

RADNJA ODUZIMANJA STVARI KOD KRAĐE I DRUGIH IMOVINSKIH DELIKATA

Martinović, Igor

Source / Izvornik: **Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 2015, 22, 67 - 93**

Journal article, Published version

Rad u časopisu, Objavljena verzija rada (izdavačev PDF)

Permanent link / Trajna poveznica: <https://um.nsk.hr/um:nbn:hr:118:937355>

Rights / Prava: [In copyright](#)/[Zaštićeno autorskim pravom.](#)

Download date / Datum preuzimanja: **2024-12-18**

PRAVI

Pravni fakultet Faculty of Law



Sveučilište u Rijeci
University of Rijeka

Repository / Repozitorij:

[Repository of the University of Rijeka, Faculty of Law](#)
[- Repository University of Rijeka, Faculty of Law](#)

uniri DIGITALNA
KNJIŽNICA

DIGITALNI AKADEMSKI ARHIVI I REPOZITORIJI

Dr. sc. Igor Martinović*

RADNJA ODUZIMANJA STVARI KOD KRAĐE I DRUGIH IMOVINSKIH DELIKATA

Kazneni zakon određuje oduzimanje stvari kao radnju počinjenja kaznenih djela krađe, teške krađe, razbojništva i neovlaštene uporabe tuđe pokretne stvari. Unatoč iznimnoj učestalosti navedenih kaznenih djela u sudskoj praksi te unatoč mnogim praktičnim dvojabama o tome što točno znači oduzeti stvar, ta je problematika u domaćoj literaturi zapostavljena kako na praktičnoj tako i na elementarnoj teorijskoj razini. S obzirom na to u početnim dijelovima rada zadaje se teorijski okvir pojma držanja (faktične vlasti) kao temeljnog koncepta o kojem ovisi tumačenje radnje oduzimanja stvari. Zatim se prelazi na pojedinačnu analizu dviju sastavnica držanja: faktičnog odnosa vlasti i voljne komponente držanja. U nastavku se obrađuju praktični problemi do kojih dolazi u slučajevima faktične vlasti više osoba. U završnom dijelu rada radnja oduzimanja stvari razlaže se na dva elementa: prekid tuđeg držanja te zasnivanje vlastitog držanja. U sklopu prvog od tih dvaju elemenata traži se odgovor na sporna pitanja u domeni razgraničenja krađe i utaje (tj. pronevjere), dok se u okviru drugog razgraničava pokušaj od dovršenog kaznenog djela krađe.

1. UVOD

Kod kaznenih djela krađe (čl. 228.), teške krađe (čl. 229.), razbojništva (čl. 230.) i neovlaštene uporabe tuđe pokretne stvari (čl. 234.) radnja počinjenja djela određena je kao *oduzimanje* tuđe pokretne stvari. Pojam oduzimanja u praksi nerijetko izaziva dvojbe, koje se najčešće odražavaju u dvije sfere. U prvu ulaze problemi vezani za razgraničenje pokušaja od dovršenog kaznenog djela, o čemu u konačnici ovisi mogućnost blažeg kažnjavanja (npr. kod krađe i teške krađe), a katkad i sama kažnjivost djela (npr. u slučaju sitne krađe iz čl. 228. st. 2.). Drugu skupinu praktičnih problema predstavlja međusobno razgraničenje imovinskih delikata kod kojih je radnja počinjenja definirana kao oduzimanje stvari od delikata kod kojih je radnja određena kao prisvajanja-

* Dr. sc. Igor Martinović, docent, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

nje stvari koja je povjerena počinitelju (utaja – čl. 232., pronevjera – čl. 233.). Kako bismo razriješili navedene praktične probleme, potrebno je prethodno se posvetiti terminološkoj i teorijskoj problematici. Bez toga je teško pobliže odrediti u čemu se sastoji radnja oduzimanja, koja predstavlja „ključni pojam zakonske konstrukcije“¹ navedenih, u praksi vrlo čestih kaznenih djela.²

2. POJAM DRŽANJA (FAKTIČNE VLASTI): OSNOVNI TERMINOLOŠKI I KONCEPTUALNI OKVIR

U domaćoj se literaturi oduzimanje, kao radnja počinjenja krađe, često definira kao prekidanje tuđe i zasnivanje vlastite detencije nad (tuđom pokretnom) stvari.³ Međutim ima i mišljenja da se oduzimanje sastoji „u prekidanju [...] dosadašnjeg posjeda“⁴, tj. da je oduzimanje „takva radnja kojom se mijenja posjed, tj. stvarni odnos između osobe i stvari koja je do te radnje bila u posjedu stvari. Tako shvaćena radnja oduzimanja je korelat radnji držanja (pritežanja)⁵

¹ Cvitanović, L., u: Derenčinović, D. (ur.), *Posebni dio kaznenog prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2013, str. 177.

² Godine 2012. za kazneno djelo krađe osuđeno je 1872, a za kazneno djelo teške krađe 2279 punoljetnih osoba. U zbroju ta dva kaznena djela čine 20,2 % ukupnog broja osuđenih počinitelja kaznenih djela u 2012. godini, što krađu (uključujući tešku krađu) čini najčešćim kaznenim djelom u Republici Hrvatskoj. Pridružimo li toj broju druge imovinske delikte, udio osuđenih za kaznena djela protiv imovine u ukupnom broju osuđenih počinitelja kaznenih djela iznosi 31,4 %. V. Statistička izvješća 1504, Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2012.

³ Novoselec, P., Bojanić, I., u: Novoselec, P. (ur.), *Posebni dio kaznenog prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2007, str. 220. Identičnu definiciju daje i Cvitanović (v. Cvitanović, L., u: Derenčinović, D. (ur.), *Posebni dio...*, str. 177). O uzimanju stvari „u vlastitu detenciju“ kao trenutku dovršenja krađe govori i Garačić (v. Garačić, A., *Novi kazneni zakon*, Organizator, 2013, str. 468).

⁴ Pavlović, Š., u: Bačić, F., Pavlović, Š., *Kazneno pravo – posebni dio*, Informator, 2011, str. 212. Ostaje ipak nejasno smatra li Pavlović da je za krađu potrebno oduzeti posjed ili detenciju, jer na istom mjestu tvrdi i da je jedan od uvjeta krađe „da je pokretna stvar u tuđoj detenciji“.

⁵ Pritežanje je riječ „iz srbijanskog pravnog rječnika“ (v. Kramarić, I., *op. cit.*, str. 50), koju su svojevremeno znali upotrebljavati hrvatski sudovi i autori (npr. Zlatarić), a koja predstavlja sinonim za detenciju. Termin pritežanje u sudskoj se praksi povremeno pojavljuje i u novije vrijeme: npr. „stvar se smatra oduzetom kad je učinilac prekinuo tuđe *pritežanje* na stvari i zasnovao svoje vlastito“ (VSRH, III Kr-304/1997-3); „osuđenici (...) u svom *pritežanju* imali stvari koje su oduzeli drugom u namjeri pribavljanja protupravne imovinske koristi“ (VSRH, III Kr 189/1996-3); „nedvojbeno je da je okrivljenik najprije sam uzео novčanice iz blagajne te (...) ih je [imaо] u svojoj vlasti i *pretežanju*“ (ŽS u Koprivnici, IV Kžm 21/2003-2). Zanimljivo je da pojedini srpski autori pritežanje izjednačavaju s pojmom *Gewahrsam* (v. Vodinić, V. V., Čemu posesorni postupak? O razlogu posesorne zaštite državnine, *Pravni zapisi*, 2/2013, str. 274, str. 310). Tu riječ treba odbaciti jer ona nije dio hrvatskog standardnog jezika.

u građanskom pravu.⁶ Ostavljajući po strani pitanje jesu li različite definicije plod različitih teorijskih koncepcija ili je riječ o običnoj terminološkoj zbrci, očigledno je da postoji neusuglašenost u pogledu pitanja što se kod krađe uopće oduzima: detencija, posjed, držanje ili što drugo.

Želimo li na kvalitetan način razjasniti i otkloniti navedene nedoumice, potrebno je izaći iz relativno skućenih okvira hrvatske kaznenopravne teorije i istražiti kako je to pitanje riješeno u njemačkoj doktrini, to više što je upravo njemački Kazneni zakonik (§ 242.) poslužio kao uzor našem zakonodavcu pri propisivanju krađe.⁷

U njemačkoj se teoriji oduzimanje (*Wegnahme*) definira slično kao i kod nas, ali se umjesto pojmova kao što su posjed, detencija i sl. koristi specifičan kaznenopravni koncept *Gewahrsam*.⁸ Taj pojam – prema vladajućem mišljenju – znači „faktični odnos vlasti (*tatsächliches Herrschaftsverhältnis*) između osobe i stvari [...] praćen voljom za vlašću (*Herrschaftswille*)“.⁹ U njemačkom se pravu *Gewahrsam* ne može sadržajno izjednačiti ni s jednim stvarnopravnim institutom, pa tako ni s posjedom (*Besitz*),¹⁰ pa se postavlja pitanje kako taj pojam prevesti na hrvatski jezik i može li se on uskladiti s domaćim stvarnopravnim nazivljem. Uobičajeni rječnički prijevodi tu ne pomažu mnogo jer ne dolazi u obzir termin „čuvanje“, a još manje „pritvor“.¹¹

⁶ Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P., *Komentar Kaznenog zakona*, Narodne novine, 2007, str. 540.

⁷ U obrazloženju Konačnog prijedloga Kaznenog zakona iz 1997. (V. Vlada Republike Hrvatske, *Konačni prijedlog Kaznenog zakona s obrazloženjem*, lipanj 1997.) predlagatelj se poziva na njemački model, čime je napušten dotadašnji austrijsko-švicarski model krađe (v. § 127. austrijskog Kaznenog zakonika i čl. 139. švicarskog Kaznenog zakonika). U kontekstu ovdje obrađivane teme ta promjena nije relevantna jer svi ti zakonici koriste pojam „oduzeti“ (*wegnehmen*). Usporedno s njemačkom doktrinom, pri analizi pojma oduzimanja moguće je stoga oslanjati se i na austrijsku te švicarsku teoriju.

⁸ „Wegnahme als Tathandlung bedeutet im Rahmen des § 242 den Bruch fremden Allein- oder Mitgewahrsams und die Begründung neuen, nicht notwendig, aber regelmäßig eigenen Gewahrsams“ (Wessels, J., Hillenkamp, T., *Strafrecht. Besonderer Teil 2*, 35. izd., C. F. Müller, 2012, str. 39); „Wegnahme bedeutet [...] Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams“ (Maurach, R., Schroeder, F. C., Maiwald, M., *Strafrecht. Besonderer Teil. Teilband 1*, 10. izd., C. F. Müller, 2009, str. 373); „Unter Wegnahme ist – in der Grunddefinition unstreitig – der Bruch fremden Gewahrsams und die Begründung neuen Gewahrsams, der nicht notwendig eigener sein muss, zu verstehen“ (*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. izd., C. H. Beck, 102./Schmitz § 242., rubni br. 48); „Die Tathandlung besteht in der Wegnahme der Sache: durch Bruch fremden und Begründung neuen [...] Gewahrsams“ (Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29. izd., C. H. Beck, 2014./Eser/Bosch § 242., rubni br. 22).

⁹ Schönke/Schröder/Eser/Bosch § 242., rubni br. 23.

¹⁰ O tome postoji konsenzus u njemačkoj doktrini. V. npr. Maurach, R., Schroeder, F. C., Maiwald, M., *op. cit.*, str. 373.

¹¹ „Gewahrsam“, u: Hansen-Kokoruš, R., Matešić, J., Pečur-Medinger, Z., Znika, M., *Njemačko-hrvatski univerzalni rječnik*, Nakladni zavod Globus i Institut za hrvatski jezik i jezikoslovlje, 2005.

Prije negoli pristupimo složenom zadatku terminološke usporedbe pojma *Gewahrsam* sa srodnim domaćim stvarnopravnim institutima, potrebno je pojasniti ulogu tog pojma u njemačkom pravu. Riječ je o pojmu koji se u svakodnevnom jeziku „jedva koristi“¹² te je njegova upotreba danas uglavnom vezana za pravni kontekst. Međutim ni u okvirima pravne terminologije *Gewahrsam* se ne susreće često; tim se pojmom njemački zakonodavac i doktrina gotovo uopće ne koriste u stvarnom pravu, nego jedino u kaznenom i građanskom procesnom pravu.¹³

U kaznenom pravu najvažnija praktična uloga pojma *Gewahrsam* sastoji se u razgraničenju krađe prema srodnim imovinskim deliktima, ponajprije utaji. Naime kazneno djelo krađe (*Diebstahl*, § 242. njemačkog Kaznenog zakonika) ne obuhvaća sve napade na imovinu kao pravno dobro; ono se odnosi jedino na napade u kojima se bez volje žrtve prekida postojeći *Gewahrsam*. Ako pak počinitelj prisvoji imovinu nad kojom u trenutku napada nitko nema *Gewahrsam*, tada se ne radi o krađi, nego (eventualno) o utaji (*Unterschlagung*, § 246. njemačkog Kaznenog zakonika).¹⁴ Pri istraživanju odnosa pojma *Gewahrsam* sa stvarnopravnim institutima, tu specifičnu kriminalnopolitičku ulogu ne treba smetnuti s uma. Pritom treba uzeti u obzir da navedeni smisao pojma *Gewahrsam* nije ekskluzivno vezan za njemačko pravo, nego se odnosi i na druge pravne poretke njemačkog govornog područja (v. § 127., 133., 134. austrijskog Kaznenog zakonika te čl. 137., 138. i 139. švicarskog Kaznenog zakonika), ali i na hrvatsko kazneno pravo, jer i ono razlikuje krađu (čl. 228.) od utaje (čl. 232.) i pronevjere (čl. 233.).

2.1. *Gewahrsam* i posjed

Pronaći pandan pojmu *Gewahrsam* u postojećem njemačkom i hrvatskom stvarnopravnom nazivlju nije lako. Kao mogući parnjak nameće se pojam posjeda, koji se u navedenom kontekstu često koristi i u sudskoj praksi.¹⁵ Stoga ćemo pitanje odnosa tih dvaju koncepata pobliže analizirati.

¹² Jüchser, A., *Gewahrsam – ein Begriff, der es nicht leicht macht*, *Zeitschrift für das juristische Studium*, 2012, 195, 195.

¹³ *Loc. cit.*

¹⁴ *Ibid.*, str. 197.

¹⁵ Npr. „pojam ‘na djelu zatečen’ (...) obuhvaća sve vrijeme (...) do momenta dok [počinitelj] nije došao u mirni *posjed* ukradene stvari“ (VSRH, I Kž-880/1993-3, vrlo slično i VSRH, I Kž 570/2010-3); „detentor ne gubi *posjed* stvari u slučaju kad mu je stvar dostižna“ (VSRH, I Kž 290/2009-6); „iznošenjem pet tacni sa zlatnim i srebrnim nakitom iz kase na obližnji stol robne kuće optuženik još nije stupio u *posjed* navedenog nakita“ (VSH, I Kž-10/1990-3); „nedvojbeno je da je okrivljenik najprije sam uzeo novčanice iz blagajne te je prema tome bio u *posjedu* novčanica“ (ŽS u Koprivnici, IV Kžm 21/2003-2); „ističe se da je kazneno djelo razbojništva (...) dovršeno trenutkom oduzimanja vozila, dakle u trenutku kada je vozilo oduzeto iz *posjeda* oštećenice“ (VSRH, I Kž 34/2005-6).

Za početak, potrebno je razlikovati neposredan i posredan posjed stvari. Neposredan je posjed „onaj što ga posjednik ima glede određene stvari kroz to što na njoj neposredno i vanjski vidljivo izvršava svoju faktičnu vlast a/osobno ili b/posredstvom [pomoćnika]¹⁶ u posjedovanju“.¹⁷ I u hrvatskoj i u njemačkoj doktrini faktične vlasti nema bez volje posjednika da ostvari svoju vlast nad stvari¹⁸ jer „čin koji bi netko poduzeo bez ikakve volje da njime ostvaruje svoju vlast na stvari, nije njegov posjedovni čin“.¹⁹ U tom se segmentu neposredni posjed i *Gewahrsam* ne razlikuju, jer i *Gewahrsam* zahtijeva faktični odnos vlasti praćen voljom za vlašću. I kod neposrednog posjeda i kod *Gewahrsam* dovoljna je tzv. prirodna volja,²⁰ koja ne mora nužno obuhvaćati sva svojstva koja su potrebna da bi volja bila pravno kvalificirana. Prirodnu volju mogu posjedovati primjerice i osobe koje nemaju poslovnu sposobnost, jer i takve osobe mogu uspostaviti odnos vlasti nad stvari.²¹

Iako je za neposredan posjed, kao i za *Gewahrsam*, potrebna volja za vlašću nad stvari, to ne znači da se za ijedan od ta dva instituta traži vlasnička volja. Naime volja da se prema stvari postupa kao njezin vlasnik (*animus possidendi, animus rem sibi habendi*) u današnjem hrvatskom i njemačkom stvarnopravnom zakonodavstvu više nije konstitutivni dio instituta posjeda.²² Osim vlasnika, neposredni posjed može stoga imati i bilo koja druga osoba koja s „prirodnom voljom“ vrši čine faktične vlasti (npr. zakupnik, založni vjerovnik, posudovnik).²³ Pritom sam sadržaj volje nije mjerodavan. Isto vrijedi i za *Gewahrsam*, jer se ni kod tog instituta „volja za vlašću“ (*Herrschaftswille*) ne mora nužno pojavljivati u formi vlasničke volje,²⁴ pa je tako o krađi riječ i kad je stvar oduzeta npr. od založnog vjerovnika, a ne samo od vlasnika.

Zbog svega navedenog možemo zaključiti da osoba koja ima neposredan posjed uvijek ima i *Gewahrsam* nad stvari.²⁵ Međutim preuranjen bi bio za-

¹⁶ U izvorniku stoji „posjednika“, ali je očito riječ o tiskarskoj pogrešci.

¹⁷ Gavella, N., u: Gavella, N. i dr., *Stvarno pravo*, sv. 1, 2. izd., Narodne novine, 2007, str. 166.

¹⁸ V. npr. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5. izd., 2009/Joost § 854., rubni br. 10.

¹⁹ Gavella, N., *op. cit.*, str. 166.

²⁰ Termin „prirodna volja“ u kontekstu neposrednog posjeda koristi npr. Gavella (Gavella, N., *op. cit.*, str. 167), a u kontekstu instituta *Gewahrsam* (*natürliche Beherrschungswille*) Eser i Bosch (Schönke/Schröder/Eser/Bosch § 242., rubni br. 29).

²¹ Schönke/Schröder/Eser/Bosch § 242., rubni br. 29. Slično i Gavella, N., *op. cit.*, str. 167.

²² Konceptija prema kojoj se za posjed ne zahtijeva *animus*, nego samo *corpus*, prevladava u suvremenom komparativnom pravu i naziva se germanskom (objektivističkom) koncepcijom posjeda. Za razliku od germanske, romanska (subjektivistička) koncepcija posjeda ne obuhvaća samo *corpus* nego i *animus*.

²³ V. npr. Gavella, N., *op. cit.*, str. 167.

²⁴ Tako npr. Schönke/Schröder/Eser/Bosch § 242., rubni br. 29.

²⁵ Tako i Jüchser, A., *op. cit.*, str. 197.

ključak da je pojam *Gewahrsam* u potpunosti identičan neposrednom posjedu. *Gewahrsam* je naime širi koncept jer obuhvaća i neke situacije u kojima se ne radi o neposrednom, nego o posrednom posjedu, kao i pojedine slučajeve kada posjeda uopće nema.

Što se tiče posrednog posjeda,²⁶ tu se *Gewahrsam* u pravilu ne priznaje. No i tu postoje iznimke, primjerice u pogledu namještaja u hotelskoj sobi, kada se uzima da postoji zajednički *Gewahrsam* (*Mitgewahrsam*) najmodavca (posrednog posjednika) i najmoprimca (neposrednog posjednika) nad tim stvarima.²⁷

Daljnja razlika između pojmova posjed i *Gewahrsam* sastoji se u tome što se *Gewahrsam* priznaje i pomoćnicima u posjedovanju (*Besitzdiener*), kojima se inače posjed ne priznaje. Riječ je o osobama koje u radnom ili sličnom odnosu ili u nečijem kućanstvu postupaju pokoravajući se tuđim nalogima glede neke stvari ili prava, pa izvršavaju isključivo tuđu faktičnu vlast²⁸ (čl. 12. st. 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima,²⁹ u daljnjem tekstu: ZV). Njemačka doktrina nije suviše decidirana u vezi s pitanjem kada pomoćnik u posjedovanju ima *Gewahrsam*, a kada je tek čuvar, odnosno pomoćnik neposrednom posjedniku (*Gewahrsamshüter*, *Gewahrsamsgehilfe*).³⁰

K tome pojam *Gewahrsam* od posjeda razlikuje se utoliko što se posjed prenosi i nasljeđivanjem, bez posebnog čina stjecanja (nasljednici se mogu nalaziti i tisućama kilometara daleko od stvari nad kojom stječu posjed), dok se *Gewahrsam* ne može stjecati na tako apstraktne načine. Nemogućnost da se *Gewahrsam* stekne na način na koji se stječe idealni posjed (nasljeđivanjem

²⁶ „Posredni posjed stvari postoji ako neposredni posjednik, izvršavajući svoju faktičnu vlast na stvari, ujedno time izvršava i vlast za drugoga, jer se tada posredstvom vlasti neposrednog posjednika stvar ujedno nalazi i u posrednoj, ‘višoj’ faktičnoj vlasti posrednog posjednika“ (Gavella, N., *op. cit.*, str. 169). Posredni posjednici jesu primjerice založni vjerovnik, zakupnik, posudovnik, plodouživatelj itd.

²⁷ V. npr. Wessels, J., Hillenkamp, T., *op. cit.*, str. 44.

²⁸ To što pomoćnici „izvršavaju isključivo tuđu faktičnu vlast“ ne znači da oni nemaju faktičnu vlast nad stvari. Naime pomoćnik u posjedovanju „neposredno poduzima one čine kojima se izvršava faktična vlast na stvari“ (Gavella, N., *op. cit.*, str. 167), pa se u tom smislu ipak može smatrati da i on – zajedno s neposrednim posjednikom – ima faktičnu vlast. Tako i njemačka doktrina, u kojoj se doslovice tvrdi da i pomoćnik u posjedovanju, a ne samo neposredni posjednik, ima faktičnu vlast nad stvari, premda je, naravno, izvršava isključivo za neposrednog posjednika (v. npr. Jüchser, A., *op. cit.*, str. 198).

²⁹ Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12.

³⁰ To pitanje literatura obrađuje vrlo sumarno. V. Schönke/Schröder/Eser/Bosch § 242., rubni br. 31; Wessels, J., Hillenkamp, T., *op. cit.*, str. 44; Maurach, R., Schroeder, F. C., Maiwald, M., *op. cit.*, str. 374; Jüchser, A., *op. cit.*, str. 198; Wieling, H. J., *Sachenrecht, sv. I: Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen*, Springer, 2006, str. 145.

itd.³¹), tj. bez prijenosa faktične vlasti, svjedoči o tome da je riječ o institutu koji – za razliku od posjeda – nije prošao „juridifikaciju“ (*Verrechtlichung*).³² Drugim riječima, riječ je o institutu koji je „bliži fakticitetu“³³ (*tatsachennäher*) negoli posjed.

S obzirom na sve navedeno, očito je da se pojam posjeda ne može koristiti kao istoznačnica za *Gewahrsam*. Ta dva koncepta u velikom se broju slučajeva preklapaju, ali je u nekim slučajevima *Gewahrsam* šireg, a u drugima užeg obujma negoli posjed. *Gewahrsam* se ne može izjednačiti ni s neposrednim posjedom jer, premda svaki neposredni posjednik ima *Gewahrsam*, postoje i slučajevi u kojima *Gewahrsam* treba priznati i osobama koje nisu neposredni posjednici stvari.

2.2. *Gewahrsam* i detencija

Druga riječ koja bi mogla doći u obzir kao prijevod njemačkog termina *Gewahrsam* jest detencija.³⁴ To je pojam koji se vezuje ponajprije uz roman-sku (subjektivističku) koncepciju posjeda,³⁵ koju naš zakon ne usvaja. Prema toj koncepciji, *corpus* (faktična vlast) koji u sebi ne sadrži (vlasnički) *animus*

³¹ Podrobnije o idealnom posjedu v. Gavella, N., *op. cit.*, str. 174-183.

³² *Loc. cit.*

³³ Maurach, R., Schroeder, F. C., Maiwald, M., *op. cit.*, str. 373.

³⁴ Pojam detencije u kontekstu oduzimanja nije rijedak u sudskoj praksi, npr. „kod krađe počinitelj oduzima tuđu stvar prekidajući *detenciju* oštećenika, a kod utaje on prisvaja tuđu stvar na kojoj već ima *detenciju*“ (VSRH, I Kž 290/2009-6); „u konkretnom slučaju oštećeničina *detencija* nad zaboravljenom stvari nije prestala, što proizlazi iz činjenice da je ona, nakon što je primijetila da nema novčanika, a znajući da ga je zaboravila, otišla u restoran, ali novčanik nije pronašla“ (VSRH, III Kr-275/1999-4); „krađa je dovršena zasnivanjem nove *detencije*“ (VSRH, IV Kž-94/1991-3); „krivično djelo krađe dovršeno je u trenutku kada stvar izađe iz *detencije* vlasnika“ (ŽS u Bjelovaru, Kž 366/1996); „čin prisvajanja automobila koji je izuzeo iz *detencije* vlasnika“ (VSRH, III Kr 62/04-3); „kazneno djelo krađe (...) [je] dovršeno, aprehenzijom, tj. oduzimanjem ili prisvajanjem tuđe pokretne stvari u vlastitu *detenciju*“ (VSRH, III Kr-304/1997-3); „kazneno djelo krađe čini onaj koji (...) prekine tuđu *detenciju* nad stvari i zasnuje vlastitu“ (VSRH, I Kž 136/2007-4); „time već započeli s uzimanjem tuđe pokretne stvari u svoju *detenciju*“ (VSRH, I Kž 522/1993); „djelo (...) u formalnom pogledu dovršio time što je predmete koji su bili oduzeti stavio u vreću dakle izdvojio u vlastitu *detenciju*“ (VSRH, I Kž-1013/1992-3); „optuženik je uzeo stvari u vlastitu *detenciju* čime se krađa smatra dovršenom, i nije potrebno da stvari budu iznijete iz prostora u kojem su se nalazile“ (VSRH, I Kž 239/1999-5); „bitno je da su ta sredstva (oružje) prešla u njihovu *detenciju*, da su ih oduzeli iz vlasništva oružanih snaga Republike Hrvatske“ (VSRH, I Kž 1242/1992-2).

³⁵ To što se pojam detencije povezuje s romanskom koncepcijom posjeda ne znači da se on koristi u rimskom pravu. Riječ je o pojmu koji potječe iz kasnijeg pravopovijesnog razdoblja (*ius commune*). V. Bömer, G., *Besitzmittlungswille und mittelbarer Besitz*, Mohr Siebeck, 2009, str. 70.

ne naziva se posjedom, nego detencijom, pa osoba koja izvršava čine faktične vlasti „s voljom da postupa kao npr. njezin zakupnik, a ne kao njezin vlasnik, [ne bi bila] posjednik te stvari, nego samo držalac (detentor) te stvari.“³⁶ Jednostavnije rečeno, detencija bi podrazumijevala faktičnu vlast nad stvari bez svojatanja njezina vlasništva, tj. bez namjere da se ona zadrži za sebe.³⁷

S obzirom na to da se prema germanskoj (objektivističkoj) koncepciji – koju usvaja i naš zakonodavac – za posjed ne traži *animus*, diferencijacija posjeda i detencije u stvarnom pravu *de lege lata* nije potrebna. Iako navedena okolnost ne znači nužno da se detencija ne može koristiti u kaznenom pravu kao pandan njemačkom izrazu *Gewahrsam*, takva je upotreba ipak donekle problematična. Radi se o tome da je detencija – prema romanskoj koncepciji posjeda, koja ga, uostalom, jedina i koristi – pojam koji se ne odnosi na svako faktično držanje stvari. Posjed i detencija prema toj se konstrukciji međusobno isključuju jer detentor – za razliku od posjednika – *ne svojata vlasništvo* nad stvari. Primijenimo li tako shvaćen pojam detencije na kontekst kaznenog djela krađe, došli bismo do bizarnog zaključka da je stvar moguće ukrasti jedino od osobe koja ne prisvaja vlasništvo nad stvari.

Imajući u vidu da bi spomenuto tumačenje bilo posve neodrživo, očito je da se pri definiranju radnje oduzimanja kao „prekidanja tuđe i zasnivanja vlastite detencije“ pojam detencije shvaća u širem smislu, tako da obuhvati i posjed. Takvo šire shvaćanje detencije, koje bismo „matematički“ mogli izraziti kao zbroj posjeda i detencije u užem smislu, u literaturi nije nepoznato.³⁸ Prema toj koncepciji, detencija bi bila „čisti“ *corpus* posjeda, tj. *corpus* u strogo „fizičkom smislu“.³⁹ To bi značilo da bi se detentorima mogli smatrati npr. založni vjerovnici i posudovnici, ali jednako tako i vlasnici stvari te neposredni posjednici koji neutemeljeno svojataju vlasništvo.

Međutim ni takvo šire shvaćanje ne odgovara u potpunosti smislu termina *Gewahrsam*. Stvar je u tome što se *Gewahrsam* ne može svesti na puko fizičko držanje stvari, koje bi bilo potpuno neovisno o bilo kakvoj volji držatelja. *Gewahrsam* tako nema osoba koja drži stvar u rukama bez volje da nad njom uspostavi odnos vlasti (npr. osoba koja u igri uhvati loptu). Taj voljni element u njemačkoj se doktrini označava kao *Herrschaftswille*, što se može prevesti kao volja za (faktičnom) vlašću nad stvari. Takva volja razlikuje se od *animus domini* kao jedne od dviju nužnih pretpostavaka posjeda prema romanskoj koncepciji, jer dok *animus* pretpostavlja svojatanje vlasništva, za *Herrschaftswille* dovoljna je volja za ostvarivanjem faktične vlasti. Kao što je već istaknuto, tu volju mogu imati i djeca i duševni bolesnici, zbog čega se u literaturi redovito

³⁶ Gavella, N., *op. cit.*, str. 156.

³⁷ Romac, A., *Rječnik rimskog prava*, Informator, 1975, str. 154.

³⁸ O dvama mogućim shvaćanjima pojma detencije v. Bömer, G., *op. cit.*, str. 72-73.

³⁹ *Ibid.*, str. 72.

tvrdi da zahtjevi za priznavanje *Herrschaftswille* nisu postavljeni osobito visoko.⁴⁰ Takvu volju može imati i osoba koja spava ili pak primatelj pisma kojem je pismo ubačeno u sandučić, ali ga još nije otvorio.

Postavlja se nadalje pitanje ima li *Herrschaftswille* kao samostalan sastojak pojma *Gewahrsam* ikakvo značenje u okviru krađe s obzirom na to da je jedno od obilježja tog kaznenog djela cilj protupravnog prisvajanja. Preciznije rečeno, postavlja se pitanje konzumira li možda cilj protupravnog prisvajanja volju za faktičnom vlašću nad stvari, tj. je li uopće moguće da netko ima cilj protupravnog prisvajanja, a da pritom nema *Herrschaftswille*, ili pak da ima *Herrschaftswille*, a da nema cilj protupravnog prisvajanja. Predstavljaju li, drugim riječima, volja za faktičnom vlašću nad stvari i cilj protupravnog prisvajanja kod krađe jednu te istu stvar? Ako je to slučaj, tada je detencija (u širem smislu riječi, tj. shvaćena kao *corpus*) sasvim pogodan supstitut za njemački termin *Gewahrsam*, jer bi „*animus* detencije“ već bio sadržan u cilju protupravnog prisvajanja pa bi volju za faktičnom vlašću bilo nepotrebno isticati kao izdvojenu sastavnicu pojma *Gewahrsam*.

Međutim to ipak nije tako. Premda se na prvi pogled može činiti da *Herrschaftswille* predstavlja tek umjetnu prepreku izjednačavanju detencije i *Gewahrsam*, treba se prisjetiti da se oduzimanjem stvari, osim što se zasniva vlastiti, istodobno prekida tuđi *Gewahrsam*. Samim time volja za faktičnom vlašću ne može se u cijelosti integrirati u pojam cilja protupravnog prisvajanja jer ona u trenutku oduzimanja ne postoji samo na strani kradljivca nego i na strani okradenog, dok cilj protupravnog prisvajanja ima kradljivac, ali ne i okradeni. Tomu treba dodati da se sintagma „oduzimanje stvari“ ne koristi samo u kontekstu krađe i drugih delikata koji uključuju cilj protupravnog prisvajanja nego i kod kaznenog djela neovlaštene uporabe tuđe pokretne stvari (čl. 234.), kod kojeg je cilj privremena uporaba, pa je u tom smislu koncept „oduzimanja stvari“ korisno sagledavati na jedinstven način. Zbog svega navedenog kod kaznenog djela krađe volju za faktičnom vlašću nije moguće integrirati u okvir cilja protupravnog prisvajanja.

Imajući u vidu da se pojam *Gewahrsam* ne može svesti samo na *corpus* (detencija u širem smislu), a još manje samo na faktično držanje stvari bez svojatanja njezina vlasništva (detencija u užem smislu), očito je da ni korištenje termina detencija u kontekstu oduzimanja stvari nije najsretnije rješenje.

2.3. Moguća terminološka rješenja

U prethodnim smo odjeljcima nastojali pokazati da se pojmovi posjeda i detencije ne mogu u potpunosti izjednačiti s konceptom *Gewahrsam*, koji se

⁴⁰ V. npr. *Münchener Kommentar/Schmitz* § 242., rubni br. 53.

koristi u pravnim porecima njemačkog govornog područja. Ostaje, naravno, pitanje koje su alternative.

Prva je opcija zasnovati poseban koncept „posjeda u kaznenopravnom smislu“. Za takvo što zauzimao se još Šilović, koji je radnju krađe vidio u „oduzecu stvari iz tuđega posjeda“,⁴¹ naglašavajući pritom kako „ovdje nije mjero-davan privatnopravni pojam posjeda. Posjed u kaznenopravnom smislu znači odnošaj gospodstva spram stvari, koji valja posve samostalno prosuđivati.“⁴² Slične su se ideje pojavljivale i poslije.⁴³

Sljedeća je mogućnost tumačiti pojam detencije – koji ionako nije pravno reguliran, pa je relativno fleksibilan – na način koji pomalo odstupa od uobičajenog, povijesno uvjetovanog značenja tog pojma. Tim putem idu npr. Novoselec i Bojanić, za koje je detencija „faktična vlast nad stvari s voljom da se njome vlada.“⁴⁴

Sljedeću terminološku alternativu predstavlja termin „držanje“.⁴⁵ Tom pojmu moglo bi se možda prigovoriti da suviše aludira na fizičko dodirivanje stvari, ali takvu zamjerku anulira činjenica da se u svakodnevnom govoru kao držanje označavaju i situacije u kojima nema fizičkog kontakta aktera i stvari. To pokazuje i naziv nekadašnjeg kaznenog djela nedozvoljenog držanja oružja i eksplozivnih tvari (čl. 335. KZ/97), kod kojega se termin držanje ne koristi u smislu fizičkog dodirivanja (npr. ne traži se da počinitelj drži bombu u ruci).

Naposlijetku, može se osmisliti i novi *terminus technicus* koji bi služio kao hrvatska inačica pojmu *Gewahrsam*. To i nije toliko težak zadatak. Uzmemo li u obzir da *Gewahrsam* predstavlja jedinstvo „faktičnog (stvarnog) odnosa vlasti“ (*tatsächliche Herrschaftsverhältnis*) i „volje za vlašću“ (*Herrschaftswille*), kao jedno od logičnih terminoloških rješenja nameće se sintagma „stvarna vlast“, odnosno „faktična vlast“. Na tom je tragu i definicija upotrijebljena u

⁴¹ Šilović, J., *Kazneno pravo*, St. Kugli, 1920, str. 255.

⁴² *Loc. cit.*

⁴³ „Pojašnjenja su nam bila utoliko nužna kako bismo bili svjesni da s velikim oprezom koristimo civilističku terminologiju u oblasti krivičnog prava, tj. kada se radi o krađi, mi možemo upotrebljavati termin posjed samo u smislu subjektivne rimske tradicionalne koncepcije posjeda, a nikako ne i objektivne, prihvaćene u novom Zakonu o osnovnim vlasničkopравnim odnosima iz 1980.“ V. Kramarić, I., Primjer (ne)mogućnosti preinačenja prvostepene presude i problematična shvaćanja teorije aprehenzije, *Odvjetnik* 3-4/1990, str. 49, str. 50.

⁴⁴ Novoselec, P., Bojanić, I., *op. cit.*, str. 220.

⁴⁵ I pojam držanja povremeno se koristi u sudskoj praksi: npr. „supočinitelj (...) [je] prekinuo držanje vlasnika na stvari i ostvario prisvajanje“ (VSRH, Kzz-24/2001-2); „kad nije sporno da su (...) supočinitelji, ne samo izdvojili novac i cigarete nego ih i stavili u za to unaprijed pripremljene vreće, nema nikakve dvojbe, da su time, makar i simbolično i na kratko vrijeme, dok nisu pobjegli, prekinuli držanje vlasnika na stvari i time stvari prisvojili“ (VSRH, Kzz 21/2002-2); „time je ona prekinula držanje oštećenice na novčaniku i novcu u njemu i ostvarila prisvajanje“ (ŽS u Virovatici, Kž-188/2003-3); „okolnost da je počinitelj tuđu stvar oduzeo iz držanja druge osobe i zasnovao svoje vlastito držanje“ (VSRH, I Kž-53/2001-11).

jednoj odluci austrijskog Vrhovnog suda, prema kojoj je *Gewahrsam* „faktična (*tatsächliche*), neposredna vlast (*Herrschaft*) nad stvari, koja nije posredovana putem druge osobe“.⁴⁶

Prednost sintagme „faktična vlast“ dvostruka je. S jedne strane njome se daje do znanja da je *Gewahrsam* moguć jedino u slučaju da počinitelj ima odgovarajući odnos vlasti prema stvari (koji pritom, naravno, podrazumijeva i odgovarajući sadržaj volje). S druge strane atribut „stvarna“ (ili „faktična“) upućuje na to da se ne radi o nekom od instituta čiji je sadržaj strogo definiran ZV-om, nego o konceptu koji je „bliži fakticitetu“. Usporedno s time otklanjaju se i potencijalni problemi s različitim mogućim shvaćanjima pojma detencije, koji potječe iz odbačene subjektivističke koncepcije posjeda.

Od analiziranih četiriju terminoloških alternativa (posjed „u kaznenopravnom smislu“, detencija, držanje, faktična vlast) teško je decidirano reći koji bi bio najprimjereniji pandan njemačkom konceptu *Gewahrsam*. Od pojma posjeda svakako bi trebalo odustati jer postoji realna mogućnost brkanja takva specifičnog značenja posjeda i uobičajenog, stvarnopravno reguliranog instituta posjeda. Pojam detencije moguće je koristiti, ali uz određenu zadržku zbog njegova povijesnog izvorišta (iako treba priznati da je zadržka prema tom pojmu više teorijski negoli praktično uvjetovana). Preostala dva termina, držanje i faktična vlast, moguće je – prema mišljenju autora ovih redaka – koristiti bez zadržke. U nastavku rada usporedno će se koristiti dva posljednja pojma.

2.4. Faktična vlast nad stvari kao pravno dobro?

Nakon konačnog apsolviranja terminološke problematike posvetit ćemo se pitanjima teorijskog i praktičnog smisla koncepta držanja (faktične vlasti). Prvo od tih pitanja jest uživa li držanje zaštitu samo po sebi ili je ono tek medij kojim se posredno štiti vlasništvo. Drugim riječima, s obzirom na to da se radnjom oduzimanja ne oduzima vlasništvo, nego faktična vlast nad stvari, postavlja se pitanje je li i faktična vlast, usporedno s vlasništvom, pravno dobro koje se štiti kaznenim djelima koja uključuju oduzimanje stvari. To pitanje ima i praktičnu dimenziju, jer ako zakonodavac ne štiti samo vlasnika nego i držatelja stvari, tada bi i držatelj bio žrtva krađe, a samim time i ovlašten tužitelj u slučajevima kada se progon pokreće po privatnoj tužbi (šitna krađa iz čl. 228. st. 2.; krađa, teška krađa i neovlaštena uporaba tuđe pokretne stvari na štetu bračnog ili izvanbračnog druga, istospolnog partnera, rođaka po krvi u ravnoj lozi, brata ili sestre, ili na štetu osobe s kojom počinitelj živi u zajedničkom kućanstvu), odnosno ovlaštenik podnošenja prijedloga za progon u slučajevi-

⁴⁶ RS OGH 1978/06/27 110s94/78.

ma kada se progon poduzima samo na prijedlog (neovlaštena uporaba tuđe pokretne stvari iz čl. 234. st. 1.). Usvojimo li navedenu pretpostavku, tada bi npr. i posudovnik, a ne samo vlasnik, bio ovlašten pokrenuti kazneni progon u slučaju krađe stvari male vrijednosti. Jednako bi tako i vlasnikov sin koji ima faktičnu vlast, a ne samo vlasnik, bio ovlašten pokrenuti kazneni progon protiv člana obitelji koji je počinio krađu automobila.

Dilemu je li faktična vlast pravno dobro koje se, usporedno s vlasništvom, štiti kaznenim djelom krađe nije tako lako razriješiti. S jedne strane ZKP žrtvu definira (čl. 202. st. 2. toč. 12.) kao osobu „koja zbog kaznenog djela trpi fizičke i duševne posljedice, imovinsku štetu ili bitnu povredu temeljnih prava i sloboda“, dok oštećenika određuje (čl. 202. st. 2. toč. 13.) kao žrtvu ili drugu osobu „čije je kakvo osobno ili imovinsko pravo povrijeđeno ili ugroženo kaznenim djelom, a sudjeluje u svojstvu oštećenika u kaznenom postupku“. Neovisno o djelomičnoj cirkularnosti citiranih definicija, koja umanjuje mogućnost razumijevanja zakonskog izričaja, jasno je da je zakonodavac nastojao da one budu što šire i inkluzivnije, pa bi se iz toga moglo zaključiti da i držatelj može biti žrtva krađe jer i on može pretrpjeti imovinsku štetu premda ukradena stvar nije njegova. U prilog tome idu i tendencije u sudskoj praksi, koja u posljednje vrijeme vrlo ekstenzivno shvaća pojam žrtve i njezina procesna prava. Tako primjerice VSRH u jednom kontroverznom predmetu navodi kako „nije sporno da se žrtvom [...] smatra ne samo osoba koja je pretrpjela povredu [...] ili imovinsku štetu direktno prouzročenu kaznenim djelom, već i članovi obitelji osobe čija smrt je prouzročena kaznenim djelom.“⁴⁷ Ako je i član žrtvine obitelji žrtva, po toj bi se logici i držatelj neovlasnik od kojeg je oduzeta stvar također mogao smatrati žrtvom, barem u posrednom smislu.⁴⁸

Međutim treba naglasiti da su navedene tendencije još uvijek u povojima pa nema razloga unaprijed odbaciti stajalište da je u analiziranim slučajevima vlasnik, a ne držatelj, jedini ovlaštenik na podizanje privatne tužbe, odnosno podnošenje prijedloga. Takvo stajalište zastupaju Novoselec i Bojanić, koji tvrde da se, doduše, „do određene mjere štiti [...] i detencija nad stvari jer se krađa može počiniti i oduzimanjem stvari od neovlasnika kao detentora (osobe koja ima faktičnu vlast nad stvari), ali i u tom slučaju ostaje u prvom planu zaštita vlasništva, što se vidi najbolje po tome da će uvijek kada se kazneni postupak pokrene privatnom tužbom [...] ovlaštenik na podizanje privatne tužbe biti vlasnik, a ne detentor.“⁴⁹

⁴⁷ VSRH, Kž-eun 5/2014-4, Kž-eun 14/2014-4.

⁴⁸ O razlikovanju neposredne i posredne žrtve v. Tomašević, G., Pajčić, M., Subjekti u kaznenom postupku: pravni položaj žrtve i oštećenika u novom hrvatskom kaznenom postupku, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 2/2008, str. 817-857, str. 839-840.

⁴⁹ Novoselec, P., Bojanić, I., *op. cit.*, str. 218.

Za gledište koje, u slučaju kada se postupak pokreće privatnom tužbom, jedino vlasnika smatra ovlaštenikom na podizanje privatne tužbe moguće je pronaći opširnu argumentaciju u njemačkoj literaturi. Schmitz⁵⁰ tako tvrdi da *Gewahrsam* uopće ne predstavlja pravno dobro.⁵¹ U prilog tome navodi kako pristanak vlasnika na oduzimanje stvari isključuje kažnjivost i za krađu i za utaju, dok pristanak držatelja isključuje kažnjivost samo za krađu, ali ne i za utaju. Iz toga proizlazi da držanje nije nešto što bi zakonodavac posebno štitio. Prema tome specifičnost krađe u odnosu na utaju ne sastoji se u tome što se krađom štiti dodatno pravno dobro, nego u tome što krađa, za razliku od utaje, podrazumijeva i remećenje mira (*Friedensstörung*), koje se manifestira upravo u oduzimanju stvari i koje zahtijeva strože kaznene okvire. No to ne znači, smatra Schmitz, da je objekt remećenja mira sam po sebi pravno dobro.⁵² Slično razmišljaju Eser i Bosch,⁵³ koji navode da je prekid držanja tek osnova za pojačano kažnjavanje krađe u odnosu na utaju, a ne samostalno pravno dobro. Logika oštrijeg kažnjavanja krađe ne sastoji se, smatraju oni, u samom prekidu držanja, nego u tome što oduzimanje stvari podrazumijeva prekid vlasnikove mogućnosti raspolaganja stvarju (*Verfügungsmöglichkeit über die Sache*).

Premda se, iz perspektive aktualnog pravno-političkog trenutka, svako iole restriktivnije shvaćanje pojma žrtve može doimati kao anakronizam, argumentacija koju navode citirani njemački autori vrlo je uvjerljiva. Naime osobitost krađe kao kaznenog djela ne sastoji se u tome što se njome istodobno povređuju dva pravna dobra, nego u tome što se njome prekida mogućnost vlasnika da raspolaze svojom stvari. Uzdizanje držanja (faktične vlasti) u rang pravnog dobra ne uviđa tu specifičnost krađe pa bi prednost trebalo dati shvaćanjima koja smatraju da se krađom primarno štiti vlasništvo, a ne faktična vlast. Sukladno tome ovlaštenikom za pokretanje progona privatnom tužbom (odnosno za podnošenje prijedloga) trebao bi se smatrati isključivo vlasnik, a ne i vlasnik i držatelj.

3. SASTAVNICE POJMA DRŽANJA

Budući da pojam držanja (faktične vlasti, „detencije“) u hrvatskoj teoriji i praksi nije detaljnije razrađen, oslonac za daljnju raspravu valja potražiti u njemačkoj kaznenopravnoj doktrini. Ondje se držanje (*Gewahrsam*) definira

⁵⁰ *Münchener Kommentar/Schmitz* § 242., rubni br. 9.

⁵¹ U tome je Schmitz radikalniji od Novoselca i Bojanića, koji tvrde da se i držanje („detencija“) štiti do određene mjere, što bi značilo da i ono – u određenoj mjeri – predstavlja pravno dobro.

⁵² Tako i Wessels, J., Hillenkamp, T., *op. cit.*, str. 33.

⁵³ *Schönke/Schröder/Eser/Bosch* § 242., rubni br. ½.

kao „faktični odnos vlasti (*tatsächliches Herrschaftsverhältnis*) između osobe i stvari [...] praćen voljom za vlašću (*Herrschaftswille*)“.⁵⁴ Kako se o opstojnosti faktične vlasti u praksi često odlučuje na temelju „prirodnog shvaćanja u svakodnevnom životu“,⁵⁵ rašireno je shvaćanje da je riječ o „činjeničnom pitanju“,⁵⁶ koje bi bilo podložno odlučivanju od slučaja do slučaja. Unatoč takvu pomalo defetističkom stavu, tijekom razvoja doktrine ipak su se iskristalizirali razmjerno čvrsti kriteriji atribucije faktične vlasti.

3.1. Faktični odnos vlasti

Faktični odnos vlasti treba u prvom redu razlikovati od odnosa vlasti koji postoji kod vlasništva. Dok je kod vlasništva odnos vlasti pravnog karaktera, držanje ne pretpostavlja pravnu, nego „fizičko-realnu mogućnost utjecaja“⁵⁷ na stvar, tj. mogućnost utjecaja kojoj na putu ne stoje nikakve osobite zapreke.⁵⁸ Pregnantnije rečeno, držanje izražava kategoriju stvarne mogućnosti (*Können*), a ne pravne dopuštenosti (*Dürfen*).⁵⁹ Sukladno navedenom, faktičnu vlast može imati i kradljivac pa oduzimanje stvari od kradljivca također predstavlja krađu.⁶⁰ To, dakako, ne znači da kradljivčeva faktična vlast uživa pravnu zaštitu jer je pravno dobro i u ovom slučaju vlasništvo, a ne sama faktična vlast.

Smatra se da faktični odnos vlasti postoji i u slučaju „oslabljene faktične vlasti“ (*Gewahrsamslockerung*). To se u prvom redu odnosi na slučajeve prostorne udaljenosti držatelja od stvari, pa tako vlasnik zadržava faktičnu vlast nad stvarima u stanu iako je privremeno odsutan iz stana, kao i nad parkiranim vozilom premda se nalazi daleko od vozila.⁶¹ Jednako tako vlasnik i dalje ima držanje nad životinjama koje se slobodno kreću po prirodi, ali samo uz pretpostavku da životinje nisu definitivno odlutale. U slučaju kada je konj odlutao iz staje u 15 kilometara udaljeno mjesto prestala je postojati realna mogućnost da će se konj vratiti ili da će ga vlasnik naći pa je na taj način vlasnik izgubio faktičnu vlast nad konjem. Stoga počinitelj koji prisvoji takva konja

⁵⁴ Schönke/Schröder/*Eser/Bosch* § 242., rubni br. 23. Slično tome Novoselec i Bojanić, koji „detenciju“ određuju kao „faktičn[u] vlast nad stvari s voljom da se njome vlada“ (Novoselec, P., Bojanić, I., *op. cit.*, str. 220).

⁵⁵ BGH 16, 273.

⁵⁶ BGHSt 41, 198.

⁵⁷ Wessels, J., Hillenkamp, T., *op. cit.*, str. 40.

⁵⁸ Schönke/Schröder/*Eser/Bosch* § 242., rubni br. 25.

⁵⁹ Wessels, J., Hillenkamp, T., *op. cit.*, str. 40; Schönke/Schröder/*Eser/Bosch* § 242., rubni br. 25.

⁶⁰ Naravno, pod pretpostavkom da počinitelj nije vlasnik stvari, jer ako bi počinitelj bio vlasnik, tada stvar ne bi bila tuđa.

⁶¹ Novoselec, P., Bojanić, I., *op. cit.*, str. 220; Wessels, J., Hillenkamp, T., *op. cit.*, str. 43.

odgovara za utaju, a ne za krađu (ŽS u Bjelovaru, KŽ-281/1996). U slučajevima oslabljene faktične vlasti može se izvesti opće pravilo prema kojem držatelj „ne mora znati gdje se stvar točno nalazi, ali mora znati da je ona na nekom širem prostoru na kome je on uvijek može naći.“⁶²

Iz navedenog pravila slijedi i da zakupnik lovišta, premda se ne nalazi u neposrednoj blizini, zadržava faktičnu vlast nad srnom koja je odstrijeljena u njegovu lovištu; stoga čine krađu, a ne utaju, počinitelji koji su tu srnu pronašli „i, znajući da pripada zakupniku tog lovišta, sakrili je prilikom nailaska policije te se vratili po nju i odnijeli je kući s namjerom pribavljanja protupravne imovinske koristi“ (ŽS u Koprivnici, KŽ-202/99). Isto vrijedi i kada vlasnik nakon prometne nesreće ostavi automobil u jarku ili kada vlasnik izgubi jedan od ključeva automobila pa taj ključ potom pronađe treća osoba. Analogno tome faktična vlast ne prelazi na kupca koji u trgovini odjene na sebe nekoliko komada odjeće s namjerom da ih neopaženo iznese iz prostora. Štoviše, faktična vlast može se i prenijeti na drugu osobu bez fizičke prisutnosti novog držatelja, npr. u slučaju unaprijed dogovorenog ostavljanja robe ispred prodavaonice čiji je vlasnik novi držatelj.

U praksi mogu biti sporne situacije u kojima držatelj zametne, zaboravi ili izgubi stvar. Kao opće pravilo tu vrijedi da „detencija ostaje tako dugo dok se zna gdje su i dok ne postoje vanjske zapreke da ih se ponovno uzme.“⁶³

Sama činjenica *zametanja* ili *zaboravljanja* stvari ne znači gubitak faktične vlasti pa tako vlasnik stana zadržava faktičnu vlast i nad stvarima zametnutima negdje u stanu.⁶⁴ Isto vrijedi i kada je stvar zaboravljena u prostoru koji se nalazi u tuđem držanju (npr. restoran, prodavaonica), pod uvjetom da držatelj zna gdje se ta stvar nalazi i da mu je i dalje dostupna.⁶⁵ Stoga se u slučaju kada počinitelj u restoranu prisvoji vrećicu punu novca, koju je ondje zaboravio prethodni gost, radi o krađi, a ne o utaji (VSH, I KŽ-431/1984). Isto se odnosi i na situaciju kada počinitelj u restoranu oduzme novčanik koji je žrtva nakon pijenja kave i plaćanja zaboravila ispod stola. Naime u tom slučaju „oštećeničina detencija nad zaboravljenom stvari nije prestala, što proizlazi iz činjenice da je ona, nakon što je primijetila da nema novčanika, a znajući da ga je zaboravila, otišla u restoran, ali novčanik nije pronašla, čime je manifestirala volju da ponovno uspostavi faktičnu vlast nad svojom stvari, pa se ta stvar ne može smatrati izgubljenom“ (VSRH, III Kr-275/1999-4).

⁶² Novoselec, P., Izbor i komentar sudske prakse, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 2/1996, str. 935-943, str. 942.

⁶³ Novoselec, P., Bojanić, I., *op. cit.*, str. 220.

⁶⁴ Primjeri navedeni prema Schönke/Schröder/Eser/Bosch § 242., rubni br. 26. Gotovo istovjetni slučajevi navedeni su u: *Münchener Kommentar/Schmitz* § 242., rubni br. 51.

⁶⁵ „Detentor ne gubi posjed stvari u slučaju kada mu je stvar dostižna i kada zna da je ona na nekom određenom prostoru na kojem je može pronaći“ (VSRH, I KŽ 290/2009-6).

Drugačije stoje stvari kada držatelj *izgubi* stvar. Tada njegova faktična vlast nad stvari definitivno prestaje. Ako je stvar izgubljena u prostoru koji nije jasno ograničen (npr. na ulici, na plaži), stvar ostaje bez držatelja pa prisvajanje takve stvari ne predstavlja krađu, nego utaju.⁶⁶ Ako pak držatelj izgubi stvar u prostoru koji se nalazi u tuđoj faktičnoj vlasti (npr. vlak, kolodvor, restoran, prodavaonica), tada faktičnu vlast stječe držatelj prostora u kojem je stvar izgubljena.⁶⁷ Stoga je treća osoba koja prisvoji takvu stvar počinitelj krađe, a ne utaje.

Pri atribuciji faktične vlasti važnu ulogu imaju i odnosi socijalne ovisnosti (*soziale Abhängigkeitsverhältnisse*), npr. odnos između poslodavca i radnika. Teorija je podijeljena u pogledu pitanja priznaje li se radniku status držatelja nad stvarima kojima se služi u radu ili su oni tek pomoćnici u držanju (*Gewahrsamsgehilfe*). U praktičnom smislu navedena dvojba nije važna sve dotle dok se poslodavcu priznaje faktična vlast bilo u svojstvu samostalnog držatelja bilo u svojstvu „sudržatelja“ zajedno s radnikom. U obama navedenim konstelacijama prisvajanjem stvari od strane treće osobe ili samog radnika prekida se faktična vlast poslodavca⁶⁸ pa će se tu raditi o krađi, a ne o utaji ili pronevjeri. Drugačije stoje stvari kada je stvar povjerena radniku pa on nad njom ima samostalno držanje.⁶⁹

S obzirom na postojanje cijelog niza atipičnih situacija atribucije faktične vlasti (npr. prostorna udaljenost, izgubljene stvari, socijalna ovisnost), u teoriji je postavljeno pitanje prikladnosti definicije držanja kao faktičnog odnosa vlasti praćenog voljom za vlašću. Stoga se u novije vrijeme, osim vladajućeg mišljenja, profiliralo i stajalište da je za konstrukciju pojma *Gewahrsam* odlučujući „normativno-socijalni“ kriterij, koji držanje ne ocjenjuje s obzirom na faktičnu vlast nad stvari, nego s obzirom na mogućnost „socijalno-normativne alokacije (*sozial-normative Zuordnung*) stvari u sferu vlasti određene osobe“.⁷⁰ U prilog socijalno-normativnom kriteriju u njemačkoj se literaturi često navodi slučaj iz sudske prakse⁷¹ u kojem je seljaku oduzet plug koji je ostavio na njivi. Sud je naime zaključio da je seljak i dalje bio držatelj u trenutku oduzimanja pluga premda ta stvar nije bila u njegovoj fizičkoj blizini pa je djelo kvalificirano kao krađa. Ostaje ipak otvoreno pitanje je li za teorijsku legitimaciju takve odluke suda potrebno iskonstruirati pompozan koncept „so-

⁶⁶ Stvar postaje *gewahrsamslos*.

⁶⁷ Schönke/Schröder/Eser/Bosch § 242., rubni br. 28; Wessels, J., Hillenkamp, T., *op. cit.*, str. 50; Zlatarić, B., *Krivični zakonik u praktičnoj primjeni*, Narodne novine, 1958, str. 350.

⁶⁸ *Ibid.*, rubni br. 27.

⁶⁹ Opširnije o problemima „sudržanja“ u kontekstu radnih odnosa te o razgraničenju krađe i utaje u tim slučajevima v. *infra*, 5.

⁷⁰ Wessels, J., Hillenkamp, T., *op. cit.*, str. 39.

⁷¹ BGHSt 16, 271.

cijalno-normativne alokacije“ ili je dovoljno sintagmu faktična vlast tumačiti dovoljno široko da obuhvati i pojedine slučajeve u kojima ne postoji fizička blizina između osobe i stvari. Vladajuće mišljenje skeptično je prema normativno-socijalnom kriteriju smatrajući da se radi o pukoj terminološkoj promjeni u odnosu na stariju koncepciju.⁷²

3.2. Voljna sastavnica faktične vlasti

Držanje se ne sastoji samo od faktičnog odnosa vlasti nad stvari nego i od volje da se njome vlada.⁷³ Za držanje je dovoljna tzv. prirodna volja,⁷⁴ koju ne treba izjednačavati s ciljem prisvajanja, odnosno s vlasničkom voljom, budući da prirodnu volju može imati i osoba koja ne može vlastitim aktima volje stjecati vlasništvo (npr. sedmogodišnje dijete⁷⁵). S obzirom na to da je riječ o „prirodnoj volji“, logično je da se takva volja ne može priznati umrlim osobama.⁷⁶ Poput faktičnog odnosa vlasti, i voljna sastavnica držanja također je „fakticitetu blizak“ koncept, tj. pojam obilježen svakodnevnim, životnim shvaćanjima.

Iako je voljna sastavnica držanja derivat svakodnevnog poimanja, a ne fokusiranog pravno-dogmatskog promišljanja, u doktrini su se s vremenom ipak oblikovale određene načelne smjernice za atribuciju „prirodne volje“. Ističe se tako da volja ne mora biti aktualna u svakom trenutku, nego može biti i potencijalna. To znači da faktičnu vlast nad stvari zadržava i osoba koja spava ili je u nesvijesti, iako, naravno, ne i umrla osoba.⁷⁷ Dovoljna je, štoviše, i anticipirana volja, pa tako npr. primatelj pisma stječe držanje već samim ubacivanjem pisma u njegov poštanski sandučić, dok ribar nad ulovljenom ribom stječe držanje već samim time što se riba ulovila u njegovu mrežu.⁷⁸

⁷² V. npr. Schönke/Schröder/*Eser/Bosch* § 242., rubni br. 24; Novoselec, P., Bojanić, I., *op. cit.*, str. 220.

⁷³ Zagovornici normativno-socijalnog kriterija izražavaju skepsu prema opstojnosti voljnog elementa držanja smatrajući apsurdnim da se ona priznaje i u slučajevima potencijalne volje (tj. onda kada volje u biti i nema). V. npr. *Münchener Kommentar/Schmitz* § 242., rubni br. 66. S druge strane Wessels i Hillenkamp tvrde da je *Gewahrsam* bez tog elementa „nezamisliv“. V. Wessels, J., Hillenkamp, T., *op. cit.*, str. 41.

⁷⁴ Taj naziv koristi npr. Gavella, N., *op. cit.*, str. 167, a u kontekstu kaznenopravnog koncepta držanja koristi ga i njemačka literatura (*natürliche Beherrschungswille*). V. npr. Schönke/Schröder/*Eser/Bosch* § 242., rubni br. 29.

⁷⁵ Tako OLG Hamburg MDR 47, 35; cit. prema: Maurach, R., Schroeder, F. C., Maiwald, M., *op. cit.*, str. 373.

⁷⁶ Maurach, R., Schroeder, F. C., Maiwald, M., *op. cit.*, str. 375.

⁷⁷ O okolnostima ovisi hoće li nakon smrti držatelja stvar odmah prijeći u faktičnu vlast druge osobe ili će ostati u ničijoj vlasti. U svakom slučaju, držanje se ne prenosi samom činjenicom nasljeđivanja, nego je potrebno da nasljednik (ili treća osoba) očituje volju za vlašću nad stvari.

⁷⁸ Schönke/Schröder/*Eser/Bosch* § 242., rubni br. 30.

4. FAKTIČNA VLAST VIŠE OSOBA (SUDRŽANJE, SUDETENCIJA)

Oduzeti stvar, tj. prekinuti tuđe držanje stvari, moguće je kako onda kada faktičnu vlast ima treća osoba tako i onda kada nad stvari postoji faktična vlast više osoba, od kojih je jedna i sam počinitelj („sadržanje“, „sudetencija“, *Mitgewahrsam*). Drugim riječima, počinitelj katkad može prekinuti tuđe držanje i u slučaju kada je on sam *tempore criminis* jedan od držatelja stvari.

U slučajevima faktične vlasti više osoba treba razlikovati nekoliko situacija. Ukoliko su sudržatelji *ravnopravni*, tada svatko od njih može prekinuti tuđe držanje, pa tako krađu čini bračni drug koji prisvoji automobil koji oboje koriste.⁷⁹ Ako pak sudržatelji nisu ravnopravni, nego stoje u odnosu nadređenog i podređenog držatelja (što će najčešće biti slučaj kod radnih i sličnih odnosa⁸⁰), tada mogućnost prekida držanja ovisi o tome tko prisvaja stvar.

Prisvaja li stvar *podređeni* držatelj, radi se o prekidu držanja, pa krađu čini kućna pomoćnica koja prisvoji stvar nad kojom ima faktičnu vlast uspredno s domaćinom.⁸¹ Naime za takve se stvari može reći „da su ne u isključivoj pohrani, već u supohrani tih osoba i njihovih poslodavaca“.⁸² U suprotnom slučaju (prisvajanje stvari od strane *nadređenog* držatelja) radit će se o utaji, odnosno pronevjeri, a ne o krađi. Stoga se o pronevjeri radi kada „direktor poduzeća posredstvom druge osobe u poduzeću, kojoj je imovina poduzeća neposredno povjerena, protupravno prisvoji novac ili druge pokretne stvari, koje sačinjavaju imovinu poduzeća (...), jer se smatra da je u tom slučaju čitava imovina poduzeća njemu kao rukovodiocu povjerena, bez obzira na to što su dijelovi te imovine neposredno povjereni i nekoj drugoj osobi u poduzeću, kao npr. poslovođi prodavaonice poduzeća“ (VSH Kž 825/59).⁸³ O utaji (tj.

⁷⁹ Primjer prema Novoselec, P., Bojanić, I., *op. cit.*, str. 221.

⁸⁰ Kao malu digresiju navodimo da je upravo u domeni radnih odnosa naročito primjetno razilaženje pojmova posjeda i držanja. Tako i Maurach, R., Schroeder, F. C., Maiwald, M., *op. cit.*, str. 377.

⁸¹ U teoriji je sporno treba li uopće držateljima smatrati kućnu pomoćnicu u odnosu na stvari koje pripadaju domaćinu, hotelske goste u odnosu na hotelski inventar itd. Dio autora smatra da se tu radi o pomoćnicima u držanju, a ne o sudržateljima. Praktična razlika tih dviju koncepcija nije relevantna jer obje strane smatraju da podređeni sudržatelji (tj. pomoćnici u držanju) prisvajanjem stvari prekidaju držanje nadređenog držatelja, dok u obratnoj situaciji ne može biti govora o prekidu držanja. Jednako tako obje strane slažu se da podređeni držatelj (tj. pomoćnik u držanju) nije ovlaštenik na podizanje privatne tužbe, odnosno podnošenje prijedloga za progon kod kaznenih djela koja se progone na te načine. V. *Münchener Kommentar/Schmitz* § 242., rubni br. 76; Schönke/Schröder/Eser/Bosch § 242., rubni br. 32.

⁸² Zlatarić, B., *op. cit.*, str. 349.

⁸³ U vezi sa spomenutim slučajem potrebno je naglasiti kako iz same činjenice da je počinitelj visoko pozicioniran u trgovačkom društvu ne proizlazi da on može počiniti samo pronevjeru, a ne i krađu; i krađa je naime moguća, ali samo pod uvjetom da počinitelj u konkretnoj

pronevjeri) radi se i u slučaju u kojem su „poslovođe pogona Gradske mljekare u Zagrebu bili (makar globalno) zaduženi ukupnom zalihom mlijeka; bili su, dakle, držaoci povjerene stvari i stoga su počinili krivično djelo utaje kad su izdavali veće količine mlijeka prilikom distribucije od onih koje su bile upisane u popratnice, a činili su to radi prodaje tih neevidentiranih količina u svoju korist.“⁸⁴

U nekim je situacijama sporno postoji li *više držatelja ili samo jedan*. U pogledu „inventara kod zakupnog odnosa ili kod takvog najamnog odnosa, gdje se iznajmljuje čitav stan s pokuštvom i svim potrebnim uređajem i gdje najmodavac u takvom stanu uopće ne stanuje“, treba uzeti da su „stvari inventara (...) povjerene stvari“ pa prisvajanje takvih stvari predstavlja utaju.⁸⁵ S druge strane nad stvarima u hotelskim sobama i podstanarskim stanovima faktičnu vlast imaju i gost i hotelijer, odnosno i vlasnik i podstanar, pa prisvajanje stvari od strane gosta, odnosno podstanara, predstavlja krađu.⁸⁶ O krađi se radi i kada počinitelj uzme platu i pokrivač iz sobe koju mu je žrtva ustupila na spavanje (VSH, Kž-34/54).

Nad stvarima koje pripadaju poslodavcu radnik može steći samostalno držanje, ali jedino pod uvjetom da su mu ti predmeti „izravno povjereni na čuvanje ili rukovanje“. Samo pod tim uvjetom prisvajanje predmeta predstavljat će pronevjeru (VSH, Kž-2321/55), dok će se u suprotnom, ako su stvari pristupačne radniku, ali mu nisu posebno povjerene, raditi o krađi.⁸⁷ Kao opće pravilo, i danas vrijedi Zlatarićeva tvrdnja „da su osobama u radnom odnosu ili službenom odnosu povjerene samo one stvari, kojima su posebno zadužene“.⁸⁸

Problemi se često mogu pojaviti u pogledu faktične vlasti nad gotovim novcem kojim klijenti plaćaju robu i usluge u trgovinama, restoranima i sl. Tu treba razlikovati slučajeve u kojima radnici novac spremaju u izdvojene torbice koje nose uz sebe (npr. konobari), kada treba uzeti da je radnik samostalni držatelj

situaciji nema faktičnu vlast nad stvari koju prisvaja. O krađi je stoga riječ kada je poslovođa prodavaonice „iz skladišta poduzeća, s kojim je drugi bio zadužen, prisvojio bačvu petroleja i prenio je u skladište svoje prodavaonice, da bi time smanjio nastali manjak u toj prodavaonici“ (Zlatarić, B., *op. cit.*, str. 349; VSH, Kž-2296/55).

⁸⁴ Zlatarić, B., *op. cit.*, str. 349; VSH, Kž-2321/55.

⁸⁵ Zlatarić, B., *op. cit.*, str. 350.

⁸⁶ Schönke/Schröder/Eser/Bosch § 242., rubni br. 33. Tako i Zlatarić, B., *op. cit.*, str. 350.

⁸⁷ Tako i Zlatarić, B., *op. cit.*, str. 348-349. Zlatarić u tom kontekstu citira i jedan drugi predmet iz tadašnje prakse slažući se s odlukom suda da ne čine utaju (tj. pronevjeru), nego krađu, dva radnika zaposlena u mlinu u svojstvu mlinara i pomoćnika koji su iz mlina uzeli tri vreće brašna (Vrhovni sud Srbije, Kž-2584/52). Naime tim osobama brašno je bilo dostupno na radu, ali im nije bilo povjereno. Sličan je i slučaj u kojem je radnik u mlinu prisvojio žito koje je bilo povjereno poslovođi mlina radi mljevenja. Ovdje radnik nije uspostavio držanje nad žitom budući da žito nije bilo povjereno njemu, nego upravitelju mlina. Zato se i u tom primjeru ne radi o utaji, nego o krađi (VSH, Kž-1602/53).

⁸⁸ *Ibid.*, str. 249.

(koji u slučaju prisvajanja čini pronevjeru), od slučajeva u kojima se zaprimljen novac sprema u zajedničku blagajnu ili ladicu (npr. u frizerskim salonima ili teretanama), kada treba uzeti da radnik nema samostalnu faktičnu vlast nad novcem (pa u slučaju prisvajanja čini krađu).⁸⁹ U slučajevima prisvajanja novca od strane blagajnika (u prodavaonicama, bankama, na kolodvorima itd.) radit će se o utaji (tj. pronevjeri), a ne o krađi, budući da blagajnika u tipičnim slučajevima treba smatrati samostalnim držateljem novca pohranjenog u blagajni.⁹⁰ Ne radi se o krađi, nego o pronevjeri, i u slučaju kada trgovački pomoćnik pripravnik dobije zadatak da utržak prodavaonice odnese u centralu organizacije, a on to ne učini, nego taj utržak prisvoji (VSH, I Kž 952/76). O pronevjeri se radi i kada novac prisvoji „sobarica, koja je ujedno bila zadužena da prima novac od šankista, da vodi dnevnik, a osim toga da primljeni novac kontrolira da li je u skladu s naplatom usluga pruženih gostima i da ovaj preda na blagajnu radne organizacije“ (VSH, I Kž 1691/76). Naime pripravnik i sobarica u konkretnim su primjerima samostalni držatelji novca, a ne sudržatelji zajedno s nadređenim osobama, pa stoga ne mogu biti počinitelji krađe, nego jedino pronevjere kao kvalificiranog oblika utaje. Iz istih se razloga o pronevjeri radi i u slučaju kada je radnica zaposlena na poslovima knjigovodstva u udruzi umirovljenika u više navrata prisvojila novac koji je sakupila od umirovljenika (za ogrjevno drvo itd.), umjesto da ga uplati na žiro-račun udruge (ŽS u Virovitici, Kž-93/04-3). Pronevjeru čini i tajnica udruge kojoj je povjerena bankovna kartica računa udruge, što je ona iskoristila na način da je podigla novac i prisvojila ga (ŽS u Koprivnici, Kž 158/2007-2). Premda se to u presudi izrijekom ne spominje, očito je da je sud i ovdje smatrao da je tajnica u poziciji samostalnog držatelja pa kao takva ne oduzima tuđu stvar, nego prisvaja stvar koja joj je povjerena. Na tragu je takva rezoniranja i presuda u kojoj je za pronevjeru, a ne za krađu, osuđen referent općih poslova u Hrvatskoj vojsci koji je prisvojio novac za mjesečne plaće ročnih vojnika što ga je zaprimio „u okviru svog redovitog posla“ kako bi ga predao osobama koje bi ga poslije izravno predale vojnicima (VSRH, I Kž-449/1995-3).

Kao dvojbeno se može pojaviti pitanje faktične vlasti nad sadržajem zatvorenih spremnika (npr. sadržaj sefa u banci, sadržaj zatvorenog ormarića na kupalištu). Tu treba diferencirati dvije temeljne situacije, ovisno o tome može li imatelj ključa (tj. osoba koja je ovlaštena raspolagati sadržajem spremnika) u svakom trenutku pristupiti sadržaju spremnika ili je pristup spremniku uvjetovan odobrenjem osobe koja ima faktičnu vlast nad prostorom u kojem se spremnik nalazi. U prvom slučaju smatra se da postoji samostalno držanje imatelja ključa, dok se u posljednjem radi o sudržanju (sudetenciji).⁹¹

⁸⁹ Modificirani primjeri prema Schönke/Schröder/Eser/Bosch § 242., rubni br. 33.

⁹⁰ Wessels, J., Hillenkamp, T., *op. cit.*, str. 47.

⁹¹ *Ibid.*, str. 50.

5. PREKID TUĐEG DRŽANJA; PRISTANAK ŽRTVE NA ODUZIMANJE STVARI

Radnja oduzimanja stvari sastoji se od dva dijela: prekida tuđeg držanja te zasnivanja vlastitog.⁹² Ta dva trenutka najčešće se vremenski poklapaju, ali ne nužno. Moguće su i situacije kada je novo držanje zasnovano tek kasnije, npr. u slučaju kada počinitelj izbaci ukradene stvari iz jurećeg vlaka pa ih nekoliko sati poslije njegov suradnik ili on sam pokupi. Krađa je tada dovršena tek zasnivanjem novog držanja, a ne samim prekidom dotadašnje faktične vlasti (tj. bacanjem stvari iz vlaka).⁹³

Do prekida tuđeg držanja u smislu krađe dolazi jedino ako se stvar uzima *bez pristanka žrtve*. Za pristanak je dovoljna „prirodna volja“, tako da se o dobrovoljnom prijenosu, a ne o prekidu držanja, radi i u slučajevima kada pristanak daju djeca, pijane osobe i duševni bolesnici.⁹⁴ Pristanak, dakako, nema kada počinitelj primijeni prijetnju prema žrtvi pa mu žrtva sama, u strahu od napada, preda mobitel (VSRH, I Kž 1013/03-5).⁹⁵ Pristankom se ne smatra ni situacija kada žrtva sama preda počinitelju stvar na ogled ili na kratkotrajnu upotrebu⁹⁶ pa će se tako krađom (a ne utajom) smatrati i slučaj u kojem žrtva „posudi“ počinitelju mobilni telefon radi kratkog poziva, a počinitelj – umjesto da obavi poziv i vrati uređaj – pobjegne s njime u nepoznatom smjeru. Sukladno tome krađom, a ne utajom ili prijevarom, smatra se i slučaj u kojem je počinitelj uzeo u ruke prsten da ga razgleda, a zatim se dao u bijeg (VSH, I Kž-1246/1972) te slučaj u kojem je počinitelj zatražio od prodavačice šteku cigareta, a kada ju je prodavačica stavila na pult, uzeo ju je i pobjegao s njome (VSRH, I Kž-635/1991).⁹⁷

Ako pak žrtva preda počinitelju stvar na dugotrajniju upotrebu, dolazi do dobrovoljnog prijenosa faktične vlasti pa se u slučaju prisvajanja te stvari od strane počinitelja neće raditi o krađi, nego o nekom drugom imovinskom deliktu (npr. prijevari ili utaji, ovisno o okolnostima). Da bi se radilo o dobrovoljnom prijenosu, potrebno je, dakako, da žrtva zna za počiniteljevo uzimanje stvari, pa se o krađi, a ne o prijevari, radi u slučaju kad počinitelj u prodavao-

⁹² Slično i naša sudska praksa: „Stvar se smatra oduzetom kad je učinilac prekinuo tuđe pritežanje na stvari i zasnovao svoje vlastito“ (VSRH, III Kr 304/1997-3).

⁹³ *Münchener Kommentar/Schmitz* § 242., rubni br. 78.

⁹⁴ *Ibid.*, rubni br. 82.

⁹⁵ U tom slučaju riječ je o razbojništvu.

⁹⁶ V. npr. *Münchener Kommentar/Schmitz* § 242., rubni br. 86. Zlatarić u tom kontekstu navodi primjer krađe u kojoj je nepoznati putnik zamolio počiniteljicu da mu pridrži torbu dok on ne izađe iz vagona, a ona se s tom torbom brzo zagubila (Vrhovni sud Bosne i Hercegovine, Z II/2-322). Ni ovdje naime nema prijenosa držanja jer ono može postojati i kada se držatelj kratkotrajno odvoji od same stvari. V. Zlatarić, B., *op. cit.*, str. 412.

⁹⁷ Posljednja dva predmeta citirana prema Novoselec, P., Bojanić, I., *op. cit.*, str. 221.

nici u ambalažu jednog proizvoda sakrije još nekoliko proizvoda te plati samo proizvod u originalnoj ambalaži.⁹⁸

Postoje i slučajevi tzv. uvjetnog pristanka, u kojima se pristanak na prisvajanje stvari smatra valjanim jedino ako počinitelj ispuní točno određene pretpostavke. Stoga se o krađi radi u slučaju razbijanja automata za prodaju i uzimanja robe (npr. cigareta, napitaka),⁹⁹ kao i (barem prema vladajućem mišljenju u njemačkoj doktrini) kod „kupnje“ robe na automatima za prodaju krivotvorenim kovanicama.¹⁰⁰ Sporán je slučaj uzimanja goriva na samoposlužnim benzinskim crpkama. U teoriji preteže mišljenje da se tu ne radi o krađi, nego o utaji ili pak prijevari, jer vlasnik goriva daje bezuvjetan pristanak na predaju stvari.¹⁰¹ Međutim, prema nekim autorima, u takvim se slučajevima ipak radi o krađi, i to osobito ako je uzimanje goriva ostalo neprimijećeno od strane djelatnika crpke.¹⁰²

6. ZASNIVANJE VLASTITOG DRŽANJA

Drugi je dio radnje oduzimanja stvari zasnivanje vlastitog držanja od strane počinitelja. O tome kada je zasnovano počiniteljevo držanje postoji više teorija, koje se često navode i u domaćoj udžbeničkoj literaturi.¹⁰³ Riječ je o teorijama kontrektacije, aprehenzije, ablacije i ilacije. Sukladno teoriji kontrektacije, faktična vlast prelazi na počinitelja već dodirivanjem stvari, dok se prema teoriji aprehenzije zahtijeva „da stvar bude izdvojena i da se drži“.¹⁰⁴ Prema teoriji

⁹⁸ Schönke/Schröder/Eser/Bosch § 242., rubni br. 36; *Münchener Kommentar/Schmitz* § 242., rubni br. 85.

⁹⁹ *Münchener Kommentar/Schmitz* § 242., rubni br. 92.

¹⁰⁰ Tako npr. Wessels, J., Hillenkamp, T., *op. cit.*, str. 53; Schönke/Schröder/Eser/Bosch § 242., rubni br. 36a. S time se ne slaže Schmitz, koji smatra da se u slučaju posluživanja automata krivotvorenim novčanicama ili kovanicama ne može raditi o krađi (nego o prijevarnom korištenju usluga – *Erschleichen von Leistungen* – iz § 265. a) njemačkog Kaznenog zakonika), budući da počinitelj ne intervenira u rad samog automata, pa i dalje postoji pristanak vlasnika automata na predaju stvari počinitelju. Schmitz tu situaciju uspoređuje s kupnjom stvari krivotvorenim novčanicama od živog čovjeka, kada se ne radi o krađi, nego o prijevari. V. *Münchener Kommentar/Schmitz* § 242., rubni br. 93-94

¹⁰¹ V. Novoselec, P., Bojanić, I., *op. cit.*, str. 221; Schönke/Schröder/Eser/Bosch § 242., rubni br. 36a; *Münchener Kommentar/Schmitz* § 242., rubni br. 100; Maurach, R., Schroeder, F. C., Maiwald, M., *op. cit.*, str. 26.

¹⁰² V. npr. Wessels, J., Hillenkamp, T., *op. cit.*, str. 52.

¹⁰³ V. npr. Novoselec, P., Bojanić, I., *op. cit.*, str. 223; Cvitanović, L., *op. cit.*, str. 177; Bačić, F., Pavlović, Š., *Kazneno pravo – posebni dio*, Informator, 2001, str. 213; Šeparović, Z., Kokić, I., u: Horvatić, Ž., Šeparović, Z. i sur., *Kazneno pravo – posebni dio*, Masmedia, 1999, str. 266.

¹⁰⁴ Novoselec, P., Bojanić, I., *op. cit.*, str. 223. Drugim riječima, prema teoriji aprehenzije „krađa je dovršena u trenutku kada je stvar izdvojena te se nalazi u vlasti počinitelja; on stvar drži i raspolaže njome“ (Cvitanović, L., *op. cit.*, str. 177).

ablacije potrebno je odnošenje stvari, a prema teoriji ilacije spremanje stvari na sigurno mjesto.

U domaćoj literaturi navodi se da je teorijski i praktično najprihvatljivija teorija aprehenzije.¹⁰⁵ Dok dio autora i dalje zagovara „klasičnu“ teoriju aprehenzije,¹⁰⁶ Novoselec i Bojanić – pozivajući se na njemačke autore¹⁰⁷ – zastupaju teoriju aprehenzije uz mogućnost ablacije.¹⁰⁸ U njemačkoj doktrini teorija aprehenzije („klasična“ i uz mogućnost ablacije) toliko je dominantna da se preostale tri i u najopsežnijim prikazima najčešće spominju tek sumarno.¹⁰⁹ S jalovog akademskog dociranja o suprotstavljenim teorijama o trenutku zasnivanja držanja žarište je na taj način pomaknuto na preciznije određivanje tog trenutka u spornim situacijama. Ne začuđuje stoga što neki autori idu toliko daleko da odbijaju i sam naziv „teorija aprehenzije“ i naprosto govore o zasnivanju držanja (*Gewahrsamsbegründung*), bez potrebe da razvijene kriterije ukalupljaju pod naziv bilo kakve teorije.¹¹⁰ S obzirom na takve trendove, u nastavku ćemo se ostaviti rasprave o teorijama te ćemo se pozabaviti pitanjem točnijeg određivanja trenutka zasnivanja novog držanja u spornim situacijama.

Temeljno pitanje o kojem ovisi je li uspostavljena nova faktična vlast jest je li počinitelj ostvario vlast nad stvari u toj mjeri da je može izvršavati *bez ometanja* od strane ranijeg držatelja, tj. u toj mjeri da raniji držatelj stvarju više ne može raspolagati, a da je ne oduzme od počinitelja.¹¹¹ Tako se primjerice nad automobilom novo držanje uspostavlja njegovim odvoženjem, jer sve do tog trenutka počinitelj ne može vršiti vlast nad stvari bez ometanja ranijeg držatelja, odnosno do tog trenutka raniji držatelj nije u potpunosti onemogućen u izvršavanju svoje vlasti.

Unatoč navedenom općem pravilu, pojedine situacije i dalje mogu izazvati dvojbe u praksi. Problematičnima su se tako znali pokazati slučajevi u kojima se stvar i dalje nalazi u prostoru u vlasti dotadašnjeg držatelja stvari, npr. u slučaju u kojem je počinitelj, ne izašavši iz prostora kioska, izdvojio šteke

¹⁰⁵ Dio autora ne izjašnjava se izričito za neku od teorija. V. npr. Cvitanović, L., *op. cit.*, str. 177.

¹⁰⁶ V. npr. Šeparović, Z., Kokić, I., *op. cit.*, str. 266; Bačić, F., Pavlović, Š., *op. cit.*, str. 213.

¹⁰⁷ Schönke/Schröder/*Eser/Bosch* § 242., rubni br. 37. V. također Maurach, R., Schroeder, F. C., Maiwald, M., *op. cit.*, str. 377.

¹⁰⁸ Novoselec, P., Bojanić, I., *op. cit.*, str. 223.

¹⁰⁹ V. npr. Schönke/Schröder/*Eser/Bosch* § 242., rubni br. 37.

¹¹⁰ *Münchener Kommentar/Schmitz* § 242., rubni br. 53. Wessels i Hillenkamp cijelu raspravu o tobožnjim četirima teorijama smatraju „bespredmetnom“ (v. Wessels, J., Hillenkamp, T., *op. cit.*, str. 54). S druge strane Maurach, Schroeder i Maiwald prihvaćaju naziv „teorija aprehenzije“, ali priznaju da je njegova boljka „izvjesni formalizam“, koji u rubnim situacijama otežava diskusiju o trenutku zasnivanja nove faktične vlasti (v. Maurach, R., Schroeder, F. C., Maiwald, M., *op. cit.*, str. 26).

¹¹¹ V. Novoselec, P., Bojanić, I., *op. cit.*, str. 223; Schönke/Schröder/*Eser/Bosch* § 242., rubni br. 38; Wessels, J., Hillenkamp, T., *op. cit.*, str. 54.

cigareta u kiosku i stavio ih u za to unaprijed pripremljene vreće, no odmah nakon toga uhićen je od strane policajca. Sud je uzeo da je počinitelj ovdje „makar i simbolično i na kratko vrijeme dok nije uhićen prekinuo držanje vlasnika stvari i ostvario prisvajanje.“ Pritom, smatra sud, „nije odlučno što supočinitelj izdvojene stvari nije iznio iz prostora kioska, niti u kolikoj je mjeri osigurao to svoje držanje oduzetih stvari“. Stoga je ovdje počinitelj proglašen krivim za dovršenu tešku krađu, a ne za pokušaj tog kaznenog djela (VSRH, Kzz-24/2001).

Navedenu odluku suda Novoselec podvrgava kritici tvrdeći da za zasnivanje nove faktične vlasti nije dovoljno da ju je počinitelj „samo ‘uhvatio’, nego i da je na taj način stvorio mogućnost njenog neometanog odnošenja. [...] Pri tome je važna i veličina stvari, pa se može prihvatiti da je oduzimanje izvršeno kada je počinitelj manji predmet stavio u džep ili tašku, ali ne i kada je veći i lako uočljiv predmet tek pripremio za odnošenje, a da bi ga zaista odnio, mora još savladati daljnje prepreke.“¹¹² Novoselec daje za pravo drugostupanjskom sudu, koji je to djelo bio označio kao pokušaj teške krađe obrazlažući da „stavljanjem šteka cigareta u vreće [...] nije prestala faktična vlast vlasnika tih stvari nad njima, niti su one prešle u faktičnu vlast optuženika“ (ŽS u Bjelovaru, Kž-137/2001). S takvim se stajalištem valja složiti jer o uspostavi novog, neometanog držanja nije moguće govoriti u situaciji kada policajac zatječe počinitelja *in flagranti* s punim vrećama u kiosku.

Takav bi zaključak iz istih razloga trebalo primijeniti i u slučaju u kojem oštećenik u svojem podrumu zatekne kradljivca s punim vrećama mesa koje je prethodno uzeo iz škrinje. Ni ovdje naime počinitelj nije u potpunosti prekinuo faktičnu vlast dotadašnjeg držatelja, odnosno uspostavio vlastitu, neometanu faktičnu vlast nad ukradenim mesom, jer je za takvo što trebalo svladati daljnje prepreke, osobito s obzirom na okolnost da se počinitelj nalazio u prostoru koji pripada oštećeniku, kao i da vreće napunjene mesom nisu stvari koje se mogu lako prikriti. Irelevantno je pritom koliku je zločinačku energiju počinitelj uložio da bi ušao u podrum. Stoga nije moguće složiti se sa stajalištem suda kada tvrdi da je „uzimanje mesa iz škrinje i stavljanje u vreću djelatnost koja predstavlja dovršenje krivičnog djela, u konkretnom slučaju teške krađe, s obzirom na utvrđeni način ulaska u podrum“ (VSRH, I Kž 1013/1992-3).

Isto pravilo, prema kojem je faktična vlast počinitelja uspostavljena tek u trenutku kada ne postoje prepreke odnošenju stvari iz prostora koji je u vlasti dotadašnjeg držatelja stvari, treba primijeniti i u sljedećem primjeru. Radi se o slučaju u kojem je počinitelj, dok su druga dvojica odvlačila pozornost prodavačice, u prodavaonici sam uzeo novčanice iz ladice, nakon čega je prodavačica reagirala te su se u međusobnom potezanju novčanice poderale, a po-

¹¹² Novoselec, P., Sudska praksa, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 1/2002, str. 201, str. 202.

činitelj je otišao iz prodavaonice s raskomadanim dijelovima novčanica. Sud zaključuje da je ovdje riječ o dovršenoj (teškoj) krađi, a ne o pokušaju (teške) krađe, što argumentira na sljedeći način: „Okrivljenik ne uspijeva iz prodavaonice odnijeti tuđe stvari koje imaju nekakovu vrijednost, jer su novčanice prilikom pokušaja uzimanja iz ruku prodavačice oštećene i nemaju nekakvu imovinsku vrijednost. Međutim, nedvojbeno je da je okrivljenik najprije sam uzeo novčanice iz blagajne te je prema tome bio u posjedu novčanica, tj. imao ih je u svojoj vlasti i pretežanju (tzv. teorija aprehenzije). Već je tada djelo izvršeno i u tom trenutku stvari imaju imovinsku vrijednost, a neodlučno je što naknadno prodavačica pokušava stvari vratiti, pri čemu dolazi do oštećenja tih stvari i do njihove neupotrebljivosti“ (ŽS u Koprivnici, IV Kžm 21/2003-2). Stajalište suda da se ovdje radi o dovršenoj krađi nije prihvatljivo. Naime to što je počinitelj nakratko imao novčanice u ruci ne znači da je djelo dovršeno jer je počinitelj morao svladati još nekoliko nezanemarivih prepreka da novčanice uspješno iznese iz prostora (primjerice, spremiti novčanice u džep ili torbu, svladati otpor prodavačice itd.). Pomicanje trenutka zasnivanja držanja (odnosno „posjeda“ ili „pritežanja“, kako to kaže sud) toliko unatrag upitno je čak i s aspekta nemodificirane teorije aprehenzije; to graniči s teorijom kontrektacije, koju naši sudovi nikada nisu prihvaćali.¹¹³

O trenutku zasnivanja držanja nad stvarima koje se nalaze u prostoru pod vlašću dotadašnjeg držatelja stvari sud je raspravljao i u slučaju u kojem su dvojica supočinitelja mimo blagajne u kolicima izvezli ukradenu robu iz trgovačkog centra, pri čemu ih je uočila djelatnica i krenula za njima. Tu su robu potom ukrcali u automobil, gdje je bio i treći supočinitelj, koji je potom odvezao automobil s ukradenom robom. U vezi s time sud je zaključio sljedeće: „Prema činjeničnom opisu izreke prvostupanjske presude jasno proizlazi da je djelatnica oštećenice D. S. pošla za supočiniteljima S. P. i mljt. D. B. sve do automobila u koji je osuđenik B. M. upravo tada žurno sjeo i automobilom odvezao robu, pa je u ovakovoj, konkretnoj situaciji oduzimanje pokretnih stvari dovršeno tek u trenutku odvoženja, jer su tek tada te stvari zauzete od počinitelja, znači, one nisu bile do kraja zauzete već samim izdvajanjem robe s polica i stavljanjem u kolica te dovoženjem do automobila“ (VSRH, III Kr 10/2006-3). U usporedbi s prethodno analiziranom presudom očito je da sud

¹¹³ Upitno je i shvaćanje koje sud iznosi u jednom drugom predmetu, gdje zaključuje da je teška krađa dovršena već samim time što su počinitelji iz tuđe vikendice „uzeli“ četiri tepiha, bez obzira na to što ih zbog nailaska slučajnog prolaznika uopće nisu iznijeli iz prostorije u kojoj su se tepisi dotad nalazili (VSRH, III Kr 189/1996-3). Kada tvrdi da su počinitelji ovdje „barem nakratko“ uspostavili „pritežanje“ nad tepisima, sud zaboravlja da se pojam držanja („pritežanja“) ne iscrpljuje u fizičkom dodirivanju stvari (kontrektaciji), nego obuhvaća i mogućnost utjecaja na stvar kojoj na putu ne stoje nikakve osobite zapreke. Da je kod većih i težih predmeta – među kojima izričito spominje i tepihe – puka aprehenzija nedovoljna, tvrde i npr. Wessels i Hillenkamp (v. Wessels, J., Hillenkamp, T., *op. cit.*, str. 54).

ovdje trenutak zasnivanja novog držanja pomiče u kasniju fazu. S takvom se odlukom valja složiti jer o zasnivanju nove faktične vlasti ne može biti govora sve dok potpuno ne bude prekinuta vlast ranijeg držatelja. Imajući u vidu da je djelatnica trgovačkog centra pokušala sustići kradljivce, o zasnivanju novog držanja (tj. o dovršenju krađe) možemo govoriti tek u trenutku spremanja stvari u automobil i odvoženja automobila. Iz svega toga, dakako, ne proizlazi da sud prihvaća odbačenu teoriju ablacije (ili čak ilacije), nego da pravilno rezonira o trenutku u kojem počinitelj postaje u mogućnosti izvršavati vlast nad stvari, a da ga pritom ne ometa dotadašnji držatelj. U slučajevima krađa većih stvari u samoposlugama takav će trenutak u načelu nastupiti tek s neopaženim prolaskom blagajne, a u slučaju da počinitelj bude opažen, taj moment nastupa još kasnije – kada počinitelj pobjegne sa stvari, pokrene automobil itd.¹¹⁴

Posljednji primjer, u kojem se za dovršenje djela praktički zahtijevalo odvoženje stvari, treba razlikovati od slučaja u kojem je počinitelj „u krugu poduzeća uzeo željeznu traverzu i nosio je oko 500 m u pravcu izlaska iz kruga poduzeća prema mjestu gdje je ostavio parkirani traktor, s namjerom da je iznese iz kruga poduzeća i prisvoji, ali je prije izlaska iz kruga poduzeća zatečen od čuvara i djelatnika policije“ (ŽS u Bjelovaru, KŽ-225/1996).¹¹⁵ Odluku suda da se ovdje radi o dovršenoj krađi valja podržati, jer iako je i ovdje počinitelj naposljetku zatečen s ukradenom stvari, treba imati u vidu da je on traverzu neometano nosio čak petsto metara, čime je onemogućio dotadašnjeg držatelja u izvršenju vlasti nad stvari i stvorio preduvjete da stvar pohrani na sigurno mjesto, što se u konačnici (u periodu nakon formalnog dovršenja krađe) ipak izjalovilo.

¹¹⁴ U njemačkoj se doktrini i praksi vode rasprave o trenutku dovršenja krađe u samoposlugama u slučajevima opaženog spremanja u džep manjih stvari. Sporno je je li takva krađa dovršena već spremanjem stvari u džep (tako vladajuće mišljenje, npr. Maurach, R., Schroeder, F. C., Maiwald, M., *op. cit.*, str. 378; *Münchener Kommentar/Schmitz* § 242., rubni br. 68) ili je prolazak kroz blagajnu uvjet dovršenja i u takvim slučajevima (tako npr. OLG Hamm NJW 61. 328). Kod neopaženog spremanja stvari u džep situacija je jasnija: tu se uzima da je dovršenje nastupilo već samim spremanjem stvari (v. npr. Schönke/Schröder/Eser/Bosch § 242., rubni br. 39). Što se pak tiče velikih predmeta, nije sporno da se za dovršenje krađe u najmanju ruku traži izlazak iz prodavaonice, tj. prolazak pored blagajne, pa čak i kod autora koji su inače skeptični prema približavanju teorije aprehenzije teoriji ablacije (v. npr. Wessels, J., Hillenkamp, T., *op. cit.*, str. 57). Da je trenutak dovršenja krađe ovisan i o veličini stvari, navodi i domaća kaznenopravna teorija (v. npr. Cvitanović, L., *op. cit.*, str. 178).

¹¹⁵ Predmet cit. prema: Šeparović, Z., Kokić, I., *op. cit.*, str. 268-269.

Summary

THE ACT OF TAKING PROPERTY IN THEFT AND OTHER PROPERTY CRIMES

The act of committing criminal offences such as theft, aggravated theft and robbery is legally determined as “taking property”. Despite the exceptional frequency of these crimes in Croatian case law, as well as the significant difficulties about what is mean by “taking property”, this issue has been neglected in Croatian legal scholarship. This paper seeks to shed more light on a set of questions that are essential for understanding the above concept: defining detention, analysing the two elements of detention (possession and volition), co-detention, etc. In the final part of the paper, the act of taking property is broken down into two parts: termination of another’s detention and setting up one’s own detention.