VRHOVNI SUD
REPUBLIKE HRVATSKE

REPUBLIKA HRVATSKA
PRAVOSUDNA AKADEMIJA

NOVINE U KAZNENOM ZAKONODAVSTVU - 2021.

Zbornik radova

Opatija, 20. - 21. svibnja 2021.

Autori:

mr.sc. Marijan Bitanga,
sudac i glasnogovornik Visokog kaznenog suda Republike Hrvatske

Tomislav Brđanović, mag.iur.,
sudac Županijskog suda u Varaždinu

Sanja Katušić Jergović, mag.iur.,
sutkinja Visokog kaznenog suda Republike Hrvatske

Damir Kos, mag.iur.,
sudac Vrhovnog suda Republike Hrvatske

Sani Ljubičić, mag.iur.,
zamjenica Glavne državne odvjetnice Republike Hrvatske

doc.dr.sc. Marin Mrčela,
zamjenik predsjednika Vrhovnog suda Republike Hrvatske i predsjednik Kaznenog odjela Vrhovnog suda Republike Hrvatske

Buga Mrzljak Stenzel, mag.iur.,
sutkinja Općinskog suda u Novom Zagrebu, viša sudska savjetnica na Vrhovnom sudu Republike Hrvatske

Ksenija Pavić, mag.iur.,
zamjenica Glavne državne odvjetnice Republike Hrvatske

Dubravka Škalabrin Šarić, mag.iur.,
sutkinja Općinskog suda u Zadru

Tomislav Tomašić, mag.iur.,
sudac Visokog prekršajnog suda Republike Hrvatske

Dražen Tripalo, mag.iur.,
sudac Vrhovnog suda Republike Hrvatske

Sadržaj

TEŠKA POVREDA PRAVA NA PRAVIČNO SUĐENJE I NJEN ODNOS S DRUGIM POVREDAMA ODREDABA KAZNENOG POSTUPKA U PRAKSI VRHOVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE
Dražen Tripalo, mag.iur. 1

1. O POVREDAMA PRAVILA KAZNENOG POSTUPKA 1
1.1. TEŠKA POVREDA PRAVA NA PRAVIČNO SUĐENJE I NJENO UVOĐENJE U ZKP/08 2
1.2. TEŠKA POVREDA PRAVA NA PRAVIČNO SUĐENJE U PRAKSI VRHOVNOG SUDA 4
1.2.1. POVREDA KONFRONTACIJSKOG PRAVA 4
1.2.2. POVREDA NAČELA JEDNAKOSTI ORUŽJA 7
1.2.3. POVREDA PRAVA NA PRISTUP SUDU 9
1.2.4. POVREDA PRAVA NA BRANITELJA 11
2. O RAZGRANIČENJU TEŠKE POVREDE PRAVA NA PRAVIČNO SUĐENJE OD OSTALIH BITNIH POSTUPOVNIH POVREDA 13
3. UMJESTO ZAKLJUČKA 14

POSTUPOVNI OKVIRI POVLASTICE NESVJEDOČENJA
Damir Kos, mag.iur. 15

1. UVOD 15
2. ZAKONSKI OKVIR 15
3. PROBLEMI U SUDSKOJ PRAKSI 17
3.1. TZV. PRIVILEGIRANI SVJEDOCI ISPITANI PRIJE V NOVELE ZKP/08 17
3.2. PROPUST U UPISIVANJU U SUDSKI ZAPISNIK UPOZORENJA SVJEDOKU I NJEGOVIH ODGOVORA 18
3.3. DOPUŠTENOST ČITANJA ZAPISNIKA O RANIJEM ISPITIVANJU PRIVILEGIRANOG SVJEDOKA IZ ČL. 285. ST. 1. TOČ. 1. DO 3. ZKP/08 19
3.4. PRIVILEGIRANI SVJEDOK I STJECAJ DVAJU KAZNENIH DJELA PRI ČEMU JE JEDNO KAZNENO DJELO KAZNENOPRAVNE ZAŠTITE DJECE 20
3.5. SVJEDOK NA KOGA JE PRENESENA IMOVINSKA KORIST, ČIJE ODUZIMANJE SE PREDLAŽE 20
4. ZAKLJUČNO 21

KAZNENOPRAVNI ASPEKTI NOVIJIH ODLUKA SUDOVA VIJEĆA EUROPE I EUROPSKE UNIJE
doc.dr.sc. Marin Mrčela, Buga Mrzljak-Stenzel, mag.iur. 23

I. ZBIRNI PREGLED ODLUKA EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA DONESENIH U PREDMETIMA PROTIV REPUBLIKE HRVATSKE U 2020. 23
II. PREGLED VAŽNIJIH OBJAVLJENIH ODLUKA ESLJP-A PROTIV REPUBLIKE HRVATSKE IZ 2020. VAŽNIH ZA KAZNENU GRANU SUDOVANJA 24

III. ODLUKE SUDA EUROPSKE UNIJE (DALJE SEU) VAŽNE ZA KAZNENU GRANU SUDOVANJA ... 41
UMJESTO ZAKLJUČKA ... 43

NEZASTARIJEVANJE KAZNENIH DJELA RATNOG PROFITERSTVA I IZ PROCESA PRETVORBE I PRIVATIZACIJE KROZ SUDSKU PRAKSU
Tomislav Brđanović, mag.iur. ... 45

1. UVOD ... 45
2. PROMJENA USTAVA IZ 2010. ... 45
3. ZAKON O NEZASTARIJEVANJU KAZNENIH DJELA RATNOG PROFITERSTVA I KAZNENIH DJELA IZ PROCESA PRETVORBE I PRIVATIZACIJE (NN 57/2011) ... 46
4. ODLUKA VRHOVNOG SUDA RH KŽ-US-94/2013 (OKR. IVO SANADER) ... 47
5. ODLUKA USTAVNOG SUDA RH U-III-4149/2014 (ODLUKA HYPO) ... 48
6. SUDSKA PRAKSA U PRIMJENI ZONKD-RPIPP NAKON ODLUKE HYPO USTAVNOG SUDA RH ... 51
6.1. PRAVOMOĆNE OSUĐUJUĆE PRESUDE ... 52
6.2. PRAVOMOĆNE OSLOBAĐAJUĆE PRESUDE ... 52
6.3. PRAVOMOĆNE ODBIJAJUĆE ODLUKE (PRESUDE I RJEŠENJA) ... 54
6.4. UKIDNE ODLUKE ... 58
7. ZAKLJUČAK ... 61
8. LITERATURA ... 62

PROBLEMATIKA PREDLAGANJA I IZRICANJA SIGURNOSNIH MJERA U KAZNENOM POSTUPKU
Ksenija Pavić, mag.iur. ... 65

DOSADAŠNJA ISKUSTVA I OPAŽANJA DRŽAVNIH ODVJETNIKA ... 67
ZAKLJUČAK ... 71
LITERATURA ... 71

SLAMNATI ČOVJEK
Sanja Katušić Jergović, mag.iur. ... 73

1. UVOD – ZNAČENJE POJMA ... 73
2. UČESTALOST POJAVLJIVANJA SLAMNATOG ČOVJEKA ... 73
3. GDJE OČEKIVATI POJAVU SLAMNATOG ČOVJEKA ... 74
4. KAZNENA ODGOVORNOST I ULOGA STVARNOG VODITELJA POSLOVA I SLAMNATOG ČOVJEKA ... 74
5. SLAMNATI ČOVJEK U TRGOVAČKOM DRUŠTVU ... 76
6. IZ PRAKSE HRVATSKIH SUDOVA ... 77
7. UMJESTO ZAKLJUČKA ... 82
LITERATURA ... 82

SPOLNO UZNEMIRAVANJE, RAZGRANIČENJE PREKRŠAJA I KAZNENOG DJELA
mr.sc. Marijan Bitanga, Dubravka Škalabrin Šarić, mag.iur. ... 83

I. UVOD ... 83
II. PREKRŠAJ DISKRIMINACIJE ... 84
III. KAZNENO DJELO SPOLNOG UZNEMIRAVANJA U KAZNENOM ZAKONU ... 85
IV. ODNOS KAZNENOG DJELA I PREKRŠAJA – OPĆENITO ... 87
V. PREGLED SUDSKE PRAKSE ... 88
1. SPOLNO UZNEMIRAVANJE U PRAKSI EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA ... 88
2. PRAKSA HRVATSKIH SUDOVA GLEDE KAZNENOG DJELA SPOLNOG UZNEMIRAVANJA ... 90
3. PRAKSA HRVATSKIH SUDOVA GLEDE PREKRŠAJNOG DJELA SPOLNOG UZNEMIRAVANJA ... 92

VI. ODNOS KAZNENOG DJELA SPOLNOG UZNEMIRAVANJA PREMA PREKRŠAJNOM DJELU SPOLNOG UZNEMIRAVANJA ... 93
VII. ZAKLJUČAK ... 95
LITERATURA ... 96

NADLEŽNOST UREDA EUROPSKOG JAVNOG TUŽITELJA (EPPO)
Sani Ljubičić, mag.iur. ... 97

I. UVOD ... 97
II. NORMATIVNI I ORGANIZACIJI PREDUVJETI ZA FUNKCIONALNI POČETAK RADA EPPO-a ... 98
PROVEDBA UREDBE U REPUBLICI HRVATSKOJ ... 100
III. NADLEŽNOST EPPO-a I IZVRŠAVANJE NADLEŽNOSTI EPPO-a ... 101
1. MATERIJALNA NADLEŽNOST EPPO-a ... 102
2. IZVRŠAVANJE NADLEŽNOSTI ... 103
2.1. IZVRŠAVANJE NADLEŽNOSTI POKRETANJEM ISTRAGE ... 104
2.2. IZVRŠAVANJE NADLEŽNOSTI PREUZIMANJEM PREDMETA ... 105
PRAVO EPPO-a NA PREUZIMANJE PREDMETA IZ HRVATSKE PERSPEKTIVE ... 107
IV. NAČELO LOJALNE SURADNJE ... 108
1. OBVEZNO I FAKULTATIVNO SAVJETOVANJE ... 109
2. RAZMJENA INFORMACIJA/OBAVIJESTI ... 109
V. ZAKLJUČAK ... 111
POPIS LITERATURE ... 111

„AKTUALNA PRAVNA PITANJA PREKRŠAJA IZ ČLANKA 5. ZAKONA O PREKRŠAJIMA PROTIV JAVNOG REDA I MIRA“
Tomislav Tomašić, mag.iur. ... 113

1. UVOD ... 113
2. PRAVNA PITANJA VEZANA ZA PREKRŠAJ IZ ČL. 5. ST.1. ZAKONA O PREKRŠAJIMA PROTIV JAVNOG REDA I MIRA KOJA SU BILA POVOD PRAVNOG SHVAĆANJA DONESENOG NA SJEDNICI SUDACA VPSRH ... 115
3. JE LI VPSRH POSTUPAO PROTUUSTAVNO I SUPROTNO ODLUKAMA USTAVNOG SUDA RH? ... 119
4. O NAČELU ZAKONITOSTI ... 122
5. TUMAČENJE ČL. 5. ZAKONA O PREKRŠAJIMA PROTIV JAVNOG REDA I MIRA U SKLADU S USTAVOM ... 124
6. ZAKLJUČAK ... 125
LITERATURA ... 126

Dražen Tripalo, mag.iur.*

TEŠKA POVREDA PRAVA NA PRAVIČNO SUĐENJE I NJEN ODNOS S DRUGIM POVREDAMA ODREDABA KAZNENOG POSTUPKA U PRAKSI VRHOVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE

1. O POVREDAMA PRAVILA KAZNENOG POSTUPKA

Pravila kaznenog postupka trebaju, radi ostvarenja cilja tog postupka propisanog odredbom članka 1. stavka 1. Zakona o kaznenom postupku[1] – da nitko nedužan ne bude osuđen, a da se počinitelju kaznenog djela izrekne kazna ili druga mjera uz uvjete koje predviđa zakon – osigurati izricanje zakonite i pravične presude.

Povrede nekih od tih pravila ipak neće negativno utjecati na presudu, posebno one koje su učinjene u prethodnom postupku i koje se mogu „popraviti" u kasnijem stadiju postupka,[2] a niti sve povrede odredaba postupka koje bi bile počinjene na raspravi na kojoj je donesena presuda, naravno, ne predstavljaju nužno razlog njene nevaljanosti kada je očigledno da nisu na nju niti mogle utjecati.[3] Tada je riječ o nebitnim povredama odredaba kaznenog postupka.

S druge strane, neke povrede odredaba kaznenog postupka vjerojatno ili izvjesno kontaminiraju zakonitost i pravičnost presude. One se dijele na apsolutno bitne povrede odredaba postupka kod kojih, zbog njihove težine, uopće nije potrebno ocjenjivati jesu li utjecale ili mogle utjecati na pravilnost presude već njihovo utvrđenje uvijek dovodi do njenog ukidanja ili preinake (dakle, takav njihov utjecaj na manjkavost presude se pretpostavlja i ne samo da ga ne treba utvrđivati, nego nije dopušteno niti ocjenjivati bi li presuda bila jednaka da takva povreda nije počinjena), i one relativno bitne, koje su ostvarene ako se utvrdi barem mogućnost njihovog utjecaja na presudu.

Apsolutno bitne povrede taksativno su nabrojane u članku 468. stavku 1. i stavku 2. ZKP/08. Stavak 1. sadrži 11 točaka u kojima je navedeno više oblika tih povreda koje mogu biti počinjene u tijeku rasprave i prilikom donošenja presude, a ona iz točke 11. ne samo prilikom donošenja presude (nerazumljivost i proturječje izreke) nego i u izradi pisane presude.

Stavak 2. članka 468. ZKP/08. također sadrži dvije apsolutno bitne povrede:

– temeljenje presude na nezakonitom dokazu (članak 10.) i

* Sudac Vrhovnog suda Republike Hrvatske

1 „Narodne novine" broj 152/08., 76/09., 80/11., 121/11. – pročišćeni tekst, 91/12. – Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, 143/12., 56/13., 145/13., 152/14., 70/17. i 126/19.; dalje: ZKP/08.

2 primjerice, zapisnik o ispitivanju svjedoka koji nije valjano upozoren i zbog toga je taj zapisnik nezakonit može biti izdvojen iz spisa, a taj svjedok valjano ispitan na raspravi

3 na primjer, propust predsjednika vijeća da, nakon što je optužnica pročitana, u skladu s odredbom članka 415. stavka 3. ZKP/08. objavi kakvo je očitovanje o optužbi i imovinskopravnom zahtjevu optuženik ranije iznio

– tešku povredu prava na pravično suđenje zajamčenog Ustavom i Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje: povreda prava na pravično suđenje).

Relativno bitne povrede opisane su u stavku 3. članka 468. ZKP/08. kao povrede koje postoje ako sud pri pripremanju rasprave ili u tijeku rasprave ili pri donošenju presude nije primijenio ili je nepravilno primijenio koju odredbu tog Zakona ili je na raspravi povrijedio pravo obrane, a to je utjecalo ili moglo utjecati na presudu. Dakle, i te povrede mogu biti počinjene u tijeku rasprave i prilikom donošenja presude, ali i u stadiju pripremanja rasprave, a ne i prilikom izrade presude.

Kad se razmotri odnos apsolutno bitnih povreda iz stavka 1. članka 468. ZKP/08. i relativno bitnih povreda iz stavka 3. tog članka, uočava se da svaka od povreda iz stavka 1. može biti opisana i kao relativno bitna povreda. Primjerice, točka 1.: nepropisan sastav suda županijskog suda koji bi presudu donio u vijeću sastavljenom od jednog suca i dva suca porotnika u postupku zbog kaznenog djela za koje je propisana kazna dugotrajnog zatvora proizlazi iz povrede odredbe članka 19.d stavka 1. ZKP/08.; točka 2.: sudjelovanje na raspravi suca koji se morao izuzeti predstavljalo bi povredu odredbe članka 32. stavka 1. ZKP/08.; točka 3.: uskrata stranci da se na raspravi služi svojim jezikom bila bi povreda odredaba članka 8. ZKP/08. i tako dalje.

Međutim, nesporno je i da povreda, ako se može podvesti pod neku od apsolutno bitnih povreda odredaba kaznenog postupka iz stavka 1. članka 468. ZKP/08., u drugostupanjskoj odluci tako treba biti i označena, jer bi njeno određenje kao relativne bitne povrede dovelo do potrebe ocjene je li ta povreda utjecala ili mogla utjecati na presudu, a to je, kad se radi o apsolutnoj bitnoj povredi, ne samo suvišno nego i protivno zakonu; kod tih povreda takav je utjecaj, kako je već neoboriva presumpcija. Dakle, oznaka povrede kao apsolutno bitne (barem neke od onih iz stavka 1. članka 468. ZKP/08.) ima prednost pred relativno bitnom povredom.

Pritom je u sudskoj praksi neupitno da za pravnu ocjenu neke povrede počinjene u drugostupanjskom postupku nije odlučna njena pravna oznaka koju žalitelj nudi u žalbi (dakle, je li tu povredu označio kao neku od onih iz članka 468. stavka 1. ZKP/08., ili kao relativno bitnu povredu iz članka 468. stavka 3. ZKP/08.), već je bitno ukazuje li žalitelj obrazloženjem te žalbene osnove na određeno postupanje prvostupanjskog suda koje predstavlja suštinu te povrede, pri čemu je nevažno i je li žalitelj jasno istaknuo odredbu ZKP/08. koju je taj sud povrijedio.[4]

Opisano se ne ukazuje važnim samo s teorijskog aspekta, već to može imati i jasne praktične posljedice: ako bi žalitelj neku povredu opisao i označio kao relativno bitnu, a drugostupanjski sud nađe da se radi o apsolutno bitnoj povredi, prihvatit će žalbu i ukinuti ili, u nekim slučajevima, preinačiti[5] prvostupanjsku presudu.

Međutim, iako se prema žalitelju ne postavlja zahtjev da točno označi i valjano obrazloži žalbenu osnovu, drugostupanjski sud je dužan prilikom odlučivanja o žalbi dati pravilno određenje povrede koja se u žalbi obrazlaže.

Ipak, tom se zahtjevu u sudskoj praksi ne udovoljava uvijek. Stoga će se ovaj rad ograničiti na analizu odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske (dalje: Vrhovni sud) koje se odnose na tešku povredu prava na pravično suđenje, i to upravo s obzirom na njeno razgraničenje od ostalih bitnih povreda odredaba kaznenog postupka.

1.1. TEŠKA POVREDA PRAVA NA PRAVIČNO SUĐENJE I NJENO UVOĐENJE U ZKP/08.

Teška povreda prava na pravično suđenje unesena je među apsolutno bitne povrede odredaba kaznenog postupka Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o kaznenom postupku iz 2013.,[6] dakle, velikom Novelom ZKP/08. kojoj je osnovni cilj bio usklađivanje tog Zakona s Ustavom Republike Hrvatske[7] koje je

[4] Tako će drugostupanjski sud prihvatiti žalbu u kojoj je osnovano ukazano na nepostojanje neke od zakonskih osnova za isključenje javnosti s rasprave i ukinuti prvostupanjsku presudu zbog počinjenja apsolutno bitne povrede odredaba kaznenog postupka iz članka 468. stavka 1. točke 4. ZKP/08. čak i ako je žalitelj naveo da je počinjena povreda iz članka 468. stavka 3. u vezi s člankom 388. ZKP/08., ali i ako on uopće nije naznačio o kojoj od tih povreda bi se radilo.

[5] u slučaju povreda iz članka 468. stavka 1. točka 5., 9. i 10. ZKP/08.

[6] „Narodne novine“ broj 145/13.

[7] „Narodne novine“ br. 56/90., 135/97., 8/98. – pročišćeni tekst, 113/00., 124/00. – pročišćeni tekst, 28/01., 41/01. – pročišćeni tekst, 55/01. – ispravak, 76/10., 85/10. – pročišćeni tekst

svojom Odlukom od 19. srpnja 2012. broj Broj: U-I-448/2009 naložio Ustavni sud Republike Hrvatske (dalje: Ustavni sud).

Međutim, navedena Odluka Ustavnog suda nije ukazala na potrebu uvođenja takve nove žalbene osnove, već je njeno uvođenje proizašlo iz prepoznavanja činjenice da praksa Europskog suda za ljudska prava (dalje: ESLJP), koja predstavlja izvorište tumačenja europske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda,[8] kao i praksa Ustavnog suda iz koje proizlazi mjerodavno tumačenje Ustava, autonomno određuju doseg pojma pravičnog suđenja, određujući njegove standarde koji nisu uvijek u potpunosti zajamčeni odredbama ZKP/08.

Primjer za to je presuda ESLJP od 25. travnja 2013. u predmetu *Zahirović protiv Hrvatske* (zahtjev br. 58590/11) kojom je utvrđena povreda članka 6. stavaka 1. i 3. točke c) Konvencije zbog toga što Vrhovni sud podnositelju nije osigurao podnositeljevu nazočnost na sjednici drugostupanjskog vijeća i time ga uskratio u pravu „sam se osobno braniti", iako prema tada važećim odredbama ZKP/08. to nije niti bio dužan učiniti.[9]

Ova nova žalbena osnova smještena je u stavak 2. članka 468. ZKP/08. koja se do tada odnosila samo na nezakonite dokaze.[10]

Dvojbeno je proizlazi li iz takve sistematizacije bitnih povreda odredaba kaznenog postupka i njihova hijerarhija, odnosno znači li pozicioniranje povrede prava na pravično suđenje u stavak 2. članka 468. ZKP/08. da je ona supsidijarna u odnosu na (ostale) apsolutno bitne povrede iz stavka 1. tog članka, ali da ima prednost pred relativno bitnim povredama iz stavka 3. članka 468. ZKP/08. (kakav prioritet u odnosu na relativno bitne imaju, kako je ranije navedeno, apsolutno bitne povrede iz stavka 1.).

Naime, ne bi se baš sve apsolutno bitne povrede iz stavka 1. članka 468. ZKP/08. mogle istovremeno podvesti i pod povredu prava na pravično suđenje,[11] a izvjesno je i da značajan dio relativno bitnih povreda ne dovodi do teške povrede prava na pravično suđenje. Kad bi bilo suprotno, i stavak 1. i stavak 3. članka 468. ZKP/08. bili bi – naravno, samo s aspekta obrane – potpuno suvišni jer bi tada za ostvarenje pravičnosti postupka bilo dostatno propisati kao (jedinu) bitnu povredu odredaba kaznenog postupka samo povredu prava na pravično suđenje.[12]

Upravo iz ovoga proizlazi i pravi smisao uvođenja te povrede u naš pravni sustav: ona bi trebala biti „osigurač" pravičnosti postupka čija primjena bi bila opravdana samo kada preostale odredbe o (svim drugim) bitnim povredama odredaba kaznenog postupka ne bi mogle ostvariti taj zahtjev, a to bi trebala jamčiti i obveza drugostupanjskog suda da na tu povredu pazi po službenoj dužnosti. Dakle, propisivanje povrede prava na pravično suđenje kao apsolutno bitne povrede odredaba kaznenog postupka ima prvenstveno zaštitnu funkciju iz koje proizlazi i njena supsidijarnost: za njom bi trebalo posezati samo ako nema uvjeta za utvrđenje neke druge povrede.

Međutim, iz prakse sastavljanja žalbi proizlazi upravo suprotno: može se uočiti da žalitelji većinu povreda odredaba kaznenog postupka podvode upravo pod ovu žalbenu osnovu iz članka 468. stavka 2. ZKP/08. (pri čemu često opširno citiraju i praksu Ustavnog suda i ESLJP).

Osim toga, niti iz odluka Vrhovnog suda koje će biti analizirane ne proizlazi uvijek da je uočena jasna distinkcija između te i drugih postupovnih povreda.

---

[8] „Narodne novine – međunarodni ugovori" broj 18/97., 6/99., 8/99. – ispravak, 14/02., 13/03., 9/05., 1/06. i 2/10, dalje: Konvencija

[9] Ta presuda izravno je utjecala i na izmjenu odredaba članka 475. ZKP/08.

[10] Pritom treba istaknuti da je nejasno zbog čega je temeljenje presude na nezakonitom dokazu, koje je u Zakonu o krivičnom postupku („Narodne novine" broj 52/91., 34/93., 38/93. i 28/96.) bilo navedeno kao apsolutno bitna povreda u točki 8. članka 354., u Zakon o kaznenom postupku iz 1997. („Narodne novine" broj 110/97., 27/98., 58/99., 112/99., 58/02., 143/02. i 115/06.) kao zasebna takva povreda smješteno u stavak 2. članka 367., a takva njena sistematizacija „prepisana" je i u ZKP/08.

[11] Primjerice, nema argumenata za zaključak da bi čitanje izvoda iz kaznene evidencije nakon ispitivanja optuženika koji se o optužbi očitovao na način da se ne smatra krivim predstavljalo tešku povredu prava na pravično suđenje, ali je nedvojbeno da bi takvo postupanje predstavljalo apsolutno bitnu povredu odredaba kaznenog postupka iz članka 468. stavka 1. točke 8. ZKP/08.

[12] Dakako, to bi značajno i otežalo posao instancionom sudu, jer bi u svakom predmetu trebao ispitivati sve moguće povrede postupka i ocjenjivati jesu li one dovele do nepravičnosti postupka u cjelini. Ipak, treba biti svjestan da bi takvo propisivanje moglo dovesti do arbitrarnosti uslijed mogućih različitih tumačenja povreda prava na pravično suđenje, a upravo izbjegavanje arbitrarnosti jedan je od važnijih ciljeva tog prava.

1.2. TEŠKA POVREDA PRAVA NA PRAVIČNO SUĐENJE U PRAKSI VRHOVNOG SUDA

Najveći dio odluka Vrhovnog suda u kojima je utvrđena povreda prava na pravično suđenje odnos se na:
- povredu konfrontacijskog prava
- povredu načela jednakosti oružja
- povredu prava na pristup sudu
- povredu prava na branitelja.

1.2.1. POVREDA KONFRONTACIJSKOG PRAVA

Pravo ispitati (ili dati ispitati) svjedoke optužbe (takozvano „konfrontacijsko pravo") jedno je od temeljnih prava obrane koja pripadaju osobi optuženoj za kazneno djelo i ono je izrijekom proklamirano prvim dijelom odredbe članka 29. stavka 2. alineje 6. Ustava kao i članka 6. stavka 3. točke d) Konvencije. Mogućnost njegovog konzumiranja je, prema praksi ESLJP, pretpostavka ostvarenja „nadzakonskog" načela pravičnog postupka.

Smisao konfrontacijskog prava sastoji se prvenstveno u tome da se optuženiku omogući svjedoku optužbe postavljati pitanja kojima će on moći provjeriti ili staviti na kušnju pouzdanost i istinitost iskaza koji ga tereti.

Ovo pravo u jednome njegovom segmentu razrađuje i ZKP/08., ograničavajući dokaznu snagu iskaza svjedoka koji nije konfrontiran (dakle, kojega optuženik nije imao priliku ispitati) jer u dvije odredbe (članak 431. stavak 2. ZKP/08.,[13] ali i članak 411. stavak 4. tog Zakona[14]) propisuje da se na takvom iskazu ne može isključivo ili u odlučujućoj mjeri temeljiti osuđujuća presuda. Ovakvom jasnom zabranom ZKP/08. je, u segmentu konfrontacijskog prava koji se odnosi na svjedoke, postavio puno više standarde zaštite tog prava obrane od onih koji proizlaze iz prakse ESLJP.

Pritom treba naglasiti da ESLJP daje i autonomno tumačenje pojma „svjedoka optužbe" koji, prema praksi tog Suda, obuhvaća i suoptuženika koji svojim iskazom tereti drugog suoptuženika. ZKP/08., međutim, ne sadrži odredbu koja bi, kao što je to propisano za nekonfrontirani iskaz svjedoka, ograničavala dokaznu snagu ranijeg iskaza suoptuženika kojega optuženik nije imao priliku ispitati (bilo zbog toga što je taj iskaz pročitan zbog smrti suoptuženika ili zato što suoptuženik na raspravi ne želi iskazivati ili ne želi odgovarati na pitanja optuženika).

Iako se opisane situacije u praksi ESLJP izjednačavaju, opisana zakonska regulativa nameće različiti pristup pri ocjeni žalbenih osnova u slučajevima povrede konfrontacijskog prava, ovisno o tome je li to pravo optuženiku uskraćeno u odnosu na svjedoka ili u odnosu na suoptuženika.

Naime, ako optuženik nije imao mogućnost ispitati suoptuženika (koji ga tereti), potrebno je ocijeniti je li time došlo do povrede konfrontacijskog prava koja predstavlja povredu prava na pravično suđenje, i to prema mjerilima ustanovljenima u prakse ESLJP (sve to upravo zato što ZKP/08. ne propisuje ograničenje dokazne snage nekonfrontiranog iskaza suoptuženika).

Ako se, pak, radi o povredi optuženikovog prava da ispita svjedoke, trebalo bi biti dostatno samo ispitati temelji li se osuda, suprotno odredbama članka 411. stavka 4. i članka 431. stavka 2. ZKP/08., isključivo ili u odlučujućoj mjeri na takvom nekonfrontiranom iskazu. Ovo zbog toga što bi se, primjenom standarda koje je u ovom pitanju postavio ESLJP, osim primjene pravila *„sole or decisive rule"*, trebalo ocjenjivati i je li za nepristup svjedoka postojao opravdani razlog, kao i jesu li, s obzirom na postupak u cjelini, ostvarene sastavnice protuteže, a to bi suzilo mogućnost utvrđenja ove povrede u odnosu na one propisane navedenim odredbama ZKP/08.

U više je odluka Vrhovnog suda utvrđena povreda prava na pravično suđenje jer se osuda temeljila na nekonfrontiranom iskazu suoptuženika, pa je tako u odluci Vrhovnog suda broj I Kž 131/2018-6 od 2. srpnja 2019. navedeno:

---

[13] „Ako dokazna radnja ispitivanja svjedoka ili vještaka nije provedena na način propisan člankom 234. i 235. ovog Zakona, ti se zapisnici mogu pročitati, ali se samo na tim zapisnicima ne može isključivo ili u odlučujućoj mjeri temeljiti osuđujuća presuda."

[14] „Ako svjedok ili vještak nije ispitan na način propisan člankom 234. i 235. ovog Zakona u zapisnik se unosi iskaz tako da se prikaže njegov bitan sadržaj. Na raspravi se može pročitati raniji iskaz ili dio iskaza tako ispitanog svjedoka ili vještaka u dijelu koji sadrži odstupanja odnosno reproducirat će se snimka takvog iskaza. Na takvom iskazu ne može se isključivo ili u odlučujućoj mjeri temeljiti osuđujuća presuda."

„Optuženi J.Š. je u pravu i kada u svojoj žalbi ističe da je u pobijanoj presudi u odnosu na njega ostvarena i bitna povreda odredaba kaznenog postupka iz čl. 468. st. 2. ZKP/08. jer mu je teško povrijeđeno pravo na pravično suđenje zajamčeno čl. 29. Ustava Republike Hrvatske (…) i čl. 6. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (…).
Naime, iz obrazloženja pobijane presude proizlazi da prvostupanjski sud zaključak o kaznenopravnoj odgovornosti optuženog J.Š., dakle poticatelja, za poticanje optuženog B.V. na počinjenje kaznenog djela opisanog pod ovom točkom izreke pobijane presude temelji na obrani optuženog B.V. iz prethodnog postupka (…), koja obrana predstavlja nekonfrontirani dokaz budući da tom ispitivanju nisu bili prisutni ni optuženi J.Š. ni njegov branitelj, a kako optuženi B.V. na raspravi pred prvostupanjskim sudom to nije ponovio, a naveo je da će odgovarati samo na pitanja svog branitelja (…), time je obrani optuženog J.Š. posve uskraćena mogućnost preispitivanja takvog dokaza na kojem se u odnosu na njega temelji osuđujuća presuda u ovom dijelu.
Uzevši u obzir sve prethodno izneseno, trebalo je prihvatiti žalbe optuženog J.Š. i optuženog B.V. i pobijanu presudu ukinuti i u tom dijelu i to u odnosu na obojicu ovih optuženika te predmet uputiti prvostupanjskom sudu na ponovno suđenje i odluku.“

Slično je zaključeno i u odluci Vrhovnog suda I Kž 174/2017-4 od 22. ožujka 2018.:

„Međutim, u pravu je optuženi R.Z. kada tvrdi da je u postupku došlo do povrede prava na pravično suđenje time što se pobijana presuda u odnosu na njegov identitet temelji isključivo na obrani optuženog Z.P. danoj pred Vojnim sudom u B. 22. siječnja 1992., pri čemu prilikom iznošenja te obrane nisu bili nazočni niti optuženi R.Z. niti njegov branitelj, a ta je obrana pročitana na raspravi održanoj pred Županijskim sudom u O. 12. srpnja 2016. bez pozivanja na neki konkretni zakonski članak kao temelj čitanja navedene obrane.
Budući da, osim obrane optuženog Z.P. dane pred Vojnim sudom u B., kada optuženi R.Z., u spisu predmeta nema drugih dokaza, bilo personalne, bilo materijalne prirode, koji bi potvrdili identitet upravo optuženog R.Z. kao druge osobe koja je nad oštećenom R.G. izvršila nasilni spolni odnošaj (…), ocjena je ovog suda da se na takvom dokazu ne može temeljiti osuđujuća presuda. Naime, smisao konfrontacijskog prava zajamčenog člankom 6. stavkom 3. točkom d Konvencije i člankom 29. stavkom 2. alinejom 6. Ustava Republike Hrvatske (…) je u tome da se optuženiku dade mogućnost da postavljanjem pitanja svjedocima optužbe i onima obrane pod jednakim uvjetima provjeri ili stavi na kušnju pouzdanost i istinitost njihovih iskaza. Ono kao takvo predstavlja jedan vid konkretizacije načela kontradiktornosti kao općeg elementa pravičnog postupka, a do punog izražaja dolazi u tijeku rasprave. To znači da obrani barem u jednom stadiju kaznenog postupka, a osobito na raspravi, mora biti omogućeno ispitati osobu koja je dala izjavu u prilog optužbe, i to bez obzira je li to osoba svjedoka ili suoptuženika. Budući da u konkretnoj situaciji tvrdnje optužbe o identitetu optuženog R.Z. proizlaze samo iz obrane suoptuženog Z.P. dane pred Vojnim sudom u B., dok na raspravi zbog činjenice da im se obojici sudi u odsutnosti niti jedan od optuženika nije bio ispitan, zasnivanjem osuđujuće presude samo na takvom dokazu bilo bi povrijeđeno pravo optuženog R.Z. na pravičan postupak. Stoga je iz tog razloga trebalo prihvatiti žalbu optuženog R.Z. i ukinuti pobijanu presudu.“

Međutim, prilikom obrazlaganja povrede konfrontacijskog prava u situacijama kad optuženik nije imao mogućnost ispitati svjedoka (a ne suoptuženika), često se ukazuje i na odredbe članka 431. stavka 2. i članka 411. stavka 4. ZKP/08., čime se sugerira počinjenje i relativno bitne povrede odredaba kaznenog postupka iz članka 468. stavka 3. u vezi s nekom od tih odredaba ZKP/08.

Tako je u odluci Vrhovnog suda broj I Kž 265/16-9 od 22. prosinca 2016. navedeno:

„U pravu je optuženik kada u svojoj žalbi ističe bitnu povredu odredaba kaznenog postupka iz čl. 468. st. 2. ZKP/08, koja je počinjena kao posljedica povrede konfrontacijskog prava kao sastavnice prava na pravično suđenje, sadržanog u čl. 29. st. 2. al. 6. Ustava Republike Hrvatske (…), i čl. 6. st. 3. (d) Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (…).
Naime, da bi se radilo o povredi konfrontacijskog prava, koje optuženiku, između ostalog, jamči i pravo na ispitivanje svjedoka optužbe, osuđujuća presuda se mora temeljiti isključivo ili u odlučujućoj mjeri na iskazu svjedoka kojeg obrana nije bila u mogućnosti ispitati, što je u cijelosti protivno odredbi čl. 431. st. 2. ZKP/08 koja izričito propisuje da, ako je dokazna radnja ispitivanja svjedoka ili vještaka provedena protivno odredbama čl. 234. i 235. ZKP/08, ti se zapisnici na raspravi mogu pročitati, ali se na istima ne može isključivo ili u odlučujućoj mjeri temeljiti osuđujuća presuda.

U konkretnom slučaju došlo je upravo do navedenih povreda jer je prvostupanjski sud svoju osuđujuću presudu utemeljio gotovo isključivo ili bar u odlučujućoj mjeri na iskazima svjedoka D.H. i M.P. koje su dali prilikom provođenja dokaznih radnji ispitivanja pred policijskim istražiteljima na zahtjev državnog odvjetnika, a u odsutnosti optuženika i njegovog branitelja, pa mada u tom trenutku nije bilo povrijeđeno pravo optuženika na pravično suđenje jer su ti svjedoci kasnije ispitani i na raspravi, dakle u kontradiktornom postupku gdje su odgovarali na postavljena pitanja obrane, iskazi na raspravi bili su u cijelosti proturječni iskazima danim u prethodnom postupku, te unatoč tome što su im ti raniji iskazi bili predočeni, svjedoci su u cijelosti ostali kod svojih iskaza danih na raspravi.

Naime, svjedoci D.H. i M.P. prilikom provođenja dokaznih radnji pred policijskim istražiteljima identificirali su optuženika M.T. kao počinitelja predmetnih kaznenih djela, da bi nakon toga, već prilikom ispitivanja pred državnim odvjetnikom te na raspravi, u cijelosti odustali od terećenja optuženika, tj. izmijenili svoje iskaze.

Kako nitko od ostalih brojnih ispitanih svjedoka nije identificirao optuženika M.T. (koji poriče kaznena djela) kao počinitelja tih kaznenih djela, to je prvostupanjski sud ovu odlučnu činjenicu propustio utvrditi na adekvatan i zakonit način, jer je svoju presudu utemeljio na iskazima svjedoka kao nekonfrontiranim dokazima, što je suprotno odredbi čl. 411. st. 4. ZKP/08 pa je na taj način, kako to pravilno ističe optuženik u svojoj žalbi, povrijeđeno ustavno i konvencijsko pravo optuženika na pravično suđenje, što je u skladu s praksom Europskog suda za ljudska prava, a time je ostvarena i bitna povreda odredaba kaznenog postupka iz čl. 468. st. 2. ZKP/08."

U odluci Vrhovnog suda broj I Kž 414/16-7 od 10. listopada 2016. nije izražen jasan stav o tome koja od povreda iz članka 468. ZKP/08. (ona iz stavka 2. ili ona iz stavka 3. u vezi s člankom 431. stavkom 1. tog Zakona) je počinjena:

„… [O]ptuženik s pravom upire na iskaz svjedoka A.B. Žalitelj pogrešno smatra da je ispitivanje tog svjedoka koje je obavio državni odvjetnik nezakonito jer obrana nije prisustvovala tom ispitivanju. To je pogrešno jer državni odvjetnik u istrazi smije ispitivati svjedoke bez prisutnosti obrane i takvo postupanje je zakonito. Drugo je pitanje uporabe tog iskaza na raspravi i njegovog korištenja pri utvrđivanju činjenica odlučnih za osudu. Žalitelj upire i na to, odnosno na povredu konfrontacijskog prava okrivljenika sadržanog u članku 29. stavku 2. podstavku 6. Ustava Republike Hrvatske, članku 6. stavku 3. d) Europske konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda te djelomično i u članku 64. stavku 1. točki 10) ZKP/08.

Iz stanja spisa razvidno je da je svjedok A.B. svjedok po čuvenju, da ga je u istrazi ispitao državni odvjetnik bez prisutnosti obrane i da je u tom iskazu svjedok iznosio okolnosti koje mogu biti tumačene kao usmjeravajuće u odnosu na krivnju optuženog M.O. Svjedok je ispitan i na raspravi na kojoj je iskazivao drugačije, a taj raspravni iskaz „raspravni sud je cijenio neistinitim" (stranica 12, prvi odlomak odozdo pobijane presude). Kasnije u presudi prvostupanjski sud navodi: „Da je I optuženik M.O. počinitelj kaznenog djela ubojstva oštećenika I.K., proizlazi i iz iskaza svjedoka A.B. …" (stranica 17, treći odlomak odozdo). Prema tome, prvostupanjski je sud osudu temeljio i na iskazu svjedoka A.B. kojeg je on dao državnom odvjetniku bez prisutnosti obrane (tzv. nekonfrontirani iskaz) jer na raspravi svjedok nije ponovio dijelove iz istrage koji mogu biti tumačeni kao indicije optuženikove krivnje.

Za tu pravnu situaciju odlučna je odredba članka 431. stavka 2. ZKP/08. Prema toj odredbi, zapisnik s nekonfrontiranim iskazom svjedoka može biti pročitan na raspravi, „ali se samo na tim zapisnicima ne može isključivo ili u odlučujućoj mjeri temeljiti osuđujuća presuda". Ovdje je razvidno da se osuda ne temelji isključivo na nekonfrontiranom iskazu svjedoka A.B. No, iz pobijane presude nije razvidno koju težinu prvostupanjski sud daje nekonfrontiranom iskazu svjedoka, odnosno je li taj njegov iskaz odlučujući za osudu ili je osuda moguća i bez tog iskaza. Zato žalitelj, za sada s pravom, upire na povredu konfrontacijskog prava. Doduše, žalitelj smatra da bi čitanje tog iskaza bilo nezakonito, ali tu nije u pravu. Članak 431. stavak 2. ZKP/08. je jasan. Čitanje nekonfrontiranog iskaza je dopušteno, ali temeljenje osude isključivo ili u odlučujućoj mjeri na tako pročitanom nekonfrontiranom iskazu je zabranjeno. Takvo čitanje služi, dakle, za predočavanje na raspravi tog ranijeg iskaza sukladno članku 426. ZKP/08. Po logici stvari, predočiti neki dokaz je moguće samo ako se raspravno vijeće prije toga upozna sa sadržajem dokaza koji se predočava. Daljnje korištenje nekonfrontiranog iskaza ovisi o rezultatima predočavanja odnosno o raspravnom iskazu svjedoka nakon što mu je predočen raniji nekonfrontirani iskaz. Načelno, ako svjedok na raspravi ponovi sadržaj nekonfrontiranog iskaza kojim tereti okrivljenika, onda taj iskaz na raspravi tada sadrži terećenje okrivljenika te se smije koristiti za osudu jer se raspravno ispitivanje provodi uz poštivanja konfrontacijskog prava okrivljenika. Ako na raspravi svjedok

„povuče" svoj nekonfrontirani iskaz, odnosno ako na raspravi ne tereti okrivljenika, onda se raniji nekonfrontirani iskaz ne smije koristiti za osudu (članak 431. stavak 2. ZKP/08.), a prvostupanjski sud se mora osloniti na raspravni iskaz tog svjedoka. O ovome prvostupanjski sud očito nije vodio računa, a na to upire i žalitelj. Zato će u ponovljenom postupku prvostupanjski sud ispitati svjedoka A.B. te voditi računa o ovdje navedenom.

I odluka Vrhovnog suda broj I Kž-Us 54/2015-8 od 19. prosinca 2018. sugerira ostvarenje obje povrede (i one iz članka 468. stavka 2. i one iz članka 468. stavka 3. u vezi s člankom 431. stavkom 2. ZKP/08.):

„Stoga s pravom optuženi I.K. u žalbi ističe da je prvostupanjski sud čitanjem nekonfrontiranih iskaza svjedokinja K. i F., koje optuženik nije imao prilike ispitati, a na kojima se u odlučujućoj mjeri temelji osuđujuća presuda za kaznena djela primanja mita iz članka 293. stavka 1. KZ/11., povrijedio odredbu članka 431. stavka 2. ZKP/08. te ujedno povrijedio ustavno i konvencijsko pravo optuženika da ispituje ili dade ispitati svjedoke optužbe, čime je, u odnosu na kaznena djela iz točki 1. i 2. izreke pobijane presude, ostvarena bitna povreda odredaba kaznenog postupka iz članka 468. stavka 2. ZKP/08."

1.2.2. POVREDA NAČELA JEDNAKOSTI ORUŽJA

U više je odluka Vrhovnog suda utvrđena povreda prava na pravično suđenje zbog odbijanja svih ili gotovo svih dokaznih prijedloga obrane koje je dovelo do povrede načela jednakosti oružja. Pritom treba naglasiti da to načelo nije izrijekom propisano u ZKP/08.,[15] a niti razrađeno kao što je to djelomično učinjeno s konfrontacijskim pravom, već se ono izvodi iz prava optuženika da se da se osigura nazočnost i ispitivanje svjedoka obrane pod istim uvjetima kao i svjedoka optužbe (drugi dio odredbe članka 6. stavka 2. točka d) Konvencije, odnosno članka 29. stavka 2. alineje 6. Ustava).

Detaljno obrazloženje suštine ovog oblika te povrede sadržano je u odluci Vrhovnog suda broj I Kž-Us 170/15-8 od 12. rujna 2017.:

„Osnovano tvrdi optuženik u svojoj žalbi da je prvostupanjski sud počinio bitnu povredu iz čl. 468. st. 2. ZKP/08 time što je teško povrijeđeno pravo na pravično suđenje zajamčeno Ustavom i Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Naime, optuženik poričući počinjenje oba kaznena djela, brani se na način da tvrdi da su s njime na teren izlazili i policijski vježbenici koji su na terenu ispunjavali i ispisivali obavezne prekršajne naloge i novčane kazne te tvrdeći da su oni sačinjavali i izviješća o radu, a što da je on samo potpisivao. Radi provjere navoda njegove obrane na raspravi održanoj 20. studenog 2015. godine predložio je kao jedine dokazne prijedloge obrane ispitivanje u svojstvu svjedoka F. B., A. P., M. R., D. P., M. M. i M. G. Prvostupanjski sud je odbio sve dokazne prijedloge za ispitivanjem svjedoka koje je predložio optuženik, obrazloživši to u obrazloženju prvostupanjske presude tvrdnjom da se radi o dokaznom prijedlogu usmjerenom na odugovlačenje postupka, jer da ove svjedoke obrana nije predložila niti na pripremnom ročištu niti na prethodnoj raspravi. Također sud navodi, ali samo u odnosu na dva predložena svjedoka (F. B. i M. G.) od ukupno predloženih šest svjedoka, da oni prema spisu dostupnoj dokumentaciji nisu bili sa optuženikom na terenu u dane kada je inkriminirano počinjenje kaznenog djela.

Ovakvim postupanjem prvostupanjskog suda teško je povrijeđeno pravo obrane na pravično suđenje zajamčeno Ustavom i Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Točno je da prvostupanjski sud nema zakonsku obavezu provođenja svakog dokaznog prijedloga kako ga predloži obrana i ima pravo odbiti dokazne prijedloge kada utvrdi da su ispunjene pretpostavke iz čl. 421. st. 1. ZKP/08. Međutim, u konkretnoj situaciji sud se u obrazloženju odbijanja dokaznih prijedloga poziva na tvrdnju da se radi o odugovlačenju postupka, iako iz spisa predmeta proizlazi da optuženik nije došao samo na jednu raspravu (…uz ispriku medicinskom dokumentacijom), ali koja rasprava je sa dva raspravna dana pred istim vijećem, unatoč njegovom nedolasku održana unutar rokova koji nisu zahtijevali ponovno započinjanje rasprave (…). Problematiziranje trenutka iznošenja dokaznih prijedloga koji bi trebali potvrditi navode obrane potpuno je promašeno jer prekluzija predlaganja dokaza ne postoji, a sam zakon kao pravilo u čl. 419. st. 5.

[15] Čak niti pri nabrajanju prava okrivljenika u članku 64. stavku 1. ZKP/08. ne razrađuje se, već se u točki 9. samo konstatira njegovo pravo „predlagati dokaze".

ZKP/08 navodi da će dokazi obrane biti izvođeni nakon dokaza optužbe, čime se ne dovodi u pitanje pravo predlaganja dokaza obrane u trenutku koji oni ocjene pogodnim za samu obranu.
Nastavno, kako se radi o odbijanju svih dokaza predloženih po obrani kojima je obrana željela osporiti navode optužne i potvrditi navode obrne (tvrdnja da su blokove i izvješća pisali vježbenici), to odbijanje dokaznih prijedloga kako je učinjeno od prvostupanjskog suda, prema pravnim standardima izraženim u brojnim odlukama Europskog suda za ljudska prava te odlukama Ustavnog suda Republike Hrvatske dovodi u pitanje pravičnost postupka vođenog protiv optuženog Z.G. Naime, kod odlučivanja suda o dokaznim prijedlozima, osobito dokaznim prijedlozima obrane, sud mora voditi računa o drugom dijelu konfrontacijske klauzule sadržane kako u Konvenciji o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda tako i u Ustavu Republike Hrvatske tj. pravu da se „osigura prisustvo i ispitivanje svjedoka obrane pod istim uvjetima kao i svjedoka optužbe" (jednakost oružja; Polyakov v. Russia, Topić v. Croatia,). Odbijanje baš svih dokaznih prijedloga obrane kojima se nastoji učiniti vjerojatnom iznesena obrana evidentno dovodi do povrede načela pravičnog postupka, čime je ostvarena bitna povreda iz čl. 468. st. 2. ZKP/08, zbog čega se drugostupanjski sud nije mogao upustiti u ispitivanje ostalih žalbenih osnova, već je prvostupanjsku presudu ukinuo. Uslijed ovakve odluke žalba državnog odvjetnika zbog odluke o kazni postala je bespredmetna."

U odluci Vrhovnog suda broj I Kž 223/2016-4 od 15. veljače 2018. navedeno je da neobrazlaganje odbijanja dokaznih prijedloga obrane predstavlja relativno bitnu povredu odredaba kaznenog postupka (dakle, onu iz članka 468. stavka 3. – i to očigledno u vezi s člankom 459. stavka 5. ZKP/08.), ali je kasnije rečeno i da je povrijeđeno i pravo na pravično suđenje pa se ne može zaključiti koja od tih povreda (ili neka treća) je bila osnovom ukidanja prvostupanjske presude:

„U pravu je optuženik kada u žalbi navodi da je ostvarena bitna povreda odredaba kaznenog postupka iz čl. 468 st. 3 ZKP/08, s navodom da je prvostupanjski sud odbio dokazne prijedloge obrane bez obrazloženja čime je povrijedio pravo obrane, a to je moglo utjecati na presudu. Uvidom u zapisnik s rasprave (…) utvrđeno je da je raspravno vijeće donijelo rješenje o odbijanju šest dokaznih prijedloga obrane bez ikakvog obrazloženja, dakle protivno odredbi čl. 421 st. 2 ZKP/8. Naime, odredba čl. 421 st. 1 t. 1 do 4 ZKP/08 taksativno navodi sve razloge zbog kojih će sud odbiti provođenje predloženih dokaza, pa je razlog ili više razloga dužan u skladu s odredbom čl. 421 st. 2 ZKP/08 obrazložiti. Čak štoviše, sud prvog stupnja niti u obrazloženju presude nije uopće naveo da su određeni dokazni prijedlozi obrane odbijeni, pa su na taj način i u presudi sasvim izostali razlozi o odbijanju provođenja tih dokaza, zbog čega je postupljeno protivno odredbi čl. 459 st. 5 ZKP/08. Tu je potrebno također istaknuti, da je obrana pri predlaganju provođenja dokaza navela okolnosti i činjenice na koje predlaže njihovo provođenje, pa je izostankom obrazloženja rješenja o odbijanju tih dokaznih prijedloga grubo povrijeđeno pravo obrane, a time i pravo na pravično suđenje."

I odluka Vrhovnog suda I Kž 41/2021-8 od 24. ožujka 2021. utvrđuje povredu načela jednakosti oružja, ali istovremeno spominje i „povredu prava na obranu", čime se sugerira i relativno bitna povreda odredaba kaznenog postupka iz stavka 3. članka 468. ZKP/08., ali bez upućivanja na odredbu tog Zakona koja bi bila povrijeđena:

„Ostvarena i daljnja bitna povreda odredaba kaznenog postupka na koju ukazuje optuženik, jer je prvostupanjski sud odbio gotovo sve dokazne prijedloge obrane i na taj način povrijedio načelo „jednakosti oružja", čime optuženik upire na bitnu povredu odredaba kaznenog postupka iz čl. 468. st. 2. ZKP/08., jer da mu je teško povrijeđeno pravo na pravično suđenje zajamčeno Ustavom i Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.
Naime, prvostupanjski sud je prihvatio samo jedan dokazni prijedlog obrane, da se sasluša kao svjedok V.N. te da se na raspravi ispitaju vještaci koji su nalaze i mišljenja dali u državnoodvjetničkoj istrazi na zahtjev državnog odvjetnika, pa se stoga ti prijedlozi ne mogu tretirati kao prijedlozi obrane. Svi ostali prijedlozi su odbijeni, prije svega prijedlog za saslušanjem svjedoka I.N. i S.N., sina i supruge optuženika, za koje žalba ukazuje vjerojatnim da su mogli vidjeti nešto od samog događaja na licu mjesta. Prihvaćanjem barem nekih od prijedloga obrane za provođenjem dokaza optuženiku bi se pružila prilika da pokuša osporiti tijek događaja, kako ga je postavio državni odvjetnik.
Stoga je u pravu optuženik da mu je povrijeđeno i pravo na obranu, što s povredom prava na „jednakost oružja" čini bitnu sastavnicu prava na pravično suđenje, koje podrazumijeva vođenje postupka na način da se

svakoj stranci omogući da zastupa svoje interese i prava pod jednakim uvjetima i na način da se ne stavlja u nepovoljniji položaj u odnosu na protivnu stranku. Međutim, to istodobno ne znači i da je sud obvezan provesti sve dokaze koje stranke predlože."

U odluci Vrhovnog suda I Kž-Us-55/2019-14 od 30. ožujka 2021. izrijekom je konstatirano istovremeno počinjenje povrede prava na pravično suđenje i relativno bitne povrede odredaba kaznenog postupka:

„Međutim, optuženik I.Č., optuženik D.P., optuženica N.H. i optuženo trgovačko društvo T. (ranije V. i T.) u žalbama s pravom ističu da je prvostupanjski sud počinio bitnu povredu odredaba kaznenog postupka iz članka 468. stavaka 2. i 3. ZKP/08. jer im je odbijanjem dokaznih prijedloga bez obrazloženja teško povrijeđeno pravo na pravično suđenje zajamčeno Ustavom Republike Hrvatske (…) i Konvencijom o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda (…), a time i povrijeđeno pravo na obranu koja povreda je mogla utjecati na presudu.
(…)
Prvostupanjski sud je, na temelju članka 421. stavka 1. točaka 2. i 3. ZKP/08., odbio izvođenje dokaza ispravom, predloženih od strane optuženika I.Č. (…), ali u obrazloženju presude nije iznio razloge odbijanja dokaznih prijedloga, kao što je odbio kao nevažno izvođenje dokaza ispravom, predloženih od strane optuženika D.P. (…) i optuženika T.K. (…), bez ikakvog obrazloženja razloga odbijanja. Također, prvostupanjski sud je, kao nevažno i neprikladno, odbio izvođenje dokaza ispravom, predloženih od strane optuženice N.H. (…), ali nije dao razloge za odbijanje dokaznih prijedloga, kao što je bez ikakvog obrazloženja, kao nevažno, odbijeno i izvođenje dokaza ispravom, predloženih od strane VII optužene pravne osobe T.
Isto tako, na temelju članka 421. stavka 1. točke 2. ZKP/08., odbijeni su dokazni prijedlozi zamjenice ravnateljice USKOK-a da se ispita dvoje svjedoka te dokazni prijedlozi obrane da se u svojstvu svjedoka ispita 185 svjedoka (…), pri čemu prvostupanjski sud ne obrazlaže o čijim se dokaznim prijedlozima radi, na koje okolnosti su predloženi, niti razloge njihova odbijanja.
Do povrede načela pravičnosti proklamiranog u članku 29. stavku 1. Ustava i članku 6. EKLJP, prema standardima opisanim u presudama Europskog suda za ljudska prava (…), kao na primjer u predmetima Topić protiv Hrvatske i Horvatić protiv Hrvatske, može doći ako su dokazni prijedlozi dovoljno obrazloženi, ako su važni za predmet optužbe, ako mogu ojačati poziciju obrane te ako sud njihovo odbijanje nije dovoljno obrazložio.
U predmetu ESLJP Rotomashvili protiv Gruzije zauzeto je stajalište da u odluci treba dati određen i izričit odgovor na tvrdnje stranaka koje su odlučne za ishod postupka i treba se osvrnuti na sva bitna pitanja u postupku, dok je u predmetu Moreira Ferreira protiv Portugala navedeno da dani razlozi ne smiju biti automatski niti stereotipni.
Iz sadržaja prijedloga za izvođenje dokaza proizlazi da su dokazni prijedlozi optuženika, kako u odnosu na dokazivanje ispravama, tako i u odnosu na personalne dokaze, bili detaljno obrazloženi, navedene su okolnosti u odnosu na koje se predlaže izvođenje pojedinih dokaza i u odnosu na koji dio inkriminacija se ti dokazni prijedlozi odnose, čime je istaknuta važnost predloženih dokaza za predmet optužbe. Stoga je prvostupanjski sud bio dužan prilikom odbijanja dokaznih prijedloga optuženika, kako prema standardima proklamiranim u odlukama ESLJP, tako i sukladno odredbi članka 459. stavka 5. ZKP/08., izložiti potpune, jasne i valjane razloge zbog kojih nije prihvatio pojedine dokazne prijedloge stranaka.
Potpuni izostanak obrazloženja odbijanja velikog broja dokaznih prijedloga obrane čini presudu arbitrarnom i predstavlja povredu prava optuženika na pravično suđenje zajamčeno Ustavom i EKLJP, pri čemu navođenje samo normativnog teksta odredbe članka 421. stavka 1. ZKP/08. bez konkretnog sadržaja ne predstavlja dostatne razloge za valjano obrazloženu sudsku odluku o odbijanju dokaznih prijedloga stranaka, kako je to navedeno i u ranijim odlukama Vrhovnog suda Republike Hrvatske (I Kž-Us 130/14., I Kž-223/16.).
Na takav način prvostupanjski sud počinio je bitnu povredu odredaba kaznenog postupka iz članka 468. stavka 2. ZKP/08., a time i bitnu povredu odredaba kaznenog postupka iz članka 468. stavka 3. ZKP/08. jer nije pravilno primijenio odredbu članka 459. stavka 5. ZKP/08., a što je moglo utjecati na presudu."

1.2.3. POVREDA PRAVA NA PRISTUP SUDU

U dvije odluke Vrhovnog suda utvrđena je povreda prava na pravično suđenje ostvarena na način da je optuženicima, za koje je pobijanim presudama bilo utvrđeno da su u stanju neubrojivosti počinili protuprav-

no djelo (jednome stvarno, a drugome suštinski), bilo suđeno bez njihove nazočnosti, a da prethodno nije na zakonom propisani način bila utvrđena njihova raspravna nesposobnost.

Naime, u odluci Vrhovnog suda I Kž 362/2018-11 od 21. veljače 2019. (a slično i u odluci tog Suda I Kž 549/2019-4 od 27. studenog 2019.) navedeno je sljedeće:

„… [I]spitujući pobijanu presudu po službenoj dužnosti u skladu s odredbom članka 476. stavkom 1. točkom 1. ZKP/08., utvrđeno je da je tijekom prvostupanjskog postupka optuženiku teško povrijeđeno njegovo pravo na pravično suđenje zajamčeno Ustavom i Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, čime je počinjena bitna povreda odredaba kaznenog postupka iz članka 468. stavka 2. ZKP/08.

Naime, u ovom kaznenom predmetu prva rasprava održana je 9. siječnja 2018. (…). Prije nego li je ta rasprava započela utvrđeno je da je optuženik raspravno nesposoban pa da je ista održana u njegovoj odsutnosti.

Međutim, taj postupak utvrđivanja njegove raspravne sposobnosti, na toj raspravi, a niti na raspravi koja je iznova započela 27. veljače 2018. i na kojoj je donesena pobijana presuda, nije proveden na način kako to propisuje odredba članka 552. stavka 2. ZKP/08.

Naime, navedena odredba jasno i nedvosmisleno propisuje na koji način se provodi „predraspravni" postupak ocjene raspravne sposobnosti optuženika s duševnim smetnjama. Prema toj odredbi, obveza je predsjednika vijeća prije rasprave, u nazočnosti vještaka (psihijatra), pokušati ispitati optuženika radi ocjene njegove raspravne sposobnosti, a nakon toga će o tome ispitati i vještaka. Tek ako sud nakon ispitivanja vještaka utvrdi da je optuženik raspravno nesposoban zbog duševnih smetnji, rasprava će se održati u optuženikovoj odsutnosti.

Međutim, iz sadržaja zapisnika s rasprave od 9. siječnja 2019. proizlazi da prvostupanjski sud nije postupio na naprijed opisani zakonom propisani način jer predsjednik vijeća, prije nego li je vještak psihijatar dao nalaz i mišljenje o raspravnoj (ne)sposobnosti optuženika, nije niti pokušao ispitati optuženog J. Ž. u nazočnosti navedenog vještaka.

27. veljače 2018. održana je slijedeća rasprava koja je zbog izmjena u sastavu vijeća započela iznova. Usprkos tome, a i s obzirom na protek vremena od ranije rasprave, prvostupanjski sud, prema zapisniku (list 201-204 spisa), nije sukladno članku 552. stavku 2. ZKP/08. ponovno utvrđivao raspravnu sposobnost optuženog J. Ž. koji je cijelo vrijeme, do pred kraj dokaznog postupka, bio prisutan raspravi, a koja je trajala od 8,45 do 10,30 sati, već je, u trenutku kada se trebalo pristupiti ispitivanju optuženika, samo konstatirana činjenica da je vještak psihijatar 9. siječnja 2018. utvrdio kako je optuženik raspravno nesposoban.

Dakle, ni na raspravi na kojoj je donesena pobijana presuda nije na zakonom propisani način utvrđivana, odnosno od strane prvostupanjskog suda utvrđena njegova raspravna nesposobnost, a optuženik tijekom te rasprave nije bio ni pozvan da se očituje o pročitanoj i izmijenjenoj optužnici, niti je pozvan da iznese svoju obranu, čime mu je u cijelosti uskraćeno njegovo pravo na obranu.

Takvim propustima suda prvog stupnja teško je povrijeđeno pravo optuženika na pravični postupak zajamčeno člankom 29. stavkom 1. Ustava Republike Hrvatske (…) i člankom 6. stavkom 1. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (…).

Naime, jedno od tzv. „minimalnih prava obrane" navedenih u članku 29. stavku 2. Ustava, koja predstavljaju jamstva pravičnog suđenja, jest i pravo optuženika da mu se sudi u njegovoj nazočnosti, ukoliko je dostupan sudu (alineja 5.). Pritom se pojmovi „nazočnosti" i „dostupnosti sudu" ne smiju tumačiti usko, odnosno ograničiti na fizičku prisutnost optuženika suđenju i mogućnost njenog osiguranja tijekom suđenja, jer ta njegova nazočnost dobiva smisao samo ako optuženik ima i stvarnu mogućnost realiziranja svih ostalih prava obrane (prvenstveno ostalih „minimalnih prava obrane" iz preostalih alineja stavka 2. članka 29. Ustava, odnosno stavka 3. članka 6. Konvencije, ali i drugih prava koja mu pripadaju prema odredbama ZKP/08.).

Dakako, pretpostavka omogućavanja optuženiku nazočnosti suđenju jest i njegova raspravna sposobnost, odnosno sposobnost shvatiti prirodu i svrhu kaznenog postupka, razumjeti pojedine procesne radnje i njihove posljedice, sporazumijevati se s braniteljem i davati mu upute (članak 325. stavak 5. ZKP/08.) jer bi bez takve optuženikove raspravne sposobnosti njegova mogućnost korištenja ostalih prava obrane bila iluzorna.

(…)

Ranije citirana odredba članka 552. stavka 2. ZKP/08. o načinu utvrđivanja raspravne (ne)sposobnosti optuženika s duševnim smetnjama jamči tom optuženiku ostvarenje njegovog ustavnog i konvencijskog prava na pristup sudu, jer isključuje mogućnost da sud donese odluku o optuženikovom počinjenju protupravnog djela u stanju neubrojivosti te odluku o njegovom prisilnom smještaju ili psihijatrijskom liječenju na slobodi a da optuženika nije „niti vidio", odnosno da odluku o održavanju rasprave u optuženikovoj nazočnosti donese samo

na temelju nalaza i mišljenja vještaka psihijatra, bez da se i osobno uvjerio u nemogućnost optuženikovog razumijevanja procesnih radnji i njihovih posljedica te sporazumijevanja s braniteljem i davanja mu uputa.
Iz ranije opisanog postupanja prvostupanjskog suda proizlazi da predsjednik vijeća niti prije početka ranije rasprave nije pokušao ispitati optuženog J. Ž. u prisutnosti vještaka, već je samo na temelju nalaza i mišljenja vještaka donio odluku o održavanju te rasprave u odsutnosti optuženika, a prije početka nove rasprave (na kojoj je donesena pobijana presuda) nije ni na koji način ocjenjivao raspravnu (ne)sposobnost optuženog J.Ž. već je, nakon provođenja dokaznog postupka u kojemu optuženik, iako je bio nazočan u sudnici, faktički nije sudjelovao, samo konstatirao da je vještak psihijatar 9. siječnja 2018. utvrdio kako je optuženik raspravno nesposoban te je udaljio optuženika iz sudnice.
Na taj je način prvostupanjski sud optuženiku teško povrijedio pravo na pravično suđenje zajamčeno Ustavom i Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, čime je počinio bitnu povredu odredaba kaznenog postupka iz članka 468. stavka 2. ZKP/08., zbog čega je u povodu žalbe optuženika, a po službenoj dužnosti, pobijanu presudu valjalo ukinuti i predmet vratiti sudu prvog stupnja na ponovno suđenje i odluku.“

U odluci Vrhovnog suda Kzz-55/15-3 od 18. siječnja 2016., nakon razmatranja cjelokupnog postupka, utvrđeno je više povreda prava na pravično suđenje koje su prethodno detaljno opisane, a ovdje se izlaže zaključak:

„… [O]ptuženica nije imala pravu mogućnost predložiti dokaze koji bi njoj išli u prilog jer je jedina rasprava održana u njenoj odsutnosti. Kada je prvostupanjski sud već odlučio optuženici suditi u odsutnosti i kada ona nije imala osiguranu stručnu pomoć, tada je sud bio dužan voditi računa o „pravima koja joj prema ovom Zakonu pripadaju“ (članak 15. ZKP/08.) te barem razmotriti primjenu članka 440. stavka 2. u vezi s člankom 419. stavkom 3. ZKP/08. Prema tim odredbama sud je ovlašten odrediti provođenje dokaza proprio motu odnosno po vlastitom nahođenju čak i ako oni nisu predloženi.
U situaciji kada neuka optužena osobe bez stručne pomoći branitelja navede dokaze koji mogu potkrijepiti njenu obranu, tada je prvostupanjski sud dužan barem razmotriti potrebu njihova izvođenja te odluku o tome valjano obrazložiti. Ta dužnost slijedi iz načela pomoći neukoj stranci (članak 15. ZKP/08.), odredbe koja sudu nalaže svestrano raspraviti predmet (članak 393. stavak 2. ZKP/08.) te odredbe koja daje ovlast sudu izvesti dokaze i bez prijedloga stranaka (članak 419. stavak 3. ZKP/08.). Zato je pogrešno bez tog razmatranja, na prvoj i jedinoj raspravi održanoj u odsutnosti optužene osobe koja je svoj izostanak opravdala medicinskim razlozima koji otvaraju sumnju u njenu raspravnu sposobnost, donijeti osudu samo na temelju dokaza optužbe koje ona u postupku zapravo nije imala mogućnost niti jednom osporiti jer je prvostupanjski sud pogrešno primijenio odredbu članka 404. stavka 5. ZKP/08., a takvo pogrešno postupanje drugostupanjski sud nije sankcionirao.
Raščlanjujući cjelokupno provedeni postupak, očito je da postupanje prema optuženici nije bilo pravično. Iako je pravilna primjena odredaba ZKP/08. jasno nalagala potrebu ponovnog razmatranja postavljanja branitelja po službenoj dužnosti, o tome se nije vodilo računa. Jednako tako, nije se vodilo računa niti o razjašnjenju je li optuženica raspravno sposobna. Konačno, odluka o tome da njeno prisustvo na raspravi nije nužno je arbitrarna i nedovoljno obrazložena, a istovjetno obrazloženje koje su dali niži sudovi pravno i logično je pogrešno. Nadalje, povrijeđeno je i konfrontacijsko pravo optuženice, kao sastavni dio načela pravičnog suđenja. Osim u navedenim odredbama Ustava i EKLJP, konfrontacijsko pravo naznačeno je i u članku 438. ZKP/08. („…Optuženik ima pravo postavljati pitanja…svjedoku, a predsjednik vijeća upitat će ga ima što primijetiti na njihov iskaz“). Unatoč jasnim ustavnim, konvencijskim i zakonskim odredbama, optuženici nije pružena stvarna i primjerena mogućnost osporiti dokaze optužbe jer je pogrešno primijenjena odredba članka 404. stavka 5. ZKP/08. Osim toga, propušteno je razmotriti i obrazložiti potrebu izvođenja dokaza koji su mogli potkrijepiti obranu, a ta dužnost ovdje proizlazi iz članka 15., članka 393. stavka 2. i članka 419. stavka 3. ZKP/08.“

1.2.4. POVREDA PRAVA NA BRANITELJA

U odluci Vrhovnog suda I Kž 436/2017-4 od 30. kolovoza 2017. utvrđena je povreda prava na branitelja sa sljedećim obrazloženjem:

„… [O]suđenik je u pravu kada u žalbi tvrdi da je postupanjem prvostupanjskog suda koje je prethodilo donošenju i dostavljanju pobijanog rješenja teško povrijeđeno njegovo pravo na pravično suđenje zajamčeno Usta-

vom Republike Hrvatske (…) i Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (…), čime je počinjena bitna povreda odredaba kaznenog postupka iz članka 468. stavka 2. ZKP/08.

Naime, osuđenik u žalbi ističe da prvostupanjski sud „branitelja (…) o obrani obavještava istovremeno s uručenjem odluke, s rokom žalbe od 3 (tri) dana, na koji način je potpuno deplasirano govoriti o pravu obrane, iz pozicije odvjetnika, koji o sadržaju izuzetno ozbiljnog kaznenog predmeta, u kojemu je izrečena `kapitalna´ kazna osuđeniku, zna samo ono što stoji u pobijanom rješenju, a iz pozicije osuđenika, (…) to pravo na stručnu obranu – svodi na mogućnost konzultacije sa postavljenim braniteljem, tako što se u dostavnoj naredbi suda – označava broj mobilnog aparata ovog odvjetnika".

Iz spisa proizlazi da je prvostupanjski sud osuđeniku (…) ispravno, pozivom na odredbu članka 66. stavka 1. točke 2. ZKP/08., postavio za branitelja po službenoj dužnosti odvjetnika M.P. s obzirom na to da je osuđeniku izrečena kazna dugotrajnog zatvora pa je obrana obvezna i u ovom postupku po izvanrednom pravnom lijeku, ali je istog dana – 26. lipnja 2017. – održana sjednica vijeća na kojoj je doneseno pobijano rješenje, a to rješenje je, zajedno s rješenjem o postavljanju branitelja, i osuđeniku i branitelju dostavljeno istovremeno pa im je od njihove dostave počeo teći i rok za žalbu protiv pobijanog rješenja.

Pravo na branitelja propisano je člankom 29. stavkom 2. alinejom 4. Ustava (pravo okrivljenika „da se brani sam ili uz branitelja po vlastitom izboru, a ako nema dovoljno sredstava da plati branitelja, ima pravo na besplatnog branitelja pod uvjetom propisanim zakonom") i člankom 6. stavkom 3. točkom c) Konvencije (pravo „da se brani sam ili uz branitelja po vlastitom izboru, a ako nema dovoljno sredstava platiti branitelja, ima pravo na besplatnog branitelja, kad to nalažu interesi pravde"), a razrađeno je u odredbama članka 5., kao i drugih članaka ZKP/08. Tako i odredbe članka 66. ZKP/08. propisuju situacije u kojima i trenutke od kojih, odnosno do kada okrivljenik mora imati branitelja, dakle – propisuju uvjete njegovog postavljanja, odnosno situacije u kojima to, po ocjeni zakonodavca, „nalažu interesi pravde".

Budući da je odredbom članka 66. stavka 1. točke 2. ZKP/08. propisana obvezna obrana i u postupku po izvanrednim pravnim lijekovima za kaznena djela za koja je izrečena kazna dugotrajnog zatvora, očigledno je da je zakonodavac smatrao potrebnim i takvom osuđeniku zajamčiti pravo na branitelja i nakon pravomoćnosti presude, pa treba zaključiti da se i neka druga takozvana „minimalna prava obrane" iz članka 29. stavka 2. Ustava i iz članka 6. stavka 3. Konvencije (iako se ona izrijekom vežu samo uz sumnju ili optužbu zbog kaznenog djela, dakle, uz postupak do pravomoćnosti presude) koja je moguće primijeniti i nakon pravomoćne presude u slučaju osude na kaznu dugotrajnog zatvora protežu i na postupak po izvanrednim pravnim lijekovima.

Opisanim postupanjem prvostupanjskog suda zakonska obveza postavljanja osuđeniku branitelja po službenoj dužnosti ispunjena je samo formalno, a ne i suštinski, jer tom branitelju, a time ni njegovom branjeniku, dostavom rješenja o postavljanju (kojim trenutkom je on zapravo tek obaviješten o svojoj ulozi) istovremeno s početkom tijeka žalbenog roka protiv rješenja kojim je odlučeno o osuđenikovom zahtjevu za obnovu, nije omogućena učinkovita obrana u postupku po tom izvanrednom pravom lijeku.

Naime, pravo okrivljenika da se „učinkovito brani uz pomoć odvjetnika, koji mu se dodjeljuje po službenoj dužnosti ako je potrebno, iako nije apsolutno, jedno je od osnovnih obilježja poštenog suđenja" (v. presudu Europskog suda za ljudska prava u predmetu P. protiv H. od 15. listopada 2009., zahtjev broj 48185/07).

Odredbom točke b) stavka 3. članka 6. Konvencije i u bitnome istovjetnom odredbom alineje 2. stavka 2. članka 6. Ustava propisano je da okrivljenik ima pravo i na „odgovarajuće vrijeme i mogućnost za pripremu svoje obrane", a priprema obrane pretpostavlja i mogućnost savjetovanja okrivljenika s braniteljem te braniteljevo pravo pristupa dokumentaciji i sudskom spisu.

Zbog toga su dostavljanjem osuđenom I.V. i odvjetniku M.P. rješenja o njegovom postavljanju za branitelja po službenoj dužnosti zajedno s pobijanim rješenjem, od kada im je i počeo teći trodnevni rok za žalbu, oni onemogućeni u pripremanju obrane, jer je pretpostavka njihovog konzumiranja prava na podnošenje žalbe (također jednog od prava zajamčenih Ustavom i Konvencijom) prethodno – a ne naknadno, tek u roku za podnošenje žalbe – braniteljevo upoznavanje sa spisom i stanjem predmeta, uključujući i savjetovanje s branjenikom, kao i mogućnost sudjelovanja u postupku koji je prethodio donošenju rješenja kojim se odlučuje u zahtjevu za nepravu obnovu kaznenog postupka (na primjer, braniteljevom dopunom tog zahtjeva).

Sličnu situaciju iz koje proizlazi obveza suda da branitelju postavljenom nakon donošenja odluke omogući upoznavanje sa spisom regulira i posljednja rečenica stavka 6. članka 175. ZKP/08. prema kojoj će se branitelju postavljenom okrivljeniku koji nije imao branitelja, a kojem je izrečena kazna zatvora ili presuda kojom je izrečen kazneni nalog, a presuda mu se ne može dostaviti na dotadašnju adresu, odrediti potreban rok za upozna-

vanje sa spisima koji ne može biti kraći od osam dana, a tek nakon toga će se presuda dostaviti postavljenom branitelju i postupak će se nastaviti.

Zbog svega iznesenog, Vrhovni sud Republike Hrvatske nalazi da je u postupku koji je prethodio donošenju pobijanog rješenja teško povrijeđeno osuđenikovo pravo na pravično suđenje zajamčeno Ustavom i Konvencijom, čime je počinjena bitna povreda odredaba kaznenog postupka iz članka 468. stavka 2. ZKP/08. zbog koje je, na temelju članka 494. stavka 3. točke 3. ZKP/08., prihvaćena žalba osuđenika te je predmet upućen prvostupanjskom sudu na ponovno odlučivanje, kako je i odlučeno u izreci ovog rješenja.“

2. O RAZGRANIČENJU TEŠKE POVREDE PRAVA NA PRAVIČNO SUĐENJE OD OSTALIH BITNIH POSTUPOVNIH POVREDA

Iz citiranih dijelova pojedinih odluka Vrhovnog suda proizlazi da niti u praksi najvišeg suda nije uvijek uočen i jasno određen odnos povrede prava na pravično suđenje i ostalih (prvenstveno relativno bitnih) povreda odredaba kaznenog postupka. Iako se može reći da je optuženiku u konačnici, kad viši sud utvrdi postupovnu povredu, svejedno kako će biti obrazloženi razlozi ukidanja presude, jasan odgovor na ovo pitanje nužan je zbog njegovih praktičnih posljedica.

Pritom treba ponovno naglasiti da sudska praksa ne dovodi u sumnju stav da apsolutno bitne povrede iz stavka 1. članka 468. ZKP/08. imaju prednost pred onom iz stavka 2. te da drugostupanjski sudovi, nakon utvrđenja neke povrede iz stavka 1. ne trebaju ocjenjivati je li istovremeno došlo i do povrede prava na pravično suđenje, i to zato što se nepravičnost takve presude, kako to proizlazi iz prirode tih apsolutno bitnih povreda, pretpostavlja po samom zakonu (ali treba napomenuti da bi se i takvo pitanje moglo otvoriti i kod nekih apsolutno bitnih povreda na koje drugostupanjski sud ne pazi po službenoj dužnosti, a one nisu istaknuti u žalbi[16]).

Međutim, označavanje neke povrede počinjene u jednom postupku kao relativno bitne, a u drugome predmetu kvalificiranje iste te povrede kao povrede prava na pravično suđenje, ne ugrožava pitanje jednakosti svih pred zakonom samo na načelnoj razini, nego otvara prostor arbitrarnosti odnosno mogućnost da se ta ista povreda, ako nije istaknuta u žalbi, u trećem predmetu kao apsolutno bitna utvrdi po službenoj dužnosti,[17] a u četvrtom predmetu zanemari jer na relativno bitne povrede drugostupanjski sud ne pazi po službenoj dužnosti.

Rješenje ovog problema, naravno, ne treba tražiti u odgovoru na pitanje koju od ovih povreda je u konkretnome predmetu lakše obrazložiti (a to često ovisi i o žalbenoj argumentaciji), nego prvenstveno u detaljnijoj razradi u sudskoj praksi kriterija za utvrđenje povrede prava na pravično suđenje. Pritom se upravo ocjena da postupak razmotren u cjelini bio nije bio pravičan[18] (a takva ocjena često nedostaje u prikazanim odlukama Vrhovnog suda) može postaviti kao kriterij razlikovanja povrede prava na pravično suđenje od relativno bitne povrede čije utvrđenje ne zahtijeva upuštanje suda u takvu ocjenu, već se zadržava na razini utvrđenja mogućnosti da je ona mogla utjecati na presudu.

Ako se prihvati ranije obrazložena tvrdnja o „zaštitnoj“ funkciju povrede prava na pravično suđenje, može se zaključiti da su uvjeti njenog utvrđenja:

(1) da se uočene povrede ne mogu podvesti pod neku od apsolutno bitnih povreda odredaba kaznenog postupka iz stavka 1. članka 468. ZKP/08.,

[16] To su povrede iz točaka 2., 3., 4., 7. i 8. stavka 1. članka 468. ZKP/08.

[17] jer na povredu iz članka 468. stavka 2. ZKP/08. drugostupanjski sud, prema odredbi članka 476. stavka 1. točke 1. ZKP/08., pazi *ex officio*

[18] Zahtjev za „pravičnošću“ postupka razlikuje se od svih drugih sastavnica načela iz članka 6. Konvencije prvenstveno po tome što se on odnosi na postupak u cjelini pa da se pitanje je li optuženik imao „pravično“ suđenje razmatra kroz kumulativnu analizu svih stadija postupka, a ne samo kroz raščlambu određenog propusta ili pojedine postupovne pogreške. Zbog toga se i nedostaci koji bi bili uočeni na jednoj razini ili u jednome stadiju fazi mogu ispraviti u nekoj kasnijoj fazi (v. odluku ESLJP u predmetu *Monnell i Morris protiv U.K.*, odlomci 55–70).

(2.1.) da je počinjena postupovna povreda koja bi se inače mogla označiti kao relativno bitna povreda odredaba kaznenog postupka, ali nije istaknuta u žalbi,[19] ili, alternativno,[20]

(2.2.) da uopće nije počinjena neka od povreda odredaba kaznenog postupka,[21]

(3) ali je došlo do takvih povreda prava obrane koje, kad se postupak razmotri u cjelini, predstavljaju „flagrantnu uskratu pravde", i to prema testu koji je ESLJP u predmetu *Ahorugeze protiv Švedske* (presuda, 27. listopada 2011., zahtjev br. 37075/09) obrazložio ovako: „115. ... Test 'flagrantne uskrate pravde' je strog (*stringent*). Flagrantna uskrata pravde izlazi izvan okvira običnih nepravilnosti ili nedostatka zaštitnih sredstava u sudskim postupcima koji mogu dovesti do kršenja članka 6. ... Tu se zahtijeva kršenje načela pravičnog suđenja ... koje je toliko fundamentalno da dovodi do poništenja (*nullification*) ili uništenja (*destruction*) same biti prava zajamčenog tim člankom."

3. UMJESTO ZAKLJUČKA

Iako se u praksi ne inzistira na zahtjevu da u pravnim lijekovima žalbene osnove budu jasno razdvojene, nedvojbeno je da odluke viših sudova ne bi smjele imati nedostatke u razgraničenju žalbenih osnova, već bi trebale razjasniti dvojbe kod preklapanja žalbenih osnova koje se pojavljuju kao posljedica uvođenja teške povrede prava na pravično suđenje kao zasebne žalbene osnove. Njeno pozicioniranje kao posebne apsolutno bitne povrede odredaba kaznenog postupka u stavak 2. članka 468. ZKP/08. ugrozilo je do tada jasno razgraničenje između apsolutno bitnih i relativno bitnih postupovnih povreda prema kojem su one apsolutno bitne imale prednost prilikom njihove pravne ocjene.

„Zaštitna" funkcija ove relativno nove povrede koju bi trebalo utvrđivati samo ako se nedostatci u postupku na koje se ukazuje pravnim lijekom ne bi mogli podvesti pod druge apsolutno bitne ili pod relativno bitne povrede odredaba postupka ne proizlazi iz odredbe članka 468. stavka 2. ZKP/08., ali o njoj svakako treba razmišljati ne samo prilikom ocjene je li takva povreda počinjena u određenom postupku, nego i prilikom eventualnih budućih izmjena Zakona o kaznenom postupku.

[19] Na primjer: pročitan je, na temelju članka 431. stavka 1. točke 2. ZKP/08. – jer je svjedok umro – zapisnik državnog odvjetnika o njegovom ispitivanju iz prethodnog postupka, pri čemu svjedok nije bio ispitan na način propisan člankom 234. i 235., a osuđujuća presuda temelji se samo na tom iskazu, a u žalbi se ne ističe relativno bitna povreda odredaba kaznenog postupka iz članka 468. stavka 3. u vezi s člankom 431. stavkom 2. ZKP/08.

[20] Pojam „pravičnosti" je u praksi ESLJP autonoman i u odnosu na način na koji postupak pred domaćim sudovima može dovesti do kršenja relevantnih pravila i kodeksa (v. odluku ESLJP u predmetu *Khan protiv U.K.*, odlomci 34–40), tako da postupovni nedostatak koji predstavlja kršenje procedure pred domaćim sudovima – makar to kršenje bilo i sasvim flagrantno – sam po sebi ne mora imati za posljedicu „nepravično" suđenje (v. odluku ESLJP u predmetu *Gäfgen protiv Njemačke*, odlomci 162–188), ali vrijedi i obrnuto: povreda prava iz članka 6. Konvencije može biti utvrđena čak i u postupcima u kojima je u potpunosti poštovano domaće pravo.

[21] Na primjer: osuđujuća presuda temelji se samo na iskazu suoptuženika ispitanog pred državnim odvjetnikom, čija snimka je reproducirana na temelju odredbe članka 435. stavka 1. ZKP/08., a taj suoptuženik na raspravi nije želio iskazivati.

Damir Kos, mag.iur.*

POSTUPOVNI OKVIRI POVLASTICE NESVJEDOČENJA

1. UVOD

Pravo svjedoka da u kaznenom postupku ne svjedoči nije privilegij okrivljenika već predstavlja povlasticu upravo svjedoka na koga se takva mogućnost odnosi. Pri tome treba razlikovati normu ZKP-a koja propisuje katalog osoba koje ne mogu biti ispitane kao svjedoci[1] odnosno koja kao svjedok može odbiti odgovoriti na pojedina pitanja.[2]

2. ZAKONSKI OKVIR

Na koje svjedoke se odnosi privilegij nesvjedočenja zakonodavac propisuje u čl. 285. st. 1. ZKP/08 i radi se o 1) osobama s kojima je okrivljenik u braku ili izvanbračnoj zajednici; 2) srodnicima okrivljenika u ravnoj lozi, srodnicima u pobočnoj lozi do trećega stupnja zaključno te srodnicima po tazbini do drugoga stupnja zaključno; 3) posvojeniku i posvojitelju okrivljenika; 4) javnim bilježnicima, poreznim savjetnicima, u okviru zakonske obveze čuvanja tajne; 5) odvjetnicima, liječnicima, zubarima, psiholozima, probacijskim službenicima i socijalnim radnicima o onome što su u obavljanju svoga zanimanja saznali od okrivljenika; 6) novinarima i urednicima u sredstvima javnog priopćavanja o izvorima obavijesti i podacima za koje su saznali u obavljanju svoga zanimanja i koji su uporabljeni prilikom uređivanja sredstava javnog priopćavanja; i 7) osobama na koju je prenesena imovinska korist, o načinu stjecanja imovinske koristi, kada se u odnosu na tu osobu primjenjuju odredbe Glave XXVIII. ZKP/08.

Ovo opće pravilo o pravu ovih osoba da ne moraju iskazivati kao svjedoci ima svoja ograničenja.

---

* Sudac Vrhovnog suda Republike Hrvatske

1 Čl. 284. ZKP/08 i čl. 285. st. 4. ZKP/08.

2 Čl. 286. st. 4. ZKP/08; za ispravno tumačenje ove odredbe treba pozornost obratiti na izričaj zakona na pravo ovih svjedoka da „nisu dužni odgovarati na pojedina pitanja“, što isključuje mogućnost njihovog potpunog otklanjanja svjedočenja. Naime, svaka osoba pozvana kao svjedok dužan je odazvati se tom pozivu i u granicama zakona dužna je svjedočiti. Ove osobe koje bi svojim odgovorima na pojedina pitanja izložile sebe ili bliskog srodnika kaznenom progonu, teškoj sramoti ili znatnoj materijalnoj šteti imaju pravo ne odgovoriti na pojedino pitanje. Naglasak je na pravu na ne odgovaranje na pojedino pitanje. U praksi pojedini suci u postupku, kada im se svjedok pozove na to svoje pravo znali su „otpuštati“ takvog svjedoka uz utvrđenje da bi svjedok svojim svjedočenjem izložio sebe ili bliskog srodnika kaznenom progonu, teškoj sramoti ili znatnoj materijalnoj šteti, zbog čega oni neće biti ispitani kao svjedoci. Ovakvim, pogrešnim, tumačenjem ove norme suci su mimo volje zakonodavca ustanovljavali novu kategoriju svjedoka koji uopće ne moraju iskazivati kao svjedoci, kojim pogrešnim tumačenjem i pogrešnom primjenom zakona su otvarali prostor stranci nezadovoljnoj presudom suda da takvu presudu pobijaju iz razloga navedenih u čl. 468. st. 3. ZKP/08 tzv. relativno bitnom povredom koja je mogla utjecati na presudu.

Prvo ograničenje ovoga prava propisano je u odnosu na novinare i urednike u sredstvima javnog priopćavanja u postupcima zbog kaznenih djela protiv časti i ugleda počinjenih putem sredstava javnog priopćavanja kao i u slučajevima propisanima posebnim zakonom.

Iduće ograničenje odnosi se na osobe navedene u točkama 4. do 6. članka 285. st. 1. ZKP/08. Dakle, radi se o osobama kojima ovaj privilegij nesvjedočenja pripada na temelju samog posla kojeg obavljaju i potrebe zaštite odnosa povjerenja osobe koja obavlja određenu djelatnost i korisnika njihovih usluga. U toj kategoriji svjedoka, ako ih je nadležno tijelo oslobodilo dužnosti čuvanja tajne,[3] izostaje i njihovo pravo nesvjedočenja pozivom na ovu zakonsku normu.

Ako se radi o kaznenom postupku za kaznena djela kaznenopravne zaštite djece, osobe navedene u čl. 285. st. 1. toč. 1. do 6. ZKP/08[4] ne mogu uskratiti iskaz, osim ako bi ta osoba koja se kao svjedok poziva na privilegij nesvjedočenja bila branitelj[5] okrivljenika.

Kako su svjedoci opisani svojstvom u čl. 285. st. 1. ZKŠ/08 u pravilu pravu nevične osobe, zakonodavac je propisao obavezu sudu, pod prijetnjom nezakonitog dokaza,[6] da ove osobe prije njihovog ispitivanja ili čim sazna za njihovo specifično svojstvo koje im daje pravo na ovu povlasticu, upozori da ne moraju svjedočiti te obavezu da ovo upozorenje upiše u zapisnik.

Posebno upozorenje sud je obavezan izreći i odgovor svjedoka upisati u zapisnik, a upozorenje i odgovor svjedoka poseban je u odnosu na svjedoke označene u točkama 1. do 3. članka 285. st. 1. ZKP/08. Radi se o osobama koje su sa okrivljenikom u bračnoj ili izvanbračnoj zajednici ili postoji odnos krvne ili tazbinske veze do određenog stupnja ili se radi o osobama koje su u odnosu posvojenja. Ove osobe osim općeg upozorenja na privilegij nesvjedočenja, koje mora biti upisano u zapisnik mora sadržavati i posebno upozorenje da će njihovi iskazi, ako odluče ne prihvatiti ponuđenu blagodat i odluče iskazivati, u nastavku postupka, u slučaju da promijene svoju odluku i pri idućem dolasku na sud odluče nesvjedočiti, moći biti pročitani i korišteni kao zakoniti dokaz.

Za razumijevanje ove odredbe potrebno je znati razvoj same pravne norme. Naime, izmjenama ZKP/08 sadržanim u V Noveli objavljenoj u NN 145/13 dodan je ovaj stavak. Do tada privilegij nesvjedočenja pojedinih osoba bio je, kao i sada, kroz čitav postupak, ali su one ranije u svakoj fazi postupka, nakon što bi ih tijelo koje vodi postupak upozorilo na ovo njihovo pravo, mogle mijenjati svoju odluku žele li ili ne žele svjedočiti te ako bi kasnije odustale od svjedočenja, njihov raniji iskaz koji su iznijele bio bi izdvajan iz spisa predmeta kao nezakoniti dokaz. Ovom izmjenom to njihovo pravo nije ukinuto, ali jednom izneseno njihovo očitovanje da će iskazivati kao svjedok, kada se njihov iskaz zabilježi, više ne može biti opozvano na način da se raniji iskaz izdvoji kao nezakoniti dokaz. Njihov privilegij nesvjedočenja ostao je i kasnije kada bi se oni u tijeku postupka predomislili i više ne bi željeli iskazivati i sud ih u toj situaciji ne može prisiljavati na svjedočenje,[7] ali iskaz koji su ranije iznijeli, a radi se o svjedocima opisanim u označene u točkama 1. do 3. članka 285. st. 1. ZKP/08, pod uvjetom da su propisno upozoreni, može biti pročitan i pod zakonom predviđenim okolnostima korišten za donošenje presude.

Pri ocjeni mogućnosti korištenja kao zakonitih dokaza zapisnika o ranije provedenim ispitivanjima svjedoka značajan je zakonski okvir kako ga propisuje odredba čl. 300. ZKP/08. Njome zakonodavac propisuje procesne situacije kada se zabilježeni iskaz svjedoka ne može upotrijebiti kao dokaz u kaznenom postupku, pa samim time ulazi u kategoriju nezakonitih dokaza iz čl. 10. st. 2. toč. 3. ZKP/08.

Radi se o procesnim situacijama u kojima je 1) kao svjedok ispitana osoba koja se ne može ispitati kao svjedok (članak 284.); 2) kao svjedok ispitana osoba koja ne mora svjedočiti (članak 285.), a nije na to upozorena ili se nije izričito odrekla toga prava; 3) upozorenje iz članka 285. stavka 3. ovog Zakona i odricanje nije ubilježeno u zapisnik; 4) je kao svjedok ispitano dijete koje ne može shvatiti značenje prava da ne mora

[3] Poslovne ili profesionalne.

[4] Očito greškom zakonodavca, kada je vršena izmjena ovog članka dodavanjem svjedoka u kategoriji označenoj točkom 7., izostavljeno je i njih uvrstiti u kategoriju osoba koje nemaju ovu povlasticu kada bi se radilo o postupcima kaznenopravne zaštite djece.

[5] Ova odredba je nejasna obzirom da su branitelji optuženika navedeni u članku 284. toč. 2. ZKP/08 kao osobe koje uopće ne mogu biti ispitane kao svjedoci, osim ako to ne bi zahtijevao sam okrivljenik. Očito je zakonodavac mislio na situacije kada okrivljenik zahtijeva da njegov branitelj svjedoči, te je tada isključio njegovo pravo kao svjedoka u kaznenim postupcima kaznenopravne zaštite djece da on odbije svjedočiti suprotno traženju njegovog branjenika. Iskreno, teško mi je i teoretski zamisliti takvu situaciju.

[6] Čl. 10. st. 2. toč. 3. u svezi s čl. 300. 1. toč. 2. ZKP/08.

[7] Čl. 291. st. 2. ZKP/08.

svjedočiti (članak 285. stavak 4.); 5) upozorenja iz članka 288. stavka 3. ovog Zakona nisu ubilježena u zapisnik; 6) je povrijeđeno pravo na uskratu odgovora iz članka 44. stavka 4. točke 4. i članka 44. stavka 5. točke 3. ovog Zakona i 7) u slučaju iz članka 6. stavka 3. ovog Zakona. Utvrdi li sud da je u postupku pri ispitivanju i bilježenju iskaza pojedinog svjedoka došlo do neke od označenih povreda, zapisnik o takvom ispitivanju ne može se koristiti kao zakoniti dokaz i prvostupanjski sud prepozna li neku od ovih povreda morati će da bi raspolagao sa zakonitim dokazima, svjedoka u odnosu na kojeg je učinjen propust, ponovno pozvati i nakon propisnih upozorenja i njihovog valjanog bilježenja, ponovno ispitati. Pri tom ispitivanju, odstupi li svjedok od ranijeg iskaza prepoznatog kao nezakonitog, nije mu dopušteno ukazivati na ove razlike, niti je taj raniji iskaz moguće osnažiti njegovim čitanjem.[8]

Značajne legislativne novine su se dogodile u odnosu mogućnost i pravo suda da pročita zapisnike o ranijem ispitivanju svjedoka, a osobito u odnosu na kategoriju svjedoka koje uživaju pravo nesvjedočenja iz čl. 285. ZKP/08.

Opći zakonski okvir za mogućnost čitanja/reproduciranja zapisnika kojim su zabilježena ranija ispitivanju pojedinih osoba u kaznenom postupku zakonodavac normira u članku 431. ZKP/08. Opći okvir predviđa mogućnost čitanja /reproduciranja ranije sastavljenih zapisnika 1) ako se odnose na činjenicu koju stranka nije osporavala; 2) ako su ispitane osobe umrle, duševno oboljele ili se ne mogu pronaći, ili je njihov dolazak pred sud nemoguć ili znatno otežan zbog starosti, bolesti ili drugih važnih uzroka; 3) ako svjedoci ili vještaci bez zakonskih razloga neće iskazivati na raspravi; 4) ako se osoba koja je prethodno upozorena da nije dužna svjedočiti (članak 285. stavak 1. točka 1. do 3.) odrekla tog prava i iskazivala na dokaznom ročištu ili raspravi, a kasnije tijekom postupka je odlučila uskratiti svoj iskaz; 5) ako je svjedok ili vještak ispitan prema članku 402. stavku 2. ZKP (izvanraspravno ispitivanje); 6) ako su stranke suglasne da se umjesto neposrednog ispitivanja svjedoka, odnosno vještaka koji nije prisutan, bez obzira je li bio pozvan ili ne, pročita zapisnik o njegovu prijašnjem ispitivanju; 7) ako je svjedok ili vještak ispitan na raspravi pred istim predsjednikom vijeća i 8) ako je svjedok ili vještak ispitan na raspravi u prisutnosti stranaka.

Nalazim potrebnim na ovom mjestu istaknuti odredbu čl. 431. st. 2. ZKP koja govori o zakonitom postupanju suda pri čitanju iskaza svjedoka ispitanog u ne konfrontiranoj formi, koje čitanje zapisnika može biti po bilo kojoj od ranije istaknutih osnova. Naime, pravo na čitanje tog zapisnika, pa i po suglasnom prijedlogu stranaka, ne znači istovremeno odricanje okrivljenika od prava da svjedoka koji ga tereti posebno ispita. Stoga utvrđenje okolnosti da se radi o nekonfrontiranom iskazu ne dovodi do njegove nezakonitosti već samo ograničenja može li se i pod kojim uvjetima presuda utemeljiti na takvom iskazu.

3. PROBLEMI U SUDSKOJ PRAKSI

3.1. TZV. PRIVILEGIRANI SVJEDOCI ISPITANI PRIJE V NOVELE ZKP/08

Kako je već istaknuto u odnosu na tzv. privilegirane svjedoke[9] i prije V Novele ZKP-a postojala je obaveza suda da se te svjedoke upozori na njihovo pravo nesvjedočenja, koje upozorenje kao i njihov odgovor je morao biti upisan u zapisnik. Također, istaknuto je da zabilježeni iskazi ovih svjedoka, ako bi kasnije tijekom postupka odlučili koristiti se ovim svojim pravom, bi bili izdvajani iz spisa predmeta kao nezakoniti dokaz. Za uočiti je da u slučaju ponovnog predomišljanja jednom izdvojeni zapisnik kao nezakoniti dokaz nikada više ne bi mogao biti osnažen i ne bi mogao biti korišten kao zakoniti dokaz, pa niti u smislu predočavanja u slučaju sada, nakon što bi se svjedok opet predomislio, drugačijeg iskazivanja.

Međutim, zapisnik o ispitivanju takvog svjedoka, ako bi bio uredno pozvan a na poziv se ne bi odazvao mogao je biti pročitan i korišten kao zakoniti dokaz. Čitanje tih zapisnika je bilo isključeno samo ako takav svjedok ne bi bio pozvan na raspravu, pa mu time ne bi bila dana niti mogućnost promijene odluke o tome želi li svjedočiti ili ne odnosno kada bi došavši na raspravu izjavio da želi koristiti ovu privilegiju. U time slučajevima, izričitom voljom zakonodavca, zapisnik o ranijem ispitivanju privilegiranog svjedoka bio bi izdvajan kao nezakoniti dokaz.

[8] O tome u odluci Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj I Kž-120/14 od 10. lipnja 2014.

[9] Ovo se odnosilo na sve kategorije svjedoka označene u čl. 285. st. 1. tada važećeg ZKP-a.

Nakon V Novele ZKP odredbe o mogućnosti korištenja zapisnika sa iskazom ovakvih svjedoka značajno se mijenja, a kazneni postupci primjenom odredbe čl. 257. st. 5.[10] Zakona o izmjenama i dopunama ZKP-a (NN 145/13) u nastavku bivaju vođeni sukladno normama ZKP izmijenjenim V Novelom. Tim izmjenama mijenja se opseg upozorenja ovih svjedoka propisujući uz opća upozorenja koja ima svaki svjedok oni dobivaju specifična upozorenja u dvije razine. Prva, da tzv. privilegirani svjedok nije dužan iskazivati i druga, za svjedoke iz prve tri točke članka 285. st. 1. ZKP/08, da ako se odluči iskazivati, taj njegov iskaz u kasnijoj fazi postupka u kojoj se on predomislio i više ne bi želio iskazivati može biti pročitan i kao takav može biti korišten kao dokaz. Važno je naglasiti da i upozorenje ovim svjedocima kao i njihovi odgovori moraju biti upisani u zapisnik.

Vrhovni sud Republike Hrvatske tumačeći odredbu čl. 300. st. 1. toč. 3. ZKP/08 zauzeo je jasan stav da takvi zapisnici sa iskazima tzv. privilegiranih svjedoka ranije pribavljeni na zakonit način, danas obzirom da se postupak vodi po sada važećim odredbama ZKP/08 ne mogu biti korišteni kao dokaz. To ne znači da bi te zapisnike trebalo izdvajati kao nezakoniti dokaz, ali više nema mogućnosti njihovog čitanja, jer na tu mogućnost svjedok kada je provođena radnja njegovog ispitivanja nije bio posebno upozoren, a odredba o čitanju tog iskaza u situacijama kada je on uredno pozvan, a na pozivu se nije odazvao više ne egzistira u sada važećem tekstu ZKP/08.

Zaključno u odnosu na ovo pitanje, zapisnici o ranijem ispitivanju tzv. privilegiranih svjedoka, ispitanih ranije na zakoniti način, danas njihovim čitanjem nikako ne mogu biti korišteni kao dokaz u kaznenom postupku, ali ako bi takav svjedok bio prisutan i ponovno iskazivao, bilo bi moguće ukazivati mu na eventualne razlike u njegovom iskazu. Međutim, ako bi takav zapisnik bio pročitan, pa i po suglasnom prijedlogu stranaka, presuda bi bila utemeljena na nezakonitom dokazu zbog propusta u upozoravanju (članak 300. st. 1. toč. 3. u svezi s čl. 10. st. 2. toč. 3. ZKP/08)

3.2. PROPUST U UPISIVANJU U SUDSKI ZAPISNIK UPOZORENJA SVJEDOKU I NJEGOVIH ODGOVORA

U praksi se pojavilo pitanje treba li upozorenja svjedoku upisivati tekstualno ili je dostatno da ona budu upisana samo zakonskim člancima.

Valja istaći da bi idealno bilo da se procesna upozorenja upisuju u zapisnike na kojima se provodi radnja ispitivanja svjedoka i tekstualno i zakonskim člancima. Međutim, samo upisivanje samo na jedan način, a iz kojeg se jasno može utvrditi opseg upozorenja ne dovodi do propusta koji bi mogao biti označen kao postupanje protivno odredbi čl. 300. st. 1. toč. 3. ZKP/08.

Ono što može dovesti do nezakonitosti takvog dokaza u smislu čl. 300. st. 1. toč. 3. ZKP/08 je propust tijela koje provodi radnju ispitivanja ovih svjedoka da nakon upisanih zakonskih upozorenja ne upiše kako je na ta upozorenja odgovorio svjedok kome su ona upućena. Točno je u situacijama kada nakon tako manjkavo upisanih upozorenja slijedi tekst iskaza privilegiranog svjedoka može navoditi na zaključak da je svjedok uz upozorenja koja je primio i koja su upisana u zapisnik odlučio svjedočiti, dakle dao potvrdan odgovor, koji odgovor sud nije upisao u zapisnik.

Međutim, Vrhovni sud Republike Hrvatske je u ovom pitanju zauzeo jasan i nepodijeljen stav da odredbu čl. 300. st. 1. toč. 3. ZKP/08 valja tumačiti upravo na način kako je ona voljom zakonodavca upisana, a što podrazumijeva i obvezu upisivanja odgovora svjedoka želi li iznositi svoj iskaz nakon sto je upoznat sa pravom da to ne mora činiti bez posljedica za njega te sa činjenicom da će u slučaju da se kasnije tijekom postupka predomisli, ono što je rekao moći biti korišteno kao dokaz.

Ovakvo restriktivno tumačenje Vrhovni sud je zauzeo i u predmetima u kojima je učinjen propust pri upozoravanju tzv. privilegiranog svjedoka ispitivanih na raspravi na kojoj je i donesena prvostupanjska presuda. Propust je učinjen time što je na toj raspravi na kojoj je on bio nazočan i na kojoj je i ispitan, sud propustio upozoriti ga, kada je odlučio iskazivati, na drugi dio upozorenja tj. kasniju mogućnost korištenja njegovog iskaza koji sada daje kao zakonitog dokaza, a na istoj raspravi je donesena prvostupanjska presuda.

[10] „Provođenje dokaznih radnji, te istrage i kazneni postupak koji su započeli prije stupanja na snagu ovog Zakona nastavit će se po odredbama ovog Zakona, osim ako je prijelaznim i završnim odredbama ovog Zakona drukčije propisano."

Kako se radi o postupku koji je vođen po sada važećim odredbama ZKP/08 koje u čl. 300. st. 1. toč. 3. ZKP/08 za zakonitost ovog dokaza zahtijevaju cjelovito upozorenje, a utvrđeno je da ono nije cjelovito, ovaj dokaz ne može biti upotrijebljen kao dokaz i u smislu čl. 10. sr. 2. toč. 3. ZKP/08 je nezakonit, iako nije došlo do stvarnog čitanja takvog zapisnika sa iskazom privilegiranog svjedoka, već su svjedoka članovi vijeća neposredno slušali.

Razlog ovakvom tumačenju je pravo tzv. privilegiranog svjedoka da i nakon prvotne odluke da svjedoči iako ne bi morao, nakon što bi mu bilo dano cjelovito upozorenje, a što je sud propustio učiniti, ipak odluči nesvjedočiti.

3.3. DOPUŠTENOST ČITANJA ZAPISNIKA O RANIJEM ISPITIVANJU PRIVILEGIRANOG SVJEDOKA IZ ČL. 285. ST. 1. TOČ. 1. DO 3. ZKP/08

Raniji tekst ZKP-a prije V Novele dopuštao je čitanje zakonitih zapisnika o ispitivanju tzv. privilegiranih svjedoka (svih kategorija) samo u situaciji kada bi taj svjedok bio uredno pozvan na raspravu, a pozivu se ne bi odazvao. U to vrijeme bili su isključeni svi drugi slučajevi kada je moglo doći do čitanja zapisnika sa ranije pribavljenim zakonitim iskaza svjedoka.

Odredbe ZKP/08 nakon V Novele u odredbi čl. 431. st. st. 1. toč. 4. ZKP/08 propisuje mogućnost čitanja iskaza ovih svjedoka samo pod propisanim uvjetima da su ti svjedoci (a) kasnije tijekom postupka odlučila uskratiti svoj iskaz, (b) a prethodno kada su ranije iskazivali su bili upozoreni da nisu dužni svjedočiti (članak 285. stavak 1. točka 1. do 3.) i (c) kada su se odrekli tog prava te (d) da je taj raniji iskaz čije čitanje se traži bio na dokaznom ročištu ili raspravi.

Već na prvi pogled vidljivo je da za mogućnost čitanja zapisnika o ranijem ispitivanju ovih svjedoka, ako su oni sastavljeni na zakoniti način, više nije odlučno utvrđenje jesu li oni na raspravu uredno pozvani. Odlučno postaje utvrđenje zakonitosti samog zapisnika sa iskazom privilegiranog svjedoka kako je on zabilježen te okolnost da je taj raniji iskaz bio iznesen i zabilježen od strane sudbene vlasti (na dokaznom ročištu ili raspravi).

Pod uplivom ranijeg teksta zakona koji je za čitanje iskaza ovih svjedoka, neovisno o drugim okolnostima za mogućnost čitanja zapisnika o ranijem ispitivanu svjedoka, postavljao kao samostalni uvjet činjenicu urednog poziva na koji se ovi svjedoci nisu odazvali, zauzet je stav Vrhovnog suda Republike Hrvatske u više odluka[11] da takav iskaz ne bi uopće mogao biti pročitan (pa ni po suglasnom prijedlogu stranaka) ako bi on bio rezultat ispitivanja tog svjedoka pred državnim odvjetnikom tijekom istrage.

Da li je ovaj stav ispravan ?

Ako pođemo od prihvaćene prakse u postupanju sudova da zapisnik sa iskazom privilegiranog svjedoka koji je odlučio svjedočiti i čiji iskaz je zabilježen bez propusta u odnosu na uvjete njegove zakonitosti (valjano upisana upozorenja i odgovori svjedoka), u nastavku postupka smatramo sadržajno izjednačenim sa zapisnicima o ispitivanju drugih, ne privilegiranih, svjedoka, tada doista ne bi bilo razloga za isključenje mogućnosti čitanja iskaza ovog svjedoka na raspravi na kojoj on nije prisutan (neovisno o urednosti njegovog pozivanja), pa makar taj iskaz bio zabilježen od državnog odvjetnika.

Restriktivnim, a moguće i pogrešnim, tumačenjem da se ovi iskazi mogu pročitati samo ako su zabilježeni od sudbene vlasti izostaje odgovor na daljnji uvjet za čitanje tog iskaza, a to je okolnost da taj svjedok je odlučio u nastavku „... uskratiti svoj iskaz.“, što sudu ne bi bilo poznato ako svjedok nije i na samoj raspravi na kojoj bi se očitovao o uskrati svjedočenja.

Sudovi međutim iskaze ovih svjedoka koriste kao dokaz čitajući ih i kada nemaju saznanje je li on „uskratio svoj iskaz“. Naime, iskazi ovih svjedoka bivaju čitani i u situacijama kada tzv. privilegirani svjedoci uopće nisu bili pozivani na raspravu, a sve polazeći od pretpostavke izmijenjenih uvjeta za čitanje tih zapisnika kako je to bilo propisano odredbama ZKP-a prije V Novele.

Zaključno, mišljenja sam da bi trebalo kritički propitati dosada izražene stavove u odlukama VSRH o isključenju mogućnosti čitanja zapisnika sa iskazima privilegiranih svjedoka iz čl. 285. st. 1. toč. 3. ZKP, ako ti iskazi ne bi bili iznošeni pred sudbenom vlašću. Mišljenja sam da bi logičan odgovor u odnosu na mogućnost

[11] I Kž-168/17 od 8.5.2020.

čitanja zapisnika o ranijem ispitivanju svjedoka bio tumačenjem odredbe čl. 431. st. 1. toč. 1. do 8. ZKP-a na način da svaku od njih treba promatrati samostalno, ne povezujući ih ne uvjetujući jednu točku drugom.

3.4. PRIVILEGIRANI SVJEDOK I STJECAJ DVAJU KAZNENIH DJELA PRI ČEMU JE JEDNO KAZNENO DJELO KAZNENOPRAVNE ZAŠTITE DJECE

Čest je slučaj da u postupcima za kaznena djela počinjena u krugu obitelji, istovremeno uz ovo kazneno djelo istim radnjama bude optuženo/počinjeno i kazneno djelo kaznenopravne zaštite djece, a da se kao svjedoci u odnosu na oba kaznena djela pojavljuju osobe koje imaju pravo uskrate svjedočkog iskaza u smislu čl. 285. ZKP-a.

Zakonodavac je u tome dijelu dao jasnu odrednicu u čl. 285. st. 6. ZKP/08 kada je propisao da „Osobe navedene u stavku 1. točki 1. do 6. ovog članka, osim branitelja, ne mogu uskratiti iskaz ako se radi o kaznenom djelu kaznenopravne zaštite djece“. [12]

Problem se pojavljuje kada se radi o dva kaznena djela počinjena istim radnjama[13] na štetu dvaju žrtava od kojih je jedno dijete. U tim predmetima žrtva kaznenog djela npr. teške tjelesne ozljede na štetu punoljetne osobe, ako je u odnosu srodstva sa okrivljenikom koje joj u smislu čl. 285. st. 1. daje privilegij nesvjedočenja, taj privilegij ima, ali samo u odnosu na kazneno djelo počinjeno na njenu štetu. Ako su takvim postupanjem okrivljenika ostvarena obilježja i kaznenog djela na štetu djeteta (povreda djetetovih prava), čime je dijete postala druga žrtva istog postupanja okrivljenika, punoljetna žrtva koja je uživala privilegij nesvjedočenja, taj privilegij u odnosu na kazneno djelo počinjeno na štetu djeteta nema i obavezna je iskazivati.

Što to praktično znači obzirom da se radi o jednom događaju i o identičnim radnjama kojima se ostvaruju obilježja dvaju kaznenih dijela?

To znači da tijelo koje ispituje svjedoke je takvim svjedocima dužno dati diferencirano upozorenje u odnosu na različita kaznena djela i različit opseg prava nesvjedočenja. Međutim, iskaz svjedoka, obzirom na ne blagodat nesvjedočenja u odnosu na kazneno djelo zaštite djece, obuhvaća potpuni opis događanja, pa tako i onih radnji kojima se ostvaruju obilježja kaznenog djela počinjenog na štetu punoljetne žrtve, za koje kazneno djelo su svjedoci (punoljetna žrtva i dijete) moguće prihvatili blagodat nesvjedočenja.

Iako djeluje kontradiktorno, posljedica ovakvog diferenciranog iskaza svjedoka je okolnost da se iskazi svjedoka koji objektivno postoje u spisu iako su prihvatili blagodat nesvjedočenja na štetu punoljetne žrtve, ne mogu koristiti kao dokaz pri donošenju presude. Isti ti iskazi, međutim zakoniti su i dopušteni pri utvrđivanju krivnje okrivljeniku za kazneno djelo počinjeno na štetu djeteta.

O ovoj distinkciji opsega upozorenja svjedoku sudovi moraju voditi računa kako pri ispitivanju privilegiranih svjedoka u ovim postupcima tako i pri utvrđivanju krivnje za svako od kaznenih dijela.

3.5. SVJEDOK NA KOGA JE PRENESENA IMOVINSKA KORIST, ČIJE ODUZIMANJE SE PREDLAŽE

Odredba čl. 285. st. 1. toč. 8. ZKP/08 o pravu na uskratu iskaza svjedoka na koga je prenesena imovinska korist, da ne mora iskazivati o načinu stjecanja imovinske koristi, kada se u odnosu na tu osobu primjenjuju odredbe Glave XXVIII. ZKP/08 relativno je nova. Naime, ovu odredbu i nužnost pod prijetnjom zakonitosti tog iskaza uvodi tek VII Novela ZKP/08 (NN 70/17 od 19.7.2017.)

Pitanje je mogu li se čitati iskazi ovih svjedoka ispitani prije stupanja na snagu VII Novele ZKP/08 kada im ovo upozorenje nije bilo propisano kao uvjet zakonitosti tog iskaza u smislu čl. 300. st. 1. toč. 2. u svezi s čl. 10. st. 2. toč. 3. ZKP/08?

Ponovno se valja podsjetiti da se rasprava danas, sukladno odredbi čl. 257. st. 5. Zakona o izmjenama i dopunama ZKP-a (NN 145/13) vodi prema odredbama trenutno, sada važećeg teksta ZKP-a, pa prema tome i u odnosu na ove iskaze, kao uvjet zakonitosti njihovog korištenja postoji potreba njihovog upozoravanja i

[12] Već istaknut propust zakonodavca koji pri izmjeni teksta ZKP/08 kada je u stavak 1. ovog članka uvrstio i točku 8. a istom prilikom tu točku je propustio uvrstiti u stavku 6.

[13] Npr. otac djeteta pred djetetom tuče svoju suprugu i nanese joj teške tjelesne ozljede nakon čega biva optužen za kazneno djelo teške tjelesne ozljede i kazneno djelo povrede djetetovih prava.

upisivanja takvog upozorenja i odgovora svjedoka u zapisnik. Ako je taj svjedok ispitan prije nego li je ova obaveza iz čl. 285. st. 1. toč. 8. ZKP/08 postojala u zakonu, taj iskaz sam po sebi ne može biti smatran nezakonitim, ali njegovo izvođenje danas čitanjem na raspravi, kada je stupila na snagu VII Novela ZKP/08, bilo bi nedopušteno zbog nedostataka u upozorenju ovom svjedoku koje njegov iskaz čine nezakonitim.

4. ZAKLJUČNO

Povlastica nesvjedočenja određenim kategorijama svjedoka izrijekom je propisana zakonom. Sudska praksa o tumačenju ovih normi prihvatila je restriktivan stav u njihovom tumačenju. Ova restriktivnost ogleda se primarno u doslovnom tumačenju zakonskih izričaja koji su propisani kao uvjet za zakonitost čitavog iskaza, a zatim i nedopuštenim proširivanjem ovih privilegija na osobe koje ne bi izrijekom bile spomenute u samoj normi čl. 285. st. 1. ZKP/08[14].

Da li takvo restriktivno tumačenje norme ima svoj smisao je pitanje o kojem sudska praksa u budućnosti mora promišljati pri odlučivanju u svakom pojedinom predmetu, svjesna da je sadašnji pravni standard prihvaćen u odlukama Vrhovnog suda Republike Hrvatske konstanta i za njegovu izmjenu bila bi potrebna vrlo jaka argumentacija.

[14] Tazbinsko „srodstvo" u odnosu na izvanbračnu zajednicu.

doc.dr.sc. Marin Mrčela*
Buga Mrzljak-Stenzel, mag.iur.**

KAZNENOPRAVNI ASPEKTI NOVIJIH ODLUKA SUDOVA VIJEĆA EUROPE I EUROPSKE UNIJE

U radu se daje pregled odluka Europskog suda za ljudska prava donesenih u predmetima protiv Republike Hrvatske u 2020. Navode se sažeci odluka i mjerila Europskog suda za ljudska prava za ocjenu poštivanja konvencijskih standarda razmatranih u tim odlukama. Posebno se raščlanjuje presuda Europskog suda za ljudska prava S.M. protiv Hrvatske koja se bavi pozitivnim obvezama države u kontekstu kaznenih djela trgovanja ljudima i/ili prostitucije. U radu se također daje pregled nekoliko najnovijih odluka Suda Europske unije važnih za kaznenu granu sudovanja.

I. ZBIRNI PREGLED ODLUKA EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA DONESENIH U PREDMETIMA PROTIV REPUBLIKE HRVATSKE U 2020.

Na mrežnim stranicama Europskog suda za ljudska prava (dalje: ESLJP) objavljeni su podaci o broju podnesenih zahtjeva protiv Republike Hrvatske i ishodima postupka.[1] ESLJP je u 2020. odlučivao o ukupno 705 takvih zahtjeva. ESLJP je ukupno 672 zahtjeva (95,31 %) proglasio nedopuštenima ili ih brisao s liste predmeta.[2] O preostalih 33 zahtjeva (4,68 %) odlučeno je u 25 presuda. U 21 presudi pronađena je barem jedna povreda Konvencije.[3]

* Dr.sc. Marin Mrčela, doc., zamjenik predsjednika Vrhovnog suda Republike Hrvatske i predsjednik Odjela za praćenje i proučavanje sudske prakse sudova pri Vijeću Europe i Europske unije Vrhovnog suda Republike Hrvatske te naslovni docent Pravnog fakulteta Osijek, Sveučilišta J. J. Strossmayera u Osijeku.

** Buga Mrzljak Stenzel, sutkinja Općinskog suda u Novom Zagrebu, viša savjetnica na Odjelu za praćenje i proučavanje sudske prakse sudova pri Vijeću Europe i Europske unije Vrhovnog suda Republike Hrvatske.

1 ECHR, Country profiles, Croatia – https://www.echr.coe.int/Documents/CP_Croatia_ENG.pdf

2 Te je odluke donio sudac pojedinac u pogledu 631 zahtjeva, a odbor i vijeće ESLJP-a u pogledu 41 zahtjeva.

3 Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda („Narodne novine – Međunarodni ugovori" broj 18/97., 6/99. – pročišćeni tekst, 8/99. – ispravak 1/06. i 2/10., dalje: Konvencija). Protokoli 1., 4., 6., 7. i 11. uz Konvenciju, („Narodne novine – Međunarodni ugovori", broj 1/06. i 2/10.).Protokol broj 12 uz Konvenciju („Narodne novine – Međunarodni ugovori", broj 14/02., i 9/05.). Protokol broj 13 uz Konvenciju („Narodne novine – Međunarodni ugovori", broj 14/02. i 13/03.). ESLJP u jednoj odluci može odlučiti o jednom ili više posebno podnesenih zahtjeva podnositelja. U tekstu se dalje koriste sljedeće kratice: ZKP/97. za Zakon o kaznenom postupku iz „Narodnih novina", broj 110/97., 27/98., 58/99., 112/99., 58/02., 143/02. i 115/06.); ZKP/08. za Zakon o kaznenom postupku iz „Narodnih novina" broj 152/08., 76/09., 80/11., 91/12., 143/12., 56/13., 145/13, 152/14, 70/17, 126/19., 126/19.); KZ/97 za Kazneni zakon iz „Narodnih novina" 110/97., 27/98. – ispravak, 50/00., 129/00., 51/01., 111/03., 190/03., 105/04., 84/05., 71/06., 110/07., 152/08. i 57/11.;

ESLJP objavljuje odluke koje donose odbori, vijeća ili veliko vijeće, a ne objavljuje odluke koje donese sudac pojedinac. Tako je u 2020. objavljeno 64 odluka donesenih u postupcima protiv Republike Hrvatske, a odnose se na 74 zahtjeva.

Predmet ovoga rada su odluke objavljene 2020. u predmetima protiv Republike Hrvatske koje se odnose na kaznenu granu sudovanja.[4] Ukupno ih je 28, no odnose se na 35 zahtjeva. Od toga je broja 13 presuda (donesenih u povodu 19 zahtjeva), a ostalih 15 su odluke o nedopuštenosti i odluke o brisanju zahtjeva s liste predmeta. ESLJP je barem jednu povredu pronašao u 9 presuda (donesenih u povodu 15 zahtjeva).

II. PREGLED VAŽNIJIH OBJAVLJENIH ODLUKA ESLJP-A PROTIV REPUBLIKE HRVATSKE IZ 2020. VAŽNIH ZA KAZNENU GRANU SUDOVANJA

Odluke ESLJP-a iz 2020. važne za kaznenu granu sudovanja razvrstane su prema člancima Konvencije koji su u njima razmatrani.[5]

→ **Članak 2. Konvencije (pravo na život):**

1. *J. i drugi protiv Hrvatske* (prigovor zbog neučinkovite istrage ratnih zločina; ishod: prigovori odbačeni zbog neiscrpljivanja domaćih pravnih sredstava (ustavne tužbe)).[6] Opće pravilo je da prije podnošenja zahtjeva ESLJP-u treba pokušati sanirati povredu u nacionalnom postupku. Zbog toga treba iscrpiti prikladna domaća pravna sredstva. U odluci *Kušić protiv Hrvatske* ESLJP je presudio da je ustavna tužba zbog neučinkovite istrage povreda prava na život i zabrane mučenja (članci 2. i 3. Konvencije) od 2019. učinkovito pravno sredstvo koje treba iscrpiti prije podnošenja zahtjeva ESLJP-u. U protivnom se prigovori odbacuju zbog neiscrpljivanja domaćeg pravnog sredstva. Ovaj stav ESLJP dosljedno provodi te ga primjenjuje i na one podnositelje, poput podnositelja u predmetu *J. i drugi* koji su se obratili ESLJP-u prije (2016.) nego što je 2019. ustavna tužba postala učinkovito sredstvo.[7]

2. *Marić protiv Hrvatske* (prigovor zbog neučinkovite istrage ratnih zločina; ishod: prigovori odbačeni zbog neiscrpljivanja domaćih pravnih sredstava (ustavne tužbe).[8]

3. *Vujnović protiv Hrvatske* (prigovor zbog neučinkovite istrage ratnih zločina; ishod: prigovor odbačen kao nepravodoban, izvan roka od šest mjeseci za podnošenje zahtjeva).[9] Podnositelj se prije podnošenja zahtjeva ESLJP-u nije obratio domaćim mjerodavnim tijelima u vezi istrage o stradavanja svojih roditelja u vrijeme operacije „Medački džep". Od podnositelja kao sina žrtava trebalo je očekivati da pokaže potrebnu marnost i da poduzme potrebnu inicijativu kako bi se informirao o napretku u istrazi smrti svojih roditelja. Izostanak bilo kakvih vijesti od istražitelja trebao ga je potaknuti da donese odgovarajuće zaključke.

4. *L.A. protiv Hrvatske* (neučinkovita istraga smrti i mučenja brata podnositeljice; predmeti ratnih zločina; ishod: brisanje s liste predmeta zbog prijateljske nagodbe).[10]

KZ/11. za Kazneni zakon iz „Narodnih novina" broj 125/11., 144/12., 56/15., 61/15., 101/17., 118/18., 126/19.; KZRH za Krivični zakon Republike Hrvatske („Narodne novine" 31/93.)

[4] U kaznene predmete potpadaju i prekršajni predmeti koji su također predmet ovog rada. Naime, mnogi konvencijski pojmovi autonomnim tumačenjem ESLJP-a dobili su određen sadržaj. Tako ESLJP pojam „optužba za kazneno djelo" tj. kaznenu prirodu postupka ocjenjuje na temelju „Engel" mjerila (vidjeti presudu Engel i drugi protiv Nizozemske od 8. lipnja 1976., zahtjev broj 5100/71., 5101/71., 5102/71., 5354/72. i 5370/72., točka 82.), a ne isključivo na temelju nacionalne klasifikacije. Zato i prekršajni predmeti potpadaju pod pojam „kazneni predmeti"

[5] U jednom predmetu ESLJP može ispitivati više različitih povreda. U pregledu su navedeni najvažniji prigovori i dijelovi odluka prema člancima. Zbog toga je moguće da jedan predmet bude naveden na više mjesta u pregledu.

[6] *J. i drugi protiv Hrvatske*, zahtjev broj 32343/16. i drugi; odluka od 26. svibnja 2020.

[7] U predmetu *J. i drugi*, na odluku o odbačaju prigovora nije utjecalo to što se jedan od podnositelja već ranije neuspješno obratio Ustavnom sudu, prvo jer je to bilo prije 2019., a drugo, jer se u podnesenoj ustavnoj tužbi prigovaralo samo povredi materijalnog aspekta članka 2. a ne i postupovnom aspektu (neučinkovitoj istrazi).

[8] *Marić protiv Hrvatske*, zahtjev broj 37333/17., odluka od 10. studenog 2020.

[9] *Vujnović protiv Hrvatske*, zahtjev 32349/16., presuda od 11. lipnja 2020., konačna 11. rujna 2020. U presudi se osim navedenog dijela važnog za kazneni postupak ESLJP bavio i parničnim postupkom podnositelja zbog naknade štete.

[10] *L.A. protiv Hrvatske*; zahtjev broj 39963/16., odluka od 29. rujna 2020. Podnositeljica je prigovarala ne samo zbog neučinkovite istrage pod člankom 2. (zbog smrti brata), nego i zbog povreda članka 3., 5. i 13. Konvencije.

→ **Članak 3. Konvencije (zabrana mučenja):**

1. *Srdoč protiv Hrvatske* (prigovor povrede više odredaba Konvencije osim članka 3. zbog uvjeta izdržavanja kazne u Zatvoru u Zagrebu; ishod: prigovor odbačen kao nepravodoban, izvan roka od šest mjeseci za podnošenje zahtjeva).[11] Podnositelj je prigovarao uvjetima u Zatvoru u Zagrebu u kojem je boravio od 15. listopada 2013. do 28. studenog 2014. kada je premješten u Zatvor u Gospiću. Podnositelj je zahtjev ESLJP-u je podnio 2. srpnja 2015., dakle više od šest mjeseci kasnije nakon što je njegovo boravak u Zatvoru u Zagrebu okončan.[12]

2. *Škrpan protiv Hrvatske* (prigovor zbog neučinkovite istrage zlostavljanja podnositelja u predmetu ratnih zločina; ishod: zahtjev brisan s liste predmeta jer interesi poštivanje ljudskih prava ne zahtijevaju daljnje razmatranje predmeta). U predmetu *Škrpan* nije bilo sporno da je više nepoznatih pripadnika oružanih snaga zlostavljalo podnositelja koji je zbog toga pokušao počiniti samoubojstvo. Podnositelj je pokrenuo postupak radi naknade štete u povodu kojeg je došlo do otvaranja kaznene istrage u kojoj je najprije bio identificiran I. K. kao mogući počinitelj koji je međutim bio oslobođen od optužbe. Nakon toga postupka, podnositelj je podnio kaznenu prijavu protiv nepoznatih počinitelja. Kako o kaznenoj prijavi nije bilo odlučeno, podnositelj se u međuvremenu obratio Ustavnom sudu Republike Hrvatske koji je utvrdio da je na štetu podnositelja došlo do povrede članka 3. Konvencije u materijalnom i postupovnom aspektu. Istraga u povodu podnositeljeve kaznene prijave je i dalje u tijeku. Zbog odluke Ustavnog suda, ali i otvorene kaznene istrage, ESLJP je ocijenio da nema potrebe za daljnjim razmatranjem predmeta. Osim toga, ESLJP je ponovio standarde učinkovite istrage koji zahtijevaju progon i kažnjavanje odgovornih počinitelja. Prema tome, unatoč tomu što je Ustavni sud „priznao" povredu i odredio podnositelju zadovoljštinu, mjerodavna tijela i dalje imaju obvezu nastavka provođenja istrage zlostavljanja podnositelja koje su počinili „agenti države" (nepoznati pripadnici oružanih snaga).

→ **Članak 4. Konvencije (zabrana ropstva i prisilnog rada):**

S.M. protiv Hrvatske (oslobađajuća presuda zbog kaznenog djela podvođenja iz članka 195. stavka 3. KZ/97., prigovor zbog povrede postupovnog aspekta članka 4. Konvencije (neučinkovita istraga); ishod: povreda, nedostaci tijela kaznenog progona u vođenju predmeta temeljno su narušili sposobnost domaćih vlasti da utvrde stvarnu prirodu odnosa podnositeljice i optuženika i je li on iskorištavao podnositeljicu kako je ona tvrdila, uključujući i mjerodavne sudove.).[13]

Presuda S.M. jedna je od najvažnijih prošlogodišnjih presuda ESLJP-a i to ne samo u odnosu na Hrvatsku. Presudi je moguće pristupiti na dva načina. Najprije činjenično i to raščlambom nedostataka u postupanju tijela kaznenog progona na koje je uputio ESLJP. Potom i načelno jer presuda S.M. daje sveobuhvatan pregled mjerodavnih međunarodnih instrumenata uključujući i prikaz prava Europske unije u pogledu trgovanja ljudima i iskorištavanja prostitucije. Nadalje, u presudi ESLJP tumači u kojoj mjeri takva postupanja spadaju u područje primjene Konvencije. Stoga smatramo da je upoznavanje sa sadržajem presude nužno za sve praktičare koji postupaju u kaznenim predmetima koji se tiču kaznenih djela trgovanja ljudima iz članka 106. KZ/11., prostitucije iz članka 157. KZ/11. i ropstva iz članka 105. KZ/11.

a) Činjenični kontekst presude S.M.

U kaznenom postupku optuženi T.M. bio je oslobođen optužbe zbog podvođenja iz članka 195. stavka 3. KZ/97. da bi podnositeljicu radi zarade, silom, prijetnjom uporabe sile i obmanom prisilio na pružanje seksualnih usluga jer nije bio dokazan element sile, prijetnje uporabom sile i obmane. Iskaz podnositeljice ocijenjen je nedosljednim, djelomično nelogičnim i suprotnim iskazu svjedokinje (podnositeljičine prijateljice) i obrani optuženika, unatoč činjenici da je i optuženik nekoliko puta promijenio svoj iskaz i činjenici da je od optuženika bilo oduzeto oružje, veća količina različitih mobitela i određena količina prezervativa. Tijekom

[11] *Srdoč protiv Hrvatske*, zahtjev broj 10697/15.; odluka od 17. studenog 2020.

[12] ESLJP je tu primijenio standarde iz presude *Ulemek protiv Hrvatske* prema kojim „razdoblje boravka podnositelja zahtjeva u zatvoru treba smatrati „kontinuiranom situacijom" sve dok se zatvaranje izvršava u istoj vrsti zatvorske ustanove u bitno sličnim uvjetima. Kratka razdoblja odsustva tijekom kojih je podnositelj zahtjeva izveden iz ustanove radi ispitivanja ili drugih postupovnih radnji ne bi imala nikakav utjecaj na kontinuiranu prirodu zatvora. Međutim, puštanjem podnositelja zahtjeva na slobodu ili premještanjem u drugu vrstu zatvorskog režima, kako unutar tako i izvan ustanove, okončala bi se „kontinuirana situacija".

[13] *S.M. protiv Hrvatske* (zahtjev broj 60561/14, presuda, veliko vijeće, od 25. lipnja 2020.

postupka bili su pročitani zapisnici o pretrazi i privremenom oduzimanju predmeta, ispitana je podnositeljica i njezina prijateljica, vještak neuropsihijatar, a optuženik je iznio obranu. Nije bilo drugih dokaznih prijedloga.

ESLJP nalazi da tijela kaznenog progona nisu pratila neke očite smjerove istrage kojima se moglo pokušati razjasniti okolnosti predmeta i utvrditi stvarnu prirodu odnosa podnositeljice i optuženika. Tijela progona tako nisu pokušala razgledati Facebook račune kojima su podnositeljica i optuženik komunicirali, a putem kojeg je optuženik prema nekim dokazima podnositeljici upućivao prijetnje. Osim toga, tijela progona nisu ispitali podnositeljičinu majku iako je ona bila ranije u kontaktu s optuženikom, a nisu ispitali niti vlasnicu stana u kojem je podnositeljica živjela s podnositeljem. Time se moglo razjasniti tko je bio zadužen za najam, a to može biti važno za utvrđivanje moguće „skrivanja" kao elementa trgovanja ljudima.[14] Nadalje, nisu ispitani susjedi (okolnosti života u iznajmljenom stanu, je li ga i koliko često podnositeljica samostalno napuštala); majka i brat ispitane svjedokinje koji su imali saznanja o navodnom bijegu podnositeljice.

Nasuprot tomu, tijela progona su se u odlučujućoj mjeri oslanjali na iskaz podnositeljice i propustili slijediti navedene očite smjerove istrage. Ovo osobito stoga jer je riječ o žrtvi (navodnog) seksualnog zlostavljanja. ESLJP posebno naglašava da je u radu stručnih tijela poznato da mogu postojati različiti razlozi zbog kojih žrtve trgovanja ljudima i različitih oblika seksualnog zlostavljanja nisu sklone surađivati s vlastima i otkrivati sve pojedinosti predmeta. Štoviše, u obzir se mora uzeti mogući utjecaj psihološke traume. Zbog toga postoji rizik od pretjeranog oslanjanja samo na iskaz žrtve. Zato je potrebno razjasniti iskaz žrtve i prema potrebi potkrijepiti ga drugim dokazima.

ESLJP stoga smatra da su tijela progona manjkavo primijenila kaznenopravne mehanizme u tolikoj mjeri da je došlo do povrede postupovne obveze članka 4. Konvencije.

Naglašavamo da se ESLJP u presudi bavio nedostacima u postupanju tijela progona. Za razliku od presude vijeća, veliko vijeće nije pronašlo da bi do povrede došlo zbog postupanja sudova, iako je podnositeljica prigovarala da je optuženika trebalo osuditi barem za osnovni oblik kaznenog djela. U tom kontekstu treba upozoriti da do povrede konvencijskog standarda učinkovite istrage može doći i zbog nedjelotvornog suđenja kao dijela te istrage u konvencijskom smislu (vidi dolje u tekstu pod b)).[15]

b) Pregled važnijih tumačenja područja primjene članka 4. iz presude *S.M.*

Pojmovi „ropstvo", „odnos sličan ropstvu" i „prisilan ili obvezatan rad"

Članak 4. odnosi se na tri pojma: ropstvo, odnos sličan ropstvu i prisilan ili obvezatan rad. Ti pojmovi nisu određeni u Konvenciji pa je njihov sadržaj nastao tumačenjem. ESLJP je prilikom tumačenja tih pojmova imao na umu razne instrumente međunarodnog prava. Presuda S.M. u stavcima 279. – 285. sažima ta tumačenja.

„Ropstvo" se definira kao „status ili stanje osobe nad kojom se vrše bilo koje ili sve ovlasti povezane s pravom vlasništva".[16]

„Odnos sličnog ropstvu" znači „obvezu pružanja usluga koja je nametnuta upotrebom prisile", a odgovara „težem" obliku prisilnog ili obvezatnog rada.[17]

„Prisilni ili obvezatni rad" znači svaki rad ili uslugu koji se od neke osobe zahtijevaju pod prijetnjom bilo kakve kazne, i za koje se ta osoba nije ponudila dobrovoljno. „Rad" treba tumačiti kao „sav rad ili usluge"; „prisilni" podsjeća na tjelesno ili mentalno ograničenje, a „obvezatan" se odnosi na situaciju u kojoj se rad „zahtijeva pod prijetnjom bilo kakve kazne" i također se obavlja protiv volje dotične osobe, odnosno rad „za koji se ta osoba nije ponudila dobrovoljno". Pojam „kazne" u širem smislu treba tumačiti kao „bilo koja" ili „neka" kazna. „Neka kazna" obuhvaća bilo koju istovjetnu situaciju u smislu dojma ozbiljnosti prijetnje. „Kazna" „može obuhvaćati čak i fizičko nasilje ili ograničavanje, ali može biti i suptilnijeg oblika, psihološke prirode, kao što su prijetnje potkazivanjem žrtava policiji ili imigracijskim vlastima ako je njihov radni status

[14] eng. *harbouring*, u službenom prijevodu presude pojam je preveden kao „pružanja utočišta"

[15] Čini se da se ESLJP u presudi *S.M.* nije bavio djelotvornosti suđenja, jer je izostao element prisile, koji bi i suđenje doveo pod doseg članka 4. Konvnecije. Suprotno takvom zaključku, izdvojeno suglasno mišljenje sutkinje Turković problematizira nerazmatranje djelotvornosti suđenja u presudi S.M.

[16] *Siliadin protiv Francuske*, zahtjev broj 73316/01., presuda od 26. srpnja 2005. točka 122. Prilikom tumačenja pojma ESLJP je u prvim odlukama imao na umu Konvneciju o suzbijanju trgovanja robljem i ropstva iz 1927.

[17] *Siliadin*, točka 124. *C.N. i V. protiv Francuske*, zahtjev broj 67724/09., presuda od 12. listopada 2012., točke 89. – 91. Prilikom tumačenja ESLJP se pozvao na Konvneciju o suzbijanju trgovanja robljem i ropstva iz 1956.

nezakonit". „Pristanak" na osporeni rad treba vezati uz mogućnost izbora", no „kada poslodavac zloupotrebljava svoje ovlasti ili iskorištava položaj bespomoćnosti svojih radnika kako bi ih izrabljivao, oni se ne nude za rad dobrovoljno". Prema tome, „prethodni pristanak žrtve nije dovoljan da se isključi karakterizacija rada kao prisilnog rada" i da je „pitanje nudi li se pojedinac za rad" dobrovoljno činjenično pitanje koje se mora ispitati u svjetlu svih relevantnih okolnosti nekog predmeta.[18]

Trgovanje ljudima i/ili prisilna prostitucija

Polazišna točka je ocjena da je prisilna prostitucija protivna ljudskom dostojanstvu, a time i članku 3. Konvencije[19] Presuda S.M. tumači materijalno područje primjene članka 4. Konvencije u pogledu trgovanja ljudima i/ili prisilne prostitucije. Posebno treba naglasiti pojam „sile" koja može obuhvatiti i suptilne oblike prisilnog ponašanja.[20]

Trgovanje ljudima je u području primjene članka 4. Konvencije. Međutim, to ne isključuje mogućnost da u određenim okolnostima nekog predmeta neki oblik postupanja povezanog s trgovanjem ljudima može otvoriti pitanje na temelju neke druge odredbe Konvencije.

Neko postupanje ili situacija ne mogu se okarakterizirati kao trgovanje ljudima na temelju članka 4. Konvencije ako nisu prisutne sastavnice međunarodne definicije trgovanja ljudima na temelju Konvencije o suzbijanju trgovanja ljudima i Protokola iz Palerma (radnja, sredstvo, svrha).[21] S tim u vezi pojam trgovanja ljudima odnosi se i na nacionalno i na transnacionalno trgovanje ljudima, neovisno o tome je li povezano s organiziranim kriminalom ili ne.

Pojam „prisilnog ili obvezatnog rada" na temelju članka 4. Konvencije ima za cilj pružiti zaštitu od slučajeva ozbiljnog iskorištavanja, kao što je prisilna prostitucija, neovisno o tome jesu li u određenim okolnostima predmeta ti slučajevi povezani s posebnim kontekstom trgovanja ljudima. Svako takvo postupanje može sadržavati elemente na temelju kojih se ono može okvalificirati kao „ropstvo" ili „odnos sličan ropstvu" ili može otvoriti pitanje na temelju neke druge odredbe Konvencije;

Činjenično je pitanje uključuje li određena situacija sve sastavnice „trgovanja ljudima" te je li riječ o prisilnoj prostituciji.

Drugim riječima, za trgovanje ljudima nije odlučno postojanje međunarodnog elelementa niti organiziranog kriminala, ali je odlučno skupno postojanje elemenata radnje, sredstva i svrhe prema Konvenciji o suzbijanju trgovanja ljudima i Protokolu iz Palerma. Ako sva tri elementa nisu ostvarena, tada nema „trgova-

[18] *Van der Mussele protiv Belgije*, 23. studenog 1983., Serija A br. 70, stavci 34. – 37., *Stummer protiv Austrije*, veliko vijeće, zahtjev broj 37452/02., stavak 117., Siliadin točke 114. – 120., *C.N. i V. protiv Francuske točka 77.*, *Chowdury i drugi protiv Grčke*, zahtjev broj 21884/15. presuda od 30. ožujka 2017. točka 96. Prilikom definicije „prisilnog ili obveznog rada", ESLJP je kao polazišnu točku uzeo Konvenciju Međunarodne organizacije rada o prisilnom radu iz 1930.

[19] Pored značajnih razlika u pravnim sustavima u pogledu pristupa prostituciji ESLJP ne smatra bitnim ulaziti u raspravu o tome je li prostitucija sama po sebi u suprotnosti s Konvnecijom. Međutim, prostitucija je nespojiva s dostojanstvom osobe ako je prisilna.

[20] U tome, ESLJP upućuje na sudsku praksu u pogledu pojmova „prisilan ili obvezatan rad" (vidi prije u tekstu) i na različite oblike prisile utvrđene od strane Međunarodne organizacije rada ili druge međunarodne materijale. Tako je u Posebnom akcijskom programu Međunarodne organizacije rada za borbu protiv prisilnog rada osmišljeno jedanaest pokazatelja prisilnog rada: (1) zloupotreba položaja bespomoćnosti, (2) obmana, (3) ograničenje kretanja, (4) izolacija, (5) fizičko i seksualno nasilje, (6) zastrašivanje i prijetnje, (7) zadržavanje osobnih dokumenata, (8) uskraćivanje plaća, (9) dužničko ropstvo, (10) radni i životni uvjeti koji predstavljaju zlostavljanje i (11) prekomjeran prekovremeni rad. Navodi se da postojanje jednog pokazatelja u danoj situaciji može u nekim slučajevima ukazivati na postojanje prisilnog rada, ali da u drugim slučajevima tek nekoliko pokazatelja zajedno može ukazivati na praksu prisilnog rada.

[21] Konvencija o suzbijanju trgovanja osobama i iskorištavanja prostitucije drugih iz 1949. godine; Protokol za sprječavanje, suzbijanje i kažnjavanje trgovanja ljudima, posebice ženama i djecom. Iz presude „Kazneno djelo trgovanja ljudima ima tri sastavna elementa: (1) radnja (što se čini: vrbovanje, prijevoz, premještanje, skrivanje (vidi bilješku 14.) i prihvat osoba); (2) sredstvo (kako se čini: putem prijetnje ili uporabe sile ili drugih oblika prisile, otmice, prijevare, obmane, zloupotrebe ovlasti ili položaja bespomoćnosti ili davanja ili primanja novca ili povlastica kako bi se dobio pristanak osobe koja ima kontrolu nad drugom osobom); (3) svrha iskorištavanja (zašto se čini: to uključuje, u najmanju ruku, iskorištavanje prostitucije drugih osoba ili druge oblike seksualnog iskorištavanja, prisilni rad ili uslugea, ropstvo ili odnose slične ropstvu, podčinjavanje ili odstranjivanje tjelesnih organa). Kombinacija tih triju sastavnih elemenata nužna je kako bi se utvrdilo da je počinjeno kazneno djelo trgovanja ljudima u odnosu na odrasle žrtve (UNODC, Combating Trafficking in Persons: A Handbook for Parliamentarians (Suzbijanje trgovanja ljudima: priručnik za parlamentarne zastupnike), ožujak 2009., br. 16-2009, str. 13. – 14.)".

nja ljudima", ali može biti riječi o drugom djelu. Ako pak izostane element „prisile", onda nema niti elementa „prisilnog ili obveznog rada" iz članka 4. Konvencije.

Opseg pozitivnih obveza država o pitanju trgovanja ljudima i prisilne prostitucije

Opći okvir pozitivnih obveza iz članka 4. uključuje:

(1) dužnost uspostavljanja zakonodavnog i upravnog okvira za zabranu i kažnjavanje trgovanja ljudima;
(2) dužnost, u određenim okolnostima, poduzimanja operativnih mjera za zaštitu žrtava ili potencijalnih žrtava trgovanja ljudima; i
(3) postupovnu obvezu provođenja istrage situacija mogućeg trgovanja ljudima.

Prva dva aspekta pozitivnih obveza mogu se označiti kao materijalni, a treći aspekt označava pozitivnu postupovnu obvezu država.

Postupovne obveze država o pitanju trgovanja ljudima i prisilne prostitucije

Postupovna obveza domaćih nastaje kada su vlastima iznesene uvjerljive tvrdnje ili kada postoje dostatno jasne naznake („dokazi *prima facie*") o postupanju protivnom članku 4. Konvencije. Tijela kaznenog progona su u boljem položaju nego žrtva da provedu istragu pa bilo kakva radnja ili nedostatak radnje žrtve ne može opravdati nedostatak radnje tijela kaznenog progona. To znači da vlasti moraju postupati na vlastitu inicijativu nakon što im se iznesu uvjerljive tvrdnje i jasne naznake.

Postupovna obveza ponajprije se odnosi na obvezu vlasti da pokrenu i provedu učinkovitu istragu. Pojam učinkovite istrage tumači se prema člancima 2. i 3. Konvencije. Istraga treba biti neovisna, temeljita, prikladna, tako da može dovesti do utvrđivanja činjenica i utvrđivanja identiteta i prema potrebi kažnjavanja odgovornih osoba. Ovaj posljednji element upućuje na to da pojam obuhavaća i raspravnu fazu. Istraga treba biti i ažurna, provedena uz postojanje javnog nadzora i sudjelovanje žrtve. Postupovna je obveza zahtjev koji se odnosi na sredstva, a ne na rezultate. Vlasti moraju poduzeti sve razumne korake kako bi prikupile dokaze i razjasnile okolnosti predmeta. Zaključci u istrazi moraju se temeljiti na detaljnoj, objektivnoj i nepristranoj raščlambi svih mjerodavnih elemenata. Ako se ne prati neki očiti smjer istrage, onda se značajno umanjuje mogućnost da se u istrazi utvrde okolnosti predmeta i identitet odgovornih osoba.

→ **Članak 5. Konvencije (pravo na slobodu i sigurnost):**

Mikić protiv Hrvatske (duljina trajanja istražnog zatvora, ishod postupka: brisanje zahtjeva s liste predmeta zbog prijateljske nagodbe).[22]

→ **Članak 6. Konvencije (pravo na pravično suđenje):**

1. *Ćaćić protiv Hrvatske* (članak 6. stavci 1. i 3. točka c. Konvencije; obnova postupka za kojeg podnositelj nije znao, a koji je bio proveden *in absentia*; tzv. „Sanader tip predmeta"; ishod: brisanje s liste predmeta jer je u međuvremenu dozvoljena obnova postupka koja nije bila uvjetovana dostupnošću osuđenika).[23] U presudi *Sanader protiv Hrvatske* ESLJP je presudio da je uvjetovanje obnove postupka provedenog u odsutnosti okrivljenika koji nije imao saznanja o postupku tj. nije nastojao izbjeći suđenje niti se nedvosmisleno odrekao prava na prisutnost u postupku, povrijedilo njegovo pravo iz članka 6. stavka 1. Konvencije. Nakon presude *Sanader* izmijenjen je ZKP/08. pa se obnova više ne uvjetuje dostupnošću okrivljenika. Dovoljno je njegovo obećanje da će se odazivati sudskim pozivima (članak 497. stavak 3. ZKP/08.). Time je ujedno dovršen postupak izvršenja presude *Sanader* pred Odborom ministara Vijeća Europe. Predmetu *Ćaćić* je brisan je s liste zahtjeva, jer je u međuvremenu dopuštena obnova postupka nakon što se podnositelj obratio državnom odvjetništvu koje je predložilo obnovu postupka. Zbog toga je i prigovor neučinkovite obrane u postupku koji se vodio u podnositeljevoj odsutnosti postao bespredmetan.

2. *Romić i drugi protiv Hrvatske* (Članak 6. stavak 1. i članak 6. stavci 1. i 3. točka c. Konvencije; „Zahirović tip predmeta", ishod: povreda zbog nepozivanja optuženika na sjednicu žalbenog vijeća i zbog nedostavljanja podneska državnog odvjetnika obrani (očitovanja višeg državnog odvjetnika i, po prvi puta, odgovora državnog odvjetnika na žalbu optuženika)). U *Romiću* je ESLJP je pronašao povredu zbog nedostavljanja pod-

[22] *Mikić protiv Hrvatske*, zahtjev broj 32423/19., odluka od 29. rujna 2020.
[23] *Ćaćić protiv Hrvatske*, 46657/15., odluka od 4. veljače 2020.

neska višeg državnog odvjetnika u žalbenom postupku i nepozivanja optuženika na žalbenu sjednicu vijeća, ovisno o odluci o svrhovitosti pozivanja. Nastanak novih povreda sprječavan je najprije promjenom prakse, a potom i izmjenama članaka 474. i 475. ZKP/08. Međutim, u presudi *Romić* utvrđena je povrede prava na kontradiktornost postupka zbog nedostavljanja obrani odgovora državnog odvjetnika na žalbu optuženika. Zbog te je novine na sastanku predsjednika i predstavnika kaznenih odjela županijskih sudova s Kaznenim odjelom Vrhovnog suda Republike Hrvatske donesen zaključak, a Odjel Vrhovnog suda Republike Hrvatske za praćenje europskih propisa i sudske prakse Suda Europske unije i Europskog suda za ljudska prava je izdao preporuku. Naime, zaključkom i preporukom, preporučuje se prvostupanjskom sudu članak 473. ZKP/08. primijeniti sukladno članku 6. stavku 1. Konvencije te prema načelu jednakosti oružja i kontradiktornosti postupka odgovor državnog odvjetnika na žalbu optuženika dostaviti optuženiku.[24]

Stoga smatramo potrebnim naglasiti da, prema praksi ESLJP-a, kontradiktornost postupka zahtijeva mogućnost da stranke imaju mogućnost saznati za podnesena očitovanja i dokaze druge strane te da na njih imaju mogućnost iznijeti svoje primjedbe. Iz toga proizlazi da svaki puta kad sud odlučuje o „optužbi za kazneno djelo" ili o „pravima i obvezama građanske naravi" (koje također mogu biti predmet kaznenog postupka) treba poštovati načelo kontradiktornosti kao sastavnicu pravičnosti iz članka 6. Konvencije, ne čekajući da ESLJP donese presudu za svaki konkretan slučaj.

3. *Puljić protiv Hrvatske* (članak 6. stavci 1. i 3. točka d) Konvencije, prigovor zbog temeljenja presude na nekonfrontiranom dokazu; ishod: povreda zbog izostanka činitelja protuteže).[25] Povreda u presudi *Puljić* slična je povredi iz predmeta *Paić protiv Hrvatske*. Bit povrede svodi se na utemeljenost presude na pročitanom zapisniku o ispitivanju odlučujućeg svjedoka, službene osobe Centra za socijalnu skrb, bez suglasnosti stranaka, zbog neurednosti dostave. S obzirom na to da je riječ o ponavljajućem tipu povrede, smatramo potrebnim iznijeti ne samo činjenice presude Puljić, nego i konvencijske standarde, jer prema Konvenciji povreda konfrontacijskog prava ne dovodi nužno do zaključka o nepravičnosti postupka u cjelini.

U bitnome, podnositeljeva supruga podnijela je zahtjev za razvod braka i zatražila skrbništvo nad njihovim djetetom. Tijekom postupka je Centar za socijalnu skrb podnio kaznenu prijavu protiv podnositelja. Proveden je postupka i donesena je osuđujuća presuda zbog kaznenog djela sprječavanja i neizvršavanja mjera za zaštitu djeteta i maloljetne osobe iz članka 215. stavka 1. KZ/11. Presuda se temeljila na iskazu voditelja nadzora Centra koji je dao državnom odvjetniku koji na ispitivanje nije pozvao obranu. Svjedok je bio pozvan na raspravu radi ispitivanja, ali nije pristupio zbog neuredne dostave poziva. Na raspravi je bez suglasnosti podnositelja pročitan njegov iskaz. Stranke nisu imale primjedbi na pročitan nalaz. ESLJP, je, na temelju mjerila iz presude *Schatschaschwili protiv Njemačke*[26] zaključio:

(1) da nije bilo dobroga razloga za odsutnost svjedoka, jer se odluka o čitanju zapisnika na temelju koje je podnositelju bilo uskraćeno ispitivanje svjedoka bila posljedica neuredne dostave;
(2) da je iskaz svjedoka voditelja nadzora bio odlučujući;
(3) da nije bilo dovoljno činitelja protuteže koji bi nadoknadili teškoće koje obrana trpi kao posljedicu prihvaćanja neprovjerenog iskaza, te koji bi osigurali da je suđenje u cjelini bilo pravično.

Pročitanom iskazu svjedoka nije se pristupilo s dovoljnim oprezom. Zbog nemogućnosti njegova ispitivanja na raspravi dokazu nije danja manja težina. Niti podupirući dokaz nije se u tom kontekstu ocijenio s potrebnim oprezom, jer je bila riječ o supruzi podnositelja koja je s obzirom na postupak razvoda i skrbništva mogla biti zainteresirana za ishod. Zato je njezinu pouzdanost trebalo cijeniti s posebnim oprezom. U biti, postojao je samo jedan činitelj protuteže, a to je činjenica da optuženik, na raspravi nije prigovarao pročitanom iskazu. Međutim, pored svih drugih okolnosti, a osobito činjenice da je podnositelj tražio neposredno ispitivanje svjedoka, taj jedan činitelj protuteže nije bio dovoljan.

Mjerila iz *Schatschaschwilia* su vrlo važna, jer se na temelju tih mjerila donosi odluka o tome je li povreda prava na konfrontaciju dovela do nepravičnosti postupka. Prema tim mjerilima treba ocijeniti:

(1) je li postojao valjan razlog za odsutnost svjedoka i zbog toga prihvaćanje neprovjerenog iskaza odsutnog svjedoka kao dokaza? Opće je pravilo (ne i apsolutno) da svjedok iskaz treba dati na suđenju. Zato sud mora poduzeti razumne napore kako bi osigurale prisutnost svjedoka, uključujući i međuna-

[24] Zaključak Su-IV-23/2020. od 17. prosinca 2020.; http://www.vsrh.hr/EasyWeb.asp?pcpid=2153

[25] *Puljić protiv Hrvatske*, zahtjev broj 46663/15., presuda od 8. listopada 2020., konačna istog dana

[26] *Schatschaschwili protiv Njemačke*, veliko vijeće, zahtjev broj 9154/10., presuda od 15. prosinca 2015.

rodnu pravnu pomoć. Sud mora imati valjanu činjeničnu ili pravnu osnovu zbog koje nije bio u stanju osigurati prisutnost svjedoka na suđenju. Sud treba imati na umu da omogućavanje prihvaćanja iskaza svjedoka u zamjenu za svjedočenje uživo na suđenju mora biti posljednja mjera.

(2) je li iskaz odsutnog svjedoka predstavljao jedini ili odlučujući temelj za optuženikovu osudu;

(3) je li bilo dovoljno činitelja protuteže koji bi nadoknadili teškoće koje obrana trpi kao posljedicu prihvaćanja neprovjerenog iskaza, te koji bi osigurali da je suđenje u cjelini bilo pravično. To uključuje ocjenu:

(a) pristupa raspravnog suda neprovjerenom iskazu;

(b) dostupnosti i snage daljnjih inkriminirajućih dokaza i

(c) postupovnih mjera koje su poduzete kako bi se nadoknadila nemogućnost izravnog ispitivanja svjedoka na suđenju.

Činitelje protuteže svakako treba povezati s standardima odlučivanja o dokaznim prijedlozima obrane, pogotovo ako su oni umjereni na osporavanje iskaza „neprovjerenog" svjedoka (svjedoka čiji iskaz nije konfrontiran). Za tu ocjenu mjerodavna su mjerila iz presude *Murtazaliyeva protiv Rusije* prema kojima treba ocijeniti: [27]

(1) je li zahtjev za ispitivanje svjedoka bio dostatno obrazložen i važan za predmet optužbe? Prijedlog je važan ako može utjecati na ishod suđenja ili se može opravdano očekivati da će osnažiti položaj obrane (*Murtazaliyeva*, odlomak 160.). Zahtjev mora biti obrazložen (zašto je važan). „Dostatnost" obrazloženja zahtjeva ovisi o okolnostima predmeta, uključujući mjerodavne odredbe domaćeg prava, fazu i tijek postupka, argumentaciju i strategije koje su stranke primijenile te njihovo ponašanje u postupku.

(2) jesu li domaći sudovi razmotrili važnost tog svjedočenja i naveli dostatno obrazloženje za svoju odluku da ne ispitaju svjedoka na suđenju? Važnost zahtjeva i dostatnost razloga određuju opseg i razinu detaljnosti odluke. Odluka o izvođenju dokaza je pitanje nacionalnog prava i ocjene nacionalnih sudova. Konvencija ne traži ispitivanje svakog predloženog svjedoka, ali traži pažljivu ocjenu svih bitnih pitanja. Prema tome, što su tvrdnje obrane snažnije i uvjerljivije, to pažljivija mora biti kontrola i uvjerljivije mora biti obrazloženje domaćih sudova ako odbiju zahtjev obrane.

(3) je li odluka domaćih sudova da ne ispitaju svjedoka narušila ukupnu poštenost postupka. Usklađenost s zahtjevima pravičnosti ispituje se na temelju ocjene postupka u cjelini, a ne na temelju izdvojenog razmatranja jednog određenog aspekta ili jednog određenog incidenta. Dakle, ocjenjuje se je li optuženik imao mogućnost učinkovito se braniti, očitovati o dokazima optužbe, izvoditi (predlagati) dokaze koje je smatrao važnima te iznijeti svoju verziju događaja.

4. *Šekerija protiv Hrvatske* (kazneni postupak zbog kaznenog djela zlouporabe opojnih droga iz članka 173. stavka 2. KZ/97.; prigovor zbog povrede načela jednakosti oružja i kontradiktornog suđenja u pogledu izvođenja dokaza; nepristranosti suca i nemogućnosti osiguranja svjedoka obrane pod istim uvjetima kao i svjedoka optužbe; ishod: nema povrede).[28] Presudu *Šekerija* treba detaljno raščlaniti. Prvo, zato što je to učinio i sam ESLJP koji je vrlo detaljno raščlanjivao svaki od niza prigovora podnositelja. Drugo, zato što treba usporediti presudu *Puljić* s presudom *Šekerija*. *Puljić* se tiče povrede zbog temeljenja osuđujuće presude na nekonfrotiranom dokazu (iskazu svjedoka kojeg obrana nije imala prilike ispitati niti jednom u postupku), a u odsutnosti dovoljnih činitelja protuteže. S druge strane, *Šekerija* se tiče i izostanka povrede unatoč temeljenju presude na inkriminirajućem ali nekonfrontiranom iskazu „svjedoka"[29] (u stvari suoptuženika) pred istražnim sucem, a ne na konfrontiranom, izmijenjenom i ekskulpirajućem iskazu s rasprave. Ove dvije presude jasno upućuju na pristup ESLJP-a u pogledu granica i opsega s jedne strane prava na konfrontaciju, a s druge strane pitanja ocjene vjerodostojnosti dokaza.

[27] *Murtazaliyeva protiv Rusije*, veliko vijeće, zahtjev 36658/05., presuda od 18. prosinca 2018. Standardi iz *Murtazaliyeve* primijenjeni su u presudi *Bosak protiv Hrvatske*, o kojoj smo pisali u radu Novije odluke sudova Vijeća Europe i Europske unije u predmetima iz kaznene grane sudovanja iz 2019. (dalje: prošlogodišnjem radu).

[28] *Šekerija protiv Hrvatske*, zahtjev broj 3021/14., presuda od 5. studenog 2020., konačna 5. veljače 2021.

[29] ESLJP pojam „svjedok" tumači autonomno i neovisno o nacionalnom zakonodavstvu. „Svjedok" je tako bilo koja osoba čiji iskaz može biti temelj za osudu (*Luca protiv Italije*), a pod taj pojam ulaze i vještaci (*Gregačević protiv Hrvatske*) i isprave (*Mirilashvili protiv Rusije*).

U *Šekeriji* je bila riječ o kupnji radi prodaje i prodaji kokaina trima kupcima: svjedocima D.N. i I.G. te suoptuženom Goranu Kovačeviću. Osuđujuća presuda temeljila se na iskazima svjedoka D.N. i I.G., iskazu suoptuženog Gorana Kovačevića danim pred istražnim sucem i ne postojanju hidrauličke dizalice ispod stubišta podnositeljeve kuću (za stiskanje smjese i povećanje volumena).

Podnositelj je prigovarao da postupak u kojem je osuđen nje bio pravičan. Iznio je niz prigovora:

a) prigovor povrede načela jednakosti oružja i kontradiktornog suđenja. ESLJP se bavio iskazima „svjedoka" na kojima se temeljila osuđujuća presuda.

U pogledu svjedoka I.G., podnositelj je prigovarao nezakonutosti njegovog ispitivanja na raspravi. Osporavao je kvalitetu iskaza svjedoka I.G. i D.N. te odluke o odbijanju dokaznih prijedloga kojima je želio osporiti pouzdanost tih svjedoka. U pogledu suoptuženog Gorana Kovačevića, podnositelj je prigovarao da se presuda temelji na iskazu koji je suoptuženik dao pred istražnim sucem pod prisilom, a ne na iskazu koji je suoptuženik dao na raspravi.

ESLJP je zaključak o izostanku povrede temeljio na sljedećim standardima:

Jednakost oružja, predstavlja zahtjev za svaka strana dobije razumnu priliku iznijeti svoje argumente u predmetu u uvjetima koje je ne stavljaju u nepovoljan položaj vis-à-vis protivnika.

Kontradiktornost postupka zahtijeva mogućnost da stranke imaju mogućnost saznati za podnesena očitovanja i dokaze druge strane te da na njih imaju mogućnost iznijeti svoje primjedbe.

Članak 6. ne postavlja nikakva pravila o dopuštenosti dokaza pa dopuštenost (zakonitost) pojedinih dokaza određuju nacionalni zakoni. Sud procjenjuje je li postupak u cjelini bio pošten. U tom je smislu prema mjerilima iz presude Bykov protiv Rusije potrebno utvrditi:[30]

(1) „nezakonitost" te ako je riječ o povredi nekog konvencijskog prava, prirodu te nezakonitosti. Dokazi pribavljeni zlostavljanjem, protivno članku 3. Konvencije, postupak čine automatski nepravičnim,

(2) kvalitetu pojedinog dokaza (autentičnost, pouzdanost i točnost),

(3) poštivanje prava obrane, mogućnost osporavanja autentičnosti dokaza i osporavanja upotrebe dokaza te

(4 važnost dokaza u konkretnom predmetu.

U Šekeriji, na temelju naprijed navedenih standarda, ESLJP je zaključio:

U pogledu svjedoka I.G.:

Utemeljenost presude na iskazu svjedoka I.G. nije dovela u pitanje pravičnost postupka. Ispitivanje nije bilo posve u skladu s odredbama ZKP/97., ali nije predstavljalo povredu konvencijskog prava. Iskaz je imao potrebnu kvalitetu, a obrana je imala mogućnost osporavati upotrebu dokaza, ali u tome nije uspjela.

Naime, svjedok je bio ispitan protivno članku 327. ZKP/97., jer je njaprije bio pročitan zapisnik o njegovom ispitivanju, a tek potom ispitan. Žalbeni je sud taj prigovor ispitao i zaključio da ta pogreška nije utjecala na presudu. ESLJP je taj zaključak prihvatio iz više razloga. Svjedok je bio ispitan na raspravi, odgovarao je na brojna pitanja, sud i stranke mogli su promatrati njegovo ponašanje, a pored toga, na ispitivanju kod istražnog suca bio je prisutan i podnositeljev branitelj. Pod pretpostavkom da je točan daljnji prigovor podnositelja da je raspravni sud propustio navesti u zapisniku o ispitivanju da je svjedok prvo odbio odgovarati na pitanja obrane, ostaje činjenica da je na kraju odgovarao na brojna pitanja podnositelja i njegovog branitelja.

Niti kvaliteta iskaza nije upućivala na povredu. Naime, obrana je osporavala pouzdanost svjedoka zbog njegovog psihičkog stanja za koje je predlagala vještačenje, a u prilog svojih tvrdnji dostavila je nalaz izrađen u drugom predmetu. ESLJP je najprije ocijenio sadržaj iskaza te nije uočio proturječnosti. Potom je prihvatio zaključak raspravnog suda da nije bilo potrebno vještačiti zdravstveno stanje svjedoka. ESLJP je istaknuo da je sud bio u mogućnosti promatrati njegovo ponašanje i stvoriti dojam o njegovoj psihičkoj stabilnosti i pouzdanosti. Upravo na tim razlozima, uz zaključak da je iskaz svjedoka bio detaljan, logičan, životan i u skladu s drugim dokazima, raspravni je sud temeljio odluku o odbijanju prijedloga za vještačenjem svjedoka I.G.

[30] *Bykov protiv Rusije*, veliko vijeće. zahtjev broj 4378/02., presuda od 10. ožujka 2009.

U pogledu svjedoka D.N.:

Niti utemeljenost presude na iskazu svjedoka D.N. nije dovela u pitanje pravičnost postupka. Unatoč nepodudarnosti iskaza u pogledu razdoblja u kojem je svjedok kupovao drogu od podnositelja, iskaz je imao potrebnu kvalitetu. Obrana je imala mogućnost osporavati upotrebu dokaza, a odluka o odbijanju dokaznih prijedloga obrane nije umanjila pravičnost postupka.

Obrana je osporavala pouzdanost svjedoka, tvredeći da je na njegov iskaz utjecala policija. Naime, svjedoku D.N. bila je osigurana zaštita zbog pritisaka trećih osoba u pogledu svjedočenja. Međutim, podnositelj za svoje tvrdnje nije predlagao nikakve druge dokaze osim svjedoka R.Č. čiji iskaz kazneni sud nije prihvatio. Obrazloženje kaznenog suda ESLJP nije našao nerazumnim jer se iskaz svjedoka R.Č. svodio na prepričavanje onoga što je čuo od svjedoka D.N., a to je D.N. osporio. Iskaz je također bio suprotan obrani suoptuženika Gorana Kovačevića.

Nadalje, obrana je isticala da je iskaz svjedoka D.N. bio nedosljedan. ESLJPje račlanjivao nedosljednosti iskaza svjedoka. Utvrdio je manje nedosljednosti u pogledu iskaza o tome tko je kupac nekretnine koju je prodao (nesporno je da je to bila podnositeljeva sestra). Zaključio je da one ne utječu na pouzdanost svjedoka u pogledu iskaza o kupnji kokaina od podnositelja. Osim toga, ESLJP je uočio veću nedosljednost u pogledu razdoblja kupovanja kokaina u iskazu pred istražnim sucem i u iskazu sa rasprave. Osuda odgovara iskazu kod istražnog suca. Oba iskaza u većem ili manjem opsegu obuhvaćaju i vrijeme tijekom kojega se svjedok, inače lišen poslovne sposobnosti, nalazio na liječenju i nije konzumirao drogu. Međutim, ESLJP je zaključio da dokazna vrijednost iskaza svjedoka nije umanjena jer je prihvaćen za podnositelja povoljniji iskaz. Iskaz u dijelovima odnosa s podnositeljem i konzumiranja kokaina poduprijet je drugim dokazima. Zato odbijanje dokaznih prijedloga pribavljanja odluke o lišenju poslovne sposobnosti i podacima o liječenju svjedoka nije dovela u pitanje poštenost postupka.

U odnosu na iskaz suoptuženika Gorana Kovačevića:

Niti utemeljenost presude na iskazu suoptuženika Gorana Kovačevića danim pred istražnim sucem, a ne onim s rasprave nije povrijedila zahtjeve pravičnosti. Raspravni je sud smatrao iskaz s rasprave nevjerodostojnim i usmjerenim na pomoć podnositelju. Konkretno, Goran Kovačević je prilikom ispitivanja kod istražnog suca priznao djelo i teretio podnositelja, a tom prilikom nije imao branitelja iako je primio pouku o pravu na branitelja. Suoptuženik Goran Kovačević je također podnio zahtjev ESLJP-u tvrdeći da je bio zlostavljan u policiji koja mu je, slično kao u predmetu *Dvorski,*[31] uskratila pristup branitelju kojeg je angažirala njegova sestra, a da je priznanje kod istražnog suca uslijedilo kao posljedica prisile. ESLJP je u povodu tog zahtjeva donio presudukojom je presudio da pravo na branitelja nije bilo povrijeđeno, a prigovor u pogledu policijskog zlostavljanja bio je odbačen kao očito neosnovan.[32] ESLJP je stoga ocijenio da ispitivanje Gorana Kovačevića pred istražnim sucem nije bilo „nezakonito". Stoga je ESLJP ocjenjivao je li temeljenje presude na iskazu kod istražnog suca, a ne na sadržajno različitom iskazu sa rasprave bilo sukladno Konvenciji. ESLJP je istaknuo da je svjedok bio konfrontiran jer je obrana pravo na unakrsno ispitivanje ostvarila na raspravi. Prema tome, prava obrane su bila poštivana. S druge strane, u kaznenom postupku, sud je trebao odlučiti koja verzija iskaza je vjerodostojna. Tu odluku donio je nakon što je na raspravi mogao slušati i promatrati iskaz suoptuženog Gorana Kovačevića. Ocjena dokaza prije svega je ne sudu koji vodi postupak. ESLJP se u zaključak o vjerodostojnosti upušta samo ako upućuje na proizvoljnost ili očitu nerazumnost, a tome ovdje nije bila riječ. Zato je ESLJP prihvatio razloge zbog kojih je sud kao vjerodostojan prihvatio iskaz kod istraženog suca, a ne onaj dan na raspravi.

b) podnositelj je prigovarao da se presuda temeljila na nezakonitima dokazima – službenim bilješkama na koje tijekom postupka nije mogao davati primjedbe. Naime, u prvostupanjskoj je presudi bilo navedeno da se „iz spisa vidi da je pred policijom bilo pozivano još dosta ljudi, svjedoka, koji su govorili jedno tamo, a drugo pred istražnim sucem". ESLJP je pregledao spis te je utvrdio da je još istražni sudac većim dijelom izdvojio te bilješke, no da je nekoliko bilješki izdvojio tek raspravni sud, pri čemu te bilješke nisu bile izdvojene u poseban omot te su se nalazile u spisu. ESLJP ih je pročitao i zaključio da su ili bile nevažne ili nisu mogle

[31] *Dvorski protiv Hrvatske*, veliko vijeće. 25703/11., presuda 20. listopada 2015.

[32] *Goran Kovačević protiv Hrvatske*, zahtjev broj 34804/14 od 12. travnja 2018. – nije došlo do povrede članka 6. stavka 1. i 3. točke c) Konvencije dok je zahtjev podnositelja zbog povrede članka 3. Konvencije u materijalnom i postupovnom aspektu proglašen nedopuštenim jer su prigovori bili očito neosnovani.

utjecati na podnositeljev položaj u postupku. Nadalje, ESLJP je imao na umu i obrazloženje žalbenog suda koji je smatrao da prvostupanjski sud pod riječima „dosta ljudi" misli na pretežno na one dokaze koje je izveo na raspravi, dakle na iskaze ispitanih svjedoka, a ne na neke „neidentificirane svjedoke" kako je to navedeno u žalbi. S tim mišljenjem ESLJP se nije u potpunosti složio jer je jedino suoptuženi Goran Kovačević promijenio iskaz, pa se „mnogo ljudi" očito ne odnosi samo na njega. ESLJP zaključuje da se prema podacima spisa i sadržaju žalbe moglo zaključiti da se podnositelj sumnjičio za još prodaja droge drugim kupcima za koje međutim nije bio optužen. Naime, upravo je podnositelj problematizirao da ga je jedan kupac teretio pred policijom, ali ne i kod istražnog suca. ESLJP zato zaključuje da se riječi „mnogo ljudi" odnose na takve osobe, a to nije dovelo u pitanje pravičnost postupka, jer podnositelj nije bio optužen za prodaju droge tim osobama, iskazi tih osoba nisu bili pročitani na suđenju niti su te osobe bile ispitane na suđenju.

Stoga je ESLJP zaključio da se presuda ne temelji na bilješkama koje nisu mogle služiti kao dokaz, nego na podacima iz spisa koji su bili poznati obrani koja se na njih djelomično i pozivala, a to nije narušilo pravičnost postupka u cjelini.

c) Podnositelj je dalje prigovarao pristranosti raspravnog suda. Smatrao je da je raspravni sudac pročitao službene bilješke koje su trebale biti izdvojene iz spisa i da je to utjecalo na njegovu nepristranost. Također je presuda svojim izričajem upućivala na vrlo negativni subjektivni doživljaj podnositelja od strane suda. ESLJP međutim utvrđuje da je presuda na vrlo životan i izričit način navela razloge zbog kojih nije prihvaćena podnositeljeva obrana kao istinita. Te je razloge ESLJP prihvatio ne našavši u njima postojanje predrasude. Osim toga, djelove obrazloženja koji su potencijalno mogli upućivati na tvrdnje o predrasudi sanirao je žalbeni sud. Naime, žalbeni je sud presudio da određene okolnosti nije trebao cijeniti otegotnima (npr. pritisak na svjedoka koji nije ostvario podnositelj; odnos prema sudu trebao se rješavati disciplinskim mjerama). Konačno, u odnosu na službene bilješke, ESLJP upućuje na prije izneseni zaključak u tom pogledu, dakle da te bilješke ili nisu u spisu ili ne sadrže podatke koji bi mogli biti štetni za podnositeljev položaj na suđenju.

d) Naposljetku, podnositelj je osporavao odluku o odbijanju dokaznih prijedloga, zbog nedostatka potrebnog obrazloženja. No ESLJP je tu odluku primjenom mjerila iz *Murtazaliyeve* ocijenio primjerenim.

Zaključno, ESLJP je, na temelju detaljne raščlambe podnositeljevih prigovora utvrdio da svi prigovori, osim prigovora koji se tiče informacije o različitima iskazima „mnogih ljudi", ne otvaraju problem pravičnosti. Upotreba podatka koji nije bio ispitan tijekom suđenja u kontradiktornom postupku bila je pogrešna, ali s obzirom na to da je podatak u spisu i poznat obrani koja se na nju djelomično pozivala, nije narušila pravičnost postupka u cjelini.

5. *Vučinić protiv Hrvatske* (članak 6. stavci 1. i 3. točke c i d Konvencije, prekršajni postupak, prometni prekršaj, prigovor povrede prava na materijalnu obranu i prava na konfrontaciju, ishod prijateljska nagodba).[33]

6. *Ivanošić protiv Hrvatske* (članak 6. stavci 1. i 3. točke c i d Konvencije, prekršajni postupak, prometni prekršaj, prigovor povrede prava na materijalnu obranu i prava na konfrontaciju, osporavanje zakonitosti izdanog prekršajnog naloga; ishod: brisanje zahtjeva s liste predmeta zbog prijateljske nagodbe).[34]

7. *Zelić protiv Hrvatske* (članak 6. stavci 1. i 3. točka d) Konvencije; prigovor zbog povrede prava na konfrontaciju u prekršajnom postupku; ishod: povreda).[35]

8. *Petrović protiv Hrvatske* (članak 6. stavci 1. i 3. točka d) Konvencije; prigovor zbog povrede prava na konfrontaciju u prekršajnom postupku; ishod: povreda).[36]

9. *Domac protiv Hrvatske* (članak 6. stavci 1. Konvencije; prekršajni postupak; odbijanje dokaznih prijedloga obrane; ishod: brisanje s liste predmeta jer podnositelji nisu poduzeli potrebnu procesnu radnju.)[37]

10. *Ivančić i Tvornica cementa Umag* (članak 6. stavak 1. Konvencije; *kazneni postupak zbog kaznenog djela izvođenja rudarskih radova bez potrebite koncesije dovršen odbijanjem optužbe zbog zastare; ishod: odluka o ne-*

[33] *Vučinić protiv Hrvatske*, zahtjev broj 25946/18., odluka od 3. ožujka 2020. Ovaj predmet se odnosi na prekršajni postupak, a u predmetu je postignuta prijateljska nagodba. Iz dopisa kojim je ESLJP komunicirao predmet prema Uredu zastupnice razvidno je da je prekršajni sud u svojoj odluci naveo da je podnositeljica djelo priznala, iako je ona u prigovoru protiv prekršajnog naloga osporavala i krivnju i kaznu zbog prekršaja zbog kojeg je proglašena krivom.

[34] *Ivanošić protiv Hrvatske*, zahtjev 35465/18., odluka od 15.9.2020.

[35] *Zelić protiv Hrvatske*, zahtjev 35375/15, presuda od 10. prosinca 2020., konačna istog dana.

[36] *Petrović protiv Hrvatske*, zahtjev 63093/16., presuda od 10. prosinca 2020., konačna istog dana.

[37] *Domac protiv Hrvatske*, zahtjev 44112/16., odluka od 19. studenog 2020..

dopuštenosti zahtjeva).[38] ESLJP je odbacio zahtjev podnositelja jer je kazneni postupak dovršen donošenjem odbijajuće presude, pa podnositelji nemaju status žrtve povrede Konvencije. Zbog toga je zahtjev nespojiv *rationae persone* s odredbama Konvencije.

11. *Šarić protiv Hrvatske* (članak 6. stavci 1. i 3. točka b) Konvencije; prigovor povrede prava na primjereno vrijeme za pripremanje obrane nakon izmjene optužnice; ishod postupka: zahtjev proglašen nedopuštenim jer je prigovor podnesen nepravovremeno, nakon proteka roka 6 mjeseci nakon što je podnositeljev branitelj primio konačnu odluku protiv koje nema pravnog lijeka).[39]

12. *Mraović protiv Hrvatske* (Članak 6. stavak 1. Konvencije; prigovor podnositelja, optuženika u kaznenom postupku zbog kaznenog djela silovanja, zbog isključenja javnosti unatoč tome što je žrtva davala intervjue medijima; ishod: predmet brisan s liste). Iako je podnositelj najprije tražio isključenje javnosti, na ponovljenom je suđenju nakon ukinute oslobađajuće presude, protivio se isključenju javnosti tj. tražio je da suđenje bude javno. ESLJP je prvo u vijeću presudio da je isključenje javnosti bilo zakonito, da se temeljilo na odredbama ZKP/97., da je odluku o isključenju javnosti preispitao i žalbeni sud te da je odluka imala za cilj zaštitu privatnog života žrtve. Objava presude bila je javna, a prenijeli su je brojni mediji. To je omogućilo kontrolu javnosti nad radom pravosuđa. Iako je žrtva u nekoliko navrata dala intervju novinarima, tada je mogla kontrolirati koje će podatke podijeliti s javnosti, dok je na suđenju to nije mogla. Niti djelomično isključenje javnosti ne bi dovoljno zaštititlo žrtvu, jer intimni podaci o životu žrtve mogu biti otkriveni bilo kada, a ne samo tijekom ispitivanja žrtve. Osim toga, pozitivne obveze tražile su zaštitu od sekundarne viktimizacije. Zato je osnovano javnost bila isključenja tijekom cijelog postupka.[40]

S presudom *Mraović* treba povezati presudu *N.Š. protiv Hrvatske* o kojoj će biti riječi kasnije, a koja se tiče slobode izražavanja.[41] Naime u presudi *N.Š.* ESLJP se bavio i pitanjem isključenja javnosti, o čemu nije konačno odlučio, jer je zaključak o povredi utemeljio na drugim razlozima. Međutim problematizirao je „zakonitost" automatskog isključenja javnosti u upravnom postupku radi dodjeljivanja skrbništva u kontekstu ustavne odredbe iz članka 117. stavka 2. Ustava Republike Hrvatske, prema kojoj svaka odluka o isključenju javnosti mora biti utemeljena na ocjeni nužnosti i razmjernosti. Iako ESLJP u pravilu prihvaća da je nužno zaštititi određene kategorije osoba, poput djece ili žrtava seksualnog nasilja, ipak naglašava da odluke o isključenju javnosti moraju biti podložne kontroli. Naime, javnost postupka važno je pravo obrane.

Stoga, presude *Mraović* i *N.Š.* treba imati na umu prilikom primjene članka 388. stavka 1. ZKP/08. (situacije „automatskog" isključenja javnosti). Iz *Mraovića* se može zaključiti da su obrazlaganje i preispitivanje odluke o isključenju javnosti utjecali na zaključak o izostanku povrede u presudi vijeća, a Veliko vijeće nije smatralo potrebnim dalje ispitivati predmet jer se problematizirala primjena zakona, a ne zakon kao takav niti njegove izmjene. Osim toga, odluke u *Mraoviću* donesene su na temelju članka 293. ZKP/97. koji nije propisivao situacije u kojima bi javnost automatski trebalo isključiti. U presudi *N.Š.* ESLJP se nije izjasnio o tome je li automatsko isključenje javnosti u upravnom postupku bilo „zakonito", ali je uputio na odredbe Ustava Republike Hrvatske kao i konvencijske standarde u tom pogledu. Stoga, uzimajući u obzir sve navedeno, čini se da bi konvencijski bilo pravilno kada je riječ o isključenju javnosti bez suglasnosti obrane obrazložiti zašto se smatra da je takvo isključenje nužno i razmjerno okolnostima predmeta.

13. *Miljević protiv Hrvatske* (Članak 6. stavak 1. Konvencije; prigovor povrede prava na nepristran sud zbog prethodnog sudjelovanja sutkinje u odvojenom kaznenom postupku; ishod postupka: prigovor očito neosnovan).[42] U *Miljeviću*, u žalbenom dijelu postupka zbog klevete odlučivala je sutkinja koja je bila članica vijeća u drugom postupku zbog ratnog zločina u kojem je podnositelj u završnom govoru, prema optužbi, oklevetao privatnog tužitelja. Iako je u postupku zbog klevete podnositelj predlagao ispitivanje sutkinje, ona nije bila niti pozvana niti ispitana kao svjedokinja pa nisu postojali razlozi za njezino izuzeće. Međutim,

[38] *Ivančić i Tvornica cementa Umag*, zahtjev broj 51616/11. odluka od 24. ožujka 2020.

[39] *Šarić protiv Hrvatske*, zahtjev broj 2893/17., odluka od 17. studenog 2020.

[40] *Mraović protiv Hrvatske*, zahtjev broj 30373/13., presuda od 14. svibnja 2020. Na zahtjev podnositelja, Veliko je vijeće 12. listopada 2020. dopustilo preispitivanje presude, ali je presudom od 9. travnja 2021. zahtjev podnositelja „brisan" (*striking out* s liste predmeta Velikoga vijeća jer daljnje razmatranje nije opravdano (podnositelj zahtjeva je umro, bliski članovi obitelji nisu nastavili postupak, a poštivanje ljudskih prava ne zahtijeva nastavljanje razmatranje predmeta. Naime, zahtjev se nije temeljio na sadržaju odredbi zakona, nego na načinu na koji je zakon bio primijenjen).

[41] *N.Š. protiv Hrvatske*, zahtjev broj 36908/13., presuda od 10. rujna 2020., konačna 10. prosinca 2020.

[42] *Miljević protiv Hrvatske*, zahtjev broj 68317/13., presuda od 25. lipnja 2020., konačna 25. rujna 2020.

podnositelj nije tražio otklon sutkinje, iako je njegov branitelj bio prisutan na žalbenoj sjednici vijeća te je izjavio da nema primjedbi na sastav vijeća. Dakle, podnositelj nije iskoristio priliku za „uklanjanje njegove zabrinutosti zbog nedostatka pristranosti sutkinje" tj. nije podnio zahtjev za otklon, a nije ponudio nikakav relevantan razlog za taj propust.

→ **Članak 7. Konvencije (nema kazne bez zakona):**

1. *Begović protiv Hrvatske* (pravni kontinuitet: zlouporaba položaja i ovlasti – članak 215. stavci 1., 3. i 5. KZRH – članak 337. stavci 1. 3. i 4. KZ/97. – članak 246. stavci 1. i 2. KZ/11.; prigovor povrede načela zakonitosti zbog osude na temelju KZ/11.; ishod postupka: zahtjev nedopušten, prigovor očito neosnovan).[43]

U ovome predmetu ESLJP tumači standarde načela zakonitosti prema Konvenciji. Članak 7. stavak 1. Konvencije jamči načelo zabrane retroaktivnosti strožih kaznenih zakona i slijedom toga načelo retroaktivnosti blažeg kaznenog zakona (uključujući i interimne zakone). Prekvalifikacija optužbi u slučaju sukcesije kaznenih zakona, konvencijski je prihvatljiva, ako je provedena u skladu s gore navedenim općim načelima. Pritom se ESLJP ne bavi formalnim kvalifikacijama ili imenima danim kaznenim djelima prema domaćem zakonu. Osim toga, utvrđivanje činjenica i tumačenje domaćeg prava je prije svega stvar nacionalnih sudova, a ESLJP ispituje je li takvo tumačenje proizvoljno i očito nerazumno te u pogledu članka 7. postoji li istovremeno pravna osnova za osuđujuću presudu i je li ishod u skladu s člankom 7. Konvencije (zabranom retroaktivnosti i obvezom primjenom najblažeg zakona).

Podnositelj je problematizirao postojanje pravne neprekinutosti između KZRH koji je važio u vrijeme počinjenja djela, KZ/97. prema kojem je ga je osudio prvostupanjski sud te KZ/11. koji je stupio na snagu nakon prvostupanjske presude i prema kojem je ga je osudio drugostupanjski sud. ESLJP je u *Begoviću* raščlanio: mjerodavne odredbe KZRH, KZ/97. i KZ/11.; činjenicu da podnositelj zahtjeva nije osporio da su njegova djela predstavljala kazneno djelo prema KZRH-u čiju predvidljivost i dostupnost nije osporio; tekst Konačnog prijedloga KZ/11. u kojem je bilo sadržano objašnjenje u vezi kontinuiteta odredbi članka 246. KZ/11. i članka 337. KZ/97.; praksu Vrhovnog suda Republike Hrvatske prema kojoj je visina pribavljene imovinske koristi bila presudno mjerilo za odluku o tome koji je zakon blaži; ali i kritiku Ustavnog suda u pogledu te prakse izražene u odluci U-III-4149/2014[44] Ocjenjujući sve naprijed navedeno, ESLJP je ocijenio da osuda podnositelja nije bila u suprotnosti s člankom 7. Konvencije pa je prigovor podnositelja ocijenjen kao očito neosnovan.

2. *Pantalon protiv Hrvatske* (prekršajni postupak, prigovor zbog osude na temelju tumačenja pojam „oružje" iz Zakona o oružju na štetu podnositelja, povreda članka 7. Konvencije)[45].

U ovome predmetu ESLJP tumači da članak 7. Konvencije sadržava načelo *lex stricta* prema kojem se kazneno pravo ne smije široko tumačiti na štetu okrivljenika u mjeri u kojoj bi to tumačenje predstavljalo zaključivanje po analogiji. Tumačenje koje je temelj za osudu treba biti predvidljivo.

ESLJP je presudio da su prekršajni sudovi *contra legem* i time nepredvidljivo tumačili mjerodavne odredbe Zakona o oružju na štetu podnositelja zahtjeva. Naime, u prekršajnom se postupku podnositelj poziva na članak 4. tada važećeg Zakona o oružju te se branio da podvodna puška nije oružje. Prekršajni sudovi presudili su da je podvodna puška oružje u smislu članka 5. točke 16. Zakona o oružju.[46] Odredba na koju se pozivao podnositelj odnosila se na podvodne puške sa snagom opruge, a odredba na temelju koje je bio osuđen odnosila se na oružje s tetivom. ESLJP je posebno naglasio da sudovi nisu pregledali pušku, niti fotografije puške, a da je ona bila je pronađena u prtljažniku zajedno s drugom opremom za plažu. ESLJP-u nije bila niti predočena stabilna sudska praksa prema kojoj su se podvodne puške smatrale oružjem. Prigovor Vlade da je podnositelj trebao na graničnom prijelazu obavijestiti policajce da unosi podvodnu pušku odbačen je kao

[43] *Begović protiv Hrvatske*, zahtjev broj 52204/14., odluka od 3. ožujka 2020.

[44] U-III-4149/2014., Ivo Sanader, odluka od 24. srpnja 2015. (točke 47. -75. odluke).

[45] *Pantalon protiv Hrvatske*, zahtjev proj 2953/14., presuda od 19. studenog 2020., konačna 19. veljače 2021.

[46] Zakon o oružju iz presude Pantalon više nije na snazi. U međuvremenu je stupio na snagu Zakon o nabavi i posjedovanju oružja građana („Narodne novine" 94/18. i 42/20.), koji razlikuje oružje s tetivom čija je sila natega veća odnosno manja od 450 N. Međutim zakon primijenjen u Pantalonu (NN 63/07.-94/18.), nije bio tako jasan: u članku 4. bilo je propisano: „U smislu ovoga Zakona ne smatra se oružjem: …., podvodne puške i drugi predmeti koji snagom opruge, napete gume ili stlačenog plina izbacuju osti ili harpun koji su isključivo namijenjeni ribolovu (podvodno oružje), …. a člankom 5. točkom 16.: „Pojedini pojmovi upotrijebljeni u ovom Zakonu imaju sljedeće značenje: …. 16) Oružje s tetivom su lukovi, samostreli i druge naprave koje snagom napete tetive potiskuju strijelu ili drugi projektil. …

neosnovan. Prema ESLJP-u niti jedna osoba ne bi trebala biti prisiljena nagađati, uz rizik osude, je li njezin postupak zabranjen ili ne niti biti izložena neopravdano širokoj diskreciji mjerodavnih tijela.

→ **Članak 10. Konvencije (sloboda izražavanja):**

1. *Miljević protiv Hrvatske (osuda zbog klevete prema KZ/97., zbog riječi koje je podnositelj kao optuženik izgovorio završnom govoru; ishod: povreda).*

2. *N. Š. protiv Hrvatske (osuda zbog kaznenog djela otkrivanja tajnosti podataka o identitetu djevojčice koji je već od ranije bio poznat javnosti; ishod: povreda).*

3. *Tölle protiv Hrvatske (osuda zbog uvrede iz KZ/97. zbog riječi izgovorenih u radijskoj emisiji kao reakcije na ranije dan intervju; ishod: povreda).*[47]

Prije iznošenja bitnih činjenica gore navedenih predmeta treba ponoviti mjerila koja ESLJP primjenjuje u predmetima koji se odnose na slobodu izražavanja.

Sloboda izražavanja predstavlja jedno od temeljnih načela demokratskog društva i jedan od osnovnih uvjeta za njegov napredak i za ispunjenje svakog pojedinca. Pravo na slobodu izražavanja odnosi se ne samo na „informacije" ili „ideje" koje su blagonaklono prihvaćene ili se ne smatraju uvredljivima ili ne izazivaju nikakvu reakciju, nego i na one koje vrijeđaju, šokiraju ili uznemiruju. To zahtijevaju pluralizam, tolerancija i slobodoumlje bez kojih nema „demokratskog društva".[48] Ipak, govor koji je nespojiv s vrijednostima navedenim u Konvenciji i zajamčenim Konvencijom nije zaštićen člankom 10. na temelju članka 17. Odlučujući element je jesu li te izjave usmjerene protiv temeljnih vrijednosti Konvencije, primjerice, poticanjem mržnje ili nasilja, te je li se, dajući izjavu, autor htio pozvati na Konvenciju kako bi se upustio u neku djelatnost ili izvršio neke činove s ciljem uništenja prava i sloboda zajamčenih Konvencijom. Ipak, članak 17. Konvencije se treba primjenjivati samo iznimno i u ekstremnim situacijama.[49] Također, članak 10. Konvencije, međutim, ne jamči potpuno neograničenu slobodu izražavanja čak i kada je riječ o izvještavanju o sadržajima od ozbiljnog javnog interesa o osobama u politici. Prema uvjetima iz stavka 2. toga članka, ova sloboda nosi sa sobom „dužnosti i odgovornosti". Zbog toga, ostvarivanje slobode izražavanja može biti podvrgnuto formalnostima, uvjetima, ograničenjima ili kaznama propisanima zakonom, koji su u demokratskom društvu nužni. Ta ograničenja moraju biti strogo tumačena, a potreba za njima mora biti uvjerljivo utvrđena.[50]

U tom kontekstu, ESLJP uvijek ocjenjuje:

a) Je li došlo do miješanja u slobodu izražavanja?
   Osuda zbog kaznenog djela kao i kažnjavanje zbog nepoštivanja suda u vezi sa ostvarivanjem slobode izražavanja predstavljaju miješanje u tu slobodu.
b) je li miješanje bilo predviđeno zakonom?
   Osim postojanja zakona, ESLJP ispituje prema potrebi i kvalitetu zakona (osobito predvidljivost i jasnoću).
c) je li miješanje služilo legitimnom cilju?
   Legitimni ciljevi propisani su člankom 10. stavkom 2. Konvencije.[51] Najčešće će to biti „zaštita ugleda ili prava drugih", a također i „očuvanje autoriteta i nepristranosti sudbene vlasti". Legitimni cilj „zaštite ugleda i časti u stvari" potpada pod doseg članka 8. Konvencije (prava na privatnost).
d) je li miješanje bilo nužno u demokratskom društvu?

---

[47] *Tölle protiv Hrvatske*, zahtjev broj 41987/13., presuda od 10. prosinca 2020., konačna istog dana.

[48] *Handyside protiv the Ujedinjenog Kraljevstva* (7 prosinca 1976., Serija A br. 24), *Stoll protiv Švicarske*, veliko vijeće, zahtjev broj 69698/01., *Animal Defenders International protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, veliko vijeće, zahtjev broj 48876/08.

[49] *Šimunić protiv Hrvatske*, 20373/17, 22. siječnja 2019. i tamo navedene odluke. Primjerice, ESLJP je u odluci *Garaudy v. France* (zahtjev broj 65831/01.) proglasio prigovor podnositrelja zbog povrede članka 10. Konvnecije nespojivim *rationae materiae* s tom odredbom jer je njezinu primjenu isključiila primjena članka 17. Konvencije. U predmetu je bila riječ o osudi zbog negiranja nacističkih zločina i holokausta. ESLJP je smatrao da su sadržaj i cilj knjige bili izrazito revizionistički i stoga u suprotnosti s temeljnim vrijednostima Konvencije i demokracije, pravdom i mirom. Podnositelj se u stvari koristio pravom na slobodu izražavanja u svrhu koja je bila u suprotnosti s tekstom i duhom Konvencije.

[50] Vidi bilješku 48.

[51] Legitimni ciljevi navedeni u toj odredbi su interesi državne sigurnosti, teritorijalne cjelovitosti ili javnog reda i mira, sprječavanje nereda ili zločina, zaštita zdravlja ili morala, zaštita ugleda ili prava drugih, sprječavanje odavanja povjerljivih informacija ili očuvanje autoriteta i nepristranosti sudbene vlasti.

Test nužnosti u demokratskom društvu zahtjeva da sud utvrdi je li ograničenje slobode izražavanja prijeko društveno potrebno i je li ono razmjerno legitimnom cilju te da za ograničenje navede važne i dostatne razloge. Mjerila za ocjenu pravične ravnoteže između prava na slobodu izražavanja (članak 10.) i prava na poštivanje privatnosti (članak 8.) su:[52]

- je li riječ o raspravi od javnog interesa;
- osobne okolnosti na strani osobe o kojoj je riječ: koliko je poznata javnosti; što je predmet izjave;
- prethodno ponašanje osobe o kojoj je riječ; pri čemu ako je osoba stupila u javnu arenu treba imati na umu da su pravo na ispravak ili odgovor važni elementi prava iz članka 10. Konvencije
- način pribavljanja informacije i metode prikupljanja informacija i njihova provjerljivost;
- sadržaj, forma i posljedice objavljene informacije. Ovo mjerilo uključuje ocjenu naravi i konteksta osporenih izjava: je li riječ o činjeničnim izjavama ili vrijednosnom sudu.[53] Postojanje činjenica može se dokazati, ali istinitost vrijednosnih sudova nije dokaziva (zahtjev za dokazivanjem istinitosti vrijednosnog suda doveo bi do povrede članka 10.). Kod vrijednosnog suda razmjernost ograničenja slobode izražavanja može ovisiti o tome postoji li dostatna činjenična osnova koja te sudove podržava. U suprotnome se ti sudovi mogu smatrati pretjeranima. Za razlikovanje činjeničnih izjava od vrijednosnih sudova treba uzeti u obzir okolnosti svakog slučaja i „opći ton" (*general tone*) izjave. Tvrdnje o temama od javnog interesa u pravilu će biti vrijednosni sudovi, a ne izjave o činjenicama. Treba razlikovati kritiku i uvredu: ako je jedina namjera bilo kojeg oblika izražavanja uvreda, onda odgovarajuća sankcija načelno neće predstavljati povredu članka 10. Konvencije.
- ozbiljnost dosuđene sankcije i obeshrabrujući učinak (tzv. *chilling effect*) u vidu straha od sankcija zbog ostvarivanja slobode izražavanja.

U predmetu *Miljević* predmet klevete bile su optužbe o politički montiranom procesu koji je potaknuo privatni tužitelj koji je utjecao na svjedoke. Tvrdnje su izrečene u završnom govoru u kaznenom postupku protiv podnositelja zbog ratnog zločina. Pritom je podnositelj nakon spornog govora bio nepravomoćno proglašen krivim, a na ponovljenom suđenju oslobođen od optužbi. Prema tome, u Miljeviću već se na prvu ističe kolizija prava iz članaka 10. (pravo na slobodu izražavanja), 8. (pravo na privatnost) i 6. (pravo na pravično suđenje). U tom kontekstu, ESLJP ističe da izjave optuženika u kaznenom postupku uživaju vrlo visok prag zaštite tj. da sloboda izražavanja postoji dokle god optuženik ne daje izjave kojima namjerno izaziva lažnu sumnju u ponašanje neke osobe (ne štite se „zlonamjerne optužbe").

Osuđujuća se presuda zbog klevete temeljila na utvrđenjima da je podnositelj izrekao sporne riječi, da su te riječi bile neistinite, da cilj tih riječi nije bila obrana u kaznenom postupku nego ocrnjivanje privatnog tužitelja te da su te riječi povrijedile čast i ugled privatnog tužitelja. Nasuprot tomu, ESLJP je proveo svoj test te ocijenio da je osuda predstavljala miješanje u pravo podnositelja na slobodu izražavanja; da je miješanje bilo zakonito; da je miješanje služilo legitimnom cilju, ali da nije bilo nužno u demokratskom društvu. Naime, podnositelj je kao optuženik imao pravo nesmetano iznijeti vlastitu verziju događaja i dovesti u sumnju pouzdanost dokaza. Prema tome, tvrdnja o utjecaju na svjedoke bila je važna za obranu zbog čega uživa povećanu razinu zaštite. S druge strane, privatni tužitelj nije sudjelovao u postupku niti u kakvom svojstvu. Pratio je suđenje, bio je aktivist u području otkrivanja ratnih zločina, a također je i sudjelovao u pripremi televizijske emisije koja se bavila tom temom. Privatni je tužitelj trpio određene povrede prava osobnosti, ali protiv njega nikada nije bila pokrenuta nikakva istraga u povodu podnositeljevih tvrdnji. Domaći sudovi ocijenili su da je su podnositeljeve izjave bile činjenične prirode i da su bile neistinite. ESLJP se složio sa zaključkom da su izjave bile činjenične prirode, ali je zaključio da su one bile „pretjerane", a ne i „zlonamjerne". Osim toga, iako je izrečena kazna bila na razini zakonskog minimuma, ESLJP ističe da se kaznena sankcija samo u iznimnim okolnostima može opravdati kao „nužna u demokratskom društvu". Zbog toga je došlo do povrede.

[52] *Axel Springer AG protiv Njemačke*, veliko vijeće, zahtjev broj, 39954/08, presuda od 7. veljače 2012. Da bi se članak 8. mogao primijeniti, napad na ugled osobe mora postići određenu razinu ozbiljnosti i biti takav da dovodi u pitanje osobno uživanje prava na privatni život. Na članak 8. nije se moguće pozvati kako bi se prigovorilo gubitku ugleda koji je predvidljiva posljedica vlastitih postupaka, kao što je primjerice počinjenje kaznenog djela. Osnovno pravilo je da ishod postupka ne bi trebao varirati ovisno o tome ispituje li se predmet pod člankom 8. ili člankom 10. Konvencije.

[53] *Morice protiv Francuske*, veliko vijeće, zahtjev broj 29369/10., presuda 23. travnja 2004. Vidjeti i *Narodni list protiv Hrvatske* (zahtjev 2782/12., presuda od 8. studenog 2018.).

U predmetu *Tölle* bila je riječ o osudi zbog uvrede na najblažu sankciju prema KZ/97. (sudsku opomenu). Do osude je došlo na ponovljenom suđenju, nakon ukidanja oslobađajuće presude zbog klevete. Naime, privatni tužitelj dao je intervju jednim novinama u kojima je optužio Žensku autonomnu kuću, čija je podnositeljica bila ravnateljica, za pomoć njegovoj supruzi u otmici djeteta. Podnositeljica je idućeg dana u radijskoj emisiji za podnositelja navela da je zlostavljač i da je podnositeljeva supruga bila zlostavljana. Odmah je jasno da je riječ o optužbama; „pomaganja u otmici" i „zlostavljanja". Domaći su sudovi utvrdili da je podnositeljičina izjava bila negativan vrijednosni sud, jer privatni tužitelj nije bio osuđen zbog nasilja u obitelji niti je podnositeljica uopće tvrdila da je protiv njega bio pokrenut kazneni postupak. Dakle, bila je riječ o uvredi, a ne opravdanoj kritici. ESLJP je ocijenio da je osuda predstavljala miješanje, da je miješanje bilo utemeljeno na zakonu, da je služilo legitimnom cilju, ali da nije bilo nužno u demokratskom društvu. ESLJP je zaključio da su nasilje nad ženama i obiteljsko nasilje važne teme kojima se bavila radijska emisija u kojoj je podnositeljica izrekla sporne riječi. Privatni tužitelj nije bio javna osoba, ali je davanjem intervjua stupio u javnu arenu. Podnositeljica je riječi izrekla nakon što je kao odgovor na dani intervju, a pravo na odgovor i na ispravak su važni aspekti slobode izražavanja. Riječi su izgovorene uživo, u radijskoj emisiji pa je mogućnost reformuliranja ili povlačenja bila ograničena. Također, njezine izjave trebalo je staviti u odgovarajući kontekst, da je supruzi privatnog tužitelja bilo osigurano sklonište kroz više mjeseci, da je bilo podataka o policijskim intervencijama u obitelji i da u takvim okolnostima nije razumno inzistirati na postojanju kaznene osude. Osim toga, kaznena osuda mogla je obeshrabriti daljnje ostvarivanje ciljeva Autonomne ženske kuće, a također je ojačala poziciju privatnog tužitelja u parničnom postupku radi naknade štete. Stoga je ESLJP utvrdio povredu članka 10. Konvencije.

U predmetu *N.Š.* bila je riječ o osudi zbog kaznenog djela otkrivanja tajnosti postupka. Naime, nakon smrti roditelja petomjesečne djevojčice, Centar za socijalnu skrb trebao je djevojčici postaviti skrbnika te je odlučio da to bude njezin stric. Obitelj s majčine strane bila je nezadovoljna tom odlukom te je pokrenula niz daljnjih postupaka. Slučaj je bio snažno medijski popraćen. Između ostaloga, baka i teta djevojčice su kritizirale rad Centra u jednoj televizijskoj emisiji tijekom koje je kamera pokazala rješenja Centra u kojem su bili vidljivi djevojčičini osobni podaci. Međutim, prije te emisije, ravnateljica Centra već je javno istupila i navela podatke o djevojčici Dakle, podaci o djevojčici bili su poznati javnosti i prije sporne emisije. Osuđujuća presuda temeljila se na snimci emisije u kojoj je bilo prikazano rješenje Centra. ESLJP je zaključio da je osuda podnositeljica predstavljala miješanje u njihovu slobodu izražavanja i da je miješanje služilo legitimnom cilju. Međutim, odlučio je da neće ocjenjivati je li miješanje bilo utemeljeno na zakonu (zakonitost ne obuhvaća samo postojanje pravne osnove nego i kvalitetu zakona). Ukratko, ESLJP je imao na umu da je djelo zbog kojeg su podnositeljice bile osuđene blanketno kazneno djelo, a da se osuda temeljila na članku 271. Obiteljskog zakona[54] koji se tiče isključenja javnosti u sudskim, a ne u upravnim stvarima. ESLJP dalje problematizira zakonske odredbe koje propisuju isključenje javnosti bez ocjene nužnosti i razmjernosti čiju raščlambu predviđa članak 116. Ustava Republike Hrvatske, o čemu je već bilo riječi ranije u radu.[55] Međutim, ESLJP je ocijenio da je došlo do povrede, jer miješanje nije bilo nužno u demokratskom društvu, a osuda podnositeljica bila je posljedica suviše formalističkog pristupa kaznenog suda. Naime, kao osnovno je trebalo ispitati je li pravo na privatnost djevojčice bilo pravilno uravnoteženo sa suprostavljenim pravom na slobodu izražavanja. Pritom, uvijek treba štititi najbolji interes djeteta, a zaštita djetetove privatnosti valjan je razlog za isključenje javnosti. Međutim, ako je određeni podatak već poznat javnosti, interes za očuvanjem tajnosti tog podatka više ne predstavlja prijeku društvenu potrebu, a treba utvrditi i kako je podatak uopće inicijalno dospio u javnost. U ovome predmetu kazneni sudovi nisu dovoljno ocjenjivali kontekst postupka, medijsku popraćenost predmeta, uključujući i ranije izjave ravnateljice. Trebalo je ispitivati novinare i razjasniti njihovu ulogu. Problematiziranje rada tijela mjerodavnog za donošenje odluke u predmetima starateljstva je pitanje od javnog interesa. Javna rasprava oko funkcioniranja takvog sustava svakako uživa visok stupanj zaštite. Osim toga, podnositeljice nisu javno nastupile s ciljem zadovoljavanja znatiželje publike, nego s namjerom upoznavanja javnosti o nepravilnostima u radu Centra u postupcima dodjele skrbništva. ESLJP je zato utvrdio povredu članka 10. Konvencije.

[54] Obiteljski zakon, „Narodne novine"116/03., 17/04., 136/04., 107/07., 57/11., 61/11.

[55] Sadržaj tog dijela odluke povezali smo s presudom Mraović, pa upućujemo na taj dio rada.

→ Članak 1. Protokola 1. (zaštita vlasništva):

Maras protiv Hrvatske (prigovor zbog preinačavanja odluke kojom je okrivljeniku bilo naloženo snašanje troškova oštećeniku tako da je okrivljenik bio oslobođen tih troškova; ishod postupka: brisanje zahtjeva s liste predmeta, zbog unilateralne izjave vlade kojom je priznata povreda i kojom se Vlada Obvezala nadoknaditi štetu, zbog čega predmet ne zahtijeva daljnje ispitivanje pred ESLJP-om).[56]

→ Članak 2. Protokol broj 4. Konvencije (sloboda kretanja)

Bevc protiv Hrvatske (određivanje mjere opreza oduzimanja putovnice u kaznenom postupku zbog lihvarskog ugovora; prigovor nedostatka pravne neprekinutosti između lihvarskog ugovora prema članku 233. KZ/97. i članku 242. KZ/11.; a time i izostanka osnovane sumnje kao pretpostavke za primjenu mjera opreza; ishod postupka – zahtjev je nedopušten). Podnositelj je prigovarao da je protivno članku 2. Protokola broj 4. bio nezakonito ograničen u slobodi kretanja, jer je po njegovom mišljenju izostala osnovana sumnja kao uvjet za primjenu mjere opreza, a jer djelo zbog kojeg se teretio nakon stupanja na snagu KZ/11. više nije bilo kazneno djelo. Naime, podnositelj je problematizirao izostanak „teških imovinskih prilika" kao elementa lihvarskog ugovora prema KZ/11., a svoj stav potkrijepio je mišljenjem dvoje profesora. ESLJP je ocijenio da je prigovor očito neosnovan, jer se Konvenciji ne protivi reklasifikacija optužnice. U pogledu kontinuiteta ESLJP je imao na umu i Konačan prijedlog kaznenog zakona prema kojemu su „teške imovinske prilike" obuhvaćene pojmom „nužde". Konačno, ESLJP zaključuje da će se pitanje dokaza, ocjene dokaza i pravilne pravne klasifikacije raspraviti tijekom kaznenog postupka.

→ Članak 4. Protokol 7. Konvencije (pravo da se ne bude dva puta suđen ili kažnjen u istoj stvari)

Ivančić i Tvornica cementa Umag (prekršajni postupak zbog eksploatacije mineralne rude bez potrebite koncesije dovršen obustavom postupka zbog nastupa zastare, kazneni postupak zbog kaznenog djela izvođenja rudarskih radova bez potrebne koncesije dovršen odbijanjem optužbe zbog zastare; „Smoković tip" predmeta; ishod postupka: zahtjev odbačen zbog nespojivosti s *rationae materiae* s odredbama Konvencije). Prema ESLJP-u, obustava postupka zbog zastare nema značenje niti osuđujuće niti oslobađajuće presude. Zbog toga nema uvjeta za razmatranje povrede načela *ne bih in idem*.[57]

Bajčić protiv Hrvatske (osuda, prvo u prekršajnom postupku zbog prometnih prekršaja i a potom u kaznenom postupku zbog kaznenog djela (namjernog) izazivanja prometne nesreće sa smrtnom posljedicom; ishod – nema povrede, postupci u kojima se činjenice samo djelomično preklapaju u konvencijskom smislu su „isti" (idem), ali vođenje „integriranog dvojnog postupka" upućuje na izostanak elementa dvostrukosti postupka (bis)).[58]

U ovom predmetu podnositelj je skrivio prometnu nesreću u kojoj je umrla jedna osoba. Prekršajnim je nalogom kažnjen na novčanu kaznu zbog prekoračenja brzine, upravljanja neispravnim vozilom te odlaska s mjesta nesreće i neobavještavanja policije. Prigovor nije podnesen. Prekršajni je nalog postao pravomoćan nakon podizanja optužnice u kaznenom postupku. U kaznenom je postupku podnositelj osuđen na godinu i šest mjeseci zatvora zbog kaznenog djela izazivanja prometne nesreće iz članka 272. stavaka 1., 2. i 4. KZ/97. do koje je došlo zbog prekoračenja brzine. Osuda je i bila šest godina i deset mjeseci nakon pravomoćnosti prekršajnog naloga. U odlukama u povodu pravnih lijekova ocijenjeno je da nije ispunjen uvjet „*idem*" tj. da je u kaznenom predmetu riječ o drugom zaštitnom objektu inkriminacije i drugoj težini povrede. ESLJP je postojanje povrede ocjenjivao prema metodologiji sumiranoj, a dijelom i razvijenoj u presudi A. i B. protiv Norveške.[59] Ocjenjivao tri elementa:

1. Jesu li oba postupka bila „kaznena"? ESLJP je na temelju mjerila iz presude *Engel i drugi protiv Nizozemske*, kao i u ranijim presudama (npr. *Maresti*) ocijenio da je i prekršajni postupak „kazneni".

[56] *Maras protiv Hrvatske*, zahtjev broj 20230/15., odluka od 17. studenog 2020.

[57] Na odluku Smoković protiv Hrvatske, na kojoj se temelji Ivančić uputili smo u prošlogodišnjem radu. U istom radu uputili smo na različit pristup suda Europske unije u pogledu primjene načela *ne bis in idem* prema Konvenciji o implementaciji Schengenskoh sporazuma u pogledu značenja odluke kojom se postupak obustavlja.

[58] *Bajčić protiv Hrvatske*, zahtjev broj 67334/13., presuda od 8. listopada 2020., konačna 8. siječnja 2021.

[59] *A. i B. protiv Norveške*, veliko vijeće, zahtjev broj 24130/11. i drugi, presuda od 15. studenog 2016.

2. Jesu li oba kaznena djela u naravi ista (idem)? Ovaj element ESLJP ocjenjuje na temelju mjerila iz presude *Sergey Zolotukhin protiv Rusije*[60], prema kojem je zabranjen progon ili suđenje za drugo djelo u mjeri u kojoj ono proizlazi iz istovjetnih činjenica ili činjenica koje su u biti iste. Mjerodavne su one činjenice koje se odnose na istog okrivljenika, koje su povezane prostorno i vremenski i čije postojanje treba dokazati kako bi se mogla donijeti osuđujuća presuda ili pokrenuti kazneni postupak.

Primjenom standarda iz *Zolotukhina*, ESLJP je zaključio da su u pogledu prekoračenja brzine (ne i ostalih prekršaja) činjenice u oba postupka bile iste pa je u tome ostvaren element „idem". Treba posebno istaknuti da je ESLJP utvrdio da je preklapanje prekršajnog i kaznenog postupka bilo samo djelomično jer prekršajno kažnjavanje zbog prekoračenja brzine ne uključuje kažnjavanje zbog uzrokovanja prometne nesreće sa smrtnom posljedicom. Unatoč tome, utvrđena je pristupnost elementa *idem*. Međutim, u kontekstu takvog djelomičnog preklapanja, ESLJP tumači da Konvencija ne brani razdvajanje postupaka kažnjavanja, no da cijepanje postupka uvijek uključuje rizik od dvostrukog kažnjavanja. Zato, ako postoji *idem*, do povrede neće doći samo ako izostane element dupliciranja postupka (*bis*).

3. Je li bilo dupliciranja postupaka (bis)? Element dupliciranja ESLJP ocjenjuje na temelju mjerila uz presude *A. i B. protiv Norveške.* U *A. i B.*-u je tako ESLJP istaknuo da Konvencija ne brani vođenje dvojnih postupaka (*dual proceedings*) pod uvjetom da ne dođe do dupliciranja. Dakle, konvencijski prihvatljivi su dvojni postupci koji su „dovoljno usko povezani u naravi i vremenu". To znači da svrhe koje se nastoje ostvariti i načini na koje se one postižu trebaju biti u naravi komplementarne i povezane u vremenu, a da moguće posljedice takvog pravnog sustava trebaju biti razmjerne i predvidljive. U *A. i B.*-u su dani činitelji za ocjenu „uske veze u naravi":
   - jesu li se različitim postupcima nastojale ostvariti komplementarne svrhe te time obuhvatiti, ne samo *in abstracto,* već *i in concreto*, različiti aspekti spornog društveno nedopuštenog ponašanja;
   - je li dvojnost postupaka predvidljiva posljedica istog (*idem*) ponašanja, u pravu i u praksi;
   - jesu li promatrani postupci vođeni na način kako bi se što više izbjeglo dupliciranje u prikupljanju i ocjeni dokaza, ponajprije primjerenom suradnjom između različitih mjerodavnih tijela kako bi se činjenice utvrđene u jednom postupku koristile i u drugom postupku;
   - iznad svega, je li kazna izrečena u prvom postupku uzeta u obzir u postupku koji je kasnije pravomoćno okončan, čime se sprječava da pojedinac snosi prekomjerni teret.

Primjenom tih standarda, ESLJP je zaključio da su prekršajni i kazneni postupak dva predvidiva komplementarna postupka dovoljno usko povezana u naravi i da su time bili jedna cjelina. Zbog toga, nije ostvaren element „*bis*" pa nije došlo do povrede članka 4. Protokola 7. Konvencije.

Veza u naravi temelji se na sljedećim utvrđenjima:

- unatoč tomu da je u činjeničnom opisu prekršajnog naloga bila navedena smrt pješaka, prekršajni je postupak ocjenjivao poštivanje prometnih propisa (čija svrha je osiguranje nesmetanog odvijanja prometa i sprječavanje ponašanja koja mogu ugroziti javnu sigurnost), a kazneni posljedicu nepoštivanja dopuštene brzine vožnje, odnosno kažnjavanje zbog ponašanja koje je uzrokovalo smrt pješaka. Pritom je kazneni postupak uvijek ograničen na ozbiljne povrede koje su dovele do teške tjelesne ozljede ili smrti, a istovremeno nije moguć prekršajni progon zbog uzrokovanja smrti u prometnoj nesreći;
- vođenje kaznenih i prekršajnih postupaka bilo je predvidljivo za podnositelja i propisano jasnim i preciznim propisima;[61]
- postupci su tvorili koherentnu cjelinu, kazneni sud je koristio dokaze iz prekršajnog spisa (prekršajni spis bio je pregledan);
- izrečena zatvorska kazna nije premašila ono što je bilo nužno za ostvarenje svrhe kažnjavanja, imajući na umu i predviđenu kaznu i ranije izrečenu prekršajnu kaznu. Zbog toga niti podnositelj nije snosio prekomjeran teret. Podnositelju je tek dopunom prekršajne kazne kaznom za kazneno djelo izrečena učinkovita, razmjerna i odvraćajuća kazna. Prema tome, to što se kazneni sud *expressis verbis* nije osvrnuo na prekršajnu kaznu ne znači da postupci nisu bili povezani u naravi.

[60] *Sergey Zolotukhin protiv Rusije, veliko vijeće, zahtjev broj 14939/03., presuda od 10. veljače 2009.*

[61] Ovdje se osim odredaba kaznenog djela i prekršaja za koje je podnositelj osuđen navodi i članak 63. KZ/97. o uračunavanju i sudska praksa.

Veza u vremenu temelji se na utvrđenju:

– oba postupka su bila pokrenuta u isto vrijeme; paralelno su se vodili nekih 14 mjeseci, do pravomoćnosti prekršajnog naloga; nakon dovršetka prekršajnog kazneni postupak nastavio se voditi nekih šest godina i deset mjeseci na četiri stupnja nadležnosti, što nije dovoljno za prekid veze među postupcima. Taj protek vremena se ne može smatrati nerazmjernim, zlouporabljujući niti nerazumnim ako se usporedi sumarna priroda prekršajnog i složenost kaznenog postupka.

Zbog toga ciljevi kažnjavanja bili su ostvareni kroz dva predvidljiva postupka koji se međusobno nadopunjuju pa nije došlo do povrede članka 4. Protokola broj 7. Konvencije.

III. ODLUKE SUDA EUROPSKE UNIJE (DALJE SEU) VAŽNE ZA KAZNENU GRANU SUDOVANJA

1. *Presuda C-64/20., An tAire Talmhaíochta Bia agus Mara, Éire agus an tArd-Aighne, 17. ožujka 2021.* (učinak Direktiva).

Navedena presuda odnosi se na problematiku označavanja veterinarsko medicinskih proizvoda. No treba je prikazati jer se tiče općih standarda primjene prava EU-a. Naime, jedno od osnovnih pravila prava EU je da se fizičke i pravne osobe u postupcima protiv države mogu pozivati na direktivu koja je jasna, precizna i bezuvjetna jer takva odredba stvara subjektivno pravo koje su sudovi obvezni štititi.[62] Presuda koja se u nastavku izlaže bavi se nepravilno prenesenim odredbama Direktive[63] u situaciji kada predstoji stupanje na snagu Uredbe[64] koja Direktivu stavlja van snage, a s kojom je nacionalno pravo usklađeno.

U bitnome, irski sud je utvrdio da je jedna odredba Direktive imala izravni učinak, a nakon proteka roka za primjenu nije bila pravilno prenesena u nacionalno zakonodavstvo. Međutim, smatrao je da je nacionalno zakonodavstvo u skladu s Uredbom koja je stavljala Direktivu van snage, ali koja u vrijeme podnošenja zahtjeva za tumačenjem još nije stupila na snagu.[65]

Ne ulazeći u specifičnost nacionalnog postupka sudske zaštite zbog nepravilnog prenošenja direktiva, irski je sud utvrdio da tužitelj ima pravni interes za podnošenje tužbe za sudsku kontrolu zbog nepravilno prenesene direktive; da je Direktiva u pogledu jezika sadržavala jasnu, preciznu i bezuvjetnu odredbu; da Direktiva nije bila pravilno prenesena, dakle da nacionalno zakonodavstvo nije bilo u skladu s tim odredbama. Međutim, u postupcima sudskog preispitivanja sud ima diskrecijsku ovlast da ne prihvati tužbeni zahtjev, iako je povrijeđeno pravo, zbog određenih okolnosti poput nedostatka koristi ili uzrokovanja štete trećima. Smatrao je da su ti uvjeti ispunjeni prije svega zbog skorog nastupa Uredbe koja stavlja van snage Direktivu i s kojom je (prema stavu tog suda) nacionalno pravo usklađeno. Stoga je želio doznati može li tu diskrecijsku ovlast, kakva mu je dopuštena u slučaju povrede nacionalnog prava, primijeniti i za slučaj opisane povrede europskog prava. [66]

SEU je presudio da države članice imaju obvezu postizanja rezultata direktive. Obveza je država članica, uključujući i sudove, u postupcima iz njihove nadležnosti poduzeti sve odgovarajuće mjere, opće ili posebne, da se osigura ispunjenje obveze postizanja rezultata direktive. Okolnost da je irsko zakonodavstvo već u

[62] Tamara Ćapeta i Siniša Rodin, Osnove prava Europske unije, „Narodne novine", Zagreb, veljača 2018. st. 104.

[63] Direktiva 2001/82/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 6. studenoga 2001. o zakoniku Zajednice o veterinarsko-medicinskim proizvodima, kako je izmijenjena Direktivom 2004/28/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004.

[64] Uredba (EU) 2019/6 Europskog parlamenta i Vijeća od 11. prosinca 2018. o veterinarsko-medicinskim proizvodima i stavljanju izvan snage Direktive 2001/82

[65] U bitnome, Direktivom je bilo propisano da se informacije o svojstvima veterinarsko-medicinskog proizvoda navode na naznačenim dijelovima pakiranja proizvoda na jeziku ili jezicima države u čiji se promet stavljaju. Irskim zakonodavstvom bilo je propisano da se proizvodi označavaju na engleskom ili irskom jeziku. Sporni proizvodi stoga bili su označeni samo na engleskom. U nacionalnom postupku irski državljanin, čiji je materinji jezik irski i koji potječe s irskog govornog područja, kao vlasnik psa kojem su potrebni navedeni proizvodi tražio je sudsku zaštitu zbog nepravilnog prenošenja Direktive. Naime, irsko zakonodavstvo predviđa pravno sredstvo, sudsku zaštitu u slučaju povrede prava, uključujući i nepravilno prenošenje Direktiva. Tužitelj je stoga tražio da se utvrdi da je Direktiva nepravilno prenesena i da se utvrdi obveza izmjene zakonodavstva.

[66] U konkretnom predmetu, irski je sud imao na umu da je u međuvremenu donesena Uredba koja stavlja na van snage Direktivu, a s kojom je nacionalna odredba, prema mišljenju irskog suda usklađena. Međutim, Uredba u vrijeme odlučivanja nije stupila na snagu, te je do njezina stupanja 28. siječnja 2022. na snazi Direktiva. Zbog toga, prema irskom sudu, usvajanje tužbenog zahtjeva imalo bi samo koristan učinak ograničenog trajanja (do stupanja na snagu Uredbe), a uzrokovala bi poteškoće, prvenstveno financijske prirode proizvođačima veterinarsko-medicinskih proizvoda.

skladu s Uredbom ne može dovesti u pitanje utvrđenje neusklađenosti tog zakonodavstva s pravom Unije do tog datuma ni, *a fortiori,* opravdati takvu neusklađenost. Naime, do trenutka stavljanja Direktive izvan snage Uredbom, njezine odredbe zadržavaju svoju obvezujuću narav dok SEU ne utvrdi njihovu nevaljanost. Samo SEU može u iznimnim slučajevima i iz posebno važnih razloga pravne sigurnosti odobriti privremenu suspenziju učinaka koje pravilo prava Unije ima u odnosu na nacionalno pravo koje mu se protivi. U tim okolnostima, članak 288. UFEU-a sprječava nacionalni sud da zanemari obvezu koja se stavlja na teret državi članici kojoj pripada da prenese direktivu zbog navodne neproporcionalnosti tog prenošenja jer bi se ono moglo pokazati skupim ili nepotrebnim zbog skorašnje primjene uredbe čija je svrha zamijeniti tu direktivu i s kojom je u potpunosti usklađeno pravo te države članice. Iz toga slijedi da je, u skladu s člankom 288. UFEU-a, sud koji je uputio zahtjev, koji je utvrdio neusklađenost nacionalnog zakonodavstva s Direktivom 2001/82, dužan prihvatiti zahtjev za utvrđivanje da Irska ima obvezu ispraviti nepravilno prenošenje te direktive.[67]

2. *Presuda SEU C-398/19., Generalstaatsanwaltschaft Berlin, 17. prosinca 2020. veliko vijeće* (Odlučivanje njemačkog suda o izručenju rumunjskog državljanina Ukrajini; razvoj standarda iz presude *Petruhhin,* (C-182/15, EU:C:2016:630)).

Prema presudi SEU-a *Petruhhin* koja se tiče izručenja građanina Unije trećim zemljama, država članica Unije koja odlučuje o izručenju dužna je obratiti se državi članici Unije čiji je stranac državljanin radi eventualnog izdavanja Europskog uhidbenog naloga (dalje: EUN). Ako država državljanstva izda EUN, onda stranca treba predati toj državi članici, a odbiti izručenje trećoj državi. U svakom slučaju prije izručenja treba provjeriti ugrožavaju li se izručenjem prava iz članka 19. Povelje. Presuda *Generalstaatsanwaltschaft Berlin*, razvija praksu iz presude *Petruhhin*.

U nacionalnom je postupku njemački sud odlučivao je o izručenju rumunjskog državljana Ukrajini. Međutim, stranac je kao potomak rumunjskih državljana stekao rumunjsko državljanstvo tek tijekom boravka u Njemačkoj. U daljnjem postupku njemački sud je postupao prema *Petruhhinu* te o zahtjevu za izručenje obavijestio Rumunjsku koja je predlagala da joj se dostavi ukrajinski spis. U takvoj situaciji njemački se sud obratio SEU-u, želeći doznati primjenjuju li se u opisanom predmetu standardi iz Petruhhina, i ako da, na koji način te koje su zapravo obveze država članica Unije na temelju presude *Petruhhin*.

Iz presude *Generalstaatsanwaltschaft Berlin* proizlazi:[68]

a) sloboda kretanja ostvaruje se i time što građanin Unije boravi u drugoj državi članici.
b) niti država članica koja odlučuje o izručenju niti država članica čiji je stranac državljanin nisu po pravu Unije obvezne od treće zemlje koja je uputila zahtjev za izručenje tražiti da im dostavi spis kaznenog predmeta.

---

[67] Izreka presuda glasi: SEU je tumačio da članak 288. UFEU-a treba tumačiti na način da mu se protivi to da nacionalni sud, koji u okviru postupka predviđenog u tu svrhu nacionalnim pravom utvrdi da država članica kojoj pripada nije ispunila svoju obvezu pravilnog prenošenja Direktive, odbije utvrditi, s obrazloženjem da mu se nacionalno zakonodavstvo čini usklađenim s Uredbom koja stavlja izvan snage tu direktivu i koja će se primjenjivati od 28. siječnja 2022., da država članica nije pravilno prenijela navedenu direktivu i mora to ispraviti.

[68] Izreka glasi: 1. Članke 18. i 21. UFEUa treba tumačiti na način da se primjenjuju na situaciju građanina Europske unije koji ima državljanstvo jedne države članice, a boravi na državnom području druge države članice kojoj je treća zemlja uputila zahtjev za njegovo izručenje, čak i ako je taj građanin središte svojih interesa premjestio u tu drugu državu članicu dok još nije imao status građanina Unije.

2. Članke 18. i 21. UFEUa treba tumačiti na način da, ako je država članica čije državljanstvo ima tražena osoba – građanin Unije u odnosu na kojeg je drugoj državi članici upućen zahtjev treće zemlje za izručenje – obaviještena o postojanju tog zahtjeva od strane države članice kojoj je on upućen, nijedna od tih dviju država članica nije dužna zatražiti primjerak spisa kaznenog predmeta od treće zemlje koja je uputila zahtjev za izručenje, a kako bi se državi članici čiji je tražena osoba državljanin omogućilo da ocijeni mogućnost samostalnog poduzimanja kaznenog progona protiv te osobe. Ako je uredno obavijestila državu članicu čiji je osoba o kojoj je riječ državljanin o postojanju zahtjeva za izručenje, o svim pravnim i činjeničnim elementima koje je u okviru zahtjeva za izručenje priopćila treća zemlja koja ga je uputila kao i o svakoj promjeni situacije tražene osobe koja je relevantna za eventualno izdavanje europskog uhidbenog naloga protiv nje, država članica kojoj je zahtjev upućen može tu osobu izručiti bez čekanja da država članica čiji je ta osoba državljanin službenom odlukom odustane od izdavanja takvog uhidbenog naloga koji se odnosi barem na ista djela kao što su to ona iz zahtjeva za izručenje ako potonja država članica propusti izdati takav nalog u razumnom roku koji joj je u tu svrhu odredila država članica od koje se traži izručenje, vodeći računa o svim okolnostima predmeta.

3. Članke 18. i 21. UFEUa treba tumačiti na način da država članica kojoj je treća zemlja uputila zahtjev za izručenje radi kaznenog progona građanina Unije, državljanina druge države članice, nije dužna odbiti izručenje i sama poduzeti kazneni progon, kad je taj progon dopušten njezinim nacionalnim pravom.

c) država članica koja odlučuje o izručenju dužna je državu članicu čiji je stranac državljanin obavijestiti o (1) zahtjevu za izručenje, (2) svim pravnim i činjeničnim elementima koje je u okviru zahtjeva za izručenje priopćila treća zemlja koja ga je uputila i (3) svakoj promjeni situacije tražene osobe koja je mjerodavna za eventualno izdavanje EUN-a.
d) u obavijesti državi državljanstva, država članica koja odlučuje o izručenju treba odrediti rok nakon kojeg se, ako država državljanstva ne izda EUN, stranac može izručiti. Prilikom određivanja takvog roka treba voditi računa o svim okolnostima predmeta; osobito o pritvoru u kojem se ta osoba može nalaziti u okviru postupka izručenja te složenosti predmeta.
e) država članica od koje se traži izručenje, nakon proteka razumnog roka, može EUN provesti. To znači da ne mora čekati da država članica čiji je tražena osoba državljanin donese službenu odluku kojom se odriče izdavanja EUN-a protiv te osobe. U interesu pravne sigurnosti, razuman rok treba odrediti kao pod d).
f) država članica kojoj je treća zemlja uputila zahtjev za izručenje radi kaznenog progona građanina Unije, državljanina druge države članice, nije dužna odbiti izručenje i sama poduzeti kazneni progon, kad je taj progon dopušten njezinim nacionalnim pravom.

3. *Presuda SEU-a C-584/19. od 8. prosinca 2020., Staatsanwaltschaft Wien* (državni odvjetnici kojima zbog podređenosti izvršnoj vlasti nedostaje kvaliteta neovisnosti obuhvaćeni su pojmovima „pravosudno tijelo" i „tijelo izdavatelj" u pogledu izdavanja europskog istražnog naloga prema Direktivi o Europskom istražnom nalogu u kaznenim stvarima).[69]

U predmetu Staatsanwaltschaft Wien, austrijski sud pitao je SEU primjenjuju li se na europski istražni nalog razlozi iz presuda SEU-a od 27. svibnja 2019., *OG i Pl*[70] i od 27. svibnja 2019., PF[71], koje su se odnosile na EUN. Naime, prema SEU-u izdavanje EUN-a od strane državnih odvjetnika nije protivno Okvirnoj odluci o Europskom uhidbenom nalogu i postupcima predaje između država članica[72] ako državni odvjetnik ima kvalitetu neovisnosti (što znači da nije podložan pojedinačnim uputama izvršne vlasti).

Međutim, SEU u pogledu Direktive o EIN-u, a na temelju teksta Direktive i kontekstu istražnog naloga, navodi da Direktivu o EIN-u[73] treba tumačiti na način da je javni tužitelj države članice odnosno, općenitije, javno tužiteljstvo države članice obuhvaćeno pojmovima „pravosudno tijelo" i „tijelo izdavatelj" u smislu tih odredbi, neovisno o mogućem postojanju odnosa zakonske podređenosti između tog javnog tužitelja odnosno tog javnog tužiteljstva i izvršne vlasti te države članice i izloženosti navedenog javnog tužitelja odnosno navedenog javnog tužiteljstva opasnosti od izravne ili neizravne podložnosti pojedinačnim nalozima ili uputama te vlasti u okviru donošenja europskog istražnog naloga.

UMJESTO ZAKLJUČKA

U radu smo dali pregled odluka ESLJP-a iz 2020. te pregled tri važnije odluke SEU-a. U predmetima ESLJP-a protiv Republike Hrvatske uočen je određen broj presuda u kojima se pronalaze povrede kakve su već prije pronađene u drugim predmetima. Zbog toga je za zakonito i pravilno postupanje nužno pratiti i primjenjivati praksu ESLJP-a. U tom pravcu u radu smo iznijeli više mjerila za ocjenu različitih konvencijskih standarda koja bi trebalo koristiti kod obrazlaganja odluka. Upozoravamo na mjerila iz *Murtazaliyeve* za obrazlaganje odbijanja dokaznih prijedloga obrane i mjerila iz presude *Schatschascwili* koja se tiču činitelja protuteže koji mogu dovesti do ocjene pravičnosti postupka u cjelini. Praćenje prakse SEU-a sve je važnije zbog širenja opsega kaznenog prava u pravu Unije.

[69] Direktive 2014/41/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 3. travnja 2014. o Europskom istražnom nalogu u kaznenim stvarima (SL 2014., L 130, str. 1. i ispravak SL 2015., L 143, str. 16.), dalje Direktiva o EIN-u.

[70] Državna odvjetništva u Lübecku i Zwickauu, C508/18 i C82/19 PPU, EU:C:2019:456

[71] Glavni državni odvjetnik Litve, (C509/18, EU:C:2019:457.

[72] Okvirna odluka Vijeća 2002/584/PUP od 13. lipnja 2002. (SL 2002., L 190., str. 1., SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 3., str. 83. i ispravak SL 2002., L 190, str. 1.), kako je izmijenjena Okvirnom odlukom Vijeća 2009/299/PUP od 26. veljače 2009. (SL 2009., L 81, str. 24., SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 16., str. 169., dalje u tekstu Okvirna odluka o EUN-u;

[73] Članak 1. stavak 1. i članak 2. točku (c) Direktive o EIN-u.

Tomislav Brđanović, mag.iur.*

NEZASTARIJEVANJE KAZNENIH DJELA RATNOG PROFITERSTVA I IZ PROCESA PRETVORBE I PRIVATIZACIJE KROZ SUDSKU PRAKSU

1. UVOD

Iako je od promjene Ustava i donošenja Zakona o nezastarijevanju kaznenih djela ratnog profiterstva i iz procesa pretvorbe i privatizacije proteklo 11, odnosno 10 godina, a od odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske u predmetu Hypo gotovo 6 godina, pitanja koja su propisana, odnosno o kojima se odlučivalo i dalje su aktualna. To valja pripisati ponajprije uvriježenom javnom mnijenju o pitanjima ratnog profiterstva i procesu pretvorbe i privatizacije te, ponajprije, negativnim odjecima i komentarima odluke Hypo Ustavnog suda u stručnoj i općoj javnosti. Tako postoji niz pravno teorijskih radova koji tumače na jedan način promjenu Ustava i Zakon o nezastarijevanju i osporavaju odluku Ustavnog suda, dok drugi predstavljaju apologiju te odluke. Suprotstavljeni pravno-teorijski stavovi nisu predmetom ovog rada, osim u mjeri potrebnoj za pojašnjenje pojedinih spornih pitanja. Predmet ovog rada je prikaz relevantne prakse Vrhovnog suda RH, općinskih i županijskih sudova u primjeni Zakona o nezastarijevenju, kao mali prilog sustavnijem pristupu i prikazu sudske prakse vezane za primjenu ovih instituta.

U nastojanju za ostvarenjem ovog cilja pregledane su odluke sudova svih razina dostupne na Internet stranicama Supranova, Sudska praksa VSRH i Iusinfo. Korištenjem pojma „nezastarijevenje" u pretraživanju sudske prakse na stranici Supranova pojavilo se 210 rezultata (dijelom i građanskih i upravnih stvari), a pregledom kaznenih predmeta relevantnih je nešto preko 40 predmeta (1. i 2. stupanjskih promatranih zajedno). Na stranici sudske prakse Vrhovnog suda pojavilo se 47 rezultata, koji se preklapaju s rezultatima na stranici Supranova, a isto preklapanje postoji i kod 48 rezultata na stranici Iusinfo.

Rad je strukturiran na način da se najprije daje kratak pregled promjene Ustava i donošenja Zakona o nezastarijevanju, odluka od kojih je sve krenulo (presuda okr. Ivi Sanaderu Županijskog suda u Zagrebu i odluka Hypo Ustavnog suda), nakon čega se daje pregled sudske prakse sudova (meritornih i procesnih odluka, iz različitih stadija kaznenog postupka) te na kraju zaključna razmatranja.

2. PROMJENA USTAVA IZ 2010.

16. lipnja 2010. Hrvatski je sabor donio promjenu Ustava Republike Hrvatske (Narodne novine 76/2010), koja je, uz ostale, obuhvatila i izmjenu čl. 31. Ustava, dodavanjem st. 4. u taj članak. Promjena Ustava stupila je na snagu istog tog dana, 16. lipnja 2010.

Navedena odredba glasi:

* Sudac Županijskog suda u Varaždinu

„Ne zastarijevaju kaznena djela ratnog profiterstva, kao ni kaznena djela iz procesa pretvorbe i privatizacije, počinjena u vrijeme Domovinskog rata i mirne reintegracije, ratnog stanja i neposredne ugroženosti neovisnosti i teritorijalne cjelovitosti države, propisana zakonom, ili ona koja ne zastarijevaju prema međunarodnom pravu. Imovinska korist, ostvarena tim djelima ili povezana s njima, oduzet će se."

Kao što je u uvodu naznačeno, primjena navedene ustavne odredbe, koju je slijedila izmjena čl. 18. st. 2. Kaznenog zakona (Zakon o dopuni Kaznenog zakona, Narodne novine 57/2011) i donošenje Zakona o nezastarijevanju kaznenih djela ratnog profiterstva i kaznenih djela iz procesa pretvorbe i privatizacije (Narodne novine 57/2011, dalje u tekstu ZONKD-RPiPP), izazvala je prijepore, kako po pitanjima pravne teorije, ali i u dnevno-političkim sferama. Predmet rada nisu „kaznena djela koja ne zastarijevaju prema međunarodnom pravu".

Citirana je odredba promjene Ustava u hrvatski kaznenopravni sustav uvela određene pojmove koji do tada nisu bili poznati, kojima nije odredila značenje i sadržaj, a kojima su se bavili sudovi, najprije redovni, a potom i Ustavni sud. Tako su uvedeni pojmovi „ne zastarijevaju", „kaznena djela ratnog profiterstva", „kaznena djela iz procesa pretvorbe i privatizacije", „počinjena u vrijeme Domovinskog rata i mirne reintegracije, ratnog stanja i neposredne ugroženosti neovisnosti i teritorijalne cjelovitosti države", uz dodatno određenje da će se ta kaznena djela „urediti zakonom".

Promjena Ustava, a niti obrazloženje Prijedloga promjene Ustava RH, nisu dali pojašnjenje spomenutih pojmova. Takvo pojašnjenje ne daje niti Prijedlog Zakona o dopuni Kaznenog zakona (PZ_809). Stoga je na sudovima da protumače navedenu odredbu Ustava, odnosno Kaznenog zakona.

3. ZAKON O NEZASTARIJEVANJU KAZNENIH DJELA RATNOG PROFITERSTVA I KAZNENIH DJELA IZ PROCESA PRETVORBE I PRIVATIZACIJE (NN 57/2011)

ZONKD-RPiPP donio je Hrvatski Sabor na sjednici 13. svibnja 2011., objavljen je u Narodnim novinama 57/2011 od 25. svibnja 2011. i stupio na snagu 8. dana od objave u Narodnima novinama (stupio na snagu 2. lipnja 2011.).

Radi se o prilično kratkom zakonu od svega 8 članaka, kod čega 8. članak uređuje stupanje na snagu Zakona. U obrazloženju Prijedloga ZONKD-RPiPP (PZ_808) dano je objašnjenje da je izrađen poseban zakon jer kaznena djela ratnog profiterstva i iz procesa pretvorbe i privatizacije nisu sadržana samo u Osnovnom krivičnom zakonu Republike Hrvatske, Krivičnom zakonu Republike Hrvatske, odnosno Kaznenom zakonu, već i drugim zakonima.

Zakon je strukturiran na način da čl. 1. određuje da se za kaznena djela iz tog zakona i iz čl. 31. st. 4. Ustava, kazneni progon može poduzeti i nakon isteka rokova zastare kaznenog progona iz čl. 95. st. 1. i čl. 96. st. 6. Osnovnog krivičnog zakona Republike Hrvatske (NN 53/91, 39/92 i 91/92, dalje OKZRH), odnosno iz čl. 19. st. 1. i čl. 20. st. 6. Kaznenog zakona (NN 110/97., 27/98. – ispravak, 50/00., 129/00., 51/01., 111/03., 190/03., 105/04., 84/05., 71/06., 110/07. i 152/08., dalje KZ/97). Osnovna je pretpostavka da se radi o kaznenim djelima ratnog profiterstva ili kaznenim djelima iz procesa pretvorbe i privatizacije koja su počinjena u vrijeme Domovinskog rata i mirne reintegracije, ratnog stanja i neposredne ugroženosti neovisnosti i teritorijalne cjelovitosti države.

U čl. 2. – 6. određen je katalog krivičnih djela i kaznenih djela iz OKZRH, Krivičnog zakona Republike Hrvatske (NN 25/77, 50/78, 25/84, 52/87, 43/89, 8/90, 9/91, 33/92, 39/92, 44/92 – ispravak, 77/92, 91/92 i 28/93-ispravak, dalje KZRH), Carinskog zakona (NN 53A/91, 64/91-ispravak, 33/92, 106/93, 92/94 i 62/99), KZ/97, odnosno iz Zakona o izdavanju i prometu vrijednosnim papirima (NN 107/95, 142/98 i 87/00), Zakona o tržištu vrijednosnih papira (NN 84/02 i 138/06) te iz Zakona o kaznenim djelima protiv tržišta kapitala (NN 152/08), ako su počinjena pod okolnostima navedenim u članku 1. ZONKD-RPiPP.

Čl. 7. st. 1. ZONKD-RPiPP dao je definiciju kaznenog djela ratnog profiterstva određujući da se tim djelima smatraju kaznena djela iz čl. 2., čl. 3., čl. 4., čl. 5. i čl. 6. ZONKD-RPiPP, ako je njima ostvarena nesrazmjerna (nerazmjerna bi bilo više u duhu hrvatskog jezika, ali valja koristiti zakonsko nazivlje) imovinska korist podizanjem cijena robe koja je u nestašici, prodajom državne imovine znatno ispod njezine vrijednosti ili na drugi način iskorištavanjem ratnog stanja i neposredne ugroženosti neovisnosti i teritorijalne cjelovitosti države. St. 2. čl. 7. ZONKD-RPiPP dao je generalnu klauzulu da se kaznenim djelima ratnog profiterstva smatraju i druga kaznena djela iz OKZRH, KZRH i KZ/97 ako su počinjena pod okolnostima iz čl. 1. ZONKD-RPiPP.

Iako su u čl. 1. i 7. st. 1. ZONKD-RPiPP dane određene definicije iste nisu do kraja određene, dijelom se radi o kružnim definicijama upućivanjem jedne odredbe na sadržaj druge, pa i nadalje ostaje otvoreno i podložno tumačenju pitanje pojmova „ne zastarijevaju", vremenskog okvira u kojem su činjena ova djela, pitanje „nesrazmjerne imovinske koristi", ali i kaznenih djela iz „procesa pretvorbe i privatizacije" i veze tih djela s „nesrazmjernom imovinskom koristi". Dodatna su pitanja koja bi se mogla pojaviti u pogledu uvrštavanja u katalog kaznenih (krivičnih) djela kojima nije obilježje pribavljanje protupravne imovinske koristi poput krivotvorenja isprave, krivotvorenja službene isprave, nesavjesnog gospodarskog poslovanja ili nesavjesnog rada u službi (bilo iz KZRH ili KZ/97). U pregledanim odlukama nema niti jednog predmeta u kojima bi se optužba odnosila na neko od spomenutih kaznenih djela, tako da se ne može prikazati praktičan odgovor na, za sada, postavljeno pitanje na teorijskoj razini.

Odgovore na ta pitanja ne pruža obrazloženje Prijedloga ZONKD-RPiPP, kojom je izražena volja zakonopisca, kao povijesne metode tumačenja propisa. I ovdje je, kao i kod ustavne odredbe i odredbe KZ/97 prvenstveno sudovima ostavljen posao tumačenja značaja, sadržaja i dosega odredbi ZONKD-RPiPP. Ovo se posebno odnosi na pitanja zastarnih rokova, određenja razdoblja na koje se odnosi primjena zakona, definicije kaznenih djela ratnog profiterstva i kaznenih djela iz procesa pretvorbe i privatizacije, te novog pojma „nesrazmjerne imovinske koristi".

4. ODLUKA VRHOVNOG SUDA RH KŽ-US-94/2013 (OKR. IVO SANADER)

Presudom Županijskog suda u Zagrebu od 20. studenoga 2012., K-Us-26/11 opt. Ivo Sanader proglašen je krivim zbog počinjenja kaznenog djela iz čl. 337. st. 4. u vezi st. 1. KZ/97 u vezi čl. 7. st. 1. i čl. 5. toč. 13. ZONKD-RPiPP.

Radi se o prvoj presudi koja je donijeta povodom promjene Ustava i primjenom ZONKD-RPiPP za kazneno djelo zlouporabe položaja i ovlasti kao kaznenog djela ratnog profiterstva.

Ta presuda preinačena je presudom i rješenjem Vrhovnog suda Republike Hrvatske od 3. travnja 2014., broj I Kž-Us-94/13-10. Presudom Vrhovnog suda preinačena je prvostupanjska presuda u pravnoj oznaci kaznenog djela i kazneno djelo (ovdje ukratko označeno kraticom Hypo) je pravno označeno kao kazneno djelo iz čl. 291. st. 2. u vezi st. 1. Kaznenog zakona (Narodne novine 125/11 i 144/12, KZ/11) u vezi čl. 7. st. 1. i čl. 5. toč. 13. ZONKD-RPiPP. Za potrebe ovog rada zadržati ćemo se samo na pitanju pravne oznake kaznenog djela, kao i dijelu obrazloženja u pogledu pitanja zastare kaznenog progona i opisa kaznenog djela ratnog profiterstva.[1]

[1] presuda i rješenje VSRH I Kž-Us-94/2013-10 od 3. travnja 2014. – Također, protivno navodima optuženikove žalbe, u presudi su navedene okolnosti situacije u kojoj je djelo počinjeno. Naime, prvostupanjski sud je inkriminirane radnje stavio u kontekst koji tim radnjama daje značaj ratnog profiterstva – veliki dio okupiranog teritorija, velika razaranja, stotine tisuća izgnanih i prognanih stanovnika Republike Hrvatske, izuzetno teška ekonomska situacija, korištenje najvećeg dijela proračuna za potrebe obrane države te istovremeno nužnost kupnje zgrada veleposlanstva Republike Hrvatske radi širenja istine u svijetu o agresiji koja je izvršenja na nju i o oslobodilačkom karakteru Domovinskog rata.
Iako osnovni sadržaj rata čini oružana borba, rat se ipak ne svodi samo na nju. Rat je šira, složenija pojava jer uključuje i druge oblike borbe (političke, gospodarske, informacijske) koje imaju veliko značenje za pripremu i vođenje rata. S tim u vezi, notorno je da se ratne pripreme i drugi oblici borbe koja ne uključuje uporabu oružja odvijaju i na području koje nije neposredno zahvaćeno ratnim zbivanjima. Posebno je to važno zbog činjenice da je Republika Hrvatska, u međunarodnim razmjerima, bila mlada država koja je, osim vojnih bitaka, vodila i političke za priznanje svojeg statusa, vjerodostojnosti i političkog pozicioniranja u međunarodnoj, prije svega u Europskoj zajednici. Napori svih građana Republike Hrvatske, uključujući državne dužnosnike, u to vrijeme bili su ili su trebali biti usmjereni prema istom cilju, uspostavi suverene, samostalne i demokratske države zasnovane na opće prihvaćenim društvenim vrijednostima. Upravo činjenica da je rat trebalo dobiti i na političkom planu, na kojem je Republika Hrvatska trebala dokazati svoj integritet, zrelost demokracije i pouzdanost, stvara kontekst u kojem inkriminirano ponašanje ima odlike ratnog profiterstva. Naime, u tom ozračju optuženik je iskoristio svoje službene ovlasti u nedopuštene svrhe, a to je pravilno zaključio prvostupanjski sud. U to vrijeme Republika Hrvatska, odnosno njezina diplomacija, nisu bili poznati na međunarodnom planu. Stoga je ugled države za proboj u svijet i rušenje tadašnjih predrasuda te širenje istine o oslobodilačkom značaju Domovinskog rata bio iznimno značajan te je trebalo voditi računa o očuvanju tog ugleda u svakom trenutku i svakoj prilici, posebno u odnosu prema onima koji su podržavali našu borbu (kao što je to bila i Republika Austrija). Optuženiku je bio povjeren određeni djelokrug poslova koji su u to vrijeme bili iznimno značajni za Republiku Hrvatsku, pa je koristeći tu činjenicu povezanu s borbom i nastojanjima Republike Hrvatske da ostvari svoju neovisnost i samostalnost, svoje osobne interese pretpostavio zajedničkim

Citirani dio obrazloženja, 1. odlomak, značajan je jer će se prema istome oblikovati neki daljnji činjenični opisi kaznenih djela ratnog profiterstva u pregledanim odlukama. Drugi dio citiranog obrazloženja predstavlja obrazlaganje obilježja iz čl. 1. i čl. 7. st. 1. ZONKD-RPiPP, opisivanjem obilježja razdoblja počinjenja djela i dovođenjem istoga u vezu s vremenom trajanja Domovinskog rata, povezivanjem tog razdoblja i iskorištavanja stanja Domovinskog rata za počinjenje kaznenog djela, kao i opisivanjem u čemu se sastoji kazneno djelo ratnog profiterstva.

U kontekstu visokog profila spomenutog kaznenog postupka, možda nije toliko zamijećen kazneni postupak koji se vodio pred Općinskim kaznenim sudom u Zagrebu u predmetu KO-1862/2013 protiv opt. S.K. zbog krivičnog djela iz čl. 103. st. 1. KZRH u vezi čl. 1. i čl. 3. ZONKD-RPiPP. Prvostupanjska presuda od 21. svibnja 2014., broj KO-1862/2013, kojom je optuženik proglašen krivim preinačena je u odluci o kaznenoj sankciji presudom Županijskog suda u Zagrebu od 9. prosinca 2014., broj Kž-1100/2014-3. Sud prvog stupnja bavio se obrazlaganjem da je kazneno djelo optuženik počinio u procesu pretvorbe i privatizacije u vrijeme trajanja Domovinskog rata, dok u drugostupanjskoj odluci, obzirom na podnijete žalbe, nije bilo govora o primjeni ZONKD-RPiPP.[2],[3] Kada se s današnje perspektive pogleda činjenični opis krivičnog djela iz spomenute presude, vidljivo je da nije do kraja udovoljeno pretpostavkama koje je, doduše, kasnije postavio Ustavni sud u Odluci Hypo.

5. ODLUKA USTAVNOG SUDA RH U-III-4149/2014 (ODLUKA HYPO)

Za potrebe ovog rada, ostajući u okviru teme, ukratko će se prezentirati naglasci iz Odluke Hypo, koje su sudovi preuzeli i kojima se rukovode kod suđenja u predmetima ratnog profiterstva i iz procesa pretvorbe i privatizacije po ZONKD-RPiPP, sve sukladno obvezi iz čl. 31. st. 1. i st. 2. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (Narodne novine 99/99, 29/02 i 49/02).

Relevantni dio Odluke Hypo nalazi se u točkama 76. do 178., a odnosi se na pitanja kalendarskog određenja razdoblja „Domovinskog rata i mirne reintegracije, ratnog stanja i neposredne ugroženosti neovisnosti i teritorijalne cjelovitosti države", definiciju kaznenih djela ratnog profiterstva i iz procesa pretvorbe i privatizacije, pitanje „ne zastarijeva" i definiciju „nesrazmjerne imovinske koristi", odnosno obilježja kaznenih djela ratnog profiterstva prema čl. 7. st. 1. ZONKD-RPiPP.

Pozivom na više propisa koji se bave pitanjima Domovinskog rata, mirne reintegracije, ratnog stanja i ugroženosti neovisnosti i teritorijalne cjelovitosti države iz čl. 31. st. 4. Ustava, odnosno čl. 1. ZONKD-RPiPP

interesima građana Republike Hrvatske. Na taj je način optuženik, kao zamjenik ministra ... u Vladi Republike Hrvatske, u najtežim trenucima za Republiku Hrvatsku, narušio njezin ugled, obezvrijedio požrtvovnost boraca u Domovinskom ratu, ugrozivši temeljne vrijednosti društva. Pravilan je zaključak prvostupanjskog suda da je time optuženik povrijedio javni poredak. S obzirom na to, osnovano prvostupanjski sud ističe da ratno profiterstvo ne čine samo od ranije poznati oblici te pojave kao što su podizanje cijena robe zbog nestašice, prodaja oružja radi obrane države po nerazmjerno visokim cijenama već i ponašanje za koje je optuženik proglašen krivim. Ugovor o zajmu koji je Republika Hrvatska zaključila s K. L. & H. b., pratila je i politička podrška Republike Austrije koja je početkom 1995. postala zemlja članica Europske unije pa je još važnije bilo predstaviti Republiku Hrvatsku kao zemlju pozitivnog demokratskog usmjerenja i vrijednosti jer se Republika Hrvatska oduvijek smatrala europskom državom. Stoga je svako odstupanje od zajedničkih napora i borbe za poštenu, pravednu i vjerodostojnu hrvatsku državu na političkom planu poništavalo uspjehe ostvarena vojnim operacijama. Ugovorom o zajmu s K. L. & H. b. hrvatska država je postala dužnik strane banke, s ciljem da na diplomatskom planu vodi i dobiva bitke i rat za svoju neovisnost i samostalnost. Uzimanje provizije od takvog posla od strane osobe kojoj je primarna dužnost bila zastupati i braniti interese Republike Hrvatske, a ne brinuti o vlastitom probitku na protuzakoniti način, imajući na umu i sve već naprijed istaknute okolnosti koje su obilježile inkriminirano razdoblje, ne može se okvalificirati na drugi način nego ratnim profiterstvom.

[2] presuda Općinskog kaznenog suda u Zagrebu KO-1862/13 u činjeničnom opisu ima sadržan opis vremena i mjesta počinjenja djela i okolnosti počinjenja djela na slijedeći način: „u razdoblju od 23. ožujka do 24. lipnja 1995., u Zagrebu,..., a što je sve učinjeno u tijeku pretvorbe i privatizacije društva „Z. t.",

[3] presuda KO-1862/13 – „Opisanim radnjama okrivljenik je ostvario sva bitna subjektivna i objektivna obilježja kaznenog djela iz čl. 103 st. 1 KZRH/93, a budući da je isto kazneno djelo počinjeno u vrijeme pretvorbe i privatizacije poduzeća „Z. t.", tada je isto djelo počinjeno i kažnjivo uz primjedbu odredbi čl. 1 i čl. 3 Zakona o nezastarijevanju kaznenih djela ratnog profiterstva i kaznenog djela iz procesa pretvorbe i privatizacije (NN 57/11), kojim odredbama je propisano da se za navedena kaznena djela kazneni progon može poduzeti i nakon isteka rokova za zastaru kaznenog progona, a prema čl. 3 u kaznena djela iz čl. 1 ubraja se i kazneno djelo zaključenje štetnog ugovora iz čl. 103."

Ustavni sud je odredio da je razdoblje činjenja kaznenih djela ratnog profiterstva i iz procesa pretvorbe i privatizacije u vremenu od 30. svibnja 1990. do 15. siječnja 1998.[4]

Definicija kaznenih djela ratnog profiterstva i kaznenih djela iz procesa pretvorbe i privatizacije prenosi se u cijelosti zbog značenja definicije i primjenjivosti u pregledanim sudskim odlukama:[5]

„99. Nadalje, odabravši kataloški pristup, ZoNKD-RPiPP je pravno označio koja kaznena djela, propisana i pravno određena u kaznenim i drugim zakonima, mogu dobiti zakonska obilježja kaznenih djela ratnog profiterstva i kaznenih djela iz procesa pretvorbe i privatizacije (RPiPP-djela/31-4) u smislu novog stavka 4. članka 31. Ustava.

Kaznena djela koja su bila propisana i pravno određena u kaznenim i drugim zakonima u relevantno vrijeme (to jest od 30. svibnja 1990. do 15. siječnja 1998.), a koja su navedena u člancima 2., 3., 4., 5. i 6. te označena u članku 7. stavku 2. ZoNKD-RPiPP-a, u ovoj se odluci označuju i kraticom: djela/31-1, pri čemu oznaka „31-1" upućuje na članak 31. stavak 1. Ustava.

Time se naglašava da su i ta djela i kazne za ta djela bili propisani zakonom u vrijeme počinjenja djela u skladu s načelom nullum crimen, nulla poena sine lege, koji je sadržan u članku 31. stavku 1. Ustava („Nitko ne može biti kažnjen za djelo koje prije nego je počinjeno nije bilo utvrđeno zakonom ... kao kazneno djelo, niti mu se može izreći kazna koja nije bila određena zakonom.").

100. Djela/31-1 postaju kaznena djela ratnog profiterstva odnosno kaznena djela iz procesa pretvorbe i privatizacije (RPiPP-djela/31-4) samo ako su njihovim počinjenjem ostvarena i dodatna zakonska obilježja koja su propisana člankom 7. stavkom 1. ZoNKD-RPiPP-a.

Iz te odredbe nedvojbeno se može zaključiti da RPiPP-djela/31-4 imaju jedno novo, izrijekom propisano i jasno izraženo zakonsko obilježje u odnosu na pripadajuća djela/31-1. To je „nesrazmjerna imovinska korist".

Za potrebe ovog ustavnosudskog postupka i ostali elementi tih djela koji su sadržani u članku 7. stavku 1. ZoNKD-RPiPP-a u ovoj se odluci nazivaju „zakonskim obilježjima RPiPP-djela/31-4", pri čemu se ta druga obilježja moraju izvoditi iz zakonske norme (v. točke od 167. do 172.).

101. Ustavni sud u tom smislu utvrđuje da se za postojanje „kaznenog djela ratnog profiterstva i kaznenog djela iz procesa pretvorbe i privatizacije" (RPiPP-djela/31-4) u smislu novog stavka 4. članka 31. Ustava zahtijeva sljedeće:

- *u svakom konkretnom slučaju prvo se treba utvrditi počinjenje djela/31-1 (to jest djela koje je propisano u OKZRH-u/76-92, KZRH-u/77-91 i KZ-u/97 i koje je naznačeno u ZoNKD-RPiPP-u), kao i činjenica da za djelo/31-1 nije nastupila zastara kaznenog progona na dan stupanja na snagu Promjene Ustava/2010, a zatim treba utvrditi i postojanje dodatnih zakonskih obilježja djela/31-1 propisanih člankom 7. stavkom 1. ZoNKD-RPiPP-a;*
- *dodatna zakonska obilježja RPiPP-djela/31-4, propisana člankom 7. stavkom 1. ZoNKD-RPiPP-a, sužavaju kažnjivost djela/31-1, jer djela/31-1 mogu biti RPiPP-djela/31-4 samo ako je počinitelj tim djelom pribavio „nesrazmjernu" imovinsku korist, i to tako da je modalitetom radnji koje su opisane u toj odredbi (podizanjem cijena robe koja je u nestašici, prodajom državne imovine znatno ispod njezine vrijednosti ili na drugi način) iskoristio ratno stanje ili neposrednu ugroženost neovisnosti i teritorijalne cjelovitosti države (od 30. svibnja 1990. do 15. siječnja 1998.), na način koji se izvodi iz same zakonske norme (v. točke od 167. do 172.)."*

Ovakvim pristupom je Ustavni sud ustanovio tzv. „trodijelni test"[6], pozivajući se kod toga na presudu Vrhovnog suda RH od 23. listopada 2013, broj Kž-423/2013-4.[7] Prema Odluci Hypo sudovi bi najprije trebali utvrditi postojanje obilježja osnovnog djela iz kataloga djela iz ZONKD-RPiPP, utvrditi da li za to djelo nije nastupila zastara kaznenog progona u vrijeme stupanja na snagu promjene Ustava RH (16. lipnja 2010.) i ako

[4] Odluka Ustavnog suda „Hypo" toč. 87. obrazloženja

[5] Odluka Ustavnog suda „Hypo" toč. 99. – 101. obrazloženja

[6] cit. prema D. Derenčinović, Doprinos Ustavnog suda Republike Hrvatske u definiranju okvira za tumačenje ustavne odredbe o nezastarijevanju ratnog profiterstva i kaznenih djela počinjenih u vrijeme pretvorbe i privatizacije, Sveske za javno pravo, (6), broj 2/2015, str. 13-14

[7] presuda VSRH Kž-423/13-4 – „Nadalje, kako nisu dokazni navodi optužbe u pogledu kaznenih djela zlouporabe položaja i ovlasti iz čl. 337. st. 4. u vezi st. 3. i st. 1. KZ/97 za koje u vrijeme odlučivanja nije nastupila zastara kaznenog progona, to se ovaj drugostupanjski sud nije upuštao u ocjenu počinjenja djela ratnog profiterstva prema čl. 1. i čl. 7. st. 1. u vezi čl. 5. toč. 13. Zakona o nezastarijevanju kaznenih djela ratnog profiterstva i kaznenih djela iz pretvorbe i privatizacije."

je negativan odgovor na to pitanje, tada bi valjalo utvrditi da li su ispunjena i daljnja obilježja kaznenih djela ratnog profiterstva i iz procesa pretvorbe i privatizacije, posebno „nesrazmjerna imovinska korist" i iskorištavanje ratnog stanja ili neposredne ugroženosti neovisnosti i teritorijalne cjelovitosti države za poduzimanje radnje počinjenja djela opisane u čl. 7. st. 1. ZONKD-RPiPP.

Valjalo bi ipak ograničiti doseg „trodijelnog testa" na utvrđivanje da li se radi o djelu iz kataloga iz čl. 2. do 6. ZONKD-RPiPP, potom utvrditi da li su ispunjena i dodatna obilježja kaznenih djela iz čl. 7. st. 1. ZONKD-RPiPP, nakon čega su sudovi ispitivali da li je nastupila zastara za osnovno djelo, ako nisu bila ostvarena (opisana) obilježja iz čl. 7. st. 1. ZONKD-RPiPP. U pregledanim odlukama sudovi se nisu bavili pitanjem nastupa zastare kaznenog progona osnovnog kaznenog djela do 16. lipnja 2010. Na opisani način postupaju sudovi u pregledanim odlukama, uz obrazloženje kako ne bi bilo „svrsishodno niti pravno logično utvrđivati da li je okrivljenik počinio kazneno djelo" kada je sud prvog stupnja utvrdio da je nastupila zastara za osnovno djelo.[8] Radilo bi se o „modificiranom trodijelnom testu", koji mora uzeti u obzir stvarni sadržaj presude Vrhovnog suda Kž-423/13-4 i o kojoj se vrsti odluke radilo. Naime, tom je presudom potvrđena oslobađajuća presuda Županijskog suda u Osijeku broj K-60/2012-17 jer nije dokazano počinjenje kaznenog djela, pa se niti sud prvog stupnja, a niti Vrhovni sud, kao drugostupanjski sud, nisu upuštali u procjenu primjene ZONKD-RPiPP, kako to i proizlazi iz citiranog dijela presude Kž-423/13-4, već su se zadržali na pitanju (ne)dokazanosti osnovnog kaznenog djela.

Definicija „nesrazmjerne imovinske koristi", ali i radnji počinjenja kaznenih djela ratnog profiterstva iz čl. 7. st. 1. ZONKD-RPiPP dana je na slijedeći način[9]:

„169. Sukladno tome, da bi postojalo RRiPP-djelo/31-4 u smislu članka 7. stavka 1. ZoNKD-RPiPP-a, znatna imovinska korist, protupravno pribavljena počinjenjem djela/31-1, mora biti „nesrazmjerna". Nema RPiPP-djela/31-4 ako ta znatna imovinska korist nije nerazmjerna. Drugim riječima, nerazmjernost imovinske koristi jest novo, dodatno zakonsko obilježje RPiPP-djela/31-4.

170. Iz sadržaja članka 7. stavka 1. ZoNKD-RPiPP-a proizlazi da „nesrazmjerna" imovinska korist (protupravno pribavljena počinjenjem djela/31-1, koja je u slučaju Hypo „znatna") mora biti rezultat svjesnog iskorištavanja ratnog stanja ili neposredne ugroženosti neovisnosti i teritorijalne cjelovitosti države, i to tako da je ostvarena:

- *na teret ili na štetu materijalnih uvjeta života stanovništva u ratu ili gospodarskih potencijala društva (što se zaključuje iz zakonodavčevog upućivanja na primjer „podizanja cijena robe koja je u nestašici"), ili*
- *na teret ili na štetu državne imovine odnosno drugih imovinskih interesa ili probitaka države u ratu (što se zaključuje iz zakonodavčevog upućivanja na primjer „prodaje državne imovine znatno ispod njezine vrijednosti").*

Primjeri navedeni u članku 7. stavku 1. ZoNKD-RPiPP-a jasno upućuju na zaključak da RPiPP-djela/31-4 mogu biti samo ona djela/31-1 koja dovode do ozbiljnih povreda javnog poretka ili povreda javnog poretka širih razmjera odnosno do ugrožavanja temeljnih vrijednosti ili fundamentalnih interesa državne i društvene zajednice.

Prema tome, kada se pravnim ili faktičnim poslovima, pothvatima ili postupanjima u smislu članka 7. stavka 1. ZoNKD-RPiPP-a počini djelo/31-1 i njime ostvari znatna imovinska korist iskorištavanjem ratnog stanja (to jest otežavanjem materijalnih uvjeta života stanovništva, uništavanjem gospodarskih potencijala društva ili slabljenjem imovinskog supstrata države), onda tako ostvarena znatna protupravna imovinska korist još (dodatno) mora biti i „nesrazmjerna" da bi došlo do ostvarenja bića kaznenog djela ratnog profiterstva. U odnosu prema kojim vrijednostima se ta nerazmjernost mjeri i ispituje ovisi o okolnostima svakog konkretnog slučaja, što u sudskim postupcima utvrđuju kazneni sudovi.

171. Konačno, i dio odredbe članka 7. stavka 1. ZoNKD-RPiPP-a koji glasi: „ili na drugi način" može se odnositi samo na pravne ili faktične poslove, pothvate ili postupanja različita od onih koji su u članku 7. stavku 1. ZoNKD-RPiPP-a navedeni kao primjeri (podizanje cijena robe, prodaja državne imovine), pod uvjetom da je tim poslovima, pothvatima ili postupanjima ostvarena, iskorištavanjem ratnih okolnosti, nerazmjerna protupravna imovinska korist u smislu u kojem je to prethodno opisano.

[8] tako Županijski sud u Zagrebu Kž-643/2018-6 od 23. listopada 2018.

[9] Odluka Ustavnog suda „Hypo" toč. 169. – 172. obrazloženja

172. Zaključno, RPiPP-djela/31-4 odnose se na duboko nemoralne i bezobzirne modalitete na koje su počinitelji djela/31-1 u ratu iskorištavali inače dopustive pravne ili faktične poslove, pothvate ili postupanja, na štetu materijalnih uvjeta života stanovništva i gospodarskog potencijala vlastite države, ali i same te države.
Ustavni sud u tom smislu ocjenjuje da je novi stavak 4. članka 31. Ustava pozvao na procesuiranje onih djela/31-1 koja su, pored poremećaja javnog poretka što ih izaziva svako kršenje prava, dovela do ugrožavanja tog poretka jer su utjecala na neku od temeljnih vrijednosti ili neki od fundamentalnih interesa državne i društvene zajednice u ratu, a postoje dokazi da je osobno ponašanje počinitelja djela/31-1 konstituiralo istinsku, stvarnu i dovoljnu ozbiljnu prijetnju tim vrijednostima i interesima (v., mutatis mutandis, predmet Europskog suda pravde Regina v. Pierre Bouchereau, broj 30-77 od 27. listopada 1977., Izvješća Europskog suda 1977, str. 1999.).“

Ustavni sud je u Odluci Hypo označio da su nesrazmjerna imovinska korist i primjerice navedeni načini počinjenja kaznenog djela ratnog profiterstva obilježja kaznenih djela koja sužavaju kažnjivost osnovnih djela iz kataloga iz čl. 2. do čl. 6. ZONKD-RPiPP. O navedenome postoje prijepori u pravnoj teoriji.[10] U sudskoj praksi o ovom pitanju nema prijepora, već je zauzeto jedinstveno stajalište da su odredbama čl. 1. i čl. 7. st. 1. ZONKD-RPiPP[11] propisana dodatna obilježja uz postojanje kojih kaznena djela iz kataloga postaju kaznena djela ratnog profiterstva i iz procesa pretvorbe i privatizacije. U tom je pogledu sudska praksa usklađena i jedinstvena, o čemu će više biti riječi u slijedećem poglavlju.

Pojam „ne zastarijeva“ Ustavni sud je vezao uz načelo zakonitosti i zaključio da je moguća primjena odredbi ZONKD-RPiPP samo na kaznena djela za koja zastara nije nastupila do stupanja na snagu promjene Ustava (16. lipnja 2010.)[12]

[10] D. Derenčinović, rad cit. pod 6, str. 13, drugačije P. Novoselec, Nezastarijevanje kaznenih djela vezanih uz ratno profiterstvo i proces pretvorbe i privatizacije, HLJKPP, vol 25, broj 2/2015, str. 449 koji govori da se radi o procesnoj pretpostavci nezastarijevanja koja se mora ispuniti pored bića kaznenog djela.

[11] rješenje VSRH I Kž-308/2017-4 od 12. rujna 2017. – „Prvostupanjski sud je u pobijanom rješenju naveo da je prema Zakonu o nezastarijevanju nerazmjerna imovinska korist „novo, dodatno zakonsko obilježje kaznenog djela ratnog profiterstva“, a da se kao takvo „u optužnici uopće ne spominje“. Prvi navod je pravno pravilan, a drugi je točan.
U odnosu na prvi navod, Vrhovni sud Republike Hrvatske je kao najviši sud države prihvatio pravno stajalište Ustavnog suda Republike Hrvatske prema kojem je nerazmjernost imovinske koristi sastavnica kaznenog djela, ovdje kaznenog djela iz članka 337. stavka 4. KZ/97., i ta sastavnica je određena Zakonom o nezastarijevanju (U-III-4194/14.). To pravno gledište izraženo je u odlukama Vrhovnog suda Republike Hrvatske (I Kž 390/16. od 26. rujna 2016. i I Kž 646/17. od 23. svibnja 2017.). Ne postoje razlozi zbog kojih bi ovaj sud sada odstupio od tog pravnog stajališta.
Drugo, kao i svaka druga sastavnica kaznenog djela, tako i nerazmjernost imovinske koristi treba biti opisana u činjeničnom opisu kojim državni odvjetnik optuženiku (optuženicima) stavlja na teret počinjenje kaznenog djela. Ako nedostaje sastavnica kaznenog djela ili nekog njegovog kvalifikatornog obilježja, onda činjenični opis nema potrebne sastojke određenog kaznenog djela ili njegova kvalifikatornog obilježja.
Ovdje je, kao i u predmetu I Kž 390/16., riječ o tzv. pretvaranju kaznenih djela izvorno optuženih kao poticanje na počinjenje kaznenih djela iz članka 337. stavka 4. KZ/97. i njihovu vezivanju uz Zakon o nezastarijevanju. Takvo pretvaranje, odnosno izmjena činjeničnog opisa na koju je ovlašten državni odvjetnik, mora u sebi sadržavati i opis zašto je znatna imovinska korist ujedno i nerazmjerna prema Zakonu o nezastarijevanju. Drugim riječima, nije dovoljno samo navesti da je znatna imovinska korist nerazmjerna nego je potrebno pobliže označiti u čemu i u odnosu na što se ta nerazmjernost očituje.
Tu nužnu sastavnicu ovlašteni tužitelj ovdje nije opisao niti izmjenom činjeničnih opisa, a prvostupanjski sud je to i uočio. Zato je riječ o jednakom nedostatku kao i u maloprije navedenim predmetima u kojima je ovaj sud već zauzeo pravno stajalište prema kojem nerazmjernost mora biti opisana u činjeničnom opisu pa niti u odnosu na to ne postoji razlog zbog kojeg bi se ovdje trebalo odstupiti od ranije zauzetih pravnih gledišta. Stoga ovdje optužnim aktom optuženicima nisu na teret stavljena kaznena djela povezana sa Zakonom o nezastarijevanju nego kaznena djela iz članka 337. stavka 4. u vezi s člankom 37. stavkom 1. KZ/97.“

[12] Odluka Hypo, točka 158. obrazloženja – „Zaključno, ni Županijski sud u Zagrebu ni Vrhovni sud nisu ispitali je li djelo/31-1 bilo u zastari na dan kad je na snagu stupila Promjena Ustava/2010 (16. lipnja 2010.) iako su prema toj činjenici trebali prosuđivati mogućnosti progona podnositelja za kazneno djelo ratnog profiterstva u slučaju Hypo.“

6. SUDSKA PRAKSA U PRIMJENI ZONKD-RPIPP NAKON ODLUKE HYPO USTAVNOG SUDA RH

S primjenom odredbi ZONKD-RPiPP sudovi su se susretali i prije (Oks Zg Ko-1862/12 i Žs Zg Kž-1100/14), a više i češće nakon Odluke Hypo Ustavnog suda. Kao što je već istaknuto, prema čl. 31. st. 1. i 2.Ustavnog zakona o Ustavnom sudu, sudovi, kao tijela državne vlasti, dužni su poštovati odluke Ustavnog suda, koje su obvezne za sve i u svom ih radu poštovati i provoditi.

U pregledanim odlukama vidljivo je da se sudovi (općinski, županijski u 1. i 2. stupnju i Vrhovni sud) pridržavaju odluke Ustavnog suda u predmetu Hypo što je izrijekom navedeno u rješenju Vrhovnog suda Republike Hrvatske I Kž-308/2017-4 od 12. rujna 2017.[13]

6.1. PRAVOMOĆNE OSUĐUJUĆE PRESUDE

Već je naprijed (odlomak 3.) označeno da u pregledanim i dostupnim odlukama postoji samo jedna pravomoćna osuđujuća presuda u kojoj je okrivljenik proglašen krivim zbog kaznenog djela iz procesa pretvorbe i privatizacije – presuda KO-1862/13 Općinskog kaznenog suda u Zagrebu, koja je preinačena u odluci o kaznenoj sankciji presudom Županijskog suda u Zagrebu Kž-1100/14. Radi se o krivičnom djelu štetnog ugovora iz čl. 103. KZRH, davanjem kredita oštećenog društva drugome društvu, koje je kredite vratilo u manjem iznosu, a u većem iznosu od preko 7.000.000 kn nije. Osim navoda da je to učinjeno u vrijeme procesa pretvorbe i privatizacije oštećenog društva, u činjeničnom opisu, niti razlozima nema pojašnjenja nesrazmjerne imovinske koristi, veze djela s procesom pretvorbe i privatizacije, odnosno iskorištavanjem stanja Domovinskog rata.

Interesantna je i presuda Općinskog suda u Zlataru K-58/15-42 od 7. siječnja 2019., koja je potvrđena presudom Županijskog suda u Osijeku Kž-326/19-6 od 5. srpnja 2019. Prvostupanjski je sud, ocjenjujući sadržaj činjeničnog opisa kaznenog djela prijevare zauzeo stajalište da nema mjesta primjeni čl. 7. st. 1. ZONKD-RPiPP jer izostaje opis nesrazmjerne imovinske koristi. Ovo stajalište djelomično prihvaća sud drugog stupnja i odbija žalbu državnog odvjetnika u odnosu na pitanje pravne oznake djela kao djela ratnog profiterstva, dodajući i razloge u odnosu na primjenu čl. 1. ZONKD-RPiPP.[14]

6.2. PRAVOMOĆNE OSLOBAĐAJUĆE PRESUDE

Nešto je veći broj oslobađajućih presuda, donijetih u pravilu primjenom čl. 453. toč. 3. ZKP/08 da nije dokazano osnovno djelo, no ima i presuda koje se bave dokazanošću dodatnih obilježja kaznenih djela iz čl. 7. st. 1. ZONKD-RPiPP.

---

[13] U odnosu na prvi navod, Vrhovni sud Republike Hrvatske je kao najviši sud države prihvatio pravno stajalište Ustavnog suda Republike Hrvatske prema kojem je nerazmjernost imovinske koristi sastavnica kaznenog djela, ovdje kaznenog djela iz članka 337. stavka 4. KZ/97., i ta sastavnica je određena Zakonom o nezastarijevanju (U-III-4194/14.). To pravno gledište izraženo je u odlukama Vrhovnog suda Republike Hrvatske (I Kž 390/16. od 26. rujna 2016. i I Kž 646/17. od 23. svibnja 2017.). Ne postoje razlozi zbog kojih bi ovaj sud sada odstupio od tog pravnog stajališta.

[14] No, u(s)prkos tome, činjeničnim navodima državnog odvjetnika da u početku izvršenja kaznenog djela od strane optuženika proces mirne reintegracije nije bio dovršen, samo se dovodi optuženika u kontekst vremenskog okvira propisanim čl. 1. ZoNKD-RPIPP-a, dok drugih poveznica nema, a koje bi bile od odlučujućeg značaja, jer nije ratno profiterstvo svako kazneno djelo iz kataloga, automatski time, što je počinjeno u okviru inkriminiranog vremenskog perioda određenog čl. 1. ZoNKD-RPIPP-a. U vrijeme početka izvršavanja kaznenog djela, odnosno radnje optuženika Republika Hrvatska je bila pravna država koja je na većem dijelu svoga teritorija (osim Podunavlja) normalno i uredno funkcionirala, a posebice u onim dijelovima gdje je optuženik poduzimao radnje izvršenja kaznenog djela, pa se ne može prihvatiti teza državnog odvjetnika da je zbog toga što još mirna reintegracija još nije bila dovršena, u pravnom smislu Republika Hrvatska kao pravna država bila u kaotičnom i nesređenom stanju u državnim institucijama, a posebice u Ministarstvu obrane Republike Hrvatske, da bi se to odrazilo na ostvarenje cilja optuženika, odnosno sve skupa navedeno ne upućuje da bi optuženik osim vremenskog okvira vezanog za provođenjem mirne reintegracije bio objektivno povezan s okolnostima koje bi ukazivale na ratno profiterstvo, stoga je pravilno prvostupanjski sud optuženika proglasio krivim za učin kaznenog djela iz čl. 123. st. 1. i 2. KZ/11.

Tako primjerice presuda koju čine presuda Općinskog suda u Osijeku K-666/2015-22 od 12. prosinca 2017. i presuda Županijskog suda u Osijeku Kž-117/2018-9 od 14. veljače 2019. sadrži obrazloženje da sudovi donose oslobađajuću presudu jer nisu dokazana obilježja iz čl. 7. st. 1. ZONKD-RPiPP.[15]

Nadalje, slijedeća potvrđena oslobađajuća presuda je presuda Općinskog kaznenog suda u Zagrebu broj K-159/17-34 od 27. veljače 2018.[16], koja je potvrđena presudom Županijskog suda u Zagrebu broj Kž-759/18-7 od 16. listopada 2018. Ovdje je u prvostupanjskoj i drugostupanjskoj presudi razlog za donošenje oslobađa-

[15] Nije u pravu državni odvjetnik niti kada se žali zbog pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja. Suprotno žalbenim navodima državnog odvjetnika prvostupanjski sud je u pobijanoj odluci iznio valjane i dostatne razloge zašto smatra da nije dokazano da su opt. S. Š., opt. Z. S. i opt. S. K. počinili kazneno djelo ratnog profiterstva kaznenim djelom zlouporabom ovlasti u gospodarskom poslovanju iz čl. 292. st. 2. u svezi sa st. 1. alineja 6. KZ/97 za koje su optuženi.
Naime, da bi se radilo o kaznenim djelima ratnog profiterstva moraju biti utvrđene dvije pretpostavke. Prva pretpostavka je postojanje ratnog stanja i neposredne ugroženosti neovisnosti i teritorijalne cjelovitosti R. Hrvatske, a druga je da su kaznena djela koja su propisana Zakonom o nezastarijevanju kaznenih djela ratnog profiterstva i kaznenih djela iz procesa pretvorbe i privatizacije počinjena upravo iskorištavanjem takvog ratnog stanja, a sve s ciljem ostvarenja nerazmjerne imovinske koristi. Prema tome nije dovoljno da su kaznena djela iz Zakona o nezastarijevanju počinjena za vrijeme ratnog stanja, nego je potrebno utvrditi i da su ista počinjena iskorištavanjem toga ratnog stanja.
Stoga je u konkretnom slučaju bilo potrebno utvrditi jesu li optuženici inkriminirane radnje za poduzimanje kojih se terete poduzimane upravo iskorištavanjem ratnog stanja s ciljem ostvarenja nerazmjerne imovinske koristi, odnosno postoji li veza tih radnji optuženika sa ratnim stanjem.
Opće je poznata činjenica da je u inkriminiranom vremenu u Republici Hrvatskoj trajao Domovinski rat, te da su inkriminirane radnje opt. Š., opt. S. i opt. K. poduzete upravo u to vrijeme trajanja ratnog stanja. Također je opće poznata činjenica, a što ne osporava niti državni odvjetnik u svojoj žalbi, da je u to vrijeme u Republici Hrvatskoj bio na snazi Zakon o vrijednosnim papirima, te Zakon o tržištu novca i tržištu kapitala kojim propisima je normativno uređeno kako tržište dionicama tako i kontrola tržišta dionicama. Nadalje, prema optužnici su kao mjesto počinjenja predmetnog kaznenog djela naznačeni gradovi Donji Miholjac i Zagreb, dakle mjesta koja se u inkriminiranom razdoblju nisu nalazila na okupiranim područjima, dakle izvan ustavnopravnog poretka RH.
S obzirom na te činjenice, kao i na činjenicu što je u RH u to vrijeme bio na snazi Zakon o vrijednosnim papirima i Zakon o tržištu novca i tržištu kapitala koji su regulirali promet vrijednosnim papirima, da je u to vrijeme, što je također opće poznata činjenica, upravo temeljem tih zakonskih propisa odvijana brojna gospodarska djelatnost regulirana tim propisima na neokupiranom području RH, uključivo i kupnju i prodaju dionica u procesu pretvorbe i privatizacije na području Zagreba i Donjeg Miholjca, jasno je da su i radnje u svezi kupovine dionica tvrtke V. d.d. od malih dioničara i Hrvatskog fonda za privatizaciju putem poduzeća D. d.o.o. na teret tvrtke V. d.d. za počinjenje kojih se tereti opt. Š., opt. S. i opt. K. poduzimane pod istim uvjetima kao i u drugim slučajevima otkupa dionica pojedinih trgovačkih društva s područja Zagreba i Donjeg Miholjca, dakle neovisno o ratnom stanju tijekom Domovinskog rata.
Sama činjenica što opt. S. Š., opt. Z. S. i opt. S. K. radnje za koje se predmetnom optužnicom terete poduzimaju za vrijeme trajanja Domovinskog rata nije dostatna za zaključak da su iste poduzete upravo s ciljem iskorištavanja ratnog stanja kako bi se omogućilo stjecanje nepripadne imovinske koristi za tvrtku D. d.o.o. kupnjom dionica tvrtke V. d.d. na teret tvrtke „V.", osobito ako se ima u vidu da je u R. Hrvatskoj i u kritično vrijeme tržište dionicama i kontrola tržišta dionicama unatoč ratnog stanja uredno funkcioniralo, te da su predmetne dionice očigledno prometovane po tržišnim uvjetima, dakle ne ispod tržišne cijene dionica, a što tijekom postupka nije niti bilo sporno.
Slijedom navedenog ispravno je prvostupanjski sud zaključio da nije dokazana veza između inkriminiranih radnji opt. Š., opt. S. i opt. K. i ratnog stanja u Republici Hrvatskoj, odnosno da nije dokazano da bi navedeni optuženici svojim radnjama iskorištavali ratno stanje u Republici Hrvatskoj za vrijeme Domovinskog rata, odnosno vrijeme kada zbog ratnog stanja Republika Hrvatska nije imala uređenu kontrolu tržišta dionicama, kako bi upravo na taj način i zbog tih okolnosti tvrtki D., a na teret tvrtke V., pribavili nerazmjernu protupravnu imovinsku korist kupovinom dionica tvrtke VSF od malih dioničara i Hrvatskog fonda za privatizaciju, te kada ih je za isto po čl.453. t.3. ZKP/08 oslobodio optužbe.

[16] Konačno, činjeničnim opisom optužnog akta 1. do 4. okrivljenike tereti se da su u vremenu od 10. svibnja 1996. do 19. rujna 1996. u Zagrebu, dok je trajao Domovinski rat, te nakon toga za vrijeme mirne reintegracije, u postupku privatizacije trgovačkog društva H. L. počinili kazneno djelo protiv sigurnosti platnog prometa i poslovanja iz čl. 292.. stavak 1. alineja 4. i st. 2. i dr. KZ/97, dakle, u činjeničnom opisu navedeno je da je kazneno djela koje se stavlja na teret 1. – 4. okrivljenicima kvalificirano po Zakonu o nezastarijevanju kaznenih djela ratnog profiterstva i kaznenih djela iz procesa pretvorbe i privatizacije. Međutim, osim oznake kaznenog djela koja predstavlja navode da je kazneno djelo počinjeno tijekom Domovinskog rata, za vrijeme mirne reintegracije u postupku privatizacije nisu opisane niti naznačene okolnosti koje ukazuju na to da su radnje koje su poduzete po 1. – 4. okrivljenicima, proizašle upravo iz zlouporabe činjenice da je u tijeku Domovinski rat, vrijeme mirne reintegracije, te nije opisano na koji način je ovo vrijeme vezano uz sam postupak privatizacije trgovačkog društva H. L. Dakle, određeno kazneno djela mora biti u uskoj vezi sa ratnim stanjem, uvjetovano baš tim ratnim stanjem, a u konkretnom slučaju u činjeničnom opisu optužnice navodi se jedino kako je ovo kazneno djelo počinjeno u vrijeme ratnog stanja te nakon toga za vrijeme mirne reintegracije.

juće presude u tome da nije dokazana prijevarna namjera, a uz to sudovi obrazlažu i izostanak opisa obilježja djela koje bi ga činile kaznenim djelom iz procesa pretvorbe i privatizacije.

Presudom broj KO-3343/06-136 Općinski kazneni sud u Zagrebu oslobodio je od optužbe petero optuženika za kaznena djela iz čl. 292. KZ/97 u vezi čl. 5. toč. 6. i čl. 1. i čl. 7. ZONKD-RPiPP koji su bili optuženi da su „u razdoblju od početka 1994. godine pa do kraja 1995. godine, u Zagrebu, za vrijeme Domovinskog rata, koristeći se ratnim stanjem nastalog otežanim djelovanjem sustava carinske kontrole Ministarstva financija i raširenosti crnog tržišta živežnim namirnicama" izbjegavali plaćanje carina i poreza, odnosno u tome pomagali. Razlozi za donošenje oslobađajuće presude leže u utvrđenju suda da je u označeno vrijeme carinska služba normalno funkcionirala, da nije bilo crnog tržišta živežnim namirnicama, dodajući kako se ne radi o stjecanju nerazmjerne imovinske koristi. Županijski sud u Osijeku je presudom broj Kž-101/18-9 od 19. travnja 2018. potvrdio oslobađajuću presudu.[17]

Već je ranije spomenuta oslobađajuća presuda Županijskog suda u Osijeku broj K-60/12-17 od 3. travnja 2013. i potvrđujuća presuda Vrhovnog suda broj Kž-423/13-4 od 23. listopada 2013., kao i značenje koje je odluci Vrhovnog suda dano u Odluci Hypo Ustavnog suda. U konkretnom su se slučaju i sud prvog i sud drugog stupnja bavili pitanjima da li je dokazana optužba za kazneno djelo iz čl. 337. st. 4. KZ/97, a nakon utvrđenja da nije, sud drugog stupnja lakonski konstatira da kada je sud prvog stupnja utvrdio da nije dokazano osnovno kazneno djelo, da tada nije imalo smisla niti utvrđivati da li su ispunjene pretpostavke za primjenu ZONKD-RPiPP.

6.3. PRAVOMOĆNE ODBIJAJUĆE ODLUKE (PRESUDE I RJEŠENJA)

U ovom odlomku prikazati će se pravomoćne odbijajuće presude i pravomoćna rješenja o obustavi kaznenog postupka na temelju utvrđenja sudova da je nastupila zastara kaznenog progona. Sudovi su u svim pregledanim i prikazanim odlukama najprije utvrdili da nije moguća primjena ZONKD-RPiPP iz razloga jer u činjeničnim opisima nisu bila opisana obilježja ratnog profiterstva, odnosno djela iz procesa pretvorbe i privatizacije (nema nesrazmjerne imovinske koristi, nema druge veze s Domovinskim ratom ili procesom mirne reintegracije osim vremenske poveznice, nema opisa iskorištavanja procesa pretvorbe ili privatizacije i sl.), a potom utvrdili da je nastupila zastara kaznenog progona za osnovno kazneno djelo. Niti u jednoj odluci nema utvrđenja suda da je kazneno djelo iz optužbe zastarjelo prije stupanja na snagu promjene Ustava te da bi navedeno bilo razlogom odbijanja optužbe zbog zastare. Sudovi su donosili različite vrste odluka, ovisno o stadiju kaznenog postupka u kojem su odlučivali, u optužnom su vijeću rješenjem obustavljali kazneni postupak, izvan rasprave takvu je odluku donosio predsjednik raspravnog vijeća, odnosno raspravno vijeće je donosilo odbijajuću presudu nakon provedene rasprave, a i viši je sud preinačio presudu suda prvog stupnja i odbio optužbu zbog zastare kaznenog progona. Iznijeti će se nekoliko najznačajnijih slučajeva, koje u svojim kasnijim presudama citira i Vrhovni sud, ali i niži sudovi, tako da su iste postale neke vrste vodećih slučajeva, tzv. „landmark cases".

[17] Prvostupanjski sud tijekom postupka proveo je brojne dokaze, pa i one koji se odnose na postojanje ili nepostojanje okolnosti propisanih u čl. 7. st. 1. Zakona o nezastarijevanju, jer da bi se radilo o kaznenom djelu ratnog profiterstva na nedvojben način je potrebno utvrditi da te okolnosti postoje, one su procesna pretpostavka da neko kazneno djelo iz kataloga kaznenih djela iz Zakona o nezastarijevanju ne zastari. Međutim, iz brojnih provedenih dokaza, a i obrana optuženih carinika, nije utvrđeno da je u inkriminiranom periodu carinska služba otežano funkcionirala zbog ratnog stanja, niti da je kava na teritoriju Republike Hrvatske prodana zbog nestašice. Pravilno prvostupanjski sud zaključuje da nije bilo otežanog djelovanja carinarnica zbog nastalog ratnog stanja, već su se normalno primjenjivali propisi Republike Hrvatske i vršila kontrola robe, pa i na carinarnicama navedenim u činjeničnom opisu djela za koja se optuženici terete. Iz provedenih dokaza ne proizlazi da je u inkriminiranom periodu zbog ratnog stanja u Republici Hrvatskoj postojalo „crno tržište živežnim namirnicama" pogotovo ne kave, niti u žalbi državni odvjetnik ne tvrdi da je prvostupanjski sud glede naprijed navedene činjenice pogrešno utvrdio činjenično stanje, a to što je kava prodana na teritoriju Republike Hrvatske automatski ne podrazumijeva postojanje „crnog tržišta" ovom namirnicom. Opće poznata činjenica je, ne trebaju dakle dokazivati, da u inkriminiranom periodu u Republici Hrvatskoj nije bilo nestašice živežnih namirnica pa niti kave.

To su primjerice rješenje Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj Kž-390/16-4 od 26. rujna 2016.[18] i presuda i rješenje Kž-646/14-17 od 23. svibnja 2017.[19] U obje odluke sudovi su se bavili pitanjem da li je u činjeničnom opisu kaznenog djela opisana nesrazmjerna (nerazmjerna) imovinska korist i zaključujući da nije, odnosno sve i da je, da se ne bi radilo o tom obilježju. Nakon te ocjene sudovi su utvrdili da je za osnovno kazneno djelo nastupila zastara kaznenog progona. Kod presude i rješenja Kž-646/14-17 značajno je i to da je Vrhovni

[18] Dakle, razlika prema onome za što su ti optuženici terećeni prvotnom optužnicom istog državnog odvjetništva od 11. kolovoza 1999. je u vezivanju tih kaznenih djela uz odredbe članka 7. stavka 1. i članka 5. točke 13. ZoNKD-RPiPP-a, odnosno u „pretvaranju" inkriminacija iz prvotne optužnice u kaznena djela iz članka 1. ZoNKD-RPiPP-a. Međutim, da bi se neko u materijalnom kaznenom zakonu već postojeće kazneno djelo moglo smatrati kaznenim djelom kakvo imaju u vidu citirane odredbe ZoNKD-RPiPP-a, potrebno je ispunjenje određenih uvjeta koji se odnose na vrijeme i okolnosti njihova počinjenja. Razmatrajući u tijeku priprema za raspravu jesu li u konkretnom slučaju ti uvjeti ispunjeni, prvostupanjski sud je, polazeći od kriterija koji u pogledu tumačenja tih uvjeta proizlaze iz odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske broj U-III-4149/2014 od 24. srpnja 2015. (osobito točke 169.-172.), pravilno zaključio da kaznenim djelima koja se optuženicima stavljaju na teret izmijenjenom optužnicom državnog odvjetništva od 9. listopada 2014. nedostaje jedan od konstitutivnih elemenata kaznenih djela ratnog profiterstva, a to je nesrazmjernost imovinske koristi u smislu članka 7. stavka 1. ZoNKD-RpiPP-a. Budući da je prvostupanjski sud za tu svoju odluku dao jasne, dostatne i iscrpne razloge koje ovaj drugostupanjski sud u cijelosti prihvaća, žalitelj se radi izbjegavanja nepotrebnog ponavljanja, upućuje na iste.
Nakon toga je prvostupanjski sud, također pravilno, zaključio da u odnosu na kaznena djela za koja se optuženici terete izmijenjenom optužnicom, a nakon izostavljanja njihove korelacije s odredbama članka 7. stavka 1. i članka 5. točke 13. ZoNKD-RPiPP-a, postoje smetnje za nastavak postupka iz članka 452. točke 6. ZKP/08. Naime, za kazneno djelo zlouporabe položaja i ovlasti iz članka 337. stavka 4. KZ/97, koje se stavlja na teret svim optuženicima, samo u različitim oblicima počinjenja (počiniteljstvo/poticanje/pomaganje), propisana je kazna zatvora od jedne do deset godina. Prema tome, tzv. relativna zastara kaznenog progona za isto, sukladno članku 19. stavku 1. alineji 3. KZ/97, nastupa protekom deset godina od počinjenja, dok tzv. apsolutna zastara kaznenog progona, sukladno članku 20. stavku 6. KZ/97, nastupa protekom dvadeset godina od počinjenja. Imajući u vidu vremena počinjenja tih kaznenih djela stavljenih na teret pojedinim optuženicima (optuženi T. V. – od početka 1990. do kraja listopada 1994.; optuženi V. Z. – od 2. do 21. rujna 1994.; optuženi P. J. – od početka 1992. do kraja listopada 1994. te od 28. rujna 1992. do 10. rujna 1993. i optuženi P. Ž. – od početka 1994. do kraja listopada 1994.), razvidno je da je u odnosu na sve optuženike i sva kaznena djela za koja se terete po odredbama KZ/97 nastupila zastara kaznenog progona i to još 2013., a za većinu 2014. godine. Nadalje, ako bi se činjenični opisi kaznenih djela za koja se optuženici terete izmijenjenom optužnicom državnog odvjetnika, u smislu odredbe članka 3. stavka 3. Kaznenog zakona („Narodne novine", br: 125/11., 144/12. i 56/15. – dalje u tekstu: KZ/11), podveli pod odgovarajuća kaznena djela iz KZ/11, radilo bi se o kaznenim djelima zlouporabe povjerenja u gospodarskom poslovanju iz članka 246. stavka 2. tog Zakona (također u različitim oblicima počinjenja – počiniteljstvo/poticanje/pomaganje). Uzevši u obzir da je za kazneno djelo iz članka 246. stavka 2. KZ/11 propisana kazna zatvora od jedne do deset godina, a da kazneni progon za kaznena djela za koja se može izreći kazna zatvora u trajanju dužem od pet godina zastarijeva nakon dvadeset godina (članak 81. stavak 1. alineja 3. KZ/11), zastara kaznenog progona za kaznena djela za koja se optuženici terete nastupila je i prema odredbama KZ/11.

[19] Sud je neosnovano i nekritički prihvatio izmjene činjeničnog i pravnog opisa kaznenih djela iz toč. 1. 2. 4. i 5. optužnice, te pravnu kvalifikaciju, od 21. veljače 2014. (list 1970 spisa), kojima je tužitelj navedenim djelima neosnovano dao značaj djela počinjenih u vezi Zakona o nezastarijevanju, polazeći pri tome od svojevrsnog automatizma odnosno od proste činjenice da su inkriminacije za koje se terete optuženici zaista počinjene za vrijeme Domovinskog rata u vrijeme kada se odvijao proces pretvorbe i privatizacije, pri čemu u činjeničnom opisu tih djela nisu opisane i naznačene okolnosti koje bi ukazivale da su poduzete kriminalne radnje karakterizirane aktivnošću kojom se zloupotrebljava činjenica da je u tijeku Domovinski rat, tako da se prema postavljenom činjeničnom opisu terećenih kaznenih djela radi tek o uobičajenim („klasičnim") kriminalnim aktivnostima optuženika kojima isti zloupotrebljavaju svoj položaj i ovlasti, pri čemu u činjeničnom opisu djela nije niti naznačeno da bi kaznena djela optuženici počinili zbog pretvorbe, niti ista imaju posljedice za pretvorbu i privatizaciju, što je daljnji uvjet primjene Zakona o nezastarijevanju, već se poduzete kriminalne radnje optuženika automatski povezuju sa pretvorbom, bez navođenja konkretnih razloga osim da bi se time omogućio nastavak kaznenog progona i nakon isteka rokova za zastaru kaznenog progona.
Pri tome, tužitelj se poziva na odredbe čl. 5. toč. 13. u vezi čl. 1. Zakona o nezastarijevanju, ali ne i na odredbu čl. 7. istog zakona, kojom se određuje da kaznenim djelima ratnog profiterstva uključujući i kaznena djela iz procesa pretvorbe i privatizacije, (jer se Zakon o nezastarijevanju prema odredbi čl. 1. odnosi jednako na kaznena djela ratnog profiterstva i kaznena djela iz procesa pretvorbe i privatizacije), postaju i kaznena djela navedena u čl. 5. ako je njima ostvarena nesrazmjerna imovinska korist iskorištavanjem ratnog stanja i neposredne ugroženosti i neovisnosti i teritorijalne cjelovitosti države, što ovdje zasigurno nije slučaj jer pričinjena imovinska korist od 126.300 DEM za toč. 1., 150.000 DEM za toč. 2., te 573.164,52 Kn za toč. 4. i 98.000 DEM za toč. 5. očito nema značaj nesrazmjerne imovinske koristi kakvu je imao u vidu navedeni Zakon o nezastarijevanju, tako da navedenim kaznenim djelima koja se optuženicima stavljaju na teret izmijenjenom optužnicom državnog odvjetništva od 21. veljače 2014., zapravo nedostaje jedan od konstitutivnih elemenata kaznenih djela ratnog profiterstva i kaznenih djela iz procesa pretvorbe i privatizacije, a to je nesrazmjernost imovinske koristi u smislu čl. 7. st. 1. Zakona o nezastarijevanju.
Nakon što se iz navedenih razloga za navedena kaznena djela izostavi njihova korelacija s odredbama Zakona o nezastarijevanju, imajući u vidu vremena počinjenja svih kaznenih djela za koja su optuženici proglašeni krivima, ispravnom primjenom zakona razvidno je da je u odnosu na sve optuženike i sva kaznena djela nastupila zastara kaznenog progona.

sud označio da je nesrazmjerna (nerazmjerna) imovinska korist, prema čl. 7. st. 1. ZONKD-RPiPP bitno obilježje i kaznenih djela iz procesa pretvorbe i privatizacije, koja oznaka ne proizlazi iz Odluke Hypo Ustavnog suda.

Presudom Vrhovnog suda Kž-2/16-9 od 30. lipnja 2020. taj je sud preinačio osuđujuću presudu Županijskog suda u Splitu broj K-64/09 od 29. svibnja 2018. i odbio optužbu zbog zastare kaznenog progona, prethodno utvrdivši da u činjeničnom opisu kaznenog djela iz čl. 246. st. 2. u vezi st. 1. KZ/11 nema opisanih obilježja iz čl. 7. ZONKD-RPiPP, a da je za osnovno djelo nastupila zastara kaznenog progona.[20]

Rješenjem Vrhovnog suda broj Kž-129/18-4[21] od 4. travnja 2018. razrađuje se činjenični opis kaznenih djela i sudovi utvrđuju da se optuženika ne tereti za kaznena djela iz procesa pretvorbe i privatizacije, već za kaznena djela koja imaju obilježja „klasičnog" kriminalnog postupanja, koje koincidira s trajanjem Domovin-

20 Za kaznena djela iz te točke presude, u činjeničnom je opisu djela navedeno je da su počinjena „u vremenu od 1. siječnja 1993. do 16. veljače 1994. u M. i Z., dok je trajao Domovinski rat te nakon toga za vrijeme mirne reintegracije, u pretvorbi društva A. M.". Iz dokumentacije u spisu (list 444) proizlazi da je pretvorba društvenog poduzeća A. M. u trgovačko društvo A. d.d. M. provedena 7. siječnja 1993., nakon čega su uslijedile radnje upisa i otkupa dionica, a što se uklapa u vremenski okvir inkriminacije. Međutim, u daljnjem tekstu činjeničnog opisa djela nije opisano na koji način je opt. J. G. iskoristio okolnost da je u tijeku pretvorba tog poduzeća, niti su opisane radnje iz kojih proizlazi da je kazneno djelo počinjeno zbog pretvorbe ili da je imalo posljedice za pretvorbu. Pored toga, iz činjeničnog opisa djela proizlazi da je inkriminiranim postupanjem šteta nanesena trgovačkom društvu N. d.o.o. Z., a ne trgovačkom društvu A. d.d. M. za koje se provodio postupak pretvorbe. Nadalje, radnje koje je prema činjeničnom opisu počinio opt. B. B. (kupovanje dionica trgovačkog društva A. d.d. M. u svoje ime, a stvarno za ime J. G.) počinjene su tijekom srpnja, kolovoza i rujna 1993., a 16. veljače 1994. izvršen je prijenos tih dionica na off shore kompaniju A. I., u vlasništvu opt. J. G. Dakle, opisane su radnje počinjene u razdoblju kada je pretvorba poduzeća A. evidentno dovršena budući da tada postoji trgovačko društvo, A. d.d. M., s temeljnim kapitalom podijeljenim na dionice i dioničarima koji su svoje dionice prodavali.
Također, u činjeničnom opisu nisu opisane niti naznačene okolnosti koje bi ukazivale da su inkriminirane radnje počinjene zloupotrebljavanjem činjenice da je u tijeku Domovinski rat i da se iskorištavalo stanje u kojem se Republika Hrvatska nalazila u vrijeme počinjenja djela, pa da bi se za terećeno djelo moglo zaključiti da ima obilježja ratnog profiterstva. Kao vrijeme počinjenja predmetnih djela naznačeno je i da su ista počinjena u vrijeme mirne reintegracije, međutim, proces mirne reintegracije odnosio na područje hrvatskog Podunavlja i to u razdoblju od 15. siječnja 1996. do 15. siječnja 1998., a za djela iz točke 1.) presude naznačeno je da su počinjena u M. i Z. tijekom 1993. i 1994.
Prema tome, sam vremenski okvir počinjenja djela za koje se optuženici terete, a koji se podudara s činjenicama da je u tijeku Domovinski rat i postupak pretvorbe, nije sam za sebe dovoljan da bi se mogao primijeniti Zakon o nezastarijevanju. Po ocjeni ovog drugostupanjskog suda, činjenični opis terećenog kaznenog djela opisuje „klasične" kriminalne aktivnosti iz sfere gospodarskog kriminala na koje se citirani zakon iz gore izloženih razloga ne može primijeniti, pa su stoga u tom dijelu osnovani žalbeni navodi opt. J. G. i opt. B. B. Izričući stoga osuđujuću presudu u konkretnom slučaju, prvostupanjski je sud u odnosu na navedeno kazneno djelo iz točke 1.) izreke pobijane presude počinio povredu kaznenog zakona jer je nastupila zastara kaznenog progona, a koju povredu u svojim žalbama s pravom ističu optuženici J. G. i B. B.
Naime, izmijenjenom optužnicom opt. J. G. se stavljalo na teret kazneno djelo zlouporabe povjerenja u gospodarskom poslovanju iz čl. 246. st. 1. i 2. KZ/11., a opt. B. B. kazneno djelo pomaganja u zlouporabi povjerenja u gospodarskom poslovanju iz čl. 246. st. 1. i 2. u vezi s čl. 38. KZ/11. Prvostupanjski je sud osnovano prihvatio izmjenu pravnog i zakonskog opisa djela od strane ovlaštenog tužitelja, budući da kazneno djelo iz čl. 337. KZ/97., koje se optuženicima ranije stavljalo na teret, ima pravni kontinuitet u kaznenom djelu iz čl. 246. KZ/11. U konkretnom je slučaju kazneno djelo iz čl. 246. KZ/11. blaže za počinitelja od kaznenog djela iz čl. 337. KZ/97. jer, prema odredbama KZ/11., znatna imovinska korist, odnosno znatna šteta postoji kada vrijednost imovinske koristi, odnosno štete, prelazi 60.000,00 kuna, a ne 30.000,00 kuna kao što je to bilo po KZ/97. Kako je, dakle, povišen imovinski limit potreban za ostvarenje kvalificiranog oblika kaznenog djela, to je KZ/11. blaži za optuženika od KZ/97. Prema činjeničnom opisu djela iz toč. 1.) optužnice, kazneno djelo iz čl. 246. st. 1. i 2. KZ/11., odnosno iz čl. 246. st. 1. i 2. u vezi čl. 38. KZ/11., kako je ono optuženicima stavljeno na teret, počinjeno je od 1. siječnja 1993. do 16. veljače 1994. Za navedeno kazneno djelo se može izreći kazna zatvora u trajanju od jedne do 10 godina, a prema čl. 81. st. 1. alineji 3. KZ/11. za kaznena djela za koje se može izreći kazna zatvora u trajanju dužem od pet godina, kazneni progon zastarijeva za 20 godina. Stoga je, u skladu s citiranom odredbom, zastara kaznenog progona za navedeno kazneno djelo nastupila 16. veljače 2014. Budući da se zbog nastupa zastare kazneni progon protiv opt. J. G. i opt. B. B. za kazneno djelo iz toč. 1. optužnice više ne može poduzeti, trebalo je, na temelju čl. 486. st. 1. ZKP/08., u tom dijelu prihvatiti žalbe optuženika, preinačiti prvostupanjsku presudu u odnosu na kazneno djelo pod točkom 1.) izreke, te uz pravilnu primjenu zakona na temelju čl. 452. toč. 6. ZKP/08. protiv opt. J. G. odbiti optužbu za kazneno djelo iz čl. 246. st. 1. i 2. KZ/11., a protiv opt. B. B. za kazneno djelo iz čl. 246. st. 1. i 2. u vezi čl. 38. KZ/11.

21 Nakon što je istraga u ovom kaznenom predmetu vođena za kaznena djela zlouporabe položaja i ovlasti iz čl. 337. st. 1. i 4. KZ/97 i zlouporabe ovlasti u gospodarskom poslovanju iz čl. 292. st. 1. i 2. KZ/97, državni odvjetnik u izmijenjenoj optužnici od 28. kolovoza 2017. godine, br. K-DO-108/04 mijenja činjenični i pravni opis kao i pravnu kvalifikaciju kaznenih djela, stavljajući optuženiku na teret kaznena djela zlouporabe povjerenja u gospodarskom poslovanju iz čl. 246. st. 1. i 2. u svezi čl. 87. st. 29. KZ/11, u odnosu na kazneno djelo iz toč. 1. i svezi čl. 3. st. 1. toč. 9., a u odnosu na kazneno djelo iz toč. 2. i u svezi čl. 3. st. 1. toč. 3. Zakona o nezastarijevanju kaznenih djela ratnog profiterstva i kaznenih djela iz procesa pretvorbe i privatizacije.

skog rata i mirne reintegracije. Kod toga sudovi zaključuju da kaznena djela nisu rezultat iskorištavanja stanja u kojem se nalazila RH u vrijeme počinjenja istih, a i da nesrazmjerna imovinska korist ne zadovoljava kriterije nesrazmjernosti iz Odluke Hypo.

Rješenjem Vrhovnog suda I Kž-308/17-4 od 12. rujna 2017. (već cit. bilješke 11 i 13) Vrhovni sud je dao pozitivan odgovor na pitanje iz žalbe državnog odvjetnika da i predsjednik raspravnog vijeća može, izvan rasprave, primjenom čl. 380. st. 1. toč. 2. ZKP/08 obustaviti kazneni postupak na temelju ocjene da činjenični opis djela ne sadrži sva obilježja iz čl. 7. st. 1. ZONKD-RPiPP i daljnje ocjene da je za odnosno kazneno djelo nastupila zastara.

Presudom I Kž-357/17-8 od 19. listopada 2020. preinačena je oslobađajuća presuda i odbijena je optužba protiv optuženika zbog nastupa zastare. Ova odluka je interesantna jer u njoj Vrhovni sud utvrđuje da nije osnovana žalba državnog odvjetnika u pogledu primjene odredaba ZONKD-RPiPP i u tom dijelu potvrđuje presudu suda prvog stupnja.[22]

Da bi podveo navedena kaznena djela pod ovaj Zakon, državni odvjetnik u činjenični opis dodaje navod „nakon što je tijekom procesa privatizacije društvenih poduzeća 10. srpnja 1992. godine stekao udjele u vlasništvu TD T. Z. d.o.o. sa sjedištem u Z., te kao vršitelj dužnosti direktora tog trgovačkog društva, dana 19. prosinca 1995. godine zaključio ugovor o kreditnom poslovanju s inozemstvom" … međutim, optuženika se ne tereti za navedene radnje, pa djela nisu počinjena u procesu pretvorbe i privatizacije. Naime, optuženika se tereti da je 14. siječnja 1997. godine, zaključio kao fizička osoba ugovor o kupoprodaji nekretnina i da je opisanim transakcijama isplatio dio kupoprodajnog iznosa od 7,080.000,00 kn sredstvima TD T. Z. d.o.o., iz dobivenog kredita od 4,849.700,00 DEM namijenjenih za investicije u to trgovačko društvo (toč. 1. izreke), odnosno 2. veljače 1996. godine dao nalog da se iz istih sredstava isplati iznos od 3,648.303,00 kn TD V. I. M., iako za to nije bilo osnova.

Dakle, djela su počinjena u vrijeme Domovinskog rata i mirne reintegracije hrvatskog Podunavlja koja je započela 15. siječnja 1996. godine, a završila 15. siječnja 1998. godine međutim, osnovano prvostupanjski sud ne prihvaća da bi se navedena kaznena djela mogla povezati s tom činjenicom, na čemu ustrajava državni odvjetnik u žalbi. Mirna reintegracija se odnosila na proces povratka okupiranih područja Istočne Slavonije, Baranje i Zapadnog Srijema u ustavnopravni poredak Republike Hrvatske, pa s obzirom da su djela počinjena u Zagrebu, neprihvatljiva je žalbena tvrdnja da se Republika Hrvatska pretežno bavila reintegracijom društvenih i gospodarskih struktura od školstva, zdravstva, prometne, komunikacijske i komunalne infrastrukture pa da su se stoga smanjenim intenzitetom odvijale aktivnosti općeg nadzora nad zakonitosti i postupanja osoba koje su pretvorbom stekle vlasništvo.

Kako je već ranije rečeno optuženika se ne tereti za kaznena djela iz procesa pretvorbe i privatizacije, a sama činjenica da su djela počinjena u vrijeme Domovinskog rata i mirne reintegracije, ne opravdava kvalifikaciju iz optužnice, jer se radi o „klasičnim" kriminalnim postupanjima, kako ih opravdano tretira prvostupanjski sud i ista nisu rezultat iskorištavanja stanja u kojem se nalazila Republika Hrvatska u vrijeme počinjenja djela.

Neosnovano se državni odvjetnik poziva i na nesrazmjer imovinske koristi ostvarene kaznenim djelima, jer kada bi se i prihvatilo da se radi o „nesrazmjernosti", ostvarene imovinske koristi, ista nije rezultat svjesnog iskorištavanja ratnog stanja odnosno mirne reintegracije, jer nije ostvarena na teret ili na štetu materijalnih uvjeta života stanovništva u ratu, gospodarskih potencijala društva odnosno na teret ili na štetu državne imovine odnosno drugih imovinskih interesa ili probitaka države u ratu, koje kriterije je naznačio i Ustavni sud Republike Hrvatske u odluci U-III-4149/2014 od 24. srpnja 2015. godine.

Osnovano prvostupanjski sud ne prihvaća i da bi se radilo o „nesrazmjernosti" imovinske koristi koju ima u vidu Zakon o nezastarijevanju kaznenih djela ratnog profiterstva i kaznenih djela iz procesa pretvorbe i privatizacije, pa stoga nedostaje jedno od bitnih obilježja inkriminiranih kaznenih djela, kako ona proizlaze iz čl. 7. st. 1. navedenog Zakona.

Dakle, žalbenim navodima državni odvjetnik nije uspio osnažiti pravnu kvalifikaciju iz optužnice, jer za to nije dostatna činjenica da su djela počinjena u vrijeme Domovinskog rata i mirne reintegracije, budući u činjeničnom opisu nisu navedene okolnosti koje bi ukazivale da su inkriminirane radnje počinjene zbog pretvorbe, niti imaju posljedice za pretvorbu i privatizaciju, pa da bi se mogle podvesti pod Zakon o nezastarijevanju.

Očigledno je da je navedena pravna kvalifikacija unesena u optužnicu, uz neadekvatni činjenični opis koji tu kvalifikaciju ne opravdava, samo iz razloga da se omogući nastavak kaznenog progona, jer je za kaznena djela zlouporabe povjerenja u gospodarskom poslovanju nastupila zastara kaznenog progona, koja se žalbom niti ne osporava.

[22] Protivno navodima u žalbi državnog odvjetnika, pravilno je prvostupanjski sud u pobijanoj presudi utvrdio da u konkretnoj situaciji ne dolazi u obzir primjena odredaba ZoNKD-RPiPP. Naime, u ovom je kaznenom predmetu protiv optuženika prvotno podignuta optužnica zbog kaznenih djela iz članka 292. stavka 2. KZ/97. i članka 337. stavka 4. KZ/97., da bi državni odvjetnik tek nakon donesene dvije presude (koje su ukinute) i rješenja o obustavi zbog zastare (koje je preinačeno jer je utvrđeno da u tom trenutku zastara nije nastupila) podneskom od 22. rujna 2015. izmijenio činjenični opis dodajući da su djela počinjena „za trajanja Domovinskog rata, ratnog stanja i neposredne ugroženosti, neovisnosti i teritorijalne cjelovitosti države i u tom procesu pretvorbe i privatizacije, iskoristio te okolnosti…" i unoseći u pravnu kvalifikaciju odredbe članka 1. u vezi s člankom 5. ZoNKDRPiPP, s time da je podneskom od 27. lipnja 2016. konačno uređen činjenični opis i pravna kvalifikacija optuženiku na teret stavljenih kaznenih djela. Na takav je način državni odvjetnik optuženiku na teret stavljenim djelima neosnovano dao značaj djela počinjenih u vezi ZoNKD-RPiPP, polazeći pritom od svojevrsnog automatizma, odnosno od jednostavne činjenice da su radnje za koje se optuženik tereti doista počinjene za vrijeme Domovinskog rata u vrijeme kada se odvijao proces pretvorbe i privatizacije, pri čemu u činjeničnom

Gotovo istovjetnog sadržaja kao citirane su i odluke Vrhovnog suda I Kž-620/19-4 od 15. lipnja 2020., I Kž-436/15-4 od 28. svibnja 2015., I Kž-165/18-9 od 29. siječnja 2019., I Kž-54/15-6 od 13. prosinca 2019. Interesantna je i odluka koju čine rješenje Županijskog suda u Zadru broj K-26/13-41 od 20. studenoga 2017. i rješenje Vrhovnog suda broj I Kž-644/17-6 od 11. siječnja 2018. u kojoj se prvostupanjski sud bavi pitanjem da li iznos koristi od 69.000 kn zadovoljava kriterije „nesrazmjerne" imovinske koristi i daje negativan odgovor.

Ovdje su interesantne i odluke županijskih sudova, posebno u pogledu žalbenih tvrdnji državnih odvjetnika da time što je odbio optužbu (obustavio postupak) za osnovno kazneno djelo, iako je djelo u optužnici označeno kao kazneno djelo ratnog profiterstva, odnosno iz procesa pretvorbe i privatizacije, sud nije u potpunosti riješio predmet optužbe i da je počinjena bitna povreda odredaba kaznenog postupka iz čl. 468. st. 1. toč. 7. ZKP/08. Radi se primjerice o presudama Županijskog suda u Zagrebu broj Kž-776/19-8 od 29. listopada 2019. i Kž-643/18-6 od 23. listopada 2018[23] (koja je već navedena ranije u vezi „modificiranog trodijelnog testa", bilješka 8).

6.4. UKIDNE ODLUKE

Ukidne odluke viših sudova interesantne su radi razumijevanja pravnih shvaćanja tih sudova, a u pogledu konkretnih pravnih pitanja radi određenja o kojim sve okolnostima valja voditi računa prilikom odlučivanja. Ukidnih odluka nema mnogo, ali sadržajem odgovaraju na prednja pitanja, pa ih valja nekoliko istaknuti.

Tako Vrhovni sud u rješenju I Kž-16/19-5 od 9. ožujka 2021. označava da je niži sud ostvario bitnu povredu odredaba kaznenog postupka iz čl. 468. st. 1. toč. 11. ZKP/08 time što nije dao razloge zašto smatra da je nastupila zastara za osnovna kaznena djela.[24]

---

opisu tih djela nisu opisane i naznačene okolnosti koje bi upućivale na to da su poduzete kriminalne radnje karakterizirane aktivnošću kojom se zloupotrebljava činjenica da je u tijeku Domovinski rat, tako da se prema postavljenom činjeničnom opisu terećenih kaznenih djela radi tek o uobičajenim („klasičnim") kriminalnim aktivnostima optuženika kojima isti zloupotrebljava svoj položaj i ovlasti. Pritom u činjeničnom opisu djela nije niti naznačeno da bi kaznena djela optuženik počinio zbog pretvorbe niti ista imaju posljedice za pretvorbu i privatizaciju, što je daljnji uvjet primjene ZoNKD-RPiPP, već se poduzete kriminalne radnje optuženika automatski povezuju s pretvorbom, bez navođenja konkretnih razloga, osim da bi se time omogućio nastavak kaznenog progona i nakon proteka rokova za zastaru kaznenog progona.

Pritom se državni odvjetnik poziva na odredbe članka 1. u vezi s člankom 5. ZoNKDRPiPP, ali ne i na odredbu članka 7. istog Zakona, kojom se određuje da kaznenim djelima ratnog profiterstva, uključujući i kaznena djela iz procesa pretvorbe i privatizacije, (jer se odredbe ZoNKD-RPiPP prema članku 1. odnose jednako na kaznena djela ratnog profiterstva i kaznena djela iz procesa pretvorbe i privatizacije), postaju i kaznena djela navedena u članku 5. ako je njima ostvarena nesrazmjerna imovinska korist iskorištavanjem ratnog stanja i neposredne ugroženosti i neovisnosti i teritorijalne cjelovitosti države, što ovdje zasigurno nije slučaj jer ostvarena imovinska korist od ukupno 768.650,00 kuna očito nema značaj nesrazmjerne imovinske koristi kakvu su imale na umu odredbe ZoNKD-RPiPP. Stoga kaznenim djelima koja se optuženiku stavljaju na teret izmijenjenom optužnicom državnog odvjetništva od 22. rujna 2015. i 27. lipnja 2016., zapravo nedostaje jedan od konstitutivnih elemenata kaznenih djela ratnog profiterstva i kaznenih djela iz procesa pretvorbe i privatizacije, a to je nesrazmjernost imovinske koristi u smislu članka 7. stavka 1. ZoNKDRPiPP.

Stoga nije osnovan dio žalbe državnog odvjetnika u kojem smatra da su u predmetnom postupku ispunjene pretpostavke za primjenu odredaba ZoNKD-RPiPP, zbog čega je na temelju članka 482. ZKP/08-19 taj dio žalbe državnog odvjetnika odbijen kao neosnovan te je u tom dijelu prvostupanjska presuda potvrđena (točka I. izreke ove presude).

[23] Nije u pravu državni odvjetnik kada tvrdi da je prvostupanjski sud počinio naprijed navedenu bitnu povredu odredaba kaznenog postupka, odnosno da nije u potpunosti riješio predmet optužbe. Naime, prvostupanjski sud je protiv optuženika odbio optužbu zbog nastupa zastare (apsolutne) kaznenog progona za inkriminirano mu kazneno djelo iz članka 292. stavak 1. i 2. KZ/97 u svezi članka 38. KZ/97. U pravu je državni odvjetnik kada u žalbi ističe da bi prvostupanjski sud prvo trebao utvrditi je li optuženik poduzetim radnjama ostvario obilježja kaznenog djela iz članka 292. stavak 1. i 2. KZ/97 u svezi članka 38. KZ/97, a tek potom zakonska obilježja predviđena po ZONKD-RPiPP, a što proizlazi i iz naprijed citirane presude VSRH, međutim ne i u slučaju kada je za osnovno kazneno djelo (bez dodatnih obilježja po ZONKD-RPiPP) nastupila zastara kaznenog progona, a prvostupanjski sud smatra da činjenični opis inkriminiranog kaznenog djela ne sadrži bitne elemente (dostatan opis) po ZONKD-RPiPP. Iz citirane odluke VSRH, na koju se poziva državni odvjetnik u žalbi, proizlazi da za osnovno kazneno djelo nije nastupila zastara kaznenog progona, pa je u tom slučaju prvostupanjski sud prvo utvrđivao je li optuženik ostvario obilježja tog osnovnog kaznenog djela. Kako je u ovom postupku za osnovno kazneno djelo (članak 292. stavak 1. i 2. KZ/97 u svezi članka 38. KZ/97) nastupila zastara kaznenog progona, što državni odvjetnik niti ne osporava u žalbi, pravno je nelogično i nesvrsishodno da prvostupanjski sud izvede sve predložene dokaze koje potom neće koristiti u analizi prvostupanjske presude jer je utvrdio da je nastupila zastara kaznenog progona optuženika.

[24] Naime, u obrazloženju je sud dao argumente zbog čega u činjeničnim opisima (iako pogrešno navodi: „u kaznenim djelima") točke 2. i 4. optužnice s izmjenama nije sadržano obilježje kaznenog djela ratnog profiterstva u vidu nesrazmjerne imovinske kori-

Zanimljiva je i slijedeća odluka istog suda broj I Kž-658/19-3 od 15. lipnja 2020. koja se bavi pitanjima određenja vremena početka kaznenog postupka prema ranijem Zakonu o kaznenom postupku (Narodne novine 110/97, 27/98, 58/99, 112/99, 58/02, 143/02 i 115/06), prema kojem Zakonu valja prosuđivati konkretnu pravnu situaciju.[25]

U slijedećoj odluci broj I KŽ-205/17-8 od 19. listopada 2020. Vrhovni sud se osvrće na postupak nižeg suda u donošenju odbijajuće presude i izmjenu činjeničnog i pravnog opisa kaznenih djela izostavljanjem opisa obilježja koja prema državnom odvjetniku tvore obilježja kaznenih djela ratnog profiterstva i iz procesa pretvorbe i privatizacije, kao i izostavljanjem odredbi ZONKD-RPiPP iz pravnog opisa.[26] Dana je i uputa na koji način bi niži sudovi (generalno) trebali postupati kod istovrsnih optužbi i na „kaskadni" način ispitivati da li su

sti, kako je to propisano u članku 7. stavku 1. Zakona o nezastarijevanju. Međutim, pri tome prvostupanjski sud propušta izložiti bilo kakve razloge zbog kojih smatra da postoje smetnje za nastavak postupka u smislu članka 452. točke 6. ZKP/08.-17., zbog kaznenih djela zlouporabe položaja i ovlasti iz članka 292. stavka 2., u vezi stavka 1. alineje 6. KZ/97. kao zasebnih djela, a koja se inkriminiraju istovremeno s kaznenim djelima iz članka 5. točke 6. Zakona o nezastarijevanju, pod točkama 2. i 4. optužnice, s naknadno učinjenim izmjenama.

Zbog toga se u tom dijelu pobijano rješenje ne može ispitati, čime je ostvarena bitna povreda odredaba kaznenog postupka iz članka 468. stavka 1. točke 11. ZKP/08.-17.

[25] Naime, prvostupanjski sud pogrešno kao prvu radnju u postupku kojom je u smislu članka 20. stavka 3. KZ/97. prekinut tijek zastare uzima prvo ispitivanje okrivljenika M. K. Ovaj je kazneni postupak vođen sukladno odredbama Zakona o kaznenom postupku („Narodne novine" broj 110/97., 27/98., 58/99., 112/99., 58/02., 143/02., 62/03. - pročišćeni tekst i 115/06.; dalje: ZKP/97.) te je podnošenjem istražnog zahtjeva kao akta državnog odvjetnika koji je usmjeren ka kaznenom progonu počinitelja, odnosno akta kojim je pokrenut kazneni postupak, prekinuta zastara. Budući da je istražni zahtjev od 26. studenoga 2008. broj K-DO-368/08 protiv tada osumnjičenika M. K., zbog kaznenog djela iz članka 292. stavak 2. u vezi sa stavkom 1. alinejom 6. KZ/97., kod Županijskog suda u Zagrebu primljen 28. studenoga 2008., a zadnja okrivljeniku na teret stavljena radnja je počinjena 30. prosinca 1998., to je očigledno da sukladno članku 19. stavku 1. točki 3. KZ/97. tada nije došlo do nastupa tzv. relativne zastare kaznenog progona jer je tijek zastare prekinut prije proteka roka od deset godina.

Također državni odvjetnik pravilno smatra da je pogrešno utvrđenje prvostupanjskog suda i da se u ovom predmetu ne primjenjuju zastarni rokovi iz KZ/11. Naime, kao što je već utvrđeno, relativna zastara nije nastupila 30. prosinca 2008., a do stupanja na snagu KZ/11. nije nastupila ni tzv. apsoluta zastara kaznenog progona (koja je prema odredbama članka 20. stavka 6. u vezi s člankom 19. stavkom 1. točkom 3. KZ/97., a s obzirom na zaprijećenu kaznu zatvora do osam godina za kazneno djelo iz članka 292. stavka 2. KZ/97., iznosila 20 godina) pa se sukladno članku 86. KZ/11. u konkretnoj situaciji primjenjuju zastarni rokovi iz KZ/11. Prema tom zakonu, s obzirom na zapriječenu kaznu zatvora sada za djelo iz članka 246. stavka 2. KZ/11. (od jedne do deset godine zatvora), sukladno članku 81. stavku 1. točki 3. KZ/11. kazneni progon zastarijeva također nakon 20 godina, no, stavkom 2. članka 81. KZ/11., propisano je da se, ako je prije proteka rokova iz stavka 1. navedenog članka donesena prvostupanjska presuda, zastara kaznenog progona produljuje za dvije godine. Vodeći računa o vremenu počinjenja djela (od 30. kolovoza 1994. do 30. prosinca 1998.), kao i činjenici da je u ovom postupku 8. lipnja 2017. donesena presuda broj K-175/2017-6 kojom je Općinski kazneni sud u Zagrebu odbio optužbu protiv optuženog M. K. zbog stvarne nenadležnosti (što je potvrđeno presudom Županijskog suda u Karlovcu od 14. rujna 2017. broj Kž-148/2017-3), apsolutna zastara u predmetnom postupku nastupila bi tek 30. prosinca 2020., sve pod pretpostavkom da u ovom postupku nisu ispunjeni uvjeti za primjenu odredaba ZoNKD-RPiPP, o kojoj okolnosti će se optužno vijeće prvostupanjskog suda svakako referirati prilikom odlučivanja o potvrđivanju optužnice.

Stoga je, a budući da je u pravu državni odvjetnik da u predmetnom postupku nije nastupila zastara kaznenog progona, trebalo njegovu žalbu prihvatiti, ukinuti pobijano rješenje i predmet uputiti optužnom vijeću prvostupanjskog suda radi odlučivanja o potvrđivanju optužnice, kako je na temelju članka 494. stavka 3. točke 3. ZKP/08-19 i odlučeno u izreci ovog rješenja.

[26] Naime, iz obrazloženja pobijane presude, a što je u skladu i sa stanjem spisa, razvidno je da je izmijenjenom optužnicom od 20. ožujka 2013. optuženiku S. B. stavljeno na teret kazneno djelo zlouporabe položaja i ovlasti iz članka 337. stavaka 1., 3., i 4. KZ/97., optuženiku B. S. i optuženiku T. B. kazneno djelo zlouporabe položaja i ovlasti u pomaganju iz članka 337. stavaka 1., 3., i 4. u svezi s člankom 38. KZ/97., a sve uz primjenu članaka 1. i 5. Zakona o nezastarijevanju kaznenih djela ratnog profiterstva i kaznenih djela iz procesa pretvorbe i privatizacije („Narodne novine" broj 57/11. – dalje: Zakon o nezastarijevanju).

Iz izreke pobijane presude proizlazi da je prvostupanjski sud protiv optuženika odbio optužbu uslijed nastupa zastare kaznenog progona i to protiv optuženika S. B. zbog kaznenih djela iz članka 246. stavka 1. KZ/11. pod točkama 1.) i 2.) izreke pobijane presude, protiv optuženika B. S. zbog kaznenog djela iz članka 246. stavka 1. u svezi s člankom 38. KZ/11. pod točkom 3.) izreke presude te protiv optuženika T. B. zbog kaznenog djela iz članka 246. stavka 1. u svezi s člankom 38. KZ/11. pod točkom 4.) izreke pobijane presude. Istovremeno je prvostupanjski sud iz činjeničnog opisa kaznenih djela ispustio dijelove teksta sadržanog u izmijenjenoj optužnici državnog odvjetnika, koji se odnose na proces pretvorbe i privatizacije D. K. i poveznicu s odredbama Zakona o pretvorbi društvenih poduzeća, kao što je iz pravnog opisa kaznenih djela sadržanih u optužnici izostavio odredbe Zakona o nezastarijevanju, na što u žalbi s pravom ukazuje državni odvjetnik.

Odredbom članka 449. stavka 1. ZKP/08. propisano je da se presuda može odnositi samo na osobu koja je optužena i samo na djelo koje je predmet optužbe sadržane u podnesenoj, odnosno na raspravi izmijenjenoj ili proširenoj optužnici.

ostvarena obilježja iz ZONKD-RPiPP, pa ako nisu, da li su ostvarena obilježja osnovnog djela u kvalificiranom obliku, a ako nisu, u temeljnom obliku i ispitati da li je nastupila zastara.

Rješenjem Vrhovnog suda broj I Kž-204/15-7 od 26. listopada 2017. označeno je da je u pobijanoj presudi izostao u činjeničnom opisu, ali i razlozima presude, opis i razlozi zbog čega je sud prvog stupnja proglasio optuženika krivim za kazneno djelo ratnog profiterstva, odnosno iz procesa pretvorbe i privatizacije.[27]

Rješenjem Vrhovnog suda broj I Kž-5/21-4 od 26. siječnja 2021. dana je uputa nižem sudu kako postupiti ako smatra da u predmetu nema dokaza kojima državni odvjetnik potkrjepljuje svoje stanovište da konkretno djelo stavljeno na teret okrivljeniku udovoljava kriterijima za primjenu odredaba ZONKD-RPiPP, odnosno da nedostaju razlozi zbog čega prvostupanjski sud smatra da nisu dokazana obilježja osnovnog djela iz čl. 246. st. 2. KZ/11.[28]

U skladu s citiranom zakonskom odredbom prvostupanjski sud je bio dužan prije svega utvrditi jesu li ostvarene pretpostavke da se kaznena djela zlouporabe položaja i ovlasti iz članka 337. stavka 4. KZ/97., na način kako su to optuženicima stavljena na teret izmijenjenom optužnicom, povezuju sa Zakonom o nezastarijevanju pa tek ako utvrdi da nema mjesta primjeni toga zakona, trebalo je ocijeniti jesu li u konkretnom slučaju u ponašanju optuženika ostvarena bitna obilježja terećenih kaznenih djela u njihovom kvalificiranom obliku onako kako je to opisano u činjeničnom i pravnom opisu izmijenjene optužnice pa ako, na temelju izvedenih dokaza, utvrdi da se ne radi o kaznenim djelima u kvalificiranom obliku, trebalo je ocijeniti jesu li u ponašanju optuženika ostvarena bitna obilježja tih kaznenih djela u temeljnom obliku, odnosno je li za ta kaznena djela nastupila zastara kaznenog progona, vodeći računa i o primjeni članka 3. KZ/11., s obzirom da je nakon počinjenja terećenih kaznenih djela došlo do izmjene kaznenog zakona. Pri tome treba reći da je prvostupanjski sud jedino u slučaju osuđujuće presude ovlašten intervenirati u činjenični opis kaznenih djela, a time i u pravni opis, vodeći računa da tom intervencijom ne prekorači optužbu, odnosno da preostali dio inkriminacije ne predstavlja kazneno djelo koje je teže od onoga za koje su optuženici optuženi, dok oslobađajuća i odbijajuća presuda treba sadržavati i činjenični i pravni opis kaznenih djela u tekstu kako je to sadržano u optužnici.

Kako je prvostupanjski sud donio odbijajuću presudu protiv optuženika za kaznena djela koja optuženicima nisu stavljena na teret izmijenjenom optužnicom, pri čemu je iz činjeničnog opisa kaznenih djela izostavio dijelova teksta koji se odnose na proces pretvorbe i privatizacije D. K. i poveznicu s odredbama Zakona o pretvorbi društvenih poduzeća, a iz pravnog opisa ispustio odredbe Zakona o nezastarijevanju, kao što je ranije navedeno, na takav način je propustio riješiti predmet optužbe i počinio bitnu povredu odredaba kaznenog postupka iz članka 468. stavka 1. točke 7. ZKP/08., na što s pravom ukazuje žalitelj.

[27] Nadalje, u razlozima presude izostalo je sasvim obrazloženje zbog čega prvostupanjski sud vezuje počinjenje kaznenog djela iz čl. 246 st. 1 i 2 KZ/11 za koje je optuženika proglasio krivim, uz odredbe čl. 1 i čl. 5 t. 6 Zakona o nezastarijevanju kaznenih djela ratnog profiterstva i kaznenih djela iz procesa pretvorbe i privatizacije, jer je izostalo bilo kakvo obrazloženje o tome, smatra li sud da se radi o ratnom profiterstvu ili kaznenom djelu pretvorbe ili privatizacije, a niti su te činjenice spomenute u činjeničnom opisu djela. Pritom je sasvim zanemarena odredba čl. 7 Zakona o nezastarijevanju kaznenih djela ratnog profiterstva i kaznenih djela iz procesa pretvorbe i privatizacije koja propisuje sasvim određene uvjete u kojima se kataloški navedena kaznena djela u zakonu smatraju kaznenim djelima ratnog profiterstva, a po činjeničnom opisu djela za koje je optuženik proglašen krivim, nije udovoljeno niti jednom od navedenih zakonskih uvjeta.

[28] Naime, obrazlažući zbog čega smatra da nema dokaza da je okrivljenik M. K. počinio kazneno djelo zlouporabe povjerenja u gospodarskom poslovanju iz članka 246. stavka 2. KZ/11. u vezi s člankom 5. stavkom 1. točkom 6. ZoNKD-RPiPP, prvostupanjski sud u pobijanom rješenju navodi da je državni odvjetnik „… kaznenom djelu iz članka 246. stavak 1. i 2. KZ/11 neosnovano, bez dokaza u spisu, dao značaj kaznenog djela počinjenog u vezi Zakona o nezastarijevanju, polazeći pri tome od svojevrsnog automatizma odnosno od proste činjenice da je inkriminacija za koju se okrivljenik tereti optužnicom počinjena u vrijeme Domovinskog rata i mirne reintegracije …“, navodeći dalje u obrazloženju pobijanog rješenja razloge zbog kojih smatra da nije dokazano da kazneno djelo stavljeno na teret okrivljeniku M. K. udovoljava kriterijima potrebnim da bi se isto moglo kvalificirati kao kazneno djelo na koje se mogu primijeniti odredbe ZoNKD-RPiPP. Pritom prvostupanjski sud uopće ne daje razloge zašto smatra da nema dovoljno dokaza da je okrivljenik osnovano sumnjiv da je počinio kazneno djelo zlouporabe povjerenja u gospodarskom poslovanju iz članka 246. stavka 2. KZ/11., premda u vrijeme donošenja pobijanog rješenja u odnosu na to djelo, za slučaj da se prihvati stanovište prvostupanjskog suda da u konkretnoj situaciji nema elemenata za primjenu odredaba ZoNKD-RPiPP, nije nastupila zastara kaznenog progona koju bi taj Zakon otklonio, zbog čega je pobijano rješenje trebalo ukinuti i predmet uputiti prvostupanjskom sudu na ponovno odlučivanje.

Prilikom ponovnog odlučivanja, prvostupanjski će sud otkloniti nedostatke na koje je upozoren ovim rješenjem, nakon čega će donijeti novu odluku koju će valjano obrazložiti u svim dijelovima. Pritom će, ako smatra da državni odvjetnik nije priložio dokaze kojima potkrjepljuje svoje stanovište da konkretno djelo stavljeno na teret okrivljeniku udovoljava kriterijima za primjenu odredaba ZoNKD-RPiPP, s obzirom na stadij u kojem se postupak nalazi, vratiti optužnicu državnom odvjetniku radi prilaganja takvih dokaza.

7. ZAKLJUČAK

U radu je prikazan slijed intervencije u tekst Ustava, Kaznenog zakona (KZ/97) i donošenje posebnog Zakona o nezastarijevanju, kao i prikaz odluka sudova i Ustavnog suda u primjeni navedenih propisa. Dijelom su prikazana i pravno-teorijska stanovišta, u mjeri povezanoj s temom rada.

Iz navedenoga slijeda vidljivo je da je ideja o nezastarijevanju kaznenih djela ratnog profiterstva i iz procesa pretvorbe i privatizacije, unijeta u pravni sustav Republike Hrvatske najprije kao intervencija u čl. 31. Ustava, a potom i u poseban Zakon. Za ta je kaznena djela je uvriježeno javno mišljenje da su činjena učestalo s visokim iznosima ostvarene protupravne koristi i značajnom štetom, a postoje i sociološki i pravno-teorijski radovi koji se bave istraživanjem tih pojavnosti. Postoji prijepor u pravnoj teoriji o značenju te promjene Ustava, pravnom učinku iste, kao i o pravnim učincima tih propisa na tijek i istek roka zastare kaznenog progona. Ustavni sud je u odluci Hypo zauzeo stajalište o značenju zastare kaznenog progona u okviru načela zakonitosti, dao tumačenje pojmova iz Zakona o nezastarijevanju i sam naglasio presedanski značaj svoje odluke koja, kao što je prezentirano, obvezuje svakoga, posebno tijela državne vlasti, prema Ustavnom zakonu o Ustavnom sudu RH, koja odluka je izazvala različita stajališta u pravno teorijskim raspravama.

U tom kontekstu i položaju našli su se sudovi kada primjenjuju ustavnu odredbu, odnosno Zakon o nezastarijevanju, provodeći ustavnu funkciju suđenja na temelju Ustava, međunarodnih ugovora i zakona, ali u istovrsnim slučajevima i na temelju Odluke Hypo Ustavnog suda. To stajalište o presedanskom značenju Odluke Hypo izrijekom naglašava i Vrhovni sud Republike Hrvatske u nizu odluka, navodeći kako prihvaća stajališta izražena u Odluci Hypo i da nema razloga odstupiti od te odluke i svoje ustaljene prakse.

Iz prikazane sudske prakse proizlazi da su se sudovi, na svim razinama sudovanja, susretali s pitanjima nezastarijevanja kaznenih djela ratnog profiterstva i kaznenih djela iz procesa pretvorbe i privatizacije. Sudska praksa u odnosu na pitanja obilježja tih kaznenih djela, primjene Zakona o nezastarijevanju i zastare kaznenog progona je usklađena i jednoznačna i odgovorila je, u pregledanim odlukama, na pitanja koja su postala aktualna („modificirani" trodijelni test, „kaskadno" odlučivanje, primjena propisa, nesrazmjerna imovinska korist, posebna oznaka vremena počinjenja djela i oznaka da je djelo počinjeno iskorištavanjem tog stanja i vremena, vremensko određenje pojmova Domovinski rat i mirna reintegracija). Dakle, iz navedenoga se može izvesti generalni zaključak da su sudovi ispunili svoju Ustavom postavljenu funkciju suđenja s ustaljenom i ujednačenom sudskom praksom.

Ovdje bi valjalo naglasiti da postoji sudska praksa koja odstupa od trodijelnog testa kako ga formulira Ustavni sud u Odluci Hypo, odnosno pravna teorija, ukazivanjem da zahtjevi ekonomičnosti i pravne logike nalažu najprije ispitivanje da li djelo ulazi u katalog djela iz Zakona o nezastarijevanju, da li ima mjesta primjeni tog Zakona i da li je nastupila zastara za osnovno djelo, bez vođenja rasprave i utvrđivanja počinjenja osnovnog djela, kako to opisuje Ustavni sud u Odluci Hypo. To je posebno vidljivo u činjenici da je u više odluka predsjednika vijeća po čl. 380. st. 1. t. 2. ZKP/08, odnosno optužnog vijeća, po čl. 355. st.1. t. 3. ZKP/08, kazneni postupak obustavljen zbog zastare osnovnog djela, prije ulaska u raspravnu fazu kaznenog postupka. Isto takvo mišljenje izraženo je u drugostupanjskim odlukama županijskih sudova o potrebi primjene načela ekonomičnosti i pravne logike.

Iako postoji ustaljena i ujednačena sudska praksa, ipak bi, na kraju, valjalo postaviti određena pitanja na koja, za sada, sudska praksa nije odgovorila ili nije odgovorila u potpunosti. To su naravno pitanja svrhe i stvarne mogućnosti primjene promjene Ustava i Zakona o nezastarijevanju nakon donošenja Odluke Hypo Ustavnog suda, posebno u dijelu tumačenja o nemogućnosti retroaktivne promjene zastarnog roka koji je istekao do stupanja na snagu promjene Ustava. Sudovi svih razina, prema pregledanoj praksi nisu se bavili tim pitanjima, jer su sudili u predmetima koji su pokrenuti u vrijeme dok nije istekao rok zastare kaznenog progona, pa se u istima primjenjuje rok apsolutne zastare prema KZ/97, odnosno rok zastare prema čl. 86. KZ/11, s primjenom i roka iz čl. 81. st. 3. KZ/11. Naprijed postavljeno pitanje relevantno je za predmete koji su pokrenuti nakon stupanja na snagu promjene Ustava, kada je potrebno, prema Odluci Hypo provjeriti da li je nastupila zastara kaznenog progona do stupanja na snagu promjene Ustava, kao i izvršiti odgovarajuću provjeru da li je moguće došlo do prekida zastare u smislu odredbi čl. 20. st. 3. i posebno st. 4. KZ/97.

Prema pregledanoj sudskoj praksi uglavnom se, kod predmetnih kaznenih djela, radilo o kaznenim djelima iz čl. 292. st. 2., odnosno iz čl. 337. st. 4. KZ/97 za koja su propisane kazne u trajanju od 1 do 8 godina zatvora, odnosno od 1 do 10 godina zatvora. Za ta je kaznena djela čl. 19. st. 1. alineja 3. KZ/97 propisan zastarni rok od

10 godina. Isti rok bio je propisan u čl. 95. OKZRH time da je za krivično djelo iz čl. 215. st. 5. KZRH bio propisan zastarni rok od 15 godina, dok je za djelo iz čl. 215. st. 4. i čl. 102. st. 2. KZRH bio propisan zastrani rok od 10 godina. Navedeni zastarni rokovi, pogotovo u situaciji kada je došlo do prekida zastare, bili bi i više nego dostatni za pokretanje kaznenih postupaka za djela koja pripadaju u katalog djela iz Zakona o nezastarijevanju, nakon čega bi se primijenili rokovi apsolutne zastare, koji rok zastare je produljen stupanjem na snagu KZ/11. U takvim slučajevima došlo bi do stvarne primjene ustavne odredbe o nezastarijevanju kaznenog progona za kaznena djela iz kataloga Zakona o nezastarijevanju, koja primjena je svakako moguća i u pogledu kaznenih postupaka koji su pokrenuti prije isteka rokova zastare do stupanja na snagu promjene Ustava.

Slijedeće je pitanje, na koje nije do kraja pružen odgovor u pravnoj teoriji, niti sudskoj praksi, je značenje obilježja kaznenih djela iz čl. 7. st. 1. Zakona o nezastarijevanju u kontekstu ustavnog i konvencijskih načela zakonitosti i utvrđenosti kaznenog djela zakonom prije nego što je počinjeno. Smatram da u tom pravcu, iako su se sudovi dijelom dotakli ovog pitanja, u kontekstu primjene blažeg zakona, određujući da ova obilježja sužavaju kaznenu odgovornost počinitelja, valja dati potpuniji odgovor.

Treće je pitanje, koje je za sada samo teoretsko, jer nema praktične primjene, mogućnosti počinjenja kaznenih (krivičnih) djela iz kataloga Zakona o nezastarijevanju koji nemaju zakonsko obilježje pribavljanja imovinske koristi ili im je obilježje pričinjavanje štete.

Zaključno, i uz istaknuta, dijelom neodgovorena, pitanja valja istaknuti i naglasiti da su sudovi u primjeni promjene Ustava i Zakona o nezastarijevanju prikazali ustaljenost, jednoobraznost i ujednačenost pregledane sudske prakse, na svim razinama suđenja, a koja obilježja svoje prakse je posebno naglasio i najviši sud u Republici Hrvatskoj u nizu svojih odluka.

Ovaj rad nastoji sustavnim pristupom i prikazom sudske prakse, pregledom dostupnih izvora prikazati sudsku praksu u primjeni promjene Ustava i Zakona o nezastarijevanju, bez davanja ocjene da li je istima ostvaren cilj promjene Ustava i donošenja Zakona o nezastarijevanju.

8. LITERATURA

Pravno-teorijski radovi:

1. Cvitanović, Leo: Aktualna problematika zastare u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu, HLJKPP, vol. 13, broj 2/2006
2. Cvitanović, Leo i dr.: Nezastarijevanje ratnog profiterstva u raljama načela zakonitosti, pravednosti i učinkovitosti, Zbornik PFZ, 69, (4), 2019.
3. Derenčinović, Davor: Doprinos Ustavnog suda Republike Hrvatske u definiranju okvira za tumačenje ustavne odredbe o nezastarijevanju ratnog profiterstva i kaznenih djela počinjenih u vrijeme pretvorbe i privatizacije, Sveske za javno pravo, (6), broj 2/2015
4. Dragičević Prtenjača, Marta – Vejnović, Andrea, Ratio legis zastare u kaznenom pravu s naglaskom na problematiku njezine pravne naravi, Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske, vol. VII, br. 1, lipanj 2016.
5. Garačić, Ana: Zastara kaznenog progona (de lege lata – de lege ferenda), rad dostupan na web-stranici Vrhovnog suda Republike Hrvatske, http://www.vsrh.hr
6. Josipović, Ivo: Zastara u predmetima ratnog profiterstva i kriminala u pretvorbi i privatizaciji i kontroverze nakon odluke Ustavnog suda u predmetu Hypo, HLJKPP, (Zagreb), vol. 25, broj 2/2018
7. Novoselec, Petar – Novosel, Dragan: Nezastarijevanje kaznenih djela ratnog profiterstva i kaznenih djela iz procesa pretvorbe i privatizacije, Hrvatski ljetopis za kazneno pravi i praksu, Zagreb, vol.18, br. 2/2011
8. Novoselec, Petar: Nezastarijevanje kaznenih djela vezanih uz ratno profiterstvo i proces pretvorbe i privatizacije – Osvrt na odluku Ustavnog suda u „slučaju Hypo“, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 22, broj 2/15
9. Palić, Mato i Vencel, Claudia, Problem interpretacije ustavnih normi u odluci Ustavnog suda Republike Hrvatske u predmetu „HYPO”, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god 54, 2/2017
10. Roksandić Vidlička, Sunčana; Possible Future challenge for the ECTHR? Importance of the Act on Esemption and the Sanader Case for Transitional Justice Jurisprudence and the Developemet of Transitional Justice Policies, Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu, 64, (5-6)

Sudske odluke (drugostupanjska i prvostupanjska odluka, odnosno prethodna i naknadna odluka):

1. VSRH I Kž-Us-94/2013-10
2. Odluka Ustavnog suda RH U-III-4149/2014
3. VSRH I Kž-2/2016 (Županijski sud u Splitu K-64/2009)
4. VSRH I Kž-5/2021 (Županijski sud u Zagrebu Kov-37/2020)
5. VSRH I Kž-54/2015 (Županijski sud u Rijeci K-12/2013)
6. VSRH I Kž-129/2018 (Županijski sud u Zagrebu Kov-80/2017)
7. VSRH I Kž-165/2018 (Županijski sud u Zagrebu K-226/2007)
8. VSRH I Kž-204/2015 (Županijski sud u Splitu K-50/2008)
9. VSRH I Kž-205/2017 (Županijski sud u Karlovcu K-16/2015)
10. VSRH I Kž-256/2016 (Županijski sud u Vukovaru Kv-75/2014)
11. VSRH I Kž-308/2017 (Županijski sud u Splitu K-75/2003)
12. VSRH I Kž-339/2016 (Županijski sud u Zagrebu K-31/2011)
13. VSRH I Kž-344/2015 (Županijski sud u Šibeniku K-48/2006)
14. VSRH I Kž-345/2012 (Županijski sud u Šibeniku K-48/2006)
15. VSRH I Kž-390/2016 (Županijski sud u Splitu K-108/1999)
16. VSRH I Kž-423/2013 (Županijski sud u Osijeku K-60/2012)
17. VSRH I Kž-436/2015 (Županijski sud u Zadru Kv-I-25/2015)
18. VSRH I Kž-596/2013 (Županijski sud u Karlovcu K-26/2009)
19. VSRH I Kž-615/2013 (Županijski sud u Sisku Kv-89/2013)
20. VSRH I Kž-620/2019 (Županijski sud u Zagrebu Kov-75/2018)
21. VSRH I Kž-644/2017 (Županijski sud u Zadru K-26/2013)
22. VSRH I Kž-646/2014 (Županijski sud u Splitu K-16/2001)
23. VSRH I Kž-658/2019 (Županijski sud u Zagrebu Kov-93/2018)
24. VSRH I Kž-680/2014 (Županijski sud u Vukovaru K-41/2011)
25. VSRH I Kž-357/2017 (Županijski sud u Zadru K-30/2015)
26. Općinski sud u Koprivnici K-340/2015 – Županijski sud u Zagrebu Kž-741/2018
27. Općinski sud u Koprivnici K-150/2019 – Županijski sud u Zagrebu Kž-63/2021
28. Općinski sud u Osijeku K-666/2015 – Županijski sud u Osijeku Kž-117/2018
29. Općinski sud u Sisku K-143/2013 – Županijski sud u Sisku Kž-36/2015
30. Općinski sud u Vukovaru K-5/2016 – Županijski sud u Vukovaru Kž-86/2020
31. Općinski sud u Zadru K-171/2002 – Županijski sud u Zadru Kž-24/2015
32. Općinski sud u Zadru K-609/07 – Županijski sud u Zadru Kž-204/2015
33. Općinski sud u Zlataru K-58/2015 – Županijski sud u Osijeku Kž-326/2019
34. Općinski kazneni sud u Zagrebu K-1231/2018 – Županijski sud u Zagrebu Kž-417/2019
35. Općinski kazneni sud u Zagrebu K-159/2017 – Županijski sud u Zagrebu Kž-759/2018
36. Općinski kazneni sud u Zagrebu K-189/2017
37. Općinski kazneni sud u Zagrebu K-906/2018 – Županijski sud u Zagrebu Kž-776/2019
38. Općinski kazneni sud u Zagrebu Ko-1862/2013 – Županijski sud u Zagrebu Kž-1100/2014
39. Općinski kazneni sud u Zagrebu Ko-3343/2006 – Županijski sud u Osijeku Kž-101/2018
40. Općinski kazneni sud u Zagrebu Ko-76/2015 – Županijski sud u Zagrebu Kž-643/2018
41. Općinski kazneni sud u Zagrebu Ko-812/2014 – Županijski sud u Zagrebu Kž-974/2017
42. Županijski sud u Varaždinu Kv-II-28/2017
43. Županijski sud u Zadru K-25/2004
44. Županijski sud u Zadru Kž-83/2016
45. Županijski sud u Zagrebu Kž-115/2017 (Kž-1171/2017)

Ksenija Pavić, mag.iur.*

PROBLEMATIKA PREDLAGANJA I IZRICANJA SIGURNOSNIH MJERA U KAZNENOM POSTUPKU

U radu se daje osvrt na u praksi uočene dvojbe vezane za problematiku predlaganja i izricanja sigurnosnih mjera s aspekta državnog odvjetnika.

Daje se prikaz brojčanih pokazatelja izrečenih sigurnosnih mjera i njihove strukture u proteklom petogodišnjem razdoblju, te ukazuje na način rada i na dosadašnja iskustva i zapažanja državnih odvjetnika.

Sigurnosne mjere su posebne kaznenopravne sankcije koje se uz kaznu izriču počiniteljima kaznenih djela kada je to potrebno radi ostvarivanja općeg cilja kaznenopravnih sankcija.

Svrha, vrste sigurnosnih mjera, njihovo trajanje, kao i uvjeti pod kojima se izriču propisane su Kaznenim zakonom.

Dok se kaznom nastoji izraziti društvena osuda zbog počinjenog kaznenog djela, te utjecati na počinitelja, ali i na sve druge da ne čine kaznena djela, za sigurnosne mjere se može reći da imaju primarno specijalno preventivni karakter, da su usmjerene na ostvarivanje ciljeva specijalne prevencije.

Odredbom članka 66. Kaznenog zakona (Narodne novine broj 125/11, 144/12, 56/2015, 61/2015 – ispravak, 101/2017, 118/2018 i 126/2019) propisano je da je „svrha sigurnosnih mjera otklanjanje opasnosti koje omogućavaju ili poticajno djeluju na počinjenje novog kaznenog djela."

Sukladno zakonom propisanoj svrsi, sigurnosne mjere se u praksi izriču počiniteljima kaznenih djela kada se ocijeni da u konkretnom slučaju same kazne neće biti dovoljne da bi se otklonila opasnost od ponovnog počinjenja kaznenih djela, pa se izricanjem sigurnosnih mjera uz kazne nastoji zaštiti društvena zajednica ali i počinitelj od budućih (zbog počiniteljevih osobina ili stanja primjerice duševne bolesti, ovisnosti o alkoholu, drogama i sl.) protupravnih radnji, poštujući pri tome načelo razmjernosti.

Praktična iskustva državnih odvjetnika i sudaca koji postupaju u kaznenim postupcima pokazala su da postoje nedorečenosti, podnormiranost, pa i nedosljednosti zakonskih normi kojima je regulirana ova materija, što otvara mogućnost njihovog vrlo širokog i različitog tumačenja, a što zasigurno ne doprinosi pravnoj sigurnosti. Iskustva u praksi ukazivala su na potrebu zakonodavnih izmjena kojima se regulira ova materija.

Jedna od dvojbi s kojom su se u svakodnevnom radu susretali praktičari je i pitanje od kada sigurnosne mjere počinju teći?

Naime, Kaznenim zakonom iz 1997. (Narodne novine broj 110/97, 27/1998, 50/200, 129/2000, 84/2005, 51/2001, 111/2003, 190/2003, 105/2004, 71/2006, 110/2007, 152/2008, 57/2011, 77/2011, 125/2011, 143/2012)

* zamjenica Glavne državne odvjetnice Republike Hrvatske

bile su propisane vrste sigurnosnih mjera (članak 73.), svrha sigurnosnih mjera (članak 74.) kao i posebni uvjeti za izricanje pojedinih sigurnosnih mjera.

Prema odredbi članka 73. KZ/97 „sigurnosne mjere jesu: obvezno psihijatrijsko liječenje, obavezno liječenje od ovisnosti, zabrana obavljanja zvanja, djelatnosti ili dužnosti, zabrana upravljanja motornim vozilom, protjerivanje stranaca iz zemlje i oduzimanje predmeta."

Niti jedna odredba KZ/97 nije propisivala od kada teku sigurnosne mjere, pa su u praktičnoj primjeni pojedine mjere tekle od pravomoćnosti presude, a pojedine od izvršnosti presude kojom su izrečene.

Kaznenim zakonom (Narodne novine broj 125/11) koji je stupio na snagu 1. siječnja 2013. propisane su člankom 65. vrste sigurnosnih mjera i to: obvezno psihijatrijsko liječenje, obvezno liječenje od ovisnosti, obvezan psihosocijalni tretman, zabrana obavljanja određene dužnosti ili djelatnosti, zabrana upravljanja motornim vozilom, zabrana približavanja, uznemiravanja ili uhođenja, udaljenje iz zajedničkog kućanstva, zabrana pristupa internetu i zaštitni nadzor po punom izvršenju kazne zatvora.

Ni stupanjem na snagu ovog Zakona nije bilo propisano od kada sigurnosne mjere počinju teći, što je u praksi dovodilo do različitih tumačenja i postupanja, pa je ovo pitanje u konačnici na zakonodavnoj razini riješeno Zakonom o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona (Narodne novine broj 56/15 od 22. svibnja 2015.) tako što je odredbom članka 67.a propisano da sigurnosne mjere teku od izvršnosti presude.

Upravo ovom, drugom Novelom Kaznenog zakona došlo je i do daljnjih značajnijih zakonodavnih izmjena vezanih za sigurnosne mjere, pa je tako sigurnosnu mjeru obveznog psihijatrijskog liječenja iz članka 68. Kaznenog zakona i sigurnosnu mjeru obaveznog liječenja od ovisnosti iz članka 69. Kaznenog zakona, dakle, sigurnosne mjere koje se u praksi najčešće izriču, moguće izreći uz sve vrste kazni i mjera.

Nadalje, sigurnosnu mjeru obveznog psihosocijalnog tretmana iz članka 70. Kaznenog zakona nakon ovih zakonodavnih izmjena moguće je izreći uz sve vrste kazni i mjera, dok se do ovih izmjena navedena mjera mogla izreći jedino uz kaznu zatvora ili novčanu kaznu.

Zakonom o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona (Narodne novine broj 56/15 od 22. svibnja 2015.) propisana je i nova obaveza suda vezana za primjenu sigurnosne mjere obaveznog psihijatrijskog liječenja, sigurnosne mjere obaveznog liječenja od ovisnosti i sigurnosne mjere obaveznog psihosocijalnog tretmana tako što je propisano da će sud o presudi kojom su izrečene ove mjere „uz novčanu kaznu, rad za opće dobro ili uvjetnu osudu obavijestiti nadležno tijelo za probaciju radi daljnjeg postupanja propisanog posebnim zakonom i na temelju tog zakona donesenim podzakonskim propisima." Ova je odredba zbog neadekvatnog, pratećeg zakonodavnog okvira rezultirala različitim postupanjem i različitim tumačenjem pojedinih sudova. Naime pojedini su sudovi dostavljali presude probacijskoj službi, dok drugi to nisu činili, smatrajući da probacijska služba koja bi trebala nadzirati tijek izvršavanja sigurnosne mjere za to nema zakonskog uporišta cijeneći odredbe tada važećeg Zakona o probaciji (Narodne novine broj 143/2012).

Ova je dvojba uklonjena tek donošenjem Zakona o probaciji (Narodne novine broj 99/18) koji je stupio na snagu 17. studenog 2018., kada je člankom 10. navedenog zakona propisano da su probacijski poslovi pored drugih i „organiziranje i nadziranje izvršavanja uvjetne osude i djelomično uvjetne osude s posebnom obvezom i/ili zaštitnim nadzorom i/ili sigurnosnom mjerom koju nadzire probacijsko tijelo," kao i „ organiziranje i nadziranje izvršavanja sigurnosnih mjera iz nadležnosti probacije." Na temelju ovog zakona 17. srpnja 2019. donesen je Pravilnik o načinu obavljanja probacijskih poslova (Narodne novine broj 68/19).

Prijepore među praktičarima izaziva i sigurnosna mjera iz članka 76. Kaznenog zakona – zaštitni nadzor pri punom izvršenju kazne zatvora, vezano za koju je dvojbeno je li uopće (zbog svoje prirode i svrhe koja se njome želi postići) trebala biti svrstana među sigurnosne mjere, ili bi ju bilo uputno „vezati" uz zaštitni nadzor (članak 64 Kaznenog zakona).

Zbog u praksi uočenih dvojbi i nedostataka u primjeni odredaba Kaznenog zakona, sačinjen je Nacrt prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona u odnosu na koji je u vrijeme pisanja ovog teksta bilo u tijeku e-savjetovanje.

Pored ostalih izmjena, predlažu se i izmjene zakonskih odredbi koje se odnose na sigurnosne mjere, a cilj je, kao što se to navodi u obrazloženju predlagatelja „revidirati sigurnosne mjere zabrane obavljanja određenih dužnosti ili djelatnosti iz članka 71. stavak 3. Kaznenog zakona i zaštitnog nadzora po punom izvršenju kazne zatvora iz članka 76. Kaznenog zakona, te predložiti obvezno izricanje sigurnosne mjere obaveznog psihosocijalnog tretmana (članak 70. Kaznenog zakona) i sigurnosne mjere udaljenja iz zajedničkog kućan-

stva iz članka 74. Kaznenog zakona uz zadržavanje uvjeta opasnosti na strani počinitelja u trenutku donošenja presude."

Predloženim zakonodavnim izmjenama nastoji se, pored ostalog, dodatno zaštiti žrtve kaznenih djela, naročito kaznenih djela spolnog uznemiravanja i obiteljskog nasilja.

DOSADAŠNJA ISKUSTVA I OPAŽANJA DRŽAVNIH ODVJETNIKA

Državni odvjetnici, svjesni da su sigurnosne mjere iznimno važne radi ostvarivanja potpune svrhe kažnjavanja i sprječavanja opasnosti od ponavljanja kaznenih djela, ustrajno predlažu izricanje pojedinih sigurnosnih mjera, uvijek kada su za to ostvareni zakonski uvjeti.

Državno odvjetništvo Republike Hrvatske potiče državna odvjetništva da predlažu izricanje pojedinih sigurnosnih mjera već u optužnici ako činjenice utvrđene tijekom istrage ili istraživanja za to daju dovoljno osnove.

Predlaganje izricanja sigurnosnih mjera već u optužnici je pitanje koje je izazivalo određene dvojbe i različita tumačenja u postupanju državnih odvjetništava.

Naime, odredbom članka 342. Zakona o kaznenom postupku (Narodne novine, broj: 152/08., 76/09., 80/11., 121/11., 91/12. – odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, 143/12., 56/13., 145/13., 152/14., 70/17. i 126/19.) propisano je što optužnica sadrži.

S tim u vezi, u praksi je uočeno da pojedina državna odvjetništva gramatičkim tumačenjem ove norme, smatraju kako nema zakonskog uporišta za predlaganje izricanja sigurnosnih mjera u optužnicama podignutim zbog kaznenih djela sa zapriječenom kaznom zatvora većom od pet godina, poglavito u optužnicama iz nadležnosti županijskih državnih odvjetništava, jer da u smislu odredbe članka 342. stavak 1. u vezi stavka 3. Zakona o kaznenom postupku optužnice županijskih državnih odvjetništava ne sadrže prijedlog sankcije i drugih mjera, pa tako ne trebaju sadržavati niti prijedloge za izricanje sigurnosnih mjera.

Međutim, smislenim tumačenjem navedene zakonske odredbe, došlo bi se do zaključka da su njome propisani „nužni sastojci optužnice," dakle, oni sastojci koje optužnica obavezno mora sadržavati, što ne bi isključivalo mogućnost i potrebu predlaganja izricanja sigurnosnih mjera već u optužnici, pa i za kaznena djela iz županijske nadležnosti, pod uvjetom da za to ima uporišta u dokazima prikupljenim tijekom istrage.

Ako, bilo iz objektivnih razloga, ili stoga što tijekom istrage ili istraživanja nisu postojale okolnosti koje bi ukazivale da postoje indikacije za izricanje sigurnosnih mjera, njihovo izricanje u optužnici nije moguće predložiti, državni odvjetnici predlažu izricanje sigurnosnih mjera u postupku pred sudom, sukladno rezultatima dokaznog postupka.

Razlozi zbog kojih državna odvjetništva nerijetko nisu u mogućnosti već u optužnici predložiti izricanje određene sigurnosne mjere su kratki rokovi propisani Zakonom o kaznenom postupku u kojima državni odvjetnik mora donijeti odluku o kaznenoj prijavi, kao i kratki rokovi maksimalnog trajanja istražnog zatvora prije podizanja optužnice u predmetima u kojima je određen istražni zatvor, što se naročito odnosi na predmete iz nadležnosti općinskih državnih odvjetništava.

Naime, da bi se predložilo izricanje sigurnosne mjere obaveznog psihijatrijskog liječenja iz članka 68. Kaznenog zakona ili sigurnosne mjere obaveznog liječenja od ovisnosti iz članka 69. Kaznenog zakona, a praksa pokazuje da su upravo ovo mjere koje državni odvjetnici najčešće predlažu i koje sudovi najčešće izriču, nužno je prethodno provesti psihijatrijsko vještačenje.

Tek ako se provedenim vještačenjem utvrdi da je okrivljenik kazneno djelo počinio pod odlučujućim utjecajem ovisnosti (u praksi se najčešće radi o ovisnosti o alkoholu, ali sve više i/ili ovisnosti o drogama), odnosno da je djelo počinjeno u stanju smanjene ubrojivosti izazvane duševnim poremećajem i da postoji opasnost da bi zbog tih razloga bez odgovarajućeg liječenja okrivljenik mogao ponoviti kazneno djelo, moguće je predložiti izricanje sigurnosne mjere i opravdano očekivati da će je sud izreći.

Provođenje vještačenja iziskuje određeno vrijeme. Nerijetko je prethodno, prije davanja naloga vještaku za provođenje vještačenja potrebno prikupiti medicinsku dokumentaciju, ponekad i iz različitih ustanova, jer takva dokumentacija najčešće nije priložena uz kaznenu prijavu. Slijedom navedenog, zbog Zakonom o kaznenom postupku propisanih kratkih rokova u kojima mora biti donijeta državnoodvjetnička odluka, objektivno nije moguće provesti potrebna psihijatrijska vještačenja tijekom istrage, a pogotovo ne tijekom istraživanja u predmetima u kojima je određen istražni zatvor.

Stoga općinska državna odvjetništva tijekom istrage ili istraživanja daju naloge za vještačenja u pravilu samo onda ako već iz same kaznene prijave i njenih priloga proizlaze okolnosti koje ukazuju da je provođenje vještačenja nužno već u toj fazi postupanja, ili to eventualno proizlazi iz navoda obrane okrivljenika, ako tijekom ispitivanja iskaže da je bio psihijatrijski liječen, odnosno ako se tijekom ispitivanja okrivljenika zbog njegovog ponašanja pri provođenju ove dokazne radnje pojavi sumnja u njegovu ubrojivost u vrijeme počinjenja kaznenog djela.

Statistički pokazatelji Državnog odvjetništva Republike Hrvatske pokazuju da je u proteklih nekoliko godina broj predloženih i izrečenih sigurnosnih mjera u kontinuiranom porastu, što je zasigurno i rezultat pojačanog angažmana državnih odvjetništava na ovom planu.

Broj izrečenih sigurnosnih mjera – 2016. – 2020.
2016. – 558
2017. – 551
2018. – 635
2019. – 677
2020. – 886

U donjoj tablici prikazan je broj i struktura izrečenih sigurnosnih mjera u proteklom petogodišnjem razdoblju.

Broj i struktura izrečenih sigurnosnih mjera 2016. – 2020.

Godina	Obvezno liječenje od ovisnosti	Obvezno psihijatrijsko liječenje	Zabrana obavljanja određene dužnosti ili djelatnosti	Zabrana upravljanja motornim vozilom	Druge sigurnosne mjere	Ukupno
2016.	236	120	37	121	44	558
2017.	244	132	16	104	55	551
2018.	289	143	17	107	79	635
2019.	320	155	12	111	79	677
2020.	321	220	7	71	267	886

Podaci sadržani u tablici pokazuju da su u proteklom petogodišnjem razdoblju najčešće izricane sigurnosne mjere – sigurnosna mjera obaveznog liječenja od ovisnosti iz članka 69. Kaznenog zakona i sigurnosna mjera obaveznog psihijatrijskog liječenja iz članka 68. Kaznenog zakona.

Županijski su sudovi ove sigurnosne mjere najčešće izricali počiniteljima kaznenih djela teškog ubojstva iz članka 111. Kaznenog zakona, kaznenog djela ubojstva iz članka 110. Kaznenog zakona, kaznenog djela razbojništva iz članka 230. stavka 2. Kaznenog zakona i teških kaznenih djela protiv spolne slobode iz članka 154. Kaznenog zakona.

Općinski su sudovi ove sigurnosne mjere najčešće izricali počiniteljima kaznenih djela prijetnje iz članka 139. Kaznenog zakona, kaznenog djela nametljivog ponašanja iz članka 140. Kaznenog zakona, kaznenog djela neovlaštene proizvodnje i prometa opojnim drogama iz članka 190. Kaznenog zakona, kaznenog djela povrede djetetovih prava iz članka 177. Kaznenog zakona, ali i sve učestalije zbog kaznenog djela nasilja u obitelji iz članka 179.a Kaznenog zakona.

Iskustva državnih odvjetništava pokazuju da sudovi u pravilu prihvaćaju prijedloge tužitelja i na temelju činjenica utvrđenih nakon provedenih vještačenja počiniteljima kaznenih djela izriču sigurnosne mjere obaveznog liječenja od ovisnosti i obaveznog psihijatrijskog liječenja, kao i sigurnosne mjere obaveznog psihosocijalnog tretmana iz članka 70. Kaznenog Zakona, te se može reći da su ove sigurnosne mjere zaživjele u praksi.

Iz podataka prikazanih u gornjoj tablici vidljivo je da je u 2020. godini značajno porastao broj predloženih i izrečenih „drugih" sigurnosnih mjera, među kojima i sigurnosne mjere zabrane približavanja, uznemiravanja ili uhođenja iz članka 73. Kaznenog zakona.

Ova se sigurnosna mjera najčešće izriče počiniteljima kaznenog djela nasilničkog ponašanja u obitelji, kaznenog djela nametljivog ponašanja ili kaznenog djela prijetnje.

U cilju što učinkovitije zaštite žrtava, naročito žrtava kaznenih djela obiteljskog nasilja, uočavaju se pozitivni pomaci u praksi tako što se iz godine u godinu povećava broj izrečenih sigurnosnih mjera zabrane približavanja, uznemiravanja ili uhođenja iz članka 73. Kaznenog zakona.

Međutim, u narednom razdoblju, a upravo radi pružanja što bolje zaštite žrtvi, još uvijek ima prostora za pojačan aktivitet državnih odvjetnika, koje se potiče na ustrajno predlaganje ove sigurnosne mjere, ali naročito na predlaganje izricanja sigurnosne mjere udaljenja iz zajedničkog kućanstva iz članka 74. Kaznenog zakona, uvijek kada su za to u konkretnom slučaju ostvarene zakonske pretpostavke.

Pri tome, dosadašnja praksa nekih općinskih sudova koji, smatrajući da će se na taj način i tom mjerom u dostatnoj mjeri zaštiti sigurnost žrtve, počiniteljima kaznenih djela obiteljskog nasilja, ili kaznenog dijela prijetnje počinjene prema bliskoj osobi, znatno učestalije izriču sigurnosnu mjeru zabrane približavanja, uznemiravanja ili uhođenja iz članka 73. Kaznenog zakona, nego sigurnosnu mjeru udaljenja iz zajedničkog kućanstva iz članka 74. Kaznenog zakona, za državne odvjetnike ne bi trebala biti destimulativna, već bi je trebalo smatrati izazovom da se ulaganjem kvalitetnih žalbi, ishode odluke višeg suda i dosadašnja praksa pokuša promijeniti.

Naime, kao što je već istaknuto, sudovi se češće odlučuju za izricanje sigurnosne mjere zabrane približavanja, uznemiravanja ili uhođenja iz članka 73. Kaznenog zakona, smatrajući da će se na taj način i tom mjerom u dostatnoj mjeri zaštiti sigurnost žrtve, čak i u situacijama kada državna odvjetništva, uz izricanje ove sigurnosne mjere istodobno predlažu i izricanje sigurnosne mjere udaljavanja iz zajedničkog kućanstva iz članka 74. Kaznenog zakona, što se u pravilu predlaže radi zaštite žrtava obiteljskog nasilja koje su trpjele nasilje kroz duže vremensko razdoblje, pri čemu je radnjama počinitelja grubo povrijeđeno dostojanstvo žrtve, što je nerijetko popraćeno i ozbiljnim prijetnjama smrću.

S aspekta djelotvorne zaštite žrtve, nije prihvatljivo stajalište pojedinih sudaca prema kojem svojevoljni odlazak počinitelja iz zajedničkog kućanstva izricanje sigurnosne mjere udaljenja iz zajedničkog kućanstva iz članka 74. Kaznenog zakona čini bespredmetnom, ili čak besmislenom, jer bez izricanja ove mjere nema garancije da počinitelj u nekom trenutku neće promijeniti svoju odluku, vratiti se u zajedničko kućanstvo i nastaviti s protupravnim ponašanjem.

Sigurnosna mjera zabrane upravljanja motornim vozilom iz članka 72. Kaznenog zakona izriče se počiniteljima kaznenih djela protiv sigurnosti prometa i to kaznenog djela obijesne vožnje iz članka 226. Kaznenog zakona i kaznenog djela izazivanja prometne nesreće u cestovnom prometu iz članka 227. Kaznenog zakona.

U radu državnih odvjetništava nisu uočene poteškoće u primjeni ove sigurnosne mjere, čije se izricanje u pravilu predlaže već u optužnici.

Međutim, statistički podaci o radu državnih odvjetništava pokazuju da je tijekom 2020. godine izrečeno znatno manje sigurnosnih mjera zabrane upravljanja motornim vozilom u odnosu na ranija razdoblja.

Tako su u 2019. sudovi izrekli 111 sigurnosnih mjera iz članka 72. Kaznenog zakona, dok ih je tijekom 2020. izrečeno 65.

Budući smo gotovo svakodnevno svjedoci teških prometnih nesreća, s izuzetno teškim posljedicama, koje u pravilu izazivaju alkoholizirani vozači, ili vozači pod utjecajem droga i raznih psihotropnih tvari primjeni ove sigurnosne mjere i dalje valja posvetiti dužnu pažnju.

S tim u vezi valja ukazati i na najnoviju presudu Europskog suda za ljudska prava – ESLJP br. 35983/14 objavljenu 25. ožujka 2020. u predmetu Smiljanić protiv Republike Hrvatske (koja u vrijeme pisanja ovog teksta nije konačna).

Europski sud za ljudska prava je utvrdio da je podnositeljima u materijalnom i u procesnom smislu povrijeđeno pravo na život zajamčeno člankom 2. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Presuda je donijeta povodom tužbe roditelja i sestre oštećenog koji je poginuo u prometnoj nesreći 2012.

Prometnu nesreću je uzrokovao alkoholizirani vozač koji je prošao kroz raskršće za vrijeme dok mu je na semaforu bilo upaljeno crveno svjetlo, kojom prilikom je jedna osoba (sin, odnosno, brat podnositelja) smrtno stradala.

Protiv okrivljenika je provedene istraga za vrijeme koje mu je bio određen istražni zatvor.

Po dovršetku istrage nadležno općinsko državno odvjetništvo je protiv okrivljenika podiglo optužnicu zbog kaznenog djela izazivanja prometne nesreće iz članka 272. stavka 1. i 3. KZ/97 i u optužnici predložilo da se istražni zatvor produlji, što sud nije prihvatio, izrekavši mu mjeru opreza privremenog oduzimanja vozačke dozvole.

Za počinjeno kazneno djelo okrivljenik je u svibnju 2013. pravomoćno osuđen na kaznu zatvora u trajanju od dvije godine. Izrečena mu je i sigurnosna mjera zabrane upravljanja motornim vozilom u trajanju od pet godina.

Europski sud za ljudska prava je utvrdio da su mjerodavnim domaćim pravnim okvirom predviđene preventivne mjere usmjerene na osiguranje javne sigurnosti.

Procjenjujući primjenu domaćih pozitivnih propisa u konkretnom slučaju sud u bitnom utvrđuje da su domaće vlasti poduzele određene mjere protiv počinitelja, ali da poduzete mjere obzirom na njegova višestruka kršenja prometnih propisa, činjenjem prekršaja za koje po ocjeni suda nije bio adekvatno kažnjen, nisu bile dovoljno djelotvorne, kako bi se spriječila njegova kontinuirana ozbiljna kršenja propisa u cestovnom prometu i dovođenja u opasnost drugih ljudi.

Sa stajališta primjene sigurnosne mjere zabrane upravljanja motornim vozilom, značajan je zaključak suda prema kojem su domaće vlasti bile dužne poduzeti djelotvorne, odvraćajuće i preventivne mjere, što bi prema sudu zahtijevalo poduzimanje mjera s primarnom funkcijom smanjenja čimbenika rizika za sigurnost cestovnog prometa, primjerice oduzimanjem vozačke dozvole počinitelju prekršaja na dulje vremensko razdoblje, kao i primjenom strožih i odvraćajućih sankcija.

Za sigurnosnu mjeru zabrane pristupa internetu propisanu odredbom članka 75. Kaznenog zakona, za provedbu koje je Ministarstvo pomorstva, prometa i infrastrukture donijelo Pravilnik o izvršavanju sigurnosne mjere zabrane pristupa internetu (Narodne novine broj 34/2013. od 22. ožujka 2013.) se može reći da nije zaživjela u praksi naših sudova.

Državni odvjetnici u svakodnevnom radu zapažaju da počinitelji iz godine u godinu, sve učestalije čine kaznena djela putem interneta, putem raznih društvenih mreža, što se naročito odnosi na kaznena djela iskorištavanja djece za pornografiju iz članka 163. Kaznenog zakona, mamljenja djece za zadovoljenje spolnih potreba iz članka 161. Kaznenog zakona, prijevare iz članka 236. Kaznenog zakona, prijetnje iz članka 139. Kaznenog zakona, a sve češće i na kazneno djelo javnog poticanja na nasilje i mržnju iz članka 325. Kaznenog zakona.

Iako je odredbom članka 75. Kaznenog zakona počinitelju koji je kazneno djelo počinio putem interneta, propisano obligatorno izricanje sigurnosne mjere ako postoji opasnost da će zlouporabom interneta ponovo počiniti kazneno djelo, ovu sigurnosnu mjeru, sudovi gotovo da i ne izriču.

Razlozi za takvo postupanje su zasigurno poteškoće u provedbi ove sigurnosne mjere, ali oni ne bi smjeli imati odlučujući utjecaj na negativne odluke sudova, koje se ponekad nastoji obrazložiti drugim razlozima, tako što se zaključuje da nema opasnosti od ponovne zlouporabe interneta, da bi izricanjem mjere bilo onemogućeno obavljanje djelatnosti kojom se počinitelj bavi i od koje živi, pa do toga, (kao u odluci jednog županijskog suda) da je sigurnosna mjera zabrane pristupa internetu, zbog niza mogućnosti pristupa internetu „sama po sebi besmislena."

Tako je zaključio jedan županijski sud, postupajući povodom žalbi državnog odvjetništva i optuženika koji je presudom općinskog suda proglašen krivim zbog počinjenja kaznenog djela prijetnje iz članka 139. stavka 2. i 3. Kaznenog zakona i kaznenog djela javnog poticanja na nasilje i mržnju iz članka 325. stavak 1. Kaznenog zakona.

Državno odvjetništvo je izricanje sigurnosne mjere zabrane pristupa internetu, predložilo već u optužnici, te je tijekom cijelog kaznenog postupka inzistiralo i na izricanju sigurnosne mjere, koja u konačnici nije izrečena.

Naime, prvostupanjski je sud zaključio da je okrivljenik počinio optužena kaznena djela i to kazneno djelo prijetnje iz članka 139. stavka 2. i 3. Kaznenog zakona i kazneno djelo javnog poticanja na nasilje i mržnju iz članka 325. stavak 1. Kaznenog zakona, te je za počinjena djela osuđen na jedinstvenu kaznu zatvora u trajanju od jedanaest mjeseci, nakon čega mu je izrečena uvjetna osuda s rokom kušnje u trajanju od tri godine.

Sud je utvrdio (u izreci presude) da su oba kaznena djela počinjena putem facebook profila i to kazneno djelo prijetnje u listopadu 2018. a kazneno djelo javnog poticanja na nasilje i mržnju u siječnju 2019., ali nije prihvatio prijedlog državnog odvjetništva da okrivljeniku izrekne sigurnosnu mjeru iz članka 75. Kaznenog zakona, ocijenivši kako nije utvrđeno postojanje opasnosti da bi optuženik zlouporabom interneta ponovo počinio kazneno djelo, time da bi se prema stajalištu suda nemogućnost korištenja interneta odrazila i na izvršenje poslovnih obveza optuženika.

Protiv navedene presude državno odvjetništvo je podnijelo žalbu, između ostalog i zbog neizricanja predložene sigurnosne mjere, ali je tu žalbu, županijski sud odbio uz obrazloženje da „predložena mjera po

ODO iz članka 75. KZ/11 zabrane pristupa internetu nikada u praksi nije zaživjela jer danas ima niz mogućnosti pristupa internetu, pa je sama po sebi besmislena."

Ocjena suda po kojoj je ova sigurnosna mjera sama po sebi besmislena, je sa stajališta državnog odvjetnika neprihvatljiva, usprkos činjenici da je provedbu iste teško djelotvorno kontrolirati.

ZAKLJUČAK

Državni odvjetnici će se i dalje poticati da ustrajno predlažu izricanje sigurnosnih mjera, uvijek kada uvažavajući sve okolnosti konkretnog slučaja ocjene da su za to ispunjene zakonske pretpostavke, jer se samo na taj način, dosljednom primjenom zakonskih normi može i treba doprinijeti punom ostvarenju zaštitne funkcije kaznenog zakonodavstva.

LITERATURA:

1. Franjo Bačić, Šime Pavlović, Komentar kaznenog zakona, Zagreb 2004.,
2. Berislav Pavišić, Petar Veić, Hrvatsko kazneno zakonodavstvo, Zagreb 2014.,
3. Željko Horvatić, Petar Novoselec, Kazneno pravo (opći dio), Zagreb 1999.
4. Ana Garačić, Novine u Kaznenom zakonu- II. Novela u sudskoj praksi, Zagreb 2016.
5. Bruno Moslavac, Objesna vožnja u cestovnom prometu, Rijeka 2020.,
6. Kazneni zakon, Narodne novine broj 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18 i 126/19,
7. Kazneni zakon, Narodne novine broj 110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 104/04, 4/05, 71/06, 110/07, 152/08, 57/11.
8. Zakon o kaznenom postupku, Narodne novine broj 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17 i 126/19,
9. Zakon o probaciji, Narodne novine broj 143/2012,
10. Zakon o probaciji, Narodne novine broj 99/18,
11. Pravilnik o načinu obavljanja probacijskih poslova, Narodne novine broj 68/19 i
12. Statistički podaci o radu državnih odvjetništava 2016-2020.
13. Pravilnik o izvršavanju sigurnosne mjere zabrane pristupa internetu, Narodne novine broj 34/2013.

Sanja Katušić Jergović, mag.iur.*

SLAMNATI ČOVJEK

1. UVOD – ZNAČENJE POJMA

Pod terminom „slamnati čovjek" podrazumijevaju se dva različita pojma. Prvi, izvorni, pripada logici i znači namjerno iskrivljeno prikazivanje tuđe teze, koja je tako postavljena da bi ju bilo lakše pobiti nego joj oponirati. Radi se, dakle, o vrsti logički nevaljanog retoričkog argumentiranja koja uključuje zamjenu teza, a istovremeno može biti podvrsta ad hominem napada.

Drugo značenje tog termina upotrebljava se u pravu, i to kako kaznenom, tako i građanskom. Podrazumijeva osobu, koja može biti i izmišljena, a koja služi da skrije ilegalnu ili tajnu aktivnost, osobu postavljenu kao zaklon za identifikaciju autora obično upitne transakcije, nekog sumnjivog plana ili poduzeća. Riječ je o osobi čija je važnost ili funkcija samo nominalna, da pokrije tuđe aktivnosti i čini fasadu. Ta osoba je isturena, njen identitet je vidljiv.

Iz ovako prikazanih značenja razvidna je i određena njihova povezanost, jer se uvijek radi o fiktivnom, namjerno pogrešnom prikazivanju kako bi se postigao neki cilj koji je nemoralan ili ilegalan.

2. UČESTALOST POJAVLJIVANJA SLAMNATOG ČOVJEKA

Govoreći o pravnom pojmu termina slamnati čovjek, a posebice u okviru kaznenog prava, treba naglasiti da se ne radi o nekoj novoj pojavi, ali niti i pojavi koja je ekskluzivno vezana uz teritorij Republike Hrvatske. Kod nas se slamnati čovjek počinje javljati nakon pretvorbe, odnosno uspostavljanja privatnog vlasništva i poduzetništva te tržišne utakmice, kada stvarni poduzetnik ili vlasnik ima potrebu prikriti svoj jer mu je poznato da je djelatnost koju obavlja nezakonita ili je imovina kojom raspolaže nezakonitog podrijetla. Instaliranjem slamnatog čovjeka na funkciju uprave određenog trgovačkog društva odnosno upisivanjem slamnatog čovjeka kao vlasnika neke imovine prije svega se otežava utvrđivanje identiteta počinitelja, a kroz to i vrste i okolnosti počinjenja kaznenog djela. To je osobito slučaj ako je cijela kriminalna aktivnost koja obuhvaća više posebnih operacija (međusobno povezanih krajnjim ciljem) karakterizirana uključivanjem više takvih osoba – „slamnatih ljudi", a što će se najčešće događa kada su u pitanju organizirani kriminal, koruptivna kaznena djela, odnosno djela koja imaju međunarodni element.

U svijetu je ova pojava upravo zbog različitog poimanja režima vlasništva i poduzetništva, odnosno činjenice da je kapitalizam funkcionirao neprekidno, već dugo izražena. Neke razvijene države su, štoviše, otišle i korak ispred nas u načinu vrbovanja osoba koje će figurirati kao slamnati čovjek (u ovom trenutku koristeći i činjenicu što su poželjno odredište brojnih ljudi zbog svoje razvijenosti i mogućnosti zapošljavanja) pa kao slamnatog čovjeka postavljaju i strane studente i turiste, koje uvjere ili prinude na osnivanje poduzeća u korist trećih osoba. Ti pojedinci potom budu upisani kao uprava (direktori) ili većinski dioničari što im omogućuje kontroliranje trgovačkog društva (odnosno utjecaj na način vođenja društva), iako su rijetko, odnosno gotovo nikad stvarno uključeni u operacije i daljnje funkcioniranje kompanije. Za razliku od ugovora o ime-

* sutkinja Visokog kaznenog suda Republike Hrvatske

novanju uprave koja doista funkcionira i stvarno obavlja te ovlasti, dogovori o imenovanju slamnatog čovjeka na funkciju uprave rijetko su regulirani u pisanom obliku. To je i logično, jer osobe koje su profesionalni menadžeri ne prihvaćaju obavljati funkciju uprave bez da se ugovorno osiguraju. Ne radi se, naravno, ovdje o ugovoru kojim osoba prihvaća svoje imenovanje, nego o ugovoru kojim se reguliraju međusobni odnosi trgovačkog društva i te osobe, a odnose se pretežno na financijske detalje koji podliježu međusobnom dogovoru (plaće, naknade troškova, pravo na korištenje automobila, korištenje godišnjeg odmora, otpremninu i sl.). Štoviše, dok će formalno imenovani stvarni direktori uvijek nastojati izbjeći da budu uključeni u sumnjive i potencijalno nelegalne aktivnosti pravne osobe, slamnati čovjek će vjerojatnije biti taj koji će priznati da je stvarni vlasnik pravne osobe ili sustava u pokušaju da održi lažnu sliku koju je kreirao pravi stvarni, autentični vlasnik. Jedna studija slučaja u Rusiji pokazala je kako je vlasnik kompanija počinio prijevaru vlade prenoseći ugovor sa sumnjive osobe (Mr. X) na brojne različite „slamnate ljude", uključujući i kćer Mr. X-a. Najmanje jedan od imenovanih direktora – slamnatih ljudi primio je zauzvrat plaću, međutim oni nisu igrali ulogu profesionalca i nisu bili svjesni aktivnosti kompanije. Svrha prepuštanja vlasništva nad kompanijama takvim formalno imenovanim osobama bila je da dodatno udalje kompanije od Mr. X-a, koji je bio povezan s čovjekom odgovornim za projekt u javnom sektoru.

Nadalje, u nekim državama tijela kaznenog progona prijavila su i povezani fenomen ukradenih identiteta koji su korišteni za osnivanje pravnih osoba. U tim slučajevima žrtva krađe identiteta postaje zastupnik pravne osobe bez svog znanja ili pristanka. Tijela kaznenog progona također su identificirala situacije u kojima su kompanije registrirane na slamnate ljude koji su prethodno prodali svoje osobne podatke trećoj strani. Radi se obično o osobama koje na taj korak motiviraju financijske poteškoće, pri čemu treba naglasiti da te osobe obično također nemaju nikakvog uvida u poslovanje kompanije u kojoj su upisani kao zastupnici, iako ih nije moguće bezrezervno tretirati kao žrtve prijevare. Prodaju osobnih podataka najčešće nastoje iskoristiti profesionalni perači novca, da bi koristeći te podatke osnovali kompanije ili otvorili bankovne račune.

3. GDJE OČEKIVATI POJAVU SLAMNATOG ČOVJEKA

Već iz prikazanog uvodnog dijela prirodno i smisleno proizlazi da će do instaliranja i uporabe slamnatog čovjeka doći onda kada se želi prikriti pojedina aktivnost, njezin cilj, odnosno pravi akteri i počinitelji. Razumljivo je stoga da će to biti slučaj u većini kaznenih djela protiv gospodarstva (naročito u djelima prijevare u gospodarskom poslovanju, zlouporabe povjerenja u gospodarskom poslovanju, zlouporabe u postupku javne nabave, zlouporabe povlaštenih informacija i pranja novca), a nesumnjivo je da se to može očekivati u internacionalnom kriminalu, jer omogućuje teže otkrivanje kriminalne djelatnosti i njezinih aktera. Ratio korištenja slamnatog čovjeka ovisi, naravno, o vrsti kaznenog djela o kojem se radi, pa će negdje biti korišten kako bi se prikrila veza između onog koji izvlači korist iz takvog postupka i počinitelja djela (kao npr. kod zlouporabe povlaštenih informacija, jer takva djela pretpostavljaju postojanje određene veze između počinitelja djela i onog u čiju korist počinitelj postupa), drugi put bit će to zato da stvarni počinitelj ostane neotkriven a da za kazneno odgovara slamnati čovjek (npr. kod kaznenog djela zlouporabe povjerenja u gospodarskom poslovanju). Najzad, da bi inicijalna kriminalna aktivnost bila otkrivena povodom prijavljivanja sumnjivih novčanih transakcija koje upućuju na moguće pranje novca, uporaba slamnatog čovjeka kao vlasnika nekog bankovnog računa ili direktora kompanije nesumnjivo će otežati istragu, a osobito je to slučaj kada postoji niz novčanih transakcija koje se sve odvijaju uz uporabu slamnatih ljudi.

4. KAZNENA ODGOVORNOST I ULOGA STVARNOG VODITELJA POSLOVA I SLAMNATOG ČOVJEKA

Pojava slamnatog čovjeka, odnosno s druge strane osobe koja stvarno vodi poslove društva i obavlja ulogu uprave neodvojivo je povezano s pitanjem uloge koju će te osobe imati u kaznenom postupku, bude li kakvo kazneno djelo počinjeno.

S tim u vezi potrebno se podsjetiti na odredbe KZ/11 koje definiraju počiniteljstvo i sudioništvo.

Članak 36. KZ/11 definira počiniteljstvo na sljedeći način:

„(1)Počinitelj je osoba koja sama ili posredstvom druge osobe počini kazneno djelo.

(2) Počini li više osoba na temelju zajedničke odluke kazneno djelo tako da svaka od njih sudjeluje u počinjenju radnje ili na drugi način bitno pridonese počinjenju kaznenog djela, svaka od njih kaznit će se kao počinitelj (supočinitelji).

(3) Nehajna odgovornost supočinitelja temelji se na zajedničkoj povredi dužne pažnje."

Odredba čl. 37. KZ/11 definira poticateljstvo kao oblik sudioništva u počinjenju kaznenog djela:

„(1) Tko drugoga s namjerom potakne na počinjenje kaznenog djela, kaznit će se kao da ga je sam počinio.

(2) Tko drugoga s namjerom potakne na počinjenje kaznenog djela za koje je pokušaj kažnjiv, a djelo ne bude niti pokušano, kaznit će se kao za pokušaj toga kaznenoga djela.

(3) U slučaju neprikladnog pokušaja poticanja, poticatelj se može osloboditi kazne."

Iz stavka 1. čl. 36. jasno proizlazi da KZ/11 prihvaća stanovište da počinitelj može biti neposredan ili posredan. Neposredni počinitelj kaznenog djela je onaj tko ostvari njegovo zakonsko obilježje sam, svojom radnjom (pomoću nekog sredstva, predmeta, oruđa, oružja i sl.). S druge strane, posredni počinitelj je pojedinačni počinitelj, koji se služi drugom osobom kao sredstvom za ostvarenje svoje kriminalne namjere, pri čemu zlorabi nesavjesnost, neznanje ili zabludu druge osobe i pomoću nje ostvaruje kazneno djelo. Posredni počinitelj služi se drugim čovjekom radi počinjenja kaznenog djela, u kojem slučaju je neposredni počinitelj tek sredstvo u rukama posrednog počinitelja.

Posredni počinitelj uvijek ima vlast nad djelom jer ima i vlast nad neposrednim počiniteljem kao sredstvom. Neposredni počinitelj je u odnosu podređenosti prema posrednom počinitelju, a podređenost može izvirati iz prisile ili zablude, ili pak zato što neposrednom počinitelju kao sredstvu nedostaje određeno svojstvo ili specifični subjektivni odnos prema djelu. Za razliku od toga kod poticateljstva je neposredni počinitelj ujedno i glavni počinitelj, koji, doduše nagovaran od poticatelja, ali slobodnom voljom odlučuje poduzeti određenu radnju, svjestan svih okolnosti i protupravnosti radnje. Međutim, sve to ne mora značiti da neposredni počinitelj kao sredstvo ne može doći pod udar kaznenog zakona. U takvom slučaju je odgovornost neposrednog počinitelja u sjeni odgovornosti posrednog počinitelja kao gospodara nad djelom. Posredni počinitelj, da bi uopće mogao biti počinitelj kaznenog djela, mora u svojoj osobi sjedinjavati sve pretpostavke određenog kaznenog djela. To je posebice značajno kod delicta propria. Ovdje je važno naglasiti da podatak što posredni počinitelj nije formalno imenovan kao odgovorna osoba (član uprave ili sl., odnosno na funkciju koja ga obvezuje da brine o tuđim imovinskim interesima) ne podrazumijeva da on tu funkciju ne obnaša i ne obavlja, ako iz svih okolnosti proizlazi da on to stvarno čini (faktični voditelj poslova, faktični član uprave). Od svih situacija u kojima prema našem kaznenom pravu može doći do posrednog počiniteljstva, navodimo sljedeće:

a) U slučaju neslobodnog sredstva, tj. kada neposredni počinitelj djeluje pod prisilom koju na njega vrši posredni počinitelj pa se neposredni počinitelj nalazi u krajnjoj nuždi. Prisila je tada razlog isključenja protupravnosti za neposrednog počinitelja, ali to vrijedi i kad je to samo razlog za oslobođenje od kazne.

b) Kada se posredni počinitelj posluži osobom koja je u zabludi, prvenstveno u zabludi o biću kaznenog djela. Posredni počinitelj ovdje koristi neposredog počinitelja kao sredstvo zbog njegova neznanja.

c) Korištenje osobe koja nije kriva, odnosno neubrojiva je. U takvom je situaciji moguće opravdati i poticanje i posredno počiniteljstvo. Dok njemačka praksa smatra da se u tim okolnostima uvijek radi o posrednom počiniteljstvu, postoji i gledište prema kojem ocjena ovisi o tome je li neposredni počinitelj potpuno ovisan o tuđoj volji (kada postoji posredno počiniteljstvo) ili je neposredni počinitelj sposoban sam donijeti odluku, kada je riječ o poticanju.

d) Rosinova konstrukcija posrednog počiniteljstva podrazumijeva situacije kada se počinitelj koristi organiziranim aparatom moći. U njemačkoj teoriji to je poznato pod imenom „počinitelja za pisaćim stolom", tj. osobe koja vlastoručno ne čini kazneno djelo ali rukovodi djelatnošću neposrednih počinitelja. Posredni počinitelj rabi dobro uhodanu organizaciju za ostvarivanje svojih zločinačkih ciljeva, pri čemu obično ne poznaje neposredne počinitelje, ali zna da će oni poslušno izvršiti zapovijedi jer su zamjenjivi. U takvim situacijama poticanje ne bi izražavalo pravu odgovornost nalogodavca čija djelatnost po prirodi stvarni nije akcesorna, nego dominira. Osim toga, tom odnosu nedostaje i međusobni dogovor. Neposredni počinitelji ovdje su, iako i sami odgovorni, samo sredstvo u rukama izdavatelja zapovijedi. Napominjemo da je ta konstrukcija najčešća kod zločinačkih organizacija tipa mafije i sl., a rijetko ćemo je pronaći u gospodarskim kaznenim djelima, iako, bude li se utvrdilo da je riječ o međunarodnom kriminalu koji je koordiniran i organiziran od mafije, ni ta mogućnost nije isključena.

Moguće je, dakako, da slamnati čovjek uopće ne bude obuhvaćen optužbom kao optuženik, zaključi li se da nema mjesta njegovoj kaznenoj odgovornosti jer je predstavljao tek oruđe u rukama posrednog počinitelja, kao i da on bude optužen bilo kao neposredni počinitelj, koji je djelovao potaknut od druge osobe (koja figurira kao spiritus movens) ili kao supočinitelj s posrednim počiniteljem. To će, dakako, ovisiti o okolnostima svakog pojedinog slučaja i karakteristikama i osobnim svojstvima slamnatog čovjeka. Po prirodi stvari, ako je slamnati čovjek kao neposredni počinitelj bio potpuno odgovoran i svjestan svega (primao i plaću za svoj posao i znao sve bitne podatke o kojima je ovisila i dopuštenost i prihvatljivost poduzete aktivnosti) razumljivo je da će on odgovarati kao neposredni počinitelj, a da će eventualna odgovornost i uloga druge osobe biti kvalificirana kao poticanje.

5. SLAMNATI ČOVJEK U TRGOVAČKOM DRUŠTVU

Figuriranje slamnatog čovjeka u trgovačkom društvu podrazumijeva da uz njega postoji i netko tko stvarno upravlja tim društvom i vodi njegovo poslovanje, dakle faktični organ.

Poznato je da odgovor na pitanje tko vodi poslove određene pravne osobe ovisi o zakonskom uređenju pojedinog tipa te pravne osobe, odnosno aktu imenovanja ili izboru na takvu funkciju. U društvima kapitala (dioničkom društvu i društvu s ograničenom odgovornošću) to su prvenstveno članovi uprave, odnosno izvršni direktori (monistički tip društva s ograničenom odgovornošću; iako treba naglasiti da na odgovornost izvršnih direktora za štetu utječe okolnost da su i članovi upravnog odbora i da im upravni odbor daje obvezne upute za rad). Članovi uprave predstavljaju tzv. upravljački sloj (menadžment) koji je dužan voditi brigu o imovini društva koja im je povjerena, ali i brigu o trajnoj rentabilnosti poslovanja, a ne samo o kratkoročnom stjecanju dobiti.

Osim toga, teorija i praksa prihvatile su da neke osobe stvarno obavljaju poslove članova uprave pa se takvima i smatraju, iako na tu funkciju nisu formalno imenovane. Odredba čl. 246. KZ/11 (kazneno djelo zlouporabe ovlasti u gospodarskom poslovanju, osnovno gospodarsko kazneno djelo iz kojeg proizlaze i sva ostala djela te grupe) predviđa da se dužnost zaštite tuđih interesa može temeljiti na: zakonu, odluci upravne ili sudbene vlasti, pravnom poslu ili odnosu povjerenja. Odnos povjerenja ne mora nužno rezultirati pisanim ugovorom koji formalno uređuje dužnost zaštite imovinskih interesa, nego uključuje i situaciju kada određena osoba faktično preuzme raspolaganje tuđom imovinom i njezinu zaštitu. Tada nije bitno je li netko od zainteresiranih strana vjerovao u postojanje dužnosti zaštite tuđih interesa. Riječ povjerenje treba shvatiti u smislu povjerenja osoba čija se imovina štiti, a ne trećih osoba u pravnom prometu.

Takav faktični nastanak odnosa povjerenja može proizaći iz pogreške, npr. jer su kao članovi uprave bile osobe čije imenovanje iz različitih razloga nije bilo valjano[1], ili su te osobe nastavile voditi poslove društva i nakon isteka mandata. U oba slučaja nema sumnje da su te osobe za društvo obavljale taj posao figurirajući kao faktični članovi uprave.

Međutim, faktični članovi uprave mogu nastati i namjerno, odnosno kada društvo za člana uprave izabere osobu za koju zna da neće voditi poslove društva (slamnatog čovjeka) da bi prikrilo identitet osobe koja stvarno vodi poslove društva (faktični član uprave). Na taj način se također mogu zaobići odredbe o zabrani imenovanja određenih osoba za članove uprave. Pod slamnatim čovjekom podrazumijeva se formalno postavljeni organ koji samo figurira, a faktični organ vuče sve konce.

Pretpostavka tretiranja neke osobe kao faktičnog člana uprave je da je ona kroz duže vrijeme preuzela većinu ključnih poslovodnih funkcija, a posebice one koje se odnose na raspolaganje imovinom.

Njemačka sudska praksa (na koju se naslanja i naš Zakon o trgovačkim društvima, koji je ishodišna točka za razumijevanje gospodarskih kaznenih djela) razvila je i kriterije koji se koriste pri odluci da li faktični organi mogu biti počinitelji ili samo poticatelji. Počiniteljem se smatraju oni faktični organi ili pojedinac čiju su djelatnost prihvatili svi članovi društva i uz njihovu dominantnu ulogu u odnosu na formalne nositelje dužnosti. Suprotna situacija značila bi da je faktični organ ograničen na davanje uputa formalno postavljenom organu pa djeluje kao poticatelj. Pritom njemačka praksa koristi sljedeće indicije pri utvrđivanju kriterija: a) određiva-

[1] To može biti jer su izabrani tzv. prekobrojni članovi uprave, ili oni koji nisu ispunjavali uvjete za izbor.

nje poslovne politike, b) organizaciju poduzeća, c) zapošljavanje radnika, d) oblikovanje poslovnih odnosa s partnerima, e) pregovaranje s kreditorima itd.

Činjenica da neko trgovačko društvo ima faktičnog člana uprave ne podrazumijeva nužno, u skladu sa svim gore izloženim, da odgovornost tog člana uprave ekskulpira formalno imenovane članove uprave. Naime, svaki je imenovani član uprave dužan voditi poslove društva pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika i odgovara ako je ograničio svoje djelovanje. Drugim riječima, moguća je istodobna odgovornost obojice, odnosno faktičnog člana uprave i slamnatog čovjeka, pa i kao supočinitelja (razumije se, ako su obojica djelovala s namjerom). Naša sudska praksa poznaje razlike između faktičnog člana uprave i slamnatog čovjeka i ne isključuje automatski odgovornost slamnatog čovjeka ako je utvrđena odgovornost faktičnog organa[2]. Razumije se, pretpostavka odgovornosti slamnatog čovjeka je postojanje njegove namjere, pri čemu valja naglasiti da je dovoljna i neizravna namjera za utemeljenje kaznene odgovornosti. Dakle, počinitelj pristaje na nastupanje posljedice (npr. prouzročenje štete onim imovinskim interesima o kojima je dužan brinuti). Neizravnost namjere kao pretpostavka za krivnju proizlazi iz odredbi ZTD-a koje se odnose na dužnu pozornost članova uprave društva, koji moraju štititi interese društva i ne poduzimati radnje kojima bi mu mogli nanijeti štetu[3]. Dakako, da bismo mogli govoriti o istodobnoj odgovornosti faktičnog direktora i slamnatog čovjeka mora to biti adekvatno naznačeno i opisano činjeničnim opisom inkriminacije. Upravo će dispozitiv odrediti tereti li se faktični član uprave kao poticatelj, a slamnati čovjek kao počinitelj, ili oni imaju obojica počiniteljsku ulogu (kao supočinitelji), odnosno je li faktični direktor posredni počinitelj, a slamnati čovjek tek oruđe u njegovim rukama.

Posebno pažnju zaslužuje odgovornost za nečinjenje. Prema čl. 20. st. 2. KZ/11 tko propusti spriječiti nastupanje zakonom opisane posljedice kaznenog djela odgovarat će za nečinjenje ako je pravno obvezan spriječiti nastupanje takve posljedice i ako je propuštanje po djelovanju i značenju jednako počinjenju to djela činjenjem. Garant kod gospodarskih kaznenih djela je onaj kojem je povjerena dužnost zaštite tuđih imovinskih interesa. Slamnati čovjek upisan je u registar trgovačkog suda i njega zakonski tereti ta dužnost. Međutim, ako je doista riječ o osobi koja ne bi odgovarala jer je npr. teški alkoholičar ili duševni bolesnik, odnosno teško mentalno retardirana osoba – dakle u suštini neubrojiva osoba, tada se faktični član uprave ne može ekskulpirati pozivom na to da on po zakonu nije dužan štititi tuđe imovinske interese jer nije formalno imenovan, osobito ako je upravo on osoba koja je imenovala slamnatog čovjeka. Tada i u sličnim situacijama moguća je odgovornost za nečinjenje na osnovu izbora osobe (culpa in eligendo). Osim toga odgovornost za nečinjenje moguća je povodom delegacije ovlasti na podređene osobe i zbog propuštanja dužnog nadzora nad njom (culpa in inspiciendo) kao i kod davanja uputa (culpa in instruendo) ako je time povrijeđena obveza vođenja poslova društva onako kako se treba činiti. Tome treba dodati da se odgovornost za nečinjenje kod nas može izvesti i iz dužnosti svake osobe da prijavi pripremanje težeg kaznenog djela, a takva dužnost nesumnjivo tereti i osobu koja stvarno upravlja društvom i vodi njegovo poslovanje.

6. IZ PRAKSE HRVATSKIH SUDOVA

Pregledavajući praksu naišli smo na nekoliko zanimljivih odluka hrvatskih sudova. U nastavku ukratko se izlaže problematika koja je u većoj ili manjoj mjeri povezana s ovom temom, a govori o važnosti dobrog i preciznog činjeničnog opisa inkriminacija i svojstava osobe koju se optužuje.

Slučaj 1)

U ovom predmetu osoba koja je bila tzv. „slamnati čovjek" uopće nije optužena, a optužen je stvarni osnivač trgovačkog društva, koji je ustvari i vodio poslovanje tog društva, pri čemu je kao osnivača registrirao svoju majku, a oca postavo za direktora.

[2] Prof. Novoselec ističe da nije rijedak slučaj kod društva s ograničenom odgovornošću da član društva postavi svoju suprugu ili kćer za direktora, a sam vodi društvo.

[3] Županijski sud u Zagrebu je u odluci broj K-22/2011 naveo da činjenica što je optuženi bio samo „formalni" direktor ne oslobađa istog od odgovornosti koje su vezane uz njegovo svojstvo odgovorne osobe, pri čemu ističe dužnost i „formalnog" direkora i stvarnih voditelja poslova u odnosu na isto trgovačko društvo, a to je voditi poslove i donositi poslovne odluke i raspolagati imovinom po načelu urednog i savjesnog gospodarstvenika.

Presudom Županijskog suda u Dubrovniku broj K-3/2008 su optuženi N.B. i trgovačko društvo „A." d.o.o. proglašeni krivima, i to optuženi N.B. zbog jednog kaznenog djela zlouporabe položaja i ovlasti iz čl. 337. st. 1. i 4. KZ/97 te jednog kaznenog djela prijevare u gospodarskom poslovanju iz čl. 293. st. 2. KZ/97, a optuženo trgovačko društvo zbog jednog kaznenog djela prijevare u gospodarskom poslovanju iz čl. 293. st. 2. KZ/97 u vezi s čl. 3. st. 1. Zakona o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela. Činjeničnim opisom inkriminacije navodi se da: *„… je optuženi N.B. u vremenu od početka 2004. do 15. veljače 2006. u namjeri da sebi pribavi značajna novčana sredstva iz poslovanja i na štetu trgovačkog društva „A." d.o.o. koje je osnovao na ime svoje majke A.B. i za sebe zadržao ovlast upravljanja društvom, a u vremenu od 23. siječnja do 15. veljače 2006. i direktor društva, zlorabeći položaj u društvu i ovlasti ugovaranja s poslovnim partnerima, odlučivanja o naplati i raspolaganja novcem uplaćenim od kupaca te utjecaja na zaposlenike trgovačkog društva da izvršavaju njegove naloge, uzimao od naručitelja novac u gotovini za radove koje je TD izvodilo a novac nije evidentirao u poslovnoj dokumentaciji, niti ga položio na račun TD nego ga je zadržavao za sebe, tražio od zaposlenika u prodavaonici koja je poslovala u sastavu TD da mu dnevni utržak ostavljaju na kraju radnog vremena i zadržavao taj novac*, čime da je počinio kazneno djelo iz čl. 337. st. 1. i 4. KZ/97. Vrhovni sud Republike Hrvatske preinačio je svojom odlukom I Kž-226/2011 presudu u odnosu na to kazneno djelo i označio da se radi o kaznenom djelu iz čl. 246. st. 1. i 2. KZ/11, dok je u odnosu na kazneno djelo iz čl. 293. st. 2. KZ/97 istu ukinuo i vratio na ponovno suđenje i odluku. U pogledu preinačujućeg i potvrđujućeg dijela (koji se odnosi na kazneno djelo iz čl. 246. st. 2. KZ/11) naveo je:

„Okrivljena pravna osoba i optuženik nisu u pravu kada tvrde da odgovorna osoba može biti samo ona osoba „...koja je upisana kao takva u registar mjesno nadležnog trgovačkog suda... Prvostupanjski sud je pravilno utvrdio da je optuženik faktički obavljao poslove odgovorne osobe u „A." d.o.o. Kako je to razvidno iz spisa predmeta, opt. N.B. je pregovarao i dogovarao poslove za „A." d.o.o., on je ispostavljao račune, preuzimao uplate, organizirao posao, razgovarao s voditeljem knjigovodstvenog servisa „P.", potpisivao ugovore i zastupao „A." d.o.o., iz čega proizlazi da je upravo njemu stvarno bio povjeren bitan dio poslova u pravnoj osobi i da je upravo on obnašao poslove odgovorne osobe u pravnoj osobi."

Prvostupanjski sud je, obrazlažući zbog čega nalazi da je upravo optuženi N.B. faktički obnašao dužnost uprave između ostalog naveo:

„Optuženi N.B. od Ž.I. preuzima ulogu direktora tek 23. siječnja 2006., dakako, kako je rečeno sve po Odluci jedinog člana društva/osnivača A.B. (tada već 75-godišnjakinje), koja po kazivanju okrivljenika iznesenom u svojoj obrani, upravlja Društvom zajedno sa svojim suprugom (sada pokojnim), ocem okrivljenika gosp. F.B... Naime, nema valjanih, stvarnih, životnih i logičnih razloga za donošenje odluke o imenovanju nekog „izvana" za direktora tvrtke, i to naglašava se, obiteljske tvrtke (male – srednje male), a ne sina roditelja osnivača i vlasnika te obiteljske tvrtke, a sin je zdrav i u najboljem psihofizičkom životnom dobu, ima 45 godina kada je tvrtka osnovana, a k tome i visoko obrazovan upravo u struci kojom se tvrtka bavi, dipl.inž. strojarstva. Ta odluka o imenovanju nekog drugog za direktora odmah pobuđuje sumnju u moralnost već tada okrivljenog N.B. jer je sigurno da je upravo on spiritus rector (duh koji upravlja), a da su roditelji samo podrška sinu u poslu, kao više-manje svi roditelji svojoj djeci... Da je majka samo fiktivno osnivač tvrtke a S. R. i Ž.I. samo fiktivni direktori govori nam čitav niz svjedoka iz neposredne blizine okrivljenog N.B. Okrivljeni N.B. misli da ako nije nigdje na nikakvoj ispravi, da s ničim kažnjivim ili nemoralnim nema veze, pa tako N.B. nije čak ni zaposlenik tvrtke... Svi predstavnici oštećenika... u svojim vrlo detaljnim i okolnosnim svjedočkim iskazima potvrđuju da gosp. F.B. i gđa A.B. takoreći „ni čuli ni vidjeli", odnosno da su jedini kontakt u pogledu svih aspekata procesa posla imali samo i jedino s okr. N.B. Dakle, pored tehničke strane posla u vezi alu-stolarije, kao što su mjere, dimenzije, materijal, boja, rokovi izrade i ugradnja, okr. N.B. je ugovarao cijenu, način i rokove plaćanja, akontaciju, predujam kome i kada će se predati novčani iznosi ugovoreni u tim poslovima, pa se postavlja opravdano pitanje čemu direktor... Okrivljeni N.B. je taj koji je davao naloge i radne zadatke zaposlenicima... Da je okr. bio doista odgovorna osoba u „A." d.o.o. govore nam i činjenice da je potpisnik Ugovora s D.W... „

Gore izneseni predmet pokazuje kako slamnati ljudi, odnosno majka optuženika A.B. koja je osnivač tvrtke, kao ni otac optuženika koji je formalno bio imenovan direktorom uopće nisu bili optuženi, jer je državni odvjetnik očito smatrao da oni nisu obavljali nikakvu aktivnost, nego da se optuženik poslužio identitetom majke da otvori tvrtku a oca je formalno imenovao direktorom, pri čemu je od početka imao i zadržao upravljačku funkciju. Naravno, majka optuženika A.B. nije ni mogla imati neku ulogu, jer osnivač društva s ograničenom odgovornošću ne vodi poslove društva, no otac koji je imenovan za direktora to je bio samo fiktivno.

Identitet majke kao osnivača društva poslužio je optuženiku kako bi dodatno zakamuflirao svoju ulogu, nastojeći prema van prikazati da se radi o firmi njegovih roditelja. Nalazimo da je u takvim okolnostima opravdano državni odvjetnik iz optužnice u cijelosti izostavio majku i oca optuženika.

Slučaj 2)

Državno odvjetništvo u predmetu Općinskog suda u Novom Zagreb broj K-804/2015 inicijalno je optužilo slamnatog čovjeka koji je bio imenovan kao direktor d.o.o.-a te dvije osobe koje su stvarno vodile poslove društva i to za kazneno djelo prijevare iz čl. 236. st. 1. i 2. KZ/11. Međutim, tijekom postupka je državni odvjetnik odustao od kaznenog progona protiv I-optuženog Ž.P. nakon što je psihijatrijskim vještačenjem utvrđeno da je ovaj ovisan o alkoholu s početnim psihoorganskim sindromom, da je u inkriminirano vrijeme bio reduciranih sposobnosti odlučivanja i upravljanja vlastitim postupcima i da su mu mogućnosti procjene mogućih posljedica vlastitih postupaka bile smanjene te je bio smanjeno ubrojiv u srednjem stupnju. Također je vještačenjem utvrđeno da su njegove intelektualne i mnestičke funkcije reducirane, da je sniženih kognitivnih mogućnosti i ujedno manjkavog obrazovanja, jednostavnije strukturirane osobnosti i kao takav sugestibilan i sklon submisivnom ponašanju. Državni odvjetnik na temelju toga je bio mišljenja da nisu utvrđene činjenice na osnovu kojih bi se moglo opravdano zaključiti da je Ž.P. na bilo koji način sudjelovao u izvršenju kaznenog djela za koje ga se tereti, odnosno poduzeo bilo koju radnju koja bi predstavljala ostvarenje bitnih obilježja tog kaznenog djela (iako je u postupku utvrđeno da je potpisao neke isprave i bio ovlašteni potpisnik na računu društva). Nakon toga Ž.P. je u postupku ispitan kao svjedok.

Općinski sud u Novom Zagrebu je presudom od 16. svibnja 2018. proglasio krivima optužene B.P. i V.D. za kazneno djelo iz čl. 236. st. 1. i 2. KZ/11, pri čemu se u činjeničnom opisu navodi kako su njih dvojica *„u razdoblju od početka kolovoza 2007. do 04. rujna 2007. prethodno organizirali da Ž.P i P.N. (koji je preminuo prije podizanja optužnice, op.a.) postanu direktori TD „Š." d.o.o. iskorištavajući njihovo psihofizičko stanje i svjesni da su njih dvojica osobe ovisne o konzumiranju alkohola te da će kao direktori biti odgovorni za cjelokupno poslovanje društva „Š." d.o.o., a u nakani da sebi pribave protupravnu imovinsku korist, koristeći se poslovnom dokumentacijom i žigom društva „Š." d.o.o. i imenom Ž.P. kao direktora društva, stupili u kontakt s F.V. ovlaštenom osobom TD „M.T." d.o.o. i putem telefona, predstavljajući se kao Ž.P. naručili proizvode iz prodajnog asortimana, poslali kupoprodajni ugovor potpisan po Ž.P. i ovjeren žigom društva, te kao sredstvo osiguranja dostavili društvu „M.T." d.o.o. zadužnicu društva „Š." d.o.o. na iznos od 500.000,00 kn potpisanu po Ž.P. ...."*

Iz ovakve koncepcije činjeničnog opisa razvidno je da su optuženici odgovarali kao posredni počinitelji, dok „slamnati čovjek" nije bio optužen. Takvu koncepciju prihvatio je i prvostupanjski sud, a u obrazloženju presude na više mjesta iznosi razloge zbog kojih nalazi da su Ž.P. i P.N. (koji je preminuo prije podizanja optužnice) bili tek oruđe u rukama posrednih počinitelja, pozivajući se na brojne svjedoke koji opisuju ličnosti slamnatih ljudi.

Optuženici koji su proglašeni krivima u prvostupanjskom postupku podnijeli su žalbe, u kojima su između ostalog osporavali i da su imali ikakvu ulogu u trgovačkom društvu „Š." d.o.o., no drugostupanjski je sud te žalbe odbio kao neosnovane, ističući kako je u postupku *„utvrđeno da je jedan od optuženika, V.D. poznavao otprije „slamnatog čovjeka"* Ž.P., *koji je tempore criminis bio notorni alkoholičar. Karakteristike organskog psihosindroma kod* Ž.P. *vidljive su i u njegovom svjedočkom iskazu koji „pati od nedosljednosti jer se radi o osobi čije su sposobnosti uočavanja, zapamćivanja i reprodukcije iznimno loše", pa viši sud nalazi da je „opravdano sud prvog stupnja otklonio pojedine navode tog svjedoka kojima opovrgava da je potpisivao pojedine dokumente iako se nesumnjivo radi o njegovom potpisu, nastojeći istodobno i izbjeći svaku povezanost s kriminalnim radnjama obuhvaćenim činjeničnim opisom."* U nastavku se naglašava i da je *„prvostupanjski sud ispravno uočio da je svjedok P.N. (koji je figurirao kao drugi direktor, a radi se također o alkoholičaru) u više navrata upotrebljavao množinu i govorio o optuženicima..."*, te zaključuje da *„s obzirom na prikazanu kronologiju (formalnog) zastupanja i koordinirano djelovanje firme „Š." d.o.o, kojoj je na čelu prvo* Ž.P., *a potom P.N., nesumnjiva je i suradnja između optuženog V.D. (koji je pak nesumnjiva poveznica između TD „Š." d.o.o. i* Ž.P.*) i optuženog B.P. (a koji poznaje P.M., koji formalno preuzima zastupanje TD „Š." d.o.o. kasnije)"*.

Slučaj 3)

Županijski sud u Slavonskom Brodu je u predmetu broj K-5/2016 proglasio krivima za počinjenje kaznenog djela zlouporabe povjerenja u gospodarskom poslovanju iz čl. 246. st. 1. i 2. KZ/11 optuženog M.T. kao

počinitelja i optuženog Z.B. kao poticatelja (u vezi s čl. 37 KZ/11). Optuženi M.T. je tempore criminis bio star 29 godina, nećak je optuženog Z.B. i postavljen je za direktora dva trgovačka društva i to „G." d.o.o. i „B." d.o.o., čiji je „stvarni vlasnik" (iako bi ispravna formulacija bila stvarni imatelj udjela) bio optuženi Z.B. Optuženi M.T. branio se tvrdnjom da je on bio tipični „slamnati čovjek", jer nije ništa znao o poslovanju tih firmi, samo je pristao biti direktor i potpisivao je sve što mu je njegov ujak rekao.

Činjeničnim opisom inkriminacije se u glavnim crtama navodi da je *„opt. T.M. kao formalni direktor TD „G." d.o.o. i TD „B." d.o.o. prihvativši prijedlog i uputu opt. Z.B. koji je bio stvarni vlasnik tih društava da nekretnine koje se nalaze u vlasništvu „G." d.o.o. kupoprodajnim ugovorom prenese na „B." d.o.o. s namjerom da „B." d.o.o. dođe na taj način u vlasništvo vrijednih nekretnina po cijeni znatno manjoj od tržišne, opt. T.M. kao direktor oba društva nastupio kao prodavatelj i kupac i potpisao ugovore o prodaji pri čemu je za TD „G." d.o.o. nastala šteta od 1.241.000,00 kn."*

Prvostupanjski sud nije prihvatio obranu opt. M.T. kako nije odgovoran i nije znao što se zbiva, čime je u suštini osporavao subjektivni element terećenog djela, jer su njegovi potpisi bili na spornim ugovorima, pa to nije bilo upitno. Izloženu obranu opt. M.T. je potvrdio i opt. Z.B. navodeći da je on organizator svega, a da je opt. M.T. bio samo „figura i fikus". Međutim, sud prvog stupnja je u obrazloženju istaknuo da je *„neprijeporno kako je opt. M.T. kao direktor TD „G" d.o.o. imao zakonsku dužnost voditi računa o imovinskim interesima tog društva pa se njegova obrana da nije ništa znao i obrana opt. Z.B. da je njegov nećak bio mlad i neiskusan i da zbog toga ne može biti odgovoran ne prihvaća kao vjerodostojna."* Također je naveo da je opt. M.T. *„potpisivanjem kupoprodajnih ugovora kojima je „G" d.o.o. prodalo nekretnine po cijeni znatno manjoj od tržišne na taj način doista povrijedio dužnost zaštite imovinskih interesa „G" d.o.o., te da je u to vrijeme bio dovoljno upućen od strane opt. Z.B. zbog čega i na koji način treba potpisati navedene ugovore, budući da i sam kaže kako mu je bilo poznato, jer mu je njegov ujak, a ovdje opt. Z.B., dao sve upute, što znači da je u to vrijeme opt. M.T. imao sve spoznaje o stvarnom stanju nekretnina."* Prvostupanjski je sud utvrdio da je opt. M.T. postupao s izravnom namjerom, pozivajući se na navod tog optuženika da je *„motiv te transakcije bio da „dođe do neke inicijative da „B." d.o.o. počne raditi""*, odnosno da *„su nekretnine prenesene kako bi „B." d.o.o. bila što jača tvrtka a da „G." d.o.o. ode u likvidaciju i da s radom nastavi samo tvrtka „B." d.o.o."* Uz to sud je istaknuo da je, doduše, cijene određivao opt. Z.B., ali da je to radnja poticanja, a da je *„opt. M.T. znao sve detalje, kao direktor „G." d.o.o. imao uvida u imovinu tvrtke, vrijednost te imovine, u saznanja o tržišnim vrijednostima te imovine, a kao punoljetna osoba i sa završenom srednjom stručnom spremom, komercijalist, da je bio dovoljno educiran i svjestan koja i kakva prava i obveze prihvaća kao direktor TD, a koja su propisana kako u ZTD-u, tako i u Statutu „G." d.o.o."*

Prikazano rezoniranje prihvatio je i Vrhovni sud Republike Hrvatske, te su žalbe obojice optuženika odbijene kao neosnovane, a iz obrazloženja treba izdvojiti odlučujući dio u odnosu na opt. M.T.: *„Stoga je s pravom prvostupanjski sud zaključio da je opt. M.T. kao direktor tvrtke „G." d.o.o znao da se radi o ugovorenoj cijeni koja je znatno niža od tržišne, ali želeći pogodovati društvu „B." d.o.o. i svom ujaku, opt. Z.B., svejedno je potpisao te ugovore u ime tvrtke „G." d.o.o. kao prodavatelja, a da je tome tako proizlazi iz činjenice da je on kao direktor tvrtke „G." d.o.o. pa je kao takav imao uvida u imovinu tvrtke i njezinu tržišnu vrijednost, a kao punoljetna osoba i sa završenom srednjom stručnom spremom te komercijalist po zanimanju da je bio dovoljno educiran i svjestan koja i kakva prava i obveze prihvaća kao direktor trgovačkog društva, a koja su propisana, kako u ZTD-u, tako i u Statutu tvrtke „G." d.o.o."*

Slučaj 4)

Županijski sud u Bjelovaru je u predmetu K-1/2016 optuženog K.J. koji je bio formalno postavljeni i upisani direktor „K.m." d.o.o. proglasio krivim kao počinitelja kaznenog djela iz čl. 246. st 1. i 2. KZ/11, a optuženog I.Š., po čijem je traženju i na čiji nagovor je opt. K.J. osnovao to TD i bio upisan kao direktor te postupao, proglasio je krivim kao poticatelja, dakle za kazneno djelo iz čl. 246. st. 2 u vezi s čl. 37. st. 1. KZ/11. Osim toga opt. K.J. proglašen je krivim i za kazneno djelo povrede obveze vođenja trgovačkih i poslovnih knjiga iz čl. 248. KZ/11. Vrhovni sud Republike Hrvatske je potvrdio takvu presudu odlukom broj I Kž-395/2017. Sudovi nisu prihvatili obranu opt. K.J. da on nije ništa sam poduzimao, nego je sve činio na traženje opt. I.Š. i da je bio izmanipuliran, jer je opt. I.Š. bio stvarni šef, a iz obrazloženja drugostupanjske presude izdvajamo:

„U odnosu na žalbenu osnovu pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja, žalba opt. K.J. ističe da je taj optuženik u događaju koji je predmet kaznenog postupka bio „izmanipuliran" od strane svog šefa, opt. I.Š., kao i da je bio u teškom imovnom stanju jer nije dobivao plaću za svoju rad u obrtu „M M", a da se u inkriminirano postupanje upu-

stio iz svoje naivnosti te u namjeri pomaganja poslovnom subjektu opt. I.Š. pri čemu nije imao znanja, kvalifikacija i naobrazbe za vođenje i organiziranje TD, nego je to umjesto njega radio opt. I.Š. Svakako da su ove okolnosti istaknute u žalbi imale utjecaja na donošenje odluke opt. K.J. da počini kaznena djela, no iste nisu od utjecaja na pitanje njegove kaznene odgovornosti budući da je taj optuženik svjesno poduzimao radnje koje tvore obilježja kaznenih djela, što je, uostalom, u bitnom opisao u svojoj obrani. Okolnosti istaknute u žalbi su relevantne za vrstu i mjeru kazne, no ne i za odluku o krivnji optuženika."

Slučaj 5)

Županijski sud u Splitu je presudom u predmetu K-135/2003, a koja je preinačena u pravnoj oznaci djela presudom VSRH broj I Kž-745/2012, proglasio krivim nekolicinu optuženika za kaznena djela iz čl. 256. st. 1. i čl. 246. st. 2. KZ/11. Zanimljivo je da su kao supočinitelji kaznenih djela iz čl. 256. st. 1. i čl. 246. st. 2. KZ/11 proglašeni krivima optuženici I.S., B.B. I M.P., pri čemu se optuženi I.S. branio navodom da nije bio formalni postavljeni direktor čitavo vrijeme, pa da ne može odgovarati za ta djela. VSRH je u odnosu na te prigovore optuženog I.S. naveo:

„... Suprotno ovim žalbenim tvrdnjama opt. I.S., pravilno je prvostupanjski sud utvrdio da je opt. I.S. bio odgovorna osoba u „V." d.d. Naime, opt. I.S. je, kako je sam naveo, nakon što je Z.G. krajem 1999. prestao obnašati dužnost direktora „V." d.d., preuzeo tu funkciju, a do tada je bio predsjednik Nadzornog odbora tog društva. Međutim, prvostupanjski sud ispravno ističe da iz provedenih dokaza – ne samo obrane optuženika, nego i dokumentacije u spisu – proizlazi da je opt. S. bio direktor „V." d.d. od 26. studenog 1996. do28. srpnja 1997., kao i od 26. listopada 1999. nadalje, a da je u razdoblju od 06. ožujka 1998. do 26. listopada 1999. obnašao dužnost predsjednika Nadzornog odbora tog društva, dakle da je i u značajnom dijelu inkriminiranog razdoblja (koje seže od siječnja 1997. do ožujka 2000.) i formalno bio direktor „V." d.d. Osim toga, opt. I.S. je, prema pravilnim utvrđenjima prvostupanjskog suda utemeljenima na pojedinim navodima ovog optuženika, obranama opt. M.P. i B.B. te iskazima svjedoka M.L., M.A. i Z.G. koje je valjano analizirao i ocijenio (l. 26 pisane presude) i u razdoblju kad formalno nije obnašao dužnost direktora tog društva, njime stvarno upravljao, očigledno crpeći te ovlasti iz činjenice da je bio većinski vlasnik društva, zbog čega su ga svi djelatnici i doživljavali kao osobu koja ima pravo donositi upravljačke odluke koje su i prihvaćali, odnosno provodili. Zbog iznesenog, pravilno je utvrđenje tog suda i da je opt. I.S. bio odgovorna osoba „V." d.d. u smislu odredbe čl. 89. st. 7. tada važećeg KZ/97."

Ostali optuženici koji su proglašeni supočiniteljima bili su rukovoditelj komercijale društva „V." d.d. (opt. B.B.) i komercijalist i ujedno rukovoditelj knjigovodstvenih poslova društva „V." d.d. (opt. M.P.). Na žalbene prigovore opt. M.P. koji je osporavao svojstvo odgovorne osobe VSRH je naveo:

„... valja ukazati, kako to ispravno čini i prvostupanjski sud, na iskaze suoptuženika I.S. i B.B. koji su određeno naveli da je opt. M.P. u inkriminiranom razdoblju vodio poslove knjigovodstva, iako u „V." d.d. nije bilo posebno sistematizirano mjesto šefa knjigovodstva. Pritom se ponovno ističe da je za zaključak o svojstvu odgovorne osobe u smislu čl. 89. st. 7. KZ/97, bilo primarno utvrđenje faktičnog obavljanja određenog djelokruga poslova iz područja djelovanja pravne osobe, a optuženi P. je sam naveo da je, dok se bavio kompjuterskom obradom podataka, vodio materijalno knjigovodstvo, odnosno knjižio ulazno-izlazne račune, pojasnivši da su se u „V." d.d. obavljala knjiženja, evidencija materijala i evidencija ulaza i izlaza materijala, a ostale knjigovodstvene poslove da im je vodio knjigovodstveni servis „V.". Potpuno je jasno da su se bilance i završni računi sastavljali u knjigovodstvenom servisu samo na temelju one dokumentacije koja mu je bila dostavljana od strane „V." d.d., a upravo nesačinjavanje dokumentacije o prodaji dijela građevinskog materijala koja je bila obavljana „na crno" odnosno propuštanje evidentiranja računa i otpremnica u poslovnoj dokumentaciji tog društva predstavljalo je radnje koje je nedvojbeno počinio opt. M.P., a koje su omogućile kasnije neobračunavanje i isplatu državnom proračunu dužnog poreza na dodanu vrijednost."

Slučajevi 6) i 7)

U dva kaznena predmeta je zbog nejasnog činjeničnog opisa inkriminacija formuliranog po državnom odvjetniku došlo do oslobađajuće presude (Županijski sud u Zagrebu u predmetu K-221/2011) koju je potvrdio VSRH (presudom broj I Kž-270/2016), odnosno do toga da je osuđujuću presudu nižeg suda (Županijskog suda u Splitu broj K-110/2006) ukinuo VSRH (rješenjem i presudom broj I Kž-425/2012).

Iz ukidnog rješenja VSRH I Kž-425/2012 izdvajamo:

„...Budući da je u činjeničnom opisu navedeno da je opt. F.D. postupao kao fizička osoba, a u pravnom opisu da je odgovorna osoba to je za sada izgleda pogrešno utvrđeno svojstvo optuženika u odnosu na društvo koje je, prema činjeničnom opisu, pretrpjelo štetu. Okolnost da je optuženik fizička osoba koja je, prema činjeničnom opisu, se okoristila na štetu društva u kojem nema svojstvo odgovorne osobe, a u dogovoru s optuženim N.D. koji je nesporno odgovorna osoba društva koje je izgleda pretrpjelo štetu ne isključuje neke druge načine počinjenja kaznenog djela optuženog F.D., a ne samo supočiniteljstva. No, ti drugi načini nisu razmatrani, a to je činjenični propust koji je potrebno ispraviti."

Shodno tome, dana je i uputa:

„U ponovljenom postupku prvostupanjski sud će iznova provesti dokaze, a i razmotriti postoji li potreba novog financijskoknjigovodstvenog vještačenja u odnosu na ukinuti dio pobijane presude. Potom će, ovisno o činjeničnim utvrđenjima, razmotriti uloge oba optuženika u aktivnostima koje su predmet činjeničnog opisa optuženja, njihova svojstva, možebitni odnos supočiniteljstva ili nekog drugog oblika sudioništva te potom donijeti novu presudu koju će valjano obrazložiti, vodeći računa i o okolnostima na koje je ukazala ova odluka."

7. UMJESTO ZAKLJUČKA

Iz svega izloženog razvidno je da su se hrvatski sudovi već u većem broju predmeta sreli s problemom „slamnatog čovjeka", kao i da su formirali određene stavove, koje prema gore prikazanim nasumično odabranim slučajevima smatramo ispravnima.

Hoće li se i u kojem pravcu dalje razvijati praksa, odnosno koliko će biti djelotvorno pravosuđe u pojedinim predmetima ovisit će prije svega o kvalitetno odrađenoj pripremi, odnosno izvidima i istrazi te dobro sročenom činjeničnom opisu inkriminacije, a što je u nadležnosti državnog odvjetništva koje će zbog toga imati odlučujuću ulogu u kaznenopravnoj politici i kaznenom progonu.

LITERATURA:

1. Kazneno pravo, Posebni dio, Prvo izdanje (autori: dr.sc. Leo Cvitanović, dr.sc. Davor Derenčinović, dr.sc. Ksenija Turković, dr.sc. Maja Munivrana Vajda, Dr.sc. Marta Dragičević Prtenjača, dr.sc. Aleksandar Maršavelski, dr.sc. Sunčana Roksandić Vidlička), Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2018.
2. Dr.sc. Sunčana Roksandić Vidlička, dr.sc. Antun Bilić: Zlouporaba povjerenja u gospodarskom poslovanju s posebnim osvrtom na kaznenu odgovornost članova uprave, HLJKZP Vol. 24, broj 2/2017.
3. Sudska praksa Vrhovnog suda Republike Hrvatske
4. Maja Munivrana Vajda, Sunčana Roksandić Vidlička, Individual Liability for Business Involvement in International Crimes National Report – Croatia
5. The Swedish Economic Crime Authority's 2014 status report September 2014 The Swedish Economic Crime Secretariat EBM A-2014/0435
6. Ana Garačić: Kazneni zakon u sudskoj praksi, Posebni dio, Libertin naklada, Rijeka, 2016.
7. Kazneni zakon („Narodne novine" br: 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18 i 126/19; dalje u tekstu: KZ/11)

mr.sc. Marijan Bitanga*,
Dubravka Škalabrin Šarić, mag.iur.**

SPOLNO UZNEMIRAVANJE, RAZGRANIČENJE PREKRŠAJA I KAZNENOG DJELA

I. UVOD

Zaštita spolnog integriteta osobe postoji koliko i ljudska zajednica. O tome gotovo da nema prijepora. No isto tako ne bi trebalo biti spora niti glede činjenice da je tu zaštitu društvena zajednica u određenim povijesnim vremenima i različitim društvenim i državnim uređenjima davala u odnosu na diferencirane aspekte spolnosti. Opseg i vrsta zaštite ovisila je o brojnim čimbenicima – povijesnim, kulturološkim, tradicijskim, gospodarskim i etičkim. Svako vrijeme i svaka sredina imali su i imaju svoje specifičnosti pa i u uvjetima suvremene globalizacije koja, (prvenstveno) kroz ekspanziju komunikacijske tehnologije, omogućava brzu interakciju spomenutih posebnosti na razini država što nerijetko približava ili čak poništava spomenute različitosti. Ilustracije radi, možemo samo u kratkim crtama ukazati na način kakav je odnos društvene zajednice bio prema silovanju kao nečem što možemo nazvati „klasičnim seksualnim deliktom".

U posljednjim godinama Hamurabijeve vladavine (1782. godine p.n.e. – 1750. godine p.n.e.) Hamurabijev zakonik (uz sve specifičnosti imanentne tom vremenu) propisivao je smrtnu kaznu za silovatelja. Stroge kazne za taj delikt predviđalo je i pravo drevnog Rima, pa i u vremenu cara Justinijana, kada je silovanje tretirano kao najteži zločin kažnjiv smrću. Kao ilustraciju srednjovjekovnog statutarnog prava u Hrvatskoj možemo uzeti Krčki (Vrbanski) statut iz 1388. godine u kojem je za silovanje bila predviđena „smrtna kazna gubitkom glave" no uz mogućnost nagodbe sklapanjem braka silovatelja i žrtve u kojem slučaju je postupak bio izlišan. U daljnjem tijeku povijesti pa i u vremenu prosvijećenog apsolutizma Kazneni zakonik Josipa II zadržava strogost kažnjavanja silovatelja. Tek revolucionarna previranja u Francuskoj koncem 18. stoljeća dovode do ublažavanja kazni za kazneno djelo silovanja i do liberalnijeg odnosa glede spolnosti (Kazneni zakon iz 1791. godine npr. dekriminalizira preljub). Daljnji iskorak u istom smjeru donosi francuski Kazneni zakonik iz 1810. u kojem silovanje postaje rodno neutralno kažnjivo ponašanje – i počinitelj i žrtva mogu biti osobe oba spola. U Krivični zakonik Kraljevine Jugoslavije 1929. godine silovanje je došlo putem austrijskog Kaznenog zakona o zločinstvima, prijestupima i prekršajima iz 1852. godine, pri čemu je silovanje definirano kao djelo koje se može počiniti samo „prilegom izvan ženidbe". Silovanje svoje mjesto nalazi i u daljnjim zakonskim tekstovima nakon II. svjetskog rata (Krivični zakonik Federativne Narodne Republike Jugoslavije iz 1951. godine, Krivični zakon Socijalističke Republike Hrvatske iz 1977. godine), da bi daljnja progresija glede zaštite spolne slobode pojedinca uslijedila i u vremenu nakon Domovinskog rata kroz rješenja Kaznenog zakona Republike Hrvatske iz 1997. godine[1]. Ovakav nasumičan i sumaran prikaz nekih zakonodavnih rješenja kaznenog djela

* mr.sc. Marijan Bitanga, sudac Visokog kaznenog suda Republike Hrvatske
** Dubravka Škalabrin Šarić, sutkinja Općinskog suda u Zadru

[1] Kazneni zakon (Narodne novine, broj 110/97, 27/98 – ispravak, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 172/08 i 57/11 – dalje: KZ/97)

silovanja, omogućuje nam razumjeti zašto je kazneno djelo spolnog uznemiravanja svoje mjesto u Republici Hrvatskoj našlo tek u tekstu Kaznenog zakona 2011. godine[2].

Naime, tek je proširenje opsega ljudskih prava i temeljnih sloboda sredinom XX stoljeća nakon strahota koje su iznjedrili svjetski ratovi u prvoj polovini istog stoljeća pokazalo kako je prethodno postojeći koncept spomenute zaštite bio krhak i slab. Na toj spoznaji rođena je ideja zaštite i ekstenzije ljudskih prava koja aktualno prolazi (prema nekim autorima) kroz svoju četvrtu generaciju. Iako je izvorno koncept ljudskih prava i temeljnih sloboda iznikao iz potrebe zaštite pojedinca pred svemoćnom i omnipotentnom državom (potrebe zaštite okrivljenika u kaznenom postupku) treba imati na umu kako ljudska prava inkorporiraju i pojam žrtve nekog kažnjivog ponašanja.[3] U tom povijesnom kontekstu trebamo razumjeti i činjenicu zašto spolno uznemiravanje nije našlo svoje mjestu u ranije važećem KZ/97, odnosno zašto je zakonodavac u aktualnom KZ/11 odlučio slijediti francuski i španjolski model uređenje toga kaznenog djela[4] i time proširiti granice spolne autonomije pojedinca. Koje su granice u pitanju, pokušat ćemo odrediti u dijelu rada koji se odnosi upravo na razgraničenje prekršaja i kaznenog djela spolnog uznemiravanja. Pritom se odmah može ukazati i na činjenicu da je kazneno djelo spolnog uznemiravanja iz čl. 156. KZ/11 od svih drugih kaznenih djela protiv spolne slobode najblaži pojavni oblik zadiranja u spolnost žrtve[5], svakako blaži od bludnih radnji i silovanja (koje aktualno uključuje i spolni odnošaj bez pristanka kao ranije samostalno kazneno djelo). Inače, spolno uznemiravanje je prepoznato u europskom pravnom okružju, u Europskoj uniji i Vijeću Europe, prije svega riječ je o fenomenologiji koja se prati, proučava i na koju se reagira odgovarajućim pravnim instrumentarijem.[6]

II. PREKRŠAJ DISKRIMINACIJE

Zabrana diskriminacije u hrvatskom pravnom sustavu je ustavna kategorija[7] razrađena konkretnim odredbama Zakona o suzbijanju diskriminacije[8] koji na sveobuhvatan način uređuje problematiku suzbijanja diskriminacije. ZSD u čl. 1. st. 1. navodi 17 diskriminacijskih osnova[9], dok se u smislu st. 2. diskriminacijom smatra stavljanje u nepovoljniji položaj bilo koje osobe po nekoj od tih osnova kao i osobe povezane s njom rodbinskim ili drugim vezama. Značenje ove načelne odredbe ZSD razrađuje u glavi II propisujući oblike diskriminacije[10] među kojima u čl. 3. st. 2. definira spolno uznemiravanje kao svako verbalno, neverbalno ili tjelesno neželjeno ponašanje spolne naravi koje ima za cilj ili stvarno predstavlja povredu dostojanstva osobe, a posebice ako stvara zastrašujuće, neprijateljsko, ponižavajuće, omalovažavajuće ili uvredljivo okruženje. Dakle, kod spolnog uznemiravanje neželjeno ponašanje je seksualne naravi koje nužno ne uključuju fizički dodir. Klasični primjeri verbalnog neželjenog ponašanja spolne naravi su neželjene seksualne aluzije, prijedlozi seksualnog odnosa, seksističke, uvredljive i diskriminirajuće primjedbe, dok je neverbalno neželjeno ponašanja spolne naravi uglavnom povezano s prenošenjem materijala seksualne naravi različitim sredstvima komuniciranja (medijima). Fizičko uznemiravanje sastoji se u neprimjerenom i neodobrenom dodirivanju tijela druge osobe. Radnje spolne naravi poduzimaju se sa ciljem ili stvarno predstavljaju povredu dostojanstva osobe, svi oblici ponašanja moraju biti neželjeni, da ih osoba kojoj su upućeni odbija, ne prihvaća i smatra zadiranjem u svoju privatnost. Ono što ovaj oblik uznemiravanja čini posebnim jest da se svako

[2] Kazneni zakon (Narodne novine, broj 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17 i 118/18 i 126/19 – dalje: KZ/11)

[3] Žrtvom se bavi znanstvena disciplina viktimologija (lat. victus – žrtva; logos – riječ, znanost)

[4] Konačni prijedlog Kaznenog zakona Vlade Republike Hrvatske, Zagreb, listopad 2011., www.sabor.hr

[5] To uostalom slijedi i iz propisane kazne za to kazneno djelo

[6] Kao primjer može poslužiti publikacija Agencije Europske unije za temeljna prava: „Kriminalitet, sigurnost i prava žrtava" (2021), Izdavački ured Europske unije, Luxembourg, u kojoj se obrađuje, inter alia i spolno uznemiravanje (sexual harassment)

[7] Temeljna ustavna osnova zabrane diskriminacije nalazi se u čl. 14. st. 1. Ustava Republike Hrvatske (Narodne novine, br. 56/90, 135/97, 8/98 – službeni pročišćeni tekst, 113/00, 124/00 – službeni pročišćeni tekst, 28/01, 41/01 – službeni pročišćeni tekst, 76/10, 85/10 – službeni pročišćeni tekst, 5/14 – dalje: Ustav) u odjeljku koji je posvećen zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda.

[8] Zakon o suzbijanju diskriminacije (Narodne novine, broj 85/08 – dalje: ZSD)

[9] ZSD zabranjuje diskriminaciju na osnovi rase ili etničke pripadnosti ili boje kože, spola, jezika, vjere, političkog ili drugog uvjerenja, nacionalnog ili socijalnog podrijetla, imovnog stanja, članstva u sindikatu, obrazovanja, društvenog položaja, bračnog ili obiteljskog statusa, dobi, zdravstvenog stanja, invaliditeta, genetskog nasljeđa, rodnog identiteta, izražavanja ili spolne orijentacije.

[10] Oblici diskriminacije koje ZSD zabranjuje u glavi II. su: izravna diskriminacija, neizravna diskriminacija, uznemiravanje i spolno uznemiravanje, poticanje na diskriminaciju i propuštanje razumne prilagodbe, segregacija.

neželjeno ponašanje sa spolnom konotacijom koje ima za cilj ili predstavlja povredu osobnog dostojanstva smatra uznemiravajućim, a predmnijeva je da su to slučajevi gdje za žrtvu takvog ponašanja nastaje neugodno, neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje. Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o suzbijanju diskriminacije[11] definicija spolnog uznemiravanja usklađena je s definicijom spolnog uznemiravanja iz relevantnih direktiva Europske unije koje uređuju ovo područje te s definicijom spolnog uznemiravanja iz Zakona o ravnopravnosti spolova[12] (lex specialis) budući je definirana zakonska predmnijeva kada se uznemiravanje osobito smatra neprihvatljivim ponašanjem koje narušava dostojanstvo građana.

ZSD predviđa prekršajnu odgovornost za samo dva oblika diskriminatornog postupanja: za uznemiravanje i za spolno uznemiravanje, predviđene su novčane sankcije koje se mogu izreći fizičkoj osobi, odgovornoj osobi u pravnoj osobi, državnom tijelu, pravnoj osobi s javnim ovlastima i jedinici lokalne i područne (regionalne) samouprave, obrtniku ili osobi koja obavlja drugu samostalnu djelatnost i pravnoj osobi, pri čemu su za različite kategorije predviđene novčane kazne različite visine[13] te su kod spolnog uznemiravanja u odnosu na uznemiravanje predviđene više gornje granice novčanih kazni.

Antidiskriminacijske odredbe sadrže i drugi pravni propisi što otvara vrlo složeno pitanje njihovog međusobnog odnosa i područja primjene. Kao što je već spomenuto pojam spolnog uznemiravanja definiraju ZSD i ZRS te su se u tom pogledu uskladili no definiciju spolnog uznemiravanja kao interpretativno pravilo sadrži i čl. 156. st. 2. KZ-a. Prema toj odredbi spolno uznemiravanje je svako verbalno, neverbalno ili fizičko neželjeno ponašanje spolne naravi koje ima za cilj ili stvarno predstavlja povredu dostojanstva osobi, koje uzrokuje strah, neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje. Primjećuje se da postoje određene različitosti u određenju pojma spolnog uznemiravanja u odnosu na ZSD i ZRS. Dok KZ zahtijeva kumulativno ispunjenje povrede dostojanstva te zastrašujućeg, neprijateljskog, ponižavajućeg ili uvredljivog okruženja da bi se ostvarilo spolno uznemiravanje, s druge strane prema ZSD-u i ZRS-u spolno uznemiravanje se ostvaruje već u ponašanju spolne naravi s ciljem povrede dostojanstva, a predmnijeva je da su to slučajevi gdje za žrtvu takvog ponašanja nastaje zastrašujuće, neprijateljsko, ponižavajuće, omalovažavajuće ili uvredljivo okruženje.

Interpretativno pravilo iz čl. 156. st. 2. KZ-a je zapravo preuzeta definicija spolnog uznemiravanja iz čl. 3. st. 2. ZSD-a (Narodne novine, broj 85/2008) koja je kasnijim izmjenama i dopunama izmijenjena i usklađena sa definicijom spolnog uznemiravanja iz ZRS-a, dok je KZ u tom pogledu ostao neizmijenjen što za posljedicu ima dijelom različito određenje pojma spolnog uznemiravanja.

Spolno uznemiravanje koje se događa u svakodnevnom životu građana valja razlikovati od spolnog uznemiravanja na radnom mjestu. Zakon o radu[14] ne sadrži definiciju spolnog uznemiravanja, već u čl. 134. propisuje da se postupak i mjere zaštite dostojanstva radnika od uznemiravanja i spolnog uznemiravanja uređuju između ostalog i posebnim zakonom čime se očigledno upućuje na ZSD koji u čl. 8. uređuje postupanje svih pravnih i fizičkih osoba u području uznemiravanja i spolnog uznemiravanja vezanih za rad. Spolno zlostavljanje kao oblik protupravnog ponašanja na radnom mjestu u kaznenom pravu je svoje posebno mjesto dobilo tek 2013. godine. Kazneno djelo zlostavljanja na radu iz čl. 133. KZ-a čini onaj tko na radu ili u vezi s radom drugog vrijeđa, ponižava, zlostavlja ili na drugi način uznemirava i time naruši njegovo zdravlje. Za razliku od kaznenog djela spolnog uznemiravanja iz čl. 156. st. 1. KZ-a kod kojeg narušavanje zdravlja žrtve nije bitan element djela, za opstojnost kaznenog djela zlostavljanja na radu narušeno zdravlje kao posljedica kaznenog djela je ključan temelj za kaznenopravnu odgovornost, po čemu se ovo kazneno djelo razlikuje od prekršaja, jer ako je počinitelj postupao isključivo s ciljem izazivanja straha kod žrtve, u tom slučaju postojat će samo prekršajna odgovornost.

III. KAZNENO DJELO SPOLNOG UZNEMIRAVANJA U KAZNENOM ZAKONU

Aktualni zakonski koncept kaznenog djela spolnog uznemiravanja sadržan je u Glavi XVI KZ/11 kao jedno od kaznenih djela protiv spolne slobode. Već je spomenuto, riječ je o novom kaznenom djelu, koje kao takvo nije postojalo u dosadašnjoj povijesti hrvatskog materijalnog kaznenog zakonodavstva. Iz zakonske oznake

[11] (Narodne novine, br. 112/12)

[12] čl. 8. st. 3. Zakon o ravnopravnosti spolova (Narodne novine, br. 82/08, 125/11, 20/12, 138/12, 69/17 – dalje: ZRS)

[13] čl. 25. i 26. ZSD-a

[14] Zakon o radu (Narodne novine, br. 93/14, 127/17, 98/19 – dalje: ZOR)

počinitelja, upitne zamjenice „tko", slijedio bi zaključak kako je u pitanju tzv. opće kazneno djelo, dakle, kazneno djelo koje može počiniti svatko (delicta communia). Međutim, kako je zakonodavac kao bitno obilježje kaznenog djela konstituirao i određena svojstva počinitelja, ovo kazneno djelo je ipak delictum proprium, pa ga kao takvog može počiniti samo osoba koja ima tražena svojstva. Bitno je za istaknuti kako se karakteristike počinitelja ne tiču spolnosti, jer je u pitanju tzv. spolno neutralno kazneno djelo, u svim njegovim mogućim pojavnim oblicima (kombinacijama). Primjerice (i u praksi najčešće) riječ je o muškim počiniteljima u odnosu na žene kao žrtve, no, zakonski kao spolno neutralni koncept „pokriva" i situaciju u kojoj je žena počinitelj ovog kaznenog djela na štetu žene kao žrtve.[15]

Tako se prema odredbi čl. 156. st. 1. KZ/11 na strani počinitelja zahtjeva (alternativno):

- odnos nadređenosti počinitelja prema žrtvi ili
- odnos zavisnosti žrtve prema počinitelju ili
- posebna ranjivost žrtve zbog njezine dobi, bolesti, invaliditeta, ovisnosti, trudnoće, teške tjelesne ili duševne smetnje[16].

Kako su radnje počinjenja propisane alternativno, u pretpostavci dokazanosti jednog od navedenih modaliteta, ima se uzeti dokazanim počinjenje kaznenog djela spolnog uznemiravanja kao takvog. Međutim, pojavni oblici ovog kaznenog djela mogući su i vršenjem većeg broja alternativno propisanih radnji počinjenja, npr. u situaciji kada počinitelj spolno uznemirava drugu osobu kojoj je nadređen unutar radnog procesa, a k tome žrtva je posebno ranjiva radi svoje bolesti. U opisanoj kao hipotetskoj situaciji izostaje stjecaj kaznenih djela, ali će kriminalna količina koja je sadržana u kumulaciji dvaju modaliteta počinjenja kaznenog djela biti relevantan čimbenik izbora vrste i mjere kaznenopravne sankcije.

Kazneno djelo spolnog uznemiravanja pripada skupini tzv. dolusnih kaznenih djela. To znači kako ga je moguće počiniti isključivo namjerom kao težim oblikom krivnje, bez obzira je li u pitanju izravna namjera (dolus directus) ili pak neizravna namjera (dolus eventualis). Pritom se počiniteljeva svijest i znanje odnose i na posebne odnose između počinitelja i žrtve, a počinitelj hoće radnju kaznenog djela i želi proizvesti zabranjenu posljedicu, odnosno, (najmanje) pristaje na istu. Interesantno je kako je zakonodavac uz namjeru kao oblik krivnje u čl. 156. st. 1. KZ/11, kroz definiciju spolnog uznemiravanja pobliže definirao sadržaj te namjere u dvije varijante: prva, kada počinitelj postupa s izravnom namjerom, s ciljem povrede dostojanstva žrtve, a nebitno hoće li njegovo postupanje proizvesti posljedicu, i druga varijanta, kada počinitelj ne postupa s tim ciljem, no svojim ponašanjem ipak povrijedi dostojanstvo žrtve što bi bio sadržaj neizravne namjere.

Sama radnja počinjenja propisana je u formi nesvršenog učestalog (trajnog) glagola „uznemirava", dakle, uz ostale zakonske uvjete, počinitelj mora radnju uznemiravanja ponoviti. Naravno, uzimajući u obzir fenomenologiju tog i takvog uznemiravanja, traženo ponavljanje ne mora biti istog oblika – jednom to može biti verbalno, a drugi put npr. tjelesno uznemiravanje. Vremenski okvir ponavljanja radnji počinjenja je questio facti svakog slučaja. Dvije radnje spolnog uznemiravanja moguće je počiniti u jednom danu, no i kroz dulje vrijeme, npr. mjesec dana.

Kazneni okvir za počinjenje ovog kaznenog djela je kazna zatvora do dvije godine odnosno, imajući na umu odredbu čl. 44. st. 1. KZ/11, od tri mjeseca do dvije godine zatvora.[17]

Odredba čl. 156. st. 2. KZ/11 je interpretativno pravilo koje definira spolno uznemiravanje. Kao takvo je na tragu istog pojmovnog određenja iz čl. 3. st. 2. ZSD. Prema sadržaju odredbe čl. 156. st. 2. KZ/11 spolno uznemiravanje se manifestira kao:

- verbalno
- neverbalno
- fizičko

Za sve navedene forme ponašanja bitno je da je u pitanju neželjeno ponašanje spolne naravi. Dakle, žrtva ne prihvaća, odbija prihvatiti ta i takva ponašanja, na ista negativno reagira kao na napad na svoju privatnost.

[15] mutadis mutandi, moguće su i preostale kombinacije na relaciji počinitelj – žrtva

[16] Interesantno je kako je zakonodavac u opisanoj situaciji posebnu ranjivost žrtve odredio u formi numerus clausus (7 stanja žrtve) pa će biti interesantno pratiti hoće li praksa iznjedriti i daljnje oblike, forme ranjivosti o kojoj je riječ.

[17] Riječ je o kaznenom okviru koji je uspostavljen novelom KZ/11 – čl. 17. st. 1. Zakona o dopunama i izmjenama Kaznenog zakona (Narodne novine, broj 126/19 od 24. prosinca 2019., izmjene i dopune su stupile na snagu dana 1. siječnja 2020.). Prije novele KZ/11 kazneni okvir je bio od 3 mjeseca do jedne godine zatvora.

Po počinitelju realizirano ponašanje mora biti „spolne naravi", dakle referirati se na bilo koji aspekt spolnosti žrtve i pritom imati za cilj ili stvarno predstavljati povredu dostojanstva osobi na način da uzrokuje strah, neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.

IV. ODNOS KAZNENOG DJELA I PREKRŠAJA – OPĆENITO

Nakon uvodnih izlaganja o kaznenom djelu spolnog uznemiravanja i o prekršaju spolnog uznemiravanja, a radi razumijevanja odnosa između navedenih kategorija, nužno je u bitnome navesti osnovne karakteristike kaznenog djela i djela prekršaja kao općih, generičkih pojmova. Naime, davnašnja je spoznaja kako sva kažnjiva ljudska ponašanja nemaju istu težinu i da kao takva zaslužuju različiti intenzitet državne reakcije glede neprava koja u sebi nose. U toj spoznaji je ishodišna točka razlikovanja pojedinih oblika kažnjivih ponašanja u nekom društvu, pri čemu manje pogibeljna fenomenologija kažnjivih ponašanja traži adekvatno manju društvenu reakciju, osudu, i obrnuto.

Polazeći od germanske pravne tradicije koja je kroz povijest imala (a ima i danas) snažni upliv na naše kazneno zakonodavstvo, najprije ćemo prikazati osnovne karakteristike kažnjivih ponašanja u Saveznoj Republici Njemačkoj. Naime, unutar opće kategorije kaznenih djela (Straftat), njemački kazneni zakon[18] po kriteriju propisane kazne razlikuje zločine (Verbrechen) i prijestupe (Vergehen).[19] Međutim, postoji i druga kategorija kažnjivih ponašanja, a to su prekršaji (Ordnungswidrigkeiten), za koje se ne izriče novčana kazna (Geldstrafe) kao za prijestupe[20], već globa (Geldbusse).

Nešto drugačiji model diobe kažnjivih ponašanja nalazimo u francuskom kaznenom zakonodavstvu[21]. Taj model polazi od kriterija propisane kazne, pa je unutar trodiobe kažnjivih ponašanja (zločin – crimes, prijestup – delits, prekršaj – contraventions) taj kriterij odlučan za određivanje nadležnosti za vođenje konkretnog postupka. Tako o kaznama za zločine (peines criminelles) odlučuje cours d'assises, o kaznama za prijestupe tribunaux correctionnels, a o kaznama za prekršaje tribunaux de police.

Tipična je za anglosaksonsku pravnu tradiciju dominacija procesnih kriterija pa i u pitanju diobe kažnjivih ponašanja. U odnosu na druge kriterije podjele kažnjivih ponašanja[22], važnija je podjela na optuživa kaznena djela (indictable offences) za koja je moguće podići optužnicu pred porotnim sudom i na sumarna kaznena djela (summary offences) za koja se sudi u sumarnom postupku pred magistratskim sudom[23]. Jasno, različiti modaliteti suđenja okrivljeniku stavljaju u izgled različitu (strožu ili blažu) sankciju.

Pravni sustav Republike Hrvatske sva kažnjiva ponašanja dijeli na kaznena djela, prekršaje i upravna (administrativna) kažnjiva djela. Tekst aktualnog KZ-a ne sadrži definiciju kaznenog djela, a koje ljudsko ponašanje bi bilo kazneno djelo dade se naslutiti iz čl. 1. KZ-a, prema kojem se „kaznena djela i kaznenopravne sankcije propisuju samo za ona ponašanja kojima se tako povređuju ili ugrožavaju osobne slobode i prava čovjeka te druga prava i društvene vrijednosti zajamčene i zaštićene Ustavom Republike Hrvatske i međunarodnim pravom da se njihova zaštita ne bi mogla ostvariti bez kaznenopravne prisile." U biti, ova zakonska odredba pod naslovom „Temelj i ograničenje kaznenopravne prisile" ne definira kazneno djelo kao takvo već načelno omeđuje krug ljudskih aktivnosti na koja se ima primijeniti kaznenopravna prisila kao ultima ratio societatis. Ovakav zakonodavni pristup predstavlja okvir unutar kojega je pravna teorija iznjedrila pojmovno određenje kaznenog djela (formalni pojam kaznenog djela), odnosno njegove općeprihvaćene elemente: ljudska radnja, biće kaznenog djela, protupravnost i počiniteljeva krivnja.

Zakonodavac je sličnu metodologiju primijenio i u definiranju prekršajnih djela, navodeći: „Prekršaj i prekršajnopravne sankcije propisuju se samo za ona ponašanja kojima se tako povređuje ili ugrožava javni poredak, društvena disciplina i društvene vrijednosti zajamčene i zaštićene Ustavom Republike Hrvatske, međunarodnim prvom i zakonima čija zaštita nije moguća bez prekršajnopravnog sankcioniranja, a njihova

[18] Strafgesetzbuch – StGB

[19] Čl. 12. st. 1. i 2. Kaznenog zakona SR Njemačke

[20] Za prijestupe je također moguće izreći i zatvorsku kaznu do 1 godine

[21] Rješenja ovog modela danas slijede Belgija, Luksemburg i Grčka

[22] O tome Više Davor Krapac: Engleski kazneni postupak, (1995), Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu

[23] Ovdje svjesno zanemarujemo kažnjiva ponašanja „sudiva na oba načina". O tome više Krapac, op. cit. str. 127.

se zaštita ne ostvaruje kaznenopravnom prisilom."[24] [25] Izloženi pristupi pojmovnom određenju kaznenog djela i prekršaja ne daju do kraja pouzdanu osnovu glede razlikovanja ovih vrsta kažnjivih ponašanja. Ovo se osobito odnosi na fenomenologiju unutar koje jedna vrsta ljudskog ponašanja (u ovisnosti o razini društvene opasnosti koju nosi sobom) može biti i prekršaj i kazneno djelo.[26]

V. PREGLED SUDSKE PRAKSE

Sudska praksa ne obiluje odlukama glede kaznenog djela iz čl. 156. KZ/11. Tako prema izvješću Državnog zavoda za statistiku[27] tijekom 2019. godine u Republici Hrvatskoj zaprimljeno je 37 kaznenih prijava glede ovog kaznenog djela. U istom vremenu optuženo je 5 osoba, a osuđene su 4 osobe za isto to kazneno djelo. Ovi podaci mogu biti podloga drugim (sociološkim, primjerice) istraživanjima, ali u kontekstu svrhe ovog rada isti dodatno potkrjepljuju uvodnu konstataciju glede siromaštva sudske prakse.[28] No, također treba imati u vidu i podatke iz drugih izvora prema kojima bi bio zamijećen „…značajan porast pritužbi na spolno uznemiravanje, a i porast pritužbi s kaznenopravnim elementom, zbog čega se upućuju državnom odvjetništvu (26 pritužbi 2017., 49 pritužbi 2018. te 59 pritužbi 2019. godine)."[29] Navedeni podaci nisu u disproporciji s uvodno iznijetim iz izvješća Državnog zavoda za statistiku, jer ih autor nije konkretizirao kao prekršajne ili kaznene prijave (odnosno autor ih označava kao „pritužbe" pa je upitan i njihov tretman po nadležnim tijelima tijekom daljnje obrade i postupanja). Međutim, i tako brojem odluka siromašna praksa može biti dostatno ilustrativna glede zaključaka koji se trebaju donijeti.

Za suđenje u kaznenim predmetima radi kaznenog djela iz čl. 156. KZ/11 nadležni su općinski sudovi (čl. 19.a Zakona o kaznenom postupku[30] – dalje: ZKP/08), tako da o žalbama protiv presuda odlučuju županijski sudovi (čl. 19.c st. 2. ZKP/08). Vrhovni sud Republike Hrvatske je rijetko kroz odluke po izvanrednim pravnim lijekovima bio u prilici ostvarivati svoju ustavnu i zakonsku zadaću osiguravanja jedinstvene primjene prava (čl. 116. st. 1. Ustava Republike Hrvatske, čl. 20. t. 1. Zakona o sudovima). Međutim, i u opisanoj konstelaciji činjenica pregled sudske prakse koji slijedi, omogućit će nam zaključak o (ne)usklađenosti sudskih odluka glede odnosa kaznenog djela i prekršaja spolnog uznemiravanja sa stavom autora po tom pitanju.

1. SPOLNO UZNEMIRAVANJE U PRAKSI EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA[31]

Skrbeći o pravilnoj primjeni konvencijskih standarda pred nacionalnim sudovima država potpisnica Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda[32] (dalje u tekstu: EKLJP), ESLJP ustrajava na zaštiti pojedinca i to u njegovoj ukupnosti, štiteći kako tjelesni, fizički, tako i psihički integritet osobe. Naravno, ta zaštita se onda odnosi i na spolnost osobe, najčešće kroz ocjenu pravilnosti tumačenja i primjene odredbe čl. 8. EKLJP-a (pravo na poštivanje privatnog i obiteljskog života). U tom kontekstu nije nam cilj vršiti sveobuhvatnu analizu prakse Suda već kroz nekoliko odluka samo ukazati na njezine pojedine aspekte koje ocjenjujemo relevantnim za temu koju obrađujemo.

[24] Čl. 1. Prekršajnog zakona (Narodne novine, broj 107/07, 39/13, 157/13, 110/15, 70/17, 118/18)

[25] Intencija zakonodavca prema Konačnom prijedlogu Zakona o izmjenama i dopunama Prekršajnog zakona bila je raniju „vrlo široku definiciju prekršaja" suziti samo na ona ponašanja"…koja po stupnju povrede ili ugrožavanja zaštićenog dobra to doista i zaslužuju".

[26] Takve situacije impliciraju i druga pitanja, kojima se ovdje nećemo baviti, ali su iznimno važna (pitanje primjene načela ne bis in idem, npr.)

[27] Državni zavod za statistiku, Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2019., Zagreb, 2020.

[28] Prilikom analize statističkih podataka uvijek treba respektirati i tzv. sivu zonu kriminaliteta, dakle sve one pojavnosti koje bi po svojim obilježjima predstavljale kazneno djelo, ali do procesuiranja takvih ponašanja iz najrazličitijih razloga nije došlo.

[29] Iz izlaganja savjetnika Pravobraniteljice za ravnopravnost spolova za pravna pitanja na tribini o seksualnom uznemiravanju, održano u organizaciji Ureda studentskog pravobranitelja Sveučilišta u Rijeci dana 20. studenog 2020. godine.

[30] Narodne novine, broj 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17, 126/19, 126/19

[31] U daljnjem tekstu: ESLJP

[32] Narodne novine – Međunarodni ugovori broj 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10

Tako u presudi ESLJP-a u predmetu Soderman v. Švedske[33], Sud ukazuje nacionalnim zakonodavcima na nužnost adekvatne kriminalizacije određenih ponašanja koja se mogu podvesti pod spolno uznemiravanje. U konkretnom predmetu podnositeljica zahtjeva (četrnaestogodišnja djevojčica) otkrila je kako njen očuh u korpi za rublje u kupatilu drži skrivenu video-kameru. Kamera je bila usmjerena prema mjestu gdje se osoba skida prethodno tuširanju. Podnositeljica je kameru odnijela majci koja je spalila film prije nego li je itko pregledao njegov sadržaj. Očuh je bio optužen, a potom i osuđen radi kaznenog djela spolnog uznemiravanja[34] iz glave 6. stavka 7. Kaznenog zakona Kraljevine Švedske. Međutim, žalbeni sud je ukinuo takvu osuđujuću presudu uz obrazloženje da se očuhovo ponašanje ne može podvesti pod zakonski opisa kaznenog djela spolnog uznemiravanja. Pritom je naglasio kako očuhovo ponašanje može predstavljati obilježje drugog kaznenog djela i to pokušaja dječje pornografije, koje (kao takvo) nije optuženo. Protiv te odluke apelacijskog suda Vrhovni sud nije dopustio žalbu. Štoviše i Vijeće ESLJP (sa četiri glasa „za" i tri glasa „protiv") odlučilo je da navedenim odlukama švedskih sudova podnositeljici zahtjeva nije povrijeđeno pravo na poštivanje privatnog i obiteljskog života iz čl. 8. EKLJP. Međutim, u daljnjem postupku Veliko vijeće ESLJP je ocijenilo kako očuhovo ponašanje predstavlja povredu osobnog integriteta podnositeljice zahtjeva, iako ne uključuje fizičko nasilje ili zlouporabu tjelesnog kontakta, jer pogađa vrlo intimne aspekte privatnog života podnositeljice zahtjeva. Utoliko je, po ocjeni Velikog vijeća, Kraljevina Švedska neadekvatnim opisom kaznenog djela spolnog uznemiravanja povrijedila pravo podnositeljice zahtjeva iz čl. 8. EKLJP (šesnaest glasova „za", jedan glas „protiv"). Naime, prema švedskom zakonu koji je bio na snazi u relevantno vrijeme, bitno obilježje kaznenog djela spolnog uznemiravanja bila je i namjera počinitelja koja je obuhvaćala i svijest žrtve o počinjenu kaznenog djela (koja namjera u konkretnom slučaju nije bila dokazana, pa je izostala osuđujuća odluka švedskih sudova). Udovoljavajući tzv. pozitivnoj obvezi proizašloj iz spomenute odluke ESLJP-a Kraljevina Švedska je 2013. novelom Kaznenog zakona redefinirala kazneno djelo spolnog uznemiravanja (sexual molestation) i isto sada glasi: „ Tko…seksualno dodiruje dijete mlađe od petnaest godina ili potiče takvo dijete na poduzimanje ili sudjelovanje ponašanja sa spolnim implikacijama, kriv je za spolno uznemiravanje i kaznit će se novčano ili zatvorom do dvije godine. Ovo se odnosi i na osobu koja se izlaže drugoj osobi na način da je odgovorna za uzrokovanje nelagode ili koja na drugi način uznemirava osobu riječima ili djelima na način da je odgovorna za kršenje spolnog integriteta osobe."[35]

Ova presuda ESLJP relevantna je sa aspekta tzv. pozitivnih obveza države da osigura adekvatan normativni okvir unutar kojega se žrtva spolnog uznemiravanja može djelotvorno zaštititi od spolnog uznemiravanja, dakle, kao takva prvenstveno je namijenjena zakonodavcu u primjeni nomotehničkih rješenja.

Zaštitom prava na poštivanje privatnog i obiteljskog života iz čl. 8. EKLJP bavio se ESLJP i u presudi K.U v. Finske,[36] opet u kontekstu spolnog uznemiravanja. Naime, 1999. nepoznata osoba je na internetu objavila oglas u ime podnositelja zahtjeva, dvanaestogodišnjeg dječaka, bez njegovog znanja. Oglas je sadržavao podatke o životnoj dobi dječaka, njegovim tjelesnim karakteristikama, te izjavu da traži intimni odnos sa muškarcima. Oglas je sadržavao i vezu (link) sa dječakovom web stranicom na kojoj je bila njegova slika i broj telefona. Nakon što je putem elektroničke pošte počeo dobivati ponude temeljem takvog oglasa, dječak je podnio kaznenu prijavu policiji. Na traženje policije davatelj internetskih usluga je odbio dati podatke o osobi koja je objavila oglas, pravdajući se pravilima o zaštiti osobnih podataka. Štoviše i nadležni pokrajinski sud je odbio zahtjev policije uz obrazloženje da ne postoji izričita zakonska odredba u Zakonu o kaznenim istragama (the Criminal Investigations Act), koja bi davatelje internetskih usluga obvezivala na davanje traženih podataka za manje ozbiljna kaznena djela (less serious offences) kao što je predmetno kazneno djelo klevete (calumny) kako ga je sud kvalificirao. Tu presudu je potvrdio apelacijski sud, a Vrhovni sud je potom nije dopustio pravo na žalbu protiv takve odluke.

Nalazeći da je opisanim načinom odlučivanja nacionalnih sudova podnositelju zahtjeva povrijeđeno pravo iz čl. 8. EKLJP-a Sud je naglasio sljedeće relevantne okolnosti:

[33] Odluka Velikog vijeća broj 5786/08 od 12. studenog 2013.

[34] Sexual molestation – prema Gačić M., Rječnik prava, međunarodnih odnosa, kriminalistike i forenzičnih znanosti, kriminologije i sigurnosti, naklada Ljevak, Zagreb, 2004., znači „seksualno uznemiravanje, seksualna zlouporaba, spolno uznemiravanje" (str. 1228). Međutim, isti izvor i „sexual harassment" prevodi kao „seksualno uznemiravanje, spolno uznemiravanje" (str. 605)

[35] Glava XI članak 10. Kaznenog zakona Kraljevine Švedske https://www.government.se

[36] Presuda 2872/02 od 2. prosinca 2008.

Iako finsko nacionalno pravo opisanu situaciju vidi kao klevetu, ukazuje se na posljedice koje je učin djela imao na dječakov privatni život i moguće posljedice toga djela na njegovo mentalno i fizičko zdravlje, sve u kontekstu njegove ranjive životne dobi. U takvim okolnostima dječak je na internetu postao metom pedofila. Prema ESLJP takva situacija zahtjeva kazneno-pravni odgovor u formi adekvatne istrage i optuženja. Djeca i druge ranjive kategorije država mora štititi od ovako teških upliva u njihov privatni život. Drugim riječima, počinitelj ovakvog djela mora biti identificiran i procesuiran, Država se u neispunjenju te svoje zadaće ne može pozivati na povjerljivost komunikacije („confidentiality of communications") jer ta povjerljivost, jednako kao i sloboda izražavanja, nisu apsolutna prava. Ta prava se ograničavaju kada se zaštićuju prava i slobode drugih osoba. Stoga je i ovdje ESLJP naložio Finskoj tzv. pozitivnu obvezu da osigura odgovarajući zakonski okvir za pomirenje, uravnoteženje spomenutih kompetitivnih interesa.

U kontekstu našeg rada odluka je relevantna jer stavlja u odnos istraživanje i progon spolnog uznemiravanja (ESLJP govori o zaštiti privatnog života) sa zaštitom osobnih podataka, kao dvama visoko rangiranim konvencijskim vrijednostima.

2. PRAKSA HRVATSKIH SUDOVA GLEDE KAZNENOG DJELA SPOLNOG UZNEMIRAVANJA

a) Županijski sud u Osijeku (Kž-256/15-4 od 21. svibnja 2015.), Općinski sud u Osijeku (K-319/2014-13 od 30. siječnja 2015.): povreda kaznenog zakona, radnja počinjenja, odnos nadređenosti, razlikovanje prekršaja od kaznenog djela

U svojoj odluci koju je donio povodom žalbe protiv presude Općinskog suda u Osijeku, Županijski sud u Osijeku se bavio između ostalog i uvodno navedenim aspektima.

Žalbeni sud je prihvatio kao potpuna i točna činjenična utvrđenja prvostupanjskog suda prema kojima je utvrđeno kako je okrivljenik inkriminirano spolno uznemiravanje počinio verbalno, na način da je oštećenici rekao da želi vidjeti ožiljak na bedru njezine noge i da se želi sa njom poseksati, da bi tjedan dana potom istoj kazao da može napredovati ako bude odlučna u poslu, što ne može bez njega, ili da skine gaće.

U odnosu okrivljenika kao direktora trgovačkog društva i oštećenice kao radnice u istom tom društvu sud je našao postojanje odnosa nadređenosti kao bitnog obilježja kaznenog djela iz čl. 156. st. 1. KZ/11.

Kako je, međutim, prvostupanjski sud navedena činjenična utvrđenja presudio kao dva kaznena djela počinjena u realnom stjecaju, žalbeni sud je utvrdio povredu kaznenog zakona na štetu okrivljenika (čl. 469. t. 4. ZKP/08) te isto obrazložio na slijedeći način: „…da bi se radilo o kaznenom djelu spolnog uznemiravanja, za razliku od prekršaja, potrebno je da se spolno uznemiravanje ponovi…tek je s ponovljenom radnjom ostvario kazneno djelo (jedno) spolnog uznemiravanja iz čl. 156. st. 1. KZ/11….a prema sadržaju uporabljenih riječi htio je kod oštećenice izazvati osjećaj poniženja i neugode, što je i uzrokovao, jer se na takvo ponašanje optuženika oštećenica požalila svom suprugu…"

b) Vrhovni sud Republike Hrvatske (Kzz-43/15-3 od 4. studenog 2015.), Županijski sud u Bjelovaru (Kž-104/14 od 23. listopada 2014.), Općinski sud u Virovitici (K-119/13-19 od 21. ožujka 2014.) – povreda kaznenog zakona: pravni kontinuitet, primjena blažeg zakona

Ispitujući povodom okrivljenikove žalbe je li na njegovu štetu povrijeđen kazneni zakon, žalbeni sud je utvrdio kako je prvostupanjskom presudom okrivljenik proglašen krivim radi počinjenja kaznenog djela spolnog uznemiravanja iz čl. 156. st. 1. KZ/11, koje djelo bi bilo počinjeno od svibnja 2009. do listopada 2012. godine. U izloženim okolnostima žalbeni sud u svojoj oslobađajućoj presudi utvrđuje kako je povrijeđen Kazneni zakon na štetu okrivljenika, jer je proglašen krivim za navedeno kazneno djelo koje je počinjeno prije stupanja na snagu KZ/11 jer se tek u tom zakonu pojavljuje ovo kao potpuno novo kazneno djelo. Naime, po svom opisu i svojim obilježjima isto nema odgovarajući opis u KZ/97 pa utoliko ne postoji niti pravni kontinuitet glede neprava. Posljedično, na okrivljenika treba primijeniti blaži zakon (načelo primjene blažeg zakona iz čl. 3. st. 1. i 2. KZ/11), a to je konkretno KZ/97, koji kao takav nije sadržavao kazneno djelo spolnog uznemiravanja niti kakvo drugo spolno djelo koje bi po svojim obilježjima odgovaralo istom. Vrhovni sud Republike Hrvatske je odbio zahtjev za zaštitu zakonitosti DORH-a kao neosnovan.

c) Vrhovni sud Republike Hrvatske (Kzz 12/2016-3 od 9. siječnja 2019.), Županijski sud u Bjelovaru (Kžm-32/14 od 15. siječnja 2015.), Općinski sud u Virovitici (Kzm-4/2014-28 od 13. studenog 2014.): povreda Kaznenog zakona

Žalbeni sud je u preinačavajućoj, oslobađajućoj presudi utvrdio kako u ponašanju okrivljenika nisu ostvarena obilježja kaznenog djela spolnog uznemiravanja iz čl. 156. st. 1. i 2. KZ/11. Naime, prema prvostupanjskoj osuđujućoj presudi okrivljenik je bio proglašen krivim jer je u srednjoj školi u kojoj je radio kao nastavnik od 17-godišnje učenice (oštećenice) u četiri navrata tražio da za vrijeme odmora ostane u učionici kako bi joj pregledao vježbe, pa je u tim prigodama jedanput istu uhvatio za nogu, drugi put zagrlio, treći put zamahnuo rukom da je udari po stražnjici, a četvrti put joj rekao da je treba istući i udario ju po stražnjici. Ne dovodeći u pitanje činjenična utvrđenja prvostupanjskog suda žalbeni sud je ocijenio kako opisana okrivljenikova ponašanja „…nisu spolne naravi u tom smislu da bi povrijedila dostojanstvo učenice i dovele ju u ponižavajući položaj. Očito je da se maloljetna učenica zbog takvog ponašanja nastavnika nije osjećala ugodno što je njen subjektivni doživljaj koji je, obzirom na karakteristike njezine osobnosti (povučena, introvertirana, nedruželjubiva), opravdan i razumljiv, ali objektivno poduzete radnje optuženika ne predstavljaju grubo zadiranje u sferu seksualnosti niti su mogle u toj mjeri povrijediti dostojanstvo i moral maloljetne oštećenice da bi se njima ostvarila zakonska obilježja kaznenog djela spolnog uznemiravanja. Dakle, kod navedenog kaznenog djela…radnje počinitelja moraju biti izrazito spolne naravi u toj mjeri da vrijeđaju dostojanstvo druge osobe ili imaju taj cilj i dovode ju u krajnje neugodan i ponižavajući položaj…"

U ovoj odluci žalbeni sud primjenjuje i tumači interpretativno pravilo iz odredbe čl. 156. st. 2. KZ/11. Međutim, pravomoćna odluka i tumačenje suda naišlo je i na kritiku.[37]

Vrhovni sud je odbio zahtjev za zaštitu zakonitosti DORH-a kao neosnovan obrazlažući kako je „…pravilna ocjena drugostupanjskog suda da radnje optuženika opisane u izreci prvostupanjske presude nemaju onaj karakter, značaj i težinu da bi, pa i u svojoj ukupnosti, predstavljale radnju počinjenja kaznenog djela spolnog uznemiravanja iz članka 156. stavka 1. u svezi sa stavkom 2. KZ/11." Podržavajući stav drugostupanjskog suda glede ocjene nepostojanja kaznenog djela u konkretnom slučaju (čl. 453. t. 1. Zakona o kaznenom postupku), Vrhovni sud Republike Hrvatske u obrazloženju svoje odluke dalje navodi: „…pri čemu je radnja počinjenja prekršaja iz čl. 26. st. 1. ZSD-a, prema odredbi čl. 3. st. 2. toga Zakona, gotovo istovjetno određena kao i radnja počinjenja kaznenog djela iz čl. 156. KZ/11, zahtijeva razgraničenje radnje počinjenja prekršaja i kaznenog djela, a takvo razgraničenje moguće je upravo s obzirom na intenzitet povrede zaštićenog dobra, pri čemu treba imati na umu odredbu čl. 1. st. 1. KZ/11 prema kojoj se kaznena djela i kaznenopravne sankcije propisuju samo za ona ponašanja kojima se tako povrjeđuju ili ugrožavaju osobne slobode i prava čovjeka te druga prava i društvene vrijednosti zajamčene i zaštićene Ustavom Republike Hrvatske i međunarodnim pravom da se njihova zaštita ne bi mogla ostvariti bez kaznenopravne prisile (iz čega proizlazi tzv. fragmentarnost i supsidijarnost kaznenopravne zaštite)". U tom kontekstu Sud dalje zaključuje kako počinjene radnje „…izvjesno neprimjerene i neprihvatljive, ne predstavljaju grubo zadiranje u sferu seksualnosti, i to do mjere da bi u objektivnom smislu predstavljale ostvarenje bića kaznenog djela spolnog uznemiravanja iz čl. 156. KZ/11".[38]

d) Vrhovni sud Republike Hrvatske (III Kr 20/2020-5 od 12. studenog 2020.), Županijski sud u Karlovcu (Kž-222/2019-3 od 14. listopada 2019.), Općinski sud u Bjelovaru (K-609/2016-26 od 28. ožujka 2019.)

Odbijajući zahtjev osuđenika protiv pravomoćne presude kojom je proglašen krivim radi kaznenog djela spolnog uznemiravanja iz čl. 156. KZ/11, Vrhovni sud Republike Hrvatske ocjenjuje kako su „pravilno primijenjene odredbe kaznenog zakona, kada su postupci osuđenika označeni kao kazneno djelo spolnog uznemiravanja iz čl. 156. st. 1. KZ/11." Osuđenik je pravomoćno osuđen jer je „…u vremenu od mjeseca kolovoza 2015. do 06. siječnja 2016. kao odgovorna osoba trgovačkog društva…u nakani uspostavljanja intimne veze mimo volje zaposlenice…koja je radila na radnom mjestu trgovkinje…jednom prigodom vozeći je u osobnom automobilu…pozvao ju da dođe u njegovu vikendicu ako želi mirno i uredno raditi u trgovini, govoreći joj da je zgodna pri čemu ju je fizički dodirivao stavljajući svoju ruku na njezino koljeno, nakon čega ju je ponovno pozvao u ured radi poslovnog razgovora, pa kada su ostali sami…tražio ju da radi…dođe u vikendicu i spava sa njime, te ju pri tom susretu i fizički dodirivao primajući je za ruke i govoreći joj da bi za nju bilo dobro da pristane na isto jer će o njoj ružno pričati i nigdje više neće moći pronaći posao…"

[37] Kako prelazi okvire teme, ovdje se samo upućuje na kritiku koju je autor Gora Selanec iznio u članku „Jamstvo zabrane diskriminatornog uznemiravanja i koja se fokusira na kritiku „relevantnosti subjektivnog doživljaja maloljetne učenice", odnosno standarda „prosječne učenice" i „prosječnog muškarca".

[38] O navedenom, uključujući i ranije spomenutu kritiku odluke Županijskog suda u Bjelovaru daljnja elaboracija slijedi u nastavku rada (supra str.18 – 21)

3. PRAKSA HRVATSKIH SUDOVA GLEDE PREKRŠAJNOG DJELA SPOLNOG UZNEMIRAVANJA

Već je spomenuto kako prekršajne odredbe glede spolnog uznemiravanja možemo naći u većem broju zakonskih tekstova no za potrebe ovog rada izložit ćemo manji broj prekršajnih odluka donesenih primjenom odredbi ZSD i ZRS. Prikaz nije sveobuhvatan, protivno tome, treba poslužiti samo kao ilustracija prekršajne sudske prakse po navedenom pitanju. Naime, i ovdje je riječ o relativno malom uzorku odluka pa je primjerice 2014. godine ukupno donijeta 71 odluka glede prekršaja diskriminacije ukupno (dakle uključujući i spolnu, ali i rasnu, po osnovi vjeroispovijesti, boji kože i dr.). Takvih odluka u 2015. godini bilo je 47, a u 2016. godini 56.[39]

Izbor prekršajnih odluka glede primjene odredbi ZSD-a, iako bogatiji u odnosu na kaznene odluke, brojčano je također skroman. No i kao takav ukazuje na dosljednu primjenu odredbi ZSD-a. Stoga ih uz navođenje relevantnih dijelova izreka odluka nije potrebno posebno analizirati. Međutim, signifikantan je aspekt kaznene politike jer je u prevalirajućem broju odluka okrivljenicima, unutar zakonskog okvira od 5.000 do 40,000 HRK novčane kazne, izrečena ublažena novčana kazna.

a) Presudom Općinskog suda u Vinkovcima poslovni broj Pp J-959/2019 od 18. veljače 2020. trojica okrivljenika su proglašeni krivima radi počinjenja prekršaja iz čl. 26. st. 1. ZSD-a te su novčano kažnjeni. Povredu dostojanstva ženskih osoba su počinili tako što su dvjema djevojkama vikali „Kurve, jebat ćemo vas, dođite da vas jebemo, pušite kurac!". Ova odluka je sa praktičnog aspekta značajna radi izbora mjere kazne (čl. 36. Prekršajnog zakona[40]) jer je sud svoj trojici okrivljenika primjenom odredbe čl. 37. PZ-a izrekao ublažene kazne, a obrazloženje tako izrečene sankcije sud je našao u „slabom imovnom stanju" okrivljenika.
b) U prekršajnom predmetu Općinskog suda u Čakovcu broj 34 Pp J-603/2020 od 22. veljače 2021. okrivljenik je proglašen krivim jer se u trgovini „…neprimjereno obraćao zaposlenici trgovine riječima „Ljepotice, slatka mala" i dr., te ju na neprimjeren način rukama dodirivao po ramenu, leđima i stražnjici, što je kod oštećenice izazvalo strah i uvredljivo i ponižavajuće okruženje radnjama spolne naravi, te je tako povrijedio njezino dostojanstvo". I u ovom slučaju Sud nalazi dokazanim počinjenje djela prekršaja iz čl. 26. st. 1. ZSD-a te je okrivljeniku izrekao ublaženu novčanu kaznu primjenom čl. 37. st. 3. ZP-a. I u ovom slučaju u izboru visine kazne Sud je analizirao olakotne i otegotne okolnosti nakon kojih je okrivljeniku izrekao ublaženu novčanu kaznu „…smatrajući da će se izrečenom kaznom postići svrha kažnjavanja".
c) Općinski sud u Čakovcu u predmetu broj 33 Pp J-69/2019 od 22. listopada 2019. okrivljenika je proglasio krivim za počinjenje prekršajnog djela iz čl. 26. st. 1. ZSD-a, jer je „…nakon pružene medicinske pomoći spolno uznemirio liječnicu…, djelatnicu Zavoda za hitnu medicinu…, na način da je istu otvorenim dijelom šake udario po stražnjici, čime je ostvario neželjeni fizički kontakt spolne naravi i povrijedio dostojanstvo iste, te je kod nje prouzročio ponižavajući i uvredljiv osjećaj". Izricanje minimuma novčane kazne Sud je obrazložio jednom rečenicom: „Prilikom odlučivanja o kazni okrivljeniku za prekršaj uzeta je u obzir težina prekršaja, te je kazna izrečena u minimalnom iznosu za taj prekršaj".
d) Presudom broj Pp J-296/2019 od 19. veljače 2019. Općinski sud u Vinkovcima proglasio je krivim okrivljenika koji je „…prevozio maloljetnicu…povrijedio njezino dostojanstvo na način da je skrenuo sa ceste u lijevu stranu na tzv. „Leniju", ugasio vozilo što je kod iste izazvalo strah nakon čega je sa istom počeo razgovarati o tome što ona misli o njemu, pri tome je cijelo vrijeme dirao rukama po kosi, okretao joj glavu prema sebi u namjeri da ju poljubi te je nastavio dirati drugom rukom po nozi, a nakon što ga je oštećenica zamolila da ju odveze kući, inzistirao je da mu odgovori da li joj se sviđa i da njen dečko može pričekati", čime je počinio prekršaj iz čl. 26. st. 1. ZSD-a. Ublaženu novčanu kaznu u ovom slučaju sud je obrazložio brojnošću dokazanih olakšavajućih okolnosti, uz jednovremeni izostanak otegotnih okolnosti.

Identični kazneni okvir kao za prekršaj iz čl. 26. st. 1. ZSD propisuje i ZRS za djelo prekršaja iz čl. 32. toga Zakona.

[39] Ivor Kesonja, D., Šimonović Einwalter. T., Analiza sudske prakse u postupcima pred hrvatskim sudovima pokrenutima zbog diskrimanacije, (2017), Centar za mirovne studije, Zagreb, str. 35. Podaci su pribavljeni od Ministarstva pravosuđa Republike Hrvatske

[40] Prekršajni zakon (Narodne novine 107/07., 39/13., 157/13., 110/15., 70/17. i 118/18. – dalje: PZ)

e) Prekršajni sud u Zagrebu u svojoj presudi 52. Pp J-4632/16 od 8. prosinca 2016. okrivljeniku je izrekao novčanu kaznu radi počinjenja prekršaja iz čl. 32. Zakona o ravnopravnosti spolova, jer je „…u trgovini…s leđa prišao oštećenici koja je zajedno sa kćerkom…stajala uz policu sa robom te ju pomilovao po desnoj ruci zbog čega se odmaknula i pitala: „Što to radite?" na što je odgovorio „Sviđaš mi se, kurac mi se digao zbog tebe". Sud je zaključio da je time s ciljem ponižavajućeg i uvredljivog okruženja radnjama spolne naravi povrijedio dostojanstvo osobe.
f) Prekršajni sud u Osijeku presudom broj Pp 33 J-347/18 od 29. ožujka 2018. proglasio je krivim okrivljenika zbog prekršajnog djela iz čl. 32. st. 1. ZRS, jer je „…s ciljem prouzročenja ili stvaranja ponižavajućeg ili uvredljivog okruženja, radnjama spolne naravi povrijedio osobno dostojanstvo oštećenice na način da …joj je potom poslao jednu eksplicitnu sliku muškog spolovila, te je upitao; „Da li želiš seks sa mnom?"
g) Presudom Prekršajnog suda u Novom Zagrebu broj Pp J-625/17 od 16. studenog 2017. okrivljenik je proglašen krivim „…što je…u nakani povrede dostojanstva oštećenice za vrijeme vožnje liftom … neprimjereno se ponašao prema oštećenici…na način da ju je prvo bez njezinog pristanka poljubio u njezinu desnu ruku, nakon čega je prislonio glavu uz njezinu kosu, a potom je na kraju nastojao i poljubiti u obraz i u usta…a koje ponašanje okrivljenika je izazvalo nelagodu kod oštećenice, te osjećaj straha i povrede njezinog dostojanstva." Po utvrđenju Suda u pitanju je prekršaj iz čl. 32. st. 1. ZRS-a.

Povodom okrivljenikove žalbe u svojoj presudi broj Jž 3396/2017 od 13. studenog 2019., kojom potvrđuje odluku prvostupanjskog suda, Visoki prekršajni sud Republike Hrvatske se referirao i na primjenu zakona: „Nadalje, u odnosu na žalbene navode da poljubac u ruku notorno predstavlja znak pažnje i poštovanja prema osobama nježnijeg spola, potrebno je navesti da je uloga i primarna svrha suda u svim konkretnim slučajevima objektivno i životno prosuđivati i razmatrati utvrđene činjenice i na iste pravilno primijeniti pozitivne propise, pa je tako prvostupanjski sud teleološkim tumačenjem zakona, pravilno zaključio da je u konkretnom slučaju utvrđeno ponašanje okrivljenika „prešlo mjeru primjerenog ponašanja budući je u utvrđenim okolnostima poljubac u ruku u liftu kao skučenom prostoru, a bez pristanka oštećenice, koji je bio popraćen i daljnjim neprimjerenim nastojanjem davanja poljubaca u obraz i usta oštećenice, predstavljalo spolno uznemiravanje jer je za oštećenu opisano ponašanje predstavljalo povredu njezinog osobnog dostojanstva, te stvaranja uvredljivog okruženja, a što predstavlja obilježje navedenog prekršaja, slijedom čega je prvostupanjski sud na utvrđene odlučne činjenice pravilno primijenio odredbe materijalnog prekršajnog zakona…"

VI. ODNOS KAZNENOG DJELA SPOLNOG UZNEMIRAVANJA PREMA PREKRŠAJNOM DJELU SPOLNOG UZNEMIRAVANJA

Odnos kaznenog djela spolnog uznemiravanja i odgovarajućeg prekršajnog djela možemo promatrati kroz formalno-pravni kriterij i ustvrditi kako je već sam tekst zakona napravio razgraničenje ovih oblika kažnjivih ponašanja – kazneno djelo je propisano kaznenim zakonodavstvom, prekršajno djelo ćemo naći u prekršajnim odredbama odgovarajućih zakona.

Međutim, kako bi se ispravno primijenio kazneni ili prekršajni zakon nužno je analizirati odgovarajuće zakonske odredbe i iz te analize tumačenjem (prvenstveno teleološkim, ali i gramatičkim te logičnim) doći do zaključka predstavlja li određena fenomenologija spolnog uznemiravanja kazneno djelo ili prekršaj. Pritom valja poći od uvodno izloženog zakonodavnog i dogmatskog shvaćanja kaznenog djela i djela prekršaja (infra str. 10. – 11.). Stoga će nam uvodno navedeni formalni kriterij sam po sebi biti nedostatan pa je nužno napraviti detaljnu analizu opisa kaznenog djela i odgovarajućeg djela prekršaja.

U takvoj sustavnoj komparativnoj analizi zakonskih tekstova poći ćemo od pitanja počinitelja kažnjivih radnji. Kazneno djelo spolnog uznemiravanja je delictum proprium jer se na strani počinitelja traže točno određena svojstva – mora biti nadređen žrtvi, žrtva o počinitelju mora biti zavisna ili počinitelj vrši kazneno djelo prema nekoj od osoba iz ranjive skupine po osnovi dobi, bolesti, invaliditeta, ovisnosti, trudnoće, teške tjelesne ili duševne smetnje. Kod prekršaja situacija je drugačija: u pitanju delicta communia (čl. 26. st. 1. ZSD) izražena kroz upitnu zamjenicu „tko". To je prvi razlikovni kriterij navedenog kaznenog djela i prekršaja.

Već smo naveli kako gramatičko tumačenje odredbe čl. 156. st. 1. KZ kao bitno obilježje kaznenog djela radnju određuje trajnim glagolom „uznemirava" pa bi, prima facie, to bila differentia specifica u odnosu na

djelo prekršaja iz čl. 26. st. 1. ZSD, obilježje kojeg je „povrijedi", dakle svršeni glagol koji bi ukazivao na jednokratnost radnje počinjenja. To kao razlikovni kriterij kažnjivih radnji kao argument koristi i sudska praksa prema kojoj „Da bi se radilo o kaznenom djelu spolnog uznemiravanja, za razliku od prekršaja, potrebno je da se spolno uznemiravanje ponovi."[41] [42] Međutim, kao teže oblike diskriminacije ZSD propisuje i višestruku te ponovljenu i produljenu diskriminaciju (čl. 6. ZSD) od kojih dva oblika (ponovljena i produljena diskriminacija) u biti „traže" trajni glagol za postojanje djela prekršaja težeg oblika diskriminacije te se utoliko po ovom kriteriju izjednačavaju sa kaznenim djelom spolnog uznemiravanja. Dakle usporedba ovog obilježja kažnjivog ponašanja također ne vodi jasnom razgraničenju kaznenog djela i prekršaja spolnog uznemiravanja,[43] odnosno kriterij je primjenjiv kod razlikovanja kaznenog djela u odnosu na osnovno prekršajno djelo iz čl. 26. st. 1. u svezi čl. 3. st. 2. ZSD, no ne i u odnosu na prekršaj iz čl. 26. st. 1. u svezi čl. 6. ZSD.

Razlikovni kriterij nije sadržan niti u procesno-pravnom aspektu – prekršaj progone nadležna tijela po službenoj dužnosti, dočim se kazneni progon poduzima po prijedlogu oštećenika spolnog uznemiravanja, koji prijedlog je pretpostavka za opstojnost kaznenog postupka.

Ovim metodološkim pristupom dolazimo do, po nama, ključnog elementa razlikovanja kaznenog djela spolnog uznemiravanja od istoimenog prekršaja, a to je intenzitet povrede zaštićenog dobra. Na taj razlikovni element upućuje i citirana odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj Kzz 12/2016 od 9. siječnja 2019. godine. Pritom se ukazuje kako taj intenzitet treba procijeniti sukladno odredbi čl. 1. KZ/11 (Temelj i ograničenje kaznenopravne prisile). Ukratko, navedena odredba ukazuje na propisivanje kaznenih djela kao ultima ratio societatis, odnosno kao društveno sredstvo za kojim se poseže kada nijedno drugo ne može dati odgovarajuće rezultate. Polazeći od izložene usporedbe kaznenog djela spolnog uznemiravanja i prekršaja diskriminacije spolnim uznemiravanjem (infra, str. 17) razinu intenziteta neprava u oba kažnjiva ponašanja odredio je sam zakonodavac definirajući istu u formi trajnog glagola kao nužnog preduvjeta za opstojnost kaznenog djela, odnosno u formi svršenog glagola kao konstitutivnog obilježja djela prekršaja.[44]

Međutim, problem određenja intenziteta povrede zaštićenog dobra javit će se kod procesuiranja onih ponašanja koja mogu upućivati jednovremeno i na počinjenje kaznenog djela spolnog uznemiravanja iz čl. 156. KZ/11 i djelo prekršaja težeg oblika diskriminacije iz čl. 6. ZSD. Naime, oba ova kažnjiva ponašanja podrazumijevaju ponavljanje radnje spolnog uznemiravanja (dakle najmanje dva puta). Ova dilema će biti prvenstveno pred tijelima progona (državno odvjetništvo, policija), ali potom i pred sudovima koji u konačnici moraju izreći pravorijek doseže li konkretno nepravo razinu kaznenog djela ili je ipak u pitanju niži intenzitet neprava dostatan za postojanje prekršaja. Dvojba se ne odnosi na trajanje i učestalost uznemiravanja jer taj element predstavlja konstitutivno obilježje kaznenog djela i prekršaja težeg oblika diskriminacije spolnim uznemiravanjem. Ista se ne odnosi niti na fenomenologiju spolnog uznemiravanja – ista se i kod kaznenog djela i kod djela prekršaja manifestira kao verbalno, neverbalno i fizičko spolno uznemiravanje. Mišljenja smo kako su u aktualnoj zakonodavnoj situaciji stanovitog normativnog paralelizma[45] upravo sudovi kao tijela državne vlasti koji autoritativno primjenjuju pravo, oni koji svojom praksom moraju napraviti traženo razlikovanje, odnosno kroz judikaturu uspostaviti kriterije koji će biti vodilja za buduću praksu. Jasno je kako se ovakav stav može ocijeniti kao pitijski, dakle stav koji ne daje konkretan odgovor glede postavljenog pitanja. Međutim, uvažavajući čak i kritike upućene zakonodavcu glede normativnog uređenja predmetne stvari, sudovi ne smiju pobjeći od svoje temeljne društvene uloge kako je utvrđena Ustavom Republike Hrvatske i

[41] Županijski sud u Osijeku, presuda broj Kž-256/2015 od 21. svibnja 2015.

[42] Praksa poznaje i slučajeve presuda za kazneno djelo kada je okrivljenik poduzeo samo jednu radnju spolnog uznemiravanja, štoviše, niti žalbeni sud nije prepoznao povredu zakona u takvoj situaciji (npr. presuda Županijskog suda u Slavonskom Brodu broj Kžzd -5/2017 od 17. ožujka 2017.)

[43] Za uočiti je kako je ZSD donijet 2008. godine, dakle, u vremenu kada u kaznenom zakonodavstvu nije egzistiralo kazneno djelo spolnog uznemiravanja. Možda se toj činjenici može „zahvaliti" postojanje težih oblika diskriminacije iz čl. 6. ZSD

[44] Ovaj odnos može iznjedriti i pitanje primjene načela „ne bis in idem", pa i u varijanti kada je okrivljenik optužen za kazneno djelo spolnog uznemiravanja u uvjetima kada je za jednu radnju iz tog kaznenog djela već pravomoćno prekršajno kažnjen. O tom više Tripalo, D. Kazneno djelo spolnog uznemiravanja u sudskoj praksi, Novine u kaznenom zakonodavstvu (2018)

[45] Moguće razloge za isti smo već naveli (str. 17).

zakonima.[46] Zahtjev vladavine prava i pravne sigurnosti s tim u svezi ne dopušta odluku „non liquet" jer sud spor mora riješiti u meritumu kako bi odgovorio zadaći koju pred sudove stavljaju suvremena društva.

Međutim, mišljenja smo kako (i bez obzira na iskazanu kritičnosti glede dijelom neusklađenog zakonodavnog pristupa) zakonski tekstovi zajedno sa sudskom praksom ipak daju mogućnost ocjene intenziteta povrede zaštićenog dobra kao (ipak) ključnog načina razlikovanja kaznenog djela spolnog uznemiravanja od istoznačnog prekršajnog djela. Kako odrediti taj intenzitet? Svaki slučaj je poseban (modalitet počinjenja, osobine počinitelja i žrtve i dr.). Utoliko je i intenzitet povrede zaštićenog dobra questio facti konkretne situacije pri čemu treba imati na umu i generalno, općenito razlikovanje kaznenog i prekršajnog djela kao zasebnih oblika kažnjivih ponašanja na što je već ukazano u ovom radu.[47] U tom kontekstu posebno treba respektirati kriterij uspostavljen odlukom Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj Kzz 12/2016 od 9. siječnja 2019. po kojemu spolno uznemiravanje kao kazneno djelo mora predstavljati „grubo zadiranje u sferu seksualnosti" osobe. Argumentum a contrario, svako dokazano ponašanje koje ne bi imalo taj intenzitet grubog zadiranja, predstavljalo bi djelo prekršaja iz odgovarajućeg zakona. Uostalom, već u toj odluci Vrhovni sud Republike Hrvatske je na praktičnom primjeru naveo koja konkretna činjenja ne bi predstavljala grubo zadiranje u sferu seksualnosti druge osobe, isto kao što je u svojoj odluci broj III Kr 20/2020-5 od 12. studenog 2020. ustvrdio što smatra grubim zadiranjem u sferu seksualnosti druge osobe. Dakle već iz navedenih odluka kazneni i prekršajni sudovi mogu prepoznati praktične razlikovne elemente prekršajnog i kaznenog djela spolnog uznemiravanja. Pritom su se u oba predmeta razmatrali modaliteti verbalnog i fizičkog spolnog uznemiravanja. Treba navesti kako grubost nalazimo kao konstitutivni element nekih drugih kaznenih djela u tekstu KZ/11 (izvan kaznenih djela protiv spolne slobode) pa je uputno provjeriti sudsku praksu kod tih kaznenih djela glede određivanja nekog ponašanja kao grubog (jasno, ne mehaničkim prijenosom tog kriterija, jer su u pitanju drugi zaštitni objekti).

VII. ZAKLJUČAK

Uvođenje kaznenog djela spolnog uznemiravanja u kazneno materijalno zakonodavstvo Republike Hrvatske predstavlja kvalitativni iskorak u zaštiti spolnosti kao jedne od sastavnica prava na poštivanje privatnog života. Nažalost, suvremena fenomenologija ugrožavanja tog zaštitnog objekta po svom intenzitetu nerijetko doseže takvu jačinu da se mora braniti i propisivanjem takvih ponašanja u formi kaznenog djela koje nosi i odgovarajuću sankciju za inkriminirana ponašanja. Naravno, unutar koncepta zaštite spolnosti prepoznati su i intenzitetom slabiji napadi na zaštitni objekt glede čega su propisana i odgovarajuća prekršajna djela. Takav dualizam propisivanja kažnjivih ponašanja je utoliko sasvim opravdan i potreban[48].

Međutim u aktualnoj situaciji u Republici Hrvatskoj razvidan je stanoviti stupanj „preklapanja" zakonskih tekstova koji propisuju djelo prekršaja i kazneno djelo spolnog uznemiravanja. U tom kontekstu je i svrha ovog rada ukazati na mogući način razlikovanja istih. To diferenciranje ima svoju sasvim praktičnu svrhu: tijela progona inicijalnim pravilnim usmjeravanjem svog postupanja štede vrijeme i sredstva, a jednovremeno ostvaruju primarnu zadaću svoje funkcije – zaštita jednog od temeljnih ljudskih prava u razumnom roku. Pravilni početni zahvat tijela progona daje onda mogućnost sudu da u raspravnoj fazi ostvari svoju temeljnu ustavnu zadaću – jedinstvenu primjena prava, jednakost i ravnopravnost sviju pred zakonom. Zadaća sudova je tim zahtjevnija jer stvaranjem ustaljene prakse povratno djeluju na kaznenu politiku tijela progona.

[46] Prvenstveno Zakonom o sudovima (Narodne novine, broj 28/2013, 33/2015, 82/2015, 82/2016, 67/2018, 126/2019) gdje je u čl. 3. st. 1. propisano: „Sudovi štite Ustavom, pravnom stečevinom Europske unije, međunarodnim ugovorima i zakonima utvrđeni pravni poredak Republike Hrvatske, te osiguravaju jedinstvenu primjenu prava, ravnopravnost i jednakost svih pred zakonom".

[47] Infra str. 7 – 9

[48] Glede potrebe adekvatnog inkriminiranja određenog kažnjivog ponašanja više je nego ilustrativna odluka ESLJP u predmetu Soderman v. Švedske (infra str. 3).

LITERATURA

a) knjige
1. Bačić, F., Šeparović, Z. (1989) Krivično pravo – Posebni dio, Zagreb, Narodne novine
2. Krapac, D. (1995) Engleski kazneni postupak, Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu
3. Kesonja, D., Šimonović Einwalter, T. (2017) Analiza sudske prakse u postupcima pred hrvatskim sudovima pokrenutima zbog diskriminacije, Zagreb, Centar za mirovne studije
4. Pavlović, Š., (2015) Kazneni zakon, Rijeka, Libertin naklada
5. Garačić, A., (2016) Kazneni zakon u sudskoj praksi – Posebni dio, Rijeka, Libertin naklada

b) članak
1. Josipović, I., Novak Hrgović, K. (2016) Načelo ne bis in idem u kontekstu prekršajnog, kaznenog i upravnog prava, Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu, vol. 23 – broj 2/2016

c) zbornici
1. Margetić, L., Strčić, P. (1988) Krčki (Vrbanski) statut iz 1388., Krčki zbornik Povijesnog društva otoka Krka, Saveza povijesnih društava Hrvatske
2. Tripalo, D. (2018) Kazneno djelo spolnog uznemiravanja u sudskoj praksi, Novine u kaznenom zakonodavstvu

d) popis citiranih odluka
1. ESLJP, Soderman v. Švedske, 5786/08 od 12. studenog 2013.
2. ESLJP, K.U. v. Finske, 2872/02 od 2. prosinca 2008.
3. VSRH Kzz 43/15-3 od 4. studenog 2015.
4. VSRH Kzz 12/2016-3 od 9. siječnja 2016.
5. VSRH Kzz-43/15-3 od 4. studenog 2015.
6. VSRH Kr 20/2020 od 12. studenog 2020.
7. ŽSBj Kž-104/14 od 23. listopada 2014.
8. ŽSOs Kž-256/15-4 od 21. svibnja 2015.
9. ŽSKa Kž-222/2019-3 od 14. listopada 2019.
10. OSOs K-319/2014-13 od 30. siječnja 2015.
11. OSVt K-119/13-19 od 21. ožujka 2014.
12. OSBj K-609/2016-26 od 28. ožujka 2019.
13. VPS Jž 3396/2017 od 13. studenog 2019.
14. OSVk Pp J-959/2019 od 18. veljače 2020.
15. OSČk Pp-603/2020 od 22. veljače 2021.
16. OSČk Pp-69/2019 od 22. listopada 2019.
17. OSVk Pp J-296/2019 od 19. veljače 2019.
18. PSZg Pp-4632/16 od 8. prosinca 2016.
19. PSOs Pp 33 J-347/18 od 29. ožujka 2018.
20. PSNZ Pp J-625/17 od 16. studenog 2017.

Sani Ljubičić, mag.iur.*

NADLEŽNOST UREDA EUROPSKOG JAVNOG TUŽITELJA (EPPO)

I. UVOD

Od 20. studenog 2017. na snazi je Uredba Vijeća (EU) 2017/1939 o provedbi pojačane suradnje u vezi s osnivanjem Ureda europskog javnog tužitelja („EPPO") – u daljnjem tekstu: Uredba[1], kojom se osniva Ured europskog javnog tužitelja kao neovisno pravosudno tijelo Europske unije zaduženo za kazneni progon protiv počinitelja kaznenih djela protiv financijskih interesa Europske unije određenih Direktivom (EU) 2017/1371 Europskog parlamenta i Vijeća od 5. srpnja 2017. o suzbijanju prijevara počinjenih protiv financijskih interesa Unije kaznenopravnim sredstvima te kaznenih djela koja su s njima neodvojivo povezana (dalje u tekstu – PIF Direktiva). [2]

8. travnja 2021. Glavna europska tužiteljica predložila je Europskoj komisiji donošenje odluke o funkcionalnom početku rada Ureda europskog javnog tužitelja dana 1. lipnja 2021.[3] Prema sadašnjem stanju stvari, ovisno o odluci Europske komisije od toga dana Ured europskog javnog tužitelja, neovisno pravosudno tijelo Europske unije ovlašteno za kazneni progon protiv počinitelja kaznenih djela protiv financijskih interesa Europske unije, postati će funkcionalan u izvršavanju svoje nadležnosti u 22 sudjelujuće države članice Europske unije: Austriji, Belgiji, Bugarskoj, Cipru, Češkoj, Finskoj, Francuskoj, Grčkoj, Hrvatskoj, Italiji, Litvi, Luksemburgu, Malti[4], Nizozemskoj[5], Njemačkoj, Portugalu, Rumunjskoj, Slovačkoj, Sloveniji, Španjolskoj, Latviji i Estoniji.

Ured europskog javnog tužitelja dalje u tekstu naziva se „EPPO" prema skraćenici naziva tijela na engleskom jeziku: *European public prosecutor office*. EPPO je danas opće prihvaćen skraćeni naziv prvog tijela kaznenog progona na razini Europske unije i osigurava javnu prepoznatljivost tog novog nadnacionalnog tužiteljstva.

Uredba postavlja niz novih pravnih i operativnih pitanja, pa i statusnih novina osobito u pogledu specifičnog položaja delegiranih europskih tužitelja, koji su sastavni dio EPPO-a i kao takvi, kada provode istrage i kazneni progon za kaznena djela iz nadležnosti EPPO-a, djeluju isključivo u ime EPPO-a na državnom području svoje države članice. Navedeno znači da na temelju Uredbe imaju funkcionalno i pravno neovisan položaj koji je različit od bilo kojeg položaja na temelju nacionalnog prava.[6] Neovisno o svojem posebnom položaju na temelju Uredbe, delegirani europski tužitelji tijekom svojeg mandata i nadalje su članovi tužiteljstva svoje države članice, odnosno tužitelji ili članovi pravosuđa te im je njihova država članica dužna dodijeliti barem jednake ovlasti kao i nacionalnim tužiteljima.[7]

* zamjenica Glavne državne odvjetnice Republike Hrvatske

1 Službeni list Europske unije L 283, 31. 10. 2017., str. 1-71. https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2017/1939/oj

2 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/hr/TXT/?uri=CELEX%3A32017L1371

3 https://www.eppo.europa.eu

4 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2018.201.01.0002.01.ENG&toc=OJ:L:2018:201:TOC

5 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:L:2018:196:TOC

6 Recital u toč. 32.

7 Recital u toč. 33.

Zbog niza novina koje uvodi Uredba, što je bilo i očekivano, funkcionalni početak rada EPPO-a predmet je teorijskih analiza pa i kritičkih rasprava. O pravnim novinama koje je donijela Uredba i nacionalna tijela kaznenog progona i EPPO, posebno europski delegirani tužitelji postupajući sukladno Uredbi na načelu lojalne suradnje, u vrlo bliskoj budućnosti dati će zajedničke odgovore na sve predstojeće izazove u primjeni.

Ovaj rad nema pretenzije ponuditi detaljni pregled ni cjelovitu analizu odredbi Uredbe, nego istaknuti osnovna načela odnosa EPPO-a i nacionalnih tužiteljstava u pitanjima izvršavanja nadležnosti EPPO-a i koliko je moguće prevenirati s praktičnog aspekta izazove u budućem radu koji su determinirani i složenošću same strukture EPPO-a i specifičnim pravilima u izvršavanju nadležnosti za kaznena djela na štetu financijskih interesa EU.

Odnos EPPO-a i nacionalnih tijela kaznenog progona utemeljen je na načelu lojalne suradnje i Uredbom propisanom sustavu (po)dijeljene nadležnosti (*shared competence*) između EPPO-a i nacionalnih tužiteljskih tijela u suzbijanju kaznenih djela koja utječu na financijske interese Unije, koji je odnos snažno određen pravom EPPO-a na preuzimanje predmeta (*right of evocation of the EPPO*).

Kaznena djela iz stvarne nadležnosti EPPO-a i na način kako su propisana u nacionalnim zakonodavstvima 22 sudjelujuće države članice EU nisu nabrojana u „zatvorenom popisu kaznenih djela" i nisu uvijek odmah prepoznatljiva, nego će ovisiti o nizu činjenica. Posve je izvjesno da će značajan broj predmeta iz moguće nadležnosti EPPO-a započeti postupanjem nacionalnih tijela i EPPO će svoju nadležnost u predvidivo značajnom broju slučajeva izvršavati preuzimanjem predmeta u kojem su izvide/istragu već započela nacionalna tijela. To će osobito biti slučaj u početku operativnog rada EPPO-a, kada će 22 sudjelujuće države obavijestiti EPPO-o predmetima za kaznena djela počinjena u vremenu od 20. studenog 2017. nadalje, osim u slučajevima u kojima je istraga dovršena i podignuta je optužnica, dostaviti velik broj predmeta (neka predviđanja govore o broju od oko 2.500 takvih predmeta).

Uredbom uveden sustav (po)dijeljene nadležnosti i način izvršavanja nadležnosti EPPO-a, odnosno pravo EPPO-a da odluči o preuzimanju predmeta u kojem su izvide/istragu već započela nacionalna tijela novine su u našem procesnom uređenju. Taj Uredbom uveden sustav (po)dijeljene nadležnosti i način izvršavanja nadležnosti EPPO-a znači da se u predmetima na štetu financijskih interesa EU ovlašteni tužitelji pred sudom u značajnom broju slučajeva mogu pojaviti ili EPPO ili nacionalno tijelo kaznenog progona.

Odluka EPPO-a kojom izvršava svoju nadležnost Uredbom je propisana tužiteljska odluka o izvršavanju nadležnosti i ta tužiteljska odluka određuje i nadležni sud. Odluka EPPO-a o izvršavanju nadležnosti, kako da preuzme predmet tako i da postupanje prepusti nacionalnom tijelu kaznenog progona, ne može biti preispitivana u pitanju da li u pojedinom slučaju konkurentne nadležnosti postoji optužba ovlaštenog tužitelja. Nadležnost EPPO-a ovisi o mnogim okolnostima konkretnog slučaja, a u slučaju neslaganja o tome odlučuje Glavni državni odvjetnik RH, a ne sudovi.[8]

Promatrano iz hrvatske perspektive, izazovi u primjeni Uredbe koja je po pravnoj snazi iznad zakona i izravno se primjenjuje, nalaze se moguće i u samoj jezičnoj neprikladnosti pojedinih dijelova Uredbe na hrvatskom jeziku, pa i onih koji se odnose na načelo (po)dijeljene nadležnosti i pravo EPPO-a na preuzimanje predmeta. Zato je nadležnost EPPO-a i Uredbom propisani način izvršavanja nadležnosti EPPO-a u fokusu ovog rada.

II. NORMATIVNI I ORGANIZACIJI PREDUVJETI ZA FUNKCIONALNI POČETAK RADA EPPO-a

Organizacijski, Ured Europskog javnog tužitelja se ustrojava na središnjoj i decentraliziranoj razini. Središnja razina sastoji se od središnjeg ureda u Luksembourgu, kojeg čine Glavna europska tužiteljica, njezini zamjenici, po jedan europski tužitelj iz svake od 22 države članice koja sudjeluje u mehanizmu pojačane suradnje, upravni direktor, stalna vijeća te kolegij. Decentralizirana razina sastoji se od delegiranih europskih

[8] M. Bonačić: Ured europskog javnog tužitelja i hrvatsko kazneno pravosuđe: implementacijski... Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu (Zagreb), vol. 26, broj 2/2019, str. 655-667. Autor se referira na okolnost da je na međunarodnoj konferenciji „Integracija Ureda europskog javnog tužitelja u nacionalna kaznena pravosuđa: institucionalni, procesni i izazovi suradnje", održanoj u Zagrebu u travnju 2019. godine izneseno razmišljanje da sud utvrđuje je li u konkretnom predmetu EPPO ovlašteni tužitelj ili je to nacionalni državni odvjetnik te da donosi presudu kojom odbija optužbu jer ne postoji zahtjev ovlaštenog tužitelja.

tužitelja koji djeluju kao tužitelji EPPO-a u svojim državama članicama te, uz posebne ovlasti i položaj koji su im dodijeljeni i pod uvjetima utvrđenima u Uredbi, imaju iste ovlasti kao nacionalni tužitelji. Oni su sastavni dio EPPO-a, ali su i dalje integrirani u svoje nacionalne pravne sustave i nacionalne strukture tužiteljstva.

Uvodno spomenuti datum stupanja na snagu Uredbe 20. studenog 2017. važan je jer, slijedom odredbe članka 120. Uredbe, dan od kada će EPPO postati funkcionalan u izvršavanju svoje nadležnosti nije mogao biti prije 20. studenog 2020, što je zakonodavac predvidio kao minimalno vrijeme potrebno za ostvarivanje osnovnih preduvjeta za stvarni početak rada.

Prema Uredbi, EPPO će započeti s radom od dana kojeg odredi Europska komisija svojom odlukom donesenom na prijedlog glavne europske tužiteljice, što će biti objavljeno u Službenom listu EU. Od toga će dana, očekivano u vrlo bliskoj budućnosti, to novo tužiteljsko tijelo Europske unije u sudjelujućim državama članicama započeti s ostvarivanjem svojih ovlasti kaznenog progona počinitelja kaznenih djela za koja je sukladno Uredbi stvarno, mjesno i vremenski nadležan.

Od stupanja Uredbe na snagu poduzete su intenzivne aktivnosti na razini EU i u sudjelujućim državama članicama radi ostvarivanja nužnih pretpostavki za funkcioniranje ovog novog tužiteljskog tijela.

Na zakonodavnom planu u području materijalnog prava, do 6. lipnja 2019. sudjelujuće države članice implementirale su PIF Direktivu u svoja nacionalna zakonodavstva i time su u području materijalnog kaznenog prava harmonizirale i unificirale područje zaštite imovinskih interesa EU, usklađivanjem definicija, sankcija i rokova zastare kaznenih djela koja utječu na financijske interese EU.

PIF Direktiva ujedno definira koja su kaznena djela u stvarnoj nadležnosti EPPO-a. Stvarna nadležnost EPPO-a u bitnome odnosi se na prekogranične prijevare s PDV-om koje uključuju ukupnu štetu od najmanje 10.000.000,00 EUR-a, ostale vrste prijevara koje utječu na financijske interese EU, korupcija koja šteti ili bi mogla oštetiti financijske interese EU, zlouporabe vezane za EU fondove počinjene od strane javnog službenika, pranje novca i organizirani kriminal, kao i druga kaznena djela neraskidivo povezana s jednom od prethodnih kategorija. Uredba pak propisujući način izvršavanja nadležnosti definira niz iznimki od navedenog.

Što se tiče provedbe Uredbe u sudjelujućim državama, zbog svoje pravne snage Uredbu nije potrebno prenositi u nacionalne sustave. Uredba je u cijelosti obvezujuća za države članice koje sudjeluju u pojačanoj suradnji i u tim se državama izravno primjenjuje. Nadređenost prava EU nacionalnim pravima država članica nije sporna. Stoga, ako je neko pitanje uređeno i nacionalnim pravom i Uredbom, tada prvenstvo ima Uredba.

Unatoč izravnoj primjenjivosti Uredbe i njegovoj nadređenosti nacionalnom pravnom poretku, kako Uredba u nizu odredbi upućuje na primjenu nacionalnog zakonodavstva, dakle prava države članice čiji delegirani europski tužitelj vodi predmet, u ovom trenutku u gotovo svim državama[9] koje sudjeluju u pojačanoj suradnji izvršene su prilagodbe domaćih pravnih sustava u pitanjima organizacijske i procesne naravi kako bi se Uredba mogla izravno primijeniti.

U trenutku pisanja ovog rada, na razini EU i u većini sudjelujućih država članica riješena su normativna pitanja procesne i organizacijske prirode za primjenu Uredbe te u većoj ili manjoj mjeri i tehnički preduvjeti za rad kao obveza svake sudjelujuće države članice. Međutim i nadalje se poduzimaju intenzivne aktivnosti radi ostvarivanja nužnih pretpostavki za početak funkcionalnog početka rada i to u ključnim pitanjima decentralizirane razine, jer postupak izbora i imenovanje europskih delegiranih tužitelja još nije okončan. Prema javno dostupnim podacima od 8. travnja 2021. EPPO još nije zaprimio prijedloge kandidata europskih delegiranih tužitelja iz Austrije, Cipra, Finske, Grčke, Italije, Latvije, Luxemburga, Malte, Slovenije i Španjolske[10].

Na razini Europske unije, od stupanja na snagu Uredbe, provedene su sve nužne radnje u svrhu ostvarivanja pretpostavki za početak rada tog novog tužiteljskog tijela. Imenovana je glavna europska tužiteljica[11], europski tužitelji[12] i ustrojen kolegij[13], imenovani delegirani europski tužitelji u većini država, zaposlen administrativni direktor EPPO-a i dio administrativno-tehničkog osoblja, u funkciju stavljena prva verzija (1.0) *Case Managment System-a* (CMS).

[9] U trenutku pisanja ovog rada provedbeni propis nije stupio na snagu u Republici Austriji

[10] Na poveznici dostupno aktualno stanje https://www.eppo.europa.eu/news/european-delegated-prosecutors-overview-country

[11] 14. listopada 2019. Vijeće je imenovalo prvu glavnu europsku tužiteljicu, Lauru Codrutu Kövesi, koja je nekoliko dana kasnije i potvrđena od Europskog Parlamenta

[12] 27. srpnja 2020. Vijeće je imenovalo 22 europska tužitelja, po jednog iz svake sudjelujuće države članice

[13] Europski tužitelji i Glavna europska tužiteljica dali su svečanu prisegu pred Sudom EU 28. rujna 2020.

Postupak implementacije Uredbe na razini EU, u kaznenopravnom dijelu uključuje donošenje internih akata EPPO-a. Kolegij EPPO-a donio je Unutarnji poslovnik Ureda europskog javnog tužitelja, koji je objavljen u Službenom listu Europske unije 21.1.2021. broj 2021/C 22/03 (dalje u tekstu Poslovnik EPPO-a)[14].

Poslovnik EPPO-a nastavno na odredbe Uredbe, uređuje sva ključna unutarnja pravila operativnog postupanja EPPO-a, centralne i decentralizirane razine. Od načina funkcioniranja centralizirane razine EPPO-a i odnosa s decentraliziranom razinom, načina donošenja odluka te pravila u pogledu vođenja predmeta u CMS-u, posebnom elektronskom sustavu vođenja predmeta. Ne dovodeći u pitanje odredbe nacionalnog prava koje se primjenjuju na predmet, spisi predmeta EPPO-a organiziraju se i vode u skladu s ovim poslovnikom kako bi se osiguralo pravilno funkcioniranje EPPO-a kao jedinstvenog ureda.

Između ostaloga, a važno za temu ove analize, kako je Uredba ovlast za propisivanje niza važnih pitanja u području izvršavanja nadležnosti EPPO-a prepustila kolegiju, članak 11. Poslovnika uređuje postupak donošenja smjernica kolegija iz članka 10. stavka 7., članka 24. stavka 10., članka 27. stavka 8., članka 34. stavka 3 i članka 40. stavka 2. Uredbe.

Smjernice kolegija važni su izvori koji bi trebali dati jasne odgovore o nizu praktičnih pitanja koja se tiču izvršavanja nadležnosti EPPO za kaznena djela iz njegove nadležnosti i alata za provođenje jedinstvene kaznenopravne politike u 22 sudjelujuće države.

PROVEDBA UREDBE U REPUBLICI HRVATSKOJ

U cilju provedbe Uredbe, u Republici Hrvatskoj donijet je Zakon o provedbi Uredbe Vijeća (EU) 2017/1939 od 12. listopada 2017. o provedbi pojačane suradnje u vezi s osnivanjem Ureda europskog javnog tužitelja („EPPO")[15]. Taj Zakon stupa na snagu s danom stupanja na snagu Odluke Europske komisije iz članka 120. stavka 2. Uredbe o početku funkcionalnog rada EPPO-a.

Iz obrazloženja Prijedloga Zakona o provedbi Uredbe Vijeća (EU) 2017/1939 od 12. listopada 2017. o provedbi pojačane suradnje u vezi s osnivanjem Ureda europskog javnog tužitelja („EPPO") proizlazi da se zakonodavac, umjesto parcijalnih izmjena i dopuna nekolicine važećih nacionalnih propisa, u cilju ekonomičnosti i efikasnosti odlučio za donošenje novog jedinstvenog provedbenog propisa koji rješava sva ključna pitanja organizacijske i procesne naravi i stvara nužne preduvjete za uspostavu okvira za rad EPPO-a u Republici Hrvatskoj, prvenstveno njegove decentralizirane razine (delegirani europski tužitelji) .[16]

Ovim Zakonom u kaznenopravni sustav Republike Hrvatske uvodi se postojanje nove kategorije ovlaštenih tužitelja. Radi se o delegiranim europskim tužiteljima koji će biti aktivni članovi sustava državnog odvjetništva u Republici Hrvatskoj, integrirani u strukturu Ureda za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta kroz Odjel delegiranih europskih tužitelja. Profesionalna kvalifikacija/status potreban za kandidate za delegirane europske tužitelje – propisana je člankom 7. Pravilnika o uvjetima i postupku predlaganja kandidata za imenovanje delegiranih europskih tužitelja (Narodne novine br. 139/2020). U ovom trenutku 2 delegirana europska tužitelja u Republici Hrvatskoj biti će zaduženi za istrage i kazneni progon u predmetima iz materijalne, vremenske, teritorijalne i osobne nadležnosti EPPO-a.

Definicija ovlasti europskih delegiranih tužitelja propisana je člankom 5. Zakona. Navedenim člankom, delegiranim europskim tužiteljima u predmetima za kaznena djela iz nadležnosti EPPO-a osiguran je položaj ovlaštenog tužitelja kojem pripadaju sve procesne ovlasti i dužnosti koje po Zakonu o kaznenom postupku, Zakonu o Uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta u predmetima za kaznena djela iz članka 21. Zakona o uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta i drugim propisima pripadaju državnom odvjetniku, osim ako ovim Zakonom nije drugačije određeno. U svrhu ostvarenja pravosudne suradnje s državama članicama Europske unije, odnosno međunarodne pravne pomoći s trećim državama, delegirani europski tužitelji u predmetima za kaznena djela iz nadležnosti Ureda europskog javnog tužitelja ovlašteni su za poduzimanje svih radnji koje nadležna državna odvjetništva poduzimaju temeljem Zakona o pravosudnoj suradnji u kaznenim stvarima s državama članicama Europske unije te Zakona o međunarodnoj

[14] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:32017R1939

[15] Narodne novine 146/2020

[16] Prijedlog Zakona o provedbi Uredbe Vijeća (EU) 2017/1939 od 12. listopada 2017. o provedbi pojačane suradnje u vezi s osnivanjem Ureda europskog javnog tužitelja („EPPO"), s Konačnim prijedlogom zakona.

pravnoj pomoći u kaznenim stvarima. Stavkom 5. istog članka propisuje se da će ovlaštenja i dužnosti iz prethodnih dvaju stavaka pripadati i europskom tužitelju, kada on sam, sukladno Uredbi Vijeća (EU) 2017/1939, poduzima postupovne radnje.

Nadalje, propisana je stvarna i mjesna nadležnost i sastav suda pred kojima će delegirani europski tužitelji postupati. Uvažavajući komparativna rješenja drugih država članice Europske unije koje sudjeluju u mehanizmu pojačane suradnje i s obzirom na veličinu teritorija Republike Hrvatske uspostavljena je stvarna i mjesna nadležnost samo jednoga suda – Županijskog suda u Zagrebu, koji će suditi u prvom stupnju u svim predmetima u kojima će optužbu zastupati delegirani europski tužitelji. Jedinu iznimku od navedenog predstavljaju kazneni predmeti maloljetnika i mlađih punoljetnika za kaznena djela iz nadležnosti Ureda europskog javnog tužitelja u kojima će postupati delegirani europski tužitelji, a suditi sudovi za mladež.

Također se ovlasti i dužnosti višeg državnog odvjetnika propisane Zakonom o kaznenom postupku/11 u predmetima za kaznena djela iz nadležnosti Ureda europskog javnog tužitelja dodjeljuju Uredu europskog javnog tužitelja, kao i pojedine ovlasti i dužnosti Glavnog državnog odvjetnika Republike Hrvatske sukladno ZKP-u i Zakonu o Uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta.

Nadalje, uvažavajući činjenicu kako Uredba sukladno članku 13. stavku 3. predviđa mogućnost da delegirani europski tužitelji obavljaju i poslove nacionalnog tužitelja, u mjeri u kojoj ih to ne sprječava u ispunjavanju njihovih obveza, propisan je način na koji će Republika Hrvatska Uredu europskog javnog tužitelja nadoknađivati iznos za posao koji će delegirani europski tužitelji obaviti u okviru poslova nacionalnog tužitelja.

Uredba zahtijeva od država članica koje sudjeluju u mehanizmu pojačane suradnje da odrede nadležna nacionalna tijela za izvršavanje određenih propisanih zadaća. Ovim Zakonom propisana je, sukladno članku 25. stavku 6. Uredbe ovlast Glavnog državnog odvjetnika Republike Hrvatske kao nadležnog tijela za rješavanje sukoba nadležnosti između nacionalnog tužiteljstva i EPPO-a. Također je propisano da je ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa nositelj dužnosti obavješćivanja iz članka 117. Uredbe Vijeća (EU) 2017/1939.

Nadalje, propisana je ovlast Glavnog europskog tužitelja na pokretanje stegovnog postupka pred Državnoodvjetničkim vijećem zbog počinjenog stegovnog djela delegiranog europskog tužitelja, a vezano uz njegov rad na predmetima iz nadležnosti EPPO-a. Iako Uredba Vijeća u članku 17. stavku 4. dopušta mogućnost da država članica provede stegovni postupak protiv delegiranog europskog tužitelja, zbog razloga koji su povezani s njegovim odgovornostima na temelju Uredbe, uz pristanak Glavnog europskog tužitelja, potrebno je ovlastiti i Glavnog europskog tužitelja da sam inicira stegovni postupak pred nadležnim nacionalnim tijelom. Ovo prvenstveno iz razloga kako bi se, sukladno članku 500. stavku 3. ZKP-a, mogao podnijeti zahtjev za obnovu kaznenog postupka kad je do propuštanja roka iz članka 230. stavka 1. ZKP-a došlo zbog stegovnog djela delegiranog europskog tužitelja, a preduvjet za takvu obnovu postupka predstavlja utvrđenje stegovnog djela odlukom Državnoodvjetničkog vijeća.

Donošenjem ovog Zakona osigurali su se u pravnom poretku Republike Hrvatske uvjeti za izravnu primjenu Uredbe i time normativni preduvjeti za početak rada delegiranih europskih tužitelja u Republici Hrvatskoj.

III. NADLEŽNOST EPPO-a I IZVRŠAVANJE NADLEŽNOSTI EPPO-a

Materijalnu, vremensku, teritorijalnu i osobnu nadležnost EPPO-a uređuje Uredba i nacionalno kazneno materijalno pravo u koje je transponirana PIF Direktiva. EPPO je u pravilu nadležan za kaznena djela počinjena:

- u vremenu od 20. studenog 2017. nadalje[17], osim u slučajevima u kojima je istraga dovršena i podignuta je optužnica[18]
- koja su počinjena protiv financijskih interesa Unije, tzv. kaznena djela PIF, te potom s njima neodvojivo povezana djela i kaznena djela u vezi sa sudjelovanjem u zločinačkoj organizaciji ako je u središtu kriminalnih aktivnosti počinjenje djela protiv financijskih interesa Unije.[19]
- na teritoriju jedne ili više država članica ili ako ih je počinio državljanin države članice, pod uvjetom da su takva kaznena djela pod sudbenošću države članice kada su počinjena izvan njezina državnog po-

[17] Članak 120. stavak 2. Uredbe

[18] Članak 27. stavak 7. Uredbe

[19] Članak 22. Materijalna nadležnost EPPO-a

područja; ili ako ih je izvan državnih područja država članica počinila osoba koja je u trenutku počinjenja kaznenog djela podlijegala Pravilniku o osoblju ili Uvjetima zaposlenja, pod uvjetom da su takva kaznena djela pod sudbenošću neke države članice kada su počinjena izvan njezina državnog područja.[20]

Uredba u odredbama o izvršavanju nadležnosti EPPO-a za kaznena djela iz njegove stvarne nadležnosti propisuje niz iznimki. Tim se odredbama izvršavanje nadležnosti na razini Unije uspostavlja samo za teške oblike kaznenih djela na štetu financijskih interesa Europske unije, odnosno u slučajevima ispunjavanja Uredbom propisanih pretpostavki.

Odredbe o izvršavanju nadležnosti daju odgovor na pitanje u kojim će kaznenim predmetima na štetu financijskih interesa EU, EPPO doista i postupati izvršavajući svoju nadležnost iz članka 22. i 23. Uredbe.

1. MATERIJALNA NADLEŽNOST EPPO-a

Uredba propisujući stvarnu nadležnost EPPO-a upućuje na nacionalna zakonodavstva i način na koji je PIF direktiva provedena u nacionalnim zakonodavstvima uz niz iznimki.

EPPO je nadležan:

1. za kaznena djela koja utječu na financijske interese Unije koja su predviđena u PIF direktivi, kako je provedena u nacionalnom pravu, bez obzira na to bi li se to kažnjivo postupanje u skladu s nacionalnim pravom moglo klasificirati kao druga vrsta kaznenog djela.
   Člankom 22. st. 1. Uredbe propisano je ograničenje materijalne nadležnosti Ureda u odnosu na kaznena djela iz čl. 3. st. 2. t. (d) PIF direktive, a riječ je o svakoj radnji ili propuštanju u odnosu na prihod koji proizlazi iz vlastitih sredstava na temelju PDV-a koji su počinjeni u prekograničnim tzv. kružnim prijevarama s PDV-om. Kod ovih kaznenih djela EPPO je nadležan samo ako su radnje ili propuštanja počinjeni s namjerom, povezani s državnim područjem dviju ili više država članica i ako su uzrokovali ukupnu štetu od najmanje 10 milijuna eura.
   Valja napomenuti, prema članku 18. st. 4.(a) Direktive PIF ocjena o primjerenosti praga od deset milijuna eura biti će predmetom izvješća koje Komisija treba podnijeti do 6. srpnja 2022. Europskom parlamentu i Vijeću na temelju statističkih podataka koje će podnijeti države članice.
2. za kaznena djela u vezi sa sudjelovanjem u zločinačkoj organizaciji kako je definirano u Okvirnoj odluci Vijeća 2008/841/PUP kako je provedena u nacionalnom pravu, ako je u središtu kriminalnih aktivnosti takve zločinačke organizacije počinjenje nekog od kaznenih djela propisanih čl. 22. st. 1. Uredbe.
3. za svako drugo kazneno djelo koje je neodvojivo povezano s kažnjivim postupanjem obuhvaćenim čl. 22. st. 1. Uredbe.
   Sukladno PIF direktivi EPPO je nadležan i za kaznena djela pranja novca kako su opisana u članku 1. stavku 3. PIF direktive ako je predikatno djelo neko od kaznenih djela iz PIF direktive, za kaznena djela primanja i davanja mita koje ima ili je moglo imati za posljedicu štetu po financijske interese EU, za pronevjeru koja iz perspektive hrvatskog kaznenog materijalnog prava obuhvaća i zlouporabu položaja i ovlasti. Sve ovo pod uvjetom da su ova kaznena djela počinjena od strane službene ili odgovorne osobe (prema PIF direktivi „javnog službenika“) ili prema službenoj ili odgovornoj osobi.

EPPO nije nadležan (čl. 22. st. 4. Uredbe):

– za kaznena djela povezana s nacionalnim izravnim porezima (porez na dohodak, dobit, kapital), uključujući kaznena djela koja su s njima neodvojivo povezana.

U hrvatskom pravnom sustavu, pod uvjetom da su kaznena djela počinjena s namjerom prouzročenja štete financijskim interesima Europske unije, odnosno da je istima prouzročena šteta financijskim interesima Europske unije, može se raditi o kaznenom djelu subvencijske prijevare iz čl. 258. KZ, pronevjere iz čl. 233. KZ, utaje iz čl. 232. KZ, prijevare u gospodarskom poslovanju iz čl. 247, zlouporabe povjerenja u gospodarskom poslovanju iz čl. 246. KZ-a u stjecaju sa subvencijskom prijevarom, primanja mita u gospodarskom poslovanju iz članka 252. KZ, davanja mita u gospodarskom poslovanju iz članka 253. KZ, zlouporabe u postupku javne nabave iz članka 254. KZ, utaje poreza ili carine iz čl. 256. KZ (počinjena u vezi sa utajom PDV-a sa međunarodnim elementom, odnosno da je uz Republiku Hrvatsku uključena barem još jedna država članica EPPO-a, i da ukupna imovinska šteta za proračun Republike Hrvatske i proračune drugih zemalja iznosi najmanje 10

[20] Članak 23. Teritorijalna i osobna nadležnost EPPO-a

milijuna eura), zlouporabe položaja i ovlasti iz članka 291. KZ, nezakonitog pogodovanja iz članka 292. KZ, primanje mita iz članka 293. KZ, davanje mita iz članka 294. KZ, pranje novca iz članka 265. KZ (počinjeno u svezi s nekim od navedenih kaznenih djela), zločinačko udruženje iz čl. 328. KZ i počinjenje kaznenog djela u sastavu zločinačkog udruženja iz čl. 329. KZ (ako je cilj zločinačkog udruženja počinjenje jednog ili više kaznenih djela na štetu financijskih interesa EU za koja je nadležan EPPO).

Od početka funkcionalnog rada EPPO-a, nadležna tijela sudjelujućih država članica prema načelu lojalne suradnje u skladu s odredbom članka 24. stavak 2. Uredbe biti će dužna obavijestiti EPPO o svim predmetima u kojima je u tijeku istraga/izvidi zbog kaznenih djela iz moguće nadležnosti EPPO koja su počinjena nakon 20. studenog 2017, a kako bi EPPO sukladno svojim ovlastima propisanim u članku 27. Uredbe odlučio o izvršavanju svoje nadležnosti.

2. IZVRŠAVANJE NADLEŽNOSTI

Uredba propisujući načine na koji EPPO izvršava svoju nadležnost razlikuje dvije situacije, s različitim postupanjima, ovisno o tome da li je nacionalno pravosudno tijelo ili tijela detekcije (*law enforcement* prema Uredbi) već započelo izvide/istragu u nekom predmetu ili nisu.

Prema članku 25. stavku 1. Uredbe EPPO izvršava svoju nadležnost na dva načina:

- pokretanjem istrage prema članku 26. Uredbe – odnosi se na slučajeve u kojima je prijavu zaprimio neposredno EPPO sukladno čl. 24. st. 1. Uredbe,
- odlukom da iskoristi svoje pravo na preuzimanje predmeta iz članka 27. Uredbe, što se odnosi na slučajeve u kojima je nacionalno tijelo već započelo postupanje u nekom predmetu.

Odredbe Uredbe o izvršavanju nadležnosti EPPO-a propisuju izuzetke od pravila o nadležnosti EPPO-a iz članka 22. Uredbe i sadrže pravila o kompleksnom odnosu EPPO-a i nacionalnih tužiteljstava, koji počiva na načelu lojalne suradnje i (po)dijeljene nadležnosti EPPO-a i nacionalnih tijela, a taj je odnos snažno determiniran pravom EPPO-a na preuzimanje predmeta u kojima je nacionalno tijelo već započelo postupanje.

Načelo lojalne suradnje između dva tijela kaznenog progona, EPPO-a i nacionalnog tužiteljstva, podrazumijeva sukladno čl. 14. Recitala međusobnu podršku i obavještavanje kako bi učinkovito suzbijali kaznena djela iz nadležnosti EPPO-a. To nije deklarirano samo na načelnoj razini, nego i detaljno razrađeno u nizu odredbi koje propisuju slučajeve obveznog i fakultativnog obavještavanja ili savjetovanja EPPO-a i nacionalnih tijela kaznenog progona.

PREDMETI U KOJIMA EPPO U PRAVILU NEĆE IZVRŠAVATI SVOJU NADLEŽNOST

Odredbe o izvršavanju nadležnosti propisuju vrste predmeta iz članka 22. Uredbe u kojima EPPO u pravilu neće izvršavati svoju nadležnost, nego će istragu i/ili kazneni progon u pravilu, premda ne i nužno voditi nacionalna tužiteljska tijela.

Uredba u članku. 25. stavak 2. propisuje da EPPO u pravilu neće izvršavati svoju nadležnost ako je kaznenim djelom obuhvaćenim člankom 22. prouzročena ili bi mogla biti prouzročena šteta financijskim interesima Unije u iznosu manjem od 10 000 EUR. U tim slučajevima EPPO može svoju nadležnost izvršiti samo ako:

(a) predmet ima posljedice na razini Unije zbog kojih je potrebno da EPPO provede istragu; ili

(b) postoje razlozi za sumnju da su kazneno djelo počinili dužnosnici ili drugi službenici Unije ili članovi institucija Unije.

O postojanju navedenih okolnosti EPPO se prema potrebi savjetuje s nadležnim nacionalnim tijelima ili tijelima Unije kako bi utvrdio jesu li ispunjeni kriteriji utvrđeni u točkama (a) i (b).

Nadalje, EPPO se uzdržava od izvršavanja svoje nadležnosti u pogledu svih kaznenih djela obuhvaćenih člankom 22. te, nakon savjetovanja s nadležnim nacionalnim tijelima, predmet bez nepotrebne odgode upućuje tim tijelima u skladu s člankom 34. ako je:

(a) najviša sankcija predviđena nacionalnim pravom za kazneno djelo obuhvaćeno člankom 22. stavkom 1. jednaka najvišoj sankciji za neodvojivo povezano kazneno djelo kako je navedeno u članku 22. stavku 3. ili blaža od nje, osim ako se tim potonjim kaznenim djelom doprinijelo počinjenju kaznenog djela obuhvaćenog člankom 22. stavkom 1.

(b) postoji razlog za pretpostavku da šteta koja je kaznenim djelom, kako je navedeno u članku 22., prouzročena ili bi mogla biti prouzročena financijskim interesima Unije nije veća od štete koja je prouzročena ili bi mogla biti prouzročena drugoj žrtvi.

Točka (b) ne primjenjuje se na kaznena djela iz članka 3. stavka 2. točki (a), (b) i (d) Direktive (EU) 2017/1371, kako je provedena u nacionalnom pravu.

No, EPPO ipak može, *uz suglasnost nadležnih nacionalnih tijela*, izvršavati svoju nadležnost za kaznena djela iz članka 22., u predmetima koji bi inače bili isključeni zbog primjene stavka 3. točke (b) članka 25. Uredbe, ako se pokaže da je EPPO u boljem položaju za provedbu istrage ili kaznenog progona.

U svjetlu ovih pravila Uredbe, u slučaju neslaganja između EPPO-a i nacionalnih tijela kaznenog progona u pogledu toga je li kažnjivo postupanje obuhvaćeno člankom 22. stavkom 2. (zločinačka organizacija) ili stavkom 3. (neodvojivo povezana kaznena djela s PIF kaznenim djelima) ili člankom 25. stavkom 2. (šteta financijskim interesima Unije u iznosu manjem od 10 000 EUR) ili stavkom 3. (kriterij propisanih sankcija predviđen nacionalnim pravom/kriterij štete za proračun EU i drugim žrtvama), o dodjeli nadležnosti u vezi s kaznenim progonom u tom predmetu države članice određuju nacionalno tijelo koje će odlučivati o dodjeli nadležnosti.

U Republici Hrvatskoj to je ovlast glavnog državnog odvjetnika Republike Hrvatske. Odluka glavnog državnog odvjetnika Republike Hrvatske o dodjeli nadležnosti konačna je odluka po tom pitanju na nacionalnoj razini i posljedično određuje i nadležnost suda.

Naime, odluka o izvršavanju nadležnosti za kaznena djela iz čl. 22. Uredbe, niz iznimki od pravila, mogućnost dogovora između EPPO-a i nadležnih nacionalnih tijela kaznenog progona da će EPPO postupati i u slučajevima u kojima EPPO u pravilu ne bi postupao, te posebno specifičnost izvršavanja nadležnosti EPPO-a preuzimanjem predmeta od nacionalnih tijela po čl. 27. Uredbe, jasno ukazuje da Uredbom propisana tužiteljska odluka o izvršavanju nadležnosti određuje i nadležnost suda i ne može biti preispitivana u pitanju – da li u pojedinom slučaju konkurentne nadležnosti postoji optužba ovlaštenog tužitelja.

To zato što su sukladno Uredbom uvedenom sustavu (po)dijeljene nadležnosti u tim slučajevima kaznenih predmeta na štetu financijskih interesa Europske unije sukladno Uredbi moguće nadležna oba tijela, a koje će tijelo postupati, da li delegirani europski tužitelj ili nacionalno tijelo kaznenog progona, na Uredbi je utemeljena tužiteljska odluka. O neslaganju u tom pitanju između EPPO-a i nacionalnog tijela kaznenog progona odlučuje glavni državni odvjetnik Republike Hrvatske i to je na nacionalnoj razini konačna odluka o izvršavanju nadležnosti, ne isključujući mogućnost da se eventualno sporna pitanja između EPPO-a i nacionalnog tužiteljstva koje se tiču primjene prava Unije riješe pred Sudom Europske unije postavljanjem zahtjeva za prethodnu odluku.[21]

2.1. IZVRŠAVANJE NADLEŽNOSTI POKRETANJEM ISTRAGE

Članak 26. stavak 1. Uredbe predviđa da će EPPO pokrenuti istragu kad postoje opravdani razlozi za vjerovanje da je počinjeno kazneno djelo iz njegove nadležnosti. Istraga, uvažavajući različite procesne režime sudjelujućih država članica, nesporno se u procesnom smislu odnosi na sve faze postupanja prije podnošenja optužnice, što se u hrvatskom procesnom pravu odnosi na izvide kaznenih djela/istraživanje/ istragu.

U skladu s člankom 24. stavkom 1. Uredbe institucije, tijela, uredi i agencije Unije i tijela država članica nadležna prema mjerodavnom nacionalnom zakonu bez nepotrebnog odgađanja prijavit će EPPO-u svaki slučaj u vezi s kojim bi EPPO mogao izvršavati svoju nadležnost u skladu s člankom 22., člankom 25. stavcima 2. i 3.

Poštivanje obveze izvješćivanja ključno je za dobro funkcioniranje EPPO-a i tu je obvezu sukladno načelu lojalne suradnje nužno široko tumačiti kako bi se osiguralo da nacionalna tijela izvješćuju o slučajevima u kojima procjena nekih kriterija nije moguća odmah (primjerice razina štete ili primjenjiva kazna).

Dakle, članak 24. stavak 1. Uredbe predviđa dostavu prijave izravno i isključivo EPPO-u za kaznena djela iz stvarne nadležnosti EPPO-a iz članka 22., uključujući iznimke iz članka 25. stavak 2. i 3. Uredbe i slučajeve u kojima postoji potencijalna konkurentna nadležnost EPPO-a i nacionalnih tužiteljstva.

[21] doc. dr. sc. Jakob Nakić, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet. Suradnik Akademije pravnih znanosti Hrvatske *„Može li državno odvjetništvo postaviti prethodno pitanje Sudu Europske unije?"*

Iako su institucije, tijela, uredi i agencije Unije i tijela država članica glavni izvori kaznenih prijava EPPO može primati izravne informacije iz drugih izvora, poput pritužbi fizičkih i pravnih osoba, te nije isključeno da pokrene izvide/istragu na tom osnovu, jer članak 26. stavak 1. predviđa da će EPPO pokrenuti istragu kad postoje opravdani razlozi za vjerovanje da je počinjeno kazneno djelo iz njegove nadležnosti ne spominjući nijedan određeni izvor.

U slučaju kada je prijava zaprimljena u skladu s člankom 24. stavkom 1. EPPO će odlučiti o tome hoće li izvršiti svoju nadležnost pokretanjem istrage. U tom slučaju EPPO je jedino tijelo nadležno za procjenu treba li izvršavati svoju nadležnost.

To naravno ne dovodi u pitanje pravo nacionalnih vlasti na pravovremeno primanje informacija u svakom slučaju kada EPPO odluči pokrenuti slučaj, budući da je EPPO dužan te podatke dostaviti u skladu s člancima 25. stavkom 5. i 26. stavkom 7. Uredbe.

2.2. IZVRŠAVANJE NADLEŽNOSTI PREUZIMANJEM PREDMETA[22]

Osim izravnog primanja kaznenih prijava, EPPO može izvršavati svoju nadležnosti pravom na preuzimanje predmeta propisano člankom 27. Uredbe. Radi se o predmetima u kojima su nacionalna tijela već započela postupanje.

Kaznena djela iz stvarne nadležnosti EPPO-a i na način kako su propisana u nacionalnim zakonodavstvima 22 sudjelujuće države članice EU nisu nabrojana u „zatvorenom popisu kaznenih djela" i nisu uvijek odmah prepoznatljiva, nego će ovisiti o nizu činjenica. Primjerice, u korupcijskom predmetu povezanom s

[22] Članak 27. Pravo na preuzimanje predmeta (Right of evocation)

1. Po primitku svih relevantnih informacija u skladu s člankom 24. stavkom 2. EPPO odluku o tome hoće li ostvariti svoje pravo na preuzimanje predmeta donosi što je prije moguće, a najkasnije pet dana nakon primitka informacija koje su dostavila nacionalna tijela, te o toj odluci obavješćuje nacionalna tijela. Glavni europski tužitelj može u konkretnom slučaju donijeti obrazloženu odluku o produljenju roka za najviše pet dana te o tome obavješćuje nacionalna tijela.
2. Tijekom razdoblja iz stavka 1. nacionalna tijela uzdržavaju se od donošenja svih odluka na temelju nacionalnog prava čija bi posljedica moglo biti sprečavanje EPPO-a u ostvarivanju svojega prava na preuzimanje predmeta. Nacionalna tijela poduzimaju sve hitne mjere koje su potrebne na temelju nacionalnog prava kako bi osigurala djelotvornu istragu i djelotvoran kazneni progon.
3. Ako EPPO za činjenicu da su istragu o kaznenom djelu za koje bi mogao biti nadležan već pokrenula nadležna tijela države članice ne dozna na temelju informacija iz članka 24. stavka 2., nego na neki drugi način, on o tome bez odgode obavješćuje ta tijela. Nakon što je propisno obaviješten u skladu s člankom 24. stavkom 2., EPPO odlučuje o tome hoće li ostvariti svoje pravo na preuzimanje predmeta. Odluku donosi u rokovima određenima u stavku 1. ovog članka.
4. EPPO se prema potrebi savjetuje s nadležnim tijelima dotične države članice prije donošenja odluke o tome hoće li ostvariti svoje pravo na preuzimanje predmeta.
5. Ako EPPO ostvaruje svoje pravo na preuzimanje predmeta, nadležna tijela država članica prenose spis EPPO-u i ne provode daljnje istražne radnje u pogledu istog kaznenog djela.
6. Pravo na preuzimanje predmeta utvrđeno u ovom članku može ostvarivati delegirani europski tužitelj iz svake države članice čija su nadležna tijela pokrenula istragu u pogledu kaznenog djela obuhvaćenog člancima 22. i 23.
   Ako delegirani europski tužitelj koji je dobio informacije u skladu s člankom 24. stavkom 2. razmatra mogućnost da ne ostvari pravo na preuzimanje predmeta, o tome obavješćuje nadležno stalno vijeće posredstvom europskog tužitelja iz svoje države članice s ciljem omogućivanja stalnom vijeću da donese odluku u skladu s člankom 10. stavkom 4.
7. Ako se EPPO uzdrži od izvršavanja svoje nadležnosti, o tome bez nepotrebne odgode obavješćuje nadležna nacionalna tijela. Nadležna nacionalna tijela u bilo kojem trenutku tijekom postupka obavješćuju EPPO o svakoj novoj činjenici koja bi EPPO mogla potaknuti na ponovno razmatranje njegove odluke o neizvršavanju nadležnosti.
   EPPO može ostvariti svoje pravo na preuzimanje predmeta nakon primitka takvih informacija, pod uvjetom da nacionalna istraga još nije dovršena te da optužnica još nije podnesena sudu. Odluka se donosi u roku određenom u stavku 1.
8. Ako kolegij u pogledu kaznenih djela kojima je prouzročena ili bi mogla biti prouzročena šteta financijskim interesima Unije u iznosu manjem od 100 000 EUR smatra da s obzirom na težinu kaznenog djela ili složenost postupka u pojedinačnom slučaju nema potrebe za provedbom istrage ili kaznenog progona na razini Unije, u skladu s člankom 9. stavkom 2. izdaje opće smjernice kojima se delegiranim europskim tužiteljima omogućuje da neovisno i bez nepotrebne odgode odluče da neće preuzeti predmet. U smjernicama se uz sve potrebne detalje posebno navode okolnosti pod kojima se one primjenjuju, određivanjem jasnih kriterija te posebno uzimajući u obzir prirodu kaznenog djela, hitnost situacije i *obvezu* nadležnih nacionalnih tijela da poduzmu sve potrebne mjere kako bi se potpuno nadoknadila šteta prouzročena financijskim interesima Unije.
9. Kako bi se osigurala koherentna primjena smjernica, delegirani europski tužitelj obavješćuje nadležno stalno vijeće o svakoj odluci donesenoj u skladu sa stavkom 8., a svako stalno vijeće jedanput godišnje izvješćuje kolegij o primjeni smjernica.

namještanjem natječaja za dodjelu nekog posla vezano uz javnu nabavu, da li se radi o predmetu u kojem EPPO može izvršavati svoju nadležnost ovisiti će o strukturi financiranja projekta povezanog s predmetom nabave, za što je u velikom broju slučajeva potrebno provesti dodatne izvide, prikupiti poslovnu dokumentaciju iz raznih izvora i izvršiti analize koje su izvan okvira kaznenog djela primanja i davanja mita. Stoga, posve je izvjesno da će značajan broj predmeta iz moguće nadležnosti EPPO-a započeti postupanjem nacionalnih tijela i EPPO će svoju nadležnost izvršavati u predvidivo značajnom broju slučajeva preuzimanjem predmeta u kojem su izvide/istragu već započela nacionalna tijela.

Uredbom propisan sustav (po)dijeljene nadležnosti između EPPO-a i nacionalnih tijela u suzbijanju kaznenih djela koja utječu na financijske interese Unije, snažno je određen pravom EPPO-a na preuzimanje predmeta od nacionalnih pravosudnih tijela, u kojima su predmetima nacionalna tijela već započela postupanje poduzimanjem istrage/izvida. (Po)dijeljena nadležnost i pravo EPPO-a na preuzimanje predmeta, Uredbom je propisana tužiteljska odluka o izvršavanju nadležnosti kojom EPPO odlučuje hoće li u pojedinom predmetu iz svoje stvarne nadležnosti doista i izvršavati svoju nadležnosti ili istragu/odluku o poduzimanju kaznenog progona prepustiti nacionalnim tijelima tužiteljstva.

Pravni okvir kojim je regulirano pravo na preuzimanje predmeta sadržan je u članku 27. Uredbe koji propisuje pravila postupanja EPPO-a i načelne kriterije za donošenje odluke o preuzimanju predmeta. EPPO to svoje pravo može ostvariti samo dok istraga nije zatvorena i optužnica nije podnesena sudu. Kriteriji za odluku o preuzimanju predmeta kako je propisano Uredbom dalje se razrađuju Poslovnikom EPPO-a te očekivano i smjernicama kolegija koje će stalna vijeća i europski delegirani tužitelji primjenjivati odlučujući u ovom pitanju. Pridržavanjem tih smjernica kolegija i Uredbom i Poslovnikom propisanom sustavu kontrole nad tim odlukama i stalnih vijeća i delegiranog europskog tužitelja, osigurava se jedinstvena istražna i kaznena politika EPPO-a na jedinstven način u svim sudjelujućim državama.

Osim objektivnih kriterija kojim se EPPO vodi kod odluke o preuzimanju predmeta, poput prirode kaznenog djela i hitnosti situacije, Uredbom je uveden i element procjene EPPO-a o postupanju nadležnih nacionalnih tijela kako bi se potpuno nadoknadila šteta prouzročena financijskim interesima Unije. S tim u vezi, očekivano je da će kolegij izdati opće smjernice koje će uspostaviti jasne kriterije, polazeći od elemenata propisanih u članku 27. stavak 8. Uredbe.

Prema Uredbi postupanje prilikom odlučivanja hoće li EPPO preuzeti slučaj u vezi s kojim je nacionalno tijelo već pokrenulo kaznenu istragu, razlikuje se od onih koji se odnose na pokretanje istrage.

Nakon obavijesti nacionalnog tijela, do odluke EPPO-a o preuzimanju predmeta, nacionalno tijelo još uvijek može provoditi istražne radnje, budući da se – u skladu s člankom 27. stavkom 5. – nacionalno tijelo dužno suzdržati od provođenja daljnjih radnji istrage tek nakon što EPPO ostvari svoje pravo na preuzimanje predmeta. Nakon pružanja podataka predviđenih u članku 24. stavku 2. i prije nego što EPPO donese odluku o preuzimanju, nacionalno tijelo samo je spriječeno donijeti bilo kakvu odluku koja bi mogla imati učinak sprečavanja EPPO-a da izvrši svoje pravo na preuzimanje.

Uredbom je regulirano da po primitku svih relevantnih informacija u skladu s člankom 24. stavkom 2. EPPO odluku o tome hoće li ostvariti svoje pravo na preuzimanje predmeta donosi što je prije moguće, a najkasnije pet dana nakon primitka informacija koje su dostavila nacionalna tijela te o toj odluci obavješćuje nacionalna tijela. Glavni europski tužitelj može u konkretnom slučaju donijeti obrazloženu odluku o produljenju roka za najviše pet dana te o tome obavješćuje nacionalna tijela.

Tijekom tog razdoblja nacionalna tijela suzdržavaju se od donošenja svih odluka na temelju nacionalnog prava čija bi posljedica moglo biti sprečavanje EPPO-a u ostvarivanju svojega prava na preuzimanje predmeta. Nacionalna tijela poduzimaju sve hitne mjere koje su potrebne na temelju nacionalnog prava kako bi osigurala djelotvornu istragu i djelotvoran kazneni progon.

Ako EPPO za činjenicu da su istragu o kaznenom djelu za koje bi mogao biti nadležan već pokrenula nadležna tijela države članice ne dozna na temelju informacija iz članka 24. stavka 2., nego na neki drugi način, on o tome bez odgode obavješćuje ta tijela. Nakon što je propisno obaviješten u skladu s člankom 24. stavkom 2., EPPO odlučuje o tome hoće li ostvariti svoje pravo na preuzimanje predmeta, u rokovima određenima u stavku 1. članka 27. Uredbe.

EPPO se prema potrebi savjetuje s nadležnim tijelima države članice prije donošenja odluke o tome hoće li ostvariti svoje pravo na preuzimanje predmeta.

Ako EPPO ostvaruje svoje pravo na preuzimanje predmeta, nadležna tijela država članica prenose spis EPPO-u i ne provode daljnje istražne radnje u pogledu istog kaznenog djela.

Pravo na preuzimanje predmeta kako je propisano stavkom 6. članka 27. može ostvarivati delegirani europski tužitelj iz svake države članice čija su nadležna tijela pokrenula istragu u pogledu kaznenog djela obuhvaćenog člancima 22. i 23. Uredbe.

Međutim, posebno se Uredbom propisuju obveze delegiranog europskog tužitelja ako razmatra mogućnost da ne ostvari pravo na preuzimanje predmeta.

U tom slučaju delegirani europski tužitelj o tome obavješćuje nadležno stalno vijeće posredstvom europskog tužitelja iz svoje države članice kako bi stalno vijeće odlučilo u skladu s člankom 10. stavkom 4. Uredbe.

Ako se EPPO suzdrži od izvršavanja svoje nadležnosti, o tome bez nepotrebne odgode obavješćuje nadležna nacionalna tijela. Nadležna nacionalna tijela u bilo kojem trenutku tijekom postupka obavješćuju EPPO o svakoj novoj činjenici koja bi EPPO mogla potaknuti na ponovno razmatranje njegove odluke o neizvršavanju nadležnosti. EPPO može ostvariti svoje pravo na preuzimanje predmeta nakon primitka takvih informacija, pod uvjetom da nacionalna istraga još nije dovršena te da optužnica još nije podnesena sudu.

Nadalje, stavkom 8. članka 27. Uredbe na kolegij EPPO-a je prenesena ovlast da donošenjem smjernica uspostavi jasne kriterije prema kojima će delegirani europski tužitelji postupati i samostalno i bez nepotrebne odgode odlučiti da neće preuzeti predmet u slučajevima u kojima je prouzročena ili bi mogla biti prouzročena šteta financijskim interesima Unije u iznosu manjem od 100 000 EUR i u kojima s obzirom na težinu kaznenog djela ili složenost postupka u pojedinačnom slučaju nema potrebe za provedbom istrage ili kaznenog progona na razini Unije.

U smjernicama će se odrediti jasni kriteriji za postupanje delegiranih europskih tužitelja, posebno uzimajući u obzir Uredbom okvirno propisane kriterije: prirodu kaznenog djela, hitnost situacije, te predanost[23] nadležnih nacionalnih tijela da poduzmu sve potrebne mjere kako bi se potpuno nadoknadila šteta prouzročena financijskim interesima Unije.

Svakako, kako bi se osigurala koherentna primjena Smjernica, delegirani europski tužitelj obavješćuje nadležno stalno vijeće o svakoj odluci donesenoj u skladu sa stavkom 8., a svako stalno vijeće jedanput godišnje izvješćuje Kolegij o primjeni smjernica.

PRAVO EPPO-a NA PREUZIMANJE PREDMETA IZ HRVATSKE PERSPEKTIVE

Kao što je već istaknuto, osnovno načelo odnosa EPPO-a i nacionalnih tužiteljskih tijela je načelo lojalne suradnje i Uredbom propisan sustav (po)dijeljene nadležnosti *(shared competence)* EPPO-a i nacionalnih tužiteljskih tijela, koji je snažno određen pravom EPPO-a na preuzimanje predmeta (*right of evocation of the EPPO*).

Predvidivo, u značajnom broju predmeta obzirom na imovinske cenzuse i druge okolnosti tužitelji u slučaju kaznenih djela na štetu financijskih interesa EU mogu biti i EPPO i nacionalna tužiteljstva.

U sustavu (po)dijeljene nadležnosti, pravo na preuzimanje predmeta od nacionalnih tijela znači da u predmetima na štetu financijskih interesa EU, odluka EPPO-a kojom izvršava svoju nadležnost preuzimanjem predmeta ili pak prepuštanje predmeta nacionalnim tijelima, na Uredbi je utemeljena tužiteljska odluka i ne može biti preispitivana u pitanju – da li u pojedinom slučaju konkurentne nadležnosti postoji optužba ovlaštenog tužitelja.

Iz hrvatske perspektive, izazovi u primjeni ovog novog pravnog instituta nalaze se moguće u neprikladnom prijevodu pojma „*shared competence*" u točki 13 Recitala Uredbe kao „podijeljena nadležnost". Taj izraz jezično pogrešno sugerira smisao i pravni doseg Uredbom uspostavljenog odnosa EPPO-a i nacionalnih tijela. Umjesto nespretnog prijevoda „*shared competence* kao „podijeljena nadležnost", prikladnije je govoriti o dijeljenoj, konkurentnoj[24] nadležnosti EPPO-a i nacionalnih tijela kaznenog progona za kazneni progon počinitelja kaznenih djela na štetu financijskih interesa EU.

[23] „Commitment" u engleskom tekstu Uredbe, hrvatski tekst Uredbe u članku 27. st. 8. prevodi kao „obveza"

[24] M. Bonačić: Ured europskog javnog tužitelja i hrvatsko kazneno pravosuđe: implementacijski... Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu (Zagreb), vol. 26, broj 2/2019,

Pravno značenje pojma *shared competence, kao konkurentne nadležnosti jasno proizlazi iz usporedbe s npr. talijanskim tekstom* točke 13. Recitala Uredbe.

(13) | This Regulation provides for a system of **shared competence** between the EPPO and national authorities in combating crimes affecting the financial interests of the Union, based on the right of evocation of the EPPO.

(13) | Ovom Uredbom predviđa se sustav **podijeljene nadležnosti** između EPPO-a i nacionalnih tijela u suzbijanju kaznenih djela koja utječu na financijske interese Unije na temelju prava EPPO-a na preuzimanje predmeta (right of evocation of the EPPO).

(13) | Il presente regolamento prevede un sistema di **competenze concorrenti** tra l'EPPO e le autorità nazionali nella lotta ai reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione basato sul diritto di avocazione dell'EPPO.

Za pojam *shared competence* u ovom radu se koristiti izraz (po)dijeljena nadležnost čime se približno prati i tekst Uredbe na hrvatskom jeziku kako je objavljen u Službenom listu EU i približava smisao odnosa nacionalnih tužiteljskih tijela i EPPO-a, kao novine u našem kaznenom sustavu u vidu konkurentne nadležnosti EPPO-a i nacionalnih tijela kaznenog progona za kazneni progon počinitelja kaznenih djela na štetu financijskih interesa EU.

Nadalje, što se tiče prava na preuzimanje predmeta, u pogledu Uredbom propisanih osnovnih kriterija prema kojima će EPPO procjenjivati da li će preuzeti predmet ili ne, valja napomenuti daljnju neprikladnost hrvatskog teksta Uredbe u članku 27. stavku 8. Uredbe i to u prijevodu izraza „*commitment*" kao „obveza", iako je prikladniji izraz „predanost" nacionalnih tijela da poduzmu sve potrebne mjere kako bi se potpuno nadoknadila šteta prouzročena financijskim interesima Unije".

The guidelines shall specify, with all necessary details, the circumstances to which they apply, by establishing clear criteria, taking specifically into account the nature of the offence, the urgency of the situation and **the commitment** of the competent national authorities to take all necessary measures in order to fully recover the damage to the Union's financial interests.

U smjernicama se uz sve potrebne detalje posebno navode okolnosti pod kojima se one primjenjuju, određivanjem jasnih kriterija te posebno uzimajući u obzir prirodu kaznenog djela, hitnost situacije i **obvezu** nadležnih nacionalnih tijela da poduzmu sve potrebne mjere kako bi se potpuno nadoknadila šteta prouzročena financijskim interesima Unije.

Le direttive precisano, con tutti i dettagli necessari, le circostanze in cui esse si applicano, stabilendo criteri chiari, tenendo specificamente conto della natura del reato, dell'urgenza della situazione e **dell'impegno** delle autorità nazionali competenti nell'adottare tutte le misure necessarie per una riparazione integrale del danno agli interessi finanziari dell'Unione.

Zbog navedenih, ali i ne samo tih jezičnih neprikladnosti u tekstu Uredbe na hrvatskom jeziku, preporuka je praktičarima koristiti usporedni prikaz teksta Uredbe na više jezika i pažljivo tumačiti odredbe Uredbe u duhu cjeline zakonodavnog akta Europske unije i načela na kojima je utemeljena, ne pouzdajući se u potpunosti u prikladnost teksta Uredbe na hrvatskom jeziku.

IV. NAČELO LOJALNE SURADNJE

Odnos EPPO-a i nacionalnih tužiteljskih tijela utemeljen je na načelu lojalne suradnje. [25]

To načelo precizno je razrađeno Uredbom koja u nizu situacija propisuje savjetovanje (4 slučaja obveznog savjetovanja i 2 slučaja fakultativnog savjetovanja) i razmjenu podataka između EPPO-a i pravosudnih tijela država članica.

[25] Recital točka 14) S obzirom na načelo lojalne suradnje i EPPO i nadležna nacionalna tijela trebali bi se međusobno podupirati i obavješćivati kako bi učinkovito suzbijali kaznena djela iz nadležnosti EPPO-a.

1. OBVEZNO I FAKULTATIVNO SAVJETOVANJE

1. Uredba zahtijeva da EPPO i nadležno nacionalno tijelo prođu *obvezno savjetovanje* u 4 slučaja**:**
    1. Sukladno članku 25. stavku 3. Uredbe, prije nego što EPPO donese odluku o upućivanju slučaja nadležnom nacionalnom tijelu u skladu s člankom 34., EPPO će se savjetovati s nadležnim nacionalnim tijelom.
    2. Sukladno članku 25. stavku 4. Uredbe, kako bi EPPO mogao izvršavati svoju nadležnost, jer je u boljem položaju za istragu ili kazneni progon slučaja, koji bi inače bio isključen primjenom stavka 3. (b), uz pristanak nadležnog nacionalnog tijela.
    3. Sukladno članku 39. stavku 3. Uredbe, kada EPPO provodi istragu zbog međusobno povezanih kaznenih djela u skladu s člankom 22. stavkom 3., odbacit će slučaj samo nakon savjetovanja s nacionalnim vlastima dotične države članice prema članku 25. stavku 6.
    4. U skladu s člankom 40. stavkom 1. drugim podstavkom Uredbe, kada EPPO vodi postupak u vezi s kaznenim djelima iz točaka (a) i (b) članka 3. stavka 2. PIF Direktive i ako šteta koja je prouzročena ili bi mogla biti uzrokovana financijskim interesima Unije ne prelazi štetu koja je prouzročena ili bi mogla biti prouzročena drugoj žrtvi, delegirani europski tužitelj konzultirat će se s nacionalnim tijelima tužiteljstva prije nego što predloži primjenu pojednostavljenog postupka kaznenog progona.
2. Uredba zahtijeva od EPPO-a i nadležnog nacionalnog tijela da se, *prema potrebi, podvrgnu savjetovanju* u 2 slučaja**:**
    1. Sukladno članku 25. stavku 2. Uredbe, EPPO će se, prema potrebi, savjetovati s nadležnim nacionalnim tijelima (ili tijelima Unije) kako bi utvrdio jesu li ispunjeni kriteriji utvrđeni u točkama (a) i (b) prvog podstavka,
    2. Sukladno članku 27. stavku 4. Uredbe, EPPO će se, prema potrebi, savjetovati s nadležnim tijelima dotične države članice prije odluke hoće li ostvariti svoje pravo na preuzimanje predmeta.

Uredba ne daje nikakve naznake o značenju izraza „tamo gdje je to prikladno" i ne zahtijeva izdavanje smjernica u tom pogledu. EPPO će procijeniti situacije u kojima je savjetovanje s nadležnim nacionalnim tijelom prikladno za svaki pojedinačni slučaj, sve sukladno načelu lojalne suradnje, osnovnom načelu odnosa s nacionalnim tijelima.

2. RAZMJENA INFORMACIJA/OBAVIJESTI

1. Obveze nadležnog pravosudnog tijela ili tijela za provedbu zakona države članice da *obavijesti ili komunicira s EPPO-om, Uredba propisuje* u 6 slučajeva:
    1. Sukladno članku 24. stavku 1. Uredbe, nadležna tijela država članica izvješćuju EPPO-e o svakom kaznenom djelu u vezi s kojim bi EPPO mogao izvršavati svoju nadležnost.
    2. Sukladno članku 24. stavku 2. Uredbe, kada pravosudno tijelo ili tijelo za provedbu zakona države članice provodi izvide/istragu u vezi s kaznenim djelom za koje bi EPPO mogao izvršavati svoju nadležnost, to tijelo bez nepotrebnog odgađanja obavještava EPPO kako bi EPPO mogao odlučiti hoće li ostvariti svoje pravo na preuzimanje predmeta,
    3. Sukladno članku 27. stavku 7. (druga rečenica) Uredbe, u bilo kojem trenutku tijekom postupka, nadležna nacionalna tijela obavijestit će EPPO o svim novim činjenicama koje bi EPPO-u mogle dati razloga da preispita svoju odluku da ne izvrši nadležnost u konkretnom slučaju.
    4. Sukladno članku 24. stavku 3. Uredbe, kada pravosudno tijelo ili tijelo za provođenje zakona države članice provodi istragu u vezi s kaznenim djelom kako je definirano u članku 22. te smatra da EPPO ne može izvršavati svoju nadležnost u skladu s člankom 25. stavkom 3., o tome će obavijestiti EPPO.
    5. Sukladno članku 34. stavku 5. Uredbe, nakon što je EPPO uputio slučaj nadležnom nacionalnom tijelu u skladu sa stavcima 2. i 3., ono treba prihvatiti preuzimanje slučaja u roku od najviše 30 dana, u protivnom EPPO ostaje nadležan za procesuiranje ili odbacivanje slučaja.
    6. U skladu s člankom 34. stavkom 6. Uredbe, nakon što je EPPO obavijestio nadležno nacionalno tijelo o svojoj namjeri da odbaci slučaj u skladu s člankom 39. stavkom 3., nacionalno tijelo može zahtijevati da im se slučaj prenese, u kojem slučaju će Stalno vijeće uputiti slučaj tom tijelu.

2. Obveze EPPO-a da obavijesti nadležno nacionalno tijelo

Osim opće odredbe iz članka 25. stavak 5. Uredbe koja propisuje da EPPO obavještava nadležna nacionalna tijela o svakoj odluci o izvršavanju ili suzdržavanju od izvršavanja svoje nadležnosti, Uredba propisuje i daljnje obveze EPPO-a prema nacionalnim tijelima u još 11 odredbi Uredbe koje možemo podijeliti na:

- obveze obavještavanja u slučaju izvršavanja nadležnosti pokretanjem istrage,
- obveze obavještavanja u slučaju izvršavanja nadležnosti preuzimanjem predmeta,
- obveze u ostalim slučajevima.

1. EPPO je dužan izvijestiti u slučaju izvršavanja nadležnosti pokretanjem istrage:
   - u skladu s člankom 26. stavkom 2. Uredbe, kada EPPO nakon provjere odluči pokrenuti istragu, bez nepotrebnog odgađanja obavijestit će tijelo koje je prijavilo slučaj u skladu s člankom 24. (2),
   - u skladu s člankom 26. stavkom 7. Uredbe, EPPO će bez nepotrebnog odgađanja obavijestiti nadležna nacionalna tijela o bilo kojoj odluci o pokretanju istrage.
2. EPPO je dužan u slučaju izvršavanja nadležnosti preuzimanjem predmeta:
   - u skladu s člankom 24. stavkom 7. Uredbe, kada EPPO nakon provjere zaključi da nema osnova za ostvarivanje svog prava na preuzimanje, obavijestit će tijelo koje je prijavilo slučaj u skladu s člankom 24. stavkom 2.
   - sukladno članku 27. stavku 7. Uredbe, ako se EPPO suzdrži od izvršavanja svoje nadležnosti, bez nepotrebnog odgađanja obavijestit će nadležna nacionalna tijela.
   - u skladu s člankom 27. stavkom 1. Uredbe, EPPO će obavijestiti nacionalna tijela o svojoj odluci hoće li ostvariti svoje pravo na preuzimanje.
3. Ostalih 6 procesnih situacija u kojima EPPO mora obavijestiti nadležna nacionalna tijela:
   - Sukladno članku 27. stavku 1. (druga rečenica) Uredbe, europski glavni tužitelj obavijestit će nacionalna tijela da su donijela obrazloženu odluku o produljenju roka u kojem će EPPO donijeti odluku hoće li ostvariti svoje pravo na preuzimanje predmeta.
   - Sukladno članku 27. stavku 3. Uredbe, ako EPPO sazna za činjenicu da nadležna tijela države članice već provode istragu u vezi s kaznenim djelom za koje bi mogao biti nadležan, obavijestit će ih bez odgađanja.
   - Sukladno članku 24. stavku 8. Uredbe, ako EPPO sazna da je možda počinjeno kazneno djelo izvan djelokruga EPPO-a, bez nepotrebnog odgađanja obavijestit će nadležna nacionalna tijela i proslijediti sve relevantne dokaze.
   - Sukladno članku 28. stavku 4. Uredbe, EPPO će obavijestiti nadležna nacionalna tijela o odluci nadzornog europskog tužitelja da osobno provodi istragu.
   - Sukladno članku 34. stavku 6. Uredbe, EPPO će obavijestiti nadležno nacionalno tijelo o svojoj namjeri da odbaci slučaj u skladu s člankom 39. stavkom 3., tako da nacionalno tijelo može razmotriti hoće li zahtijevati da se predmet prenese njima.
   - Sukladno članku 39. stavku 4. Uredbe, ako je slučaj odbačen, EPPO će obavijestiti nadležna nacionalna tijela.

Ovim detaljno propisanim obvezama i EPPO-a i nacionalnih tijela kojima je razrađeno načelo lojalne suradnje, jasna je poruka zakonodavca Unije. Djelotvorna zaštita financijskih interesa Europske unije i učinkovitost jedinstvenog tužiteljskog tijela na razini Europske unije ovisi o učinkovitosti nacionalnih pravnih sustava, visokom stupnju koordinacije s nacionalnim tijelima kaznenog progona, uz nužnu pretpostavku pune operativne podrške nacionalnih tijela detekcije na čije će se resurse EPPO u pretežitom dijelu oslanjati sukladno nacionalnom procesnom uređenju svake sudjelujuće države članice.

Zato je ne samo pred EPPO-om nego i nacionalnim tijelima kaznenog progona veliki izazov u težnji za ostvarivanjem što efikasnijeg sustava, jer samo zajednički rad svih sudionika koji će kroz EPPO udružiti svoje stručno znanje, iskustvo i motiviranost, dovest će do konkretnih rezultata u zaštiti financijskih interesa Europske unije, zajedničkog interesa svih država članica Europske unije.

S obzirom na predstojeći početak funkcionalnog rada EPPO-a, te niz novina koje Uredba unosi u kaznenopravni sustav Republike Hrvatske, koje se odnose na Uredbom uveden sustav (po)dijeljene nadležnosti, specifično uređenje izvršavanja nadležnosti EPPO-a i odnosa s nacionalnim tijelima kaznenog progona, autor

se nada da će ovaj rad pomoći praktičarima u primjeni Uredbe i novih instituta u hrvatskom kaznenopravnom sustavu koji će se kako sada stvari stoje primjenjivati od 1. lipnja 2021.

V. ZAKLJUČAK

Uredba u procesnom smislu u pretežitom dijelu uređuje odnos EPPO-a i nacionalnih tijela kaznenog progona, razrađujući načelo lojalne suradnje i sustav (po)dijeljene nadležnosti (Recital točka 13. i 14.) između EPPO-a i nacionalnih tijela kaznenog progona, koji je snažno određen pravom EPPO-a na preuzimanje predmeta (članak 27. Uredbe), jasno time propisujući primarnu nadležnost EPPO-a kada su u pitanju kaznena djela koja su pod njegovom stvarnom, vremenskom, osobnom i mjesnom nadležnošću i na njegovo pravo da odluči o preuzimanju predmeta u kojima su nacionalna tijela već započela postupanje.

Kaznena djela iz materijalne nadležnosti EPPO-a i na način kako su propisana u nacionalnim zakonodavstvima i to ne samo u Republici Hrvatskoj, nego u svim sudjelujućim državama članicama EU nisu nabrojana u „zatvorenom popisu kaznenih djela" i nisu uvijek odmah prepoznatljiva, nego ovise o nizu činjenica. Stoga, posve je izvjesno da će značajan broj predmeta iz moguće nadležnosti EPPO-a započeti postupanjem nacionalnih tijela. EPPO će svoju nadležnost u predvidivo značajnom broju slučajeva izvršavati preuzimanjem predmeta u kojem su izvide/istragu već započela nacionalna tijela.

Uredbom uveden sustav (po)dijeljene nadležnosti i pravo EPPO-a da odluči o preuzimanju predmeta u kojem su izvide/istragu već započela nacionalna tijela novine su u našem procesnom uređenju. To Uredbom uvedeno načelo (po)dijeljene nadležnosti i način izvršavanja nadležnosti znači da u predmetima konkurirajuće nadležnosti na štetu financijskih interesa EU ovlašteni tužitelji pred sudom mogu biti oba tijela kaznenog progona, ili EPPO ili nacionalno tijelo kaznenog progona, ovisno primarno o odluci EPPO-a.

Odluka EPPO-a kojom izvršava svoju nadležnost preuzimanjem predmeta po čl. 27. Uredbe ili pak prepuštanje predmeta nacionalnim tijelima, Uredbom je propisana tužiteljska odluka koja određuje i nadležni sud. Odluka EPPO-a kojim izvršava svoju nadležnost ili se suzdržava od izvršavanja svoje nadležnosti ne može biti preispitivana u pitanju – da li u pojedinom slučaju konkurentne nadležnosti postoji optužba ovlaštenog tužitelja. To zato što, sukladno Uredbi i sustavu (po)dijeljene, konkurentne nadležnosti u predvidivo značajnom broju slučajeva stvarno su nadležna oba tijela, a koje će tijelo postupati u predmetu, da li delegirani europski tužitelj ili nacionalno tijelo kaznenog progona na Uredbi je utemeljena tužiteljska odluka kojom se određuje izvršavanje nadležnosti. O neslaganju u tom pitanju između EPPO-a i nacionalnog tijela kaznenog progona odlučuje glavni državni odvjetnik Republike Hrvatske i to je na nacionalnoj razini konačna odluka, ne isključujući mogućnost da se u budućnosti eventualno sporna pitanja između EPPO-a i nacionalnih tijela kaznenog progona koje se tiču primjene prava Unije riješe pred Sudom Europske unije postavljanjem zahtjeva za prethodnu odluku.[26]

POPIS LITERATURE:

1. Uredba Vijeća Europske unije (EU) 2017/1939 o provedbi pojačane suradnje u vezi s osnivanjem EPPO-a od 12. listopada 2017., dostupno na: https://eur-lex. europa.eu/legal-content/hr/TXT/?uri=CELEX:32017R1939
2. Direktiva (EU) 2017/1371 Europskog parlamenta i Vijeća Europske unije od 5. srpnja 2017. o suzbijanju prijevara počinjenih protiv financijskih interesa Europske unije kaznenopravnim sredstvima (PIF Direktiva), OJ L 198/29, dostupno na: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/hr/TXT/?uri=CELEX%3A32017L1371
3. Ugovor o funkcioniranju Europske unije (UFEU), dostupno na: https://eur-lex. europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A12016ME%2FTXT
4. Odluka Europske komisije od 1. kolovoza 2018. dostupna na https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:L:2018:196:TOC
5. Odluka Europske komisije od 7. kolovoza 2018. dostupna na https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2018.201.01.0002.01.ENG&toc=OJ:L:2018:201:TOC

[26] doc. dr. sc. Jakob Nakić, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet. Suradnik Akademije pravnih znanosti Hrvatske *„Može li državno odvjetništvo postaviti prethodno pitanje Sudu Europske unije?"*

6. Prijedlog Zakona o provedbi Uredbe Vijeća (EU) 2017/1939 od 12. listopada 2017. o provedbi pojačane suradnje u vezi s osnivanjem Ureda europskog javnog tužitelja („EPPO"), s Konačnim prijedlogom zakona.
7. Zakon o provedbi Uredbe Vijeća (EU) 2017/1939 od 12. listopada 2017. o provedbi pojačane suradnje u vezi s osnivanjem Ureda europskog javnog tužitelja („EPPO")
8. https://www.eppo.europa.eu/news/start-date-eppo-operations-european-chief-prosecutor-proposes-1-june-2021-european-commission
9. https://www.eppo.europa.eu/news/european-delegated-prosecutors-overview-country
10. Bonačić, M: Ured europskog javnog tužitelja i hrvatsko kazneno pravosuđe: implementacijski... Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu (Zagreb), vol. 26, broj 2/2019,
11. Jelenić, Dražen, Europeizacija kaznenog progona – Ured europskog javnog tužitelja u Republici Hrvatskoj, u: Barbić, Jakša (ur.), *Europska budućnost hrvatskog kaznenog pravosuđa. Okrugli stol održan 24. svibnja 2018. u palači Akademije u Zagrebu,* Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2018, str. 83-117.
12. Laptoš Tamara, Uloga i položaj europskog javnog tužitelja u hrvatskom prethodnom postupku Polic. sigur. (Zagreb), godina 28. (2019), broj 4, str. 490 – 516
13. Jakob Nakić, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet. Suradnik Akademije pravnih znanosti Hrvatske *„Može li državno odvjetništvo postaviti prethodno pitanje Sudu Europske unije?"*
14. Sokanović, Lucija, Materijalna nadležnost Ureda europskog javnog tužitelja – hrvatska perspektiva, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, vol. 26, br. 2, 2019.

Tomislav Tomašić, mag.iur.*

„AKTUALNA PRAVNA PITANJA PREKRŠAJA IZ ČLANKA 5. ZAKONA O PREKRŠAJIMA PROTIV JAVNOG REDA I MIRA“

U zadnjem izdanju Hrvatskog ljetopisa za kaznene znanosti i praksu[1] objavljeni su znanstveni radovi „Prekršajna odgovornost za promicanje ideologija suprotnih Ustavu Republike Hrvatske“[2] i „Dekonstitucionalizacija Vrhovnog suda RH u kaznenim predmetima i jačanje autoritarnih mehanizama za ujednačavanje sudske prakse: propuštena prilika“[3] u kojima je pozornost posvećena sjednici sudaca Visokog prekršajnog suda RH[4] na kojoj se raspravljalo o pravnim pitanjima vezanim za članak 5. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira. S obzirom da znanstveni radovi dovode u pitanje ustavnost i zakonitost sjednice sudaca po pitanju pravnog shvaćanja donesenog u vezi članka 5. Zakona o prekršajima javnog reda i mira, smatram potrebnim izraziti neslaganje i objasniti zašto je pravno shvaćanje Visokog prekršajnog suda RH ispravno i doneseno u zakonitoj proceduri.

1. UVOD

Zakon o prekršajima protiv javnog reda i mira („Narodne novine” broj: 41/77, 52/87, 55/89, 5/90, 30/90, 47/90 i 29/94), na snazi je od 25. listopada 1977. Određene izmjene i dopune važećeg Zakona izvršene su 1989. („Narodne novine” broj: 55/89), dok je njegov pročišćeni tekst objavljen 1990. („Narodne novine” broj: 5/90). Značajnije izmjene i dopune učinjene su Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira („Narodne novine” broj: 47/90). Brisan je članak 3. „vrijeđanje ili omalovažavanje patriotskih osjećaja građana, naroda ili narodnosti u SFRJ“ po kojem su suđeni „politički“ prekršaji, npr. pjevanje „nacionalističkih“ pjesama Vila Velebita, Ustani bane Jelačiću i Marjane Marjane. Kazna zatvora propisana je alternativno uz novčanu kaznu, a njeno je trajanje ograničeno do najviše trideset dana.[5] Zakon o prekršajima

* Sudac Visokog prekršajnog suda Republike Hrvatske

1 Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu (Zagreb), vol. 27, broj 2/20

2 str. 637-680, autor dr. sc. Ivo Josipović

3 str. 417-470, autorica dr. sc. Zlata Đurđević

4 dana 3. lipnja 2020. održana je sjednica svih sudaca VPSRH, na kojoj je pod toč. 4. dnevnog reda doneseno pravno shvaćanje u odnosu na primjenu članka 5. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira, kada se činjenični opis prekršaja odnosi na izvođenje pjesme Bojna Čavoglave.

5 U Zakonu o prekršajima protiv javnog reda i mira: (redakcijski pročišćeni tekst): bilješke,sudska praksa, literatura, Petar Veić-Zagreb: VIV-inženjering, 1995-IV, 52 (Biblioteka Hrvatski propisi; knj. 2) u komentaru čl. 5. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i

protiv javnog reda i mira u članku 5. stavku 1. propisuje: „Tko na javnom mjestu izvođenjem, reproduciranjem pjesama, skladbi i tekstova ili nošenjem ili isticanjem simbola, tekstova, slika, crteža remeti javni red i mir, kaznit će se za prekršaj novčanom kaznom u protuvrijednosti domaće valute od 50 do 300 DEM ili kaznom zatvora do 30 dana."

Pri ocjeni navedenog prekršaja nužno je odredbu članka 5. dovesti u vezu s člankom 1. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira koji određuje generalni zaštitni objekt Zakona propisujući: „Prekršaji protiv javnog reda i mira su djela kojima se na nedozvoljen način remeti mir, rad ili normalan način života građana, stvara nemir, neraspoloženje, uznemirenost ili ometa kretanje građana na ulicama i drugim javnim mjestima ili ometa ostvarivanje njihova prava i dužnosti, vrijeđa moral, ometa vršenje zakonitih mjera državnih organa i službenih osoba, ugrožava opća sigurnost ljudi i imovine, vrijeđaju državni organi ili se na drugi način narušava javni red i mir građana te djela utvrđena ovim zakonom."

Odredba članka 5. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira je blanketne naravi stoga sud mora u svakom konkretnom slučaju utvrditi je li neko konkretno ponašanje, opisano u činjeničnom opisu djela prekršaja, dovelo do zabranjene posljedice, kršenja javnog reda i mira. Može li se radnja u nekom konkretnom slučaju proglasiti kršenjem javnog reda i mira sud mora ocijeniti temeljem analize svih relevantnih činjenica i okolnosti konkretnog slučaja u njegovoj stvarnoj životnoj dimenziji. U sudskim predmetima[6] koji su bili razlog donošenja pravnog shvaćanja sjednice sudaca Visokog prekršajnog suda RH je uz naprijed navedeno, sud prvog i drugog stupnja, kod ocjene je li počinjeno djelo prekršaja iz članka 5. stavak 1. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira trebao interpretirati izvorišne odredbe, čl.39., čl.38., čl.31. i čl.16. Ustava RH, relevantne odluke Ustavnog suda, čl.7. i 10. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda te judikaturu Europskog suda za ljudska prava, koji svojim odlukama interpretira Konvenciju.[7] Sukladno čl. 5. Zakona o sudovima, sudovi u Republici Hrvatskoj sude temeljem Ustava, pravne stečevine Europske unije, međunarodnih ugovora, zakona i drugih važećih izvora prava. Dakle, zadaća sudaca koji su sudili u tim predmetima nije bila jednostavna iako se radilo „samo o prekršajima protiv javnog reda i mira" jer sudac kao *zoon politikon*[8] nije slobodan od svojih ideološko-političkih preferencija ali se zato iz obrazloženja sudske odluke mora vidjeti da je ona donesena isključivo temeljem pravnih kriterija jer to osim čl. 5. Zakona o sudovima nalaže i Kodeks sudačke etike[9]. Naravno da bi suđenje u tim predmetima bio znatno lakši posao da se činjenični opis djela prekršaja nije trebao podvesti pod pravnu normu blanketne naravi. Stoga nije neshvatljivo što su suci u navedenim predmetima u odnosu na činjenice koje su u biti iste različito primijenili zakon. To se događa u sudskoj praksi i zato postoje mehanizmi za ujednačavanje sudske prakse propisani Zakonom o sudovima.

mira navedeno je „Stavkom 1. zabranjeno je na javnom mjestu izvođenje, reproduciranje pjesama, skladbi i tekstova, nošenje ili isticanje simbola, tekstova, slika i crteža kojima se remeti javni red i mir. Radnja izvršenja prije svega može biti počinjena na javnim priredbama, emitiranjem neprihvatljivih političkih poruka. Međutim, tumačenje propisa ne smije biti ograničeno samo na isključivo političke poruke već na sve one kojima se uznemiruju građani, kojima se napadaju vrijednosti imanentne određenoj sredini. Razmatrani propis može konkurirati krivičnom djelu izazivanje nacionalne, rasne vjerske mržnje, razdora i netrpeljivosti čl. 240. KZH. Propis je novi u ZPPJRM i ne predstavlja nadomjestak za tzv. „politički" prekršaj (čl. 3. st. 1. koji je brisan)."

[6] Jž-3192/16 – Presudom od 13. lipnja 2019. je potvrđena prvostupanjska presuda kojom je okr. M Roso proglašen krivim temeljem čl. 5. st 1. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira jer je tijekom koncerta održanog povodom Dana pobjede i domovinske zahvalnosti izvodio pjesmu Bojna Čavoglave uzvikujući ZDS.

Jž-2747/18-Presudom od 2. listopada 2018. godine potvrđena je prvostupanjska odluka kojom je okr. M.Perković oslobođen od optužbe za djela prekršaja iz čl. 5. stavak 1. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira jer je 5. kolovoza 2016. prilikom koncerta održanog povodom Dana pobjede i domovinske zahvalnosti i 26.kolovoza 2017. godine na svom koncertu izvodio pjesmu Bojna Čavoglave uzvikujući ZDS.

[7] Poznato je da jedno od najprepoznatljivijih obilježja sustava zaštite ljudskih prava i sloboda postavljenog Konvencijom jest tzv. „dinamička ili evolutivna" interpretacija Konvencije od strane ESLJP-a, u kojoj se Konvencija uzima kao *living instrument*. Cilj ovakve interpretativne tehnike jest namjera da se Konvenciju drži u korak sa „sadašnjim uvjetima" te tako unatoč neizmijenjenom tekstu Konvencije, omogući takvo jamstvo temeljnih prava koje odgovara suvremenom dobu i stupnju zaštite temeljnih ljudskih prava i sloboda.

[8] Pojam koji označava čovjeka kao biće određeno vlastitom društvenošću. Čovjek je društveno biće, koje oblikuje zajednicu i koje je na nju upućeno, pa je i sudac nužno „političko biće".

[9] Kodeks sudačke etike obvezuje suca postupati i odlučivati samo u skladu sa savjesnim tumačenjem i primjenom propisa neovisno na društvene skupine i političku opredijeljenost (čl. 4. i 5. Kodeksa sudačke etike). Takva obveza tumačenja propisa ne obvezuje druge pravnike npr. odvjetnike ili profesore prava, koji smiju biti članovi političkih stranaka i politički djelovati.

2. PRAVNA PITANJA VEZANA ZA PREKRŠAJ IZ ČL. 5. ST.1. ZAKONA O PREKRŠAJIMA PROTIV JAVNOG REDA I MIRA KOJA SU BILA POVOD PRAVNOG SHVAĆANJA DONESENOG NA SJEDNICI SUDACA VPSRH

Dana 3. lipnja 2020. održana je sjednica svih sudaca VPSRH, na kojoj je pod toč. 4. dnevnog reda doneseno pravno shvaćanje u odnosu na primjenu članka 5. st.1. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira, kada se činjenični opis prekršaja odnosi na izvođenje pjesme Bojna Čavoglave.

Prvostupanjskom presudom Prekršajnog suda u Šibeniku broj: 6.Pp-J-724/16 od 22. listopada 2018., okrivljenik M. Perković je oslobođen od optužbe zbog prekršaja iz članka 5. st. 1. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira, počinjenog izvođenjem pjesme Bojna Čavoglave, koja u uvodu ima izričaj „Za dom spremni", a koji je okrivljenik uzviknuo prilikom izvođenja svoje pjesme na prigodnim koncertima održanim 05. kolovoza 2015. i 05. kolovoza 2016. povodom proslave Dana pobjede i domovinske zahvalnosti i Dana hrvatskih branitelja, te 26. kolovoza 2017. godine na koncertu u disco clubu „Hacienda" u Vodicama. U obrazloženju odluke se u bitnome navodi da je sud nakon provedenog dokaznog postupka prihvatio obranu okrivljenika koji je poricao prekršaje navodeći da se korištenje izričaja „Za dom spremni" u konkretnim okolnostima treba cijeniti u kontekstu pod kojim je izrečen. Sud je iz iskaza svjedoka policijskih službenika PP Šibenik koji su bili neposredni svjedoci navedenog događaja i pregledavajući policijske snimke koncerata, utvrdio da nije bilo narušavanja javnog reda i mira, kako na samim koncertima tako i šire. Notorna je činjenica da je pjesma Bojna Čavoglave izvođena u javnosti i javno priopćavana putem radiotelevizijskih postaja više stotina puta u vremenskom razdoblju od kada je nastala do danas. Okrivljenik je na legalno organiziranim koncertima, koji su bili prijavljeni policiji izvodio pjesmu Bojna Čavoglave koja je njegovo autorsko djelo, čije izvođenje je u skladu sa odredbama Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima, a pjesma je nastala u specifičnim okolnostima obrane RH u Domovinskom ratu.

Policijska uprava šibensko-kninska je podnijela žalbu zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja navodeći da je iz provedenih dokaza nesporno da je okrivljenik na javnom mjestu, na koncertima koji su održani povodom obilježavanja proslave Dana pobjede i domovinske zahvalnosti i Dana hrvatskih branitelja izgovorio pozdrav „Za dom spremni' tako da je svojim ponašanjem ostvario obilježja prekršaja koja mu se optužnim aktima stavljaju na teret. Pravno shvaćanje da u konkretnim slučajevima nije došlo do remećenja javnog reda i mira jer nitko od nazočnih nije negodovao ili bio uznemiren je pogrešno budući da je za ostvarenje bića prekršaja iz članka 5. stavka 1. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira bitna dostupnost mjesta javnosti a što je u konkretnom slučaju nesporno. Okrivljenik je svjesno i namjerno potaknuo publiku da sudjeluje u izvođenju pozdrava koji je korišten kao službeni pozdrav totalitarnog režima NDH, te kao takav predstavlja manifestaciju rasističke ideologije, prezir prema drugim ljudima zbog njihove vjerske i etničke pripadnosti.

Prvostupanjska odluka je potvrđena presudom sudskog vijeća VPSRH broj: Jž-2747/2018 od 2. listopada 2019. u odnosu na događaje od 05. kolovoza 2016. i 26. kolovoza 2017., a u odnosu na događaj od 05. kolovoza 2015. je zbog nastupa zastare optužba odbijena. Odluka je izazvala medijsku pozornost i s obzirom da do sada nije bio slučaj da profesori pravnog fakulteta u javnim istupima odluku u nekom prekršajnom predmetu ocjenjuju protuustavnom[10], smatram potrebnim citirati obrazloženje odluke kako bi onaj tko čita ovaj rad imao točne premise za svoj zaključak o ustavnosti odluke.

„Osnovna zadaća ovog suda u konkretnom predmetu je utvrditi je li prvostupanjski sud pravilno i u potpunosti utvrdio činjenično stanje u odnosu na okrivljenikovo ponašanje, odnosno proizlazi li iz provedenih dokaza da je okrivljenik izvođenjem pjesme Bojna Čavoglave, glasno zapjevao „Za dom" nakon čega je zastao s pjevanjem te čekao da posjetitelji koncerta uzvrate „Spremni", remetio javni red i mir. Ovaj sud nije razmatrao pitanja u vezi sa spornim povijesnim događajima i njihovom interpretacijom. Člankom čl. 5.

[10] Jutarnji list, 5.6. 2020. – Troje profesora pravnog fakulteta o kontraverznoj presudi 'Odluka o ustaškom pozdravu „Za dom spremni je ništavna'
Jutarnji list, 7.6.2020. – Profesori pravnog fakulteta odgovorili Udruzi hrvatskih sudaca: Uvredljivim i difamatornim jezikom pokušavaju utišati javnu kritiku sudskih odluka'
Večernji list, 7.6.2020. – Sanja Barić: 'Odluka o ustaškom pozdravu sramota je za Visoki prekršajni sud i novi udarac pravnoj državi'
Večernji list, 3.6.2020. – 'Ustavni stručnjaci: Odluka je protuustavna i suprotna odlukama Ustavnog suda'

Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira propisuje se da će se kazniti za prekršaj tko na javnom mjestu izvođenjem, reproduciranjem pjesama, skladbi i tekstova ili nošenjem ili isticanjem simbola, tekstova, slika, crteža, remeti javni red i mir. Okrivljenik se branio u bitnom iznoseći kako je dana 5.kolovoza 2016. u Kninu, Cesarićeva obala i dana 26. kolovoza 2017. u disco klubu „Hacienda" u Vodicama izvodio svoju pjesmu Bojna Čavoglave koja je njegovo autorsko djelo, koja pjesma u svom uvodu ima stih „ Za dom spremni". Pjesma je snimljena 1991., njezino izvođenje nije nikada prije problematizirano, registrirana je u Hrvatskom društvu skladatelja i objavljena od strane „Croatia recordsa". Pjesma je zaštićeno intelektualno vlasništvo, uredno je registrirana u ZAMP-u, izdavana legalno na svim kompilacijama izdanja diskografske kuće „Croatia records". Ona govori o Domovinskom ratu, a ne o drugom svjetskom ratu i ustašama. Njegova namjera nije bila poticati mržnju po bilo kojoj osnovi, niti izražavati rasistički stav prema drugim ljudima zbog njihove vjerske ili etničke pripadnosti. Saslušani svjedoci policijski službenici PP Šibenik Sandro Santini i PP Vodice Dujo Troskot su suglasno iskazali kako na navedenim koncertima zbog izvođenja navedene pjesme nije bilo remećenja javnog reda i mira. Tužitelj u žalbi tvrdi da je okrivljenik svjesno i namjerno potaknuo publiku da sudjeluje u izvođenju tog pozdrava na način kako je taj pozdrav bio izvođen kada je korišten kao službeni pozdrav totalitarnog režima NDH. Međutim, pri tome zanemaruje činjenicu kako se u konkretnom predmetu radi o okrivljenikovoj autorskoj pjesmi, koju je izveo na legalno organiziranim koncertima, a što proizlazi iz podneska HDS-a, ZAMP od 29. svibnja 2018. i koja pjesma je registrirana u ZAMPU-u. Nadalje, zanemaruje i činjenicu da se ovaj pozdrav u kontekstu njezinog nastanka, u tijeku Domovinskog rata čiji je karakter „pravednog, legitimnog, obrambenog i oslobodilačkog" percipira izvan totalitarnog i rasističkog konteksta. Općepoznato je kako se ista pjesma upravo s inkriminirajućim uvodnim stihom, tijekom Domovinskog rata prilikom obrane naše zemlje svakodnevno i neprekidno izvodila, upravo ohrabrujući i pozivajući na obranu domovine, bez ikakve povezanosti s totalitarnim režimom od prije pedesetak godina. Imajući u vidu gore navedeno, jednako tako zaključke i preporuke Vijeća za suočavanje s posljedicama vladavine nedemokratskih režima, koje preporučuje, jasnije normativno reguliranje javne uporabe spornih obilježja kako bi svatko tko pojedina konkretna sporna obilježja upotrebljava ili se njima koristi u javnom prostoru bio u prilici s izvjesnošću predvidjeti posljedice svojih postupaka, u praksi navedeni zaključak može se dovesti u vezu s odredbom članka 5. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira.

Nadalje, ovaj Sud je razmatrao navode žalbe u svjetlu članka 31. Ustava Republike Hrvatske („ Narodne novine" 56/ /90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14):

Članak 31. stavak 1.

„Nitko ne može biti kažnjen za djelo koje prije nego je počinjeno nije bilo utvrđeno zakonom ili međunarodnim pravom kao kazneno djelo..."

i članka 7. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda („Narodne novine" Međunarodni ugovori 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10):

Članak 7.

„1. Nitko ne može biti proglašen krivim za kazneno djelo počinjeno činom ili propustom koji, u času počinjenja, po unutarnjem ili po međunarodnom pravu nisu bili predviđeni kao kazneno djelo. Isto se tako ne može odrediti teža kazna od one koja je bila primjenjiva u času kad je kazneno djelo počinjeno."

U pogledu postojanja povrede članka 7. Konvencije Europski sud za ljudska prava kao mjerodavna načela ističe u bitnom u predmetu *Vasiliauskas* (odlomci 153.-155.) navodeći da jamstvo ugrađeno u članak 7. Konvencije koji je bitan element vladavine prava zauzima istaknuto mjesto u konvencijskom sustavu zaštite što je i naglašeno činjenicom kako nisu dopuštena njegova derogiranja u doba rata ili drugog izvanrednog stanja te da ga treba tumačiti i primjenjivati, kako proistječe iz njegovog cilja i namjene, na takav način da se pruži učinkovita zaštita od proizvoljnog progona, osuđivanja i kažnjavanja. ESLJP također naglašava da članak 7. Konvencije nije ograničen na zabranu retroaktivne primjene kaznenog prava na štetu okrivljenika nego da on također utjelovljuje, općenitije uzevši, načelo da jedino pravo može opisati kazneno djelo i propisati kaznu (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) i načelo da kazneno pravo ne smije biti ekstenzivno tumačeno na štetu okrivljenika, na primjer analogijom. Iz tih načela proistječe da djelo mora biti jasno definirano u pravu bilo domaćem ili međunarodnom te da je taj zahtjev zadovoljen kada pojedinac može znati iz formulacije mjerodavne odredbe koja će ga djela i propusti učiniti kazneno (prekršajno) odgovornim.

Uzevši u obzir sve naprijed istaknuto uz činjenicu da u prvostupanjskom postupku nisu izvedeni jasni i konkretni dokazi iz kojih bi proizlazilo da je okrivljenik uzvikivanjem spornog pozdrava ostvario konstitutiv-

na obilježja prekršaja iz članka 5. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira u smislu remećenja javnog reda i mira mišljenje je i ovog Suda da je pravilan zaključak prvostupanjskog suda, da u konkretnom slučaju nije dokazano da je upravo sporni pozdrav koji je sastavni dio stihova pjesme Bojna Čavoglave izvođene od strane okrivljenika u eksplicitnoj vezi s ustaškim obilježjima niti da je remetio javni red i mir, sve to tim više što iz izvedenih dokaza, iskaza ispitanih svjedoka policijskih službenika proizlazi da je na koncertima vladala pozitivna atmosfera i da nisu zaprimili niti jednu pritužbu građana.

Dakle, u nedostatku dokaza koji bi upućivali na drukčiji zaključak, ovaj Sud je odbio navode žalbe tužitelja i potvrdio prvostupanjsku presudu u nepreinačenom dijelu."

Odluka broj: Jž-2747/18 od 2. listopada 2019. je prema propisanom postupku kretanja spisa na VPSRH[11] prosljeđena službi evidencije sudske prakse (službeno: Odjel za praćenje europskih propisa i sudske prakse Suda Europske unije i Europskog suda za ljudska prava sa službom evidencije, praćenja i proučavanja sudske prakse). Služba evidencije je vratila predmet sucu izvjestitelju uz pisano obrazloženje, radi ponovnog razmatranja na sjednici vijeća jer postoji ranija odluka broj: Jž-3192/16 od 13. lipnja 2019. u predmetu Roso, koju je donijelo drugo sudsko vijeće Odjela za prekršaje iz područja javnog reda i mira i javne sigurnosti sa suprotnim stavom o istim činjenicama. Sudsko vijeće je vratilo predmet Jž-2747/18 službi evidencije uz dopis da ostaje kod svoje odluke jer odluka nije donesena suprotno postojećem pravnom shvaćanju sjednice svih sudaca ili sjednice odjela VPSRH. Služba evidencije je uz dopis predmet dostavila predsjednici Odjela za prekršaje iz područja javnog reda i mira i javne sigurnosti koja je sazvala sjednicu odjela. Iz zapisnika sa sjednice Odjela javnog reda i mira i javne sigurnosti koja je održana 21. veljače 2020. proizlazi da je pod točkom 5. dnevnog reda „Ujednačavanje sudske prakse u odnosu na prekršaj iz čl. 5. st. 1 Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira – članak 38. st. 1 Zakona o sudovima[12] u vezi članka 17. st. 2. Godišnjeg rasporeda poslova VPSRH", predsjednica odjela predložila glasanje o pravnom shvaćanju koje glasi:

„Da li ostvarenje zakonskog obilježja prekršaja iz čl. 5. st. 1. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira, izvođenjem, reproduciranjem pjesama, skladbi i tekstova ili nošenjem ili isticanjem simbola, tekstova, slika, crteža – pozdrava „Za dom spremni" na javnom mjestu, ovisi o okolnostima konkretnog događaja ?". Međutim, većina sudaca se sa takvim prijedlogom nije složila uz obrazloženje da je potpuno jasno da počinjenje svakog prekršaja ovisi o okolnostima konkretnog događaja. Potom je predsjednica odjela u svrhu donošenja pravnog shvaćanja predložila glasanje o pitanju „ Da li se izvođenjem izvornog teksta pjesme Bojna Čavoglave na javnom mjestu, ostvaruje zakonsko obilježje prekršaja iz članka 5. st. 1. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira?" Troje sudaca je smatralo da se izvođenjem izvornog teksta pjesme Bojna Čavoglave na javnom mjestu, zbog uzvika „Za dom spremni", uvijek ostvaruje zakonsko obilježje prekršaja iz članka 5. st. 1. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira (pravno shvaćanje izraženo u predmetu Roso Jž-3192/16), troje sudaca je zauzelo suprotan stav, dok je troje smatralo da se o pitanju postavljenom na takav način ne može glasati, obzirom da ostvarenje zakonskog obilježja prekršaja iz članka 5. st. 1. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira izvođenjem pjesme Bojna Čavoglave u izvornom tekstu uvijek ovisi o okolnostima u kojima se pjesma izvodi (nisam sudac Odjela JRM ali bi se priklonio takvom stavu jer s obzirom na blanketnu narav pravne norme čl. 5. st. 1. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira, ponašanje kojim se narušava javni red i mir uvijek ovisi o okolnostima svakog pojedinog slučaja, npr. ako u tri sata u jutro probudim susjedstvo pjesmom, pa makar se radilo i o Odi radosti[13], činim djelo prekršaja iz članka 5. st. 1. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira. Smatram da izvođenje pjesme Bojna Čavoglave pod okolnostima kao u predmetu Roso Jž-3192/16 nije prekršaj iz čl. 5. st. 1. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira ali bi mogao biti prekršaj u nekim drugim okolnostima, npr. ako se pjesma Bojna Čavoglave izvodi ispred pravoslavne crkve za

[11] – čl. 17. Godišnjeg raspored poslova Visokog prekršajnog suda RH s primjenom od 1. siječnja 2020.
„Ako služba evidencije smatra da je donesena odluka u suprotnosti s općim pravnim shvaćanjem ili pravnim shvaćanjem donesenom na sjednici odjela ili izraženim u kojoj ranijoj ili istovremenoj odluci ili odlukom nije odgovoreno na bitne navode sadržane u pravnom lijeku, obratit će se pisanim putem izvjestitelju, a on će o tome obavijestiti vijeće koje je donijelo odluku. Ako se vijeće ne suglasi s primjedbom o tome će i o razlozima neprihvaćanja obavijesti službu evidencije pisanim putem. Služba evidencije će o tome izvijesti predsjednika odjela koji će sazvati sjednicu odjela.

[12] Na sjednicama sudskog odjela razmatraju se pitanja od interesa za rad odjela, a posebice organizacija unutarnjeg poslovanja, sporna pravna pitanja, ujednačavanje sudske prakse i pitanja važna za primjenu propisa iz pojedinih pravnih područja te praćenje rada i stručnog usavršavanja sudaca, sudskih savjetnika i sudačkih vježbenika raspoređenih na rad u odjel.

[13] pjesma koja slavi ideal bratstva i ujedinjenosti čovječanstva, himna Europske unije

Božić kada građani izlaze s mise. Cijeneći okolnosti događaja u stvarnoj životnoj dimenziji, izabrano vrijeme i mjesto za izvođenje pjesme koja je nastala u ratu i ima izraziti ratni naboj, moglo bi se zaključiti da se radi o ponašanju kojim se u toj konkretnoj situaciji ispunjavaju bitna obilježja prekršaja iz članka 5. st. 1. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira.).

Budući da na sjednici Odjela JRM nije doneseno pravno shvaćanje kojim bi se ujednačila sudska praksa, suglasno je zaključeno da se o pravnom shvaćanju raspravi na sjednici svih sudaca (sve sukladno člancima 38. do 40. Zakona o sudovima i protokolu postupanja opisanom u člancima 16. i 17. Godišnjeg rasporeda poslova u VPSRH). Također su se suci na sjednici Odjela JRM-a suglasili da je prema sudskoj praksi Odjela izraženoj u ranijim odlukama izvikivanje „Za dom spremni" na javnom mjestu, ponašanje kojim se remeti javni red i mir. Suglasili su se i da su jedini usporedivi predmeti Jž-3192/16 predmet Roso i Jž-2747/18 predmet Perković te da se te dvije odluke razlikuju u činjeničnom supstratu od ostalih predmeta iz sudske prakse Odjela JRM. Dakle, u usporedivim predmetima radilo se o istim činjenicama i okolnostima ; javni skup organiziran povodom Dana pobjede i domovinske zahvalnosti i Dana hrvatskih branitelja, izvedena je pjesma Bojna Čavoglave, prilikom izvedbe pjesme okrivljenik je uzviknuo „Za dom spremni", na organiziranom skupu je bio veći broj građana, bili su prisutni djelatnici policije koji su osiguravali red i koji su tijekom dokaznog postupka ispitani na okolnost narušavanja javnog reda i mira, nije utvrđeno da je bilo incidenata na skupovima,okrivljenici su se branili da nisu počinili djelo za koje ih se tereti jer se radi o pjesmi koja nema veze s NDH već govori o Domovinskom ratu, pjesma nije zabranjena i neprekidno je prisutna u javnost od 1991.

U usporedivom predmetu Jž-3192/16 Roso, Prekršajni sud u Splitu je presudom broj: 37. PpP-6232/15 od 19. rujna 2016. okrivljenika Maria Rosu proglasio krivim za djelo prekršaja iz članka 5. stavak 1. Zakon o prekršajima protiv javnog reda mira „što je dana 04. kolovoza 2015. narušio javni red mir tako što je tijekom koncerta „na pučkoj fešti" održanoj za Dan pobjede i domovinske zahvalnosti i Dana hrvatskih branitelja, izvodio pjesmu Bojna Čavoglave uzvikujući riječi ,,Za dom spremni"." Vijeće Visokog prekršajnog suda RH je svojom presudom broj: Jž-3192/16 od 13. lipnja 2019. povodom žalbe okrivljenika Maria Rose potvrdilo prvostupanjsku odluku.

Predsjednica VPSRH je sukladno članku 39. stavku 2. Zakona o sudovima, kojim je propisano da se sjednica svih sudaca mora zakazati kada to zahtijeva odjel ili jedna četvrtina svih sudaca, na sjednici svih sudaca VPSRH od 3. lipnja 2020. uvrstila točku 4. dnevnog reda: „Donošenje pravnog shvaćanja, zbog nedorečenosti i različitog tumačenja pravne norme, u odnosu na primjenu članka 5. st. 1. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira, kada se činjenični opis prekršaja odnosi na izvođenje pjesme Bojna Čavoglave, u izvođenju autora u izvornom obliku koji sadrži sintagmu „Za dom spremni", posebice u kontekstu načela zakonitosti, kao i ujednačenosti sudske prakse obzirom na stajalište izraženo u predmetu broj: Jž-3192/16 – okrivljenik Mario Roso."

Na isti činjenični supstrat dva sudska vijeća unutar istog odjela su različito primijenila čl. 5. st. 1. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira a u takvoj situaciji Zakon o sudovima nalaže ujednačavanje sudske prakse.

Ako se rekonstruira stanje spisa Jž-2747/18 – predmet Perković, jasno se vidi da je odluku u tome predmetu donijelo stvarno nadležno sudsko vijeće sukladno članku 97. stavak 1. Prekršajnog zakona. Nakon što je odluka napisana i poslana u službu evidencije, u odluci nije promijenjen niti zarez[14]. Dakle, ako je odluka donesena i napisana prije sjednice odjela i sjednice svih sudaca i nije mijenjana, ne stoji tvrdnja da je „žalbena presuda donesena nakon upute i po uputi pravnog shvaćanja sjednice svih sudaca donesenog suprotno odredbi članka 40. Zakona o sudovima"[15] te da bi to bio razlog za podnošenje zahtjeva za zaštitu zakonitosti zbog bitne povrede odredaba prekršajnog postupka iz članka 195. stavak 2. Prekršajnog zakona. Pravno shvaćanje koje je donijela sjednica svih sudaca VPSRH odnosi se na tumačenje članka 5. st. 1. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira *pro futuro* i biti će primjenjivo samo u predmetima u kojima će činjenični supstrat biti isti kao u usporedivim predmetima Roso i Perković. U predmetu Roso sudsko vijeće je smatralo da se uzvikom „Za dom spremni" na javnom mjestu ispunjavaju sva bitna obilježja djela prekršaja iz čl. 5. st. 1.

[14] Sustav JCMS (sada e-spis) bilježi kretanje spisa, jasno se vidi svaka radnja u spisu i svaka izmjena u tekstu odluke. Nakon uvida u spis i kretanje spisa sa sigurnošću mogu tvrditi da se ništa u odluci nije mijenjalo nakon što je napisana. Služba evidencije, sjednica odjela i sjednica sudaca nisu utjecali na sadržaj odluke sudskog vijeća koje je sudilo u predmetu Perković – Jž-2747/18.

[15] Vidjeti str. 657 *„Prekršajna odgovornost za promicanje ideologija suprotnih Ustavu Republike Hrvatske'*

Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira, jer se radi o obliku neprihvatljivog ponašanja koje treba sankcionirati neovisno o okolnostima da se radilo o izvođenju pjesme Bojna Čavoglave na organiziranom javnom skupu na kojem nije bilo incidenata i koji je organiziran povodom Dana pobjede i domovinske zahvalnosti i Dana hrvatskih branitelja. Dok je drugo sudsko vijeće u usporedivom predmetu Perković smatralo da se izvođenje pjesme Bojna Čavoglave s uzvikom „Za dom spremni" na organiziranom javnom skupu na kojem nije bilo incidenata i koji je organiziran povodom Dana pobjede i domovinske zahvalnosti i Dana hrvatskih branitelja, nije neprihvatljivi oblik ponašanja koji se treba sankcionirati prekršajem iz članka 5. st. 1. Zakona o prekršajima protiv javnog mira jer izričaj „Za dom spremni" u konkretnim okolnostima treba cijeniti u kontekstu u kojem je izrečen.

Pravnim shvaćanjem je ujednačena sudska praksa po pitanju tumačenja i primjene članka 5. st. 1. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira u kontekstu nespornog činjeničnog supstrata tako da nije povrijeđena odredba članka 40. Zakona o sudovima[16]. Pravno shvaćanje doneseno na sjednici odjela ili sjednici svih sudaca obvezuje samo suce odjela ili suda koje ga je donijelo, pa ne može biti protuustavno ili protuzakonito. Ako pravno shvaćanje nije dovoljno jasno neće biti primjenjivo u nekom budućem predmetu, a ako sudsko vijeće u nekom budućem predmetu odstupi od pravnog shvaćanja to može biti razlog za novu sjednicu na kojoj se može donijeti novo pravno shvaćanje. Naime, i to se događa u sudskoj praksi i zato Zakon o sudovima i predviđa takvu mogućnost. Sjednica odjela i sjednica svih sudaca VPSRH je sazvana i održana sukladno čl. 38-40. Zakona o sudovima. Na sjednicama odjela i sjednicama svih sudaca vodi se zapisnik u koji se unosi tijek sjednice i sadržaj diskusije o nekoj temi. Ako netko od sudaca izađe izvan okvira teme o kojoj se raspravlja ne znači da je sud o toj temi raspravljao izvan svoje nadležnosti. Priopćenje za javnost i zapisnik sa sjednice svih sudaca nisu sudske odluke, ako njihov sadržaj nije dovoljno jasan, može biti predmet kritike ali ne može biti razlog da se sudska odluka VPSRH u predmetu Jž-2747/18 naziva ništavom ili protuustavnom[17].

Državno odvjetništvo RH je na sjednici kaznenog odjela razmatralo osnove za podnošenje zahtjeva za zaštitu zakonitosti protiv odluke VPSRH Jž-2747/18 povodom inicijative Antifašističke lige RH u kojoj se isticalo da je odluka protuustavna i protuzakonita. Tom prilikom su imali uvid u predmet Jž-2747/18, te su i po službenoj dužnosti morali ispitati postojanje bitnih povreda odredaba prekršajnog postupka i povredu materijalnog prava. Glavna državna odvjetnica RH u skladu s mišljenjem sjednice kaznenog odjela DORH-a nije podnijela zahtjev za zaštitu zakonitosti.

3. JE LI VPSRH POSTUPAO PROTUUSTAVNO I SUPROTNO ODLUKAMA USTAVNOG SUDA RH?

Prvo valja ponoviti da odluka u predmetu Perković-Jž-2747/18 nije suprotna ustavnim pravilima o sudskoj nadležnosti jer ju je donio nadležan sud odnosno sudsko vijeće Odjela JRM sastavljeno sukladno čl. 97. Prekršajnog zakona na sjednici vijeća, a što je već ranije u radu obrazloženo. Odluka VPSRH u predmetu Perković Jž-2747/18 nije suprotna odlukama Ustavnog suda RH. Kao argument za tvrdnju da VPSRH ne poštuje odluke Ustavnog suda RH nude se odluke Ustavnog suda u nekoliko slučajeva u kojima je Ustavni sud odlučivao o tužbama zbog povreda ustavnih sloboda i prava i u kojim odlukama je izrazio stav o zločinačkom karakteru NDH i pozdravu ZDS. Međutim u predmetima koji su u podlozi odluka Ustavnog suda radi se o činjenicama i okolnostima koje nisu usporedive s činjenicama i okolnostima u predmetu Perković Jž-2747/18 i predmetu Roso-3192/16.

[16] (1) Sjednica odjela ili sudaca saziva se i kad se utvrdi da o pitanjima primjene zakona postoje razlike u shvaćanjima između pojedinih odjela, vijeća ili sudaca ili kad u jednom odjelu vijeće ili sudac odstupi od ranije prihvaćenog pravnog shvaćanja.
(2) Pravno shvaćanje prihvaćeno na sjednici svih sudaca odnosno sudskog odjela Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, Visokoga kaznenog suda Republike Hrvatske, Visokog prekršajnog suda Republike Hrvatske i sjednici odjela županijskog suda obvezno je za sva drugostupanjska vijeća ili suce pojedince tog odjela, odnosno suda.

[17] Jutarnji list, 5.6. 2020. – Troje profesora pravnog fakulteta o kontraverznoj presudi 'Odluka o ustaškom pozdravu „Za dom spremni je ništavna'
Večernji list, 3.6.2020. – 'Ustavni stručnjaci: Odluka je protuustavna i suprotna odlukama Ustavnog suda'

Ustavna odluka broj: U-III-1296/2016 od 25. svibnja 2016. vezana za predmet VPSRH Miljak Jž-2824/2014 od 3. prosinca 2015. za koji je podnositelj tužbe tvrdio da su mu povrijeđena ustavna prava zajamčena člankom 26. i člankom 29. stavkom 1. Ustava Republike Hrvatske. Presudom Jž-2824/14 odbijena je žalba koju je podnositelj podnio protiv presude Prekršajnog suda u Karlovcu, Stalne službe u Slunju broj: 12 J-466/13 od 18. travnja 2014. kojom je proglašen krivim za počinjenje djela prekršaja protiv javnog reda i mira, opisanog i kažnjivog u smislu članka 5. st.1. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira jer je organizirao komemoraciju u znak spomena na smrt ustaše Jure Francetića u Slunju, istupio ispred skupine opisujući osnivanje NDH-a, crne legije, ratnog puta Jure Francetića, po završetku govora izviknuo 'Bog i Hrvati, za dom', dok je nepoznata osoba iz skupine izgovorila 'spremni' podižući ispruženu desnu ruku u vis oponašajući nacistički pozdrav, a prisutni su pjevali ustašku pjesmu „Evo zore evo dana".

Ustavna odluka broj: U-III-5226/2013 od 18. listopada 2016. godine. Ustavna tužba je podnesena protiv rješenja Županijskog suda u Sisku broj: Kži60/13, IKI-285/13 od 20. rujna 2013. kojim je odbijena žalba podnositelja i potvrđeno rješenje sutkinje izvršenja Županijskog suda u Sisku broj: IKI-285/13 od 28. lipnja 2013. kojim je odbijen zahtjev podnositelja za sudsku zaštitu zbog uskrate prava na dopisivanje. Zatvorenik je slao pisma obitelji i upraviteljici zatvora sa pozdravom „Za dom spremni", naslovljeno na NDH.

Ustavna odluka broj: U-III-2588/2016 od 8. studenoga 2016. godine. Odbijena je ustavna tužba Josipa Šimunića u kojoj se tvrdilo da su presudom VPSRH broj: Jž-188/2016 od 27. siječnja 2016. povrijeđena ustavna prava zajamčena člancima 14. stavkom 2., 16., 29. stavcima 1. i 4., te člankom 38. stavcima 1. i 2. Ustava Republike Hrvatske. Presudom Jž-188/2016 odbijena je žalba koju je podnositelj podnio protiv presude Prekršajnog suda u Zagrebu broj: PpJ-4877/13 od 8. prosinca 2015. Prvostupanjskom presudom podnositelj je proglašen krivim za počinjenje djela prekršaja opisanog po članku 4. stavku 1. podstavku 7. Zakona o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima, a kažnjivog po članku 39.a stavku 1. točki 2. istog Zakona. Okrivljenik je "dana 19. studenog 2013., oko 22,15 sati, u Zagrebu, Maksimirska 128, na stadionu Maksimir, nakon službenog završetka utakmice nogometnih reprezentacija Republike Hrvatske i Republike Island, za vrijeme dok su se na stadionu još uvijek nalazili navijači, uzeo mikrofon i izišao na središnji dio travnjaka, okrenuo se prema gledateljima, te uzviknuo 'Za dom', na što su gledatelji ozdravili sa 'Spremni', iako svjestan da uzvik 'Za dom' uz odzdrav 'Spremni', simbolizira službeni pozdrav za vrijeme totalitarnog režima Nezavisne države Hrvatske, te kao takav predstavlja manifestaciju rasističke ideologije, prezir prema drugim ljudima zbog njihove vjerske i etničke pripadnosti, te trivijaliziranje žrtava zločina protiv čovječnosti, nakon čega je s uzdignutom rukom, ponovno, okrenut prema gledateljima, uzviknuo 'Za dom', na što su gledatelji odgovorili sa 'Spremni', odnosno, isto se ponovilo tri puta."

U-II-6111/2013 od 10. listopada 2017. Vlada Republike Hrvatske podnijela je 18. prosinca 2013. Ustavnom sudu zahtjev za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom i zakonom točke 1. članka I. Odluke o izmjeni naziva imena ulica u naselju Slatinski Drenovac klase: 015-08/97-01/01, ur. broja: 2189/14-01-01/97-02 od 11. travnja 1997., koju je donijelo Općinsko vijeće Općine Čačinci na 27. sjednici održanoj 11. travnja 1997. (u daljnjem tekstu: Odluka/97). Odluka/97 objavljena je u „Službenom glasniku" Općine Čačinci broj 2/97. i glasi: „I Na osnovi pribavljenog mišljenja žitelja mjesta Slatinski Drenovac mijenjaju se nazivi imena ulica i to: 1. Bivši naziv ulice 21. novembar mijenja se i glasi 10. travnja.

Visoki prekršajni sud Republike Hrvatske na sjednici održanoj 3. lipnja 2020. nije odlučivao o ustavnosti pozdrava „Za dom spremni". Javna upotreba pozdrava „Za dom spremni" protivno članku 39. Ustava Republike Hrvatske se kažnjava sukladno sudskoj praksi Odjela JRM temeljem članka 5. st. 1. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira. U priopćenju za javnost od 4. lipnja 2020. je navedeno da na sjednici sudaca VPSRH sudska praksa u odnosu na pozdrav „Za dom spremni" nije promijenjena. Na sjednici je razmatrano „treba li se javno izvođenje pjesme Bojna Čavoglave jednako tretirati kao i izvikivanje pozdrava „Za dom spremni" i je li izvođenje pjesme Bojna Čavoglave koja sadrži poklič „Za dom spremni" u javnosti, neovisno o okolnostima u kojima se izvodi, prekršaj iz članka 5. st. 1. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira ili se s obzirom na okolnosti svakog pojedinog slučaja treba utvrditi je li prilikom izvođenje pjesme Bojna Čavoglave došlo do remećenja javnog reda i mira." Činjenice i okolnosti u predmetu Miljak Jž-2824/2014 koje su opisane u ranijem tekstu (podizanje spomenika Francetiću uz ustaške pjesme) ili u predmetu Keleminec Jž-1462/17 u kojem je potvrđena prvostupanjska odluka kojom je okrivljenik proglašen krivim zbog prekršaja članka 5. st.1. Zakon o prekršajima protiv javnog reda mira jer je ispred prostorija Srpskog narodnog vijeća izvikivao u više navrata

„Za dom spremni", putem megafona, pa ponovo ispred prostorija HDZ-a i SDP-a, i putem hodajući kroz centar grada, nisu iste okolnosti kao u predmetu Perković ili Roso. U predmetu Šimunić se osim drugih okolnosti (izvikivanje ZDS na sportskom događaju) radi o prekršaju iz čl. 39a st. 1. toč. 2. Zakona o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima, koji ima drugačiji zakonski opis djela.

U znanstvenom radu se navodi da je sjednica sudaca „slučaj Perković konfrontirala s slučajem Roso, u kojem je okrivljenik pravomoćno osuđen za potpuno istovrsno djelo, a Ustavni je sud odbio njegovu ustavnu tužbu"[18]. Međutim, to nije točno jer Ustavni sud nije donio odluku kojom je odbijena ustavna tužba Maria Rose. Bilo bi vrlo interesantno vidjeti kakvu bi odluku donio Ustavni sud da je Mario Roso podnio ustavnu tužbu zbog povrede prava zajamčenog člankom 31. Ustava RH ili u konačnici zahtjev Europskom sudu za ljudska prava zbog povrede članka 7. Konvencije navodeći da je prva osoba u Republici Hrvatskoj pravomoćno osuđena temeljem Zakona koji je na snazi od 1977. za izvođenje pjesme koja se javno priopćava putem RTV kanala i javno izvodi od 1991. Je li mogao predvidjeti da će izvođenjem pjesme Bojna Čavoglave na „pučkoj fešti" održanoj povodom „Oluje" u Makarskoj, predio Zelenika biti kažnjen? Pretpostavka predvidljivosti kod povrede čl. 7. Konvencije nalaže „Pojedinac mora znati na temelju teksta mjerodavne odredbe i, ako je to potrebno, uz pomoć tumačenja te odredbe od strane sudova i nakon primanja odgovarajućeg pravnog savjeta, za koja će djela i/ili propuste biti kazneno odgovoran i koja će kazna biti izrečena za počinjeno djelo i/ili propust"[19]. Je li bi bio kažnjen za isto ponašanje na „pučkoj fešti" održanoj isti dan par kilometara dalje? Koliko je „pučkih fešti" održano povodom „Oluje" diljem Republike Hrvatske na kojima je pod istim okolnostima izvođena pjesma Bojna Čavoglave i je li za to itko pravomoćno osuđen? U presudi Lopac i drugi protiv RH (Zahtjevi br.7834/12 i tri druga predmeta, 10. listopada 2019. stavci 57.i 58.) se navodi da pravna osnova sama po sebi nije dovoljna da bi se zadovoljilo načelo zakonitosti. Kada se govori o „zakonu", u smislu čl. 7. Konvencije aludira se na pojam koji obuhvaća i zakon i sudsku praksu te podrazumijeva kvalitativne preduvjete, i to poglavito dostupnost i predvidljivost. Zašto je okrivljenik Roso kažnjen zbog remećenja javnog reda i mira izvođenjem pjesme Bojna Čavoglave ako Programsko vijeće HRT-a (od 11 članova 9 članova Vijeća bira Sabor) koje zastupa i štiti interes javnosti provođenjem nadzora programa dopušta da se na HRT-u javno priopćava pjesma koja uznemirava javnost?[20]

Naime, pjesma Bojna Čavoglave je u javni prostor ušla 1991. u specifičnim okolnostima. Pjesme je produkt vremena u kojem je nastala i u radu nije potrebno podsjećati na ratna zbivanja 1991. i u kakvoj se situaciji

[18] *„Prekršajna odgovornost za promicanje ideologija suprotnih Ustavu Republike Hrvatske"* Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu (Zagreb), vol. 27, broj 2/20-autor dr. sc. Ivo Josipović na str. 665 i na str. 666 se ponavlja tvrdnja da je Ustavni sud odbio tužbu u slučaju Roso. U znanstvenom radu se ne navodi poslovni broj i datum odluke Ustavnog suda pa je provjerom utvrđeno da takva odluka Ustavnog suda RH ne postoji.

[19] „(Cantoni protiv Francuske, stavak 29.; Kafkaris protiv Cipra [VV], stavak 140.; Del Río Prada protiv Španjolske [VV], stavak 79.). Vodič kroz članak 7. Konvencije – Nema kazne bez zakona – Internetska stranica Ureda zastupnika RH pred ESLJP, uredzastupnika.gov.hr- vodič jedan je u nizu vodiča kroz sudsku praksu koje je objavio Europski sud za ljudska prava kako bi informirao pravne praktičare o najvažnijim presudama i odlukama koje je donio. U vodiču se analizira i sažima sudska praksa donesena temeljem članka 7. Europske konvencije o ljudskim pravima do 31. kolovoza 2018. godine. Čitatelji će u njemu naći ključna načela iz ovog područja kao i mjerodavne presedane."

[20] Iz podataka dobivenih od stručne službe ZAMP-a pjesma Bojna Čavoglave se bez prekida javno priopćava na HRT-u. Otprilike 500 puta je emitirana na Hrvatskom radiju i oko 200 puta na Hrvatskoj televiziji, a kada se pribroje ostali RTV kanali u RH taj broj je višestruko veći. „U privitku Vam dostavljam zabilježena emitiranja spomenute pjesme na RTV postajama od 1993. godine (kad je pjesma prijavljena, a i služba ZAMP počinje s radom od 1992.), uz napomene: služba ZAMP, zbog efikasnosti obrade podataka, ne evidentira apsolutno sva emitiranja na svim postajama kroz godinu, već se za obradu podataka i izračun autorske naknade koristi metodom uzorkovanja: kod kreiranja uzorka postaja za svako novo obračunsko razdoblje služba pazi na zastupljenost programa iz svih regija Hrvatske. Posebna briga vodi se i o raznolikosti glazbenih vrsta unutar programa postaja. Postaje su klasificirane prema razini koncesije. Temeljem toga se određuje broj mjeseci s kojim svaka postaja može participirati u uzorku: najveće komercijalne radijske postaje s nacionalnom koncesijom prate se svih 12 mjeseci u godini, 24 sata dnevno. Jednako se prati i prvih 10 najslušanijih radijskih postaja, neovisno o koncesiji za emitiranje koju posjeduju – jer neke „regionalne" postaje iz središnjeg dijela zemlje imaju veću slušanost od nekih postaja s nacionalnom koncesijom. Programi ostalih postaja upisuju se u uzorak s manjim brojem mjeseci – ovisno o razini koncesije i području na kojem se nalaze, a uzimaju se nasumičnim odabirom za svaku od pet regija (Istok, Sjever-Zapad, Zagreb i okolica, Istra i Primorje, Dalmacija). U usporedbi s većinom drugih svjetskih društava, HDS ZAMP-ovo uzorkovanje puno je detaljnije i dublje od pukog „uzorka": u njega se upisuju programi čak više od 2/3 lokalnih televizijskih i radijskih postaja, što omogućuje vrlo kvalitetan odraz stvarnog emitiranja. Zbog toga u priloženoj Xcell tablici nisu navedena apsolutna sva emitiranja ove pjesme na svim postajama kroz godine…"

tada nalazila RH. Ako se pjesma Bojna Čavoglave promatra izvan konteksta vremena u kojem je nastala onda se osim prvog stiha" Za dom spremni" mogu problematizirati u smislu čl. 39. Ustava i stihovi „za dom braćo za slobodu borimo se mi", „srpski dobrovoljci, bando, četnici stići će vas naša ruka i u Srbiji", „baci bombu goni bandu" jer je temeljem čl. 39. Ustava RH zabranjeno i kažnjivo svako pozivanje ili poticanje na rat ili uporabu nasilja, na nacionalnu, rasnu ili vjersku mržnju ili bilo koji oblik nesnošljivosti. Primjenjujući takve dekontekstualizirane kriterije u ocjeni govora mržnje, mogu se i dijelovi po mnogima (slažem se) najljepše himne Marseljeze[21], nazvati govorom mržnje jer potiču na rat, mržnju i nasilje, „Čujete li u poljima riku tih divljih vojnika? Oni vam u naručje dolaze zaklati vaše sinove, vaše supruge. Na oružje građani ! Formirajte svoje bataljune! Neka nečista krv natopi naše brazde!" Glazbena i umjetnička vrijednost Marseljeze i Bojne Čavoglave nije usporediva ali kao svojevrsna ratna budnica Bojna Čavoglave je bila vrlo efektna u podizanju borbenog morala branitelja. Pjesma Bojna Čavoglave asocira na Domovinski rat i obranu Domovine, jer isključivo o tome i govori, pa ne može biti u suprotnosti s Ustavom RH jer u izvorišnim odredbama Ustava RH piše da se temelji „na pobjedi hrvatskog naroda i hrvatskih branitelja u pravednom, legitimnom, obrambenom i oslobodilačkom Domovinskom ratu (1991. – 1995.) kojim je hrvatski narod iskazao svoju odlučnost i spremnost za uspostavu i očuvanje Republike Hrvatske kao samostalne i nezavisne, suverene i demokratske države" U tom smislu treba ukazati i na Deklaraciju o Domovinskom ratu koju je donio Hrvatski sabor,[22] u čl. 7." poziva se sve građane, državne i društvene institucije, sindikate, udruge i medije, a obvezuje sve dužnosnike i sva državna tijela Republike Hrvatske, da na navedenim načelima štite temeljne vrijednosti i dostojanstvo Domovinskog rata, kao zalog naše civilizacijske budućnosti. Na taj način čuvamo moralni dignitet hrvatskoga naroda i svih građana Republike Hrvatske i tako štitimo čast, ugled i dostojanstvo svih branitelja i građana Republike Hrvatske koji su sudjelovali u obrani Domovine."

4. O NAČELU ZAKONITOSTI

U znanstvenom radu se navodi[23] „Pravno shvaćanje sjednice svih sudaca Visokog prekršajnog suda RH od 3. lipnja 2020. je predstavljalo iskorak ne samo u nadležnost nadležnog sudskog vijeća odlučivanjem o činjenicama i pravnim pitanjima u konkretnom predmetu već i iskorak izvan granica pravosudne vlasti u nadležnost Ustavnog suda RH, jer je razmatralo ustavnost odredbe članka 5. Zakon o prekršajima protiv javnog reda mira iz aspekta načela zakonitosti iz članka 31. stavka 1. Ustava RH i članka 7. EKLJP-a i na njezinoj neustavnosti temeljilo svoje pravno shvaćanje. Sjednica svih sudaca Visokog prekršajnog suda kao ni nadležni sud, nisu ovlašteni procjenjivati „je li domaće pravo bilo dovoljno predvidljivo za okrivljenika sa stajališta načela zakonitosti" jer iako su sudovi dužni u kaznenom postupku primjenjivati ustavna i konvencijska načela, oni nisu ovlašteni samostalno ocijeniti da je određena zakonska odredba neustavna. Ocjena ustavnosti zakona isključivo je u ovlasti Ustavnog suda RH. Stoga se ni na sjednici svih sudaca zakonske odredbe ne mogu proglašavati neustavnima. Nadležno je vijeće trebalo postupiti po odredbi članka 37. stavak 1. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, koja nalaže nadležnom sudu da, ako utvrdi da pojedina zakonska odredba koju bi trebao primijeniti nije suglasna s Ustavom, treba zastati s postupkom i podnijeti Ustavnom sudu zahtjev za ocjenu njezine sukladnosti s Ustavom. Ovo iz više aspekta neustavno pravno shvaćanje veže sada sve suce i vijeća Visokog prekršajnog suda. Postavlja se retoričko pitanje je li njegov obvezan učinak jači u odnosu na tumačenje Ustavnog suda."

Ne bih se složio da je VPSRH na sjednici svih sudaca, a sudsko vijeće u svojoj odluci Jž-2747/18 ocjenjivalo ustavnost odredbe čl. 5. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira. Odredba članka 5. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira primjenjuje se u sudskoj praksi duže od dvadeset godina i nije potrebno dovoditi u pitanje ustavnost te odredbe. Odredba je blanketne naravi i logično je da se normom kojom se štiti javni red i mir ne mogu taksativno navesti i opisati sve radnje kojima se krši javni red i mir. Na sudu je

[21] nazivaju je i „krvava himna" nastala je u vrijeme Francuske revolucije. Nazvana je po vojnicima iz Marseja koji su je pjevali prilikom ulaska u Pariz.

[22] Deklaracija o Domovinskom ratu (NN 102/2000)

[23] „Dekonstitucionalizacija Vrhovnog suda RH u kaznenim predmetima i jačanje autoritarnih mehanizama za ujednačavanje sudske prakse: propuštena prilika" – Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu (Zagreb), vol. 27, broj 2/20 str. 462, autorica dr.sc. Zlata Đurđević

presuditi u svakom konkretnom slučaju je li se inkriminiranim ponašanjem narušava javni red i mir u smislu čl. 5. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira. Bez obzira, koliko je jasno artikulirana pravna norma uvijek će postojati neizbježan element sudskog tumačenja. ESLJP ističe da se članak 7. Konvencije ne može tumačiti na takav način kao da zabranjuje postupno pojašnjavanje pravila kaznene odgovornosti putem sudskog tumačenja od predmeta do predmeta pod uvjetom da je proistekli rezultat dosljedan biti djela i da se može razumno predvidjeti. (*Vasiliauskas protiv Litve broj zahtjeva 35343/05, odlomak 155.*).

Hrvatska državna tijela su dužna jamčiti i štititi prava zajamčena Konvencijom, dok Europski sud za ljudska prava pruža supsidijarnu zaštitu, u slučajevima kada su nacionalna tijela propustila primijeniti ili su krivo primijenila neku od odredbi Konvencije. Redovni sudovi su obvezni neposredno primijeniti Konvenciju ako se stranka u postupku poziva na povredu prava zajamčenog Konvencijom. Sukladno judikaturi ESLJP povodom povrede načela „nema kazne bez zakona" koju je VPSRH „osjetio na svojoj koži" u predmetima Žaja protiv RH i Lopac i dr. protiv RH[24], ESLJP je ocjenjivao je li domaći zakon bio dovoljno predvidiv za okrivljenika sa stajališta načela zakonitosti. Pojam „zakona" u smislu članka 7., podrazumijeva kvalitativne pretpostavke, posebice pretpostavke dostupnosti i predvidljivosti. Konkretno pravilo je „predvidljivo" kada osoba može (ako je to potrebno uz odgovarajući savjet) predvidjeti, u mjeri u kojoj je to razumno u danim okolnostima, posljedice koje njezino ponašanje može uzrokovati, i kada pruža mjeru zaštite protiv proizvoljnog miješanja javnih vlasti. Norma mora biti predvidiva u svojoj primjeni da bi joj građani mogli unaprijed prilagoditi svoje ponašanje i da bi se spriječilo arbitrarno postupanje sudova u tumačenju i primjeni norme. „Predvidljivost se mora procijeniti s točke gledišta osuđenika (eventualno nakon što je potonji primio odgovarajuće pravne savjete) u trenutku izvršenja kaznenog djela"[25]. Iz sadržaja obrane okrivljenika u predmetu Perković jasno proizlazi da se poziva i na povredu načela zakonitosti. Prvostupanjski sud je okrivljenika oslobodio od optužbe temeljem članka 182. točka 3. Prekršajnog zakona jer na temelju rezultata provedenog dokaznog postupka nije dokazano da je okrivljenik počinio djela za koja se tereti. Drugostupanjski sud je povodom žalbe tužitelja koji se žalio zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja potvrdio prvostupanjsku odluku. U odluci je navedeno „Osnovna zadaća ovog suda u konkretnom predmetu je utvrditi je li prvostupanjski sud pravilno i u potpunosti utvrdio činjenično stanje". Sudsko vijeće je obrazložilo zašto ne prihvaća žalbene razloge tužitelja i potvrđuje prvostupanjsku odluku a potom se u obrazloženju odluke osvrnulo i na navode iz obrane okrivljenika u kojima se poziva na povredu načela zakonitosti. Povreda načela zakonitosti postoji samo ako je okrivljenik proglašen krivim. Razmatranje načela zakonitosti u situaciji kada se okrivljenik poziva na povredu načela zakonitosti nije ocjenjivanje sukladnosti s Ustavom pravne norme čl 5. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira. Okrivljenik se u bitnome branio da duži niz godina izvodi svoju pjesmu koja nije zabranjena i takvo ponašanje nije bilo problematizirano, upućuje na sudsku praksu posebice na odluku Prekršajnog suda u Karlovcu Stalna služba u Slunju broj:12.PpJ-581/17 kojom je za isto ponašanje pravomoćno oslobođen od optužbe i ističe da nikada nije bio osuđen za inkriminirano ponašanje. Zašto sud u takvoj situaciji ne može ocijeniti obranu okrivljenika već treba „zastati s postupkom i podnijeti Ustavnom sudu zahtjev za ocjenu sukladnosti s Ustavom odredbe čl.5 Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira"?

U odluci Perković Jž-2747/18 je problematizirano načelo zakonitosti u situaciji kada se inkriminira izvođenje pjesme Bojna Čavoglave na organiziranom skupu povodom Dana pobjede i domovinske zahvalnosti

[24] Žaja protiv Hrvatske br. zahtjeva 37462/09 Povreda članka 7. Konvencije – nema kazne bez zakona, nedosljedno tumačenje odredbe Konvencije o privremenom uvozu, uzrokovali su povredu načela nullum crimen nulla pena sine lege. ESLJP je ocjenjivao je li podnositelj mogao predvidjeti da će počiniti carinski prekršaj ako u Hrvatskoj koristi automobil kojeg je kupio i registrirao u inozemstvu, obzirom na tekst odredbe čl. 5. Aneksa C Istanbulske konvencije, ukupnost relevantnih domaćih propisa i praksu hrvatskih sudova i drugih tijela. Podnositelj u vrijeme kad je vozilom ušao u Hrvatsku, nije čak niti uz pravni savjet mogao predvidjeti da će počiniti carinski prekršaj. To znači da on nije mogao razlikovati dopušteno od zabranjenog ponašanja uz stupanj sigurnosti koji zahtijeva članak 7. Konvencije. Lopac i drugi protiv Republike Hrvatske (zahtjevi br. 7834/12 i tri druga predmeta, 10. listopada 2019. stavci 57. i 58.) kao u brojnim prethodnim presudama ESLJP ponavlja da postojanje pravne osnove samo po sebi nije dovoljno da bi se zadovoljilo načelo zakonitosti. Kada govori o „zakonu", aludira na pojam koji obuhvaća i zakone i sudsku praksu te podrazumijeva kvalitativne preduvjete, i to poglavito pristupačnost i predvidljivost. Konkretno, pravilo je „predvidljivo" kada osoba može – ako je to potrebno uz odgovarajući savjet – predvidjeti, u mjeri u kojoj je to razumno u danim okolnostima, posljedice koje njezino ponašanje može uzrokovati, i kada pruža mjeru zaštite protiv proizvoljnog miješanja javnih vlasti.

[25] Vodič kroz članak 7. Konvencije – Nema kazne bez zakona-Internetska stranica Ureda zastupnika RH pred ESLJP, uredzastupnika.gov.hr

i Dana hrvatskih branitelja. Na sjednici svih sudaca VPSRH se raspravljalo o ujednačavanju sudske prakse u odnosu na usporedivi predmet Roso Jž-3192/16 u kojem se radilo o istoj inkriminaciji ali u tom predmetu sudsko vijeće nije uočilo problem povrede načela zakonitosti iako je okrivljenik Roso u svojoj obrani tijekom postupka i u žalbi isticao da javno izvođenje pjesme Bojna Čavoglave nije zabranjeno, te zašto drugi smiju pjevati tu pjesmu a on ne. Pitanjem „jesu li važeći propisi bili dovoljno jasni i predvidivi za konkretnog okrivljenika?" ne problematizira se sukladnost norme s Ustavom. Norma je blanketne naravi s obzirom na objekt zaštite. Normom kojom se štiti javni red i mir ne mogu se taksativno navesti i opisati sve radnje kojima se krši javni red i mir.

Nije točno da je pravno shvaćanje sjednice svih sudaca protuustavno jer je doneseno temeljem Dokumenta dijaloga[26] kojem je dana prednost nad odlukama Ustavnog suda koje su izvor prava i obvezuju Sud. Upravo suprotno, na sjednici svih sudaca VPSRH nisu ignorirane odluke Ustavnog suda, a stav o zločinačkom karakteru NDH i pozdravu ZDS izražen u ranije spomenutim odlukama Ustavnog suda nije doveden u pitanje, što se vidi i iz priopćenja za javnost od 4. lipnja 2020. u kojem se navodi „Visoki prekršajni sud Republike Hrvatske na sjednici, nije odlučivao o ustavnosti pokliča „Za dom spremni". Poklič „Za dom spremni" je protivan članku 39. Ustava Republike Hrvatske i kažnjava se temeljem članka 5. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira. ….. sudska praksa u odnosu na poklič „Za dom spremni" nije promijenjena. Na sjednici je razmatrano treba li se javno izvođenje pjesme Bojna Čavoglave jednako tretirati kao i izvikivanje pokliča „Za dom spremni" i je li izvođenje pjesme Bojna Čavoglave koja sadrži i poklič „Za dom spremni" u javnosti, neovisno o okolnostima u kojima se izvodi, prekršaj iz članka 5. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira".

Međutim, četiri spomenute odluke Ustavnog suda RH iz već obrazloženih razloga nisu primjenjive na činjenični supstrat u predmetima Roso i Perković, a sjednica svih sudaca je trebala donijeti pravno shvaćanje radi ujednačavanja sudske prakse u odnosu na te predmete. Na sjednici svih sudaca su razmatrane i odluke ESLJP koje bi mogle biti primjenjive kao smjernice za donošenje pravnog shvaćanja npr. odluka Faber protiv Mađarske od 24. 6. 2012. zahtjev broj 40721/08[27].

Dokument dijaloga je razmatran kao izvor znanja a ne kao izvor prava. Upravo Dokument dijaloga upućuje suce da pozitivne zakonske propise tumače u skladu s Ustavom RH i govori o metodama interpretacije zakona u skladu s Ustavom. U izradi Dokumenta dijaloga sudjelovali su renomirani ustavnopravni stručnjaci i zato sadrži judikaturu ESLJP i ustavnopravni okvir za razmatranje pitanja pravnoga statusa pozdrava ZDS. Zašto se Dokument dijaloga ne bi mogao koristiti kao izvor informacija o judikaturi ESLJP i ustavnopravnom okviru za razmatranje pitanja o kojem je trebalo donijeti pravno shvaćanje?

5. TUMAČENJE ČL. 5. ZAKONA O PREKRŠAJIMA PROTIV JAVNOG REDA I MIRA U SKLADU S USTAVOM

Pozdrav „Za dom spremni" po svom doslovnom značenju nema eksplicitno uvredljiv sadržaj u smislu govora mržnje i nije izričito zabranjen Ustavom, odlukom Ustavnog suda ili Zakonom. Člankom 39. Ustava RH je zabranjeno i kažnjivo svako pozivanje ili poticanje na rat ili uporabu nasilja, na nacionalnu, rasnu ili vjersku mržnju ili bilo koji oblik nesnošljivosti, a člankom 5. st. 1. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i

[26] Vlada Republike Hrvatske je Odlukom od 3. ožujka 2017. godine osnovala Vijeće za suočavanje s posljedicama vladavine nedemokratskih režima koje je izradilo Dokument dijaloga 6. veljače 2018. godine. Zadaća Vijeća je bila izrada sveobuhvatnih preporuka usmjerenih na suočavanje s prošlošću te preporuka pravnog reguliranja uporabe i isticanja obilježja, znamenja i simbola nedemokratskih režima. U radu Vijeća sudjelovalo je pet ustavnopravnih stručnjaka, dio teksta Dokumenta dijaloga pisala je Jasna Omejec profesorica pravnog fakulteta i bivša predsjednica Ustavnog suda RH.

[27] U Budimpešti se održavao na mjestu masovnog pogubljenja Židova, kojeg je počinila 1944. mađarska pronacistička vlada, prosvjed Mađarske socijalističke partije uz kontra-prosvjed jedne desničarske stranke. Jedan demonstrant, stanoviti Fàber, izvjesio je zastavu dinastije Arpadovića koju je u službenu uporabu vratio privremeno 1944. pronacistički režim. Uhićen je i kažnjen nakon što je odbio ukloniti zastavu. Kad se obratio Europskom sudu za ljudska prava, sud je odbio argumente mađarske vlade da je Fàberovo ponašanje predstavljalo oblik govora mržnje koji ne uživa zaštitu slobode izražavanja i utvrdio da je povrijeđena Fàberova sloboda javnog govora. Sud je pošao od toga da je zastava Arpadovića, makar je korištena od pronacističkog režima, imala više značenja kroz povijest i da se u ovom slučaju mora imati u vidu da ju je Fàber koristio u novom kontekstu, prosvjeda koji se održavao 2007., a koji nije bio usmjeren ni na veličanje nacizma ni ratnih zločina. (vidjeti u tom smislu stavke 48. – 59. presude).

mira je zabranjeno remećenje javnog reda i mira javnim izvođenjem pjesama, isticanjem simbola i tekstova. Pozdrav „Za dom spremni" kao službeni pozdrav NDH u povijesnom kontekstu simbolizira nacionalnu, rasnu, vjersku mržnju i nesnošljivost. Zato su uvijek bitne okolnosti i kontekst u kojima je javno upotrijebljen ZDS kako bi se moglo ocijeniti radili se o ponašanju zabranjenom člankom 39. Ustava RH. U predmetima Roso i Perković okrivljenici se ne terete da su izravnim riječima pozivali ili poticali na rat ili uporabu nasilja, na nacionalnu, rasnu ili vjersku mržnju ili bilo koji oblik nesnošljivosti već se terete da su izvikivanjem „Za dom spremni", prilikom izvođenja izvornog oblika pjesme Bojna Čavoglave, koji se koristio kao službeni pozdrav NDH pa simbolizira mržnju prema ljudima različite rase, vjerskog ili etničkog identiteta, na javnom mjestu manifestirali ponašanje zabranjeno ustavom RH i time remetili javni red i mir. Međutim, izvođenje pjesme iz Domovinskog rata na organiziranom skupu povodom obilježavanja vojnoredarstvene akcije iz Domovinskog rata, imajući u vidu povijesni kontekst nastanka pjesme i značaj pjesme za hrvatske branitelje te činjenice da se ta pjesma godinama javno izvodi i javno priopćava putem radija i TV-a, ne može biti ocjenjeno kao protuustavno i protuzakonito ponašanje u RH. Činjenice da je pjesma izvedena na dozvoljenom mjestu u dozvoljeno vrijeme, na organiziranom skupu, bez incidenata su okolnosti koje ukazuju da nije bilo remećenja javnog reda i mira. Takva interpretacija je i u duhu Dokumenta dijaloga gdje se u preporukama navodi da bi ograničena javna uporaba pozdrava ZDS u komemorativne svrhe zbog okolnosti vezanih uz Domovinski rat trebala biti izuzeta od zabrane.

Prihvaćanjem pravog shvaćanja koje bi pratilo način interpretacije članka 5. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira izraženog u predmetu Roso, osim što bi na pogrešan način interpretirali čl. 39. Ustava i čl. 5. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira, došli bi i u problem s načelom zakonitosti. Smatram da blanketna narav čl. 5. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira ne bi bila problem s aspekta načela zakonitosti jer se pravnom normom ne mogu nabrojati i opisati sva ponašanja kojima se remeti javni red i mir ali pretpostavke predvidljivosti i dostupnosti zakona bi svakako bile problem. Pojam „zakona" u smislu članka 7. Konvencije, podrazumijeva kvalitativne pretpostavke, posebice pretpostavke dostupnosti i predvidljivosti. Konkretno, pravilo je predvidljivo kada osoba može predvidjeti (ako je potrebno uz odgovarajući savjet), u mjeri u kojoj je to razumno u danim okolnostima, posljedice koje njezino ponašanje može uzrokovati, i kada pruža mjeru zaštite protiv proizvoljnog miješanja javnih vlasti. Norma mora biti predvidiva u svojoj primjeni da bi joj građani mogli unaprijed prilagoditi svoje ponašanje i da bi se spriječilo arbitrarno postupanje sudova u tumačenju i primjeni norme. Smatram da se s aspekta pretpostavke predvidljivosti ne bi moglo opravdati da je okrivljenik Roso proglašen krivim za javno izvođenje pjesme koja nije zabranjena, koja se isti dan više puta javno priopćavala putem radija i televizije. Pjesma se izvodi i javno priopćava neprekidno od 1991. a zakon temeljem kojeg se kažnjava je na snazi od 1977., te nitko ranije za istu vrstu ponašanja nije bio pravomoćno osuđen. Dakle, predvidivost u primjeni odredbe čl.5. stavak 1. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira kada se inkriminira javno izvođenje pjesme Bojna Čavoglave ne ispunjava kvalitativnu pretpostavku „zakona"u smislu čl. 7. Konvencije.

6. ZAKLJUČAK

Zaključno bi naglasio sljedeće:

- Odluka VPSRH od 2. listopada 2019. godine u predmetu Perković Jž-2747/18 nije protuustavna i „ništava". Odluku je donijelo nadležno sudsko vijeće sukladno čl. 97. stavak 2. Prekršajnog zakona. Donesena je i napisana prije sjednice odjela i sjednice svih sudaca te nije mijenjana, ne stoji tvrdnja da je „žalbena presuda donesena nakon upute i po uputi pravnog shvaćanja sjednice svih sudaca donesenog suprotno odredbi članka 40. Zakona o sudovima".
- Državno odvjetništvo RH je na sjednici kaznenog odjela razmatralo osnove za podnošenje zahtjeva za zaštitu zakonitosti protiv odluke VPSRH Jž-2747/18 povodom inicijative Antifašističke lige RH u kojoj se isticalo da je odluka protuustavna i protuzakonita. Glavna državna odvjetnica RH u skladu s mišljenjem sjednice kaznenog odjela DORH-a nije podnijela zahtjev za zaštitu zakonitosti.
- Sjednica svih sudaca VPSRH je sazvana i održana sukladno čl. 38-40. Zakona o sudovima. Donesenim pravnim shvaćanjem je ujednačena sudska praksa po pitanju tumačenja i primjene članka 5. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira u kontekstu nespornog činjeničnog supstrata.

- Odluka VPSRH u predmetu Perković Jž-2747/18 nije suprotna odlukama Ustavnog suda RH. Nisu ignorirane postojeće odluke Ustavnog suda a stav o zločinačkom karakteru NDH i pozdravu ZDS izražen u odlukama Ustavnog suda nije doveden u pitanje.
- VPSRH na sjednici svih sudaca, a sudsko vijeće u svojoj odluci Jž-2747/18 nije ocjenjivalo sukladnost odredbe čl. 5. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira s Ustavom RH. Odredba članka 5. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira primjenjuje se u sudskoj praksi duže od dvadeset godina i nije potrebno dovoditi u pitanje ustavnost te odredbe. Odredba je blanketne naravi i logično je da se normom kojom se štiti javni red i mir ne mogu taksativno navesti i opisati sve radnje kojima se krši javni red i mir.
- Dokument dijaloga je razmatran kao izvor znanja a ne kao izvor prava. Upravo Dokument dijaloga upućuje suce da pozitivne zakonske propise tumače u skladu s Ustavom RH i govori o metodama interpretacije zakona u skladu s Ustavom RH.
- Pravno shvaćanje doneseno na sjednici odjela ili sjednici svih sudaca obvezuje samo suce odjela ili suda koje ga je donijelo, a priopćenje za javnost i zapisnik sa sjednice svih sudaca nisu sudske odluke, pa ne mogu biti protuustavni.
- Pozdrav „Za dom spremni" je ustaški pozdrav, tko razmišlja o dobrobiti Republike Hrvatske i njenih građana, ne bi trebao koristiti taj pozdrav, niti se zalagati za javnu upotrebu toga pozdrava. Pjesma Bojna Čavoglave je ratna pjesma i nosi ratni naboj pa ne vidim svrhu izvođenja te pjesme u današnje doba mira, ali kada se ta pjesma izvodi prilikom obilježavanja obljetnica vojnoredarstvenih akcija i u spomen na Domovinski rat, ne može biti protivna Ustavu RH čl. 39. Članak 38. Ustava uređuje pravo na slobodu izražavanja a sukladno članku 16. Ustava, ostvarenje tog prava smije se ograničiti samo zakonom da bi se zaštitili sloboda i prava drugih ljudi te pravni poredak, javni moral i zdravlje, pri čemu ograničenje mora biti razmjerno naravi potrebe za ograničenjem. „U demokratskom društvu nije nužno, to jest ne postoji prijeka društvena potreba da pravni sustav poseže za ograničenjima ili ukidanjem prava na slobodu mišljenja i izražavanja, te odgovarajućih drugih Ustavom zajamčenih prava, samo zato da bi se zadovoljili diktati javnih osjećaja, bili oni stvarni ili imaginarni. I kad je riječ o spornim obilježjima fašizma i komunizma, društvo mora ostati razumno u svojoj prosudbi." (Europski sud, presuda Vajnai protiv Mađarske od 8. srpnja 2008., zahtjev br. 33629/06, stavak 57.).

LITERATURA:

- Josipović, I. "Prekršajna odgovornost za promicanje ideologija suprotnih Ustavu Republike Hrvatske" Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu (Zagreb), vol. 27, broj 2/20
- Đurđević, Z. "Dekonstitucionalizacija Vrhovnog suda RH u kaznenim predmetima i jačanje autoritarnih mehanizama za ujednačavanje sudske prakse: propuštena prilika" Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu (Zagreb), vol. 27, broj 2/20
- Veić, P. Zakon o prekršajima protiv javnog reda i mira: (redakcijski pročišćeni tekst): bilješke, sudska praksa, Zagreb: VIV-inženjering, 1995-IV, 52 (Biblioteka Hrvatski propisi; knj.2M
- M. Munivrana Vajda, A. Šurina Marton; Gdje prestaju granice slobode izražavanja, a počinje govor mržnje? Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu 23(2016),2; str. 435-467
- A. Krstulović Dragičević: Načelo zakonitosti u praksi Europskog suda za ljudska prava, Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu (Zagreb), vol. 23, broj 2/2016, str. 403-433.

Ostalo:
- Lukić. S., Jutarnji list, 5.6.2020. – Troje profesora pravnog fakulteta o kontraverznoj presudi 'Odluka o ustaškom pozdravu „Za dom spremni je ništavna'
- Jutarnji list, 7.6.2020. – Profesori pravnog fakulteta odgovorili Udruzi hrvatskih sudaca: Uvredljivim i difamatornim jezikom pokušavaju utišati javnu kritiku sudskih odluka'
- Vodič kroz članak 7. Konvencije – Nema kazne bez zakona-Internetska stranica Ureda zastupnika RH pred ESLJP, uredzastupnika.gov.hr-
- Romac, D. Večernji list, 7.6.2020. – Sanja Barić:'Odluka o ustaškom pozdravu sramota je za Visoki prekršajni sud i novi udarac pravnoj državi'

– Rašović, R, Večernji list, 3.6.2020. – 'Ustavni stručnjaci: Odluka je protuustavna i suprotna odlukama Ustavnog suda'
– Godišnjeg raspored poslova Visokog prekršajnog suda RH s primjenom od 1. siječnja 2020.
– Alaburić, V. Telegram, 15.6.2020., Vesna Alaburić odgovara Ivi Josipoviću oko Za dom spremni,' Ne branim Thompsona nego vladavinu prava
– Alaburić, V. Telegram, 7.7.2020., Vesna Alaburić u polemici na Telegramu: Zašto mislim da profesor Josipović u slučaju ZDS naprosto pogrešno tumači zakon
– Kodeks sudačke etike – Nakladnik Vrhovni sud RH
– Deklaracija o Domovinskom ratu (NN 102/2000)
– Dokument dijaloga – Vlada Republike Hrvatske – Odluka od 3. ožujka 2017. – Vijeće za suočavanje s posljedicama vladavine nedemokratskih režima

Propisi:
– Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda – MU 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10
– Ustav RH – NN br. 56/90, 135/97, 113/00, 28/01, 76/10, 5/14
– Prekršajni zakon – NN br. 107/07, 39/13, 157/13, 110/115, 70/17, 118/19
– Zakon o sudovima – NN br. 28/13, 33/15, 82/15, 82/16, 67/18, 126/19
– Zakon o prekršajima protiv javnog reda i mira – NN br: 41/77, 52/87, 55/89, 5/90, 30/90, 47/90 i 29/94
– Zakona o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima – NN br. 34/11