećenicu usmrte. Pri tome, samo je tehničko pitanje koji će od optuženika ispaliti hitac u njezinu glavu, s obzirom na to da smrt oštećenice zajednički žele, a u ostvarenju cilja svaki daje relevantan doprinos. Zbog toga, iako optuženica nije osobno pucala iz pištolja u oštećenicu, njezin doprinos u ostvarenju zajedničkog nauma ima bitan značaj koji prvostupanjski sud valjano ocjenjuje u okviru supočiniteljstva, sukladno čl. 35. st. 3. KZ-a.

Napomena

Sudovi nisu dvojili da su oboje optuženika supočinitelji u pokušaju ubojstva. VSRH takvo uvjerenje temelji najvećim dijelom na subjektivnim okolnostima, od kojih obostrana želja da oštećenica umre obuhvaća namjeru na ubojstvo (koja, međutim, mora postojati i kod poticatelja i pomagatelja), zajednički plan, zajednički naum i dogovor pak predstavljaju subjektivnu pretpostavku supočiniteljstva (koja je nužna, ali ne i dovoljna), a prihvaćanje radnje drugoga kao vlastite vuče na subjektivnu teoriju animusa prema kojoj počinitelj mora htjeti djelo kao vlastito ili postupati *cum animo auctoris* (s počiniteljskom voljom). Ta, kao i druge subjektivne teorije počiniteljstva svojstvene su pretežno starijoj njemačkoj teoriji, a održavaju se još uvijek i u njemačkoj praksi, dok u našem pravu nisu nikad bile prihvaćene. Suprotno tome, teorija počiniteljstva kao vlasti nad djelom koju usvaja naš Kazneni zakon (*argumentum a contrario* iz odredbe čl. 35. st. 4. KZ) se ne spominje. Dok počiniteljstvo optuženika zaista nije u pitanju, s optuženicom stvari ne stoje tako jasno. Njezino sudjelovanje u donošenju zajedničke

odluke da se ubije žrtva zaista nije upitno, ali je nejasno je li njezin objektivni doprinos djelu dovoljan za ocjenu da je i ona vladala počinjenjem djela. Je li namamljivanje žrtve na prozor da bi je optuženik mogao ustrijeliti dovoljno za supočiniteljstvo ili ga treba smatrati samo pomažanjem? VSRH tvrdi da je doprinos optuženice „relevantan“, odnosno da ima „bitan značaj“, ali takav zaključak ničim ne obrazlaže. Točno je da optuženica ne mora pucati u žrtvu da bi bila supočiniteljica u ubojstvu, ali to još ne znači da može učiniti bilo što da bi to bila.

Daljnja će analiza pokazati da je zaključak VSRH u skladu i s teorijom o vlasti nad djelom i stoga osnovan.

Nakon odluke da zajednički počine djelo optuženik i optuženica podijelili su uloge tako da je svaki preuzeo funkciju bitnu za ostvarenje zajedničkog plana. Vladajući svojom funkcijom svaki je ujedno vladao i djelom kao cjelinom. Prema tome, optuženica je, kao i optuženik, imala funkcionalnu vlast nad djelom; oni su oboje djelovali kao ravnopravni partneri. Doprinos optuženice bio je bitan jer se bez njega ne bi mogao uspješno izvršiti zajednički plan. To ne znači da se bez njezina doprinosa djelo uopće ne bi moglo počinuti, nego samo da se ne bi moglo počinuti onako kako je zamišljeno. Optuženik je mogao djelo počinuti i sam (tako da sam najprije pokuca na prozor), ali bi takvo izvršenje imalo manje izgleda na uspjeh i pitanje je bi li se uopće odlučio na njega (pobliže o funkcionalnoj vlasti nad djelom Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II*, 2003, str. 81 i dalje).

Slučaj je teoretski važan još zbog jednog pravnog problema. Može li se doprinos jednog supočinitelja sastojati u pripremnoj radnji? Pitanje kod nas nije u dovoljnoj mjeri raspravljeno, dok je u njemačkoj kaznenopravnoj literaturi predmet obilatih rasprava (njihov opširni prikaz daje Bojanić, *Počiniteljstvo kao vlast nad djelom*, Zagreb, 2003, str. 128 i dalje). Njemačka sudska praksa na to pitanje odgovara potvrdno, ali su mišljenja u literaturi podijeljena. Roxin, kao najpoznatiji predstavnik teorije o vlasti nad djelom, čvrsto zastupa stajalište da ne može imati vlast nad djelom tko ne sudjeluje u radnji kojom se ostvaruje biće djela. Sličnu je tezu zastupao kod nas još Zlatarić koji je isticao da je jedan od uvjeta za supočiniteljstvo djelovanje u vrijeme počinjenja djela. Uzme li se da je kucanje na prozor u našem primjeru pripremna radnja, znači li to da je VSRH ujedno razriješio teorijski čvor time što se priklonio stajalištu njemačke sudske prakse koja dopušta da i pripremna radnja može predstavljati supočiniteljsku radnju?

Sam Roxin namamljivanje žrtve smatra supočiniteljskom radnjom. Po njegovu mišljenju, zahtjev da supočinitelji moraju djelovati po načelu podjele rada u stadiju izvršenja znači da moraju djelovati u vremenu od trenutka kada je započeo pokušaj pa do dovršenja djela. Taj uvjet ispunjava razbojnik koji podmuklo navede žrtvu u šumu kako bi je tamo orobio drugi razbojnik sakriven iza drveta (*Täterschaft und Tatherrschaft*, str. 303). Radnjom prvog od njih još se ne ostvaruje biće kaznenog djela, ali je ona neposredno povezana s ostvarivanjem bića djela, ona predstavlja „usku rubnu zonu“ koja čini jedinstvo s radnjom počinjenja. Ona stoga nije pripremna radnja, nego pokušaj.

Jednaka je situacija u našem primjeru. Kucanje na prozor nakon čega treba odmah uslijediti hitac već je pokušaj ubojstva; to je sada jasno rečeno u čl. 34. st. 1. novog Kaznenog zakona prema kojem pokušaj predstavlja radnja koja prostorno i vremenski prethodi ostvarenju bića kaznenog djela. Prema tome, stajalište VSRH zauzeto u ovom predmetu ne znači još da se taj sud opredijelio za shvaćanje prema kojem i pripremna radnja može predstavljati objektivni doprinos kod supočiniteljstva, ali ga i ne isključuje. Odgovor na to pitanje treba dati buduća sudska praksa.